



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

19 مارس 1962



الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون

فرع: التجريم في الصفقات العمومية

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور: بودالي محمد

- من إعداد الطالب:

- رقرقي محمد زكرياء

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د معوان مصطفى
مشرفا ومقررا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د بودالي محمد
عضوا	جامعة بشار	أستاذ محاضر "أ"	د. العرياوي نبيل صالح
عضوا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	د. عياشي بوزيان

السنة الجامعية

2018/2017

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى: "ويل للمطففين (01) الذين إذا اکتالوا على الناس يستوفون

(02) وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون (03) ألا يظن أولئك أنهم

مبعوثون (04) ليوم عظيم (05)".

(سورة المطففين: الآيات: من 01 إلى 05)

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

فيما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه:

"رحم الله عبدا سمحا إذا باع، سمحا إذا اشترى، سمحا إذا اقتضى"

(رواه البخاري)

كلمة شكر

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه

ملء السماوات والأرض، وملء ما بينهما وملء ما شاء من شيء بعد

اعترافا بالفضل، أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور بودالي محمد

الذي رافقني طيلة فترة إنجاز هذه الرسالة بنصائحه وتوجيهاته القيمة،

سائلا المولى عز وجل أن يجازيه خيرا ويبارك فيه،

كما أتقدم بالشكر الخالص للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة،

الذين تفضلوا بقبولهم المساهمة في مناقشة هذا البحث، رغم انشغالاتهم العلمية والإدارية،

فليجدوا في هذا المقام خالص الامتنان والعرفان،

ولا أنسى شكر كل من شجعني خلال فترة إنجاز هذا البحث،

وعلى رأسهم زملائي الأساتذة بجامعة سعيدة،

وزملائي المحامين بمنظمة المحامين لناحية سعيدة،

وكذا جميع أعضاء الأسرة الجامعية من أساتذة وعمال وطلبة بكلية

الحقوق والعلوم السياسية لجامعة سيدي بلعباس.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي الكريمين، حفظهما الله وبارك في عمرهما،
إلى سندي في الحياة إخوتي الأعزاء طاهر، عبد المجيد، مصطفى، وبدر الدين، وأختي راشدة،
إلى من شاركتني طريق الأمل والكفاح زوجتي الفاضلة، وإلى جميع أفراد عائلتها الكريمة،
إلى ریحاناتي وفلذات كبدي بناتي: آلاء مارية وإنصاف هبة الرحمان،
إلى أستاذي وقودوتي في طلب العلم، رمز التواضع والأخلاق النبيلة الأستاذ الدكتور بودالي محمد،
إلى كل أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سيدي بلعباس،
إلى كل أفراد عائلتي رقرقي وحمليلي كبيرهم وصغيرهم،
إلى جميع زملائي في التدريس، وزملائي في المحاماة،
إلى صديقي وأخي العزيز الأستاذ الدكتور بلقومان برزوق، مدير جامعة الجلفة،
إلى جميع الأصدقاء والأحباب،
إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل،
وإلى كل منافس شريف يدرك أن المنافسة الحرة الشريفة وإن قل ریحها،
خير وأحب إلى الله من المنافسة الضارة وإن كثر ریحها.

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
د.ج	دينار جزائري
د.س.ن	دون سنة النشر
ص.	صفحة
ص.ص	من الصفحة إلى الصفحة

ثانياً: باللغة الأجنبية

a.	Autres
aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Art.	Article
art. préc.	Article précédemment cité
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambre criminelle)
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CC	Conseil constitutionnel
CCAG	Les cahiers des clauses administratives générales
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CMP	Code des marchés publics

CE	Conseil d'Etat
CE.	Communauté européenne
CEE	Communauté économique Européenne
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
chap.	Chapitre
concl.	Conclusions
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
DAJ	Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie
Déc.	Décision
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DMP	Droit des marchés publics
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
et s.	et suivants
fasc.	Fascicule
JCP	Jurisqueuseur périodique
JORF	Journal officiel de la république Française
JOUE	Journal officiel de l'Union Européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
LITEC	Librairie technique
n°	Numéro
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OMC	L'Organisation mondiale du commerce
Op.cit	Opere citato (Référence précédemment citée)
p.	Page
pp.	De la page jusqu'à la page
P.U.F	Presses Universitaires de France
R.C.C.	Revue de la concurrence et de la consommation
RDP	Revue de droit pénal
Rec.	Recueil des décisions du conseil d'état

RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RFDA	Revue Française de droit administratif
Sect.	Section
Sté	Société
T	Tome
TA	Tribunal administrative
T. confl.	Tribunal des conflits
TFUE	La Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
UE	Union européenne
UNCTAD	The United Nations Conference on Trade and Development

مقدمة

تقوم الاقتصاديات الليبرالية على مبدأ حرية المنافسة، الذي يسعى لضمان حق المتعاملين الاقتصاديين في الدخول إلى الأسواق الاقتصادية وممارسة حقهم في عرض خدماتهم وسلعهم دونما قيود، بشكل من شأنه السماح لهم بمزاولة الأنشطة الاقتصادية بكل حرية، ومزاومة غيرهم على اجتذاب الزبائن سواء في القطاع الخاص أو العام.

ظهرت ملامح هذه النزعة في فرنسا على إثر المرسوم الصادر في مارس 1791 المعروف بـ¹ Le décret D'Allarde، ومن بعده القانون الصادر في 14 جوان 1917 المعروف بـ La loi de Chapelier، الذين شكلا أساسا لمبدأ الاعتراف لكل شخص بحرية التفاوض، وممارسة الوظيفة أو المهنة التي يراها مناسبة، زيادة على فتح المجال للمبادرة الخاصة ومنع كل التكتلات والتجمعات الضارة بالاقتصاد، وبهذا تم التأكيد على المعنى المزدوج الذي يحمله مبدأ حرية التجارة والصناعة، من خلال جمعه بين حرية المبادرة، وحرية الاستغلال.²

وعلى إثر ذلك شكلت في فرنسا حرية المبادرة كمبدأ ذو قيمة دستورية³، ركيزة أساسية للتوسع في ممارسة حرية التجارة والصناعة، مما أدى بالنتيجة لظهور أول بوادر مبدأ حرية المنافسة، الذي تم تأكيده بصفة صريحة بمقتضى قانون 27 ديسمبر 1973

¹ L'art. 07 de la Loi du 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente dispose que : "A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits". Voyez: Mathieu Bertozzo, «Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ou la matérialisation des idées libérales de la Révolution française», Revue générale du droit on line, 2015, numéro 19932 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=19932).

² ديباش سهلية، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010/2009، ص. 68.

³ Voyez les décisions du conseil constitutionnel: CC, décision 82-139 DC du 16 janvier 1982 relative aux lois de nationalisations, et CC, décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale. Citées par: Rémi Bastille, Le statut du service public dans la jurisprudence de conseil de la concurrence, Mémoire de 4e année d'I.E.P, Université Robert Schuman - Strasbourg III, Mai 2007, p.26.

المعروف بـ¹ La loi Royer، ومن بعده الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، والذي أدمجت أحكامه منذ سنة 2000 ضمن الكتاب الرابع من القانون التجاري الفرنسي.

واقتناعا من السلطات العمومية في الجزائر بدورها، بفعالية النموذج الاقتصادي الحر في تحقيق النمو الاقتصادي والاجتماعي، فقد عملت منذ أواخر ثمانينيات القرن الماضي على بلورة سياسة اقتصادية تستهدف ضمان قيام منافسة اقتصادية داخل جميع القطاعات، وتنظيمها في بيئة مبنية على النزاهة والمنافسة الشريفة بين المتعاملين الاقتصاديين مع ضمان حماية ناجعة لهم، لاسيما في ظل خصوصية الحقل الاقتصادي²، وإلغاء الاحتكارات العمومية³، وإزالة التنظيم⁴، وإقرار مبدأ حرية التعاقد⁵.

¹ Art. 1 alinéa 1 de la loi n° 73-1193 du 27 Décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat: "A compter du 1 avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier".

² تراجع على سبيل المثال أحكام المرسوم التشريعي رقم 08/94 المؤرخ في 26 ماي 1994، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج.ر عدد 33 لسنة 1994، والأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها، ج.ر عدد 47، لسنة 2001.

³ يراجع المرسوم التنفيذي رقم 201/88 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج ر عدد 42 الصادرة في 19 أكتوبر 1988.

- يقصد بإزالة التنظيم la déréglementation تبسيط وإدخال نوع من المرونة على القواعد والتنظيمات، وقد عرفته الأستاذة Nicole Decoopman بالمفهوم الواسع بالتخفيف من الالتزامات الدولالية أو تراجع الدولة المركزية لصالح أشكال تدخل أخرى أكثر مرونة، أما بالمفهوم الضيق فقد اعتبرته شكلا جديدا للضبط القانوني أكثر تركيبا وأكثر تطورا، بعيدا عن فلسفة دعه يعمل بحرية وهو لا يعني إلغاء كل شكل من أشكال التنظيم، فذلك يتعارض مع ضرورة وجود قدر أدنى من القواعد التي تحكم وتضبط أي مجال. نقلا عن: خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، السنة الجامعية 2014/2015، ص. 29.

⁴ تراجع أحكام القانون رقم 29/88 المؤرخ في 19 جويلية 1988، المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر عدد 29 لسنة 1988، والمرسوم التنفيذي رقم 37/91 المؤرخ في 13 فبراير 1991، المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، ج.ر عدد 12 لسنة 1991.

⁵ Rachid Zouaimia, «De l'Etat interventionniste a l'Etat régulateur: l'exemple Algérien», revue critique des sciences juridiques et politiques, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, n°1, 2008, p.08.

تجدد الإشارة، إلى الأسبقية التي سجلتها الحضارة الإسلامية في مجال ضبط المنافسة في الأسواق الاقتصادية، من خلال إنشاء وظيفة "المحتسب" الذي أسندت له مهمة التدخل لتطبيق النصوص الشرعية وتحقيق مصلحة الناس وحاجاتهم إذا لزم الأمر¹، فهو بذلك يحقق الحرية الاقتصادية للمسلمين، ويضبط مصالحهم سواء كانوا جماعات أو أفراداً، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، تشديد النصوص على منع الغلو والظلم وتحريم التعسف في استعمال الحق والبيع المضرة بالاقتصاد الإسلامي².

ترجع الأهمية التي تحوزها حرية المنافسة في المجالات الاقتصادية إلى تأثيرها إيجاباً على الاقتصاد بشكل عام، من خلال إنعاش الحياة الاقتصادية، وتشغيل الأيدي العاملة، وضمان مصالح الدولة، والحفاظ على المال العام، مع دورها أيضاً في مجال تطوير البحث العلمي والدراسات المتعلقة بالمشاريع الإنشائية والخدمية، وتحقيق العدالة بين الأشخاص المنتمين لمهنة واحدة أو نوع نشاط واحد، مما جعل المشرع الدستوري ضمن آخر تعديل عرفه الدستور الجزائري يؤكد بصفة صريحة على أهمية دور الدولة في تحسين مناخ الأعمال، والتشجيع على ازدهار المؤسسات دون تمييز³.

¹ يقول الشيخ ابن تيمية رحمه الله متحدثاً عن مهام المحتسب: "ومهمة المحتسب مشاركة السوق والنظر في مكاييله وموازينه، وتحديد الأسعار، ومنع الاحتكار ومنع الغش والتدليس فيما يباع ويشترى من مأكول ومصنوع، ورفع الضرر عن الطريق بدفع الحرج عن السابلة من الغادين والرائحين، إلى نحو ذلك من الوظائف". يراجع: أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، الجزء الأول، دار عالم الفوائد، مكة، المملكة العربية السعودية، 2011، ص. 30.

² وردت في القرآن الكريم أحكام خاصة في هذا الشأن، من ذلك قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (سورة النساء: الآية 29)، وقوله تعالى: "ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ألا يظن أولئك أنهم مبعوثون ليوم عظيم" (سورة المطففين الآيات: 01، 02، 03، 04، و05). وفي السنة قوله صل الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" رواه مالك في الموطأ وابن ماجه والدارقطني وغيرهما، وقال أيضاً: "لا تناجشوا ولا تباغضوا ولا تحاسدوا وكونوا عباد الله إخواناً" متفق عليه، وقال صل الله عليه وسلم: "لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباد" رواه البخاري. يراجع في هذا الصدد: عبد الحكيم أحمد محمد عثمان، المناقصات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص. 142.

³ تنص المادة 43 من الدستور الجزائري المعدلة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، على أنه: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية. تكفل الدولة ضبط السوق ويحمي القانون حقوق المستهلكين. يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة". يراجع: القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016. كما تنص المادة 34 من

على أن المنافسة لا تحقق الفوائد المرجوة منها إلا إذا كانت مقيدة بمجموعة من الضوابط التي تجعل منها منافسة مشروعة لا تتعارض مع القوانين النافذة والأعراف والعادات التجارية، وكذلك منافسة حرة لا يرد عليها ما يقيدتها أو يعرقلها أو يحد منها، باعتبار أن الإفراط في تعزيز المنافسة دون أي ضوابط يمكنه أن يقضي على المنافسة ذاتها.

وهو الدور الذي تم تأطيره في الجزائر بموجب تشريعات خاصة، أبرزها القانون رقم 04/02¹، والقانون رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة². هذا الأخير، الذي سعت السلطات العمومية من خلاله إلى تكريس حرية ممارسة المنافسة في الأسواق الاقتصادية³، مع التركيز على النزاهة والشفافية في العلاقات الاقتصادية، ووضع تدابير وقائية وحمائية ضد كل أشكال الممارسات التعسفية والمنافية للمنافسة على مستوى جميع الأسواق الاقتصادية، بما فيها سوق الطلب العمومي، باعتباره من بين أهم الأسواق المعنية بالتزاحم والتنافس بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين، خصوصا في ظل الدور الكبير للصفقات العمومية في دعم الطلب الداخلي والنمو الاقتصادي، مما جعل هذا المجال يزخر بفرص حقيقية للمؤسسات لرفع أرقام مبيعاتها وتطوير أعمالها سواء تعلق نشاطها بقطاع الأشغال أو الخدمات أو توريدات السلع والبضائع.

في إطار هذا المسعى، أكدت قواعد قانون التجارة الدولية على أن مبدأ حرية المتعاملين الاقتصاديين في الدخول إلى الأسواق الاقتصادية يتجاوز تلك التفرقة

الدستور بدورها على أنه: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية والثقافية".

¹ القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 لسنة 2004، المعدل والمتمم.

² الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم.

³ تنص المادة الأولى من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسة مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".

الكلاسيكية بين القانون الخاص والقانون العام، حيث أصبحت هذه الحرية تشمل على مستوى القوانين الداخلية والأوروبية والدولية، الأسواق الخاصة، وكذا الأسواق العمومية¹، باعتبار أن الصفقات العمومية أصبحت تشكل في حد ذاتها سوقا اقتصادية تتقاطع فيها إعلانات الإدارات العمومية لتلبية حاجاتها المرفقية، مع العروض المقترحة من طرف المتنافسين استجابة لهذه الإعلانات، وبالتالي، لكي تلعب دورها كاملا كمحرك للاقتصاد، من جهة، وكوسيلة لإشباع حاجات الشخص العام بشكل يضمن فعالية هذه العقود وتنفيذها بشكل لا يتضمن إهدارا للمال العام، من جهة ثانية، كان من الضروري أن تكون الطلبية العمومية موضع منافسة حرة، بحيث لا يمكن تصور منافسة فعالة، إذا لم تكن هذه الأخيرة نزيهة وخالية من الممارسات المنافية لها.

إن تفعيل المنافسة في هذا المجال وجعلها قاعدة عامة من شأنه أن يصب في صالح الجميع²، حيث إن الجهة التي تقوم بطرح الصفقة تستفيد من المنافسة بين أصحاب العروض للحصول على أفضل سعر مع مراعاة الاشتراطات التقنية المطلوبة، كما تضمن المنافسة من جهة أخرى حق الشركات والمؤسسات في تطوير نشاطها ودعم مبيعاتها³، وبذلك تتضح مدى تبعية المتعاملين الاقتصاديين للصفقات العمومية التي أصبحت تشكل نسبة معتبرة من حجم معاملاتهم. وقد ازدادت هذه التبعية بعد ما شهدته الجزائر خلال العشرية المنصرمة من طفرة اقتصادية لا سبيل لإنكارها، كان لها أثر حاسم على الحسابات

¹ Voyez à ce titre : L'accord sur les marchés publics, Conclu à Marrakech le 15 avril 1994, disponible sur le site internet de l'OMC : www.wto.org/marchespublics.

² Rapport Attali, chap. 05, p. 139 : "La concurrence doit donc devenir la règle dans le secteur, car elle est dans l'intérêt de tous. L'ensemble des secteurs et des professions dont l'avis est réglementé doit s'ouvrir". Voyez: Christophe Cabanes et Benoit Neveu, Droit de la concurrence dans les contrats publics, pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôle et sanctions, Editions le Moniteur, Paris, 2008, p. 13.

³ تشير بعض التقارير الدولية إلى أن الطلبات العمومية تمثل نسبة تتراوح بين 25 و30% من الناتج المحلي الإجمالي في البلدان النامية، وحوالي 15% من الناتج المحلي الإجمالي في بلدان منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية. تراجع: مذكرة أمانة الأونكتاد (UNCTAD) التابعة لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، بعنوان "سياسات المنافسة وقطاع المشتريات العامة"، جنيف، سويسرا، 09 جويلية 2012، ص.03، متوفرة على الموقع: <http://www.unctad.org>

العمومية، وفتحت أمام الدولة هوامش مناورة تاريخية في مجال الميزانية، وقد استفادت الصفقات العمومية من ذلك استفادة كبيرة.

بالرجوع لبعض المعطيات المتعلقة بموقع الصفقات العمومية ضمن المالية العامة والمعاملات الاقتصادية داخل الجزائر، نجد أن سنة 2014 لوحدها وصلت قيمة الاعتمادات المرصودة خلالها لمجال الصفقات العمومية 3994 مليار دينار جزائري، مع تسجيل ناتج داخلي خام PIB بلغت قيمته الإجمالية 17.731 مليار دينار جزائري (221 مليار دولار)، بمعنى أن الصفقات العمومية مثلت ما قيمته 22,52% من الناتج الداخلي الخام¹. وحتى بعد انخفاض عائدات الخزينة العمومية بفعل تراجع أسعار النفط لم تشهد نفقات التجهيز إلا تراجعا طفيفا حيث بلغ حجمها 3176 مليار دينار سنة 2016²، أي حوالي 13,9% من الناتج المحلي الخام³، وبذلك أصبحت قطاعات اقتصادية هامة، على غرار البناء والأشغال العمومية تعتمد بما يزيد عن 70% على طلبات الدولة المباشرة أو غير المباشرة⁴.

¹ Slimani Djilali, «Approche économique de la relation entre les marchés publics et le droit de la concurrence», Journée d'étude portant sur les indices de collusion en matière de marchés publics, Conseil de la concurrence, Alger, le 16 Décembre 2015, p. 07.

² تراجع القانون رقم 18/15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج.ر العدد 72 الصادرة في 31 ديسمبر 2015.

³ تراجع التقرير التمهيدي عن مشروع قانون المالية لسنة 2016، الفترة التشريعية السابعة، دورة الخريف 2015، لجنة المالية والميزانية، المجلس الشعبي الوطني، نوفمبر 2015، ص. 19.

⁴ قدر عدد التجار المسجلين في الجزائر إلى غاية 2012/12/31 بـ 1.596.352 تاجر، منهم 1.457.584 شخص طبيعي (أي 91,3%) و138.804 شخص معنوي (أي 8,7%)، يمارسون نشاطات: التجارة بالتجزئة - الجملة (45,4%)، الخدمات (40,1%)، قطاع البناء والأشغال العمومية والري (14,5%) هذا بالنسبة للأشخاص الطبيعيين. أما بالنسبة للأشخاص المعنويين، فممارستهم للأنشطة الاقتصادية تتوزع على: التجارة بالتجزئة - الجملة (38,4%)، الخدمات (30,3%)، قطاع البناء والأشغال العمومية والري (31,3%). تراجع: نشرية وزارة التجارة، حصيلة، أنشطة وإحصائيات، حصيلة 2012، العدد الخامس، الصادرة عن خلية الاتصال بوزارة التجارة الجزائرية، طبعة 2013، ص. 57.

أمام هذه الفرص الهامة التي تتيحها هذه السوق، وفي إطار تعزيز فرص المتعاملين الاقتصاديين للوصول إليهما، سعى القانون الجزائري¹، على غرار نظيره الفرنسي²، وكذا قانون الاتحاد الأوروبي³، إلى تكريس ما يعرف بالمبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية، والمتمثلة أساسا في حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، التي وإن أشارت النصوص إلى أنها تستهدف ضمان فعالية الصفقات العمومية، وحسن استعمال المال العام، فإن تفعيلها من شأنه أن يضمن أيضا أكبر قدر من المنافسة بين المؤسسات الراغبة في الترشح، بما يؤدي لا محالة لاختيار العرض الأفضل⁴، فبصفة مباشرة وغير مباشرة تذكى هذه المبادئ روح المنافسة وتطور تنافسية الصفقات العمومية، لكون الشفافية والمساواة تشكل عوامل ضرورية لكل منافسة جيدة، بحكم أنهما يقتضيان مواجهة الاتفاقات بين المتعهدين والتصدي لكل أنواع التفضيل والمحاباة من طرف بعض الإدارات.

وعلى هذا الأساس، تكون السلطات العمومية في الجزائر قد أولت اهتماما كبيرا بالإطار الذي ينظم الصفقات العمومية سعيا وراء تحقيق الشفافية والمنافسة وتحقيق

¹ المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر. 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

² Art. 01.I de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015.

³ La nouvelle directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE L94 du 28 mars 2014, énonce les principes applicables aux contrats entrant dans son champ d'application: "La passation de marchés publics par les autorités des états membres ou en leur nom doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence".

⁴ Stéphane Braconnier, «Le nouveau Code des marchés publics: entre responsabilisation et libéralisation », JCP, n° 18, Avril 2004, p. 647: "Le second alinéa de l'article 1er-I du code ajoute que ces trois principes servent deux objectifs, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, eux-mêmes servis par les trois outils juridiques que sont la définition préalable des besoins (CMP, art. 5), le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse".

فعالية أمثل للنفقات، بداية من إصلاحات 1991، تاريخ صدور أول نص قانوني ينظم الصفقات العمومية في ظل النظام الاقتصادي الجديد القائم على اقتصاد السوق¹، وإلى غاية التنظيم الحالي²، من خلال تكريس الدعوة إلى المنافسة كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية، مع التحديد المسبق للحاجيات، وكذا اعتماد مبدأ إجبارية الإعلان عن طلبات العروض، ومنع التفاوض مع المرشحين إلا ضمن حالات خاصة، مع توسيع أجهزة الرقابة على الصفقات العمومية، وتبسيط الإجراءات، وهو ما من شأنه السماح بتفادي أخطاء التسيير، وتبذير المال العام.

وإن كان توجه القانون الداخلي الفرنسي وكذا الجزائري نحو فتح سوق الصفقات العمومية أمام أكبر قدر ممكن من المنافسة، في إطار تلبية الأهداف المشار إليها، يعتبر تماشياً منهما مع ما هو منتهج على المستوى العالمي³، غير أن ذلك اصطدم بواقع صعب في المجال العملي، تمثل في إمكانية قيام مقدمي العروض بممارسات من شأنها الإخلال بالمنافسة، على غرار الاتفاق بشكل سري لتقاسم الصفقات، أو من أجل الزيادة في أسعار السلع أو الخدمات أو التقليل من جودتها مع الحفاظ على مستوى سعر مرتفع. كما قد تلجأ الإدارة إلى القيام بمجموعة من الأعمال التي من شأنها المساس بالسير الحسن للمنافسة في سوق الصفقات العمومية، على غرار قراراتها الإدارية المنشأة لوضعية هيمنة، أو حالة قيام مسؤوليها بالاتفاق مع أحد المرشحين لتفضيله على البقية، ومحاباته بشكل غير مشروع ومنحه لوحده امتيازات مخالفة للقانون، الأمر الذي يؤدي إلى تشويه العملية التنافسية وتقويض كافة الفوائد المتوقعة عند طرح العروض العامة.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الملغى، ج.ر عدد 57 لسنة 1991.

² المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، سابق الذكر.

³ P. MENGOZZI, concl. sur CJUE, 19 juin 2014, Centro Hospitalar de Setubal EPE, aff. C-574/12, pt 32: "La Cour a répété à plusieurs reprises que le principal objectif des règles de l'Union en matière de marchés publics est la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence la plus large possible dans tous les états membres". Voyez: Jean-François Sestier, «SEML et in house: le désordre?», AJDA, 2017, p. 264.

كان لمجلس الدولة¹، ومجلس المنافسة الفرنسيين²، بداية من منتصف تسعينيات القرن الماضي، دور كبير في لفت الانتباه للآثار السلبية للسلوكات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، المرتكبة من طرف الأعوان الاقتصاديين الراغبين في الترشح لنيلها، والذين قد يرفض بعضهم الاحتكام للقواعد القانونية المنظمة للمنافسة في هذا المجال، أو من طرف الإدارة التي قد تأتي أعمالا مرتبطة بإتمام عملية الإبرام، تتنافى مع المحيط التنافسي الذي يتطلبه التنفيذ الجيد للشراء العام.

وبالنسبة، ثارت نقاشات حادة على مستوى الفقه، حول مدى إمكانية تدخل قانون المنافسة عن طريق أساليب التحليل الاقتصادي التي يعتمدها، من أجل مواجهة هذه الممارسات³، لاسيما وأن قواعد الدعوة للمنافسة في الصفقات العمومية، تعتبر سابقة من الناحية الزمنية على ظهور القواعد المطبقة لردع الاتفاقات والتركيزات الاقتصادية غير المشروعة، وغيرها من الممارسات المنافسة للمنافسة⁴، مما ترتب عنه عدم الأخذ بعين الاعتبار إمكانية تأثيرها على سوق الطلب العمومي⁵.

¹ راجع قرارات مجلس الدولة الفرنسي المشار إليها بداية من ص. 48 من هذه الأطروحة.

² Voyez à ce titre la Décision n° 95-D-76 du 29 novembre 1995 relative à des pratiques constatées à l'occasion de marchés de grands travaux dans le secteur du génie civil. Citée par: Véronique Sélinsky, «La participation à des marchés publics par des entreprises groupées», L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics, n° 20 - mars 2003, p. 48.

³ Laurent Gravier et Richard Roux, «Juge administratif et droit de la concurrence dans les contrats publics», L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics, n° 20 - mars 2003, p. 34.

⁴ لم يعرف النشاط الاقتصادي في الجزائر تشريعا خاصا بتنظيم المنافسة إلا بصدور الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 09، الصادرة بتاريخ 22 فبراير 1995، وذلك بعد صدور دستور 1989 بستة سنوات، وبعد صدور ثلاثة نصوص قانونية خاصة بتنظيم الصفقات العمومية، تمثلت في: الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 52 لسنة 1967، والمرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج.ر عدد 15 لسنة 1982، والمرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 سابق الذكر.

⁵ Jehan Béjot, «Les conditions d'application du droit de la concurrence aux contrats publics», Revue Contrats Publics, n° 99, Editions le Moniteur, Paris, Mai 2010, p. 30.

وهي المناقشات التي انتهت إلى الإقرار بتدخل قواعد قانون المنافسة في ميدان العقود الإدارية وعلى وجه الخصوص تفويضات المرافق العامة والصفقات العمومية، مما مكن مجلس المنافسة -سلطة المنافسة حاليا- من التدخل لردع الممارسات التي يأتىها المتعاملون الاقتصاديون بموجب عقوبات إدارية، وتمكين القضاء الإداري من جهة أخرى من الرقابة على أعمال الإدارة استنادا لقواعد قانون المنافسة.

وذلك بالرغم من الإشكالات التي أثارها هذا التدخل بالنسبة لتحديد نطاقه، وكذا إمكانية وجود تنازع في الاختصاص ما بين الجهات المختصة بمتابعة الممارسات الممنوعة، على أساس وجود قطب عمومي وآخر خاص، قد يتسبب كلاهما في ارتكابها، مما جعل البعض يتساءل حول الجدوى من إدماج أو بالأحرى انتهاك قواعد قانون المنافسة -الذي وضع من أجل تطبيقه على الأعوان الاقتصاديين- لمجال القانون الإداري، خاصة في ظل استمرار الجدل حول أساس القانون الإداري في حد ذاته بين مدرسة بوردو ومدرسة تولوز، أي بين مدرسة المرفق العام بزعامة Duguít ومدرسة امتيازات السلطة العامة بزعامة Hauriou، حيث يشكل هذا التدخل وفقا لرواد المدرسة الأولى جانبا سلبيا لفكرة امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها أشخاص القانون العام، حيث تكون هذه الأشخاص مقيدة بالنسبة للأعمال التي يتمتع بشأنها أشخاص القانون الخاص بحرية التصرف، لتأتي مسألة تطبيق قانون المنافسة في مجال القانون الإداري وتجعل الأمر أكثر تعقيدا¹!

يزيد من هذا التعقيد المفاهيم التي أصبحت متداولة بعد هذا التداخل حيث أصبح المختصون يتحدثون عن "حرية المنافسة"، و"قواعد المنافسة"، في مقابل "الدعوة إلى

¹ Cyrille Bardon, Présentation pour le 13^{eme} colloque organisé par l'association Française des avocats conseillés auprès des collectivités territoriales sur : le droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique, Paris le 05 Octobre 2006, p. 13 : "Comment intégrer ce droit à notre droit, sans résoudre par la négative notre controverse fondatrice entre Bordeaux et Toulouse? Entre l'école du service public de Duguít et celle de la puissance publique de Maurice Hauriou, il n'y avait plus à prendre parti, tant l'ordonnance de 1986 par son objet et ses dispositions était loin de ce droit administratif qui était traditionnellement le notre!... Quel sacrilège!".

المنافسة"، و"المساواة في شروط المنافسة"، في ظل اختلاف أهداف كل مفهوم، بالموازاة مع تعدد الجهات المعنية بمتابعة الممارسات المنافسة لهذه المفاهيم، ويشمل الأمر القاضي المدني والقاضي التجاري، والقاضي الإداري، والقاضي الجزائي، والسلطات الإدارية المستقلة المعنية لاسيما سلطة المنافسة.

على أنه مهما تعددت أهداف النصوص والمفاهيم المكرسة لقاعدة المنافسة في ممارسة النشاطات الاقتصادية، ومن بينها سوق الطلب العمومي، فإن المتفق عليه يكمن في عدم ملائمة تنظيم الصفقات العمومية للتصدي للممارسات المنافسة للمنافسة، واقتصار دوره على ضبط سلوكيات المشتري العمومي¹، مما جعل المشرع الجزائري سنة 2008، وفي إطار موجة الإصلاحات التي عرفتها مجموعة من النصوص التي ساهمت في تعزيز مبدأ الشفافية والمنافسة في إطار الصفقات العمومية²، يتدخل من جهته من أجل تمديد مجال اختصاص قانون المنافسة ليشمل الصفقات العمومية، حيث أصبح هذا القانون يطبق بصفة رسمية على هذا النوع من العقود بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، على أن لا يعيق ذلك أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية، حسب تعبير المادة 02 منه. ويعتبر حرص المشرع الجزائري على إذكاء روح المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية امتداد للنهج الاقتصادي المتبع من طرف

¹ بودالي محمد، «نظم الرقابة البرلمانية، المالية والإدارية على الصفقات العمومية»، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 24 و25 أبريل 2013، غير منشورة، ص.01.

² تمثلت هذه النصوص على وجه الخصوص في المرسوم الرئاسي رقم 308/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج.ر عدد 62 الصادرة في 09 نوفمبر 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002، ج.ر عدد 52 الصادرة في 28 جويلية 2002 (الملغى)، والذي تم من خلاله تبني المبادئ العامة للصفقات العمومية بصفة واضحة وصريحة، زيادة على القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006، المتمم بالأمر رقم 05/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر عدد 44 المؤرخة في 10 أوت 2011، والذي أشارت المادة 09 منه على أنه: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والتزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية"، وكذلك القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 الصادرة في 23 أبريل 2008، لاسيما المادة 946 منه.

الدولة، والرامي إلى رسم معالم سوق تحكمها قاعدة العرض والطلب، الأمر الذي يتنافى مع كل الممارسات المخلة بالمنافسة.

هذه الأخيرة، التي يقصد بها في إطار هذه الأطروحة الممارسات التي قد تصدر عن المتعاملين لنيل الصفقة العمومية في علاقاتهم، ويتعلق الأمر بالممارسات التي تقوم بها مؤسسة إزاء مؤسسة أخرى، والتي تكون من طبيعتها إما عرقلة حرية المنافسة في السوق، وإما الحد منها، وإما الإخلال بها، وتشمل أساسا الاتفاقات الاقتصادية المحظورة، والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة، والإخلال بالمنافسة من خلال التخفيض التعسفي للأسعار، وتشكيل تجمعات اقتصادية غير مشروعة¹، وهي ممارسات يكون في غالب الأحوال الهدف من ورائها خداع المشتري العمومي حول فعالية المنافسة²، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، أعمال المشتري العام التي من شأنها المساس بتنافسية الصفقات العمومية، لاسيما القرارات التي قد تجعل مؤسسة تتعسف في استعمال وضعيتها الاقتصادية بطريقة آلية، وحالة الاتفاق المسبق بين المقررين العموميين وأحد المرشحين على منحه الصفقة بشكل غير مشروع، لذلك تمت عنونة الأطروحة بالممارسات المنافية للمنافسة وليس المقيدة لها، لكون عبارة "منافية" أشمل وأوسع، لأنها تتضمن كل من التقييد، والعرقلة والحد، المرتكب سواء من المؤسسات المرشحة، أو الإدارات المتعاقدة، بمعنى كل أشكال المساس بالمنافسة الحرة، بالمقابل فعبارة "مقيدة" ضيقة جدا فهي تشمل التقييد فقط، ولا تشمل العرقلة والحد.

¹ كان الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، يدرج التجميع الاقتصادي ضمن الممارسات المنافية للمنافسة، إلا أن التجميع في حقيقة الأمر يحقق فوائد كثيرة تخدم الاقتصاد ولهذا قام الأمر رقم 03/03 باستبعاد التجميع من الممارسات المنافية للمنافسة، لأنه يعتبر مشروعا بحد ذاته، حيث اكتفى بإخضاعه للرقابة فقط، والتأكد من مدى مطابقته لقواعد المنافسة، على أنه قد تصبح هذه الآلية غير مشروعة ضمن ظروف معينة سنوضحها من خلال هذه الدراسة.

² Aut. conc. déc. n° 13-D-09 du 17 avril 2013, pt 150: "Ces pratiques, qui visent à tromper les maîtres d'ouvrage sur l'effectivité même de la procédure d'appel d'offres, se rangent par leur nature même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence". Citée par: Olivier Guézou, «Contrats publics et politiques de la concurrence», RFDA, 2014, p. 632.

وبالتالي، تكون معالجة السلوكيات المشار إليها باعتماد نهج شامل أمر ضروري، وذلك من خلال تدخل قانون المنافسة لردع سلوكيات المتعاملين الاقتصاديين، وتكليف مجلس المنافسة بهذه المهمة، وإدماج ذات القانون في مجال الشرعية الإدارية لتمكين القضاء الإداري من مراقبة مشروعية أعمال المشتري العمومي على ضوء قانون المنافسة، سواء في إطار قضاء الموضوع أو الاستعجال، زيادة على دور القضاء العادي في الرقابة على هذه الممارسات وردعها مدنيا أو جزائيا.

تعزى أهمية موضوع الدراسة إلى ارتباطها بموضوع أساسي يمزج بين الأهمية القانونية والاقتصادية، حيث ترتبط نجاعة سوق الصفقات العمومية بمدى فعالية المنافسة فيها باعتبارها ركنا أساسيا من أركان اقتصاد السوق الحر بصفة عامة، بما تعكسه من منافع لكل الأطراف سواء بالنسبة إلى المشتري العام الذي يلبي حاجياته بأسعار أقل وجودة أعلى، أو بالنسبة إلى المعارضين من خلال ما توفره المنافسة من حافز لاستمرارية التطوير والابتكار، بما يساعدهم على التوسع في السوق رأسيا وأفقيا، أو بما توفره للمجتمع ككل من استخدام أمثل للموارد المتاحة.

ومع إدراكنا أن حماية المنافسة لا تستقيم إلا بالكشف عن الممارسات المنافية للمنافسة وإيضاح الإطار القانوني الكفيل بالتصدي لها سواء على الصعيد الوطني أو في التشريعات المقارنة، فقد أثرنا التعرض للتجربة الفرنسية لما لها من سبق في هذا المضمار، لاسيما وأن موضوع الصفقات العمومية وعلى الرغم من عراقته، غير أنه لم يحض في الجزائر بالدراسة الكافية بالنسبة لجميع الإشكاليات التي تثيرها عملية إبرام هذه العقود وتنفيذها، إذ اقتصرَت الدراسات الخاصة بذلك على تناول جانب الإجراءات والرقابة، وكذا علاقتها بمبدأ المنافسة، بحيث لم نقف على دراسة تعنى بالممارسات المنافية للمنافسة التي قد تقع في إطارها، وخصوصا من زاوية قانون المنافسة.

كما يجد إيلاء هذا الموضوع ببحث خاص تبريره بخطورة الممارسات المنافسة للمنافسة التي قد تقع في إطار الصفقات العمومية، باعتبارها مجالا خصبا لممارسة أعمال التواطؤ، والفساد والمفاضلة غير المشروعة، والاتفاقات المحظورة بمختلف صورها، والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة، والإخلال بالمنافسة عن طريق العروض المالية غير العادية، فكلما وجدت إحدى هذه الممارسات كلما قلت حظوظ المشتري العمومي في الحصول على عرض جيد ومناسب، وانتفت المساواة بين المتنافسين أمام الطلبات العمومية.

إضافة لتسبب هذه الممارسات في زيادة الأعباء المالية التي يتحملها المشتري العمومي عند إبرام الصفقة، حيث أشارت بعض التقارير في هذا الصدد إلى أن وجود اتفاق منافي للمنافسة في صفقة معينة، من شأنه أن يتسبب في زيادة أعباء مالية إضافية على عاتق المشتري العمومي تتراوح بين 15 و30% من مبلغ الصفقة، مما يوضح الأثر المباشر لهذه الممارسات على النفقات العامة¹.

على مقتضى ما تمت الإشارة إليه، فإن هذه الدراسة تسعى إلى تحقيق عدة أهداف أبرزها رصد الإطار القانوني الذي يتدخل فيه قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، لمجابهة الممارسات المنافسة للمنافسة التي قد يرتكبها مختلف المتدخلين في هذه السوق، وكذا تقصي دور الهيئات المكلفة بالتصدي لهذه الممارسات، سواء كانت تنتمي لجهة القضاء بنوعيه الإداري والعادي، أو إلى فئة السلطات الإدارية المستقلة في شكل مجلس المنافسة بالجزائر، وسلطة المنافسة بفرنسا، وذلك قصد الوقوف على إيجابيات

¹ يراجع في هذا الشأن:

- «Collusion et corruption dans les marchés publics», contribution de la France au Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE, 1 février 2010, p. 03. Voyez également: CA Paris 28 mars 2013, BOCCRF, 29 avril 2013: "En cas de pratiques anticoncurrentielles, il est porté atteinte au fondement même des appels à la concurrence [...], le non-respect des règles de concurrence ne garantit plus à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public". Cité par: Olivier Guézou, «Contrats publics et politiques de la concurrence», art.préc., p. 638.

وسلبيات الإطار التشريعي الجزائري، وإبداء الحلول المناسبة للتكفل بالنقائص وضمان فعالية النصوص في مواجهة هذه الممارسات.

تم اختيار هذا الموضوع، بسبب التغيرات الاقتصادية التي تعرفها الجزائر، والتي حتمت على السلطات العمومية السعي لتبني نموذج اقتصادي جديد يقوم على التنافسية والفعالية والانفتاح وعلى عولمة الاقتصاد، لاسيما بعد تراجع عائدات الخزينة العمومية بسبب انخفاض أسعار النفط، الأمر الذي ينبغي في ظلّه زيادة التأطير القانوني لجميع الأسواق الاقتصادية بما فيها سوق الطلب العمومي، وبالتالي، إمكانية مواجهة مجموعة من الإشكاليات على الصعيد التطبيقي، أبرزها مدى توفر ترسانة قانونية ومنظومة مؤسسية من شأنها الحيلولة دون تأثير هذه السوق بالممارسات والسلوكيات التي من شأنها الحد من تنافسيتها مهما كان مصدرها.

تأسيسا على ما سلف، فإن معظم التساؤلات المراد تحليلها في هذا المقام موصولة بالإشكالية المركزية التالية: إلى أي مدى يمكن اعتبار القواعد والآليات المقررة وفقا للتشريع الجزائري كفيلة بحماية سوق الصفقات العمومية من الممارسات المنافسة لتنافسيتها، مقارنة بما سنه التشريع الفرنسي في هذا المجال؟.

وتتفرع عن هذه الإشكالية العديد من التساؤلات الثانوية تتمثل أساسا فيما يلي:

كيف يمكن للصفقات العمومية والأمر يتعلق بعمل إداري يدخل في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسيير المرفق العمومي، أن تكون سوقا اقتصادية معنية بوجود ممارسات منافية للمنافسة؟، وهل يمكن لقانون المنافسة بالرغم من كونه فرعاً من فروع القانون الخاص أن يكون سندا لمجابهة مثل هذه الممارسات؟. هل نجحت السلطات العمومية في الجزائر في استيعاب وفهم مسألة استقلالية الصفقات العمومية بنظام قانوني خاص، وفي نفس الوقت امتداد قانون المنافسة للتطبيق في مجال الطلب العمومي باعتباره

الشريعة العامة المطبقة على الأسواق الاقتصادية بمختلف أنواعها، وما يقتضيه ذلك من تكامل بين هذين النظامين؟. فيما تكمن الممارسات والسلوكيات الممكنة إخلالها بدرجة تنافسية الصفقات العمومية، وهل الآليات القضائية والمؤسسية المتوفرة كفيلة بمتابعتها والتصدي لها؟.

في سبيل الإلمام بجميع عناصر الدراسة، تمت الاستعانة ببعض المناهج العلمية تمثلت في المنهج التحليلي كحتمية منهجية استدعتها ظروف إنجاز الأطروحة، لاسيما في ظل غياب أبحاث قانونية سابقة متعلقة بموضوع الدراسة، مما يستوجب اللجوء المباشر لتحليل النصوص القانونية ذات الصلة، وكذا العمل الاجتهادي لهيئات المتابعة المعنية، قصد استنباط الأحكام الخاصة بالإطار الذي يتدخل فيه قانون المنافسة لحماية سوق الصفقات العمومية من الممارسات المنافية للمنافسة، وكيفيات تجسيدها ميدانيا.

مع الإعتماد موازاة مع ذلك على المنهج المقارن، القائم على المقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي، للوقوف على مدى فعالية تشريعنا الوطني فيما يتعلق بتوفير إطار قانوني من شأنه أن يضمن حماية كافية لسوق الطلبات العمومية من مخاطر الممارسات المنافية للمنافسة، ويرجع التركيز على تحليل النصوص القانونية الفرنسية، وكذا إيراد موقف الهيئات الخاصة بالتصدي للممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، لاسيما القضاء الإداري ومجلس المنافسة الفرنسيين، إلى اقتباس التشريع الجزائري من نظيره الفرنسي إلى حد يكاد يكون فيه متطابقا معه.

وبالتالي، فإن المقاربة بين الهيئات الفرنسية والجزائرية، لها بعد عملي براغماتي لإمكانية الإستدلال بالتجربة الفرنسية بمناسبة قضايا المنافسة التي قد تثار في الجزائر، لاسيما في ظل الغياب الكبير لموقف واضح للهيئات الجزائرية المماثلة بخصوص تطبيق قانون المنافسة في مجال العقود الإدارية.

وباعتبار أن الإطار التشريعي والقضائي لحماية الصفقات العمومية من الممارسات المخلة بتنافسيتهما عرف تطورا مستمرا لارتباطه بالمجال الاقتصادي المرن والمتحرك، كان من اللازم الرجوع من حين إلى آخر إلى المنهج التاريخي، لمقارنة النصوص السابقة بالنصوص الحالية، في إطار اكتشاف أسباب التعديل ومدى نجاعته، ومحاولة استقصاء التطور الحاصل.

على أن تناول هذا الموضوع لم يكن في منأى من مواجهة عدة صعوبات، يمكن إجمالها في كونه من المواضيع الحديثة التي لم تأخذ حقها من الاهتمام في الجزائر سواء من ناحية النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بها، أو من ناحية الدراسات الأكاديمية المخصصة لها، لاسيما وأن الصفقات العمومية لم تصبح معنية بتدخل قانون المنافسة إلا في سنة 2008.

هذا زيادة على أن التقييم العملي للدور الاقتصادي للصفقات العمومية، ومدى تنافسية هذه السوق الهامة يعتبر أمرا ليس باليسير في الجزائر، بسبب عدم نشر أرقام وإحصاءات رسمية دورية ومحينة بشكل منتظم حسب معايير مختلفة: عدد الصفقات، موضوعاتها، أماكن تنفيذها، مبالغها، نائلوها، ومصادر تمويلها، إلى غير ذلك من المعطيات المفيد وضعها رهن إشارة المتعاملين الاقتصاديين، والمسيرين العموميين والباحثين الأكاديميين، وكذلك رجال الإعلام، وحتى جمهور المواطنين، لأهمية دورهم في الرقابة على كيفية سير سوق الطلبات العمومية، وكذا صرف الأموال العامة.

يضاف إلى ذلك تجميد نشاطات مجلس المنافسة منذ سنة 2003 إلى غاية 2013، مع استناد القاضي الإداري الجزائري في حالة معابنته لممارسات منافية للمنافسة في ميدان الصفقات العمومية، على النصوص المنظمة للدعوة للمنافسة دون أحكام قانون المنافسة، مما تسبب في ندرة إن لم نقل إنعدام الأحكام القضائية وقرارات مجلس المنافسة

المتعلقة بمتابعة هاته الخروقات، على خلاف ما هو موجود بفرنسا بحيث نجد أن حوالي نصف قرارات مجلس المنافسة الفرنسي - سلطة المنافسة حاليا - تعالج قضايا مرتبطة بالمنافسة في الصفقات العمومية المبرمة من طرف الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية¹.

وأخيرا، فإن تناول الموضوع فرض تقسيمه إلى باين:

- تم التطرق في أولهما إلى تقصي مدى اعتبار سوق الطلبات العمومية سوقا معنية بالممارسات المنافسة للمنافسة، مما يقتضي بالنتيجة التعرض لمسألة تدخل قانون المنافسة باعتباره الشريعة العامة للمنافسة في المجال الاقتصادي ونطاق هذا التدخل في ميدان الصفقات العمومية (الفصل الأول)، وبالتالي، ضرورة تحديد الممارسات المنافسة للمنافسة في سوق الطلب العمومي على تعدد صورها وأشكالها، سواء كانت صادرة عن المؤسسات العارضة، أو عن الإدارة (الفصل الثاني).

- أما الباب الثاني، فتم تخصيصه لاستقصاء دور الهيئات المختصة بالرقابة على الممارسات المخلة بتنافسية الصفقات العمومية، وترتيب الجزاء المناسب بشأنها، سواء على مستوى القضاء بنوعيه الإداري والعادي (الفصل الأول)، أو من خلال المتابعة المؤسسية لهذه الممارسات، وهو الدور المنوط بمجلس المنافسة (الفصل الثاني).

¹ Voyez: Bernard Jean-Marc Caillaud, «Ententes et capture dans l'attribution des marchés publics», CERAS-ENPC, Mars 2001, p. 07. Disponible sur: <http://www.enpc.fr>. Voyez également: Laurence Idot, «Commande publique et droit de la concurrence: un autre regard», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 01, février 2008, p. 10.

الباب الأول:

الصفقات العمومية كسوق معنية

بالممارسات المنافية للمنافسة

إن المشاركة في المنافسة بغية نيل الصفقات العمومية التي تزمع الإدارات العامة إبرامها، يقتضي من مختلف المؤسسات الراغبة في المشاركة تبني إستراتيجية تمكنها من البحث عن الوسائل الملائمة لبلوغ أهدافها، وهذا بدوره يقتضي من المشتري العام التوفر على الوسائل الملائمة لمعرفة من سيتعامل معه وفي أية ظروف. إلا أن الملاحظ هو أن معظم الإدارات العامة، بحكم تقسيم وظيفة الشراء، وكذا بسبب عدم التنسيق بين المصالح المتدخلة في عملية إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، لا تتوفر على معلومات كافية عن المؤسسات من حيث تنظيمها أو طبيعة الإستراتيجية التي تتبناها، على أساس أن هذه الإستراتيجية يمكن أن تكون معتمدة على نهج منافسة مشروعة ونزيهة، كما يمكن أن تخرج عن هذا الإطار فتكون المنافسة صورية، ولا يتم بالتالي الاستفادة من القواعد التنافسية لإبرام الصفقة العمومية رغم انفتاحها كأصل عام.

ومن هنا تبرز أهمية تمديد نطاق تطبيق قانون المنافسة، ودوره في ردع الممارسات المخلة بالمنافسة التي قد تقع في مجال إبرام الصفقات العمومية، لاسيما في ظل ارتكاز إجراءات الإبرام على شكليات معينة، واستعمال متكرر لطرق الإعلان وطلبات العروض التي عادة ما تكون مصدرا لتسهيل الاتفاقات والممارسات غير المشروعة بين المؤسسات، زيادة على خلو تنظيم الصفقات العمومية من أية إجراءات سواء ذات الطابع الجزائي أو الإداري الموجهة لردع التصرفات المخلة بمبدأ المنافسة النزيهة، التي قد تأتيا المؤسسات العارضة والإدارات المشتريّة.

كل ذلك، يتطلب التطرق بالتحليل لمسألة العلاقة التي أصبحت تجمع أحكام قانون المنافسة بقواعد الطلب العمومي والشروط التي من شأنها جعل تكامل وتعاون قواعدهما أكثر فعالية (الفصل الأول)، وكذا تحديد الممارسات المنافسة للمنافسة المعنية بتدخل قانون المنافسة في هذا المجال وتوضيح ما يميزها عن غيرها (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

تدخل قانون السوق في مجال الطلب العمومي

يعبر بالطلب العمومي عن مجموعة العقود التي تبرمها الأشخاص العامة لتلبية حاجياتها الخاصة، ويشمل ذلك الصفقات العمومية، والعقود والاتفاقات المبرمة وفقا للإجراءات المكيفة، وتفويضات المرافق العامة وغيرها. وتكمن خصوصية هذا النوع من العقود في سعيها جميعا للحصول على عروض ملائمة وانتقاء أحسنها من حيث الجودة والسعر، وهو ما يعني خضوعها لبعض الإجراءات التي من شأنها الحد من المنافسة.

هذه الأخيرة، التي تعتبر عنصر أساسي لسير مختلف الأسواق الاقتصادية ومن بينها سوق الطلبات العمومية، بشكل حتى وإن لم يكن مثالي، فعلى الأقل يرضي جميع المتدخلين.

إذن نلاحظ وجود مصالح متعارضة، تتمثل في مصالح المتعاملين الاقتصاديين المرشحين لنيل الصفقات العمومية، مقابل ما تقتضيه مسؤولية المقررين العموميين من سلطات في هذا المجال، في إطار سعيهم لإنجاح المشاريع التي يشرفون عليها، وبالتالي، كلما توسعت مصالح طرف، يقابل ذلك تقليص لمصالح الأطراف الأخرى.

وإن كان تنظيم الصفقات العمومية قد عرف تكريسا متزايدا لمجموعة من الإجراءات التي من شأنها ضمان تنظيم عملية المنافسة في جو نزيه وشفاف، والسعي للتوفيق بين حق المرشحين في المنافسة، وتحقيق المصلحة العامة، فإن ذلك كان محل نقاشات متعددة في فرنسا ومن بعدها الجزائر، لمحاولة استقصاء مدى إمكانية تدخل قواعد السوق في مجال الطلب العمومي وحدود هذا التدخل، مما يجعل التساؤل حول طبيعة العلاقة بين قواعد المنافسة ومجال الطلب العمومي أكثر من جدي (المبحث الأول).

وهي العلاقة التي مهما كانت غامضة بسبب طابعها المستجد، فإن التشريعات الحديثة تتجه نحو توافقها على الإقرار بتدخل قواعد السوق في مجال الطلب العمومي، على أن يكون ذلك مضبوطا بشروط قانونية محددة (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

طبيعة العلاقة بين الطلبات العمومية وقانون المنافسة

إن النشاط الاقتصادي يترجم عمليا وقانونيا من خلال عدة أشكال من بينها العقود الإدارية التي ما فتأت تعرف تكريسا متزايدا للحرية التنافسية، وإن كان المتنافسون في هذا المجال يخضعون لبعض الإكراهات المرفقية¹، إذ لا يكون بإمكانهم دائما ضمان إبرام العقود التي يريدونها وفق الشروط التي يرغبون فيها.

من هذا المنطلق، تبدو قواعد المنافسة كوسيلة وأداة تتدخل أحيانا لقيادة وتوجيه مسائل وحاجات عجز تنظيم الصفقات العمومية عن إشباعها، وذلك بسبب جموده رغبة منه في الحفاظ على استقراره، على عكس قوانين السوق والتي تسعى دوما لأن تكون فعالة². وبذلك، يظهر قانون المنافسة كجسر بين تنظيم الصفقات العمومية، والتأثيرات المباشرة التي عرفها نتيجة للأنظمة الاقتصادية والسياسية السائدة في فرنسا ثم بالجزائر³.

السؤال الذي يطرح نفسه، هو كيف يمكن ضمان التجانس بين هاذين النظامين القانونيين، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن لكلاهما فلسفة مختلفة، ففي الوقت الذي يمكن فيه اعتبار قانون المنافسة قانون السوق، يبقى قانون الصفقات العمومية يسعى للتوفيق بين أهداف الأطراف المتعاقدة، مع ترجيح كفة الإدارة المتمتعة بامتيازات السلطة العامة والهادفة لتحقيق النفع العام.

¹ أهمها السلطة التقديرية المخولة للإدارة في مجال استبعاد العروض غير المطابقة وإقصاء بعض المرشحين الذين لا يحق لهم قانونا الترشح لنيل العقود التي تطرحها الإدارة. يراجع: بركات عمر فؤاد، مبادئ القانون الإداري، شركة سعيد رأفت للطباعة، القاهرة، 1985، ص. 534.

² تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 294.

³ Catherine Prebissy-Shnall, La pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 2002, p. 39.

فهل يشكل هذا التباين في الأهداف تنازعا أم إثراء وتكاملا؟، وهل يجب تصور تطور مواز ومتلازم ومتلاحم للنظامين معا، أم أنه يجب الارتكاز على التداخلات والتفاعلات المتعددة بينهما؟، وبمعنى أوضح، هل أن تأثير القانونين في بعضهما البعض يشكل علاقة تقاطع أم علاقة مقاومة، أي كل واحد على حدة نتيجة فلسفة وغاية كل واحد؟. كلها أسئلة نحاول الإجابة عليها من خلال العرض الآتي:

المطلب الأول: الطلب العمومي وقواعد المنافسة: تشابه في المبادئ واختلاف في الأهداف

اعتبرت العلاقة بين قانون المنافسة والطلبات العمومية في فرنسا علاقة ملتبسة وغامضة، فعلى الرغم من الإقرار بأهمية المنافسة كركن أساسي في عملية إبرام الصفقات العمومية¹، إلا أن مفهوم الدعوة للمنافسة المكرس في قانون الصفقات العمومية يختلف حسب بعض الفقه عن مفهوم المنافسة المكرس في قانون المنافسة، والذي يدور حسبهم حول حرية المنافسة والسير الحر للمصالح الخاصة *libre jeu des intérêts privés*، كفكرة مستمدة من التحليل الاقتصادي، وهو ما يتعارض مع أي تحديد مسبق لقواعد سير السوق مهما كانت طبيعة الأطراف الفاعلة فيه².

من ناحية أخرى، لا تعبر فكرة المنافسة التي يتضمنها تنظيم الصفقات العمومية، عن توازن السير التنافسي *l'équilibre du jeu concurrentiel*، في إطار مفاهيم وأساليب

¹ Bernard Stirn, «L'idée de concurrence dans le contentieux administratif : pluralité des sources», actes de l'atelier de la concurrence Le juge administratif et le droit de la concurrence du 29 Mars 2000, disponibles sur le site internet de la DGCCRF: www.economie.gouv.fr/dgccrf: "La concurrence est une exigence traditionnelle pour le juge administratif. Je dirais même que c'est en droit administratif que l'idée de concurrence est apparue. Je vais illustrer cela autour de deux points : d'un côté, les exigences anciennes du Code des Marchés publics...".

² Elias Berkani, «Droit de la concurrence et commande publique: état des lieux d'un vieux couple», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 01, 2007, p. 59.

التحليل الاقتصادي، بحيث أن مصطلح المنافسة في مجال الصفقات العمومية لا وجود له إلا عبر مفهوم "الدعوة إلى المنافسة"¹.

لذلك ينبغي أولاً توضيح أبرز هذه الاختلافات التي تستدعيها خصوصيات المفاهيم الواردة في كلا النظامين (الفرع الأول)، والتي على الرغم من الإقرار بأنها تشكل اختلافات جوهرية، إلا أن الجدير بالملاحظة أن القاضي الإداري، ومنذ إدماج قواعد المنافسة في كتلة الشرعية الإدارية، يقوم بشكل مستمر ومنتظم بمراعاة الاعتبارات المحددة في قانون المنافسة، وإدماجها تدريجياً في تطبيق قانون الصفقات العمومية من أجل تحقيق توازن متبادل بين تمكين المرشحين من ممارسة حقهم في حرية المنافسة، والإكراهات التي تستدعيها أحياناً عملية سير المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصوصية مفهوم الدعوة للمنافسة في مواجهة الحرية التنافسية

يعتبر قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية مجموعتين من القواعد القانونية التي على الرغم من تشابههما في بعض المبادئ، إلا أنه لم يتم اعتمادهما لتحقيق نفس الأهداف وإن اشتركا في تحقيق بعضها، وهذا ما يتضح بتحليل نصوص تنظيم الصفقات العمومية المتعلقة بتنظيم الدعوة للمنافسة، التي نجد بأنها تتمتع بفلسفة خاصة (أولاً)، وهو ما أكدته هيئات المنافسة في فرنسا (ثانياً).

أولاً: الفلسفة الخاصة لقواعد الدعوة للمنافسة

تبنت المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، على غرار ما هو معمول به في فرنسا²، ما يعرف بالمبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية بنصها على أنه:

¹ Michel Bazex, «Le Conseil de la concurrence et les marchés publics», AJDA, n° spécial, juillet-août 1994, p. 101.

² Art. 01.I de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précitée, dispose que: "Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de

"الضمان نجاعة الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية، مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات".

يتمثل الغرض من هذه المبادئ في تحقيق أفضل شراء من حيث الفعالية والجودة والسعر، من خلال أعمال إجراءات الدعوة للمنافسة لاسيما ضمان علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقة من خلال آلية النشر والإشهار¹، والإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء²، واعتماد معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرامها³، مع تطبيق نفس المعايير على جميع المرشحين، وغيرها من القواعد، والتي يمكن للمشتري العمومي من خلالها تحقيق أفضل شراء، لاسيما وأن تنظيم الصفقات العمومية لم يعد يقتنع بمعيار الثمن كمقياس وحيد لمنح الصفقات العمومية، بل عزز من فرص الاستناد

transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics".

تم تبني هذه المبادئ بصفة صريحة لأول مرة في الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 308/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، سابق الذكر، حيث أغفل ذكرها قبله المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وهي المبادئ التي أكد عليها مرسوم 2010 ومن بعده تنظيم الصفقات العمومية المطبق حاليا (المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 سالف الذكر)، الذي جسّد بدوره هذه المبادئ، التي تعتبر مبادئ ذات قيمة دستورية حسب اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي. يراجع في هذا الشأن: قرار المجلس الدستوري بفرنسا المؤرخ في 26 جوان 2003 والذي رأى من خلاله بأن المبادئ المشار إليها في المادة الأولى من تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي والمتمثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، تعتبر استخلاصا تطبيقيا للمادتين 06 و14 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، مما يمنحها طابعا دستوريا:

- CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, rec. p.382. Citée par: Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, éditions Berti, Alger, 2007, p. 61.

¹ الإعلان إجراء شكلي جوهرى لحماية قواعد المنافسة وفقا لتنظيم الصفقات العمومية الجزائري، حيث تنص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على ما يلي: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء".

² تعتبر مسألة الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء في الصفقات العمومية ذات علاقة مباشرة بالمنافسة، لذلك نظمت من خلال المواد 26 و27 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، وأكد عليها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، في المادة 09 منه سابقة الإشارة.

³ جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015، ص. 139.

لمعيار العرض "الأفضل من الناحية الاقتصادية"، الذي يقوم على تحليل عدة مقاييس اقتصادية مختلفة، مثل الجودة والسعر والجدارة الفنية، الخصائص الجمالية والوظيفية، والخصائص البيئية أو الربحية وخدمة ما بعد البيع وغيرها¹.

فالدعوة للمنافسة من الناحية القانونية تمثل مجموعة من القواعد والإجراءات الإدارية التي يجب على الإدارة إتباعها من أجل إيجاد المتعامل الاقتصادي الذي يستطيع تأمين الحاجيات العامة بشكل جيد، في حين تعتبر من الناحية الاقتصادية نظام إنتاج مبني على الحرية الصناعية والتجارية على اعتبار أن لكل شخص الحرية في ممارسة التجارة واختيار نوع النشاط الذي يريده².

إن الأهداف التي يسعى لتحقيقها المشتري العمومي من خلال المبادئ والإجراءات المنظمة للدعوة للمنافسة مشابهة لتلك التي يسعى إليها أي مشتري آخر³، كما أن هذه المبادئ نفسها ليست غريبة عن المبادئ العامة لقانون المنافسة، الذي يسعى لتحقيق سير سليم وفعال للمنافسة في السوق، من خلال منح المتعاملين الاقتصاديين فرصا متساوية لدخول السوق، والمساواة في المعاملة والشفافية وعدم التمييز⁴.

إلا أنه لا يخفى على المختصين أن المبادئ الخاصة بالدعوة للمنافسة، وتلك المكرسة في قانون المنافسة تختلف عن بعضها من حيث الأهداف، بحيث أن قانون المنافسة هو قانون شبه قمعي quasi-répressif، يتدخل بشكل بعدي a posteriori لردع الممارسات التي تؤثر سلبا على المنافسة في السوق.

¹ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص. 191.

² Michel Bazex, «Existe-t-il un droit de la concurrence en dehors de l'ordonnance du 1er décembre 1986?», Gazette du Palais, n°144, 1997, p. 47.

³ Elias Berkani, art.préc., p. 59.

⁴ تامر محمد صالح، الحماية الجنائية للحق في المنافسة "دراسة مقارنة"، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، 2016، ص. 30-25.

في حين أن إجراءات الدعوة للمنافسة، تسعى لتنظيم منافسة نزيهة وعادلة بصفة مسبقة a priori، وذلك بشكل وقائي في إطار ضمان فعالية الصفقة العمومية وحماية المال العام¹، فهي تشكل قواعد ملزمة لمسير المرفق العام الذي يسعى لاختيار صاحب العرض الأفضل، في حين ينظر إلى معنى المنافسة La concurrence في القانون المتعلق بها، من زاوية حرية الدخول إلى السوق لكل المؤسسات وممارسة نشاطها الإقتصادي فيه دون تقييد، مما يقتضي رفع الحواجز والقيود التي من شأنها أن تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة وتزييف قاعدة العرض والطلب بواسطة الممارسات التي تنافي المنافسة².

يستنتج من ذلك أن قانون المنافسة له منطوق مختلف لا يقبل تحديد قواعد سير السوق بشكل مسبق، وهو الأمر غير المتوفر في قانون الصفقات العمومية، الذي يتضمن إجراءات من شأنها وضع قواعد توطر بشكل مسبق كيفية سير سوق الطلب العمومي، وهو ما من شأنه المساهمة في تسهيل وقوع ممارسات منافية للمنافسة³. لذلك، يمكن ملاحظة مدى صعوبة القول بتكامل قانون المنافسة والدعوة للمنافسة، لاسيما في ظل وجود عدة فوارق جوهرية أخرى، على غرار تمييز قانون المنافسة بالتركيز على الممارسات المحظورة وردعها إذا ارتكبت من طرف المتعاملين الاقتصاديين، أي المؤسسات في مفهوم اجتهادات هيئات المنافسة بفرنسا.

¹ Elise Langelier, L'office du juge administratif et le contrat administratif, LGDJ, Paris, 2012, p. 384: "La publicité et la concurrence sont présentes ici mais comme des moyens de réalisation des deux objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers que les trois principes précités visaient déjà à assurer".

² Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, LGDG, Paris, 2004, p. 36.

³ Gregory Kalfèche, «Secteur public et concurrence: la convergence des droits», AJDA, 2007, p. 2420: "Le droit de la commande publique, en tant qu'il est un droit des contrats, est soumis au droit de la concurrence. D'un côté, la passation et l'exécution de ces contrats sont l'occasion de pratiques anticoncurrentielles de la part des personnes privées ou publiques répondant aux marchés. D'un autre, l'acte administratif contractuel ou ses éléments détachables doivent respecter le droit de la concurrence, alors même que les procédures de passation favorisent parfois les illégalités".

فيما نجد أن المسؤولية عن الإخلال بقواعد الدعوة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، يتحملها المسير العمومي Le décideur public بدرجة أولى، خصوصا وأن تطبيق قانون المنافسة، لا يمكن أن يتم بنفس الطريقة على المتعاملين الاقتصاديين، والمشتريين العموميين الذين يتعاملون معهم، نظرا للطبيعة الخاصة للمشتري العمومي¹، مما قد يجعل من تدخل قانون المنافسة في أعمال الإدارة لاسيما العقود الإدارية، سببا للحد من فعاليتها².

وفي إطار هذا التصور، يمكن القول أن قانون المنافسة الذي يهدف إلى ضمان توازن السوق، لا يمكن بداهته أن يجتمع مع قواعد الدعوة للمنافسة التي تهدف للسماح للشخص العام بتلبية حاجاته باعتباره مستهلك من نوع خاص، على الرغم من توفيرها لضمائم مرضية لمبدأ المنافسة، ولكن من أجل تحقيق شراء فعال، وليس من أجل تحقيق نفس الأهداف التي يسعى إليها قانون المنافسة. ومن هنا يزداد الغموض الذي اتسمت به لفترة طويلة العلاقة بين قانون المنافسة ومجال الصفقات العمومية، بما يبرر

¹ Michel Bazex, «Le Conseil de la concurrence et les marchés publics», art. préc., p. 103 : "Entre la collectivité publique et son partenaire, il n'y a donc pas de relation de concurrence, mais de consommateur à professionnel. En ce sens, le Code des marchés publics, plus qu'un code de la concurrence, est un code de la consommation, et probablement le premier du genre compte tenu de son ancienneté".

² في هذا الصدد، رأى المحامي العام Poiars Maduro في تعليقاته حول قرار محكمة عدل المجموعة الأوروبية بخصوص قضية Fenin أن تطبيق أحكام قانون المنافسة في مجال الطلبات العمومية من شأنه أن يحد من فعاليتها، بحيث يقول:

"L'application des règles du droit de la concurrence à l'activité d'achat public n'aurait pas de sens car elles viendraient alors s'immiscer dans le champ du droit des marchés publics". Ainsi, selon lui, si "l'on suivait la thèse du pourvoi [concluant à l'application du droit de la concurrence à l'activité d'achat public], les règles relatives aux marchés publics verraient leur effet utile réduit". Conclusions de l'avocat général Poiars Maduro sur l'affaire Fenin, aff.C-205/03 P, point 65. Voyez: Lionel Zevounou, Le concept de concurrence en droit, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit public, UFR Droit et Sciences Politiques – Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, p. 275.

التباينات التقنية والاختلافات بين هاذين النظامين، والتي عبرت عنها في عدة مناسبات سلطات المنافسة الفرنسية¹.

ثانيا: موقف سلطات المنافسة الفرنسية بشأن العلاقة بين النظامين

أكد مجلس المنافسة الفرنسي في عدة مناسبات على مسألة وجود عدة اختلافات جوهرية بين قانون المنافسة ومجال الصفقات العمومية، فمن حيث المبادئ الأساسية لكلا النظامين، أشار المجلس في أحد آرائه²، إلى أنه لم يرد مبدأ المنافسة بصفة صريحة ضمن المبادئ العامة للصفقات العمومية، المتمثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات، والتي تهدف لضمان فعالية المشتريات العامة، على الرغم من إقراره بأنها فعالية تبقى ناقصة إذا كان السوق لا يعمل وفقا لقواعد المنافسة، وبالتالي، فإن قواعد الصفقات العمومية لا تضمن عدم خضوعها لتأثير أو تشويه للمنافسة، بل قد تساعد على تسهيل الممارسات المنافسة للمنافسة، بما في ذلك الاتفاقات³.

كما أشار المجلس في رأي آخر⁴، إلى أنه بالرغم من إمكانية القول بأن مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية يعتبر ركيزة لنظام حر للمنافسة، إلا أن ذلك يعتبر غير كافي للقول بأن مبدأ المنافسة يشكل مبدأ من مبادئ الصفقات العمومية. ومن بين التبريرات

¹ Laurent Richer, «Un objectif, deux systèmes», Revue Contrats Publics, n° 99, Le Moniteur, Paris, Mai 2010, p 26 et s.

² Avis n° 00-A-25 du 20 novembre 2000 relatif à un projet de décret portant réforme du Code des marchés publics. Cité par: Elias Berkani, art.préc., p. 61.

³ Voyez: Elias Berkani, art.préc., p. 61: "Le droit de la commande publique soit un droit de la mise en concurrence effective qui ne comporte pas de dispositions porteuses de distorsions de concurrence ou de nature à faciliter des pratiques anticoncurrentielles, notamment les ententes".

⁴ Avis n° 03-A-05 du 25 avril 2003 relatif à un projet de décret réformant le code des marchés publics. Cité par: Alexis Brunelle, «La pratique de la lutte contre la collusion dans le secteur public», actes de l'atelier sur la lutte contre la collusion dans les marchés publics, Rabat, Maroc, 22 et 23 Septembre 2016, p. 06.

التقنية التي قدمها مجلس المنافسة لدعم هذا الرأي، إشارته إلى أن مبدأ المنافسة يتعارض مع إلزام المشتري العمومي بالكشف عند الإعلان عن طلبات العروض المعايير التي سيختار على أساسها الترشيحات المقدمة، والنقاط المخصصة لهذه المعايير¹، بحيث تعتبر مخالفة هذا الإجراء سببا مبررا لإلغاء إجراءات إبرام الصفقة العمومية أمام القضاء الإداري.

وفي نظر المجلس، يمكن لهذا الإجراء تيسير تقديم عروض التغطية offres de couverture وتسهيل لجوء المرشحين لاتفاقات تجعل من السهل تقسيم سوق الطلبات العمومية، وبذلك يشكل إعلان معايير الاختيار والتقييم تقويضا لفعالية الصفقات العمومية، نظرا لمعرفة المرشحين مسبقا "قواعد اللعبة" التي يستخدمها المشتري العمومي، بما يسمح لهم بالإطلاع أكثر على شروط العقد، وبالتالي، سهولة التشاور والاتفاق والتواطؤ بينهم².

لذلك، يعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن آلية التحديد المسبق والكتابي لمعايير الانتقاء يشكل وجهها آخر للتعارض بين الطلبات العمومية وقانون المنافسة، هذا الأخير الذي لا يقبل في أي حال من الأحوال إعلان معايير دخول السوق ومناقشتها بشكل مسبق.

¹ تنص المادة 62.IV من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، على ما يلي:

"Les critères ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation. Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié". Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, JORF n°0074 du 27 mars 2016.

وتقابلها المادة 78 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري التي تنص على أنه: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية...".

² Avis n° 00-A-25 du 20 novembre 2000, précité: "en obligeant l'acheteur public à porter à l'avance ses critères de choix à la connaissance des entreprises soumissionnaires, le projet risque de faciliter la rédaction d'offres de couverture et de rendre ainsi plus aisées les ententes visant à la répartition des marchés. Sur ce point, la réforme envisagée est susceptible de compromettre l'efficacité de la commande publique". Voyez: Elias Berkani, art.préc., p.61.

يتضح الفرق أيضا في المنطق بين قانون المنافسة والدعوة إلى المنافسة، من خلال مبدأ عدم قابلية تطبيق قانون المنافسة على المشتري العمومي بسبب طبيعته كطالب نهائي للسلع والخدمات¹، بحيث يعتبر المشتري العمومي مستهلك ذو طبيعة مميزة يسعى للشراء من أجل تلبية حاجاته الخاصة، مما يجعل من هذا الفعل طلبا نهائيا غير قابل للخضوع لأحكام قانون المنافسة².

خلاصة القول، أنه يمكن لهذه الأمثلة، أن توضح لنا طبيعة المواجهة والتعارض بين قانون المنافسة ومجال الصفقات العمومية، نظرا لاختلاف فكرة الدعوة للمنافسة المجسدة في نصوص تنظيم الصفقات العمومية، عن فكرة المنافسة الناتجة عن التحليل الاقتصادي المجسدة في قانون المنافسة، بما يمكن معه القول، أن قواعد الدعوة للمنافسة تسعى لتلبية منطقتها الخاص، والذي يختلف عن منطق قانون المنافسة.

على أن ذلك لا يعني أن أحكام قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة محكوم عليهما بالعيش والانتهاك كل في مجاله الخاص، بل على العكس من ذلك، أظهرت الممارسة الحديثة للهيئات المعنية بالمنافسة في فرنسا، وجود عدة نقاط يلتقي فيها قانون المنافسة والقواعد المنظمة لعملية الشراء العام.

¹ Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», Revue DMP, Editions le Moniteur, Paris, 2006, p. 02.

² Cons. conc., déc. n° 93-D-25 du 15 juin 1993, relative à une saisine de la société Pinton, BOCCRF du 10 septembre 1993 p.265, confirmée par CA Paris, 29 mars 1994, BOCCRF du 4 mai 1994, p. 166: "La décision de choix des fournitures prises par l'acheteur public pour lui même [étant] une décision qui ne constitue pas un acte de production, de distribution ou de services". Voyez également: Cass.com., 14 décembre 1993, n° 91-21421. Citées par: Jean-Philippe Kovar, La soumission des actes de puissance publique au droit Français de la concurrence, Mémoire présenté en vue de l'obtention du D.E.A. de droit des affaires, Faculté de droit et des sciences politiques, Université Robert Schuman - Strasbourg III, 1999-2000, p. 28.

الفرع الثاني: نحو تعايش قواعد المنافسة وقانون الصفقات العمومية

على الرغم من الاختلافات التي تميز قانون المنافسة عن مجال الطلبات العمومية، إلا أنه ظهرت عدة معطيات من شأنها أن تقرب بين قواعد هاذين النظامين، خاصة بعد إدماج قانون المنافسة من قبل القاضي الإداري في كتلة الشرعية الإدارية، حيث أصبح قانون الصفقات العمومية يأخذ بعين الاعتبار بشكل أكبر مقتضيات قانون المنافسة، دون إنكار لخصوصيته.

وقد تجسد ذلك من خلال دمج بعض أحكام هذا القانون في مجال عقود الإدارة، بالموازاة مع الإقرار بضرورة وضع قواعد خاصة بالدعوة للمنافسة، في إطار التوفيق بين أهداف كلا القانونين وضمان عدم تصادمهما، وبالتالي ضمان عدم التعدي على اختصاص مجلس المنافسة، وتوضيح صلاحيات القاضي الإداري بشأن ضمان نزاهة الدعوة للمنافسة، موازاة على دعوته لقبول تطبيق قانون المنافسة على الأفعال التي يأتيها الشخص العام¹ (أولاً).

وعلى هذا الأساس، قام القضاء الإداري الفرنسي بإدماج مقتضيات المنافسة بشكل أوسع عند نظره للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، زيادة على تلك المقررة بشأن الدعوة للمنافسة، مما أدى إلى وضع الخطوط العريضة لمبدأ المساواة في الحصول على

¹ راجع تعليقات السيد Jacques-Henri Stahl، مفوض الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي، حول قرار Million et Marais والتي دعى من خلالها القاضي الإداري إلى قبول تطبيق قانون المنافسة على عقود الإدارة، ومما جاء فيها:

"Votre intervention sera complémentaire du contrôle exercé par le Conseil de la concurrence. Au contrôle concret exercé a posteriori par le Conseil de la concurrence sur des agissements, pratiques ou comportements anticoncurrentiels, vous ajouterez un contrôle de principe sur la compatibilité des actes administratifs avec les principes essentiels du droit de la concurrence. Votre contrôle s'exercera a priori, il sera presque abstrait : il visera à garantir que les actes administratifs, notamment ceux de dévolution ou d'organisation d'un service public, n'ont pas pour effet, en eux-mêmes et par principe, de placer un opérateur économique en situation de méconnaître les dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986". Jacques-Henri Stahl, conclusions sur CE, 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, RFDA, 1997, p. 1228. Cité par: Bernard Quiriny, «Les droits de l'usager face au droit du marché», RFDA, 2008, p. 22.

المشتريات العامة على وجه التحديد، وتأطيره وفقا لقانون المنافسة بشكل يدعم قدرة المتعاملين الاقتصاديين على تقديم عروضهم بدون أي تمييز (ثانيا).

أولا: مساهمة القضاء الإداري في إدماج قواعد المنافسة

إن الإطلاع على بعض اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي، المتعلقة بالأخذ بعين الاعتبار مقتضيات المنافسة في مجال المشتريات والعقود العامة، تظهر التطور الذي عرفته قواعد الدعوة للمنافسة، لاسيما بعد تكريس القضاء الإداري بفرنسا إمكانية لجوء المرشحين للصفقة للقضاء في حالة عدم احترام الإدارة للإجراءات، والمساس بحقهم في المشاركة في صفقة تسيرو وفقا لقواعد عادلة، وتحترم مقتضيات المنافسة المقررة في قانون الصفقات العمومية، حيث تم إقرار حق المرشحين في إخطار قاضي الاستعجال قبل التعاقد، في حالة وجود إخلال بسير إجراءات المنافسة قبل توقيع العقد، من أجل تمكين القاضي الإداري من اتخاذ الإجراء المناسب بخصوص الأوجه المثارة من طرف المرشح، لاسيما عدم احترام قواعد الإشهار والمنافسة.

وبمجرد اعتماد هذا الإجراء، تم التساؤل حول ما إذا كان قانون المنافسة يمكن أن يشكل مرجعا لقاضي الاستعجال، بخصوص تقدير وجود إخلال بقواعد المنافسة، وهو التساؤل الذي رد عليه مجلس الدولة الفرنسي إيجابا في قرار Bouygues المؤرخ في 02 جويلية 1999¹، والذي أشار من خلاله إلى أن تجاهل الإدارة لأحكام المادتين 1- L.420 و 2- L.420 من القانون التجاري الفرنسي، يمكن أن يشكل سببا قانونيا وجها لتدخل قاضي الاستعجال.

¹ CE, 2 juillet 1999, Sté anonyme Bouygues et autres, n°206749, Rec. p. 266; CJEG 1999, p. 620. Voyez: Aldo Sevino, Le mémento du référé précontractuel, Procédure, moyens et jurisprudence, Éditions Eyrolles, 2008, p. 142.

كما صدرت عدة أحكام قضائية أخرى تصب في نفس الإطار، وتؤكد على ضرورة مراعاة المشتري العمومي لمقتضيات المنافسة الحرة، مثل تلك التي أشارت إلى ضرورة أن يستبعد المشتري العمومي عرضاً مقدماً من طرف تجمع مؤسسات، إذا كان من شأن قبوله الإخلال بالسير العادي للمنافسة، وإنشاءه بشكل غير مبرر من الناحية الاقتصادية، لاسيما عندما تكون كل مؤسسة عضو في التجمع قادرة على تلبية موضوع الصفقة في حالة ترشحها بشكل فردي¹.

وبذلك تكون مثل هذه الاجتهادات القضائية، زيادة على تجسيدها لعلاقة تعاون بين قانون المنافسة وقواعد الدعوة للمنافسة، قد ساهمت أيضاً في تحميل المشتري العمومي التزاماً جديداً يتمثل في ضرورة مراعاته مدى احترام قواعد المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية²، حيث قررت في هذا المسعى، المحكمة الإدارية لمدينة Lille، وجوب أن يتحقق المشتري العمومي أثناء عملية فحص العروض في حالة تلقيه لعرض من طرف شخص عام، من أن العرض المالي المقدم من طرف هذا الشخص، لا يتضمن الإشارة لموارده الخاصة والامتيازات المقررة لمركزه كشخص عام، أي الامتيازات النظامية التي يحوزها في إطار أدائه لمهامه³.

¹ TA Rouen, 28 avril 2000, Sté J. Lefebvre, 000697, AJDA 2000, p. 842. Cité par: Jean-Philippe Kovar et Stéphane Rodrigues, «Chroniques: Secteur public», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 4-2013, p. 176.

² Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 62 et s.

³ TA Lille, 05 juillet 2001, Sté Saur France. Cité par: Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 63.

- مما جاء في هذا القرار:

"ترجع رقابة احترام المساواة عند دخول المرشحين إلى الطلب العمومي، وذلك أثناء دراسة العروض، للسلطة المفوضة لامتياز تسيير المرفق العام L'autorité délégitrice، وإن كانت المنشأة العامة المرشحة منشأة عامة صناعية وتجارية، والتي لا تضمن مهام المرفق العام الإداري، حيث في الواقع تبين من التحقيق، أن المؤسسة العمومية لاستغلال مصالح المياه والتطهير Le syndicat d'exploitation des services d'eau et d'assainissement قد قدمت عرضاً أين كان السعر يقل عن نصف أسعار عروض باقي المرشحين الثلاث، كما يترتب عن التوضيحات المقدمة من طرف لجنة العروض بتاريخ 12 ماي 2001 (والتي تم إخطارها بالاعتراض على قبول العرض المقدم من طرف المؤسسة العمومية لاستغلال مصالح المياه والتطهير) بأنها غير مؤهلة لفحص ما إذا كانت المنشأة قد استفادت، عند تحديد

كما قررت المحكمة الإدارية لمدينة Bastia مسؤولية الشخص العام بسبب عدم رفضه عرض مقدم من طرف أحد المرشحين، بالرغم من تنبيهه من طرف أحد المتنافسين لطابع العرض المنافي للمنافسة وإقراره بالمشاركة في اتفاق محظور، والذي كان من الممكن اكتشافه بسهولة بعد تحليل العروض الواردة نظرا لتشابهها الكبير، حيث رأت المحكمة بأن مثل هذا السلوك يشكل إخلالا بقواعد المنافسة المفروضة قانونا على المشتري العمومي¹، ويتضح إدراج أحكام قانون المنافسة ضمن منازعات الصفقات العمومية من خلال الاستناد المباشر للقاضي في هذا القرار، على قواعد قانون المنافسة في إثبات الإخلال المرتكب من طرف الشخص العمومي².

حقيقة لقد شكلت هذه الاجتهادات مثالا مهما عن الروابط الممكن وجودها بين قانون المنافسة والطلبات العمومية، كما أظهرت الوعي المتزايد بالفائدة من دمج مقتضيات المنافسة في نظام الدعوة للمنافسة، وهو ما أدى إلى ظهور فرع جديد في قانون المنافسة

أسعارها، من مزايا ناتجة عن موارد ووسائل ممنوحة لها باعتبارها تقوم بمهام المرفق العام". حيث اعتبرت المحكمة أن "رفض اللجنة ممارسة الرقابة على شروط حصول المرشحين على امتيازات تسيير المرافق العامة *délégation de service public* يشكل تقصيرا في التزاماتها المتعلقة بإجراءات المنافسة النزيمية التي تقع على عاتق المشتري العمومي".

¹ TA Bastia, 06 février 2003, SA Autocars Mariani. Cité par: Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 13.

² دليل الاستناد المباشر للقاضي في هذا القرار على قواعد قانون المنافسة، المصطلحات التي استعملها لوصف المخالفات المرتكبة من طرف الشخص العام، حيث أشار إلى ما يلي:

"Considérant qu'aux termes de l'article L. 420-1 du code de commerce : «sont prohibées [...] lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, 2° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse [...] ; Considérant qu'en n'éliminant pas les offres présentées par lesdites sociétés alors que leurs dossiers de candidature permettaient d'établir qu'elles portaient atteinte au libre jeu de la concurrence et que la société requérante l'avait alerté sur l'existence d'une entente illicite, le département de la Haute-Corse a entaché d'illégalité la procédure de passation du marché en cause ; que la société Autocars Mariani est, par suite, fondée à demander l'annulation de la décision par laquelle le président du conseil général a, le 19 février 2001, signé ledit marché et de la décision l'évinçant du marché implicitement mais nécessairement contenue dans l'avis d'attribution du marché".

يعرف بالقانون العام للمنافسة، في مقابل القانون الخاص للمنافسة الذي يطبق فقط على الأعوان الاقتصاديين عموميين كانوا أم خواص¹.

ثانياً: تكامل مبدأ مساواة المرشحين مع مبادئ الحرية التنافسية

يعتبر إدراج أحكام قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، عاملاً ساهم في إعطاء المزيد من الدعم لأحد المبادئ الأساسية التي تحكم الصفقات العمومية، والمتمثل في مبدأ مساواة المرشحين. ويسعى هذا المبدأ إلى إلزام المشتري العموميين بمعاملة المرشحين في الصفقة وفقاً لنفس الظروف التي تقتضيها صفقة أو صفقات مشابهة لها²، وقد ثار إشكال كبير في فرنسا، بخصوص السماح لأشخاص القانون العام بالمشاركة في الصفقات العمومية إلى جانب أشخاص القانون الخاص.

في هذا الإطار، كان القضاء الإداري بفرنسا يشير في بعض قراراته إلى أن ترشح الأشخاص العامة لنيل العقود الإدارية أمر لا يتفق مع قواعد المنافسة، لمخالفته مبدأ حرية التجارة والصناعة، خاصة في ظل وجود عروض من جانب القطاع الخاص³، بمعنى أن ترشح الأشخاص العامة لا يتم إلا في حالة وجود تقصير Défaillance من جانب القطاع الخاص⁴، وهو ما جعل بعض الفقه ينتقد هذا الرأي، باعتبار أن القضاء الإداري ممثلاً في مجلس الدولة الفرنسي لم يفرض أبداً زوال مرفق عام بعد إنشائه على الرغم من أن المبادرة الخاصة لم تعد قاصرة. ومن ناحية أخرى، فإن الاعتقاد بأن النشاط الصناعي والتجاري يجب أن يتولاه الأفراد، دون الأشخاص العامة إلا في حالات استثنائية تتمثل في

¹ Didier Linotte et Raphaël Romi, Services publics et droit public économique, Editions LITEC, Paris, 2003, p.418.

² Christophe Lajoie, op.cit., p. 48.

³ Voyez: CE, 29 mars 1901, Casanova. Cité par: Katy Sibiril, La notion d'intérêt en droit administratif Français, Thèse pour obtenir le titre de Docteur en droit, Université de Bretagne Occidentale, décembre 2012, p. 100.

⁴ Laurent Richer, «Un objectif, deux systèmes», art.préc., p. 27.

غياب المبادرة الفردية أو وجود تقصير في أدائها، يعتبر فهما خاطئا لمبدأ حرية الصناعة والتجارة¹.

ودليل ذلك، أن القضاء لم يكن يجيز تدخل الأشخاص العامة في المجالات التي تمارس فيها الأنشطة الخاصة إلا في حالة "الظروف الاستثنائية"، غير أن التطور اللاحق قد أضفى مرونة كبيرة على الظروف التي تبرر التدخل العام، حيث أصبح القضاء يكتفي بالإشارة لوجود "ظروف خاصة بالزمان والمكان"، وهي ظروف تتعلق إما بعدم وجود أو عدم كفاية المبادرة الخاصة من الناحية الكمية أو النوعية².

غير أن هذا الشرط بدوره قد أصبح مرنا إلى حد كبير، فلم يعد القضاء يقصر المبادرة العامة على تجارة الأغذية وشركات الإدارة العقارية المكلفة بالبناء واستغلال العقارات لمواجهة أزمة الإسكان، وإنما أصبح يجيز أيضا إنشاء المسارح المحلية من أجل ضمان وجود مسارح من نوعية جيدة، يسود فيها الاعتبار الفني وليس مجرد المصلحة التجارية، وامتدت التطبيقات القضائية بعد ذلك إلى مشروعية إنشاء حمامات السباحة المحلية، ومواقع الترفيه، والمطاعم... إلخ³.

وأخيرا، أصبحت فكرة المصلحة العامة تبرر مبادرة الأشخاص العامة في جميع الظروف، دون الاحتجاج بمبدأ حرية التجارة والصناعة أو التذرع بعدم وجود تقصير في

¹ محمد محمد عبد اللطيف، «الدستور والمنافسة»، مجلة الدستورية، العدد 13، السنة السادسة، المحكمة الدستورية العليا، القاهرة، مصر، أبريل 2008، ص. 76.

² CE, Sect., 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Rec.), p.583 : "L'intervention des personnes publiques dans la sphère économique n'était légale que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public les justifiait, ces deux conditions étant remplies en cas de carence de l'initiative privée et d'existence d'un besoin local". Voyez: Sébastien Ferrari, «L'intervention des personnes publiques sur le marché économique: CE Ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats du barreau de Paris, n°275531», Revue Générale du droit on line, numéro 1853, 2008, (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1853).

³ محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 77.

المبادرة الخاصة¹، الأمر الذي من أجله رأى مجلس الدولة الفرنسي، في رده على تساؤل تلقاه من طرف المحكمة الإدارية لمدينة Dijon، حول مدى إمكانية مشاركة شخص عام إلى جانب بقية المتعاملين الاقتصاديين في صفقة عمومية، أنه لا يوجد أي مبدأ أو أي نص قانوني يمنع الشخص العام من الترشح لنيل الصفقات العمومية، على أن يكون ذلك ضمن شروط معينة، أهمها وجوب أن يأخذ العرض المالي المقترح من طرف الشخص العام بعين الاعتبار جميع التكاليف المباشرة وغير المباشرة التي تدخل في تشكيل أسعار الخدمات المشمولة بالعقد من ناحية، وأن لا يكون هذا الشخص قد استعمل في تقديم عرضه، فوائد أو امتيازات تدخل في إطار أدائه لمهامه المرتبطة بالمرفق العام، وهو الأمر الممكن إثباته بواسطة وثائقه المحاسبية أو بأي وسيلة مناسبة أخرى².

إن أهم ما يمكن استخلاصه من هذا الرأي أنه أثبت مرة أخرى وجود علاقة بين قواعد الدعوة للمنافسة (إشارته إلى متطلبات المساواة في الوصول للطلبات العمومية)، وقانون المنافسة (إشارته إلى مبدأ حرية المنافسة المكرس بالأمر المؤرخ في 01 ديسمبر 1986)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أجاز المجلس على تساؤل المحكمة الإدارية لمدينة Dijon بالاستناد للأمر المؤرخ في 01 ديسمبر 1986، في حين كان يعتقد في السابق أنه من الممكن قبول ترشح الأشخاص العامة للصفقات العمومية، ولكن فقط على أساس مبدأ

¹ محمد محمد عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص.78.

² CE, avis, 08 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants: "Pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié". Voyez: Delphine Krust, «Candidature des personnes publiques aux contrats publics: liberté et égalité», Revue Lamy des collectivités territoriales, n° 15, Juillet/Août 2006, p. 29 .

حرية التجارة والصناعة¹، بما يمثل خطوة عملية أخرى توضح أكثر مسألة التكامل بين قانون المنافسة وقواعد الدعوة للمنافسة².

خلاصة القول، أن الاستناد لمبدأ حرية المنافسة وفقا لمقتضيات قانون المنافسة، من شأنه أن يمنح دفعا قويا للتطبيق العملي لمبدأ المساواة في الوصول للطلبات العمومية، لاسيما بخصوص العلاقة بين أشخاص القانون العام والخاص، بما يؤكد مرة أخرى تأثر كلا القانونين - أي قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية - ببعضهما البعض. وبذلك يمكن القول أن قواعد الدعوة للمنافسة يمكن اعتبارها مكونا من مكونات قانون المنافسة، مما يجعل العلاقة بين قانون المنافسة والطلبات العمومية علاقة تكامل، رغم أن كلا المجالين تحكمهم قواعد، بالتأكيد مختلفة، ولكن متقاربة إلى درجة كبيرة.

المطلب الثاني: إشكالية خضوع الأشخاص العامة المتدخلة في مجال الطلب العمومي لقانون المنافسة

بين المشرع الجزائري من خلال المادة الثانية من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، النشاطات المشمولة بمقتضيات هذا القانون، بتأكيد على أنه يطبق على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام.

¹ CE, 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne des services d'eau, n° 212054. Cité par: Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 17.

² إن الالتزام بضمان تحييد المزايا التنافسية المحتملة التي يمكن أن يحوزها الشخص العام، بسبب مركزه القانوني في مواجهة بقية المتعاملين الاقتصاديين، تم تأكيده أيضا من طرف القانون المشترك للصفقات العمومية في المجموعة الأوروبية Droit communautaire des marchés publics، حيث أشار إلى "وجوب أن تضمن الدول الأعضاء في اللجنة الأوروبية أن مشاركة أشخاص القانون العام في الصفقات العمومية، لا تخل بالمنافسة عند مواجهتهم للمرشحين الخواص"، وهو ما طبقته بدورها محكمة عدل المجموعة الأوروبية في عدة قرارات. يراجع في هذا الشأن:

- La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, précitée, et. CJUE, 19 juin 2014, Centro Hospitalar de Setubal, EPE, aff. C-574/12. Citées par: Jean-François Sestier, art.préc., p.262.

وعليه يكون النشاط الاقتصادي الصرف، سواء الإنتاجي أو التوزيعي أو الخدماتي هو العبرة عند تحديد مجال أعمال قانون المنافسة، بغض النظر عن طبيعة الشخص الممارس لهذا النشاط، من حيث كونه خاصا أو عاما، فيما عدى الحالات التي يتدخل فيها هذا الأخير باعتباره سلطة عامة¹، وهي الوضعية التي نجدها في مجال الصفقات العمومية حسبما يتضح في الكثير من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

وبالتالي، فإن اصطلاح المؤسسة بمفهوم قانون المنافسة، لا يمكن قصره على الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة، بل يمتد إلى كل شخص يمارس نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، حسب المفهوم الوارد في المادتين 02 و03 من الأمر رقم 03/03 متى ثبت قيامه بنشاط اقتصادي، مما يجعلنا نتساءل حول مدى إمكانية خضوع الأشخاص العامة المتدخلة في مجال الصفقات العمومية لقانون المنافسة؟.

مر موضوع تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام في فرنسا بمرحلتين أساسيتين، فالمرحلة الأولى كان فيها القضاء الإداري يرفض تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام في حالة إخلاله بقواعد المنافسة باستثناء الحالة التي يمارس فيها نشاطا اقتصاديا (الفرع الأول)، ليقر بعدها إدراج قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيقه على الشخص العام الممارس لنشاط اقتصادي

إستبعد تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام لفترة معينة، بحجة أن قانون المنافسة يتحدد مجال تطبيقه في نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات أي يتحدد بالنشاط الاقتصادي دون النشاط الإداري للشخص العام. بمفهوم المخالفة فإن قانون المنافسة

¹ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03/03 والقانون 04/02، منشورات بغدادي، الجزائر، 2011، ص.39.

يطبق على المؤسسات العمومية إذا ثبت أنها تمارس نشاطا اقتصاديا، ويفسر ذلك بأمرين، أولهما إقرار القانون ذاته بخضوع الأشخاص العموميين له، وثانيهما هو أن اختصاص مجلس المنافسة يقوم على معيار مادي بسيط لا يطرح إشكالات كبيرة، إذ يكفي ممارسة الشخص العمومي لنشاط اقتصادي يتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات حتى يكون خاضعا لولاية المجلس¹.

ورغم أنه لا يمكن إنكار ما للنشاط الإداري للشخص العام الذي لا يمارس نشاطا اقتصاديا من مساس بالمنافسة في السوق من خلال قراراته وتصرفاته، فإن الاعتقاد السائد كان يرى أن تصرفات وقرارات السلطة العامة لا تؤثر في السوق، على اعتبار أنها خارجة عنه بما لها من سلطة تنظيمية تهتم في المقام الأول بتنظيم المرافق العامة، وأن مركزها لا يتجاوز حدود الطلب على الأموال والأشياء والخدمات².

وقد استمر هذا الأمر، من خلال عدم الاهتمام بتأثير تلك القرارات في الأسواق رغم مجافاة ذلك للواقع وإنكاره للعدالة، لكون قرارات السلطة العامة يمكن أن تؤثر في مجريات الأمور في السوق³، وعلى هذا الأساس، رفض مجلس المنافسة في فرنسا مراقبة القرارات الإدارية التي تندرج في إطار امتيازات السلطة العامة، لكون الإدارة لا تعتبر متعاملا اقتصاديا، كما رفض القضاء الإداري من جهة أخرى مراقبة قرارات الأشخاص العامة من زاوية قانون المنافسة⁴، مما يقتضي توضيح الموقف الذي كان قد تبناه مجلس المنافسة الفرنسي (أولا)، ثم توضيح موقف القضاء الإداري بخصوص مسألة خضوع الشخص العام لقانون المنافسة (ثانيا).

¹ جليل مونية، المرجع السابق، ص. 244.

² كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص. 87.

³ Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 23.

⁴ كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المرجع السابق، ص. 87.

أولاً: رفض مجلس المنافسة الفرنسي خضوع الشخص العام لقانون المنافسة

طرح أمام مجلس المنافسة في فرنسا أكثر من مناسبة لمؤاخذة المشتري العمومي في مجال الصفقات العمومية، لكنه رفض جميع تلك الدعاوى لعدم الاختصاص باعتبار أن نظرها يرجع للقاضي الإداري¹، محددًا نطاق رقابته على أعمال الأشخاص العامة التي تمارس نشاطًا اقتصاديًا، حيث اعتبر مثلًا أنه يجوز له النظر في قيام شركة فرنسا للاتصالات بتزويد أحدهم بمعلومات تخص مشتري خدمة الهاتف²، أو قيام الشركة الوطنية للسكك الحديدية بتقديم خدمات إضافية داخل المحطات ومن ذلك خاصة تقديم خدمة الإطعام³.

وبذلك انحصرت قرارات مجلس المنافسة الفرنسي في مجال الصفقات العمومية على ردع الممارسات والتصرفات الصادرة عن مقدمي العروض⁴، وعدم إمكانية تدخله ضد الممارسات الصادرة عن المشتري العمومي، وقد جسد ذلك بصفة واضحة في قراره الصادر في 17 ماي 1988 بخصوص قيام المجلس البلدي لبلدية Pamiers بفسخ عقد تسيير مرفق المياه الذي كان يربطها بشركة SAEDE منذ 1924 وإعادة إبرامه للعقد مع شركة Lyonnaise des eaux، فقامت مؤسسة المياه SAEDE بطلب تدخل مجلس المنافسة، على أساس أنها وقعت ضحية ممارسة منافية للمنافسة، وطلبت منه إلغاء العقد الجديد، غير

¹ Voyez à titre d'exemples: Cons. conc., déc. n° 90-D-24 du 4 septembre 1990 relative à une saisine de la S.A. Lazaar Electricité générale, et, Cons. conc., déc. n°93-D-25, du 15 juin 1993, relative à une saisine de la société Pinton, précitée. Citées par: Jean-Philippe Kovar, op.cit., p. 42.

² CA Paris., 7 février 1994, C.M.S c/ France Télécom, LPA., 12 octobre 1994, n° 122, note L. Rapp. Voyez: Dominique Bureau, «La Gestion des entreprises publiques», Document de travail n° 97-5, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'industrie, Direction de la Prévision, Octobre 1997, p.19.

³ Cons. conc., déc. n° 91-D-20 du 24 avril 1991 relative à une saisine de Madame Yvette Grandperri. Citée par: Jean-Philippe Kovar, op.cit., p. 25.

⁴ محسن صويلح، «قانون المنافسة الإداري: قراءة في اختصاص القاضي الإداري ومجلس المنافسة»، مجلة المحاماة، العدد 06، المنظمة الوطنية للمحامين، تونس، 2014، ص. 93.

أن مجلس المنافسة أعلن عدم قبول الإخطار مستندا إلى المادة 53 من الأمر المؤرخ في 01 ديسمبر 1986 التي تنص على أن قواعده تطبق على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها التي يقوم بها الأشخاص العموميون¹، الأمر الذي لا يشمل القرار الذي منحت بموجبه البلدية تسيير مرفق عام².

على أنه بعد الطعن في قرار المجلس لدى محكمة استئناف باريس، أصدرت هذه الأخيرة قرارا بتاريخ 30 جوان 1988 مفاده قابلية تطبيق قانون المنافسة على موضوع النزاع، لأن قيام البلدية بتوجيه دعوة لعدة مؤسسات متخصصة لتقديم عروضها من أجل اختيار مؤسسة يعهد إليها بتوزيع الماء، يجعل البلدية تمارس تأثيرا على سوق توزيع المياه، وقد قبلت المحكمة طلب المؤسسة الطاعنة واستجابت له باتخاذ إجراءات تحفظية مؤقتة، تقضي بوقف الامتياز الممنوح³.

غير أن محكمة التنازع ذهبت عكس ذلك عند توليها نظر النزاع، وأكدت قرار مجلس المنافسة، على أنه بالرغم من تصريحها بأن تنظيم المرفق العمومي لا يعد عملا من أعمال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، إلا أنها أشارت إلى إمكانية اختصاص القاضي الإداري بفحص مشروعية ذلك القرار اتجاه أحكام قانون المنافسة والأسعار لسنة 1986، ما دامت

¹ Cons. conc., déc. n° 88-D-24 du 17 mai 1988 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires émanant de la Société d'exploitation et de distribution d'eau (SAEDE), BOCCRF du 28 mai 1988. Voyez: Louis Vogel, «Droit de la concurrence et personnes publiques», Gazette du Palais, 22/23 décembre 1989, p. 04.

² Voyez: Jean-Bernard Blaise, Droit des affaires: commerçants, concurrence, distribution, 03^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2002, p.396.

³ CA Paris. 30 juin 1988, SAEDE: "Considérant (...) qu'en faisant appel à plusieurs entreprises spécialisées afin de choisir celle à qui serait confiée la distribution d'eau la ville de Pamiers a exercé une action sur le marché; dès lors, elle ne pouvait, de son fait, porter atteinte aux règles de la libre concurrence qui s'imposent à tous et dont le contrôle a été confié par la loi au Conseil de la concurrence et, par voie de recours, à la Cour d'appel de Paris, afin d'unifier les règles de compétence juridictionnelle, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice". Voyez: Jean-Philippe Kovar, op.cit., p. 19.

الدعوى تهدف إلى عرقلة تنفيذ قرار صادر عن جماعة محلية في إطار صلاحيات السلطة العامة¹.

ثانيا: الموقف الذي تبناه القضاء الإداري الفرنسي

بعد قرار محكمة التنازع الفرنسية Ville de Pamiers كان جانب كبير من الفقه ينتظر تطبيقا مباشرا لقانون المنافسة والأسعار من طرف القاضي الإداري²، إلا أن هذا الأخير اتجه اتجاهها مغايرا، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن قانون المنافسة لا ينطبق على الأشخاص العموميين إلا في حالة ممارستهم لنشاط اقتصادي يتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، وذلك في قضية تتعلق بإلغاء قرار رئيس المجلس البلدي لمدينة Saint-Denis de la Réunion، المتضمن إبرام عقد امتياز مع إحدى الشركات، أين قام أحد أعضاء المجلس البلدي المذكور بالطعن في قرار المنح مؤسسا دعواه على عدم احترامه لقواعد المنافسة الواردة في أمر 01 ديسمبر 1986³، حيث اعتبر مجلس الدولة أن القرار الذي تم بموجبه إسناد تسيير المرفق العام المتمثل في توزيع الماء الصالح للشرب، لا يندرج في إطار النشاطات الاقتصادية كما ليس من شأنه عرقلة المنافسة أو الحد منها أو إقصاؤها⁴، وإن كان هذا التصور غير صحيح، غير أنه يسجل لصالح هذا القرار عدم إشارته

¹ T. confl., 6 juin 1989, Ville de Pamiers, Rec. p. 293. Voyer: Bertrand Seiller, «Droit public de la concurrence et séparation des autorités», RFDA, 1999, p. 189 et s., Voyez également: Jean-Philippe Kovar, op.cit., p. 19.

² محسن صويلح، المرجع السابق، ص. 108.

³ CE, 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, n°138504. Voyez: Philippe Terneyre, «Le droit applicable aux conventions de délégation de service public: quelques précisions du conseil d'état», RFDA, n° 02, mars-avr. 1994, p. 252.

⁴ ينص القرار في أحد حيثياته على ما يلي:

"Considérant qu'il résulte de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services; que l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité; que l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché".

إلى ما ذهبت إليه محكمة التنازع في قرار Ville de Pamiers من كون القاضي الإداري هو الوحيد المؤهل للنظر في تلك القرارات.

كما رفض مجلس الدولة إخضاع قرار تنظيمي ينظم الطلبات العمومية لمقتضيات قانون المنافسة¹، واستمر على هذا النهج بحيث كلما طلب منه مراقبة مشروع قرار إداري اتجه قانون المنافسة، كان يعود إلى القواعد التي تنظم المنافسة في مجال الصفقات العمومية، أو إلى مبدأ حرية الصناعة والتجارة كأقصى تقدير. ومقابل رفض القاضي الإداري تطبيق قانون المنافسة²، كان القضاء العادي في الجانب الآخر يتوسع في رقابته على الممارسات المنافسة للمنافسة المنفصلة عن القرارات الإدارية، وهو ما أدى إلى تدخله في مجال اختصاص القاضي الإداري، حيث كلما عرض على القاضي العادي قرار أو عقد إداري يشكل أساساً لممارسة مخلة بالمنافسة، كان هذا الأخير يتذرع بانفصال تلك الممارسة عن العمل الإداري، ليقر اختصاصه بنظرها³.

هذا التوجه الذي نعتة البعض بالجريء⁴، كان يكتفي بالقول أن القرار الإداري ذو موضوع تجاري، وأنه لا وجود لامتيازات السلطة العامة، دون أدنى توضيح. ومما زاد في خرق القاضي العادي لمبدأ الازدواجية القضائية، هو بعض قرارات محكمة عدل المجموعة الأوروبية التي جعلت من قاضي الدعوى، هو قاضي الدفع عندما يتعلق الأمر بإعمال مبدأ

¹ CE 29 juillet 1994, SA CAMIF, rec. 365. Voyez: Eric Delacour, «Point de vue, Délégation de service public - Concurrence: une jurisprudence discutable», Moniteur n° 4918 - Publié le 27/02/1998 sur le site: <http://www.lemoniteur.fr>.

² اعتبر بعض الفقه رفض القاضي الإداري تطبيق قانون المنافسة على الأعمال الإدارية إنكاراً للعدالة، يراجع في هذا الشأن:

- Nicolas Charbit, «Droit de la concurrence et secteur public, applicabilité et compétence», JCP. Conc. cons., fasc. 120, n° 57, 2003, p. 10.

³ Cass.com., 2 décembre 1997, Nike France et a., BOCCRF 31 décembre 1997. Cité par: Rémi Bastille, op.cit., p.28.

⁴ Alain Guedj, «Juge administratif, juge judiciaire et conseil de la concurrence: pour une clarification des rôles après la décision du tribunal des conflits du 18 octobre 1999», LPA., n° 84, 27 avril 2000, p. 04.

سمو القانون الأوروبي على القانون الداخلي¹، وذلك بالرغم من أن مبدأ سمو القانون الأوروبي على القانون الداخلي هو الذي دفع بالقاضي الإداري إلى البدء بتطبيق قانون المنافسة الأوروبي على الأعمال الإدارية، قبل أن ينتهي إلى إقرار قانون المنافسة الداخلي كمصدر من مصادر المشروعية الإدارية².

الفرع الثاني: مرحلة الإقرار بتأثير الأعمال الإدارية على تنافسية الأسواق الاقتصادية

تغيرت بعد ذلك النظرة إلى قرارات الإدارة، حيث أصبحت هذه الأخيرة ملزمة بتجنب دفع الأعوان الاقتصاديين إلى الإخلال بقواعد المنافسة، ولتحليل مسألة إدراج قواعد المنافسة في كتلة المشروعية الإدارية، ينبغي تقصي سياق تطور المسألة في فرنسا (أولا)، ثم التعرّيج على مدى تأثير ذلك على الوضع في الجزائر (ثانياً).

أولاً: سياق تطور المسألة في فرنسا

يرجع إدراج قواعد المنافسة في مجال الشرعية الإدارية لعوامل كثيرة، أبرزها إغفال الإدارة لقانون المنافسة وعدم اهتمامها بتأثيرات أعمالها السلبية على سير المنافسة في الأسواق الاقتصادية، واقتصار القاضي الإداري على المرفق العام بتغليب الجوانب التي تهم مستعملي المرفق، دون أن يتجاوز ذلك إلى الاهتمام بما يمكن أن يفضي إليه تنظيم المرفق من آثار تنعكس على المحيط الاقتصادي³، لذلك كان لا بد من أخذ هذه المعطيات بعين

¹ CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77. Voyez: «Le Juge administratif et le droit de l'union européenne», Les dossiers thématiques du Conseil d'État, septembre 2015, p. 11.

² محسن صويلح، المرجع السابق، ص. 109.

³ Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 27.

الاعتبار وإعادة النظر في "علاقات المرفق العام بمحيطه التنافسي"¹ حسب تعبير السيد Jacques-Henri Stahl، مفوض الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي.

وهو ما جسده مجلس الدولة الفرنسي في قرار صدر بتاريخ 08 نوفمبر 1996 قبل فيه مراقبة ملائمة القرار المنشئ لوضعية هيمنة عن طريق منح مؤسسة اقتصادية حقوق حصرية بشكل يخالف أحكام المادة 86 من الاتفاقية الأوروبية²، حيث شكل هذا القرار تمهيدا لبدء تطبيق القاضي الإداري في فرنسا لأحكام الأمر المؤرخ في 01 ديسمبر 1986، كقاعدة قانونية يتوجب على الإدارة احترامها ما دام لها نفس محتوى القاعدة الأوروبية³.

تم تكريس ذلك بصفة فعلية في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Sté Million⁴ et Marais الصادر في 03 نوفمبر 1997، وهي القضية التي تعلق وتعلق وقائعها بعقد امتياز مرفق عام Contrat de concession أبرمته بلدية Fleury-les-Aubrais مع شركة تقدم خدمات

¹ "Or, la première justification du revirement de jurisprudence qu'il propose tient à la "cohérence de l'ordre juridique": il s'agit de permettre que le juge administratif traite sur le même pied les règles nationales de la concurrence et celles issues du traité de Rome. Quant à la seconde justification de ce revirement, elle tient à la nécessité que le juge administratif, continue de jouer son rôle dans l'élaboration du droit des services publics. Cela le conduira à repenser les relations du service public et de son environnement concurrentiel", Jacques-Henri Stahl, conclusions sur CE sect. 03 novembre 1997, Société Million et Marais, précitées.

² CE, Sect., 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance, Rec. p. 44: "Considérant qu'en l'espèce, constitue un abus au sens de l'article 86 le fait de réserver à l'organisme gestionnaire du régime d'assurance vieillesse de base des personnes non salariées des professions agricoles l'exclusivité de la gestion du régime complémentaire de retraite bénéficiant seul en vertu du III de l'article 42 de la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 de la déductibilité du revenu professionnel imposable des cotisations versées, conduisant ainsi à fausser la concurrence". Voyez: Bertrand du Marais, «L'Etat à l'épreuve du principe de concurrence: analyse et prospective juridique», numéro thématique: Reconfigurer l'action publique: big bang ou réforme?, Actes du onzième colloque international - Nice, jeudi 4 et vendredi 5 octobre 2001, T 1, p.124.

³ محسن صويلح، المرجع السابق، ص. 119.

⁴ CE, 3 nov. 1997, n° 169907, Société Million et Marais, Rec. CE 1997, p. 406. Voyez: Jean-Christophe Grall et Erwan Le Morehedec, «Marchés publics et concurrence: liberté, égalité, transparence», Revue Lamy Droit des affaires, n° 75, Octobre 2004, p. 15.

جنائزية، حيث منحت البلدية هذه الشركة فقط حق القيام بهذه الخدمة، مع تضمين العقد شرط القصر في أداء الخدمة لهذه المؤسسة، غير أن شركة أخرى قامت بممارسة النشاط نفسه في المنطقة المتفق بشأنها، لتقوم الشركة المستفيدة من عقد الامتياز برفع دعوى أمام الهيئات القضائية العادية ضد الشركة المنافسة لتلزمها بالتوقف عن ممارسة هذا النشاط، غير أن مجلس قضاء Orléans الذي عرض عليه النزاع، قبل الفصل في القضية، طلب من الهيئات القضائية الإدارية النظر في مشروعية عقد الامتياز موضوع النزاع.

وكان الإشكال المطروح يدور حول معرفة إن كان ذلك العقد يجعل الشركة المتعاقدة في وضعية هيمنة تستغلها هذه الأخيرة بإفراط وبصورة آلية (Abus de position dominante automatique)، مخالفة بذلك أحكام المادة 08 من الأمر المؤرخ في 01 ديسمبر 1986¹.

ولئن لم ينته مجلس الدولة إلى مؤاخذة الطرف المدعى عليه، من خلال تصريحه بأن العقد محل النزاع مشروع من منظور قانون المنافسة، فإنه تعرض إلى تحليل واضح ومكتمل للعقد الإداري موضوع النزاع لينتهي بعد ذلك إلى التصريح بعدم مخالفته لأحكام المادة 08 المذكورة²، بمعنى قبول المجلس دراسة مضمون شروط العقد اتجاه أحكام

¹ مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص. 43.

² مما جاء في هذا القرار:

"Considérant que si le contrat litigieux, en attribuant à la société des Pompes funèbres générales un droit exclusif sur les prestations du service extérieur des pompes funèbres de la commune, a créé au profit de cette entreprise une position dominante au sens des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance, la durée de six ans, renouvelable une fois par décision expresse, de cette convention ne met pas la société en situation de contrevirer aux dispositions précitées de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986"

لتفاصيل أوفى، يراجع:

القانون الداخلي للمنافسة، ليضع بذلك حدا لمرحلة اتسمت بتجاهل الشخص العام لما يمكن أن يترتب عن أعماله من انعكاسات سلبية على قواعد السوق، ويسجل بداية لمرحلة جديدة، تم بموجها إحداث تغيير جذري في الاجتهاد القضائي المتعلق بتطبيق قانون المنافسة على ممارسات السلطة العامة، ذلك أنه وبعد أن كان القضاء ينفي تطبيق قانون المنافسة على قرارات الشخص العام، فإن القضاء الإداري في القضية الجديدة، يقر بخضوع تصرفات الأشخاص العمومية لقانون المنافسة¹.

بعد قرار Million et Marais الذي أنهى مرحلة اتسمت برفض غير مبرر لتطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري، سعى هذا الأخير إلى تعميم هذا النهج الجديد على مختلف أصناف القرارات الإدارية سواء كانت فردية أو تنظيمية، أين قام مثلا بمراقبة مشروعية أمر تنظيمي اتجه قانون المنافسة والأسعار لسنة 1986 في قرار *Ordre des avocats à la cour de Paris*².

وهو القرار الذي تلتته عدة قرارات مشابهة³، أقر القضاء الإداري من خلالها بضرورة احترام جميع الأعمال الإدارية لمبدأ حرية المنافسة، مما جعل مفوض الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي Jean-Denis Combrexelle عند إدلائه بملحوظاته حول قرار *Ordre*

- Stéphane Destours, «L'application du droit interne de la concurrence aux personnes publiques par les juridictions administratives: fin d'une énigme?», JCP, cahier de droit de l'entreprise, n° 2, 1998, p. 01.

¹ Nicolas Charbit, *Secteur public et droit de la concurrence*, éditions Joly, Paris, 1999, p.24.

- يراجع كذلك: كتومحمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المرجع السابق، ص. 89.

² CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats au barreau de Paris*. Voyez: Rémi Bastille, op.cit., p. 25.

³ Voyez : CE, 01 avr. 1998, *Union hospitalière privée*, Rec., p.114. Cité par: Jean Capiiaux, *Discours Introductif*, 13^{eme} colloque organisé par l'association Française des avocats conseillés auprès des collectivités territoriales sur: le droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique, Paris le 05 Octobre 2006, p. 05. Voyez également : CE, 05 octobre 1998, *Fédération française des Pompes funèbres*, nos 193261 et 193359, RFDA 1998. p.1282. Cité par: Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p.11.

Million et Marais des avocats à la cour de Paris، يصرح بأنه يجب أن لا ينظر إلى قرار Million et Marais كتتويج بل كبداية التطور¹.

تعززت أيضا مسألة تطبيق قانون المنافسة على الأعمال الإدارية بفرنسا بصدور قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26 مارس 1999 في قضية شركة EDA²، التي تعلقت بملك عام تابع للدولة (مطار)، حيث تعسفت الإدارة عند إبرامها لاتفاق يتضمن استغلالا مؤقتا لحظائره ومساحات معينة منه³، أين قام القاضي الإداري بتطبيق مباشر لأحكام الأمر الصادر سنة 1986، وهو ما يستشف من حيثيات القرار⁴، ومن ملاحظات مندوب الحكومة الذي حث مجلس الدولة على تطبيق المادة الثامنة⁵ مباشرة على قرار رفض تجديد الاتفاق،

¹ Concl. com. gov. Combrexelle J.-D. sous CE, 17 déc. 1997, n° 181611, Ordre des avocats à la Cour de Paris, à propos de CE, 3 nov. 1997, n° 169907, Société Million et Marais, Rec. CE 1997, p. 406: "La décision Million et Marais ne doit pas être regardée comme un aboutissement, mais au contraire comme la première marche d'une évolution". Voyez: Jean-Christophe Grall et Erwan Le Morehedec, art.préc., p. 15.

² CE Section 26 mars 1999, Sté Eda, Rec. CE, p. 96, concl. J.-H. Stahl ; AJDA 1999, p. 427, M. Bazex ; RDP 1999, p. 1545, S. Manson ; D. 2000, p. 204, J.-P. Markus ; RFDA 1999, p. 977, D. Pouyau. Cité par: Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 02. Voyez également: Nicolas Charbit, «Marée haute et écueils de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de concurrence (à propos de quelques affaires récentes)», LPA., n° 37, 21 fév. 2001, p.04.

³ تعلقت هذه القضية بقيام مطار باريس بالترخيص لمجموعة من شركات كراء السيارات لتقديم خدماتها لصالح المسافرين، ولدى قيامه بتجديد اتفاق الاستغلال المؤقت للملك العمومي قام المطار المذكور بطلب ترشحات مشروطا أن يكون العرض المقدم متعلقا بالمطارين معا (مطاري ROISSY و ORLY)، وهو ما لم يتوفر في العرض المقدم من طرف شركة EDA الذي جوبه بالرفض لتعلق موضوعه بمطار ORLY فقط.

⁴ "Considérant que s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités; qu'il appartient alors au juge de l'excès de pouvoir, à qui il revient d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public, de s'assurer que ces actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application".

⁵ حاليا المادة L.420-2 من القانون التجاري الفرنسي.

دون الرجوع إلى مفهوم الاستغلال الآلي لوضعية الهيمنة (Abus de position dominante automatique)، وهو ما شكل مرحلة جديدة نحو تطبيق مباشر، شامل وكامل لقانون المنافسة على الأعمال الإدارية¹.

هذا التوجه تأكد بصدور قرارات وآراء أخرى، على غرار القرار الصادر بتاريخ 15 ماي 2009 في قضية Société Compagnie des bateaux-mouches²، ومن قبله رأي مجلس الدولة بخصوص مدى صحة قرار رئيس البلدية القاضي بمنع تعليق لافتات إخبارية جديدة وسط المدينة، والذي اعتبر فيه أن سلطة الضبط يجب أن تأخذ بعين الاعتبار قواعد المنافسة عند ممارستها لتلك السلطة³.

خلاصة القول، أن قواعد المنافسة أصبحت في فرنسا مصدرا من مصادر المشروعية الإدارية، يطبقه القاضي الإداري تطبيقا مباشرا على جميع الأعمال الإدارية (قرارات فردية وتنظيمية وعقود إدارية)، وفي جميع مجالات عمل الإدارة (الملك العمومي، المرافق العامة بأنواعها، الضبط الإداري)، وهو الاتجاه الذي لم يتضح بعد ما إذا كان القضاء الإداري في الجزائر ماضيا فيه، رغم إظهار بعض النصوص تأثرها بهذه النزعة.

¹ Jacques Caillosse, «Service Public et Concurrence: Le service public entre deux mythologies», Le Droit Ouvrier, spécial Service Public - Avril 2008, p. 203.

² CE, 15 mai.2009, Société Compagnie des bateaux-mouches, AJDA 2009, p.1015, note G. Clamour, RLC, 2009, n°20, p.58-59; note S. Nicinski, AJDA, 2009, p.1815-1817. Cité par: Lionel Zevounou, Le concept de concurrence en droit, op.cit., p.240.

³ CE, 22 novembre 2000, avis Sté L & P Publicité Sarl, Rec. p. 525: "La circonstance que les mesures de police ont pour objet la protection de l'ordre public [...] n'exonère pas l'autorité investie de pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence". Voyez: Jean-Marc Sauvé, «Le rôle des cours suprêmes en matière économique», Intervention dans le cadre du colloque organisé au Conseil économique, social et environnemental par la Regulatory Law Review et les éditions Lextenso le lundi 25 janvier 2010, Publiée le 28 janvier 2010 sur le site du conseil d'état: <http://www.conseil-etat.fr>.

ثانيا: آثار إدراج قواعد المنافسة في مجال الشرعية الإدارية على القوانين الجزائرية

أثر إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية بفرنسا، على بعض القوانين التي صدرت في الجزائر في هذا الشأن لاسيما بعد توقيع اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، وما تمخض عنه من التزامات¹، زيادة على إدخال السلطات العامة في الجزائر عدة تعديلات على تنظيم الصفقات العمومية من أجل تكريس مبدأ المنافسة الحرة، وجعل مسألة حمايتها كالتزام أساسي على عاتق الشخص العام.²

في هذا الإطار، أوجب اتفاق الشراكة بين الجزائر والاتحاد الأوروبي انسجام تشريعهما المتعلق بالمنافسة، مع تأكيده على التزام الدول المصادقة عليه بقواعد المنافسة عند تدخلها الحصري فيما يتعلق بالاحتكارات³، حيث تلتزم هذه الدول بأن تعدل تدريجيا أي احتكارات تديرها وتكون ذات طبيعة تجارية⁴، وأن تلغي أي تمييز بين مواطني الدول

¹ يراجع في هذا الشأن: المرسوم الرئاسي رقم 159/05 المؤرخ في 27 أبريل 2005 المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والجمهورية الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002 لاسيما الفصل الثاني منه الوارد تحت عنوان "المنافسة وأحكام اقتصادية أخرى"، وكذا ملاحقه من 01 إلى 06 والبروتوكولات من 01 إلى 07 والوثيقة النهائية المرفقة به، ج.ر. عدد 31 الصادرة في 30 أبريل 2005.

² قوسم غالبية، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016، ص. 62.

³ نصت المادة 42 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية سالف الذكر، على ما يلي: "تقوم الدول الأعضاء والجزائر دون الإخلال بالتزاماتها إزاء الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات)، بالتعديل التدريجي لكل احتكارات الدولة ذات الطابع التجاري بحيث تضمن، عند نهاية السنة الخامسة التي تلي دخول هذا الاتفاق حيز التنفيذ، عدم التمييز فيما يخص شروط التموين بالسلع وتسويقها بين رعايا الدول الأعضاء والرعايا الجزائريين، مع ضرورة إعلام لجنة الشراكة بالتدابير المتخذة لبلوغ هذا الهدف"، وتقابل هذه المادة في تشريعات الاتحاد الأوروبي المادة 37 من المعاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي TFUE التي تنص على ما يلي:

"Les États membres aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres".

⁴ عمر محمد حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة - دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص. 244.

الأعضاء بخصوص شروط تسويق البضائع أو توريدها¹، بحيث لا يكون الاحتكار مشروعاً إلا في حالة عدم تضمنه أي تمييز في مواجهة المنتوجات الأجنبية².

هذا زيادة على التزام الدولة بقواعد المنافسة عند تدخلها فيما يتعلق بالحقوق الحصرية والخاصة للاستغلال³، بالسهر على كون منح هذا الحق لا يؤدي بالمؤسسة المستفيدة إلى التعسف تلقائياً في وضعيتها، وذلك كنتيجة لتغير النظرة إلى قرارات الإدارة التي أصبحت ملزمة بتجنب دفع الأعوان الاقتصاديين إلى الإخلال بقواعد المنافسة⁴.

من بين أبرز التطورات التي عرفتها القوانين الجزائرية أيضاً بعد إدراج قواعد المنافسة في إطار الشرعية الإدارية، إلزام المشتري العمومي بمكافحة الممارسات المنافسة

¹ راجع على سبيل المثال قرار محكمة عدل المجموعة الأوروبية في قضية Manghera الذي أدان الحقوق الحصرية للإستيراد التي تمثل بالنسبة للمصدرين الأجانب تمييزاً محظوراً:

- CJCE, 3 février 1976, aff.59/75, Manghera, Rec.CJCE 1971, p.263. Sur ce point, voyez: Marie Malauri-Vignal, Droit de la concurrence interne et communautaire, 4ème édition, Dalloz, Paris, 2008, p. 58.

² Ibidem, p. 60.

³ نصت المادة 43 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية على ما يلي: "فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية والمؤسسات المتحصلة على حقوق خاصة أو حصرية، يتأكد مجلس الشراكة من أنه، ابتداء من السنة الخامسة بعد دخول هذا الاتفاق حيز التنفيذ، لا يتم لا اتخاذ ولا إبقاء أي تدبير من شأنه أن يخل بالمبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر بحيث يتعارض ذلك مع مصالح الطرفين، ولا يتعارض هذا الحكم لا قانوناً ولا عملاً مع تنفيذ الأعمال الخاصة الموكلة إلى هذه المؤسسات"، وتقابل هذه المادة في تشريعات الاتحاد الأوروبي المادة 106 من المعاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي TFUE التي تنص على ما يلي:

"Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus. .../.../...Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union".

⁴ Marie Malauri-Vignal, op.cit., p. 51.

للمنافسة في الصفقات العمومية¹، حيث أدخلت الجزائر عدة تعديلات على تنظيم الصفقات العمومية ترمي لهذا الهدف، مثل إلزام المشتري العام بعدم التسبب في خلق ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة²، والسهر على كشف الممارسات المنافسة للمنافسة التي يرتكها المرشحون، كالتأكد بأن المرشح لم ينل الصفقة بفضل ممارسة منافية للمنافسة³، والامتناع عن توقيع صفقة من شأنها أن تعطي آثارا لاتفاق مناف للمنافسة تم تنظيمه بين مقدمي العروض⁴.

¹ Bernard Fabre, «le rapport TRASSY-PAILLOGUES, simplifier les règles et choisir le mieux disant», MTP, 3 Nov. 1995, p. 52 : "L'acheteur public à une mission plus générale: celle de contribuer au bon fonctionnement global de l'économie".

- نقلا عن: جليل مونية، المرجع السابق، ص. 224.

² تراجع المادة 72 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، والتي أجازت للجنة فتح الأطراف وتقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت.

³ وفقا لنص المادة 72 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري المشار إليها أعلاه، يمكن للجنة فتح الأطراف وتقييم العروض عن طريق المصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة، وهذا إذا كان العرض المالي الإجمالي لهذا المتعامل، أو كان سعرا واحدا أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع الأسعار. وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا رأت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية.

⁴ TA Rouen, 28 avril 2000, Sté J. Lefebvre, précité.

المبحث الثاني:

نطاق تدخل قانون المنافسة في مجال الطلب العمومي

رجوعاً لأحكام قانون المنافسة الجزائري خصوصاً بعد التعديلات التي طرأت عليه بصدر القانون رقم 08/12¹، يمكننا القول أنه تم تمديد قانون المنافسة ليشمل بشكل رسمي ميدان الطلب العمومي، على أن ذلك يكون ضمن حدود معينة، بحيث يقتضي توافر مجموعة من الشروط، المتعلقة بالأشخاص المعنية بتطبيق هذا القانون، وكذا أصناف العقود لإدارية التي يمكن أن تكون محلاً لممارسات منافية للمنافسة، زيادة على القيود التي أوردها التشريع الجزائري من الناحية الزمنية والجغرافية لتدخل قانون المنافسة في هذا المجال (المطلب الأول)، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، ينبغي أن لا يمس تدخل قانون المنافسة في مجال الطلب العمومي في أي حال من الأحوال بحسن أداء مهام المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط تطبيق قانون المنافسة على الطلبات العمومية

اشتترطت المادة 02 من قانون المنافسة الجزائري حتى يتم تطبيقه في مجال الطلبات العمومية، توافر صفات معينة في الأشخاص والعقود المعنية بذلك (الفرع الأول)، زيادة على اشتراطها لإطار زمني وجغرافي محدد ينبغي توضيحه (الفرع الثاني).

¹ القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر عدد 36 الصادرة بتاريخ 02 جوان 2008.

الفرع الأول: الأشخاص والعقود المعنية بتدخل قانون المنافسة

يتحدد مجال تطبيق قانون المنافسة في مجال الطلب العمومي على معيار ممارسة نشاط اقتصادي بالنسبة لأشخاص القانون الخاص حسب المبدأ العام، زيادة على إمكانية تطبيقه من طرف القضاء الإداري على أشخاص القانون العام المخلة بالسير التنافسي لسوق الطلبات العمومية (أولا)، على أن قانون المنافسة الجزائري على خلاف المعمول به قانونا في فرنسا، قام بتحديد نوع معين من العقود الإدارية كمجال لتدخل أحكامه ينبغي توضيحها (ثانيا).

أولا: الأشخاص المخاطبة بقواعد قانون المنافسة

إن لقانون المنافسة مجال واسع للتطبيق من حيث الأشخاص حيث يخضع لأحكامه كل من الشخص الطبيعي والمعنوي الخاص أو العام¹، على أساس أن جوهر المنافسة هو الحرية التي يتوقف نجاح ممارستها على حد كبير على مبدأ المساواة، فحتى يمكن ممارسة المنافسة بحرية، فإنه يجب أن يكون مختلف القائمين بالنشاط الاقتصادي على قدم المساواة، وأن لا يكون أحدهم متميزا أكثر من غيره عند التدخل في السوق²، وبذلك يعتبر كل شخص طبيعي أو معنوي مهما كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة، نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات كـ "مؤسسة" معنية باحترام قواعد المنافسة³.

¹ وهو ما كرسه قانون المنافسة الجزائري في المادة الثانية 02 منه التي أشارت إلى: "...وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية".

² محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 78.

³ تشير المادة 03 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة إلى أنه: "يقصد في مفهوم هذا الأمر ما يأتي: ... أ. المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد...".

من جهته، أشار تنظيم الصفقات العمومية سواء في فرنسا أو في الجزائر إلى أن الصفقات العمومية "عقود مكتوبة تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين". تراجع المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، والمادة 04 من الأمر المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، سابق الذكر.

01- المؤسسات الخاصة الممارسة لنشاط اقتصادي

يقصد بالمؤسسات الخاصة التي تمارس نشاطا اقتصاديا، الأشخاص الطبيعيين، إذ يعتبرهم مجلس المنافسة الفرنسي - سلطة المنافسة حاليا - مؤسسات معنية باحترام قواعد المنافسة مثل جراحو الأسنان¹، والمهندسين، والأطباء²، والمحامين³، زيادة على التجار، والحرفيين، وهو الموقف الذي تبناه بدوره التشريع الجزائري⁴.

كما يشمل الأشخاص المعنوية، حيث تحظر الممارسات المنافسة للمنافسة على الشركات التجارية والمدنية، والجمعيات، والمنظمات المهنية⁵، والنقابات العمالية⁶ وغيرها.

¹ Cons. conc., déc. n° 91-D-43 du 22 octobre 1991 relative aux honoraires des chirurgiens exerçant dans les cliniques privées du département de Lot-et-Garonne. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

² Renée Galène, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, LITEC, Paris, 1995, p. 50.

³ CE, 17 décembre 1997, Ordre des avocats au barreau de Paris, précité.

⁴ أشارت المادة الثالثة 03 من قانون المنافسة الجزائري سالف الذكر بصفة صريحة إلى أن المؤسسة هي "كل شخص طبيعي أو معنوي...". هذا المفهوم المرن للمؤسسة تبناه بدوره التشريع والقضاء الأوروبي، حيث عرفت محكمة عدل المجموعة الأوروبية المؤسسة بأنها "كل طرف يمارس نشاطا اقتصاديا بغض النظر عن طبيعته" واعتبرتها "تنظيم موحد يتشكل من عناصر بشرية، مادية ومعنوية، مرتبطة بشخص مستقل قانونا ويحقق بشكل دائم هدفا اقتصاديا محددًا". يراجع:

- CJCE du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C 41-90, Rec. I-1991 en son point 21: "Dans le contexte du droit de la concurrence (...) la notion d'entreprise comprend toute unité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement". Voyez: Rachid Zouaimia, «Le régime des ententes en droit Algérien de la concurrence», Revue critique de droit et sciences politiques, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, n°1, 2012, pp. 10 – 11.

من جهتها تنص المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري على أنه: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين ...".

⁵ Cons. conc., déc. n° 97-D-18 du 18 mars 1997 relative à des pratiques relevées dans le secteur du portage de médicaments à domicile, BOCCRF., 28 avril 1997. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

⁶ Avis n° 04-A-02 du 16 janvier 2004 relatif à une saisine de la Fédération de l'hospitalisation privée. Cité par: Martine Behar-Touchais, «Le Conseil de la concurrence et la santé», Les Tribunes de la santé, n° 15, 2007/02, p.70.

ذلك أن العبرة بممارسة نشاط اقتصادي ولو كان بصفة ثانوية¹، فلا يهم أن يكون ثمة مقابل مالي للنشاط، وإنما العبرة بمدى تأثير النشاط على السوق، وهو ما اعتمده التشريع الفرنسي منذ صدور أمر 1986 الذي أشار من خلال نص مادته 53 للنشاطات الاقتصادية المعنية باحترام قواعد المنافسة، دون الإشارة للأشخاص الممارسة لها (المادة L.410.1 من القانون التجاري الفرنسي حاليا)².

إذن يتحدد مجال تطبيق قانون المنافسة على فكرة النشاط الاقتصادي التي أقرتها بدورها المادة 02 من قانون المنافسة الجزائري، والتي حصرت في مجالات الإنتاج والتوزيع والخدمات، وبالمقابل لا تخضع لقانون المنافسة الأنشطة التي لا تؤثر على السوق محل الحماية، مثل النشاطات التي تلعب دورا اجتماعيا محضا³.

بالنسبة للمقصود بهذه النشاطات الاقتصادية، فقد عرف التشريع الجزائري نشاط الإنتاج من خلال القانون رقم 09/03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁴، حيث تنص المادة 03 منه في فقرتها التاسعة على ما يلي: "العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع

¹ نفس الموقف تبناه المشرع الجزائري، لاسيما بعد تعديل المادة 02 من الأمر رقم 03/03 بموجب القانون 12/08 حيث أضاف عبارة "...الجمعيات والاتحادات المهنية أيا كان قانونها الأساسي أو شكلها أو موضوعها..." وهي المؤسسات التي عبرت عنها المادة 50 من القانون رقم 04/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المعدل والمتمم للأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، والمحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 12 الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988، بالتجمعات، والمتمثلة أساسا في: الشركات المدنية والجمعيات والتعاونيات.

² تنص المادة L.410-1 من القانون التجاري الفرنسي على ما يلي: "تطبق القواعد المحددة في هذا الكتاب على كل نشاطات الإنتاج، التوزيع والخدمات، بما فيها تلك التي من فعل الأشخاص العمومية، لاسيما في مجال اتفاقيات تفويض إدارة المرفق العام".

"Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public".

³ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص. 18.

⁴ القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.

المحصول والجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركيب وتوضيب المنتج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول".

فالإنتاج إذن، هو عملية تحويل المواد الأولية إلى مواد أو سلع نهائية جاهزة للبيع في الأسواق، أي تحويلها إلى سلع ومنتجات. هذه الأخيرة التي تشمل كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار لاسيما المنتوجات الزراعية، والصناعية وتربية الحيوانات والصناعات الغذائية، والصيد البحري والطاقة الكهربائية وغيرها¹. فنشاطات الإنتاج، تهدف إلى الاستفادة من المواد الخام المتوفرة ومنتجات الصناعات الأخرى واستغلالها لإنتاج سلع تامة الصنع.

أما التوزيع فيقصد به النشاط الذي من خلاله تنتقل المنتجات عبر قنوات قصيرة أو متوسطة أو طويلة لتزويد السوق بما يجب أن يتوفر عليه من منتوجات و سلع².

فيما يقصد بتقديم الخدمات، القيام بتقديم أو عرض عمل في السوق، أو عرض الاستعمال المؤقت لبعض الأشياء أو تنفيذ بعض الأشغال لفائدة الزبائن³، ويشمل تقديم الخدمات نشاطات كثيرة ومتنوعة، مثل خدمات النقل البري والبحري والجوي للسلع أو

¹ تراجع المادة 140 مكرر من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر. 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، والتي تنص على أنه: "يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية". وتقابلها بشكل متطابق المادة 1386 مكرر 03 من القانون المدني الفرنسي. تراجع أيضا: المادة 02 من القانون رقم 04/04 المؤرخ في 23 جويلية 2004 المتعلق بالتقييس، ج.ر. عدد 41 الصادرة في 27 جويلية 2004، والتي تنص على أنه: "المنتوج: كل مادة بناء أو مركب أو جهاز أو نظام أو إجراء أو وظيفة أو طريقة". في حين أدخل القانون رقم 03/09 المتعلق بالمستهلك تحت مفهوم المنتج كل من السلعة والخدمة بتنصيبه في المادة 03 منه الفقرة 11 على أنه: "المنتوج: كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا".

² مختور دلييلة، المرجع السابق، ص. 13.

³ تراجع المادة 03 الفقرة 17 من القانون رقم 03/09 المتعلق بالمستهلك والتي تنص على أنه: "الخدمة: كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة". من جهته عرف تنظيم الصفقات العمومية الجزائري من خلال المادة 29 منه صفقة الخدمات على أنها "صفقة تبرم مع متعهد خدمات وتهدف إلى إنجاز تقديم خدمات"، كما يمكن من منظور قانون المنافسة اعتبار صفقة الدراسات كخدمة لاسيما وأن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري عرفها على أنها "صفقة تهدف إلى إنجاز خدمات فكرية".

للمسافرين، وخدمات الإيداع والحراسة، وخدمات الإطعام والترفيه، وخدمات الهاتف والإنترنت وغيرها.

وبذلك، تعتبر الأشخاص الممارسة لنشاطات الإنتاج، أو التوزيع، أو الخدمات بصفة دائمة، مؤسسات خاصة مخاطبة بقواعد المنافسة، وملزمة باحترامها بغض النظر عن كونها متمتعة بالشخصية المعنوية، تحت طائلة تدخل مجلس المنافسة لردعها في حالة ارتكابها لأي ممارسة منافية للمنافسة في سوق الطلبات العمومية، باعتبار أن التأهيل القانوني والمهني للمتعاملين الاقتصاديين للمشاركة في الترشح من أجل نيل الصفقات العمومية، هو في حد ذاته قرينة حاسمة على تخصصهم في مجال أنشطة الانتاج والتوزيع والخدمات، فتندرج بالتالي الأعمال التي يتنافسون من أجل إنجازها لفائدة الإدارات العامة، والمتمثلة في إنجاز الأشغال، أو تقديم خدمات التموين والدراسات وغيرها من الخدمات، لا محالة ضمن الأنشطة الاقتصادية¹.

02- الأشخاص العامة حال إخلال أعمالها بالمنافسة

تشمل هذه الفئة الأشخاص العامة الإقليمية، المتمثلة في الدولة والجماعات المحلية²، والأشخاص العامة المرفقية المتمثلة في المؤسسات العامة³.

¹ تنص المادة 29 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري على أنه: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات التالية أو أكثر: إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات"، ولذلك، يكون العرض المقدم من طرف المتعاملين الاقتصاديين يشكل إما: نشاط إنتاج أو توزيع أم خدمات.

² تنص المادة 16 من الدستور الجزائري على ما يلي: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية. البلدية هي الجماعة القاعدية". فمن خلال هذه المادة يمكن القول أن الأشخاص المعنوية الإقليمية في الجزائر هي الدولة والجماعات المحلية المتمثلة في البلدية والولاية. أما في فرنسا فتتمثل حسب نص المادة 72 من الدستور الفرنسي في: الدولة، البلديات Communes وعددها إلى غاية 01 جانفي 2016، 35.585 بلدية، المقاطعات Départements وعددها 101، الجهات Régions وعددها 13، والجماعات ذات الوضع الخاص، والجماعات الإقليمية الواقعة وراء البحار التي تحكمها المادة 74 من الدستور، وعددها 05.

³ بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص. 14.

فالدولة تشمل الإدارة المركزية الموجودة على مستوى العاصمة، أي مصالح رئاسة الجمهورية والوزارة الأولى والوزارات، والمصالح الخارجية لها على مستوى الولايات¹، في حين تتمثل الجماعات المحلية في الجزائر في الولاية، والبلدية بهيئاتهم المنصوص عليها قانوناً².

وبالنسبة للمؤسسات العامة، فهي أسلوب من أساليب تسيير المرافق العامة، وتعرف على مستوى الفقه بأنها مرفق عام متمتع بالشخصية المعنوية³، ويمكن أن تكون إما مؤسسات ذات طبيعة إدارية EPA، وهي هيئات عمومية تخضع للقانون العام تسند لها مهمة تسيير المرافق العامة الإدارية، مثلما عرفها القانون رقم 01/88⁴، والذي مازال سارياً بالنسبة لهذا الصنف من المؤسسات⁵، أو مؤسسات عامة ذات طبيعة تجارية وصناعية، تسند لها مهمة تسيير المرافق العامة التجارية والصناعية⁶.

¹ بوعلي سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2014، ص. 45.

² مسعود شهبوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 357.

³ بوجادي عمر، المرجع السابق، ص. 159.

⁴ القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 02 الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988.

⁵ من قبيل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في الجزائر: المستشفيات حسب المرسوم التنفيذي رقم 140/07 المؤرخ في 19 ماي 2007، المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج.ر عدد 33 المؤرخة في 30 ماي 2007، الثانويات وفقاً للمرسوم التنفيذي رقم 230/10 المؤرخ في 02 أكتوبر 2010 ج.ر عدد 57 الصادرة في 03 أكتوبر 2010، المدرسة العليا للقضاء وفقاً للمرسوم التنفيذي رقم 303/05 المؤرخ في 20 أوت 2005 ج.ر عدد 58 المؤرخة في 25 أوت 2005، الديوان الوطني للخدمات الجامعية حسب المرسوم رقم 84/95 المؤرخ في 22 مارس 1995 ج.ر عدد 24 لسنة 1995، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار حسب المرسوم التنفيذي رقم 282/01 الصادر في 24 سبتمبر 2001 ج.ر عدد 55 لسنة 2001، زيادة على المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، على غرار الجامعات والمراكز الجامعية ومدارس ومعاهد التعليم العالي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، وغيرها من المؤسسات.

⁶ مثالها في الجزائر: الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية وفقاً للمرسوم التنفيذي رقم 391/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 ج.ر عدد 54 المؤرخة في 12 ديسمبر 1990، والمؤسسة الوطنية للتلفزيون حسب المرسوم التنفيذي رقم 100/91 المؤرخ في 20 أبريل 1991 ج.ر عدد 19 المؤرخة في 02 ماي 1991، ودواوين الترقية والتسيير العقاري وفقاً للمرسوم التنفيذي رقم 147/91 المؤرخ في 02 ماي 1991 ج.ر عدد 25 لسنة 1991، والوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره AADL حسب المرسوم التنفيذي رقم 148/91 المؤرخ في 12 ماي 1991 ج.ر عدد 25 المؤرخة في 29 ماي 1991، وبيد الجزائر حسب المرسوم التنفيذي رقم 43/2002 المؤرخ في 14 جانفي 2002 ج.ر عدد 04 المؤرخة في 16 جانفي 2002، وغيرها من المؤسسات.

وتعتبر المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري "مؤسسة" في مفهوم الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، وتسري عليها أحكامه، متى توافرت شروط المادة 02 من جهة، ومن جهة أخرى أن يكون النشاط الذي تمارسه، داخلا ضمن القطاعات المفتوحة للمنافسة¹.

أما المؤسسة العامة الاقتصادية، فهي مؤسسة يتكون مجموع تراثها من الأموال العامة، تتمتع بالشخصية المعنوية وتمارس الدولة من خلالها نشاطا اقتصاديا²، وتخضع للقانون التجاري من حيث تنظيمها وأعمالها وأموالها³، وبذلك تتميز عن الهيئات العمومية المشار إليها أعلاه بصفقتها أشخاصا معنوية خاضعة للقانون العام ومكلفة بتسيير الخدمات العمومية⁴، وبالتالي يكون مجلس المنافسة مختصا بنظر ممارساتها إذا كانت منافية للمنافسة⁵، لاسيما وأنه بالرجوع للمادة 02 من قانون المنافسة الجزائري نجدها قد

¹ رجوعا لنص المادة 02 من الأمر رقم 22/95 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتضمن خصصة المؤسسات العمومية، ج.ر عدد 42 لسنة 1995، نجد من بين الميادين التي يمكن أن تنشط فيها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ما يلي: "الدراسة والإنجاز في مجال البناء والأشغال العمومية والري، الفنادق والسياحة، التجارة، التوزيع، الصناعات النسيجية والصناعات الزراعية والغذائية، الصناعات التحويلية في المجالات الميكانيكية والكهربائية وغيرها، النقل البري للمسافرين والبضائع، أعمال الخدمات المينائية والمطارية، التأمينات، الصناعات الصغيرة والمتوسطة"، لتبقى الميادين الأخرى خارجة عن مجال المنافسة، أي حكرا على الدولة كما هو الحال بالنسبة لميدان الطاقة. يراجع: بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 43.

² يراجع على سبيل المثال ما جاء في الأمر رقم 74/71 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتضمن ميثاق التنظيم الاشتراكي للمؤسسات، ج.ر عدد 101 الصادرة بتاريخ 13 ديسمبر 1971، والأمر رقم 76/75 المؤرخ في 21 نوفمبر 1975 المتضمن تحديد العلاقات الرئيسية بين المؤسسة الاقتصادية الاشتراكية وسلطة الوصاية والإدارات الأخرى التابعة للدولة، ج.ر عدد 100 الصادرة بتاريخ 16 ديسمبر 1975، لاسيما المادة 04 منه.

³ المادة 41 من القانون رقم 04/88، سابق الذكر.

⁴ المادة 04 الفقرة 01 من القانون رقم 04/88، سابق الذكر.

⁵ في هذا الإطار، قرر مجلس المنافسة الجزائري اختصاصه بنظر القضية التي تخاصم فيها كل من شركة ASTRA فرع شركة "فيات" ومؤسسة ENAGO، وهي مؤسسة عمومية اقتصادية، حيث تعلق الأمر بصفقة عمومية تحصلت عليها شركة "أسترا" غير أن لجنة الصفقات العمومية لدى مؤسسة ENAGO اشترطت قبل التوقيع على عقد شراء المركبات الصناعية، تسليم "أسترا" لشهادة السلبية الخاصة بالاتفاقات المحظورة ووضعية الهيمنة على السوق، بالمعنى الذي تنص عليه المادة 08 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، على أن المجلس عند معالجته للقضية، صرح بأن المتقدم لعرض عمومي بعبء معين لا يمكن أن يخضع إلا لبنود دفتر الشروط،

حصرت المجال التنافسي للأشخاص العامة، فلكي تخضع أعمالها لقانون المنافسة، وبالتالي للحظر المقرر على الممارسات المنافسة للمنافسة الحرة، يجب أن تمارس نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات¹، مع التأكيد على عدم خضوعها لقواعد المنافسة عندما تستعمل امتيازات السلطة العامة المرتبطة بوظيفة المرفق العام.

وبذلك نجد في فرنسا أنه إذا كان الشخص العام يمارس نشاطا اقتصاديا، تطبق أحكام قانون المنافسة عليه، ويكون مجلس المنافسة تحت رقابة القاضي العادي هو المختص، وإذا كان لا يمارس نشاطا اقتصاديا، في هذه الحالة أحكام قانون المنافسة لا تطبق عليه، باستثناء الحالات التي قد يصدر فيها قرارات مخلة بتنافسية سوق الطلب العمومي، حيث يكون القاضي الإداري مختصا بنظر قراراته، مثلما سنفصله في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

وبالتالي، فإن طلب شهادة السلبية من طرف مؤسسة ENAGO غير مؤسس قانونا. يراجع: التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014، ص. 47.

- على سبيل المقارنة، طبق مجلس المنافسة التونسي بدوره قانون المنافسة والأسعار على مؤسسات عمومية ثبت لديه أنها تمارس نشاطا اقتصاديا، مثال ذلك، القضية عدد 4171 الصادر بشأنها القرار المؤرخ في 02 جوان 2005، حيث تعلق النزاع بقيام المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية (منشأة عمومية) بنشر إعلانات قانونية تخص تكوين شركات تباشر مهنة مستشار جبائي على وجه غير قانوني، مما أدخل اضطرابا على سوق الإستشارة الجبائية، وحال دون مباشرة المستشارين الجبائيين لنشاطهم بصفة طبيعية. وقد انتهى المجلس إلى قبول الدعوى من حيث الإختصاص، لكنه رفضها موضوعا لعدم ثبوت إضرار تلك الإشهارات بالتوازن العام للسوق أو بحرية المنافسة فيها. يراجع: التقرير السنوي لمجلس المنافسة التونسي لسنة 2005، ص. 51.

¹ نصت بدورها المادة 53 من أمر 01 ديسمبر 1986 المتعلق بالأسعار والمنافسة الفرنسي سابقة الذكر، على أنه: "تطبق القواعد الواردة في هذا الأمر على... الأنشطة التي تقوم بها الأشخاص العامة، وخصوصا في إطار اتفاقيات تفويض المرفق العام". وتطبيقا لهذه المادة، قضى مجلس المنافسة الفرنسي باختصاصه في العديد من القضايا التي كانت أطرافها أشخاصا عامة تمارس نشاطا اقتصاديا. تراجع على سبيل المثال:

- Cons. conc., déc. n° 88-D-27 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la messagerie groupage, BOCCRF. du 13 juin 1988, confirmée par CA Paris, 21 décembre 1988, BOCCRF 29 décembre 1988. Voyez: Emmanuelle Claudel, Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, Thèse pour le doctorat en Droit, U.F.R. de sciences juridiques, administratives et politiques, Université de Paris X-Nanterre, Décembre 1994, p. 231.

ومما سبق يتضح أن أشخاص القانون العام تتساوى مع أشخاص القانون الخاص عند ممارستها لنشاط اقتصادي يشمل الإنتاج والتوزيع والخدمات.

ثانيا: العقود الإدارية المعنية بتدخل قانون المنافسة

الملاحظ بعد تمديد تطبيق قانون المنافسة إلى ميدان الطلب العمومي في الجزائر، أن ذلك اقتصر على عقود الصفقات العمومية دون غيرها، وعلى أسلوب معين لإبرام الصفقات العمومية هو أسلوب طلب العروض، بالرغم من أن المعمول به في فرنسا هو خلاف ذلك، إذ تطبق قواعد المنافسة على الصفقات العمومية وعلى عقود تفويضات المرافق العامة، وهو ما خلق نوعا من الغموض لاسيما وأن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري الجديد نظم كلا العقدين معا، مما يستدعي التطرق لهذه المسألة.

01- التطبيق المحدود لقانون المنافسة على عقود الصفقات العمومية

إن التدقيق في نص المادة 02 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة يكشف بشكل حاسم أن مجال تطبيق قانون المنافسة الجزائري يشمل عقود الصفقات العمومية¹، وعلى وجه التحديد الصفقات التي تتم عن طريق أسلوب المناقصة باعتبارها قاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية²، دون أسلوب التراضي الذي يعتبر أسلوبا استثنائيا لإبرام هذا النوع

¹ للإطلاع أكثر على الإطار القانوني للصفقات العمومية في الجزائر وفي بعض القوانين المقارنة، يراجع: خرشي النوي، المرجع السابق، عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزادات والمناقصات: الكتاب الأول: إبرام العقود الإدارية، دار الكتب المصرية، مصر، 2003، عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، مصر، 2004، ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، محمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي: المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، مصر، 1998، نصار جابر جاد، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001

² إن مصطلح المناقصة المشار إليه في نص هذه المادة كان يتماشى مع تنظيم الصفقات العمومية المطبق في ذلك الوقت (المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002)، وكذا النص الذي جاء بعده (المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010)، إلا

من العقود¹. أي أن امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، يعنى بالصفقات المبرمة بطريقة طلب العروض، مما يجعل من تطبيق قواعد المنافسة في هذا المجال محدودا، وبالتالي، اقتصر اختصاص سلطات المنافسة على ردع الممارسات المنافسة للمنافسة في طلبات العروض فقط².

والسؤال الذي يطرح هنا هو: ألا توجد منافسة في الصفقات المبرمة بطريقة التراضي؟. وبمعنى آخر، هل أن الصفقات التي تبرم بإجراء التراضي تكون في منأى عن الممارسات المنافسة للمنافسة، وبالتالي فهي تخرج عن نطاق اختصاص سلطات المنافسة طبقا لمحتوى نص المادة 02 من قانون المنافسة الجزائري؟.

إن اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة وفقا لتنظيم الصفقات العمومية الجزائري مثلما سبقت الإشارة، يكون على أساس إجراء طلب العروض كمبدأ عام³، أو إجراء التراضي كاستثناء⁴. هذا الأخير، الذي يمكن أن يكون إما في شكل تراضي بسيط¹، أو تراضي بعد الاستشارة².

أن النص المطبق حاليا المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام استبدل مصطلح "المنافسة" بمصطلح "طلب العروض"، وبذلك أصبح نص المادة 02 فقرة 02 من الأمر رقم 03/03 لا يتماشى مع تنظيم الصفقات العمومية الجديد، وهو الأمر الذي ينبغي أن يلتفت إليه المشرع في التعديلات القادمة لقانون المنافسة من أجل تحيين نص المادة المشار إليها.

¹ جاء في نص المادة قولها: "بغض النظر عن كل الأحكام المخالفة الأخرى، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يلي: "... - الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المنافسة إلى غاية المنح النهائي للصفقة".

² صياد ميلود، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر (تعديل 2008)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص. 60.

³ تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي". وبالنسبة لأشكال طلب العروض، تشير المادة 42 إلى أنه: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال التالية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة".

⁴ تنص المادة 41 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم"، ويعتبر اعتماد طريقة الصفقات

فإن تم التسليم بانعدام المنافسة في شكل التراضي البسيط استنادا للحالات التي أوردها القانون للجوء لهذا الأسلوب³، فإن الأمر يختلف بخصوص التراضي بعد الاستشارة، أين تقوم الإدارة باستشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة، وبنفس دفتر الشروط، باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض⁴، مما يؤكد وجود مجال للتنافس يمكن أن يكون محلا لممارسات منافية للمنافسة، فبالرغم من أن درجة التنافس في إجراء التراضي بعد الاستشارة، لا ترقى لمستوى مثيلتها في إجراء طلب العروض، غير أن ذلك لا يبرر إعفاء هذا الأسلوب من الخضوع لقواعد المنافسة⁵.

أضف إلى ذلك أن المادة السادسة 06 من قانون المنافسة الجزائري بعد تميمها بموجب القانون رقم 12/08 أضافت مطة تشير من خلالها إلى حظر الممارسات التي بسببها يتم: "السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة"، وذلك، من

التفاوضية كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية مشابها لما هو معتمد بفرنسا، بحيث أشار المرسوم رقم 2016/360 المؤرخ في 25 مارس 2016 المتعلق بالصفقات العمومية، إلى إمكانية اتخاذ الصفقات التفاوضية لشكلين هما: الصفقات التفاوضية بإشهار مسبق وبالدعوة للمنافسة، والصفقات التفاوضية بدون إشهار مسبق وبدون الدعوة للمنافسة.

- Voyez les articles : 30, 71 et 74 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, précité.

¹ للإطلاع على الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي البسيط، راجع نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² للإطلاع على الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة، راجع نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

³ شرواط حسين، شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر 03/03 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص. 28.

⁴ المادة 52 الفقرتين 01 و02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

⁵ في هذا الإطار تشير الفقرة الثالثة من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بصفة صريحة إلى أنه: "إذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض أحكام دفتر الشروط التي تمس شروط المنافسة، فإنه يجب عليها تقديمه لدراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة وإطلاق طلب عروض جديد"، وإن كان ذلك في رأينا يبقى مجرد إجراء لتنظيم دعوة جديدة للمنافسة، من دون الجزم مثلا أن عدم مساس تعديل دفتر الشروط بالمنافسة سيكون كافيا لضمان عدم لجوء المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم لممارسات منافية للمنافسة.

دون أي تحديد لنوع الصفقة أو الأسلوب الذي تبرم به، أي لم يقتصر المشرع على الصفقة المبرمة بأسلوب المناقصة (طلب العروض حاليا).

فمن غير المتوقع أن لا تحدث إتفاقات، أو أعمال مدبرة، أو تخفيض مفرط في الأسعار، تؤدي إلى خلق وضعية هيمنة مثلا في صفقات عمومية أبرمت بالتراضي، لأن الخطر يكمن في الممارسات التي تساعد على منح الصفقة، أكثر من طريقة الإبرام، حتى وإن كانت هذه الطريقة تعتبر في بعض الأحيان شكلا من أشكال التحايل إذا ما تمت المبالغة في استعمالها¹.

ومما سبق، فإننا نلاحظ غموضا بين محتوى كل من المادتين 02، و06 من قانون المنافسة الجزائري، على خلاف التشريع الفرنسي الذي لم يحدد أسلوبا معيناً لإبرام الصفقة، من أجل تحديد اختصاص نطاق تطبيق قواعد المنافسة في هذا المجال. ومادام الأمر يتعلق بمجال تطبيق وتحديد اختصاص قانون المنافسة، وبالتالي مجال تدخل سلطات المنافسة لمتابعة الممارسات المنافسة للمنافسة وردعها، فالمسجل وفقا للتشريع الجزائري أن الصفقة المبرمة بواسطة إجراء طلب العروض تبقى وحدها المعنية بذلك، إلى غاية إزالة الغموض المشار إليه، وإن كان بعض الباحثين يرون بأن نطاق تطبيق هذا القانون في مجال الصفقات العمومية يشمل الصفقات المبرمة وفقا لأسلوب التراضي، طالما أنه لم يتضمن نصا يستثنىها بشكل صريح².

¹ تراجع في هذا الشأن: تعليمة الوزير الأول رقم 18 المؤرخة في 16 جانفي 2013 الموجهة لأعضاء الحكومة والولاية بخصوص إبرام الصفقات العمومية بصيغة التراضي البسيط، غير منشورة.

² يراجع: ديب محمد، «قراءة في حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية - دراسة في القانون الجزائري»، مجلة العلوم السياسية والقانون، الصادرة عن المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، العدد 07، المجلد 02، فبراير 2018، ص ص. 215-216.

02- إغفال القانون الجزائري مسألة إخضاع تفويضات المرافق العامة لقواعد المنافسة

نصت المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام¹. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية. وبهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام".

وعرف القانون الفرنسي بدوره تفويض المرفق العام على أنه: "العقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبطا بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، كما يمكن أن يعهد إلى صاحب التفويض إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق"².

¹ وفقا لمحتوى هذه المادة يكون التمييز بين الصفقات العمومية والعقود المتضمنة تفويضات المرفق العام، باعتبار إسناد الصفقة يتم على أساس ثمن يؤدي للمتعاقد في شكل مستحقات مالية عن إنجاز الأعمال موضوع الصفقة، في حين يتم إبرام عقود تفويضات المرفق العام على أساس استيفاء مقابل تسيير المرفق من المرتفقين، وهو نفس المعيار المعتمد في القانون الفرنسي. يراجع في هذا الشأن:

- Loi n° 95/127 du 08 Février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public, JORF du 09 Février 1995, Loi n° 2001/1168 du 11 Décembre 2001 dite loi MURCEF, et la circulaire du 07 Janvier 2004, portant manuel d'application du code des marchés publics, JORF du 08 Janvier 2004.

² Voyez: L'art 38 de la Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Citée par: Jean-François Auby, La délégation de service public, guide pratique, Dalloz, Paris, 1997, p.16.

- مصطلح تفويض المرفق العام ظهر في بداية الأمر في فرنسا على يد الأستاذ Auby من خلال إعداده لدراسة تتعلق بالمرافق العامة سنة 1980، ولكن المشرع الفرنسي كرس تقنية التفويض باعتبارها فئة قانونية جديدة لاسيما في حقل العقود الإدارية، فأصدر القانون رقم

تعتبر إذن تفويضات المرافق العامة، طريقة أصيلة في التسيير مؤطرة بواسطة قواعد تهدف إلى إقامة شراكة فعالة بين القطاع الخاص والعام بالمفهوم القانوني والاقتصادي للمصطلح، تعهد بموجها الإدارة العامة لشخص طبيعي أو معنوي حق تسيير مرفق عمومي لمدة محددة تحت رقابتها، وبالمقابل يتسلم هذا الأخير مبلغا يتمثل في الثمن الذي يدفعه المنتفعين من خدمات هذه المرفق، ويحدد العقد هذا الثمن أو الإتاوة¹، ومادام هذا العقد يفوض لأحد الأعوان الاقتصاديين مهمة تسيير مرفق عام، فإن نظام الانتقاء فيه يكتسي رهانا أساسيا.

على أن النظام القانوني الحالي لتفويض المرافق العامة يمكن أن يكون موضوع العديد من التساؤلات فيما يخص قدرته على الاستجابة لانشغالات فعالية هذا النمط من التسيير، إذ تلعب حرية المنافسة نظريا دور الكاشف الأساس للتوازن الاقتصادي المثالي، وسيكون من المهم التركيز على إشكالية مرحلة منح التفويض والتي تحدد الاقتصاد العام للعقد والتسيير المستقبلي له.

فالقواعد المنظمة لهذا النوع من العقود يجب عليها أن توفق بين أمرين متميزين: منح الشخص العام نوعا من الحرية في تسيير المرافق العامة، واحترام المقتضيات المتعلقة بمجال المنافسة، خصوصا وأن المرفق العام لم يعد يعرف بالرجوع فقط إلى طبيعة الهيئة المكلفة بتسيير نشاط ذو منفعة عامة، بل يتطلب قبوله تحديد الهدف المتوخى، بغض النظر عن الطبيعة القانونية للشخص، عام أو خاص، المكلف بأدائه².

122/93 سنة 1993 المتعلق بتجنب الفساد وتكريس الشفافية في الإجراءات المذكور أعلاه، المعروف بـ Loi sapin، والذي تضمن تنظيمًا واضحًا لتفويض المرافق العامة، بحيث شكل هذا القانون مع تعديلاته، الإطار القانوني لتفويض المرفق العام.

¹ يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سورية، 2010، ص.91.

² Rachid Zouaimia, La délégation de service public au profit de personnes privées, Éditions Belkeise, Alger, 2012, p.04.

يأخذ تفويض المرفق العام غالبا شكل التفويض الاتفاقي Une délégation conventionnelle، ويمس هذا الإجراء التعاقدى العديد من الأنشطة التي كانت عادة بصفة حصرية للقطاع العام في الماضي¹، وكما هو الحال بالنسبة للصفقات العمومية، فإن التفويض يعني انتقاء شريك، وتمارس السلطة المؤهلة للتوقيع على الاتفاقية اختيارها بشكل حر نسبيا، بحيث لا توجد قواعد محددة ومضبوطة لاختيار المفوض إليه².

فإذا كان القانون يحدد المبادئ العامة في مجال الشفافية والإشهار والمنافسة، فإنه لا يحيل إلى أي شكل خاص لإبرام هذا النوع من العقود كما هو الحال في مجال الصفقات العمومية، بحيث نصت المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 سالف الذكر، على أن تحديد كفاءات ذلك سيكون بموجب مرسوم تنفيذي، علما بأنه يوجد نصوص قانونية

- للإطلاع أكثر على المجالات التي يمكن أن تكون محل تفويض للمرفق العام من طرف الجماعات المحلية، تراجع المواد 149 و150 من القانون رقم 11/10 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 37 المؤرخة في 03 جويلية 2011، والمواد 141 و149 من القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر عدد 12 المؤرخة في 29 فبراير 2012.

¹ Rachid Zouaimia, La délégation de service public au profit de personnes privées, op.cit., p. 05.

² كانت إجراءات منح الامتياز تعتمد على طريقة المزاد العلني والتراضي في الأمر رقم 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكفاءات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ملغى)، ج.ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007، وحددت مجالات استخدام كل منهما، حيث يعتمد أسلوب المزاد العلني كقاعدة عامة اعتبارا لمكان تواجد المشروع أو القطعة الأرضية عملا بأحكام المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07 المؤرخ في 23 أبريل 2007، المتضمن كفاءات تطبيق أحكام الأمر رقم 11/06، ج.ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007، ويتم منح الامتياز على أساس دفتر شروط نموذجي عن طريق المزاد العلني الذي كان القاعدة العامة حسب الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط وكفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر عدد 49 الصادرة في 03 سبتمبر 2008، في حين اعتبر أسلوب التراضي استثناء على القاعدة العامة (المزاد العلني)، يتم اللجوء إليه في حالات محددة على سبيل الحصر في المادة 07 من نفس الأمر. وبعد صدور القانون رقم 11/11 المؤرخ في 18 جويلية 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج.ر عدد 40 الصادرة في 20 جويلية 2011، أدخل المشرع تعديلات على كيفية منح عقد الامتياز، حيث اعتمد طريقة التراضي التي كانت في القانون رقم 04/08 استثناء لتصبح الأصل في إبرام عقود امتياز العقار الصناعي، ليتم أيضا تعديل طريقة منح الامتياز بموجب القانون رقم 10/14 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر عدد 78 الصادرة في 31 ديسمبر 2014، وهو ما يدل على التذبذب الذي وقع فيه القانون الجزائري بخصوص تحديد سلطات الإدارة في اختيار الملتزم.

متفرقة في المقابل، منحت الإدارة المانحة لعقد الامتياز سلطات واسعة في اختيار الملتزم على أساس الاعتبار الشخصي¹.

السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل تخضع هذه العقود للقواعد القانونية المنظمة للمنافسة؟.

يفهم من نص المادة L.410-1 من القانون التجاري الفرنسي تأكيداً على أن قواعد المنافسة تطبق على جميع نشاطات الإنتاج، والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي تكون بفعل الأشخاص العامة، لاسيما في إطار عقود تفويض إدارة المرفق العام². وهو ما التزمت به هيئات المنافسة الفرنسية من خلال تطبيقها لقانون المنافسة على المؤسسات المرشحة لنيل عقود امتياز تسيير المرافق العامة³، إذ تكون ممارساتهم في هذه الحالة حسياً بعيدة عن مقومات السلطة العامة لارتباطها الوثيق بالنشاط الاقتصادي، حيث يمكن أن تتابع من طرف مجلس المنافسة، باعتبارها ممارسات منافية للمنافسة⁴.

¹ يقصد بالاعتبار الشخصي عند منح عقد الامتياز منح العقد للشخص على أساس اعتبارات فنية وشخصية تتوفر لديه هو دون غيره، باعتباره يتولى تسيير مرفق عام مهياً ومخصص أصلاً لتلبية وإشباع حاجات عامة. في هذا الصدد، تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، المرفقة بالمرسوم التنفيذي رقم 305/15، المؤرخ في 05 ديسمبر 2015، المتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيين المطبقين على منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج.ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 09 ديسمبر 2015 على أنه: "يمنح هذا الامتياز بصفة شخصية محضة، ويلتزم صاحب الامتياز في جميع التصرفات القانونية التي يقوم بها في إطار هذه الاتفاقية مهما تكن طبيعتها باحترام أحكام دفتر الشروط المرفق".

وتنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 341/11 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج.ر عدد 54، الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2011، على أنه: "إن امتياز إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية إسمي، غير قابل للتنازل ولا يمكن أن يكون محل تأجير للغير من الباطن تحت طائلة سقوط الحق".

² Voyez : l'Art. L.410-1 du code de commerce, précitée.

³ الجيلالي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية لقواعد المنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2008، ص. 99.

⁴ Voyez: Michel Debroux, Laurence Nicolas-Vullierme, et Cyril Sarrazin, «Ententes: chroniques», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 3-2009, Paris, p.84.

على أن واضعي النصوص المتعلقة بالمنافسة في الجزائر، أغفلوا إخضاع هذا النوع من العقود لقواعد المنافسة، بحيث لا تخضع لأحكام المادة 02 من الأمر المتعلق بالمنافسة سوى الصفقات العمومية، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي خص بالذكر بشكل صريح عقود تفويض المرفق العام¹، وإن كان ذلك حسب البعض ذو أهمية محدودة لكونه يتعلق بنشاط المفوض له تسيير المرفق العام، ولا يتعلق بتاتا بنشاط المفوض²، فيمكن بذلك لمجلس المنافسة أن يعلن عدم اختصاصه لدراسة إجراء التنازل الذي من خلاله تختار الإدارة القائم بخدماتها، ولكنه يمكن أن يتصدى للممارسات المنافسة للمنافسة السابقة أو اللاحقة لهذا الاختيار³.

وعلى هذا الأساس، ينبغي سد مثل هذا الفراغ، بحيث يجب أن تحكم وتنظم قواعد المنافسة الصفقات العمومية وكذلك تفويضات المرافق العامة، خصوصا بعدما تم إلغاء المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15، السالف ذكره، والذي نصت المادة الأولى منه على أنه: "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم".

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أن: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من

¹ Rachid Zouaimia, La délégation de service public au profit de personnes privées, op.cit., pp. 82 – 83.

² عيساوي عز الدين، «جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة: البحث عن المصالحة»، مداخلة في الملتقى الوطني حول "أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 و01 ديسمبر 2011، غير منشورة، ص.101.

- Voyez également: Daniel Mainguy, Jean-Louis Respaud et Malo Depincé, Droit de la concurrence, LexisNexis, Paris, 2010, p. 203.

³ CA Paris, 29 janvier 2002, Sté Saturg et autres. Cité par: Marie Malaurie-Vignal, op.cit., p.40.

هذا المرسوم¹، لاسيما في ظل وجود العديد من النصوص القانونية التي جعلت من تفويض المرفق معلقا على تنظيم دعوة للمنافسة، وبالتالي اختيار أكفأ المتقدمين من الناحيتين التقنية والمالية²، على غرار ما هو معمول به في فرنسا التي شددت بها مجموعة من النصوص الهامة على وجوب منح التفويض بعد الإشهار المسبق، وفتح الباب أمام ترشح أكبر قدر ممكن من المتعاملين الاقتصاديين³.

الفرع الثاني: الإطار الزمني والجغرافي لتدخل قانون المنافسة

لإقرار إمكانية تدخل قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية ينبغي أن يتم ذلك، استنادا على التشريع الجزائري على وجه الخصوص، ضمن إطار زمني (أولا) وجغرافي (ثانيا) معينين.

أولا: القيد الزمني كشرط لا مبرر له لتدخل قانون المنافسة

إن عبارة "... بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة" التي أوردها المشرع الجزائري في المادة الثانية من قانون المنافسة، زيادة على اشتراطه إبرام الصفقة بطريقة طلب العروض (المناقصة سابقا)، على خلاف نظيره الفرنسي، تعني

¹ تراجع المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 سألقة الذكر.

² تنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08 المؤرخ في 09 أبريل 2008، المحدد لكيفيات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج.ر عدد 20 الصادرة بتاريخ 13 أبريل 2008، على أنه: "وفقا لأحكام المادتين 72 و73 من القانون رقم 01/02 المؤرخ في 05 فبراير 2002 والمذكور أعلاه، يمنح امتياز توزيع الكهرباء و/أو الغاز من طرف الدولة ممثلة في الوزير المكلف بالطاقة، ويكون منح هذا الامتياز محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الكهرباء والغاز".

وتنص المادة 02 من القرار المؤرخ في 11 نوفمبر 2012، المحدد لكيفيات إعلان الترشح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأماك السطحية التابعة للأماك الخاصة للدولة، ج.ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 15 سبتمبر 2013، على أنه: "يمكن أن تمنح الأراضي الفلاحية والأماك السطحية المتوفرة بعد إعلان ترشح أشخاص طبيعيين ذوي جنسية جزائرية حسب الأولوية التي منحها أحكام المادة 17 من القانون رقم 03/10، المؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010 والمذكور أعلاه".

³ A titre d'exemple Les articles 38 de la loi du 29 Janvier 1993 et L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales. Voyez: Sophie Nicinski, Droit public des affaires, Edition Alpha, Paris, 2010, p. 526.

بوضوح المجال الزمني الذي يطبق فيه قانون المنافسة، ومن ثمة تحديد مجال اختصاص هيئات المتابعة في الجزائر، مما يمكن القول معه أن تطبيق قانون المنافسة زمنيا يكون في مرحلة إعداد الصفقة، وبالتالي، استبعاد تطبيقه في مرحلة تنفيذها.

ويبدو جليا، أن هذا الشرط يجعل الممارسات المنافسة للمنافسة مرتبطة بالإجراءات

التالية:

- الإعلان عن الصفقة، والذي يعتبر إجراء إلزاميا في جميع أشكال طلب العروض، وفي التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء¹.

- إيداع العروض²، وهي مرحلة تقديم العطاءات التي يتقدم بها المتعاملون الاقتصاديون في الصفقة، والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المرشح القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في الصفقة، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه، والذي يرضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة³.

- فتح العروض وتقييمها، وهي الإجراءات التي تتكفل بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁴، وفقا للكيفيات المقررة قانونا⁵.

- المنح المؤقت والإعلان عنه، أي إرساء الصفقة بصورة مؤقتة على أحد المتنافسين، والإعلان عن ذلك، من خلال إعلام المتنافسين المشاركين في طلب العروض، ومجموع

¹ المواد 61، 62 و 65 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² تراجع المواد 66، 67، 68، و 69 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، المرجع السابق، ص. 99.

⁴ للإطلاع على كيفية إنشاء هذه اللجنة، ومهامها وكيفية سير اجتماعاتها تراجع المواد 160، 161، و 162 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

⁵ المواد 70، 71، 72، 73، و 74 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الجمهور بالنتائج المؤقتة للصفقة وفقا لشكليات وأطر معينة، بحيث لا يعتبر المرشح المختار حائزا بصورة نهائية للصفقة، إلا بعد دراسة الطعون إن وجدت¹.

- المنح النهائي للصفقة، والذي يكون بعد ممارسة لجان الرقابة الخارجية لمهامها²، من خلال منح التأشير أو رفضها³، ثم منح الصفقة بعد المصادقة عليها من طرف الجهات المحددة قانونا⁴.

إذن تكون محلا لتدخل قانون المنافسة، تلك الممارسات التي تقع قبل إمضاء العقد ودخول الصفقة حيز التنفيذ، فلا يمكن حسب قانون المنافسة الجزائري وقوع مثلا ممارسة التعسف في استغلال وضعية هيمنة على السوق في مرحلة إعداد الصفقة، أو بعد منحها.

وبالنتيجة، فإن اختصاص مجلس المنافسة أو القاضي الإداري من حيث الأشخاص يشمل المرشحين لطلب العروض، والمشتري العمومي فقط، من دون الحائز على الصفقة أو ما يعرف بالمتعامل المتعاقد.

وإضافة إلى نص المادة المذكورة سابقا، يمكن الاستدلال أيضا بنص المادة السادسة من قانون المنافسة الجزائري بعد تتميمها بالقانون رقم 12/08، والتي جاء فيها: "... لاسيما عندما ترمي إلى: ... - السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

فحسب هذه المادة، تقع هذه الممارسات في زمن قبلي لمنح الصفقة، بالرغم من إمكانية ترتب آثار بعدية، تكتشف أثناء تنفيذ الصفقة، بدليل إشارة المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري إلى إمكانية أن تقترح

¹ خرشي النوي، المرجع السابق، ص. 213.

² المواد من 165 إلى 190 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

³ المواد 196، 197، و 198 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

⁴ المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويعتبر إقتراح رفض مثل هذا العرض، دليل على الاحتراز والوقاية، وبمفهوم المخالفة، فإن قبول هذا العرض أثناء مرحلة التقييم، من شأنه تعبيد الطريق أمام وجود هذه الهيمنة كممارسة تبقى قائمة أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة، وتستوجب التصدي لها.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يضيف شيئا جديدا بتقييد الزمن الذي يمكن أن تقع فيه الممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية بفترة تبدأ من الإعلان عن الصفقة العمومية إلى غاية منحها النهائي، بل وعلى عكس ذلك، يمكن لهذا التقييد أن يسمح بإفلات جملة من الممارسات من رقابة مجلس المنافسة، أو القاضي الإداري، في حالة ارتكاب مثل هذه الممارسات من طرف المصلحة المتعاقدة¹.

ثانيا: تمديد الحدود الجغرافية لتدخل قانون المنافسة كأثر للعلوثة الاقتصادية

من بين أهداف تعديل قانون المنافسة الجزائري سنة 2008 منع الممارسات التي تخل بنزاهة وثقة الأعوان الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية، سواء كانوا وطنيين

¹ مثال ذلك تعاقد إدارة عمومية مع مؤسسة تضمن بصفة احتكارية خدمة معينة، فيتم أولا إبرام العقد بطريقة التراضي البسيط بسبب الوضعية الاحتكارية للمؤسسة المتعاقدة مما يجعل ممارستها تفلت من الخضوع لقواعد قانون المنافسة، بسبب اشتراط المشرع الجزائري في نص المادة 02 من قانون المنافسة لتدخل أحكام هذا القانون إبرام الصفقة بطريقة طلب العروض، كما لا يمكن ثانيا تدخل قواعد المنافسة بعد إبرام العقد إذا تعسفت المؤسسة في استغلال وضعيتها الاحتكارية، مثل فرض أسعارها أو تنفيذ خدماتها بطريقة تعسفية.

أم أجنب¹، خاصة في ظل الانفتاح الاقتصادي الذي تشهده الجزائر، والاندماج الدولي الذي تسعى إليه.

وقد خص هذا التعديل تطبيق قانون المنافسة على المناقصة (طلب العروض حاليا) سواء كانت وطنية أو دولية، خصوصا مع ظهور آلية الإعلان عن الصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية²، والذي أصبحت الصفقة بموجبه تتخطى الحدود الإقليمية للدول بمجرد عرض الإعلان على شبكة الانترنت، وذلك في إطار "خفض إجمالي تكاليف المشتريات العامة وتكاليف المعاملات التجارية وكذا تمكين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الحجم من سهولة الوصول إلى أسواق المشتريات العامة وتعزيز قدراتها من تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وبالتالي قدرتها على المنافسة"³.

واعتبارا لذلك فإن العارضين قد تتعدد جنسياتهم، ومن ثم تتعدد الدول التي تنظم فيها نشاطاتهم الاقتصادية وفق القوانين المتعلقة بهم⁴، فهل يمكن وفقا لذلك القول بإمكانية تطبيق قانون المنافسة على مؤسسات تنشط خارج الحدود الوطنية في حالة ارتكابها لممارسات منافية للمنافسة في هذا المجال؟، وبالتالي، هل تستطيع السلطات

¹ تنص المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/ أو المؤسسات الأجنبية"، كما تنص المادة 42 منه على أنه: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/ أو دوليا...".

² المواد من 203 إلى 206 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، علما بأن إزالة الصفة المادية عن الصفقات العمومية بفرنسا بدأ منذ سنة 2002.

- Décret n°2002-692 du 30 avril 2002 pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, JORF n°103 du 3 mai 2002.

³ يراجع: ماسيمو بالدينتانو وستيفانو فيراندو، دراسة حول تحسين الشراء المتكرر والشراء الإلكتروني لدى الشركاء المتوسطيين، يورومد للسوق، البرنامج الإقليمي لتعزيز أدوات وآليات السوق الأوروبية، جويلية 2007، ص. 20. متوفرة على موقع: <http://europa.eu.int>

⁴ للمزيد بخصوص نطاق تطبيق تشريعات المنافسة من حيث المكان. يراجع: أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص. 89. يراجع أيضا: تامر محمد صالح، المرجع السابق، ص. 17.

الوطنية القائمة على مراقبة تطبيق قواعد المنافسة معاقبة المؤسسات التي ترتكب ممارسات تضر بالمنافسة الوطنية، حتى ولو كانت هذه المؤسسات تمارس نشاطها على إقليم دولة أخرى؟.

إن الحدود الجغرافية للسوق الواجب اتخاذها في الحسبان لتطبيق قانون المنافسة وفقا لمحتوى نص المادة L.420-1 من القانون التجاري الفرنسي هي السوق الداخلية أو جزء جوهري منها، على أساس أن المؤسسات العارضة المرتكبة للممارسات تتواجد على مستوى الإقليم الوطني، وتنفذ إستراتيجيتها في السوق الوطنية، وتخضع لمنافسة مؤسسات وطنية¹. في حين لم يشر المشرع الجزائري في المادة السابعة من قانون المنافسة بصفة صريحة إلى السوق الداخلية لتحديد الممارسات المنافسة للمنافسة، بل ذكر السوق دون إضافة كلمة "الداخلية"².

على أنه ومن أجل "التصدي للاعتداءات الاقتصادية الممكن تنظيمها من الخارج"³، تم تمديد السوق الجغرافية المعنية بوقوع الممارسات المنافسة للمنافسة خصوصا ممارسة الاستغلال التعسفي لوضعية هيمنة، بعد توقيع الجزائر لاتفاق الشراكة مع المجموعة الأوروبية⁴، حيث أصبحت تشمل إقليم المجموعة الأوروبية أو جزء هام منه، وإقليم الجزائر

¹ قوسم غالية، المرجع السابق، ص. 102.

² صياد ميلود، المرجع السابق، ص. 29.

- من بين التشريعات التي نصت صراحة على امتداد التطبيق الجغرافي لقانون المنافسة، قانون المنافسة الأردني رقم 33 لسنة 2004 (الجريدة الرسمية العدد 4673 الصادرة في 01 سبتمبر 2004)، حيث نصت المادة 03 منه على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على جميع أنشطة الإنتاج والتجارة والخدمات في المملكة كما تنصرف أحكامه إلى أي أنشطة اقتصادية تتم خارج المملكة وتترتب عليها آثار داخلها".

³ Jacqueline Dutheil de la Rochère, «Réflexions sur l'application extraterritoriale du droit communautaire», Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally, Ed. Pedone – Paris, 1991, p.289 : "... la nécessité de défendre leur territoire contre les agressions économiques organisées de l'extérieur".

⁴ نصت المادة 41 الفقرة 1 ب من اتفاق الشراكة بين المجموعة الأوروبية والجزائر على أنه: "يتعارض مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر، الاستغلال المفرط، من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها، لوضعية مهيمنة على:

أو جزء هام منه. وبالتالي، يتعلق الأمر هنا بالتمديد الجغرافي لكل من السوق المعنية حسب المادة السابعة من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر، وكذلك السوق المعنية حسب المادة 102 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي¹، وذلك كنتيجة طبيعية ومنطقية للعوامة الاقتصادية التي تجتاح العالم، والتي تهدف إلى إزالة الحواجز الجمركية، بما يسهل للمؤسسات الأجنبية دخول الأسواق الوطنية، ومن بينها سوق الطلبات العمومية².

في هذه الحالة، يكون مكان وجود المؤسسة التي ارتكبت ممارسة منافية للمنافسة، مثل التعسف في استغلال وضعيتها هيمنة غير مهم، طالما أن الآثار المنافية للمنافسة ستمتد إلى إقليم المجموعة الأوروبية أو في جزء هام منه، أو إلى إقليم الجزائر أو في جزء هام منه، لاسيما وأن مثل هذه الممارسة من شأنها التأثير على التبادلات بين المجموعة والجزائر.

ولذلك أكد الملحق رقم 05 للاتفاق الأوروبي المتوسطي المذكور، المتعلق بكيفية تطبيق المادة 41 في فصله الأول، الفقرتين 01 و02، على اختصاصات سلطات المنافسة للطرفين لتسوية مثل هذه الحالات حسب القواعد المتوفرة في قانون المنافسة الخاص بكل طرف، بما في ذلك عندما تطبق هذه القواعد على مؤسسات تقع خارج إقليميهما، والتي تكون لنشاطاتها تأثير على هاذين الإقليمين³. وبالتالي تختص السلطات الوطنية الجزائرية

- كافة إقليم المجموعة أو في جزء هام منه.

- كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه."

¹ L'art. 102 du TFUE (ex-art. 82 TCE) dispose que: "Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci ...".

² يراجع: تقرير وزارة التجارة، حول مشروع القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، 2004، متوفر في موقع وزارة التجارة الجزائرية: www.mincommerce.gov.dz، ومما جاء فيه: "من الدوافع التي أدت إلى تبني الأمر رقم 03/03 والقانون 02/04 المتطلبات التي يفرضها اندماج الجزائر في الاقتصاد الجهوي (الاتحاد الأوروبي) والدولي (المنظمة العالمية للتجارة)، والذي يستلزم عصرنه وتكييف التشريع الوطني فيما يخص المنافسة".

³ تضمن الملحق رقم 05 للاتفاق الأوروبي المتوسطي بين المجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة، والجزائر من جهة أخرى، في فصله الثاني بالتفصيل كيفية التعاون والتنسيق فيما بين هذه الدول، حيث ورد في فقرته الأولى ما يلي: "تهدف أحكام هذا الملحق إلى

بالنظر في الممارسات التي تضر بالمنافسة الوطنية، ولو كان مركز المؤسسة المنسوبة إليها تلك الممارسات يقع في دولة أخرى¹.

إذن قد تكون حدود السوق الجغرافية بما فيها سوق الصفقات العمومية محددة بالإقليم الداخلي، مثل السوق الوطنية الجزائرية، أو السوق الأوروبية المشتركة، حيث يقوم العارضون بطرح سلعهم أو خدماتهم في هذه السوق، كما يمكن بموجب اتفاقات دولية على غرار اتفاق الشراكة بين المجموعة الأوروبية والجزائر تمديد سعة السوق، لتتعدى إقليم الجزائر والاتحاد الأوروبي فتشمل إقليم الدول المتفقة أو جزأ هام منه².

المطلب الثاني: عدم إعاقة مهام المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة

رغم التسليم بمبدأ تطبيق قانون المنافسة على أعمال الإدارة ومنها الصفقات العمومية، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً، وإنما مقيد حسب الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من الأمر 03/03 بشرط عدم إعاقة مهام المرفق العام (الفرع الأول) أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدم إعاقة تطبيق قانون المنافسة لأداء مهام المرفق العام

يؤدي المرفق العام وظيفة إشباع الحاجات العامة في المجتمع، وتماشياً مع التطورات الحاصلة في المجال الإيديولوجي والاقتصادي، استعاد المرفق العام مدلوله

ترقية التعاون والتنسيق بين الطرفين في تطبيق قانون المنافسة الخاص بكل طرف، وذلك بهدف تفادي إعاقة أو إلغاء قيود المنافسة للأثار النافعة التي قد تنجم من التحرير التدريجي للتبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر أو أن تلغيها".

¹ في هذه الحالة، ومع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، يمكن لمجلس المنافسة في حدود اختصاصاته، الاتصال بالسلطات الأجنبية المختصة، من أجل موافاته بمعلومات أو وثائق تحوزها في إطار إجراء تحقيقاته حول الممارسات المنافسة للمنافسة محل نظره، مع ضمان السر المهني، وفقاً لما نصت عليه المادة 40 من الاتفاق الأوروبي المتوسطي بين المجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة، والجزائر من جهة أخرى، المشار إليه سابقاً. كما تشترط المادة 42 من ذات الاتفاق عدم مساس جوانب علاقة مجلس المنافسة الجزائري مع الهيئات الأجنبية، بالسيادة الوطنية أو المصالح الاقتصادية للجزائر أو بالنظام العام الداخلي.

² قوسم غالية، المرجع السابق، ص. 106.

السياسي، إذ أصبح هذا الأخير يغطي معظم الأنشطة الخاضعة للدولة. ومن خلال نص المادة الثانية فقرة أخيرة من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، يفهم أن تطبيق أحكامه مرهون بشرط عدم مساسها بمهام المرفق العام والسير العادي له، مما يدعو للتساؤل حول مدى خضوع المرفق العام لقواعد المنافسة (أولا)، وكيفية الموازنة بين تطبيق قانون المنافسة على المرفق العام، وعدم إعاقة المهام المنوطة به المتمثلة في ضمان المنفعة العامة للمواطنين (ثانيا).

أولا: خضوع المرافق العامة لقواعد المنافسة كنتيجة لظهور مفهوم الخدمة العامة

يعرف Duguit المرفق العام على أنه: "الأنشطة التي يجب أن تضمن وتضبط وتراقب من طرف الحكومة بسبب طبيعتها والتي يمكن تحقيقها بتدخل من الدولة"¹. وبذلك يأخذ المرفق العام عموما مفهوماً، مفهوم عضوي يتمثل في الأجهزة والهيئات والتنظيمات الإدارية المختلفة القائمة خاصة داخل السلطة التنفيذية، ومفهوم موضوعي يتمثل في الخدمات العامة ذاتها المقدمة لتلبية الحاجات العامة للمواطنين مثل التعليم، والصحة، والأمن.²

ويرجع البعض أصول المرفق العام إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي كان له الفضل في تشكيل فكرة المرفق العام كمفهوم قانوني، واعتباره معياراً معتمداً في مجال تأسيس قواعد القانون الإداري³، وقد اعتمدت الجزائر المفهوم التقليدي للمرفق العام إلى

¹ نقلاً عن: صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص. 36.

² محمد الصغير بعلي، القانون الإداري "التنظيم الإداري - النشاط الإداري"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، د.س.ن، ص. 206.

³ في هذا الشأن، أصدر مجلس الدولة ومحكمة التنازع الفرنسيين أحكاماً قضائية شهيرة على غرار:

- T. confl., 6 décembre 1855, Rothschild, T. confl., 8 février 1873, Blanco, et T. confl., 23 février 1908, Feutry...ect. Voyez: Carl Irani, La compétence judiciaire en matière administrative en droit Libanais et en droit Français, Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'université Grenoble Alpes, Université de Grenoble Alpes, Décembre 2014, pp. 31 - 36.

غاية ظهور مفهوم الخدمة العامة¹ Service universel، حيث تم فتح المرافق العامة أمام المنافسة سواء كانت مرافق عامة صناعية، أو إدارية تمتلكها وتسيرها الهيئات الإدارية².

إن إنشاء المرفق العام يستهدف تحقيق المصلحة العامة، وهو المبدأ الأساسي الذي اتفق عليه أغلب الفقه، ويظهر ذلك من خلال تسيير المرافق العامة من طرف الأشخاص العامة، زيادة على أن الجهة التي تقرر وجود حاجة عمومية، وبالتالي وجوب تلبيتها هي السلطات العمومية³. فلا يمكن القول بوجود مرفق عام إلا إذا استهدف تحقيق النفع العام، أو خدمة عامة لأن الغرض من إنشائه هو إشباع الحاجات العامة للأفراد، لكن هل هذا المفهوم التقليدي للمرفق العام مازال قائما، لاسيما بعد ظهور مفهوم الخدمة العامة القائم أساسا على مبدأ المنافسة؟.

إن المراقب لحالة التطور التي شهدتها الاقتصاد الوطني منذ أواخر التسعينيات، يلاحظ جليا إخضاع المشرع الجزائري للعديد من المرافق العامة للضبط⁴، موازاة مع انفتاح عدة قطاعات على المنافسة، على غرار قطاع النقل⁵، والمياه⁶، والمحروقات⁷، والمناجم¹.

¹ Rachid Zouaïmia et Marie Christine Rouault, Droit administratif, Berti Éditions, Alger, 2009, p. 211.

² عيساوي عز الدين، «ضبط المرافق العامة»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بجاية، العدد 02، 2010، ص. 100.

³ ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، دار لباد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 195.

⁴ يراجع مثلا القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر عدد 48 الصادرة في 06 أوت 2000، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 21/2004 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج.ر عدد 28 المؤرخة في 30 ديسمبر 2004.

⁵ القانون رقم 11/2002 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002 المتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج.ر عدد 86 الصادرة بتاريخ 25 ديسمبر 2002.

⁶ القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، ج.ر عدد 60 الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/08 المؤرخ في 23 جانفي 2008، ج.ر عدد 04 لسنة 2008، والأمر رقم 202/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج.ر عدد 44 الصادرة في 26 جويلية 2009.

⁷ القانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 50 الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2005، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10/06 المؤرخ في 29 جويلية 2006، ج.ر عدد 48 لسنة 2006، والقانون رقم 01/13 المؤرخ في 20 فبراير 2013، ج.ر عدد 11 الصادرة في 24 فبراير 2013.

والتأمينات². وذلك تطبيقاً لمبدأ التكيف الذي يعتبر من أهم المبادئ المنظمة للمرافق العامة، وتماشياً مع ما فرضته عولمة الاقتصاد من تحرير للنشاطات العمومية وإزالة الاحتكارات، بمعنى فتح السوق على القطاعات المحتكرة، وهذا ما أدى إلى ظهور قوتين في السوق، قوة الأعوان الاقتصاديين، وقوة السلطة العامة التي أصبحت تخضع لحتميات المنافسة أي قانون السوق³.

وقد كانت فرنسا سباقة لاعتماد هذا النهج⁴، من خلال فتح المرافق ذات الطابع الاقتصادي على المنافسة، موازاة مع تقريرها لإجراءات ضببية معينة بغية الحفاظ على مهام المنفعة العامة والسهر على نزاهة المنافسة، وكانت الاتصالات أول القطاعات التي أخضعت لمبدأ المنافسة بموجب قانون 26 جويلية 1996⁵.

وبذلك أصبح انفتاح المرافق العامة على المنافسة الحرة، واستخلاف مبدأ عدم المنافسة بالمساواة في المنافسة ضرورة لا مفر منها⁶، على الرغم مما طرحته مسألة الخدمة

¹ القانون رقم 05/14 المؤرخ في 24 فبراير 2014 المتضمن قانون المناجم، ج.ر عدد 18 الصادرة بتاريخ 30 مارس 2014.

² الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 08 مارس 1995، معدل ومتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006.

³ Bertrand Faure, «Le droit administratif des collectivités locales et la concurrence», AJDA n°2, Actualité juridique n°7, 2001, p. 136 et s.

⁴ ظهر مفهوم الخدمة العامة لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية على يد السيد Théodore VEIL، رئيس المؤسسة الأمريكية للهاتف والتلغراف، والذي سعى منذ تعيينه عام 1907 إلى استرجاع الاحتكار الذي كانت تتمتع به، إلى غاية 1894، مؤسسة Bell، والتي تمثل الأمريكية للهاتف والتلغراف فرعاً من فروعها.

- Voyez: Maxime Tourbe, «Service public versus service universel: une controverse infondée», Revue Contrejour et critiques internationales, n°24, Juillet 2004/3, p. 23.

⁵ Loi n° 96-659 du 26 Juillet 1996, de réglementation des télécommunications, JORF du 27 Juillet 1996.

⁶ على سبيل المقارنة، نجد أن المشرع المصري قد سلك منهجاً مناقضاً تماماً لموقف المشرعين الفرنسي والجزائري من المسألة، بحيث أخرج المرافق العامة من نطاق قواعد المنافسة بموجب المادة التاسعة (09) من القانون رقم 03 لسنة 2005 المتعلق بالمنافسة (الجريدة الرسمية العدد 06 مكرر الصادرة بتاريخ 15 فبراير 2005)، حيث تنص فقرتها الأولى على أنه: "لا تسرى أحكام هذا القانون بالنسبة للمرافق العامة التي تديرها الدولة". يراجع: محمد نصر محمد، الحماية الدولية والجنائية من المنافسة غير المشروعة والاحتكار، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2016، ص. 164.

العامة Service universel في أوروبا وفرنسا من جدال ونقاشات¹، على أساس أن تحرير سوق السلع والخدمات الذي دعت إليه المنظمة العالمية للتجارة والاتحاد الأوروبي، من شأنه أن يؤدي إلى تفكيك المرفق العمومي² Démantèlement du service public، بداعي أن الخدمات والمرافق التي تسعى لتحقيق المنفعة العامة في أوروبا، غالبا ما تكون عمومية، وتأخذ شكل المحتكر مما يشكل عائقا لهذا المسعى³.

والمقصود بالخدمة العامة "الضمان لجميع المرتفقين الحد الأدنى من الخدمة من طرف متعامل مقابل أسعار معقولة، في إطار احترام المساواة، والاستمرارية، والعمومية، والقابلية للتكيف"⁴، بحيث تشكل مفهوم تم تبنيه كهمزة وصل بين المنفعة العامة، المشكلة المشكلة أساسا للمفهوم التقليدي للمرفق العام، والمنافسة التي تعتبر من أسس النظام الليبرالي⁵.

¹ Voyez à ce titre: Jean-Claude Burgelman, «Service Universel, Service public et souci de diversité: Le débat sur les autoroutes de l'information», Réseaux n° 78 CNET – 1996, pp. 23-36, Jean-Marie Cheffert, «Service universel, concurrence et télécommunications», Story-Scienca, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, 1999, pp. 215-217, et Ivar Ekeland, «L'idée de service public est-elle soutenable?», P.U.F, coll. Droit, éthique et société, 1999, pp. 07-08.

² Luc Rouban, «La crise du service public en France, l'Europe comme catalyseur», Revue culture et conflit, n°28, 2006, p. 03. Voyez également: Rapport public du Conseil d'État, 1994, «Considérations générales: Service public, services publics: déclin ou renouveau», EDCE, n° 46, 1995.

³ قنان نهاد، المفهوم الأوروبي للخدمة العامة وتأثيره على المرفق العمومي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، 2013، ص. 36.

⁴ تم اللجوء لمفهوم الخدمة العامة من طرف اللجنة الأوروبية في أواخر الثمانينات، مباشرة بعد العقد الأوروبي الموحد، في إطار تحقيق انسجام السوق الأوروبية في بعض القطاعات (الاتصالات، ثم البريد ومؤخرا قطاع الكهرباء). يراجع:

- Acte unique européen du 09 Septembre 1985, modifiant le traité CEE, JOCE n° L 169/1-29 du 29 Juin 1987.

⁵ Voyer l'Art. 03 du Traité de Rome du 25 Mars 1957, instituant la communauté économique Européenne (CEE), et l'Art. 05 du Traité d'Amsterdam du 02 Octobre 1997, modifiant le Traité sur l'Union Européenne.

- تشير المادتين إلى أن الهدف من الاندماج الأوروبي هو التنمية المستدامة لأوروبا، القائمة على النمو الاقتصادي المتوازن، وعلى اقتصاد سوق اجتماعي ذو تنافسية عالية يرمي إلى تحقيق التشغيل الكامل، والازدهار الاجتماعي ومستوى عال من الحماية وتطوير نوعية البيئة.

بمعنى أن مفهوم الخدمة العامة يهدف للتوفيق بين أهداف المرفق العام، والمتمثلة أساساً في تحقيق النفع العام، والتي تعتبر الغاية الأولى من المرافق العمومية، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، تحرير الأسواق، من خلال الأخذ بعين الاعتبار بعض مظاهر ميدان الاستثمار والاستغلال والأسعار بهدف ضمان الانتفاع من بعض الخدمات لجميع المرتفقين، لاسيما في ظل سياسة الاندماج الإقليمي أو حتى الدولي السائدة حالياً، والتي ظهرت كوسيلة لإنشاء أسواق داخلية هدفها تحرير الاقتصاد¹.

ومن أجل ذلك، حرصت مثلاً، اللجنة الأوروبية على التحديد بدقة لطبيعة إعانة الدولة الموجهة لفائدة المرافق العامة بشكل يتماشى وأحكام المعاهدة المكونة للاتحاد الأوروبي، مما أدى إلى إحداث إشكال حول ضرورة إعداد قانون أوروبي للمرافق العامة، وتوضيح دور الدولة المساهمة في تسيير وإدارة المؤسسات العمومية².

ولم يقتصر الاتحاد الأوروبي على ذلك فحسب، بل اتجه نحو تنظيم عرضي Transversal يتعدى الإطار البسيط للتوفيق بين قواعد المنافسة وممارسة مهام المنفعة العامة، حيث أشارت اللجنة الأوروبية³، إلى أن المساهمات والمشاركات التي تلقها تظهِر رأياً موافقاً بالنسبة لأهمية تبني تنظيم عرضي للخدمات ذات المنفعة العامة الاقتصادية.

- L'art. 03 paragraphe 03 du traité UE affirme que: "l'Union établit un marché intérieur. Il assigne ensuite à l'Union l'objectif d'œuvrer pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement".

¹ من أمثلتها: السوق الأوروبية، والسوق العربية المشتركة.

² Voyez : «L'ouverture à la concurrence», Article du bureau Économie des réseaux, de la direction de la Prévision et de l'analyse économique, conférence sur l'Ouverture des réseaux à la concurrence, Université mutuelle à l'Institut de la gestion et du développement économique, Paris, le 24 avril 2003.

³ Voyez: Claire Vannini, «Droit communautaire, service public et concurrence», Fondation Robert Schuman, Centre de recherches et d'études sur l'Europe, Supplément n°203, le 14/03/2005. Article disponible sur le site : <http://www.robert-schuman.eu>.

خصوصا وأن المادة 122.III من المعاهدة المكونة للاتحاد الأوروبي¹، يمكن أن تشكل أساسا قانونيا لتبني قانون إطار يعرف بمبادئ وشروط التمويل المطبقة على الخدمات ذات المنفعة الاقتصادية العامة².

تجدر الإشارة إلى أنه بمجرد تشكيل الخدمات ذات المنفعة العامة جزءا من قيم الاتحاد الأوروبي، أصبح ينظر لها كمكون أساسي للنموذج الأوروبي، وأن وجودها مضمون كحق أساسي للمواطنين، وتأطيرها لا يمكن أن يقتصر على المبادئ البسيطة لقانون المنافسة وحرية تقديم الخدمات³.

يظهر جليا إذن أن من أهم أسباب تبني مفهوم الخدمة العمومية إخضاع كل الخدمات ذات النفع العام، باستثناء تلك التي هي على علاقة بالسيادة الوطنية، إلى مبدأ المنافسة بهدف التصدي للاحتكار العمومي للمرافق العامة.

ثانيا: ضرورة الموازنة بين مهام المرفق العام وقواعد المنافسة

إن إخضاع الخدمات ذات المنفعة الاقتصادية العامة إلى مبدأ المنافسة من شأنه أن يؤدي إلى علاقة تصادمية مع مفهوم المرفق العام⁴، مما يتطلب تفكيراً جادا حول

¹ L'art. 122.III (ex art 18 de traité sur le fonctionnement de l'union européenne, modifié et complété/ TFUE) a été intégré à la disposition du TCE par le traité modificateur (TM), dont une première version a été adoptée par la Conférence intergouvernementale (CIG) du 23 juillet 2007, puis la version définitive par la Conférence intergouvernementale du 18 octobre 2007 de Lisbonne. Les deux versions ainsi que les protocoles et déclarations sont disponibles sur: www.consilium.europa.eu.

² Claire Vannini, art.préc.

³ Ibidem.

⁴ هذا الغموض في العلاقة بين المرفق العام ومبدأ المنافسة تسبب سنة 2005 في رفض معاهدة التشكيل الأوروبي من طرف فرنسا وهولندا، يراجع:

- Luc Rouban, art.préc., p. 01.

الوسيلة الواجب إعمالها للتوفيق بين المنافسة، التي تعتبر المبدأ الأساسي للخدمة العامة، وبين المنفعة العامة التي تشكل الغاية أو المهمة الأساسية للمرفق العام.

وإذا كان القانون الإداري هو قانون السلطة العامة والمرفق العام بالأساس، فإن أهدافه متجهة نحو تحقيق المصلحة العامة التي يضعها القاضي الإداري نصب عينيه عند تطبيقه لقانون المرافق العامة.

وتقوم الإدارة مثلما سلف بتسيير المرفق العام إما مباشرة، أو عن طريق تكليف أشخاص آخرين بتلك المهمة في إطار عقود تفويض المرافق العامة، وإذن كانت مجبرة على احترام قواعد المنافسة الحرة عند إبرامها لتلك العقود، فإن الهدف من تسيير المرافق العامة يبقى دائما تحقيق المصلحة العامة في جميع المجالات، بهدف تلبية حاجيات المواطنين. ومن هنا نرى أنه لا يخلو الأمر من إمكانية التعارض بين قواعد المنافسة الحرة، ومتطلبات تحقيق المصلحة العامة، كأن ترى الإدارة مثلا أن شركة معينة هي المؤهلة أكثر من غيرها للنهوض بالمرفق بشكل لا يجوز معه إعمال حرية المنافسة بين جميع الشركات المرشحة¹.

فما هو الحل إذن، إذا كانت عرقلة المنافسة من طرف الإدارة تجد تبريرها في اعتبارات تهم الصالح العام؟.

¹ من بين القضايا التي عرضت على القضاء الأوروبي بخصوص هذه المسألة، قضية بلدية Copenhagen، والتي أبرمت عقد مع ثلاثة شركات متخصصة في جمع النفايات وإتلافها، وضمنت العقد شرط القصر، وبالتالي أبعدت مؤسسات أخرى من هذه الصفقة رغم كفاءتها. وبمناسبة النظر في القضية اعتبرت المحكمة أن قرار البلدية ضروري لحسن سير المرفق العام، خاصة وأن هذا العقد الذي تضمن شرط القصر بالنسبة للشركات الثلاث محدد المدة ومحدد النطاق.

- Voyez: CJUE, 23 mai 2000, aff. C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus. Cité par: Jean-Marc Sauvé, Allocution d'ouverture, Actes du colloque sur Les Services d'intérêt économique général et le marché intérieur: Régimes nationaux et cadre juridique Européen, Le 14 octobre 2011, Collections Colloques, Volume 16, p. 23

لم يهمل القانون الأوروبي هذه المسألة، حيث أخضع المؤسسات الاقتصادية المكلفة بتسيير المرافق التي تقدم مصلحة اقتصادية عامة لقواعد المنافسة، وذلك في حدود عدم عرقلة المهمة الخاصة المنوطة بها¹. كما أقرت موازاة مع ذلك محكمة عدل المجموعة الأوروبية إمكانية تطبيق قواعد المنافسة حتى على قرارات السلطة العامة²، على أن يقتصر ذلك على حالي المؤسسات التي تقوم بتسيير المرافق ذات المصلحة الاقتصادية العامة، أو المؤسسات التي تكون في وضع احتكار جبائي³.

أما فيما يخص القانون الجزائري وكذلك الفرنسي، فإننا لا نجد نصا مماثلا فيما عدا أحكام المادة 09 من قانون المنافسة الجزائري التي تنص على أنه "لا تخضع لأحكام المادتين 06 و 07 الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له. ويرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطوير اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. ولا تستفيد من هذا الحكم سوى

¹ تنص المادة 86 من الإتفاقية الأوروبية سالفة الذكر في فقرتها الثانية على ما يلي:

"Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopôle fiscal, sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté".

² CJCE, 11 avril 1989, Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro GmbH/Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV, 66/86, Rec., p. 803. Voyez: Noëlle Lenoir, «L'Europe et l'achèvement du marché intérieur: en quoi l'article 86 du Traité CE peut-il jouer un rôle utile?», Gazette du Palais, Mercredi 11 Jeudi 12 Octobre 2006, p. 09.

³ لخصت محكمة عدل المجموعة الأوروبية في قضية مقاطعة Almelo الهولندية بتاريخ 27 أبريل 1994 الشروط الواجب توفرها لعدم تطبيق قواعد المنافسة على المؤسسات المكلفة بإدارة مرافق ذات منفعة اقتصادية عامة وهي: أن تكون المؤسسة مكلفة بالفعل بإدارة مرفق ذو منفعة اقتصادية عامة، وأن يكون التصرف الذي يضر أو يخالف قواعد المنافسة ضروريا لكي تتمكن هذه المؤسسة من إتمام المهمة المتعلقة بالمصلحة العامة، وألا يترتب عن هذا التصرف إضرار بحرية التبادل بين الدول الأعضاء.

- Voyez : CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo, aff. C-393/92, Rec. p. 483, concl. DARMON ; AJDA 1994, p.637, note HAMON ; CJEG, 1994, p. 623, concl. DARMON, note FIQUET. Cité par: Jean-Marc Sauvé, Allocution d'ouverture précitée. p.10.

الاتفاقات أو الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة"، بحيث لا تعتبر بذلك مثل هذه الوضعيات مخلة بحرية المنافسة، وهو ما اعتمده بدوره القانون الفرنسي من خلال نص المادة 4-L.420 من القانون التجاري الفرنسي¹.

ويذهب مجلس الدولة الفرنسي في اتجاه وضع حدود للتطبيق الكامل لقاعدة المنافسة الحرة، إذ في القرار الصادر عنه بتاريخ 03 نوفمبر 1995، إعتبر هذا الأخير أن اشتراط تخصيصات تقنية عالية عند إسناد صفقة عمومية من شأنه الحد من المنافسة بين المرشحين، لكنه أجاز ذلك التصرف معتبرا أنه يجد تبريره في متطلبات المرفق العام².

كما ذهب المجلس المذكور في أحد آرائه إلى أن سلطة الضبط يجب أن تسهر على أن تكون عرقلة المنافسة بفعل التدابير التي تتخذها، مبررة إزاء أهداف الإجراءات والقواعد التي تنظم الملصقات الإشهارية³.

الملاحظ إذن أن القاضي الإداري لا يستند إلى أحكام الإتفاقات المشروعة (المادة 4-L.420 من القانون التجاري الفرنسي) التي يطبقها مجلس المنافسة، بل يأخذ بعين الإعتبار متطلبات المرافق العامة التي تصب في وعاء أشمل وهو المصلحة العامة، وذلك باعتبار أن قواعد المنافسة الحرة كمصدر من مصادر المشروعية الإدارية، لا يمكن أن تكون عامة ومطلقة، بل يجب أن تتمتع الإدارة بحيز من السلطة التقديرية التي تسمح لها

¹ محسن صويلح، المرجع السابق، ص. 122.

² CE, section, 3 novembre 1995, n° 152484, District de l'agglomération nancéienne. Voyez: Aldo Sevino, op.cit., p.75: "Si de telles spécifications ont pour effet de réduire la variété des produits qui y répondent et par suite, de limiter la concurrence entre les fournisseurs possibles, elles doivent être justifiées par les nécessités propres au service public d'alimentation en eau potable ; qu'en relevant que les spécifications techniques [...] ne sont pas indispensables pour respecter les normes en vigueur relatives à la qualité de l'eau potable, l'ordonnance attaquée n'a pas méconnu le droit de l'autorité compétente d'adopter des spécifications supérieures à ces normes et n'est par suite pas entachée d'erreur de droit sur ce point".

³ CE, 22 novembre 2000, avis Sté L & P Publicité Sarl, précité: "Il appartient au maire, lorsqu'il réglemente la publicité sur le territoire de sa commune, de veiller à ce que les mesures de police prises par lui ne portent aux règles de concurrence que les atteintes justifiées aux regards des objectifs de la réglementation de l'affichage".

بالتوفيق بين حرية المنافسة وتحقيق المصلحة العامة التي تعتبر من أسس الأهداف التي تعمل لأجلها¹.

خلاصة القول، أن ارتباط ضرورة الإصلاح الإداري للمرافق العامة مع متطلبات الفعالية القائمة على نوعية الخدمة العمومية²، يستوجب اليوم وفي ظل الوضع الجديد للسوق انفتاح المرافق العامة على المنافسة³، على أن يكون انفتاحا نسبيا ومرتبيا بظروف ومحيط يسمحان بضمان الهدف الأساسي للقطاع المعني⁴. وفي حالة وجود تنازع بين قواعد المنافسة وأداء مهام المرفق العام، يقوم القاضي الإداري بموازنة بين المصالح المتعارضة لإيجاد حل عادل، فإذا رأى القاضي الإداري بأن تطبيق قانون المنافسة سيؤدي إلى إعاقة مهام المرفق العام فعلا، يحكم باستبعاده لأنه يرى أن تقييد المنافسة الحرة أمر ضروري يسمح بتحقيق الصالح العام بالضرورة، ويستوجب تقديم المصلحة العامة على قواعد المنافسة، لأنه في الأخير يجب تغليب المصلحة العامة على أي شكل من أشكال المصالح الأخرى، وإن كان الأمر يقتضي استبعاد تطبيق قانون المنافسة⁵.

الفرع الثاني: عدم إعاقة تطبيق قانون المنافسة لممارسة صلاحيات السلطة العامة

أصبح تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لا يثير أي إشكال بعد إدخال قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية، موازاة مع إدخال التعديلات الضرورية

¹ يراجع: محسن صويلح، المرجع السابق، ص 121 – 123.

² ماهر صالح علاوي الجبوري، «نوعية الخدمة أو جودة خدمة المرفق العام، المبدأ الرابع الجديد من المبادئ التي تحكم المرافق العامة»، مجلة كلية الحقوق، العدد 17، جامعة النهرين، بغداد، العراق، 2015، ص. 373.

³ David Katz, Juge administratif et droit de la concurrence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2004, p. 76.

⁴ تنص المادة الأولى مثلا من القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، سابق الذكر، على أنه: "...يهدف هذا القانون لاسيما إلى: - تطوير وتقديم خدمات البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية ذات نوعية في ظروف موضوعية وشفافة وبدون تمييز في مناخ تنافسي مع ضمان المصلحة العامة...".

⁵ جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، عدد 2014/01، ص. 156.

على قانون الصفقات العمومية من أجل حماية مبدأ المنافسة الحرة في جميع تعاقدات الإدارة. غير أنه باعتبار هذه الأخيرة نشاطا إداريا للشخص العام يدخل في إطار أداء مهام المرفق العام وممارسة السلطة العمومية، يطرح التساؤل حول المعيار المتعين اعتماده لتطبيق قانون المنافسة على الممارسات المخلة بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية؟.

لاشك أنه أمام تعدد وتنوع حالات الإخلال بضوابط المنافسة في مجال الطلبات العمومية، لن يكون البحث عن مرتكز حاسم لهذا المعيار أمرا يسيرا، غير أنه مهما تعددت مرتكزاته المحتملة، فهي على الأرجح متأصلة من ضرورة التمييز بين الممارسات المتصلة بقرارات السلطة العامة والممارسات المنفصلة عنها.

أولا: أعمال السلطة العامة غير المعنية بتطبيق قانون المنافسة

يتعلق الأمر بقرارات المشتري العمومي المتصلة بممارسة صلاحيات السلطة العامة، حيث رفض في هذا الإطار مجلس المنافسة الجزائري النظري في القرارات الإدارية التي يتخذها الشخص العام في إطار ممارسة السلطة العامة باعتبارها نشاطا إداريا، فتدخل الشخص العام في مجال الصفقات العمومية يكون بصفته طالبا للخدمات وليس عارضا لها، مما يبعده من مجال اختصاص المجلس، الذي يراقب فقط الممارسات التي يرتكبها الأعوان الاقتصاديون في سياق مباشرة أنشطتهم الاقتصادية، مهما كانت صفتهم سواء كانوا من القطاع الخاص أو القطاع العام¹.

في هذا الإطار، صرح مجلس المنافسة الجزائري في إحدى القضايا التي عرضت عليه، بعدم اختصاصه في المسائل المرتبطة بممارسة صلاحيات السلطة العامة طبقا للأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة الملغى، وذلك لأن القواعد المنصوص عليها في هذا القانون ينحصر

¹ كتمو محمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المرجع السابق، ص. 90.

تطبيقها على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها التي تلك تقوم بها الأشخاص العامة¹.

ففيما يتعلق بمعارضة الشروط التي تم في ظلها تطبيق قانون الصفقات العمومية، مما حال دون الاستفادة من الصفقة وتم منحها لمؤسسة أخرى، رأى المجلس أن مسألة تطبيق الأمر 06/95 لاسيما المادة 02 منه، على القرار الذي اتخذه ممثل الإدارة المتعاقدة بعد فتح الأظرفة، ومنح بموجبه الصفقة لأحد المتعهدين يعتبر قرارا إداريا لا يخضع لمراقبة واختصاص المجلس، لأن اختصاص مجلس المنافسة يتحدد أساسا بطبيعة الممارسات المرتكبة، التي يجب أن تكييف وفق المواد 06 و 07 من قانون المنافسة، أي تشكل اتفاقات أو تعسف في وضعية الهيمنة، والتي تعين بمناسبة ممارسة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات.

وأضاف المجلس، بأن الأمر يتعلق في القضية المعروضة عليه باختيار سلطة عامة لمؤسسة لإنجاز طلبات عمومية، بحيث تدخلت السلطة العامة على هذا الأساس بصفتها طالبة في سوق أشغال البناء، والنتيجة هي أن منح صفقة لمؤسسة ما لا يعد فعل إنتاج أو توزيع أو خدمات، وخلص المجلس إلى القول أن تطبيق المادة 02 من الأمر المتعلق بالمنافسة على الأشخاص العامة، يتوقف على ممارسة وظيفة اقتصادية².

¹ يراجع في هذا الشأن قرار مجلس المنافسة رقم 99-ق-02 المؤرخ في 17 أكتوبر 1999، بخصوص إخطار قدم له من طرف ممثل مؤسسة للأشغال العمومية والبناء بتاريخ 02 ماي 1998 بشأن مدى تقيد الإجراءات المتخذة من طرف مديرية التشغيل والتكوين المهني لولاية أدرار بقواعد المنافسة، وذلك بمناسبة طلب العروض الصادر من طرفها من أجل إنجاز مركزين للتكوين المهني بمنطقة "فنونغيل" و"تسابيت" بولاية أدرار. متوفر على موقع مجلس المنافسة الجزائري: www.conseil-concurrence.dz

- Voyez également: Rachid Zouaimia et Marie-Christine Rouault, op.cit., p. 182.

² كتومحمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المرجع السابق، ص. 91.

ويعتبر هذا الموقف، انعكاسا للآراء والقرارات التي صدرت عن مجلس المنافسة الفرنسي - سلطة المنافسة حاليا -¹، حيث نجده يقضي هو أيضا، بأن اختصاصه لا يشمل القرارات التي يتخذها أشخاص القانون العام المزودة بامتيازات السلطة العامة قصد القيام بمهام تسيير مرفق عام، بصرف النظر عما إذا كانت هذه القرارات مصدرا لنشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات²، ولهذا فإن المحاكم الإدارية هي المخولة بالبت في المنازعات المتعلقة بقرارات السلطة العامة وما يتصل بها من ممارسات، بحيث لا يملك المتنافس المتضرر حق اللجوء إلى مجلس المنافسة لإخطاره بعدم مراعاة المنافسة في إبرام الصفقة، وبذلك لا يكون مجلس المنافسة مختصا إزاء كل ما يتعلق بتنظيم طلب العروض³، وكل الممارسات المتعلقة بالشروط التي يتم في إطارها تحديد الأعمال موضوع الصفقات⁴، أو تحصيلها⁵، أو اختيار المتعاقد¹.

¹ ينضم بذلك مجلس المنافسة الجزائري إلى توجه الاجتهاد القراري لسلطة المنافسة بفرنسا، التي رسمت الحدود الفاصلة بين تدخل هذا الأخير واختصاص المحاكم الإدارية في عدة قرارات، وذلك من خلال التصريح باختصاص هذه الأخيرة بالبت في المنازعات المتعلقة بقرارات السلطة العامة وما يتصل بها من ممارسات، تراجع على سبيل المثال:

- Aut. conc., déc. n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre. Voyez: le Rapport annuel 2010 de L'Autorité de la concurrence, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2011, p. 166. Disponible sur le site : www.autoritedelaconcurrence.fr: "Dans cette décision l'Autorité de la concurrence a rappelée qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur la régularité des procédures de dévolution de délégations de service public ou de marchés organisées par une personne publique, le contentieux de ces actes administratifs, qui mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique relevant de la compétence exclusive du juge administratif".

² Cons. conc., déc. n° 05-D-23 du 18 Mai 2005 relative à la saisine de la société France Incendie: "Il est de jurisprudence constante que l'appréciation de la façon dont les personnes publiques organisent leurs appels d'offre ne relève pas de la compétence du conseil de la concurrence mais de celle des juridictions administratives". Citée par: Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 11.

³ Cons. conc., déc. n° 05/D/23 du 18 Mai 2005, précitée.

⁴ Cons. conc., déc. n° 94/D/15 du 02 Mai 1994, BOCCRF du 18 Avril 1994, p. 152, Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

⁵ Cons. conc., déc. n° 05/D/04 du 17 Février 2005. Citée par: Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 14.

وقد قدمت هيئات المنافسة الفرنسية عددا من التبريرات لما ذهبت إليه، حيث يرجع استبعاد تطبيق قانون المنافسة على المشتري العمومي، لكونه يتواجد في وضعية طالب اقتصادي نهائي للسلع والخدمات² وليس طالبا وسيطا³، بمعنى أن قرارات اختيار المؤسسات التي تتولى إنجاز الأشغال وتقديم الخدمات، تتخذ من طرف المشتري العمومي لنفسه، وعليه يملك المشتري العمومي الحرية في أن يختار لنفسه ما يستجيب لحاجياته على غرار أي متعامل في السوق⁴.

والملاحظ أن تحديد الطبيعة القانونية لهذه القرارات، من منطلق حرية صاحب المشروع في أن يختار لنفسه على غرار رأي المستهلك أو متعامل بسوق الأنشطة الاقتصادية، متأصل من مبدأ سلطان الإرادة الذي تتأسس عليه الالتزامات التعاقدية المبرمة وفق منطق

¹ Cons. conc., déc. n° 92/D/62 du 18 Novembre 1992, BOCCRF du 15 Juin 1993, p. 89, Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

² Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 07: "Le plus souvent, le marché public n'a pas pour objet de permettre à l'acheteur public d'offrir par la suite une activité économique. Dès lors, l'acheteur public est effectivement demandeur économique final. Cela est vrai lorsque le bien acheté est véritablement consommé par l'acheteur public, mais aussi lorsqu'il lui permet d'offrir une prestation non économique à un tiers (usagers, administrés, citoyens)".

³ في هذا الإطار، قضت محكمة استئناف باريس في 27 جانفي 1998 بإخضاع مؤسسة الكهرباء الفرنسية لقواعد المنافسة حين تقوم بشراء الكهرباء من المنتجين المستقلين، لأنها تقوم بهذا الشراء ليس بوصفها مستخدما نهائيا للكهرباء، ولا بغرض إدماجها في نشاطها، وإنما بوصفها وسيطا يتمتع باحتكار نقل الطاقة وتوزيعها لدى مستخدمي القطاع الصناعي وغير الإنتاجي والمنزلي، ومن ثم اعتبرت المحكمة بأن إنتاج الكهرباء الذي تشتريه هذه المؤسسة نشاطا اقتصاديا يخضع لقواعد المنافسة، وبالتالي، تعتبر الشروط التي فرضتها على منتجي الكهرباء المستقلين منافية للمنافسة.

- CA Paris 27 janvier 1998, Marché de l'électricité (aff. Producteurs autonomes / EDF), BOCCRF 17 février 1998, p. 54; AJDA 1998.435, note C. Adam et S. Blazy ; CJEG 1996.251, note P. Sablières. Voyez: Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 07.

⁴ TPICE, arrêt du 4 mars 2003. Voyez: Marie Malaurie-Vignal, op. cit., p. 75.

- مما جاء في هذا القرار:

"طالما أن الكيان يقوم بشراء منتج، حتى ولو كان بكمية كبيرة، ليس من أجل عرض الأموال أو الخدمات في إطار النشاط الاقتصادي، وإنما من أجل الاستعمال في مجال نشاط آخر، مثلا، نشاط ذو طبيعة اجتماعية محضية، وباعتباره له صفة المشتري في السوق، فإنه لا يتصرف كمؤسسة".

القانون الخاص¹، مما يصح معه القول، بأن إبعاد القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات من دائرة اختصاص مجلس المنافسة مبني على علة مزدوجة، شقها الأول ينصب على اتصاف هذه القرارات بامتيازات السلطة العامة التي تنأى بها عن طبيعة الأنشطة الاقتصادية، بينما شقها الثاني يرتبط بضرورة اعتبار المشتري العام متمتعاً بحرية الاختيار والتعاقد، التي يتعين ضمان ممارستها لكل من يدخل سوق الإنتاج والتوزيع والخدمات، بهدف إنجاز حاجياته وفق الآليات المشروعة للتجاذب بين العرض والطلب².

وزيادة على العقود الإدارية والقرارات المرتبطة بها، هناك عدة أنشطة تمارسها الأشخاص العامة بوصفها سلطة عامة تعتبر غير خاضعة للقواعد القانونية للمنافسة، على غرار الأنشطة ذات الطابع السيادي، بحيث لا تخضع المؤسسة العمومية لقواعد قانون المنافسة، لما تتصرف باعتبارها ممارسة لوظيفتها السيادية، إذ لا تشكل أنشطة اقتصادية، على غرار اتخاذها تنظيمات حتى وإن كانت من طبيعة اقتصادية، والشيء ذاته يقال عن النشاطات السيادية المرتبطة بالتعليم، والعدالة، والضبط، والأمن وغيرها³.

كما تعتبر أيضاً أنشطة يمارسها الشخص العام مستخدماً امتيازات السلطة العامة، وبالتالي لا تخضع لقواعد المنافسة الأنشطة التي يمارسها الأشخاص العامة وتكون متعلقة

¹ الجيلالي أمزيد، المرجع السابق، ص. 95.

² بموجب مبدأ الحياد اتجاه تصرف الشراء، لا يدخل الطلب النهائي في مجال تطبيق قانون المنافسة. وهذا منطقي، إلا إذا كان هناك رغبة في إخضاع جميع أصناف المستهلكين لقانون المنافسة، وهو ما يتعارض مع المحافظة على حرية المشتري في الاختيار، حتى يتمكن من ممارسة دور الحكم الفعال في السوق.

³ مثال ذلك، نشاط المراقبة ضد تلوث الميناء، من حيث طبيعته وغرضه والقواعد التي يخضع لها، بحيث يرتبط بممارسة نشاط الامتيازات المتعلقة بحماية البيئة، وهو بالذات امتيازات السلطة العامة. يراجع في هذا الصدد:

- CJCE, arrêt du 18 mars 1997, aff. C-343/95, Port de Gênes, Rec. 1, p. 47. Cité par: Marie Malaurie-Vignal, op.cit., p. 39.

باستخدام واستغلال الأموال العامة، وتتجسد هذه الأنشطة في القرارات التي تتخذها الإدارة وهي بصدد إدارة هذه الأموال¹.

هذا زيادة على الأنشطة التي تقوم بها الهيئات المكلفة بإدارة بعض الأنظمة الإلزامية للضمان الاجتماعي باعتباره نشاط ذو طبيعة اجتماعية بحتة، مجرد تماما من أي هدف ربحي²، ومن ثم لا يعتبر نشاطا اقتصاديا ولا يخضع لقواعد قانون المنافسة، وهو الأمر المستقر عليه عالميا، لاسيما وان مثل هذا النشاط لا يؤدي إلى تبادلات في السوق المرجعية³.

¹ قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية Lys de France/A.D.P أن القرارات التي تتخذها هيئة عامة بفسخ عقد أو اتفاق يتعلق بمال عام على إثر تخلف الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته المالية، أو برفض منح امتياز إلى شخص ما، تعد قرارات يدير بواسطتها شخص من أشخاص القانون العام مهمة إدارة مال عام متمتعاً بامتيازات السلطة العامة. وهي القضية التي أيدت فيها محكمة النقض الفرنسية موقف محكمة استئناف باريس باختصاص المحاكم الإدارية دون مجلس المنافسة لتحديد شرعية الممارسات المنسوبة إلى A.D.P. حيث قالت محكمة النقض الفرنسية:

"Attendu que la résiliation par un établissement public d'une convention d'occupation du domaine public à la suite de non-paiement de redevances dont les taux est par ailleurs contesté ainsi que le refus opposé à une demande de concession, constituent des décisions par lesquelles une personne publique assure la mission de gestion du domaine public, qui lui est confiée, au moyen de prérogative de puissance publique, et qui relève que les conditions critiquées de fixation du niveau des redevances d'occupation temporaire du domaine public sont indissociables de la gestion de ce domaine, a statué à bon droit". Cass.com, arrêt du 19 novembre 2002, pourvoi n° 01-02-546, D. 2003, p. 272 .

- يراجع: سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص. 209-210.

² حسين الماحي، حماية المنافسة "دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 03 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية"، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2007، ص. 117.

³ مثال ذلك اعتبار محكمة عدل المجموعة الأوروبية في قضية Poucet et Pistre، أن الهيئة المكلفة بتسيير مصلحة الضمان الاجتماعي ليست بمؤسسة وفقا للمواد 85 و86 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي. تتلخص وقائع هذه القضية في رفض شخصان يسميان بـ Poucet et Pistre تسوية إشتراكات الضمان الاجتماعي الناتجة عن صندوقين للضمان الاجتماعي في فرنسا، حيث ادعيا حرية التوجه إلى أية وكالة ضمان على مستوى إقليم الاتحاد. وبعد طرح المسألة على محكمة عدل المجموعة الأوروبية، استخلصت هذه الأخيرة بأن "الأنظمة المعنية هي أنظمة إجبارية، وأنها تتبع "هدف اجتماعي" وتستجيب لـ "مبدأ التضامن". وأن الأنظمة التي تهدف بالفعل إلى ضمان الأشخاص جميعهم بتغطيتهم من مخاطر المرض، الشيخوخة، الموت والإعاقة بغض النظر عن شروط ثروتهم وحالتهم الصحية وقت انخراطهم. تركز على نظام الانخراط الإجباري، والذي لا يستغني عن تطبيق مبدأ التضامن وكذا التوازن المالي لمثل هذه الأنظمة. وبذلك فإن الهيئات التي تقوم بتسيير المرفق العام للضمان الاجتماعي تؤدي وظيفة ذات طبيعة اجتماعية محضة، وهو النشاط المؤسس بالفعل على مبدأ التضامن الوطني ولا يسعى لتحقيق هدف الربح". وتستتبع بعد ذلك، بإشارتها إلى أن "هذا النشاط ليس بنشاط اقتصادي،

ختاما، نتساءل عن مجال تطبيق الفقرة الثانية من المادة الثانية التي جاء بها القانون رقم 12/08 المعدل والمتمم للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية، لأنه إذا كان مبررا عدم تطبيق قانون المنافسة من طرف مجلس المنافسة، على قرارات المشتري العام المتصفة بميزة السلطة العامة والخالية من الصبغة الاقتصادية، فما هي الممارسات التي يمكن أن تدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة، من دون عرقلتها لممارسة صلاحيات السلطة العامة؟.

ثانيا: تطبيق قانون المنافسة على الممارسات المنفصلة عن امتيازات السلطة العامة

يتعلق الأمر بالممارسات التي تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة، مما يجعلها قابلة لأن تكون بذاتها موضوعا للاحتجاج عن طريق اللجوء إلى مجلس المنافسة، والسبب في انفصال هذه الممارسات عن قرارات السلطة العامة راجع إما لصدورها من المتنافسين الذين تخضع تصرفاتهم مباشرة إلى أحكام قانون المنافسة، وإما لصدورها من طرف الإدارة دون مراعاة ما يترتب عنها من إخلال بالضوابط العامة للمنافسة، بشكل ينزع عنها الحصانة التي تتمتع بها قرارات السلطة العامة إزاء تدخل قانون المنافسة¹.

بالنسبة للممارسات الصادرة عن المتنافسين، تعتبر هذه الأخيرة ممارسات خاضعة لأحكام الأمر رقم 03/03، باعتبار أن التأهيل القانوني والمهني للمتنافسين للمشاركة في الترشح من أجل نيل الصفقات العمومية، يعتبر قرينة على تخصيصهم في مجال أنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات، ولا يختلف في ذلك أشخاص القانون الخاص عن أشخاص

وبالتالي فإن الهيئات التي تتولى هذا النشاط لا تمثل مؤسسات وفقا للمادتين 85 و 86 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادتان 101 و 102 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي)". تراجع:

- CJCE arrêt du 17 février 1993, aff. Jtes, C-159/91, Poucet et Pistre JCP 1993.I.3702obs. M-C. Boutard Labarde. Cité par: Mustapha Menouer, Droit de la concurrence, Editions Berti, Alger, 2013, pp. 97 -98.

¹ الجيلالي أمزيد ، المرجع السابق، ص. 96.

القانون العام مثلما سبقت الإشارة، طالما أن العبرة هنا ليست بالوضعية النظامية للمتنافسين، بل بكون الأعمال التي يتنافسون من أجل إنجازها لفائدة المشتري العام تندرج ضمن الأنشطة الاقتصادية.

وتبعاً لذلك، فإن اللجوء إلى مجلس المنافسة، هو المسلك الإجرائي المطابق لطبيعة المخاطر التي قد تترتب عن إقدام المتنافسين على ممارسة اتفاقات منافية للمنافسة، أو التواطؤ المدبر، أو تأليف تجمعات غير مبررة اقتصادياً في ما بينهم، أو التعامل الثانوي بشكل منافي لقواعد المنافسة، وهي مخاطر متمثلة في ما قد يستتبع هذه الممارسات من مخالفات لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والأمر رقم 03/03، وفقاً لما سيتم توضيحه لاحقاً.

فالمؤسسات المرشحة لنيل الصفقات العمومية، والتي ترى نفسها متضررة من هذه المخالفات تملك صلاحية اللجوء إلى مجلس المنافسة، بحيث أن تمتع المؤسسات بهذا الحق يعتبر أكبر ضمان للدفاع عن حقوقها المترتبة عن النتائج السلبية لنظام اقتصاد السوق، فضبط السوق لا يكفي لضمانه وجود أجهزة خاصة، بل بتكامل عدة أطراف أخرى لها مصلحة، بما فيها المؤسسات.

أما بخصوص ممارسات الإدارة المنفصلة عن قرارات السلطة العامة، فيتعلق الأمر بالأعمال التي تكون خاضعة لقانون المنافسة، رغم اعتماد النصوص المنظمة للصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة في إنجازها¹، وذلك باعتبارها أنشطة اقتصادية، أو من شأنها التدخل في نشاط اقتصادي².

¹ تنص المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات: الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وتدعى في صلب النص (المصلحة المتعاقدة)".

² في هذا الصدد، قضى مجلس المنافسة الفرنسي بأن قيام المنظمة المهنية للصيادلة *Ordre des pharmaciens* بتوجيه مراسلة لدار المتقاعدين والمؤسسات العلاجية بالتزود بالأدوية، وغيرها من المستلزمات العلاجية من الصيادلة المجاورين لمقراتها في منطقة *Basse-*

ويتحدد الطابع غير الاقتصادي لأعمال المشتري العمومي على أساس الاستعمال النهائي للأشغال والتوريدات والخدمات والدراسات موضوع الصفقات العمومية، فإذا أعيد عرض هذه الخدمات أو المشتريات على المستهلكين وفق أغراض تجارية¹، فإن قانون المنافسة يكون قابلاً للتطبيق، ويكون مجلس المنافسة مختصاً بالفصل في المنازعات المتعلقة بقرارات وممارسات المشتري العام، بعد أن زال عنها امتياز السلطة العامة، وذلك بسبب الغرض الاقتصادي الذي صاحبها².

وبالتالي، فإن المعيار الذي به يمكن تحديد ما إذا كان قانون المنافسة يطبق على المشتري العمومي أم لا، يكمن في معرفة، هل هذا المشتري يتصرف بوصفه طالباً وسيطاً، أو طالباً اقتصادياً نهائياً، بحيث أن قانون المنافسة يقتصر تطبيقه على الطالب الوسيط.

Normandie على حساب الصيدليات الأخرى، رغم أسعارها التنافسية، يعتبر عملاً مدبراً action concertée من شأنه تقييد المنافسة، ويمكن أن يترتب عنه أثر من شأنه تزييف المنافسة، لاسيما من خلال الحد من الدخول إلى السوق وممارسة حرية المنافسة، ويؤدي إلى تقسيم الأسواق ومصادر التمويل، وهي الأفعال المحظورة بموجب المادة 1-420 L من القانون التجاري الفرنسي، حيث صرح المجلس باختصاصه في متابعة هذه الممارسة، رغم دفع المنظمة المهنية للصيادلة بعدم الاختصاص لكونها مكلفة بأداء مهام المرفق العام ومزودة بامتيازات السلطة العامة، لكن مجلس المنافسة وإن كان يسلم بهذه الحقيقة ويعتبر أنه ليس للمجلس أن يقرر في صحة قرارات هذه المنظمة متى كانت ذات صبغة إدارية، إلا أنه يجب أن يكون قرارها قد اتخذ ليس في إطار أداء مهام المرفق العام فحسب، وإنما إضافة إلى ذلك، يجب أن لا يشكل تدخلا في نشاط اقتصادي، وبالتالي رأى مجلس المنافسة أن المراسلة التي بعثت بها المنظمة إلى المؤسسات المذكورة، تعتبر تدخلا واضحا في نشاط خدماتي، يكون بموجب ذلك مجلس المنافسة مختصا في نظر القضية بمقتضى المادة 1-420 L من القانون التجاري، المتعلقة بحظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة. يراجع:

- Cons. conc., déc. n° 09-D-17 du 22 Avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie. Voyez: Michel Debroux, Laurence Nicolas-Vullierme, et Cyril Sarrazin, art.préc., p. 84.

¹ Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 05: "Si l'achat est effectué pour offrir des biens et des services dans le cadre d'une activité économique, il est comme absorbé par l'activité économique et le droit de la concurrence est applicable".

² Arrêt. Fenin, CJCE, 11 Juillet 2006, aff. C-205/03. Cité par: Jean-Philippe Kovar et Stéphane Rodrigues, art.préc., p. 176: "Le caractère économique ou non de l'utilisation ultérieure du produit acheté détermine nécessairement le caractère de l'activité d'achat par conséquent, dès lors une entité économique achète un produit non pas pour offrir des biens ou services dans le cadre d'une activité économique, mais pour en faire usage dans le cadre d'une autre activité de nature social, elle n'agit pas en tant qu'entreprise".

ويلاحظ أنه في غالب الحالات، لا يمكن للشخص العام أو المشتري العمومي إلا أن يكون طالبا نهائيا لما اشتراه من أموال وخدمات، ويتحقق ذلك عندما يستهلك الخدمة أو الشيء الذي اشتراه، أو عندما يمنح خدماته إلى الغير بعيدا عن الغرض التجاري، مثل منحه لمستعملي المرفق العام، وفي تلك الحالة لا يمكن تطبيق قانون المنافسة¹.

غير أن تطبيق قانون المنافسة على المشتري العمومي قد يتم، كما سبق ذكره، إذا قام بعرض المشتريات على المستهلكين بطريقة تجارية، ويمكن أن يتحقق ذلك في فرضيات معينة وبدراسة كل حالة على حدى، لأنه ليس هناك قاعدة مطلقة في هذا المجال، ومن أبرز الأمثلة على هذه الحالة نجد الصناعات المسماة "صناعات الشبكات" Industries de réseaux (يقصد بهذه الصناعات في فرنسا: النقل عبر السكة الحديدية، الخدمات البريدية، خدمات الكهرباء والغاز...)، بحيث لا يمكن أن تتوفر فيها فكرة الطالب الاقتصادي النهائي، لأن الشراء هنا يمكن فصله عن الغرض الاقتصادي أو التجاري للمشتري العمومي، والذي يتمثل في إعادة عرض خدمة ذات طابع اقتصادي².

من خلال ما سبق، نخلص للقول بإقرار التشريع الجزائري، على غرار التشريع الفرنسي مسألة تدخل قانون المنافسة للتطبيق في ميدان الصفقات العمومية، مغفلا لأسباب غير معروفة مدى إمكانية شمول ذلك عقود تفويضات المرافق العامة، مع انفراده أيضا دون المشرع الفرنسي بمسألة تقييد الزمن الذي يمكن أن تقع فيه الممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية بفترة تبدأ من الإعلان عن الصفقة العمومية إلى غاية منحها النهائي، علما بأن السوق المعنية بتدخل قواعد المنافسة، تشمل حدود السوق الجغرافية للإقليم الداخلي الجزائري، مع إمكانية تمديد سعة السوق، لتتعدى إقليم

¹ Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 07.

² كتومحمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المرجع السابق، ص. 94.

الجزائر فتشمل إقليم الدول المعنية باتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية أو جزأ هام منه.

إن تدخل قانون المنافسة في مجال الطلب العمومي ترتب عنه في فرنسا إدماج قانون المنافسة في كتلة الشرعية الإدارية، وهو التوجه الذي لم يفصل لحد الساعة القضاء الإداري الجزائري في مسألة اعتماده، رغم أن بعض النصوص التي صدرت في الجزائر لاسيما بعد توقيع اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، وما تمخض عنه من التزامات، زيادة على التعديلات التي عرفها تنظيم الصفقات العمومية مؤخرا، تعبر عن تأثير واضح من القوانين الجزائرية بمسألة إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية.

وضمن نفس المسعى أخضع التشريع الجزائري جميع الأشخاص المتدخلة في عملية إبرام الصفقة العمومية، سواء كانوا من أشخاص القانون الخاص أو العام، مادامت تمارس نشاطا اقتصاديا يشمل الإنتاج والتوزيع والخدمات، لقانون المنافسة، مع استثناء أعمال الأشخاص العامة المنطوية على امتيازات السلطة العامة المرتبطة بوظيفة المرفق العام.

الفصل الثاني:

تحديد الممارسات المنافسة للمنافسة في سوق الطلب العمومي

إن الممارسات المنافسة للمنافسة المرتكبة في إطار الصفقات العمومية والتي تدخل في نطاق رقابة هيئات المنافسة، قد تكون صادرة عن المؤسسات العارضة، أو عن الإدارة في بعض الحالات، وإن كانت ممارسات المشتري العمومي التي من شأنها الحد من المنافسة تخرج عن هذا المجال، إذا كانت مرتبطة بسير المرفق العام أو ممارسة امتيازات السلطة العامة¹.

في هذا الشأن، يرى الأستاذان Lenica و Bergeal أنه عند إبرام الصفقة، فإن التصرفات المنافسة للمنافسة تكون صادرة عموماً عن المؤسسات العارضة قبل إبرام العقد، لكن أحياناً قد تصدر ممارسات ممنوعة بموجب الكتاب الرابع من القانون التجاري عن السلطة العمومية فتختار أو تقصي بموجها تلك المؤسسات، ويكون بذلك عدم المشروعية نابع من فعل إسناد الصفقة²، ويعتبر الأستاذان أن الممارسات في الصورة الأولى أي الصادرة عن المؤسسات العارضة، يختص بالنظر فيها مجلس المنافسة، في حين ترجع تلك المتعلقة بالصورة الثانية أي الصادرة عن المشتري العمومي لنظر القاضي الإداري.

بذلك، تختص هيئات المنافسة بالنظر في ممارسات الأشخاص المتدخلة في إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية عندما تكون مخلة بالمنافسة، ويتعلق الأمر بالممارسات المنافسة لقواعد المنافسة المقررة بالفصل الثاني من الباب الأول من الأمر رقم 03/03، والكتاب الرابع من القانون التجاري الفرنسي، حيث نلاحظ تنوع وتعدد هذه الممارسات لتشمل

¹ Pascal Lehuede, Droit de la concurrence, Editions Bréal, Paris, 2012, p. 40.

² Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, Le contentieux des marchés publics, Imprimerie Nationale, Paris 2004, p.216.

إمكانية إقدام بعض المرشحين على إبرام اتفاقات منافية للمنافسة فيما بينهم، أو استغلالهم التعسفي لقوتهم الاقتصادية في سوق الطلبات العمومية، وهي الممارسات التي لم يتردد مجلس المنافسة الفرنسي في إصدار عقوبات مختلفة ضد مرتكبيها عند المشاركة في صفقة عمومية، مع تركيزه على الاتفاقات، هذا من جهة¹ (المبحث الأول).

ومن جهة أخرى، يمكن أن تلجأ المؤسسات الراغبة في المشاركة في صفقة عمومية إلى تقديم عرض جماعي بشكل مخالف لقواعد المنافسة من أجل مغالطة المشتري العمومي حول حقيقة سوق الطلبات العمومية، بالرغم من أن اللجوء لهذه الآلية - أي آلية التجميع- لا يعد في حد ذاته ممارسة منافية للمنافسة طبقاً للأحكام القانونية المنظمة له، مما يستدعي توضيح المقصود بالتجميع كوسيلة ممكنة للترشح لنيل الصفقات العمومية، وتبيين متى يكون تكوينه منافياً لقواعد المنافسة (المبحث الثاني).

¹ Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit, p. 221: "Si les deux premiers types de pratiques anticoncurrentielles sont rarement sanctionnés dans le domaine des marchés publics, ce dernier demeure, en revanche, le lieu de prédilection des ententes, révélées le plus souvent par une concertation entre les offreurs".

- نفس الممارسات ذكرها الأستاذ Laurent Richer إذ اعتبر الممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية تنقسم إلى اتفاقات حول اقتسام الصفقات، وممارسات أخرى تشمل الاتفاق حول الأسعار، والتعسف في وضعية الهيمنة، ويعتبر في نظره الاتفاق حول تقاسم الصفقات العمومية الممارسة المنافسة للمنافسة الأكثر تداولاً بين المؤسسات المشاركة في طلب العروض. يراجع:

-Laurent Richer, «L'application du droit de la concurrence aux marchés publics», CJEG, Octobre 1989, pp. 297-299.

المبحث الأول:

الممارسات السلوكية المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية

قد يلجأ المتعاملون الاقتصاديون في معظم الأحيان تحت تأثير المنافسة، إلى مضاعفة قوتهم الاقتصادية في السوق، عن طريق اللجوء لسلوكات تتنافى مع قواعد المنافسة الحرة، لاسيما وأن تنظيم المنافسة وفق الضوابط المنصوص عليها بالنظام القانوني للصفقات العمومية لا يعتبر الوسيلة المثلى لمنع خلق مثل هذه الممارسات¹، لذلك يتعين الرجوع لقانون المنافسة للبحث عن آليات مجابهة التأثير السلبي للاستغلال التعسفي لهذه الممارسات على حرية المنافسة في هذا المجال، بما يشكل سندا جديدا للحماية القانونية ضد الممارسات المخلة بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

ومن بين أبرز السلوكات الممكنة إخلالها بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية، نجد الاتفاقات المنافسة للمنافسة المحظورة بموجب أحكام قانون المنافسة الجزائري والقانون التجاري الفرنسي (المطلب الأول)، وكذا تعسف المؤسسات المرشحة في استعمال قوتها الاقتصادية من خلال سوء استعمالها لوضعيتها المهيمنة على السوق، أو فرضها لأسعار لا تتلائم مع حقيقة المنافسة في سوق الطلب العمومي (المطلب الثاني).

¹ Jérôme Grand Desuon, «Le code des marchés publics, est-il un outil permettant d'assurer la concurrence?», 13^{eme} colloque organisé par l'association Française des avocats conseillés auprès des collectivités territoriales sur: le droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique, Paris le 05 Octobre 2006, p. 109: "Avec un peu de provocation, je dirai que le code des marchés publics n'est pas le lieu de lutte contre les atteintes à la concurrence. De même, le code des marchés publics n'est pas un outil de lutte contre la corruption".

المطلب الأول: حظر الاتفاقات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية

إن من أبرز الممارسات المنافسة للمنافسة المرتكبة في الصفقات العمومية نجد الاتفاقات التواطئية¹ الرامية إلى الحصول عليها بشكل غير مشروع، حيث يتم ذلك عند تقديم العروض وقبل مرحلة إسناد الصفقة، من أجل إيهام صاحب المشروع بوجود منافسة حقيقية من خلال العروض المقدمة، في حين أن مقدميها هم أطراف في اتفاق غايته تمكين أحدهم من الفوز بها، وما العروض المقدمة إلا عروض مفتعلة ومتفق على تفاصيلها فيما بين مقدميها. ومن السمات الملازمة لاتفاقات منح الصفقات العمومية أنها ممانعة للمنافسة²، إذ أنها تتعارض مع الغرض من الدعوة إلى التقدم بالعروض، كسواء السلع أو الخدمات بأنسب الأسعار والشروط³.

يرتبط موضوع حظر الاتفاقات أساساً بالأهداف الاقتصادية للدولة، حيث نجد دولا تعتبر مثل هذه الاتفاقات منافية للمنافسة في حد ذاتها أي تعتمد مبدأ الحظر المطلق، ودول أخرى تعتمد الحظر النسبي للاتفاقات الاقتصادية، فتشترط توفر مجموعة من الشروط لكي يخضع الاتفاق للحظر مثلما هو معتمد في فرنسا والجزائر⁴. ولفهم الاتفاق المنافي للمنافسة وكيفية وقوعه في إطار الصفقات العمومية، ينبغي توضيح المقصود به، مع

¹ ترجم المشرع الجزائري مصطلح Entente بالاتفاق، الأمر الذي انجر عنه اعتماد هذا المصطلح للدلالة على الأشكال المختلفة للتفاهم بين المؤسسات، في حين أن الاتفاق L'accord يختلف عن التوافق L'entente، إذ يعتبر الأول مجرد شكل من أشكال التفاهم بين المؤسسات، لذلك نرى أن التسمية الصحيحة التي تشمل كل أشكال التفاهم بين المؤسسات ومنها التواطؤ Concertation والاتفاق L'accord، هي مصطلح التوافقات.

² معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص. 162.

³ لعور بدر، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2013/2014، ص. 54.

⁴ تواتي محند الشريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2007، ص. 17.

الإشارة للعناصر الواجب توفرها لقيامه (الفرع الأول)، ثم الإشارة لخصوصيات هذه الممارسة وصورها في الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الاتفاقات المنافسة للمنافسة

تشكل الاتفاقات المنافسة للمنافسة أحد المحاور الهامة في القانون الاقتصادي بصفة عامة، وقانون المنافسة بصفة خاصة، كما تعتبر من أهم المواضيع التي شغلت الدراسات الفقهية، على الرغم من اختلاف المقصود بها فقها وقانونا، بحيث يهدف الجانب التشريعي إلى وضع تحديد لها، من خلال وضع نصوص جامدة تحدد شروط قيام الممارسة في حين يهدف الفقه إلى اعتماد مبدأ الملائمة الاقتصادية، إلا أنهما - أي التشريع والفقه - يشتركان في وضع إطار خاص لهذه الممارسة ووضع تعريف جامع لها، وعليه، ينبغي توضيح المقصود بهذه الممارسة (أولا) ثم التعرّيج على شروط قيامها (ثانيا).

أولا: تعريف الاتفاق المنافي للمنافسة

لم يعرف المشرع الجزائري الاتفاقات المنافسة للمنافسة، شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي الذي لم يورد تعريفا لها لا في الأمر المؤرخ في 30 جوان 1945¹، ولا في أمر 01 ديسمبر 1986 ولا حتى في القانون التجاري، ونفس الأمر بالنسبة للتشريع الأوروبي²، حيث اكتفت جل هذه التشريعات بسرد بعض الحالات التي يكون فيها الاتفاق محظورا³، بمعنى

¹ Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, JORF du 8 juillet 1945.

² L'art. 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ancien article 82 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE), dispose que: "Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché, et notamment ceux qui consistent à..."

³ تنص المادة 06 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، على أنه: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية، عندما تهدف أو يمكن أن تهدف، إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منها، لاسيما عندما ترمي إلى: - الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، - تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ

أن الاتفاقات المنافسة للمنافسة لا تقوم على أساس خصائصها وإنما على أساس أهدافها وغايتها¹.

لذلك، ينبغي الرجوع للتعريف الفقهي للاتفاق المنافي للمنافسة، إذ عرفته الأستاذة Sélinsky على أنه: "اتفاق تنشأه عدة إرادات ترمي من خلاله إلى وضع نظام جماعي للسلوك في السوق"²، ويعرفه الأستاذ Gudin على أنه: "سعي إرادي من شأنه أن يضر بالمنافسة". كما رأى مجلس المنافسة الفرنسي أن كل اتفاق "يفترض توافق في الإرادات بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، ويعتبر شرط مطلق لتشكيل الاتفاق المنافي للمنافسة"³.

إن مثل هذه التعاريف والدراسات ساهمت بصفة فعالة في مساعدة هيئات الرقابة، لاسيما مجلس المنافسة والهيئات القضائية المختصة، في تحديد وتكييف الاتفاقات التي تدخل في مجال الحظر، كما نلاحظ أن كلا من التشريع والفقهاء يتفقان على أن تحقق الاتفاق المنافي للمنافسة، يشترط مجموعة من العناصر تعتبر شروطا ضرورية لتشكيله، مما يستوجب بسطها.

التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني، - اقتسام الأسواق أو مصادر التموين، - عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها، - تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة، - إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية، - السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة". وقد تم نقل نص هذه المادة بشكل شبه حرفي من قانون حرية الأسعار والمنافسة الفرنسي، بحيث تنص المادة 07 من الأمر رقم 86-1243 المؤرخ في 01 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، والتي تم نقل محتواها إلى المادة L.420.1 من القانون التجاري الفرنسي، على أنه:

"Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à..."

¹ تواتي محند الشريف، المرجع السابق، ص. 17.

² Véronique Sélinsky, «Ententes prohibées à travers les avis de la commission de la concurrence», Edit. LITEC, n° 201, 1979, p. 57.

³ Guy Canivet, Marie-Chantal et Boutard-Labarde, Droit Français de la concurrence, LGDJ, Paris, 1994, p.37.

ثانيا: شروط قيام الاتفاق المنافي للمنافسة

لاعتبار اتفاق ما بأنه محظور¹، لا بد من اجتماع بعض الشروط والتي تتمثل أساسا في وجود توافق بين المؤسسات، والإخلال بحرية المنافسة، والعلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بحرية المنافسة²، علما، بأن الاتفاقات في مجال الصفقات العمومية لها نفس طابع وشروط الاتفاقات في باقي الأسواق الاقتصادية³.

01- وجود توافق بين المؤسسات المرشحة للصفقة

ينبغي لقيام الاتفاق، توافق إيرادات مستقلة لمجموعة من المؤسسات الاقتصادية، بهدف الإخلال بحرية المنافسة داخل السوق، ولا يقوم الاتفاق في غياب هذا الشرط⁴، وبالتالي، يتحقق الاتفاق بمجرد انصراف إرادة كل مؤسسة معنية بسلطة القرار، إلى الانخراط في قالب مشترك يشكل سلوك جماعي لمجموعة من المؤسسات، مما قد يؤثر على الاستقلالية المعترف بها لكل منها⁵. وعلى هذا الأساس، لا يقوم الاتفاق إذا كانت إرادة إحدى

¹ إلى جانب الاتفاقات المحظورة، يوجد اتفاقات أخرى مباحة مثل الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له، أو تلك التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطوير اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. والتي ينبغي أن تكون محل ترخيص من مجلس المنافسة. تراجع: المادة 09 من قانون المنافسة الجزائري، والمادة 4-420 L من القانون التجاري الفرنسي، سابقني الذكر.

² لويس فوجال، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، المجلد 1، ترجمة القاضي منصور، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص. 832.

³ Rapport d'activité du Conseil de la concurrence Français pour 1989, p.118: "Les concertations en cas d'appels d'offres sont une forme classique d'entente anticoncurrentielles".

⁴ وهو ما أكدته لجنة المنافسة الفرنسية في تقريرها لسنة 1980 بإشارتها إلى أن "كل الاتفاقات مهما يكن شكلها تفترض تلاقي إرادتين...". كما أن "...إثبات التقاء إرادة أشخاص طبيعية أو معنوية مستقلة قانونيا واقتصاديا هو شرط أساسي لتجريم الاتفاقات".

- Rapport d'activité de la commission de concurrence pour 1980: "Toutes les ententes supposent un concours de volontés, quelque soit la forme de cet accord et même s'il ne formalise pas réellement. La démonstration ou la conviction qu'il y a eu un concours de volontés entre les personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est condition absolue de toute incrimination". Cité par: Yves Serra, Le droit Français de la concurrence, Collection connaissance de droit, Dirigée par Jean Luc Aubert, Dalloz, Paris, 1993, p. 81.

⁵ Guy Canivet, Marie-Chantal et Boutard-Labarde, op.cit., p. 120.

المؤسسات مثلا مشوبة بأحد عيوب الإرادة كالإكراه¹، ولكن يجب في هذه الحالة أن يكون العيب المثار هو الدافع الفعلي للدخول في اتفاق محذور، أي يجب أن تكون المخالفة قد ارتكبت لتجنب خطر مباشر، وحقيقي، يهدد المؤسسة المعنية، ويكون غير ممكن دفعه بالطرق المشروعة².

وتصنف الاتفاقات إلى اتفاقات صريحة تجد أساسها في اعتماد شكليات معينة مثل العقد أو الاتفاقيات المكتوبة³، وأخرى ضمنية لا تستند إلى شكل قانوني محدد يثبت الإرادة المشتركة للمتدخلين في السوق⁴، عبر عنها المشرع الجزائري بـ "... الممارسات والأعمال المدبرة..."، والتي تعد أكثر تعقيدا من حيث الإثبات، إذ غالبا ما تعمد الأطراف المتحالفة إلى إخفاء اتفاقاتها، ونجد هذا الصنف خاصة في الصفقات العمومية مثلما أكدته مجلس

¹ CA Paris, 09 Nov. 1989, Carburant en Corse. Cité par: Véronique Sélinsky, «Ententes illicites», JCP, Concurrence Consommation, Fasc. 310, n° 03, 2010, p.03: "Considérant que la société Esso a justifié par les pièces versées aux débats qu'elle n'a consenti à aligner ses prix que sous la pression de graves menaces, que si elle montre le caractère illicite des comportements... une telle circonstance établit toutefois que cette société ne s'y est résolue que sous l'empire de contraintes individuelles lui imposant un mode de fixation de ses prix, exclusif de tout accord de volonté à une quelconque action concertée".

² André Decocq et Georges Decocq, Droit de la concurrence interne et communautaire, 2ème édition, LGDJ, Paris, 2004, p.290.

³ من أمثلة الاتفاقات الصريحة أيضا، إبرام المؤسسات لبروتوكول اتفاق، أو ميثاق يتعلق بالممارسات التجارية الحسنة، أو عقد توزيع، أو وضع شروط عامة للبيع، أو إبرام اتفاقية جماعية تتضمن قواعد سلوكية تخل بالمنافسة، أو تعليمات موجهة من طرف نقابات أو جمعيات مهنية. تراجع: ديباش سهيلة، «إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية»، مداخلة في الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق لجامعة المدية، 20 ماي 2013، غير منشورة، ص.04.

- Voyez également: Cons. conc., déc. n° 06-D-37 du 7 décembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes, Rapport. Cons. conc. 2006, p.117, et Cons. conc., déc. n° 07-D-05 du 21 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Union française des orthoprothésistes (UFOP) sur le marché de la fourniture d'orthoprothèses. Citées par: Muriel Chagny, «Regards sur le droit des pratiques anticoncurrentielles: Les Développement en matière de distribution», intervention prononcée à la Cour de cassation, le 08 février 2007, à l'occasion de la conférence organisée par la Cour de cassation et l'Association Française d'Etude de la Concurrence sur «L'année 2006 et le droit de la concurrence», p.08.

⁴ Alain Guillotin, «La preuve et la forme juridique des ententes», La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, Hebdomadaire n° 06, 09 Février 2012, p. 107.

المنافسة الفرنسي في تقريره لسنة 1997¹، على غرار صورة الترتيبات الودية بين الأطراف المتواطئة²، أو مجرد تشاور بسيط أو تبادل للمعلومات حول أسس الخطة المراد تبنيها³.

كما يمكن تقسيم الاتفاقات استنادا لمعيار القائمين بالتشاور، حيث نميز بين الاتفاقات التي تخص المؤسسات المتواجدة في نفس المستوى من الإنتاج والتسويق أي الاتفاقات الأفقية، وتلك التي تتم على مستويات مختلفة، أي الاتفاقات العمودية⁴.

فالاتفاقات الأفقية هي تلك التي تتم بين مجموعة من المتعاملين المستقلين فيما بينهم أي لا تجمعهم رابطة تبعية، بمعنى مؤسسات متواطئة على نفس المستوى من السلسلة الاقتصادية، إذ يقومون بنشاط اقتصادي مماثل ويعملون على مستوى واحد في السوق. ففي هذه الحالة يتم تمويل السوق من طرف مؤسسات عديدة متواجدة على مستوى واحد كتلك التي تباع مثلا سلع من أنماط أو أنواع متشابهة، والتي يمكن لجوؤها إلى اتفاق أفقي تتفق بمقتضاه على توزيع السوق فيما بينها، وإقصاء المؤسسات التي ليست طرفا فيه.

¹ Rapport d'activité du Conseil de la concurrence Français pour 1997, p. 37.

² قامت سلطة المنافسة بفرنسا سنة 2011 بمعاينة مؤسسات Unilever, Henkel et Colgate Palmolive Procter & Gamble، بتسويق إستراتيجيتهم التجارية وأسعارهم في السوق، من خلال عقد اجتماعات غير رسمية عدة مرات في السنة على مستوى فنادق ومطاعم باريسية مما أدى لتكوين كارتل سيطر على سوق مواد الغسيل. يراجع:

- Aut. Conc., déc. 11-D-17 du 08 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives. Voyez: Rapport annuel sur l'évolution de la politique de la concurrence en France 2011, soumis par la France au Comité de la concurrence de l'OCDE, 16 Oct. 2012, p. 05.

³ مثال الأعمال المدبرة رفع المؤسسات المتوافقة لأسعار منتجاتها بصفة متوالية، وبنسب شبه متساوية، مثلما حصل في قضية المواد الملونة التي كانت محل نظر لجنة المنافسة الأوروبية سنة 1969. يراجع:

- Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen et Louis Vogel, Droit commercial européen, 05^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1994, p.364.

⁴ معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص. 137 - 138. راجع أيضا: لويس فوجال، المرجع السابق، ص. 852 - 854.

أما الاتفاقات العمودية أو الرأسية، فيقصد بها تلك الاتفاقات التي تتم على مستويات مختلفة في السوق من الإنتاج والتوزيع، كالاتفاقات التي تبرم بين منتج يتواجد في مرتبة عليا، وموزعين يتواجدون في القاعدة¹.

02- ضرورة إخلال الاتفاق بالمنافسة

إلى جانب وجود الاتفاق، لا يكون هذا الأخير محظورا، إلا إذا كان يرمي إلى المساس بالمنافسة الحرة، وبالتالي ينبغي البحث عن الآثار التي يترتبها على حرية المنافسة سواء بالحد منها أو بالإخلال بها. فيجب أن يكون الأثر المترتب عن الاتفاق هو الإخلال بالمنافسة، سواء كان هذا الإخلال محققا أو احتماليا، بحيث تمنع جميع الاتفاقات، حتى تلك التي ليس من الأكيد مساسها بمبدأ حرية المنافسة²، وذلك من أجل المواجهة بأوسع شكل ممكن الاتفاقات التي من شأنها الإخلال بالسير الحسن للمنافسة³.

وهكذا تقوم المخالفة، إذا تبين أن موضوع الاتفاق منافي للمنافسة، ولو لم ينتج أثره⁴، ومثال ذلك اعتبار مجلس المنافسة في كثير من المناسبات، مثلما سنبينه عند حديثنا

¹ Jean-Bernard Blaise, op.cit, p. 389.

² نصت المادة 06 السالف ذكرها على أنه: "تحظر الممارسات... عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة"، في حين أن المشرع الفرنسي عبر عن ذلك في المادة L.420.1 من القانون التجاري كما يلي:

"Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence...". L'art. 101 TFUE dispose également que l'interdiction des ententes s'applique aux pratiques "susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres".

³ Karounga Diawara, «La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles: aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet», Bulletin de droit économique Volume 1, Numéro 3, Faculté du droit, Université Laval, Automne 2010, p. 23: "L'intérêt de la distinction entre les notions "d'objet" et "d'effet" anticoncurrentielles est de permettre d'appréhender de la manière la plus vaste possible les comportements d'ententes susceptibles d'entraver le bon fonctionnement de la concurrence".

⁴ André Decocq et Georges Decocq, op.cit., p. 321: "Une entente dont l'objet est anticoncurrentielles peut être déclarée illicite sans avoir reçu application".

عن صور الاتفاقات في مجال الصفقات العمومية، أن تبادل المعلومات الذي حصل بين مؤسسات للأشغال العمومية، قبل تقديمها لعروضها بخصوص صفقة عمومية، يعد اتفاقاً غير مشروع، بالرغم من عدم فوز أي من تلك المؤسسات بالصفقة¹.

وبالتالي، يكفي لاعتبار اتفاق ما بأنه محظور، مجرد انصراف نية الأطراف إلى إعاقة أو تقييد المنافسة الحرة، دون ضرورة تحقيق الأهداف غير المشروعة المناهضة للمنافسة²، فيكفي أن يكون تأثير الاتفاق سلبياً على المنافسة، من خلال منعها أو الحد منها أو الإخلال بقواعدها³، بحيث يشكل شرط الإخلال بحرية المنافسة أساساً لتكييف اتفاق ما بأنه محظور⁴.

على أنه ينبغي الإشارة، إلى أن استنتاج موضوع الاتفاق يتطلب حصول أفعال أو تصرفات تتم لتنفيذه، وعلى هذا الأساس، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي، أن عدم قيام مؤسسات متواطئة في نهاية الأمر بتقديم العروض التي كانت تنوي التقدم بها للحصول على صفقة عمومية، يتعذر معه متابعتها، نظراً لاستحالة إثبات أن التواطؤ كان بهدف الحصول على الصفقة⁵.

¹ Michel Pédamon, Droit commercial, 4^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 2013, p. 431.

² نصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 03/03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2003/2004، ص. 68.

³ المقصود بهدف الاتفاق هو السلوك المراد أو المقبول من أطرافه، والذي سيؤدي عادة إلى تقييد المنافسة في سوق سلعة أو خدمة معينة. يراجع: كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03/03 والقانون 04/02، المرجع السابق، ص. 59.

⁴ من أمثلة هذه الاتفاقات تجميعات المؤسسات التي تهدف إلى تنظيم مهنة ما أو نوع نشاط معين، و تبادل المعلومات التقنية أو المعلومات المتعلقة بالتسيير بشأنها، مما يستوجب معرفة ما إذا كان موضوع الاتفاق المذكور أو الهدف منه هو إلغاء حرية المتعاملين المعنيين بقطاع النشاط، في اتخاذ قراراتهم بعد التحقق من تحديد أسعارهم وفق التعليمات الموجهة لهم، وهذا بغض النظر عن كونها أقل من الأسعار التي يمارسها متعاملون آخرون في نفس القطاع.

⁵ Véronique Sélinsky, «Ententes illicites», art.préc., p. 24.

03- العلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بالمنافسة

تتوفر العلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بالمنافسة، في حالة ما إذا كان الضرر الذي ألحق بحرية المنافسة في السوق، من فعل الاتفاق المعني القائم بين الأطراف المتواطئة فيه، بحيث ينبغي أن تكون هناك علاقة قائمة بين الاتفاق الذي تم بين الأطراف المعنية، وما ينتج عن ذلك من آثار سلبية على حرية المنافسة، مما يفرض على السلطة المكلفة بحماية المنافسة دراسة الاتفاق دراسة معمقة، وتحليل السوق اعتمادا على ما تتوصل إليه من حوصلة اقتصادية على هذا السوق، فإذا لم يتم إثبات وجود علاقة بين الاتفاق والسير الحسن للمنافسة، فلا محل لحظر الاتفاق¹.

كما لا يمكن إدانة اتفاقات المؤسسات الاقتصادية في أي سوق بما فيها سوق الطلبات العمومية، إذا كانت ناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له، بحيث يملك أصحاب هذه الممارسة الاستناد في تبرير اتفاقهم على أساس وجود هذا النص²، كما تباح كذلك، الاتفاقات المبررة بتقدم اقتصادي وتقني ملموس، وكان فيها تشجيع للتشغيل أو خفض للبطالة، أو كان من شأنها أن تعزز الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، فتعتبر مثل هذه الاتفاقات مباحة لتأثيرها إيجابا على المصلحة العامة³، واستفادة المستهلكين منها بما فهم المشتركين العموميين¹.

¹ لحراري شالح ويزة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص.60.

² يشترط للاستفادة من هذا الاستثناء على وجه الخصوص، أن تتوفر بعض الشروط في النص القانوني المقرر للاستثناء من المنع، بحيث يجب أن يكون الاتفاق المحظور نتيجة مباشرة وضرورية للنصوص المتمسك بها، كما يجب تفسير النص الذي يقرر الإعفاء تفسيرا ضيقا، وأن يكون النص يسمح بالممارسة بشكل صريح. يراجع في هذا الشأن: كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2005/2004، ص.141.

³ الجدير بالملاحظة حسب المعطيات التي توفرت لهذا البحث، أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يستثني فيه تطبيق قواعد المنافسة المتعلقة بحظر الاتفاقات المنافسة للمنافسة على بعض القطاعات الاقتصادية، على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص على سبيل المثال في المادة 10 من قانون المنافسة لسنة 1986 على استثناء الاتفاقات والممارسات المتعلقة بالمواد الفلاحية أو ذات الأصل الفلاحي التي تكون

ويشترط أن تكون مثل هذه الاتفاقات أو الممارسات محل ترخيص من مجلس المنافسة، مع إمكانية الحصول على تصريح بعدم تدخل مجلس المنافسة في الممارسات المحددة في المادتين 06 و07 المتعلقة بالاتفاقات المحظورة ووضع الهيمنة على السوق².

الفرع الثاني: خصوصية الاتفاقات المحظورة في ميدان الصفقات العمومية وصورها

نظرا لارتباط موضوع الصفقات العمومية بمشاريع ذات نفع عام، يتم تنفيذها بواسطة الأموال العامة للدولة، فإن مسألة الاتفاقات المحظورة في هذا المجال تم التعامل معها بشكل خاص، مما يتطلب التعرض لخصوصيتها (أولا)، ثم لأشكالها المتعددة في ميدان الصفقات العمومية (ثانيا).

أولا: خصوصية الاتفاقات المحظورة في سوق الصفقات العمومية

تتمثل أهم خصوصيات الاتفاقات المحظورة في ميدان الصفقات العمومية، في اعتبار هذه الأخيرة سوقا معنية ذات طابع خاص، متميزة نوعا ما عن ما ورد في المادة 06 من قانون المنافسة الجزائري التي تنص على حظر الاتفاقات المنافسة للمنافسة "...في نفس السوق أو في جزء جوهري منه...".

تعتبر السوق الفضاء الذي تتنافس بداخله المؤسسات، الأمر الذي يجعلها مسرحا لأي تقييد محتمل لحرية المنافسة³. ولتقدير ما إذا كان الاتفاق يقيد المنافسة أم لا، لا بد

تحت علامة تجارية واحدة أو إسم تجاري واحد. يراجع: كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص.151.

¹ يخضع تقدير تحقيق الاتفاقات المنافسة للمنافسة لهذه الأمور إلى إجراء حصيللة اقتصادية، لمعرفة المحاسن والمساوئ المسجلة، فيأخذ بعين الاعتبار مثلا، تحسن الإنتاجية، وتحسين منافذ السوق بخلق منافذ جديدة للإنتاج، كتلك التي تسمح باستبدال وسائل الإنتاج التقليدية بأخرى حديثة. يراجع: لحراري شالح ويزة، المرجع السابق، ص.61.

² صدر في هذا الشأن المرسوم التنفيذي رقم 175/05 المؤرخ في 12 ماي 2005 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل "attestation negative"، ج.ر عدد 35 لسنة 2005.

³ André Decocq et Georges Decocq, op.cit., p. 90.

من الأخذ بعين الاعتبار السوق المعنية به¹، وإن كان تحديد السوق في مادة الاتفاقات لا يعتبر أمراً ضرورياً في كل الحالات، مقارنة بحالة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق².

وقد عرف المشرع الجزائري السوق في المادة 03 الفقرة ب من قانون المنافسة بقوله: "يقصد في مفهوم هذا الأمر بالسوق، كل سوق للسلع والخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب ميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض فيها المؤسسات السلع والخدمات المعنية..."³. كما حدد القضاء الفرنسي المقصود بالسوق من خلال اعتبارها "المكان الافتراضي الذي يلتقي فيه العرض بالطلب، على منتجات أو خدمات، تعتبر من قبل المشترين أو المستعملين قابلة للتعويض عن بعضها البعض ولكن غير معوضة عن السلع والخدمات الأخرى المعروضة"⁴.

وبذلك تحدد السوق وفقاً لقانون المنافسة سواء في الجزائر أو في فرنسا، بالنظر للسلع والخدمات التي تشتمل عليها، وذلك استناداً لجملة من العناصر الاقتصادية أهمها: الخصائص التقنية للمنتج⁵، وشروط استخدامه⁶، وتصرف المستهلك⁷، والسعر¹، هذا من

¹ يطلق الفقه على هذه السوق تسمية السوق المعنية – أي المعنية بالممارسات المنافسة للمنافسة -. وأحياناً أخرى تسمية السوق المرجعية، لأنها يرجع لها لتقدير الضرر الذي يمس حرية المنافسة.

² جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 128.

³ نستخلص من هذا التعريف أنه خاص بالسوق المرجعية، بسبب استعمال المشرع الجزائري لعبارة "كل سوق... معنية بممارسات مقيدة للمنافسة".

⁴ Annie Chamoulaud-Trapiers, Gulsen Yildirim et Claude Lombois, Droit des affaires/ relations de l'entreprise commerciale : 1er et 2e cycles, Editions Bréal, Paris, 2003, p. 173.

⁵ بمعنى تشابه الخصائص التقنية للمنتج، مثلاً: سوق السيارات النفعية، أو سوق الأنابيب المعدنية...إلخ.

⁶ أي مقدار تشابه أو اختلاف دور المنتج من الناحية التقنية، فمثلاً سوق المدفئة الكهربائية، يختلف عن سوق المدفئة التي تعمل بالغاز.

⁷ مثال ذلك، سوق الزبدة الموجهة للمستهلك النهائي، تختلف عن سوق الزبدة الموجهة لمحترفي صناعة الحلويات، كما يمكن في بعض الحالات أن تكون منتجات مختلفة من الناحية التقنية معوضة عن بعضها البعض في نظر المستهلك، مثل التنقل بواسطة القطار العادي، والقطار السريع بالنسبة لخط سير معين.

من جهة. كما تحدد السوق من جهة أخرى، على أساس جغرافي يشمل كامل التراب الوطني، أو جزء محدد منه، وقد حدد المشرع الجزائري هذا الامتداد الجغرافي بالمساحة التي تعرض فيها المؤسسات السلع والخدمات²، كما نجد التشريع الأوربي قد عبر عنها بـ "السوق المشترك"³.

على أن تحديد السوق في مجال الصفقات العمومية يختلف حسب الممارسة المرتكبة، فبالنسبة للاتفاقات المحظورة يكون تحديدها مبنيًا على مجرد التقاء طلب المشتري العمومي على سلعة أو خدمة معينة مع العرض المقدم من طرف العارضين⁴، وبالتالي، يعتبر كل طلب عروض سوقًا مرجعية⁵. على خلاف التعسف في استعمال وضعية

¹ بمعنى مدى قدرة المستهلك على التحول من منتج إلى آخر، عند حصول تغير في السعر.

² تراجع المادة 03 من الأمر رقم 03/03 سألقة الذكر، التي أشارت إلى: "...والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية...".

³ L'art. 101 TFUE interdit les ententes "ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun".

⁴ Cons. conc., déc. n° 95 D 76 du 29/11/1995, BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.215: "Le marché est constitué par la confrontation de l'offre et de la demande". Citée par: Patrice Reis, «Ententes de répartition des marchés: vers une sanction aggravante des pratiques anticoncurrentielles?», Manuscrit auteur, publié dans Le processus de concurrence, Economica (Ed.), 2000, p.314.

- بدوره، اعتبر مجلس المنافسة المغربي في رأي أصدره تحت رقم 13/34 بتاريخ 25 فبراير 2013، يتعلق بطلبات العروض المعلن عنها من طرف بريد المغرب لاختيار متار خبير لأشغال تهيئة وبناء وترميم بعض وكالات بريد المغرب، بخصوص تحديد السوق المرجعية "أن السوق المعنية بطلب الاستشارة هي طلبات العروض المتعلقة باختيار متار لأشغال بريد المغرب. فالطالب هو بريد المغرب، والعارضون هم الشركات المتنافسة المتعهددة في المناقصة". يراجع: التقرير السنوي لمجلس المنافسة المغربي لسنة 2013، ص.27.

كما أشار مجلس المنافسة التونسي من جهته في قراره الصادر في 01 نوفمبر 2007 تحت رقم 61117 إلى أن السوق من منظور قانون المنافسة هي "المكان الذي يتلاقى فيه العرض والطلب حول بضاعة أو خدمة معينة، وفي مادة الصفقات العمومية يمثل طلب العروض بذاته سوقًا يكون فيه كراس الشروط والطلب وتكون فيه عطاءات المشاركين العرض". يراجع في هذا الشأن: التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس، من إعداد المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة ACRLI، يناير 2010، ص.40.

⁵ Cons. conc., déc. n° 06-D-08 du 24 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault. BOCCRF n° 01 du 26 Janvier 2007, p.269: "Chaque marché public passé selon la procédure d'appel d'offres constitue un marché pertinent, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître d'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui répondent

الهيمنة، التي تحدد السوق بشأنها على أساس جميع المتعاملين الاقتصاديين الممكن مشاركتهم في طلب العروض حسب اجتهادات سلطات المنافسة في فرنسا¹، وبذلك ينطوي مفهوم درجة الهيمنة في الصفقات العمومية على بعدين اثنين: يتعلق الأمر من جهة أولى باعتبار عدد العارضين المتواجدين في السوق، ومن جهة ثانية بأخذ الأوزان النسبية لمختلف هؤلاء العارضين بالحسبان. ولهذا الغرض يجب تحديد السوق بدقة كافية قصد التمكن من فرز العارضين اللذين يقترحون عرض أشغال أو خدمات مماثلة²، وتحل محل بعضها البعض ولكنها غير قابلة للاستبدال مع عروض فئات أخرى.

من جهة أخرى، ونظرا لخصوصية الاتفاقات المحظورة في سوق الطلب العمومي، فإن التعامل معها بدوره يتم بطريقة مختلفة، مقارنة بالنظام القانوني الذي يحكم الاتفاقات في باقي الأسواق، على أساس أن تنفيذ هذا النوع من العقود يتم بواسطة المال العام للدولة، فتخل الاتفاقات المرتبطة بها بالمنافسة، وبمبدأ الاستعمال الحسن للمال العام³، مما يتطلب مواجهتها بشكل صارم، وهي الخاصية التي جعلت من هيئات المنافسة بفرنسا تؤسس لنظام متشدد لقمع هذا النوع من الاتفاقات⁴.

à l'appel d'offre". Voyez: Eric Chevrier, «Saisine de l'Autorité de la concurrence: la prescription décennale suit la quinquennale», Publié sur Dalloz Actualité <http://www.dalloz-actualite.fr>, le 23 mai 2011.

¹ Voyez: Rapport d'activité du Conseil de la concurrence Français pour 2001, décisions: n° 01-D-08 relative à une saisine présentée par le Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, n° 01-D-46 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999, et n° 01-D-66 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1998, rendus par le conseil de la concurrence. "Le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné".

² Voyez: Rapport annuel du Conseil de la concurrence de 2001, précité, p. 135.

³ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, précitée.

⁴ تشكل الاتفاقات في مجال الصفقات العمومية حيزا هاما من القضايا التي تنظرها سلطة المنافسة بفرنسا سنويا، حيث أن 16% و28% من العقوبات التي أصدرتها هذه الهيئة بين سنتي 2004 و2008 تعلقت بهذا النوع من الممارسات، بمعدل 13 قضية سنويا. يراجع:

لذلك، اعتبرت الاتفاقات في مجال الصفقات العمومية من أكثر الممارسات جسامة لحدتها من "كثافة الضغط التنافسي الذي من شأنه أن يتوفر في حالة تقديم المؤسسات لعروضها بشكل مستقل"¹، وعلى أساس أن الغش المرتكب على المشتري العمومي يشكل خرقا جسيما للنظام العام الاقتصادي *Ordre public économique*².

إن هذه الخطورة التي تشكلها هذه الممارسة، أدت بسلطات المنافسة بفرنسا إلى اعتماد بعض الاستثناءات على النظام القانوني العام للاتفاقات عند التعامل معها، حيث نجد بعض الممارسات التي لا تعتبر كاتفاقات خارج ميدان الصفقات العمومية محظورة في هذا المجال، فمجرد تبادل للمعلومات بين المؤسسات العارضة بشكل مسبق عن إيداع عروضها مثلا يكفي كاتفاق منافي للمنافسة³.

ونفس الأمر بالنسبة للاتفاقات ما بين فروع تابعة لنفس المؤسسة - *accords intra-groupes*، والتي لا تعتبر كاتفاقات منافية للمنافسة خارج مجال الصفقات العمومية بسبب غياب عنصر الاستقلالية، في حين يختلف الوضع في حالة ترشحها لنيل صفقة عمومية

- «Collusion et corruption dans les marchés publics», contribution de la France au Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE, précitée, p. 04.

¹ Laurent Binet, «Les ententes anticoncurrentielles dans les appels d'offres publics», Revue Contrats Publics, n° 99, Editions Le Moniteur, Paris, Mai 2010, p. 34 : "Elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle aurait été soumises les entreprises si elles s'étaient déterminées de manière indépendante".

² Communiqué de l'Autorité de la concurrence, 2011, relatif à la détermination des sanctions pécuniaires: "ces pratiques, qui visent à tromper les maîtres d'ouvrage sur l'effectivité même de la procédure d'appel d'offres, se rangent par leur nature même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter en raison de leur caractère secret".

³ Voyez : Aut. Conc., déc. n° 09-D-18 du 2 juin 2009 relative aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentanée d'entreprises RTM-Véolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille. Citée par : Sabine Naugès et Séverine Risser, «Les échanges d'informations proconcurrentiels dans le cadre de la commande publique: Le nécessaire arbitrage entre intérêt public et droit de la concurrence», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 3-2013, p. 07.

وتقديمها لعروض مستقلة، سواء تم الاتفاق بين هذه الفروع، أو بين إحداها والمؤسسة الأم¹.

كل ذلك جعل من مسألة قمع هذه الاتفاقات تتمتع هي الأخرى بخصوصية في مجال العقاب، بشكل يختلف عن ردع غيرها من الاتفاقات من حيث حجم العقوبة المالية المسلطة من طرف سلطة المنافسة على المؤسسات العارضة، وكيفية حسابها².

إذن، تكون الاتفاقات المرتكبة بمناسبة الترشح لصفة عمومية حسب تعبير الأستاذ Dominique Brault محظورة بصفة مشددة، ولا تتمتع أي منها بأية قرينة تدحض عنها صفة الإخلال بالمنافسة³، وقد تتخذ هذه الممارسة شكل تقاسم الطلبات، أو تنسيق الأسعار على مستوى العروض المالية، أو تقديم عروض تغطية بهدف تظليل المشتري العمومي حول مسألة حصول منافسة حقيقية، وذلك بعد التعيين المسبق لمن سيفوز بالصفة، وأيضا مجرد تبادل المعلومات بمناسبة طلب العروض، مما يتطلب تفصيل مختلف هذه الصور.

ثانيا: صور الاتفاقات المحظورة الشائعة في ميدان الصفقات العمومية

تؤدي الاتفاقات المحظورة بين المؤسسات الاقتصادية المرشحة لنيل الصفقات العمومية إلى الإضعاف من المنافسة، وفي بعض الحالات إلى إقصاء بعض المؤسسات،

¹ CJCE, 14 juill. 1972, ICI, aff. 48/69, Rec. 1972, p. 619, point 133: "La responsabilité d'une société mère pour le comportement illégal d'une filiale, il fallait établir que cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère". Voyez: Michel Debroux, «Sanction des cartels en droit communautaire: Définition et conséquences d'une "responsabilité de groupe"», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 1-2008, p. 03.

² Le communiqué du 16 mai 2011 précité, relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, met en place une méthode de calcul de sanction particulier en matière d'appel d'offres, puisqu'il énonce que: "la méthode décrite à la section IV.A.2 ci-dessus sera adaptée dans les cas de pratiques anticoncurrentielles portant sur un ou plusieurs appels d'offres".

³ Dominique Brault, Politique et pratique de la concurrence en France, LGDG, Paris, 2004, p. 804.

وتتخذ هذه الاتفاقات عدة أشكال لاسيما وأن قانون المنافسة سواء في الجزائر أو فرنسا أورد أوجها خاصة للاتفاقات الاقتصادية المحظورة¹ على سبيل المثال فقط لا على سبيل الحصر، بحيث يمكن لمجلس المنافسة أن يعاقب كل ممارسة قامت بتقييد المنافسة الحرة، توصف بأنها أخذت شكل اتفاق تتوفر فيها الشروط المشار إليها سابقا.

ورجوعا لاجتهادات مجلس المنافسة الجزائري، نجدها شحيحة في هذا المجال إن لم نقل منعدمة، مما يحتم علينا الاستئناس بما توصلت إليه سلطات المنافسة بفرنسا من اجتهادات عند نظرها هذا النوع من الممارسات، بحيث نجد تطبيقات عديدة للاتفاقات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، نورد نماذج منها، لاسيما وأن التشريعين الفرنسي والجزائري متشابهين في هذا المجال.

01- تبادل المعلومات قبل تقديم العروض Les échanges d'informations

يشكل اتفاقا منافيا لقواعد المنافسة بين المؤسسات، ثبوت وجود تنسيق أثناء تقديمها لعروض في الصفقة العمومية، خصوصا من خلال تبادل المرشحين لمعلومات حول محتوى هذه العروض قبل إيداعها، أو الحصول على هذه المعلومات من طرف الإدارة²، بحيث أن مجرد تبادل المعلومات قبل تقديم العروض يعد مخلا بقواعد المنافسة دون أن يقرن باتفاقات لاحقة فيما بين المؤسسات المتواطئة الراغبة في الحصول على الصفقة Entente anticoncurrentielle par objet³، فهذا التبادل كاف لتضليل المشتري العمومي¹.

¹ تراجع الفقرات 01، 02، 03 و04 من المادة 06 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، والمادة L.420-1 من القانون التجاري الفرنسي.

² تنص المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري على أنه: "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض. ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط".

³ Cons. conc., déc. n° 05-D-45 du 22 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre lors de la passation d'un marché de rénovation de l'usine d'incinération d'Issy les Moulineaux, point 45 ; voir également CA Paris, 18 janvier 2000, Chaillan Frères et CA Paris, 24 mai 2005, Imagin : "Les pratiques d'échange d'informations lors de la passation de marchés publics ont en elles-mêmes un objet anticoncurrentiel car elles conduisent nécessairement à une restriction de concurrence en

وتتعدد المعلومات الممكن تبادلها بين المؤسسات الراغبة في الفوز بالصفقة، فلا تعد ممنوعة بموجب قانون المنافسة إلا إذا كان الهدف منها تقاسم الطلب العمومي عن طريق التفرير بالمشتري العمومي حول مدى توافر المنافسة الحرة في السوق²، وأن يتم تبادلها قبل تقديم العروض دون ضرورة الوقوف عند حصول الأطراف المتواطئة على الصفقة أو على جزء منها لمتابعة ممارساتهم وردعها³.

supprimant ou limitant l'indépendance des entreprises soumissionnaires". Voyez: Pauline de Lanza et Guillaume Dezobry, «Ententes et marchés publics: La problématique des offres distinctes adressées par une société mère et sa filiale non autonome», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 1-2012, p. 02.

¹ CA Paris, 02 avril 1996, marchés d'aménagements hydrauliques et divers travaux publics dans les régions Provence Alpes Côte d'Azur et Languedoc-Roussillon, BOCCRF, 15 mai 1996, p. 16. Voyez: André Marie, «Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles», Revue Lamy de la Concurrence, n° 14, Janvier/Mars 2008, p. 117.

- Voyez également: CA Paris, 03 novembre 2009, Compagnie française de transport interurbain: "...qu'en matière de marchés publics ou privés sur appel d'offres, une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment d'une coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises antérieures à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence de concurrents, de leur nom, de leur importance, de leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou des prix qu'ils envisagent de proposer... Il en résulte que tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leur concurrentes, cette incertitude étant en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en terme de qualité et de prix pour obtenir le marché et qu'à l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée".

² من بين التشريعات التي نصت بشكل صريح على حظر هذا النوع من الاتفاقات، نجد قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري، سابق الذكر، الذي نصت المادة 06 الفقرة ج منه على أنه: "يحظر الاتفاق أو التعاقد... بقصد: ج- التنسيق فيما يتعلق بالتقدم أو الامتناع عن الدخول في المناقصات والمزايدات والممارسات وسائر عروض التوريد". يراجع: تامر محمد صالح، المرجع السابق، ص. 73.

³ يراجع: حسين الماحي، المرجع السابق، ص. 60.

أ- محتوى المعلومات المتبادلة

يختلف محتوى المعلومات المتبادلة بين الأطراف، إذ يمكن أن تشمل عدد المشاركين، والوسائل المادية والبشرية التي تحوزها¹، كما يمكن أن تتعلق بأسماء المؤسسات وأهميتها في السوق المعنية، وكذا الأسعار المزمع اقتراحها من طرفها².

يبدو أن مجلس المنافسة الفرنسي سابقا، وسلطة المنافسة حاليا³، قد وضعا أمثلة للمعلومات الممكن تبادلها، حيث نجدها تتمثل أساسا في معطيات خاصة بالمتنافسين وأهمية كل منهم كالوسائل الشخصية والمادية التي يعرضها هؤلاء ودرجة اهتمامهم بالاستشارة، وكذلك المعلومات المتعلقة بالأسعار، مع الإشارة إلى أنه لا يمكن الدفع بأن

¹ على سبيل المقارنة: يراجع قرار مجلس المنافسة التونسي في القضية رقم 4155 بتاريخ 16 ديسمبر 2004. التقرير السنوي لمجلس المنافسة التونسي لسنة 2004، ص. 127. ومما ورد فيه: "وحيث أن التواطؤ بين المؤسسات الاقتصادية في مادة الصفقات العمومية يمكن أن يتخذ أشكالا مختلفة، ويتجلى في مظاهر متعددة كتتنسيق العروض حول الأسعار التي تنوي بذلها، أو تبادل المعلومات حول عدد المشاركين والوسائل المادية والبشرية المزمع استعمالها، وذلك بغرض تقاسم الصفقات بينها جغرافيا أو زمنيا أو بغية فرض أثمان مشطبة على الإدارة بهدف تحقيق أرباح ما كان لها أن تحققها لو أنها التزمت بمبادئ المنافسة الحرة التي تفترض استقلالية العروض وسريتها".

² Aut. conc., déc. n° 10-D-10 du 10 Mars 2010 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier: "Il importe que les parties n'aient pas souhaité donner un objet anticoncurrentiel à cet échange d'informations: les échanges d'informations entre sociétés soumissionnaires avant le dépôt des offres, et spécialement ceux portant sur les prix, perturbent nécessairement le jeu normal de la concurrence". Cité par: Laurent Binet, art.préc, p. 34.

³ أشار مجلس المنافسة بفرنسا في أكثر من قرار إلى أن مثل هذه الممارسات من شأنها الحد من استقلالية العروض، والإخلال بالسير العادي للمنافسة. يراجع كمثال:

- Cons. conc., déc. n° 06-D-26 du 15 septembre 2006, relative à une saisine des sociétés Lamy Moto et Moto Ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et MKB. BOCCRF n° 01 du 26 Janvier 2007, p. 409: "La formulation d'offres distinctes par de telles entreprises exige l'indépendance totale de l'élaboration de leurs offres, faute de quoi le mécanisme de formation du prix ainsi que l'application de ces règles de choix sont nécessairement perturbés, que le donneur d'ordres ait été ou non informé de l'absence d'indépendance des offres en cause. Il y a alors coordination d'offres qui ont vocation à être élaborées de manière indépendante spécifiquement pour répondre à la demande particulière préalablement exprimée. La concurrence est faussée". Voyez: Pauline de Lanzac et Guillaume Dezobry, art.préc., p. 07. Voyez également: Cons. conc., déc. n° 94-D-12 du 15 février 1994 relative à des pratiques mises en œuvre lors d'un appel d'offres du département des Landes pour la fourniture de granulats, BOCCRF 29 Mai 1994, p.135. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

الاتفاق لم يشمل إلا جزء من العرض¹، أو بأن العرض المالي المقترح، بعد مشاركة صاحبه في تبادل للمعلومات قبل إيداع العروض، كان أقل من التقدير الإداري للإدارة المتعاقدة².

ويختلف تبادل المعلومات عن التفاوض بين المؤسسات المعنية بالصفقة، فقد تعتمد هذه الأخيرة إلى تقديم عرض مشترك فيما بينها، وللقيام بهذه المهمة تتفاوض فيما يخص شروط تدخل كل منها، لكن عند العدول عن تكوين العرض المشترك فإن كل من الاتفاقات والعقود المبرمة بينها يجب أن تتوقف ويوضع لها حد، وفي هذا الصدد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أنه بإمكان المؤسسة أن تتفاوض مع مؤسسة أو عدة مؤسسات أخرى أو مع تجمع شركات بهدف تقديم عرض مشترك يستجيب لطلب العروض، كما بإمكانها أيضا أن تقطع المفاوضات وتستعيد حريتها وتمتنع عن الاستجابة للعرض، أو تستجيب له بصفة انفرادية، وبالمقابل كل تبادل للمعلومات يتم بعد قطع المفاوضات يعتبر حتما مكونا لاتفاق منافي للمنافسة³.

لكن قد تعتمد المؤسسات التي كانت في وضعية تفاوض قصد تقديم عرض مشترك، إلى إيهام المشتري العمومي بأنها قد انقطعت عن التفاوض وقدمت عروضها بصفة منفردة وفي إطار المنافسة النزيهة، حيث سبق لمجلس المنافسة الفرنسي أن تدخل في هذه الصورة ليكشف عن الاتفاق المنافي للمنافسة الذي شاركت فيه المؤسسات المتواطئة في ما بينها، من خلال استناده على مؤشر دوافع السلوك الذي اعتمده⁴، كما قضت محكمة استئناف

¹ Cons. conc., déc. n° 01-D-31 du 05 Juin 2001 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'électrification rurale et d'éclairage public de Vendée. Citée par: Laurent Binet, art.préc, p.34.

² Cons. conc., déc. n° 06-D-07 du 21 Mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Île-de-France. Citée par: Laurent Binet, art.préc., p. 34.

³ Cons. conc., déc. n° 01-D-59 du 25 septembre 2001 relative à des pratiques relevées lors de marchés de travaux routiers dans le département du Gard, BOCCRF 30 Octobre 2001, p. 977. Voyez: Sabine Naugès et Séverine Risser, art.préc., p. 07.

⁴ Cons. conc., déc. n° 01-D-20 du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées concernant plusieurs marchés de travaux de peinture et d'étanchéité dans le département de l'Indre-et-Loire, BOCCRF 24 Mai 2001, p. 492. Citée par: Philippe-

باريس بأن إثبات الإرادة المشتركة للتنسيق بين المؤسسات في الصفقات العمومية لا يتطلب بالضرورة أن يتم تبادل المعلومات بين جميع المؤسسات المعنية، وإنما يكفي أن يتم إرسال المعلومات الخاصة بإحدى المؤسسات إلى البقية ليثبت الاتفاق في حقهم جميعاً¹.

ب- أهمية زمن تبادل المعلومات

يرى الأستاذ Guézou²، أن زمن تبادل المعلومات هام لتكييفها على أنها مخلة بالمنافسة، ويعتبر أن التبادل قبل إبرام العقد يبقى دائماً مضراً لأنه يدفع بالمؤسسات إلى أن تتحالف ضد منافسيها عوض أن تنجز عروضها وفقاً لقدراتها وإمكاناتها.

لكن لا شيء يضمن أن تبادل المعلومات اللاحقة لتقديم العروض لا يساعد على إعداد العروض التي تطلبها الإدارة لاحقاً، والاطلاع على تلك التي تم إيداعها من طرف المتنافسين، والتي تمكن من معرفة عدة مسائل كتقدير درجة المنافسة في السوق، زيادة على الاطلاع على المعايير التي تعتمدها الإدارة لانتقاء أفضل عرض وفقاً لمعادلة السعر والجودة، وهي المعلومات التي من شأنها المساهمة في حمل المؤسسات الراغبة في الحصول على الصفقة على التواطؤ فيما بينها لإقصاء غيرها من المتنافسين والتفرد بالطلب العمومي.

من جهة أخرى، نجد أن بعض طرق إبرام الصفقات العمومية المعتمدة في المرسوم الرئاسي 247/15 وخصوصاً طريقة طلب العروض المحدود³، والذي يمكن أن يتم على

Emmanuel Partsch et Elie Raimond, «Droit de la concurrence et marchés publics?», Le Mensuel d'AGEFI Luxembourg, Edition de septembre 2009, publié sur: <http://www.agefi.lu>.

¹ CA Paris, 15 juin 1999, Société Solatrag. Voyez: André Marie, art.préc., p. 117.

² Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 16.

³ تعرف المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 طلب العروض المحدود على أنه: "إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد".

مرحلتين، يشكل في منظورنا أرضية ملائمة لممارسة أعمال التواطؤ، على الرغم من أن اعتماده تم للموازنة بين تدعيم مبادئ الشفافية والمساواة في معاملة المرشحين، وضمان نجاعة الشراء العمومي من حيث السعر والجودة.

ويتبع هذا الأسلوب عندما يتعلق الأمر بدراسات أو عمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة، فعندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، حتى عند لجوؤها لصفقة دراسات، تتم دعوة المرشحين الذين يجري انتقائهم الأولي¹ في مرحلة أولى برسائل استشارة، إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي، وفي ذلك تشابه كبير بأسلوب الحوار التنافسي Le dialogue compétitif المعتمد في القانون الفرنسي².

بعد دراسة العروض، تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة إقصاء عروض المرشحين الذين لا يستوفون متطلبات البرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط. ليتم استدعاء المرشحين الذين جرى إعلان مطابقة عروضهم التقنية الأولية، للقيام في مرحلة ثانية، بتقديم عرض تقني نهائي وعرض مالي على أساس دفتر شروط معدل عند الضرورة.

إن هذا الإجراء قد يمثل فرصة للمؤسسات العارضة للتواطؤ فيما بينها، بهدف الحصول على الصفقة، من خلال إمكانية تسرب معلومات حول العروض الأولية المقدمة

¹ الانتقاء الأولي حسب المادة 45 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 يتمثل في تحديد المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط لعدد من المرشحين لا يتجاوز عددهم خمسة (05) من أجل تقديم تعهداتهم.

² L'art. 75 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 dispose que: "Le dialogue compétitif est la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre. L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini. Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisées dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation".

أثناء انعقاد اجتماعات توضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين¹، وهو ما جعل مجلس الدولة الفرنسي يؤكد في إحدى المناسبات على أن المفاوضات بشأن الصفقات الخاصة بالتحكم في الإنشاءات Marchés de maîtrise d'œuvre يجب أن تتم في جميع الحالات على ضوء احترام المادة 07 من الأمر المتعلق بالمنافسة الصادر في 01 ديسمبر 1986.²

هذا زيادة على تكريس التعليمات الأوروبية رقم 2014/24/CE لدور المشتري العمومي في اتخاذ جميع التدابير اللازمة لمنع الإخلال بالمنافسة في حالة مشاركة مرشح أو أكثر في التحضير لإجراءات إبرام الصفقة العمومية.³

02- اتفاقات تقاسم الصفقات العمومية Les répartitions de marchés

تعتبر ممارسة تقاسم الصفقات العمومية منافية للمنافسة بمجرد ثبوتها، إذ لا تتوقف متابعتها على النتيجة الحاصلة أو العنصر القصدي، بحيث يمكن للمؤسسات العارضة الراغبة في الفوز بالصفقة رفض أعمال المنافسة النزهاء، واللجوء لتقاسم سوق

¹ تنص المادة 46 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، على أنه: "ويمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين، عند الضرورة، من طرف المصلحة المتعاقدة، بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض الموسعة، عند الاقتضاء، إلى خبراء يتم تعيينهم خصيصاً لهذا الغرض. ويجب أن تحرر محاضر لهذه الاجتماعات يوقعها جميع الأعضاء الحاضرين".

² CE 27 mai 1998, Syndicat national du béton armé et des techniques industrialisées et de l'entreprise générale, req. n°161547. Voyez: Stéphane Braconnier, Précis du droit de la commande publique (Marchés publics – Concessions),^{05ème} Edition, Editions le Moniteur, Paris, 2017, p. 290.

³ Art. 41 alinéa 01 de la directive 2014/24/UE du parlement européen et du conseil précitée, dispose que: "Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire, ou une entreprise liée à un candidat ou à un soumissionnaire, a donné son avis au pouvoir adjudicateur, que ce soit ou non dans le cadre de l'article 40, ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire".

الصفقات العمومية من الناحية الزمنية، أو الجغرافية¹، وهي الصورة التي تم اعتبارها من بين الممارسات الأكثر جسامة حسب مجلس المنافسة الفرنسي².

وتعود الغاية من تقسيم السوق إلى حرص المؤسسات الاقتصادية على تعزيز أوضاعها المكتسبة، والحفاظ عليها، بعرقلة وصول متنافسين محتملين إلى السوق، من خلال الاتفاق بشكل مسبق على تقسيم الصفقات العمومية زمنيا أو جغرافيا.

أ- التقاسم الزمني للصفقات العمومية

قد تسعى المؤسسات المرشحة بعد الاتفاق فيما بينها إلى تعيين المؤسسة التي ستفوز بالصفقة بشكل مسبق قبل تقديم العروض، وتعتمد في ذلك أسلوبا خاصا لتضليل المشتري العمومي يتمثل في تقديم عروض تغطية Offres de couverture، وتعد هذه الممارسة ممنوعة في حد ذاتها، تنتج عنها عقوبات وفقا لقانون المنافسة بمجرد حصولها.

وقد اعتبرت محكمة استئناف باريس³، أن عروض التغطية تعتبر ممارسات منافية للمنافسة في حد ذاتها، وهذا يعني أن منعها لا يتوقف على ضرورة إثبات تسببها في الإخلال بالمنافسة⁴. حيث تعتبر هذه الطريقة الأكثر استخداما عند القيام بالتخطيط لتنسيق

¹ نصت المطة الثالثة من المادة 06 من قانون المنافسة الجزائري بشكل صريح على حظر الاتفاقات التي ترمي إلى: "... - اقتسام الأسواق أو مصادر التموين".

² Cons. conc., déc. n° 08-D-15 du 02 Juillet 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de rénovation de chaufferies en Saône-et-Loire. Citée par: Laurent Binet, art.préc., p. 34.

³ Voyez: CA Paris, 27 Fév 1998, concernant des pratiques mises en œuvre lors d'un marché de travaux routiers lancé par le Syndicat intercommunal à vocation multiple de la vallée du Calavon, BOCCRF du 13 Mars 1998: "La pratique des offres de couverture en matière de soumissions à des marchés publics, est en soi, anticoncurrentielles par son objet".

⁴ Cons. conc., déc. n° 09-D-25 du 29 juillet 2009 relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées, et Cons. conc., déc. n° 09-D-34 du 18 novembre 2009 relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse. Voyez: Frédéric Marty, «Analyse économique du contentieux concurrentiel dans les marchés d'électrification et d'éclairage public», Contrats Publics – Actualité de la Commande et des Contrats Publics (CP-ACCP), n° 109, Avril 2011, p. 60.

العروض، تحدث عندما توافق المؤسسات المرشحة على تقديم عرض يتضمن إما موافقتها على تقديم عرض يتضمن سعرا أعلى من سعر العرض المقدم من قبل الفائز المختار بصفة مسبقة من طرف المرشحين، أو تقديم المرشح عرضا مبالغيا فيه ومن المتوقع ألا يقبل، أو تقديم المتنافس عرضا يتضمن شروطا خاصة غير مقبولة بالنسبة للمشتري العمومي، ويصمم عرضا للتغطية ليوحي ظاهريا بوجود منافسة حقيقية¹.

إن الهدف المرجو من تقديم عروض التغطية هو أن تظهر المؤسسة التي وقع الإجماع على تمكينها من الفوز بالصفقة، في صورة العارضة الأفضل على مستوى السعر والجودة، فتقوم بقية المؤسسات بتقديم مثل هذه العروض التي قد تحتوي على عروض مالية مرتفعة مثلا، مما يحمل المشتري العمومي على اعتبار أنها أقل أهمية مقارنة بعرض المؤسسة المعينة للفوز بالصفقة²، فينتج عنها إقصاء عروض بقية المؤسسات المتواطئة وفوز تلك المعينة مسبقا، لكن قد يتساءل البعض حول غاية المؤسسات التي لن تفوز بالصفقة، وهي على علم بذلك، من تقديم عروض التغطية.

سبق لمجلس المنافسة الفرنسي أن عرف هذه العروض على أنها عروض عادة ما تكون قريبة من واقع الصفقة إلا أنها درست بصفة مسبقة من طرف مقدمي العروض لكي يرسى العطاء على أحدهم، مقابل حصول الآخرين على جزء منه من قبل الفائز بالصفقة، أو الانتفاع بالتناوب بنفس ذلك الأسلوب في العروض اللاحقة³.

¹ تامر محمد صالح، المرجع السابق، ص. 74.

² بمعنى خلق وهم illusion لدى المشتري العمومي بوجود منافسة كافية وتغليطه، في حين يقوم هؤلاء المرشحون بالتخطيط لتقديم عروض صورية لا غير.

³ Cons. conc., déc. n° 95-D-41 du 6 juin 1995 relative à des pratiques constatées lors de l'appel d'offres du 28 octobre 1992 pour l'aménagement du site de l'abbaye de Saint-Roman à Beaucaire, Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

انطلاقاً من ذلك، يمكن القول أن غاية المؤسسة من تقديم عرض تغطية يتجاوز الصفقة الحالية ليقع تمكينها من الفوز بالصفقة اللاحقة باعتماد نفس الأسلوب، بمعنى أن تقوم المؤسسات الأخرى المتواطئة بتقديم عروض تغطية لتبرز هذه المؤسسة كصاحبة أفضل عرض، ويسند لها الطلب العمومي، وهكذا تتم نفس العملية إلى أن يتم إرضاء كل المؤسسات المتواطئة من خلال التداول على الصفقات زمنياً ¹ Rotation des marchés، أو حصول أطراف الاتفاق على جزء من الصفقة الحالية.²

ب- التقاسم الجغرافي للصفقات العمومية

قد تتواطأ المؤسسات المشاركة في طلب العروض وتتفق على تقسيم الصفقات العمومية جغرافياً، وتكون بذلك عرضة للمتابعة من طرف مجلس المنافسة، بحيث تعتبر هذه الممارسة منافية للمنافسة بطبيعتها.

مثال ذلك الاتفاق على ترشح مؤسسات معينة للصفقات المعلن عنها في إقليم معين، وترشح مؤسسات في مناطق أخرى من الإقليم، أو من خلال تقسيم القطاعات العمومية التي يسعى المتعاملين الاقتصاديين إلى تلبية طلباتها، بتخصيص الترشيح في صفقات قطاع معين لأحد المتعاملين أو أكثر دون الأطراف الأخرى من الاتفاق.³

¹ Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit., p. 225.

² Voyez à titre d'exemple : Cons. conc., déc. n° 06-D-07 du 21 Mars 2006, précitée.

- من خلال هذا القرار، عاقب مجلس المنافسة بفرنسا بقرارات معتبرة أشهر المؤسسات الناشطة في قطاع المياه والري، على غرار مؤسسة Bouygues، ومؤسسة Eiffage، ومؤسسة Lyonnaise des Eaux، ومؤسسة Générale des Eaux. بسبب اقتسامهم بطرق مباشرة وغير مباشرة، لصفقات الأشغال العمومية في مجال الري على مستوى منطقة Île-de-France، خلال الفترة ما بين 1991/12/06 و1997/03/13.

³ سبق لمجلس المنافسة الفرنسي أن نظر العديد من القضايا المتعلقة بتقاسم سوق الصفقات العمومية من الناحية الجغرافية، نذكر منها على سبيل المثال:

- Cons. conc., déc. n° 90-D-26 du 4 Septembre 1990 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'appels d'offres pour assurer des transports sanitaires à partir du centre hospitalier général de Salon-de-Provence, Cons. conc., déc. n° 95-D-67 du

إن مثل هذه الممارسات تشتمل على مخاطر متعددة، فهي تؤثر على ثمن الصفقة، بحيث يكون أكثر ارتفاعاً عن ما كان سيكون عليه لو تمت الصفقة في أجواء منافسة حقيقية، كما أنها توقع الإدارة في غلط لاعتقادها بأن الصفقة تم منحها على أساس منافسة فعلية¹.

03- تقديم عروض المبدأ Offres de principe

تعرف عروض المبدأ على أنها تلك العروض غير الحقيقية التي يقع تحريرها بطريقة مقصودة، والتي يكون الغرض منها عدم الحصول على الطلب العمومي، وبالتالي عدم الفوز بالصفقة من طرف المؤسسات غير الراغبة في الحصول عليها². ولا يعتبر تقديم هذه العروض في إطار صفقة عمومية ممارسة منافية للمنافسة بطبيعتها مثلما تمت الإشارة إليه بشأن الممارسات الاتفاقية السابقة³، طالما أنها لا تقتزن بتواطؤ مؤسسات مرشحة، إلا أنها تكون ممنوعة في صورة ما إذا اقترنت بسلوك آخر، على غرار قيام مقدم العرض بإشعار برقية المؤسسات العارضة بأن عرضه خال من المصدقية⁴.

تتخذ عروض المبدأ شكل بطاقة الزائر *Offre carte de visite*، وهو العرض الذي تقدمه المؤسسة العارضة عندما تكون غير مهتمة بالطلب العمومي موضوع الصفقة، ولا

24 octobre 1995 relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises de transport sanitaire lors de la passation d'un marché avec le centre hospitalier général Robert-Boulin de Libourne. Voyez: Patrice Reis, «Ententes de répartition des marchés: vers une sanction aggravante des pratiques anticoncurrentielles?», art.préc., pp. 312 – 332.

¹ Véronique Sélinsky, «Ententes illicites», art.préc., p. 15.

² Rapport d'activité du Conseil de la concurrence Français pour 1987, p. XIX.

³ Laurent Richer, «L'application du droit de la concurrence aux marchés publics», art.préc, p. 298: "En soi une telle pratique n'est pas anticoncurrentielle, mais elle le devient..."

⁴ Ibidem: "Mais elle le devient quand son auteur avertit les autres soumissionnaires du caractère non sincère de son offre". Voyez également: Florian Linditch, «Ententes et marchés publics», Juris-Class. Contrat et marchés publics, Fasc. 36, 2002, p.07.

ترغب في الحصول عليه، إلا أنها تعتمد هذا الأسلوب تباديا لإمكانية إقصائها من المشاركة في الصفقات اللاحقة من طرف المشتري العمومي كلما تبين له ذلك¹، إذ بإمكانه تبادي استشارتها مثلا على اعتبار أنها غير مهتمة بالطلب المطروح، وأن لا جدوى من دعوتها للمشاركة في فرص لاحقة²، خصوصا إذا علمنا أنه من المفترض أن توجد بطاقة وطنية للمتعاملين الاقتصاديين وبطاقات قطاعية وبطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة، تحين بانتظام، وفقا لنص المادة 58 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، والمادة 84 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، ومن شأن ذلك أن يدفع المؤسسات الاقتصادية لتقديم مثل هذه العروض لكسب صيت لدى الإدارات المتعاقدة وتسجيلها على مستوى البطاقة التي تمسكها، وبالتالي إمكانية استشارتها لاحقا.

وعلى عكس عروض التغطية، فإن عروض المبدأ لا تعكس وجود توافق فيما بين المؤسسات المتواطنة والمؤسسة المعينة مسبقا، فالصنف الثاني من العروض مباح وغير محظور إذا نتج عن سلوك عفوي، إلا أنه يصبح منافيا للمنافسة إذا اقترن بتفاهم مجموعة من المعارضين³. ويتمثل التفاهم في اتفاق مبدئي بين المؤسسات المعنية، حيث يتم

¹ Cons. conc., déc. n° 09-D-20 du 11 juin 2009 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des travaux de voirie et d'entretien routier en région Rhône-Alpes: "...qu'une entreprise puisse déposer une offre dite « carte de visite », a priori non compétitive, dans le but non d'obtenir sa sélection pour l'appel d'offres en cours, mais afin de marquer sa présence de telle sorte que le maître d'ouvrage songe à sa candidature pour les futures consultations". Publiée sur le site de l'autorité précitée.

² يجوز للإدارة وفقا للمواد 13، 14 و15 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري إذا لم يصل مبلغ الطلب العمومي حدا ماليا معينا، استشارة مؤسسات محددة بصفة مباشرة، دون الحاجة للإجراءات الشكلية المطلوبة لإبرام صفقة عمومية، وغالبا ما تكون المؤسسات المستشارة هي المؤسسات التي تواظب على تقديم عروضها أو التي سبق التعامل معها.

³ Rapport du Conseil de la concurrence Français de 1989, précité, p.118: "si le fait, pour une entreprise, de déposer unilatéralement une offre de principe, dite 'offre de carte de visite', ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle, constitue au contraire une telle pratique le fait de se concerter avec ses concurrents pour présenter une telle offre. Les pratiques tendant, lors d'un appel d'offres, à désigner à l'avance l'entreprise qui devra apparaître comme la moins-disante, et à organiser le dépôt d'offres de couverture par les autres, ont pour objet et peuvent avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés considérés. Il en va de même des échanges d'informations préalables au dépôt effectif des offres". Voyez également: Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit., p. 227.

إثبات هذه الممارسة بإقامة الدليل لا على وجود عرض مبدأ من عدمه، بل على توفر علم الأطراف المتفاهمة ومشاركتها في إنجاز هذا العرض، بمعنى أن يكون معلوما للمتنافسين.

هذا الموقف اتخذته مجلس المنافسة الفرنسي في قرار له سنة 1991¹، من خلال إشارته لتوفر العنصر القصدي لدى مؤسسة قامت بإيداع عروض منقوصة، بعد انصياعها لاتفاق منافي للمنافسة مع مؤسسة أخرى، مقابل حصولها على مناولة جزء من الصفقة.

بقي أن نشير إلى محتوى نص المادة 57 الفقرتين 01 و02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، والتي تنص على أنه: "كل متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في تجمع، يجوز له أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى، حسب الشروط المذكورة في هذه المادة. ويكون الأخذ في الحسبان لقدرات مؤسسات أخرى مشروطا بوجود علاقة قانونية بينها تتمثل في المناولة، أو التعاقد المشترك، أو في إطار قانون أساسي (فرع أو شركة أم في نفس مجمع لشركات) وبالزامية مشاركتها في إجراء إبرام الصفقة العمومية".

من خلال هذه المادة، نلمس إمكانية إباحة إتفاقات التفاهم حول منح الصفقات العمومية في حالة التقدم بعروض مشتركة، ويتم ذلك في حالة المشاريع الضخمة التي يصعب أحيانا تحملها بصفة انفرادية فيتم الاتفاق على تقديم عرض مشترك بشأنها، على أنه حتى تخرج مثل هذه العروض من خانة الاتفاقات المنافسة للمنافسة، يجب أن يعلن أصحاب العرض عند تقديمه، عن كونه عرض مشترك فيما بينهم، وأن لا تكون الغاية من

¹ Cons. conc., déc. n° 91-D-33 du 9 juillet 1991 relative à des pratiques d'entente relevées dans le secteur du bâtiment et des travaux publics (Alpes-de-Haute-Provence), BOCCRF du 27 Juillet 1991, p.227. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconurrence.fr>.

تقديم العرض المشترك منع المنافسة¹. والشأن نفسه في حالة ارتباط المؤسسات فيما بينها بعلاقة قانونية أو مالية كشركة أم وفروعها، أو فيما بين هذه الفروع، حيث يجب عليها إخبار المصلحة المتعاقدة بطبيعة هذه الرابطة، وبواقعة أن العروض قد تمت بشكل مشترك، أو تم الإطلاع عليها فيما بينها².

كما يشكل اتفاقا بمفهوم قانون المنافسة ما يقع من تفاهات غير مشروعة بين الإدارة والمؤسسات المرشحة، غير أن هذه الممارسة تدخل ضمن الاختصاصات الرقابية للقاضي الجزائي في إطار ما يعرف بجنحة المحاباة³، مثل حالات الاتفاق على أن يكون دفتر الشروط على مقاس المواصفات التقنية للمؤسسة المتفق معها، أي التشاور معها من أجل تحديد الحاجات في دفتر الشروط بشكل يجعلها هي الوحيدة القادرة على تلبية موضوع الصفقة العمومية، أو تسريب معلومات إمتيازية للمرشحين، وغيرها من التفاهات، وإن كان مجلس المنافسة الفرنسي في حالات نادرة اعتبر مثل هذه الممارسات كاتفاقات منافية للمنافسة⁴.

وسبق لمجلس المنافسة الفرنسي أن طبق في أحد قراراته المادة L.410-1 المتعلقة بالاتفاقات المنافسة للمنافسة على اتفاق مبرم بين عدة نقابات، واعتبر أن النقابات تدخل

¹ حسين الماحي، المرجع السابق، ص. 61.

² لعور بدر، المرجع السابق، ص. 55.

³ المادة 26 الفقرة الأولى من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، سابق الذكر، وتقابلها في القانون الفرنسي:

- Art. 432-14 du code pénal Français, tel que modifié par la loi n° 91/03 du 03 Janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés publics et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, JORF du 05 Janvier 1991.

⁴ وفقا لأحد القرارات القضائية بفرنسا، يمكن تطبيق فكرة الاتفاق المحظور على إدارة عمومية، لكون المادة L.420-1 من القانون التجاري، لا تحصر مجال تطبيقها على الاتفاقات بين المؤسسات، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أن الاتفاق حسب هذه المادة لا يقتضي بالضرورة أن يتم بين شخصين يمارسان نشاطا اقتصاديا في السوق. تراجع:

- Cass. com., 13 février 1996.

- نقلا عن: كتوم محمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المرجع السابق، ص. 79.

ضمن مفهوم المؤسسة الذي يهدف إليه قانون المنافسة، لكن عندما رفعت النقابات المعنية استئنافاً أمام محكمة استئناف باريس، ألغت هذه الأخيرة قرار مجلس المنافسة، وأقرت أنه يجب أن يكون أحد أطراف الاتفاق على الأقل عوناً اقتصادياً، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار¹.

في الأخير، نشير إلى أنه زيادة على الاتفاقات المحظورة كممارسة منافية للمنافسة من شأنها تغليب المشتري العمومي، قد تتسبب المؤسسات المرشحة في ممارسات منافية للمنافسة تضر بتوازن سوق الطلبات العمومية، الهدف منها ابتزاز المشتري العمومي، بحيث قد يعتمد المتعاملون الاقتصاديون إلى ابتزاز الإدارة إما باستغلالهم التعسفي لوضعية هيمنة اقتصادية، أو بعرض أسعار مفرطة الانخفاض، في إطار ما يعرف في فرنسا بالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية *L'abus dans la puissance économique*، وهو ما سنتناوله بالتحليل في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

زيادة على الاتفاقات التي قد تلجأ إليها المؤسسات المرشحة بهدف تغليب المشتري العمومي حول واقع المنافسة، يمكن أن تكون الصفقات العمومية ضحية لممارسات أخرى تضر بتوازن السوق، تتمثل أساساً في الاستغلال المفرط لوضعية هيمنة على السوق، وعرض أسعار مفرطة الانخفاض، وإن كانت القضايا المتعلقة بهاتين الممارستين قليلة مقارنة بالاتفاقات، حسب سلطات المنافسة الفرنسية².

فلم يكتفي المشرعين الفرنسي والجزائري في قوانين المنافسة بمنع الاتفاقات الاقتصادية المنافسة للمنافسة فحسب، بل أضافا إلى ذلك حظر الاستغلال التعسفي

¹ Jean-Bernard Blaise, op.cit., p. 450.

² Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit., p. 104.

للهيمنة الاقتصادية¹، وهي إضافة منطقية لأنه كما أن الاتفاق يؤدي بحكم تجمع المؤسسات وتوحيد قواها إلى الإخلال بقواعد المنافسة، فإن القوة المالية والاقتصادية بيد طرف اقتصادي واحد، أو حتى مجموعة من المؤسسات يؤدي إلى نفس النتيجة إذا ما وقع استغلال ذلك النفوذ بصفة تعسفية (الفرع الأول)، كما منع كلا التشريعين فئة أخرى من الممارسات المنافسة للمنافسة، تتمثل في عرض أو تطبيق أسعار مخفضة بشكل تعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حظر التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق

تعتبر الهيمنة على السوق وضعية تكون مؤسسة أو مجموعة مؤسسات فيها قدرة بحكم قوتها على التأثير في السوق والتنصل من منافسيها لفترة معينة، ولا تعد وضعية الهيمنة على السوق وضعا محظورا في حد ذاته، إذ أن القانون لا يمنع المؤسسات الاقتصادية من الوصول إلى هذه الوضعية، بل المحظور هو إساءة استغلال هذا الوضع². وحيث أن الممارسات التجارية للمؤسسات تتسم بالحركية والتغير، فإن القانون سواء الفرنسي، أو الجزائري، منع التعسف في استغلال وضعية الهيمنة مع الاكتفاء بإعطاء بعض الأمثلة على سبيل الذكر لا الحصر لمظاهر الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية، تاركا بذلك المجال لاجتهاد سلطات المنافسة لتوسيع هذه القائمة إذا اقتضى الوضع والتحليل الاقتصادي لسلوكيات المؤسسة والسوق ذلك.

¹ تم حظر هذه الممارسة بفرنسا منذ صدور القانون رقم 628/63 المؤرخ في 02 جويلية 1963، في حين منعها المشرع الجزائري لأول مرة بصدور قانون الأسعار سنة 1989، ثم في قانون المنافسة لسنة 1995، وكرس هذا الحظر في قانون المنافسة لسنة 2003.

² Jean-Bernard Blaise, op.cit., p. 437.

ولئن كان لهذا التوجه مستنداته الاقتصادية، فإن بعض القانونيين وعلى خلفية الطابع العقابي للنص، يبدون تحفظا في شأن اعتماد صياغة عامة وقابلة للتوسع في تحديد حالات التعسف والإفراط في استغلال وضعية الهيمنة¹.

في الجانب العملي يتطلب تتبع حالات إساءة استخدام وضعية الهيمنة على السوق، التأكد من وجود المؤسسة في هذه الوضعية استنادا لمجموعة من المعايير، وتعسفها في استغلالها، لذا وجب تحديد مفهوم هذه الممارسة (أولا)، ثم توضيح مدى إمكانية قيامها في مجال الصفات العمومية (ثانيا).

أولا: عموميات حول التعسف في وضعية الهيمنة على السوق

إن تحديد المقصود بهذه الممارسة، يقتضي التعرض لتعريف الهيمنة، وتحديد السوق المهيمن عليها، ومعرفة مقاييس تقديرها، قبل الخوض في الممارسة المحظورة ذاتها.

01- تحديد وضعية الهيمنة

عرف قانون المنافسة الجزائري وضعية الهيمنة على أنها: "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموئها"².

ويتفق هذا التعريف مع التعريف المقدم لوضعية الهيمنة من طرف محكمة عدل المجموعة الأوروبية، والتي عرفتها على أنها: "القدرة الاقتصادية التي يمتلكها مشروع ما والتي تمكنه من إعاقة أو منع أي منافسة حقيقية في سوق ما، وتعطيه إمكانية القيام بتصرفات

¹ التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس، المرجع السابق، ص. 38.

² المادة 03 الفقرة ج من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

معينة دون أن يأخذ في اعتباره أو حسبانته أية ردود أفعال آنية من منافسيه أو عملائه أو حتى من المستهلكين"¹. في حين لم يعرف المشرع الفرنسي في المادة L.420-02 من القانون التجاري وضعية الهيمنة على السوق، واقتصر على ذكر الممارسات التي قد تقوم بها المؤسسة المهيمنة في السوق بهدف عرقلة أو إعاقة المنافسة². أما على صعيد الفقه فيعرف البعض وضعية الهيمنة على أنها: "سلطة أو مقدرة اقتصادية، تحوزها مؤسسة معينة وتمكن بها من تحديد الأسعار والإنتاج والتوزيع والتحكم في الكميات المنتجة، وإعاقة المنافسة الفعلية في سوق معينة"³.

وبالتالي، تكون في وضعية هيمنة كل مؤسسة تتواجد في موضع يسمح لها بأن تلعب دورا رئيسيا في السوق، دون أن يكون بمقدرة أي منافس آخر توفير بدائل معتبرة سواء لزبائن أو موردي المؤسسة المتواجدة في هذه الوضعية⁴. وفي غالب الأحيان ترتبط هذه الوضعية بالقوة الاقتصادية التي تعطي للمؤسسة أو العون الاقتصادي القدرة الكافية على التصدي للمنافسة الفعلية على مستوى السوق المعنية، إذ تمكنه من اتخاذ سلوك مستقل إزاء منافسيه يجعله لا يتأثر بإستراتيجيتهم⁵.

¹ CJCE, 14 Février 1978, Société United Brand: "La position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cours, en fournissant la possibilités de comportements indépendants dans une mesure appréciables vis-à-vis de ces concurrents, de ces clients et finalement des consommateurs". Cité par: Christophe Cabanes et Benoit Neveu, op.cit., p.71.

² الشأن نفسه بالنسبة للتشريع المصري، حيث لم يورد تعريفا لوضعية الهيمنة على السوق، واكتفى بإيراد صور لما أسماه استعمالا غير مشروع للمركز المتحكم في السوق، في المادة 08 من قانون حماية المنافسة رقم 03 لسنة 2005، سابق الذكر.

³ خليل فكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن. ص. 22.

⁴ كتوم محمد الشريف، «حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة»، مجلة إدارة، العدد 23، سنة 2002، ص. 52.

⁵ ناصري نبيل، المرجع السابق، ص. 80.

02- تحديد السوق المعنية بالممارسة

تعتبر السوق أداة تحليل أساسية في قانون المنافسة، إذ أنه بدراسة السوق يمكن معرفة مدى إمكانية مراقبة سلوك صادر من المؤسسة وإدانتها ومعاقبتها إذا كان مخلا بالمنافسة¹، وعليه يتوقف تواجد مؤسسة في وضعية هيمنة على السوق، على تحديد سوق السلعة أو الخدمة التي تقدمها المؤسسة².

يعرف التحليل الاقتصادي السوق، على أنه الفضاء الذي تلتقي فيه العروض والطلبات التي يعتبرها المشترون أو المستعملون بأنها قابلة للاستبدال فيما بينها، دون أن تكون قابلة للاستبدال مع غيرها من السلع أو الخدمات المعروضة³، في حين عرفها التشريع الجزائري ممثلا في الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة في المادة 03 منه، الفقرة ب⁴، علما بأنه تم تعريف السوق أيضا قبل ذلك بموجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم

¹ André Decocq et Georges Decocq, op.cit., p. 92.

² جاء في إعلان مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 25 جويلية 2013 الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت ما يلي: "إن الحجّة الرسمية لوجود موقف مهيمن تتمثل بادئا ذي بدء في معايير التركيز والتقسام المنتظر للسوق. ويتم التحقق من استغلال الموقف المهيمن أو لا يتم التحقق منه في الأخير، بناء على سلطة حقيقية للسوق وحرية تنوع الأسعار، فوق السعر التنافسي، بموجب أرقام الربح والفائدة. ويعد المفهوم المتفق عليه عالميا للسوق الملائم أساسيا لتحديد وجود استغلال الموقف المهيمن. في الواقع، إن احتكار سلطة سوق ما يؤدي إلى موقف مهيمن بالضرورة في سوق محدد بالضبط". يراجع: الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 02، ص. 11.

³ يراجع: محمد الشريف كتو، «حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة»، المرجع السابق، ص. 62. وناصر نبيل، المرجع السابق، ص. 81.

⁴ عرفت هذه المادة السوق على أنها: "كل سوق للسلع والخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزات وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية".

314/2000 المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذا مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة¹.

وبذلك، يشكل تحديد السوق المعنية *La délimitation du marché*، ركيزة هامة لقياس مقدار المنافسة الواقعة أو المحتملة، الأمر الذي يسمح بقياس سلطة الهيمنة لمؤسسة ما²، سواء بالنسبة للسلعة أو الخدمة المقدمة، أو في المجال الإقليمي الذي يلتقي فيه العرض والطلب، وذلك على خلاف الاتفاقات المحظورة المنصوص عليها في المادة 06 من قانون المنافسة الجزائري، والمادة L.420-1 من التقنين التجاري الفرنسي، والتي لا يكون فيها التعريف الدقيق للسوق دائما ضروريا³، وعلى هذا الأساس، لا يمكن الوقوف على موقع الهيمنة إلا بإبراز المعايير التي تساعد على تحديد السوق⁴، والمتمثلة في المعيار المادي القائم على تحديد السلع والخدمات المتشابهة بدرجة كافية كسوق الكتب مثلا بالنسبة لصفقات التموين، أو سوق الأشغال الخاصة بتهيئة المساحات الخضراء بالنسبة لصفقات

¹ نصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذا مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، ج.ر عدد 61 لسنة 2000 (ملغى)، على أنه: "يقصد بالسوق أو جزء من السوق المرجعي لتحديد وضعية الهيمنة، السلع والخدمات التي يعرضها العون الاقتصادي، والسلع والخدمات البديلة التي يمكن أن يحصل عليها المتعاملون أو المنافسون في نفس المنطقة الجغرافية".

² Guy Canivet, Marie-Chantal et Boutard-Labarde, op.cit., p. 07.

³ وهو ما أكده مجلس المنافسة الفرنسي في عدة قرارات، يراجع على سبيل المثال:

Cons. conc., déc. n° 05-D-27 du 15 juin 2005, BOCCRF n° 4 du 14 mars 2006: "Les pratiques qui ont fait l'objet de la notification de griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes. Il n'est alors pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur et les marchés ont été suffisamment identifiés pour permettre de qualifier les pratiques qui y ont été constatées et les imputer aux opérateurs qui les ont mises en œuvre". Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

⁴ لحراري شالح ويزة، المرجع السابق، ص. 67.

الخدمات، ويقتضي الأمر في هذه الحالة البحث عن إمكانية استبدال منتج أو خدمة معينة بمنتج أو خدمة أخرى¹، وفي هذا المجال نميز بين الطلب البديل والعرض البديل².

بالنسبة للاستبدال من ناحية الطلب، فمن المعروف أن كل زيادة تطراً على سعر معين، عادة ما تؤدي إلى انصراف العملاء إلى سلعة أو خدمة أخرى مشابهة لها تقوم بنفس الغرض، أي إشباع ذات الحاجة مما يعني أنه يكون ثمة تشابه بين السلع والخدمات في الاستعمال، بحيث تقوم كل سلعة أو خدمة مقام الأخرى في الأداء المطلوب³، ومن ثمة يكون هناك تحول للعملاء بين تلك السلع أو الخدمات، والتي في الأخير تتضمنها سوق واحدة، فسوق السلع أو الخدمات إنما يحدد بواسطة التبادل المعقول بين السلع من قبل الزبائن⁴. وزيادة على معيار السعر، يوجد معايير أخرى من شأنها تحديد قابلية الاستبدال من جانب الطلب دون أن يتوقف ذلك على واحد منها فحسب، ومن ضمن هذه المعايير الخصائص الأساسية لكل منتج⁵، والشروط التقنية لاستعماله وإستراتيجية المنتجين وطرق تسويق هذا المنتج¹.

¹ أي إذا لم يجد الزبون أو المستهلك السلعة أو الخدمة (أ) يمكنه اللجوء إلى السلعة أو الخدمة (ب) باعتبار السلعتين تؤديان نفس الغرض من وجهة نظره.

² لحراري شالح ويزة، المرجع السابق، ص. 67.

³ ناصري نبيل، المرجع السابق، ص. 82.

⁴ أشار المشرع الجزائري إلى ذلك بشكل صريح من خلال المادة 03 الفقرة ب من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة والتي يستخلص منها تعريف السوق السلعية و/أو الخدماتية بأنها كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة من جهة، وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له من جهة أخرى.

كما اعتبر مجلس المنافسة الجزائري، في قضية المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية أن "نوع التلفاز الذي تصنعه المؤسسة غير قابل للاستبدال، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار وفرة قطاع غياره، والخدمة ما بعد البيع للمؤسسة، ووجود عدة خدمات تابعة لمصالحها المختصة في مجال صيانة وتصليح المنتجات المعنية". يراجع: قرار مجلس المنافسة رقم 99-ق-01 المؤرخ في 23 جوان 1999 المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية، وحدة سيدي بلعباس. متوفر على موقع مجلس المنافسة الجزائري: www.conseil-concurrence.dz

⁵ على سبيل المثال استند مجلس المنافسة الفرنسي على منهجية تأخذ بعين الاعتبار طريقة تصنيع المنتج ومظهره الخارجي ومذاقه الخاص، واعتبر مثلاً أن نوع الجبن الذي يدعى Fromages à pâtes persillées لا يمكن استبداله بالأنواع الأخرى للجبن كالجبن الطري Fromage à pâte molle أو الجبن الصلب Fromage à pâte dure، وهذا نظراً لطريقة التصنيع المتبعة والمظهر الخارجي ومذاق كل منها.

أما بالنسبة للاستبدال من ناحية العرض، فيتعلق الأمر بالبحث عن مدى توفر عروض بديلة لتلك المقدمة من طرف المؤسسة المعنية²، أي البحث عن مدى استعداد متعاملين آخرين الدخول إلى سوق السلعة أو الخدمة من أجل توفير تلك السلعة أو الخدمة أو السلع والخدمات المشابهة لها، في إطار تغطية الطلب عليها، بحيث تطرح في بعض الأحيان إشكالية توفير بديل مطابق³، فنجد سلعتين مختلفتين تعتبران من سوق واحدة نظرا إلى كون المستهلكين يعتبرونها كافية لإشباع نفس الحاجة⁴.

فكلما وجد منافسون يمتلكون قدرات إنتاجية تتيح لهم إمكانية إمداد السوق المرجعية بالمنتجات محل الهيمنة المحتملة أو بديلة أو يمكن أن تحل محلها، كلما فقدت المؤسسة قدرتها الاقتصادية على إحداث التأثير الفعال في أسعار وكمية المعروض من المنتجات محل الهيمنة المحتملة، لأنه عند قيامها بأية ممارسات تكون من شأنها رفع أسعار هذه المنتجات أو تحديد كمية المعروض منها، فإن المستهلك يستطيع عندئذ أن يطلب نفس السلعة أو سلعة بديلة لها من منافسين آخرين⁵.

وبعد الفراغ من تعيين أو تحديد السوق المعنية على أساس السلعة المعروضة فيها، ينبغي في المرحلة الثانية تحديدها من الناحية الجغرافية، حيث يمثل الموقع الجغرافي

يراجع: كتوم محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص. 162.

¹ قوسم غالية، المرجع السابق، ص. 94.

² Guy Canivet, Marie-Chantal et Boutard-Labarde, op.cit., p. 08.

³ من أجل تفادي هذه الوضعية في مجال الصفقات العمومية، منح المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، من خلال مادته 27، للمشتري العمومي إمكانية الترخيص للمتعهدين، فيما يخص الخدمات المعقدة تقنيا وفق الشروط المحددة والمضبوطة في دفتر الشروط، بتقديم بديل أو عدة بدائل للمواصفات التقنية. كما يمكن للمصلحة المتعاقدة كذلك إدراج أسعار اختيارية في دفتر الشروط، غير أنه يجب عليها تقييم هذه الأسعار واتخاذ قرار بشأن اختيارها قبل منح الصفقة.

⁴ لحراري شالح ويزة، المرجع السابق، ص. 67.

⁵ قوسم غالية، المرجع السابق، ص. 97.

للسوق أحد المعايير الهامة لاعتبار المؤسسة في وضعية هيمنة أم لا، لهذا وحتى تتمكن هيئات المتابعة من الوقوف على ذلك، ينبغي تحديد الرقعة الجغرافية المعنية بالممارسة¹، إذ أن سعة السوق تختلف باختلاف النشاط الاقتصادي الذي تزاوله المؤسسة²، والتي قد تتمكن من تقليص الإنتاج مثلا أو فرض الأسعار في نطاق جغرافي معين³، لا يكشف عن رغبة سريعة من طرف المستهلكين في تغيير اختياراتهم نحو العرض المقدم من المؤسسات الواقعة في هذا الحيز المكاني، ولا عن قدرة المؤسسات الأخرى المتواجدة خارج هذا الإطار من السوق على الاستجابة لرغبات المستهلكين، بسبب إرادة المؤسسة الأولى ذات الطبيعة الاحتكارية⁴، ولتقدير مدى وجود وضعية هيمنة على السوق لابد من وضع حدود للسوق الجغرافية التي تمارس المؤسسة فيها السيطرة⁵.

وحسب بعض الفقه، فإنه كلما كان النشاط واسع المدى كلما كانت السوق أوسع، أي يجب الأخذ بعين الاعتبار مسألة امتداد خدمات المؤسسة عبر كامل إقليم الدولة، مع

¹ تنص المادة 03 في الشطر الثاني من فقرتها ب من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أن: "السوق: كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة... والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع والخدمات المعنية". وتنص المادة 2-420 L من القانون التجاري الفرنسي بدورها ما يلي:

"Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou partie substantielles de celui-ci".

² ناصري نبيل، المرجع السابق، ص. 84.

³ للمقارنة بخصوص التحديد الجغرافي للسوق في مجال الصفقات العمومية، يراجع قرار مجلس المنافسة التونسي المؤرخ في 01 نوفمبر 2007 سابق الذكر، والذي جاء فيه: "وحيث طالما تسلطت الدعوى على ممارسات منسوبة إلى المدعى عليها بمناسبة مشاركتها في طلبات عروض لتزويد جملة من المؤسسات التربوية بولاية القصرين بالمواد الغذائية، فإنه يتعين اعتبار أن طلبات العروض المذكورة هي السوق المرجعية في القضية الراهنة". وفي قرار موال صادر بتاريخ 31 ديسمبر 2008 اعتمد المجلس عبارات أكثر وضوحا حيث ذكر: "أن طبيعة النزاع الحالي والبعد الجهوي لنشاط المدعى عليهم في القضية الراهنة، وخاصة منهم المدعى الذي اختص بالمشاركة في أغلب الصفقات المتعلقة بتزويد المؤسسات العمومية بولاية القصرين، من شأنه أن يحصر الإطار الجغرافي للسوق المعنية ضمن مرجع النظر التراخي لهذه الولاية، وذلك رغم أن نشاط تجار الجملة المتدخلين في قطاع اللحوم الحمراء لا يقتصر على الولاية التي بها مقر انتصاهم وقد يتجاوزها إلى بقية الولايات، وكذلك الشأن بالنسبة للصفقات العمومية التي يمكنهم المشاركة فيها". نقلا عن: التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس، المرجع السابق، ص. 40.

⁴ كتوم محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص. 163.

⁵ لحراري شالح ويزة، المرجع السابق، ص. 67.

الأخذ بعين الاعتبار إمكانية اقتصرها على جزء منه فقط حسب الظروف، وفي هذه الحالة نكون أمام سوق محلية، وبالتالي تكون الهيمنة على جزء من السوق المعنية¹، كما يقتضي التحديد الجغرافي للسوق المرجعي البحث عن المنطقة الجغرافية التي تمارس فيها المؤسسة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، بحيث يمكن أن تقتصر على منطقة معينة أو مكان معين معزول أو بعيد إذا كانت مثلاً وسائل الاتصال صعبة أو تكلفة النقل مرتفعة².

إذن يعتبر تعيين حدود السوق ذو أهمية بالغة من خلال تأثيره المباشر على اكتمال موقع الهيمنة أو إخفاقه، وذلك بالنظر إلى محل المنافسة الذي قيده هذه الوضعية، وبالتالي فبعد القيام بتحديد السوق المعنية من حيث السوق السلي والسوق الجغرافي، نتساءل عن المقاييس التي يمكن اعتمادها للقول بأن عون اقتصادي أو مؤسسة ما تحتل وضعية هيمنة؟.

03- مقاييس إثبات وضعية الهيمنة

للقول بقيام وضعية هيمنة لمؤسسة معينة على السوق ينبغي توافر مجموعة من المؤشرات، تتجسد في مميزات تتمتع بها المؤسسة المهيمنة، على خلاف نظيراتها في السوق³، وتنقسم هذه المعايير إلى معايير كمية رئيسية وأخرى نوعية ثانوية.

¹ حسين الماخي، المرجع السابق، ص. 36.

² كتوم محمد الشريف، «حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة»، المرجع السابق، ص. 51.

³ تم إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة. وكذا مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، بموجب المادة 73 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة. والتي كانت تشير المادة الثانية منه إلى أن "المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة عون اقتصادي على سوق السلع أو الخدمات أو جزء منها هي على الخصوص ما يلي: حصة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة إلى الحصة التي يحوزها كل عون من الأعوان الاقتصاديين الآخرين الموجودين في نفس السوق، الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتوفر لدى العون الاقتصادي المعني، العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط العون الاقتصادي بعون أو عدة أعوان اقتصاديين والتي تمنحه امتيازات متعددة الأنواع، وامتيازات القرب الجغرافي التي يستفيد منها العون الاقتصادي المعني". وما يمكن ملاحظته بخصوص هذه المادة أن المشرع لم يحدد هذه المعايير على سبيل الحصر، حيث استعمل في مضمون هذه المادة عبارة "على الخصوص"، ومن ثم يكون من صلاحية هيئات المنافسة الاعتماد على غيرها من المعايير أو المقاييس التي تحدد وضعية الهيمنة التي يتواجد فيها العون الاقتصادي.

تتمثل المعايير الكمية الرئيسية لقياس وضعية الهيمنة في حصة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة بالحصة التي يحوزها باقي الأعوان الاقتصاديين الآخرين الموجودين في نفس السوق، وتعد المقياس الأكثر دلالة على وضعية الهيمنة بحيث يمكن اعتبار مجرد توفرها كافيا لإثباتها، وأحسن مثال على ذلك، وضعية الاحتكار التي تمكن المستفيد منها على مستوى سوق معينة، من احتلال موقع هيمنة عن طريق اكتساب كل أو أغلبية حصص السوق¹، بحيث لا يخضع لأية منافسة، فيحقق بذلك تركيز وتجمع للقوة الاقتصادية تجعل منه المتعامل الوحيد المهيمن على السوق². وعلى العكس من ذلك، "تستبعد حصة السوق كمعيار لإثبات الهيمنة إذا كانت تتراوح ما بين 05 إلى 10% من سوق منتوجات ذات تقنية، ولكنها قابلة للاستبدال في نظر الجمهور الواسع من المشترين، وهذا ما لم توجد ظروف استثنائية"³.

وفيما يخص كيفية تحديد حصة السوق فإنها تحدد بحجم المبيعات المحققة، كما اعتمد القانون الجزائري على رقم الأعمال الذي يحققه عون اقتصادي في سوق معينة⁴.

هذا زيادة على القوة الاقتصادية التي تتمتع بها المؤسسة على مستوى السوق، والتي تعطي للمؤسسة القوة اللازمة لمنع الإبقاء على منافسة فعالة في السوق المعنية، لأنها تسمح للمؤسسة بأن تتصرف على نحو مستقل عن منافسيها وعملائها، وكذلك مستهلكي

¹ من أمثلة اعتبار هذا المقياس كمعيار لوجود هيمنة على السوق، ما قرره مجلس المنافسة في قضية المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية ENIE، حيث أشار إلى أنه: "يستخلص من معطيات مختلفة أن المؤسسة المشتكى منها تعد في الفترة التي حدثت فيها الوقائع موضوع الإخطار (1996) الممون الرئيسي للسوق، لاسيما في المنطقة الغربية من الوطن". قرار مجلس المنافسة رقم 99-ق-01 المؤرخ في 23 جوان 1999 المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)، سابق الذكر.

² Guy Canivet, Marie-Chantal et Boutard-Labarde, op.cit., p. 73.

³ CJCE, 25 oct.1977, Metro c/ Commission, aff.26/76, Rec. 1977, p.1875. Cité par: Lionel Zevounou, Le concept de concurrence en droit, op.cit., p. 61.

⁴ في هذا الشأن نصت المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 السالف الذكر (الملغى) على أنه: "تحدد حصة السوق بالعلاقة بين رقم أعمال العون الاقتصادي المعني ورقم أعمال جميع الأعوان الاقتصاديين الموجودين في نفس السوق".

منتجاتها أو خدماتها¹، وبالتالي تشكل القوة الاقتصادية التي تتمتع بها مؤسسة ما على مستوى السوق إحدى هذه المعايير².

وبالإضافة إلى ذلك، هناك عوامل أخرى ذات طابع ثانوي كفي يمكن أخذها بعين الاعتبار في تحديد مدى قيام وضعية الهيمنة، من بينها الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتوفر لدى العون الاقتصادي، بحيث يتعين على هيئات المتابعة إثبات توفر هذه الامتيازات لدى العون الاقتصادي المعني، وذلك عن طريق البحث عن الوسائل التقنية المستعملة، وكذا الوضعية التي يتواجد عليها، كحسن الموقع والوصول بالأفضلية لبعض مصادر التمويل، بالإضافة للعلاقات المالية والتعاقدية التي تربط العون الاقتصادي بعون أو عدة أعوان اقتصاديين آخرين، والتي تمنحه امتيازات متعددة الأنواع، وكذلك امتيازات القرب الجغرافي التي يستفيد منها العون الاقتصادي المعني، ووضعيته التنافسية³، بحيث قد يتطلب إثبات موقع الهيمنة في بعض الحالات، تحليل الوضعية التنافسية على مستوى قطاع معين، للتأكد من قدرة المتعامل الاقتصادي على الاحتفاظ بموقعه، رغم المنافسة الحادة التي يتعرض لها من قبل المتعاملين الآخرين في السوق.

¹ وهو ما أشارت إليه محكمة عدل المجموعة الأوروبية في الحكم الصادر في قضية "Michelin" بتاريخ 09 نوفمبر 1983. يراجع: تامر محمد صالح، المرجع السابق، ص. 92.

² يمكن تقدير القوة الاقتصادية التي تتمتع بها المؤسسة على مستوى السوق من خلال عناصر متعددة منها: عدد وأهمية الاتفاقات المالية والاقتصادية المبرمة مع المجموعات الأخرى، القدرة على رفع الأسعار أو ممارسة التمييز غير العادل بين الأعوان الاقتصاديين، سهولة الحصول على مصادر التمويل، خصائص المؤسسة الذاتية مثل تفوقها في التسيير والابتكار التقني. يراجع: ناصري نبيل، المرجع السابق، ص. 87.

³ المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 سالف الذكر. في نفس الصدد، رأى مجلس المنافسة الفرنسي في أحد قراراته أنه من أجل إثبات وجود وضعية الهيمنة في السوق "يجب الأخذ بعين الاعتبار مختلف العناصر المتعلقة بحصة المؤسسة المعتبرة في السوق، وحصص منافسيها المتعددين والعناصر النوعية الخاصة بها، مثل: التفوق في التسيير، والابتكار التقني أو الفعل التجاري". يراجع:

- Cons. conc., déc. n° 90-D-27 du 11 septembre 1990 relative à des pratiques relevées sur le marché des tuiles et des briques en Alsace. Citée par :

- قوسم غالية، المرجع السابق، ص. 120.

ثانيا: صور الممارسات التعسفية وواقعها في مجال الصفقات العمومية

بعد التثبت من وجود المؤسسة في وضعية هيمنة على السوق، ينبغي استبيان مدى تورطها في ممارسات تعسفية يكون الغرض منها إبعاد المنافسين، فالأمر يتطلب إذن إثبات التعسف في وضعية الهيمنة ومقاييس تقدير هذا التعسف، وبالتالي، فإن الفعل المحظور لا يتجسد في مجرد الهيمنة على السوق، وإنما في الاستغلال التعسفي لهذه الهيمنة¹، بحيث لا بد أن يصدر عن العون الاقتصادي سلوك أو فعل يؤدي إلى تقييد المنافسة، مما يحتم علينا، توضيح الممارسات الممكن اعتبارها تعسفية، ومدى إمكانية قيامها في مجال الصفقات العمومية.

01- صور الممارسات التعسفية المحظورة

يطبق مفهوم التعسف على المؤسسة أو العون الاقتصادي الذي يسعى للحصول على امتيازات تجارية واقتصادية لا مبرر لها ما عدى الهيمنة على السوق والتعسف في استغلالها، لكن مجرد الإدعاء بوجود هذه الممارسات التعسفية غير كاف، وإنما على من ادعى ذلك أن يثبتها، بحيث لا يقبل الإخطار المقدم لمجلس المنافسة إن لم يكن مدعما بعناصر إقناع كافية².

وفي ذلك تشير محكمة عدل المجموعة الأوروبية إلى أن: "التعسف في استغلال وضعية هيمنة هي فكرة موضوعية تتعلق بالتصرفات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة، والتي يكون من شأنها التأثير على بنیان أو تركيبة السوق بشكل يؤدي إلى إضعاف أو إعاقة المنافسة أو

¹ لحراري شالح ويزة، المرجع السابق، ص. 70.

² تراجع المادة 44 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

منع نموها، وذلك باستخدام وسائل تختلف عن تلك المستخدمة في ظل المنافسة العادية، أو في ظل الظروف الطبيعية للسوق"¹.

أي أن طابع الاستعمال غير المشروع لوضعية الهيمنة في السوق هو طابع موضوعي وليس شخصي، مما يتطلب بالضرورة الأخذ بعين الاعتبار سلوك وتصرفات المؤسسة المهيمنة، بصرف النظر عن كل ما يرتبط بالحالة الشخصية أو الذاتية للمؤسسة نفسها².

في هذا الصدد، ركزت قوانين المنافسة في فرنسا والجزائر على تعداد التصرفات التي تجسد استغلالا تعسفيا لوضعية هيمنة، حيث ذكر قانون المنافسة الجزائري³، بعض حالات التعسف الناتج عن هيمنة في السوق، تمثلت في: الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطوير التقني، اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل، عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق، بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها، تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة.

¹ صفاء تقي عبد العيساوي، «المفهوم القانوني للاستعمال غير المشروع للمركز المتحكم في السوق (دراسة مقارنة)»، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد 23، كلية العلوم الإنسانية، جامعة واسط، العراق، 2015، ص. 65.

² يؤيد ذلك القرار الذي أصدرته محكمة عدل المجموعة الأوروبية في قضية Hoffmann La Roche، والذي ورد فيه أن التعسف في استغلال وضعية هيمنة يمكن أن يتحقق بدون أي خطأ يمكن نسبته إلى المؤسسة، صاحبة وضعية الهيمنة، فالاستغلال التعسفي في نظرها "هو مفهوم موضوعي يتعلق بتصرفات المؤسسة في وضعية الهيمنة، والتي يكون من شأنها التأثير على تشكيلة السوق، ونظرا لوجود المؤسسة المعنية بالضبط، أصبحت درجة المنافسة ضعيفة، ويكون لهذه التصرفات أثر عرقلة المحافظة على درجة المنافسة التي مازالت موجودة في السوق أو تنمية هذه المنافسة، وذلك عن طريق اللجوء إلى وسائل تختلف عن تلك الوسائل المستعملة في ظل المنافسة العادية للمنتوجات أو الخدمات، والتي تقوم على أساس خدمات المتعاملين الاقتصاديين".

- CJCE, 13 février 1979, aff. C-85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission. Voyez: Nicolas Petit, «Le droit européen de l'abus de position dominante en 2014», Contrats - Concurrence - Consommation -, Revue Mensuelle, Lexisnexis Jurisclasseur, Mai 2015, p. 17.

³ المادة 07 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

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

كما حاول مجلس المنافسة الفرنسي، حصر بعض صور التعسف من خلال بعض التقارير السنوية الصادرة عنه في القيام بالممارسات التي يكون الغرض منها، أو يمكن أن يترتب عنها إقصاء للمتنافسين أو منع ولوج مؤسسة جديدة إلى السوق المهيمن عليه، والقيام بتصرفات يصعب على أي مؤسسة القيام بها، دون أن تعرض مصلحتها في السوق للخطر².

وعليه، يمكن أن ينشأ الاستغلال التعسفي من خلال الشروط التمييزية للبيع والمفروضة على وحدة اقتصادية دون مقابل حقيقي وعلى حساب منافسين آخرين، بحيث تستغل المؤسسة وضعيتها الهيمنة على السوق لفرض شروطها على الأطراف الأخرى، من موزعين وممونين وأيضا الزبائن³.

¹ نشير إلى أن هذه الصور للتعسف في وضعيتها الهيمنة على السوق، هي نفسها المتعلقة بالاتفاقات المحظورة، ويضيف المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 في المادة 05 منه، حالات أخرى تتمثل في الممارسات التي تستجيب على الخصوص للمقاييس الآتية: المناورات التي تهدف إلى مراقبة الدخول إلى السوق أو سيرها، المساس المتوقع أو الفعلي بالمنافسة، أي أنه لا يقتصر على النتائج المترتبة عن التعسف في وضعيتها الهيمنة، وإنما يمتد حتى إلى الآثار المحتملة، ويستوجب أن يكون احتمال التقييد معقولا أي مبنيا على أسس موضوعية، وليس فقط مجرد احتمال، غياب حل بديل بسبب الوضعية الاقتصادية لمؤسسة ما، (كانت تعتبر هذه الحالة قبل صدور الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة بمثابة وجه ثاني لحالة التعسف الناتج عن الهيمنة على السوق، أما بعد صدور الأمر سالف الذكر فقد خصص لها المشرع مادة خاصة بها هي المادة 11 من قانون المنافسة).

² Les rapports des années 1991, 1992, et 1993. Cités par: Guy Canivet, Marie-Chantal et Boutard-Labarde, op.cit., p. 78.

وهو تقريبا نفس ما ذهب إليه مجلس المنافسة الجزائري الذي أشار إلى أن إستغلال الموقف المهيمن هو "استغلال تعسفي لسلطة سوق موافق للوضع المهيمن، والذي يحوز على هدف أو لأجل منع وتقييد أو تحريف لعبة المنافسة". يراجع: الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقريضة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، سابق الذكر.

³ Virginie Cibert-Goton et Adamou Albortchire, Pratique du droit de la concurrence et de la consommation, Edition ESKA, Paris 2007, p. 193.

خلاصة القول، أنه في ظل عدم تعريف القانون الجزائري للتعسف في وضعية الهيمنة اقتداء منه بالقانون الفرنسي، واكتفائه بضرب أمثلة لما يمكن أن يكون عليه السلوك التعسفي¹، تعتبر الممارسات التي يسعى من خلالها الأعوان الاقتصاديون، للحصول على امتيازات تجارية واقتصادية دون مبرر شرعي، ممنوعة قانونا نظرا لما تلحقه من مساس بالمنافسة²، سواء تمثلت في ممارسات احتكارية هدفها إخراج وإبعاد المنافسين الحاليين، ومنع دخول منافسين جدد إلى السوق، أو في ممارسات احتكارية غير عادلة تقوم بها المؤسسة المسيطرة في مواجهة شركائها الاقتصاديين، بمعنى الممارسات التي تتعلق بالعلاقة الاقتصادية والتجارية التي تربط المؤسسة المهيمنة بغيرها من المؤسسات في السوق³.

02- أشكال الأوضاع المهيمنة في الصفقات العمومية

يمكن للتعسف في وضعية الهيمنة في إطار الصفقات العمومية، أن يتخذ أشكالا متعددة، لاسيما وأن الممارسات التعسفية المذكورة في تشريع المنافسة وردت على سبيل

¹ المادة 07 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، سابقة الذكر.

² على غرار ما هو معمول به في مجال الاتفاقات الاقتصادية، تستثنى من الحظر وضعية الهيمنة إذا كانت تدخل في إطار ما أوردته المواد 08 و09 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، بحيث تعفى من الحظر، وضعية الهيمنة لمؤسسة ما، إذا كانت ناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له. كما يمكن أن يرخس بهذه الممارسة، إذا أثبتت المؤسسة المعنية أنها تؤدي إلى تطوير اقتصادي، أو تقني، أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، وذلك بشرط أن تكون محل ترخيص من مجلس المنافسة.

- من أبرز الأمثلة على هذه الاستثناءات في مجال الصفقات العمومية، وفي إطار الإعفاء من حظر وضعية هيمنة ناتجة عن نص تنظيمي، ما نصت عليه المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والتي تشير إلى أنه: "يمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات...". وهي أفضلية قابلة لأن تندرج ضمن ممارسة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، على أساس أن الأسعار المقدمة من طرف المؤسسات الوطنية ستكون منخفضة بصورة تعسفية بالنسبة لتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، وبالتالي، يمكن أن تحول دون دخول المؤسسات الأجنبية إلى سوق الطلبات العمومية. تراجع أيضا المواد: 85، 86، و87 من ذات المرسوم.

³ للإطلاع على بعض نماذج هذه الممارسات، تراجع: جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 148 وما يليها.

المثال لا الحصر، وهو ما يفتح باب الاجتهاد لهيئات المنافسة للتوسع في تكييف الوضعيات التي تستجيب لمقومات التعسف في استغلال وضعية هيمنة اقتصادية على سوق معينة، ومن بينها سوق الطلبات العمومية، والتي نجد أن مثل هذه الممارسة على مستواها، قد يتسبب فيها الشخص العام، أو المؤسسات الخاصة المرشحة لنيل الصفقة العمومية.

أ- التعسف في وضعية الهيمنة من طرف الأشخاص العامة

وفقا لمجلس الدولة الفرنسي، تعتبر الأشخاص العامة الأكثر تسببا في قيام هذه الممارسة في مجال الطلب العمومي¹، بسبب سماح القانون الفرنسي لمثل هذه الأشخاص بالترشح لنيل الصفقات العمومية إلى جانب المؤسسات الخاصة، مما قد يدفعها لاحتلال وضعية مهيمنة قد تتعسف في استغلالها نتيجة للامتيازات النظامية التي تحوزها، كما قد تتسبب الإدارة في خلق حالة تعسف تلقائي لوضعية هيمنة على سوق الطلب العمومي، إذا منحت حقا حصريا أو خاصا لمؤسسة معينة.

- ترشح الشخص العام وتعسفه في استغلال امتيازاته النظامية

بالعودة للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري نجد أنه قد أعطى تماما العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها، والعقود المبرمة مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تزاوّل هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة². وذلك على الرغم من أن هذه المؤسسات لا تختلف من الناحية الموضوعية عن بقية المؤسسات الاقتصادية الخاصة، مما يعد تمييزا لا يخدم حرية

¹ Rapport public du conseil d'état pour 2002, "Collectivités publiques et concurrence", p. 335.

² المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري.

المنافسة، ولا يستساع في ظل رغبة التنظيم إضفاء عدالة بين المتنافسين، وتمكينهم من الوصول للطلبات العمومية على قدم المساواة¹.

يبدو هذا الاستثناء مخالفا لمبدأ المساواة المكفول دستوريا، والمنصوص عليه أيضا في قانون المنافسة الجزائري²، خصوصا في ظل تدخل الدولة في تنظيم الاقتصاد، والذي ساهم إلى حد كبير في تحقيق التقارب بين أنشطة الأشخاص العامة، وتلك التي كانت محجوزة حتى وقت قريب للمبادرة الخاصة³. فلم تعد الحدود الفاصلة بين النشاط العام والنشاط الخاص جامدة، لأن بعض الأنشطة يمكن أن يتولاها القطاع العام أو القطاع الخاص، كما أن بعض الأنشطة يمكن أن تكون محلا للتأميم ثم تتم خصصتها، دون أن يترتب على ذلك التأثير في خصائصها الأساسية⁴.

في حين تعتبر الأشخاص العامة في فرنسا ملزمة بأن تخضع للمنافسة العقود التي تبرمها مع أشخاص عامة أخرى، بحيث تكون خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، ولقواعد المنافسة. على أن ذلك مقيد بشروط يجب توافرها، حتى يكون منح صفقة عمومية أو عقد تفويض مرفق عام إلى مؤسسة عامة خاضعا لمبدأ المساواة ومبدأ حرية المنافسة، وتتمثل أساسا في مراعاة المؤسسة العامة في تحديد السعر الذي تقترحه جميع التكاليف المباشرة وغير المباشرة التي تساهم في تكوين تكاليف تنفيذ موضوع الصفقة، مع عدم جواز استفادة المؤسسة العامة، عند تحديد السعر الذي تقترحه، من المزايا التي ترجع إلى الإيرادات والوسائل الممنوحة لها لأداء مهمة المرفق العام، وذلك منعا من عرض سعر

¹ خرشي النوي، المرجع السابق، ص. 127.

² للمقارنة، نجد القانون المغربي يشير من خلال المواد 24 و 25 من المرسوم رقم 2.06.388 المؤرخ في 05 فبراير 2007 الذي يحدد أشكال وشروط إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، الجريدة الرسمية عدد 5518 الصادرة بتاريخ 19 أبريل 2007، على إمكانية ترشح الشخص العام لنيل الصفقات العمومية، مع إلزامه بالإدلاء بنسخة من النص الذي يؤهله لتنفيذ الأعمال موضوع الصفقة، وبالشهادة المتعلقة بالوضعية الجبائية التي يتعين أن تبين النشاط الذي بمقتضاه تم فرض الضريبة على المتنافس.

³ تامر محمد صالح، المرجع السابق، ص. 47.

⁴ Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 101.

أقل من سعر التكلفة. وأخيرا يجب على الشخص العام المرشح أن يبرر السعر الذي يقترحه، كلما كان ذلك ضروريا، بواسطة وثائق محاسبية أو بأية معلومات أخرى مناسبة¹.

كما رأى مجلس الدولة الفرنسي²، أن اختلاف مركز الشخص العام من حيث التزاماته الاجتماعية الواردة بقانون العمل والتأمينات الاجتماعية، عن مركز المؤسسات الخاصة، ليس من شأنه أن يضعه وبالضرورة في مركز أكثر تمييزا من المؤسسات الخاصة، وليس من شأنه بالتالي الإخلال بالمنافسة. زيادة على أن مبدأ المنافسة لا يمنع شخصا عاما يمارس نشاطا اقتصاديا من أن يحصل على مساعدات مالية من الدولة، غير أن حرية المنافسة تحظر عليه، أن يستخدم المزايا المالية الممنوحة له من أجل التعامل في سوق مفتوح للمنافسة بأقل من سعر التكلفة الحقيقي. وهو نفس الموقف الذي تبنته محكمة عدل المجموعة الأوروبية، بتصريحها أن الدعم المالي الممنوح لمؤسسة عمومية مشاركة إلى جانب مرشحين من الخواص، لا يشكل بذاته حاجزا لتحقيق المنافسة الحرة في إطار صفقة عمومية³.

¹ محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 78.

² أشار مجلس الدولة الفرنسي في رأيه الصادر في 08 نوفمبر 2000 إلى أنه: "لا يوجد أي نص أو مبدأ يحظر على الشخص العام لسبب يرجع إلى طبيعته أن يتقدم للترشح لعقد من العقود العامة أو لعقد من عقود تفويض المرفق العام". يراجع:

- CE, avis, 08 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, précité: "les différences de régimes applicables aux personnes publiques en matière fiscale comme sociale n'était pas, en elles-mêmes, de nature à les placer dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées et ne sont donc pas de nature à fausser la concurrence entre ces établissements et ces entreprises lors de l'obtention d'un marché public ou d'une délégation de service public".

كما سبق للمجلس أيضا أن قرر بأن مبدأ حرية التجارة والصناعة لا يحول بذاته من أن تتقدم مؤسسة عامة للحصول على تفويض مرفق عام تقترحه إحدى الجماعات الإقليمية. يراجع:

- Jean-Christophe Grall et Erwan Le Morehedec, art.préc., p. 21.

³ CJUE, arrêt du 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG), aff. C-324/98, Rec., p. I-10745. Voyez : Alexandre Vandepoorter, «Les principes généraux de la commande publique», Gazette du Palais, 4 Juillet 2011, p. 52.

لكن من جهة أخرى، صرح مجلس المنافسة الفرنسي بأنه على الرغم من صعوبة الحسم في ما إذا كان وجود موظفين عموميين ضمن عمال مؤسسة عمومية مرشحة لنيل صفقة عنصرا إيجابيا أم سلبيا، من منظور التكاليف العامة لمدخلات الإنجاز، فإنه لا يجوز لهذه المؤسسة أن تستعمل لأغراض تنافسية المزايا الممنوحة لها من أجل تقديم خدماتها المرفقية. وحرصا على الفصل بين وسائل الخدمة العامة ووسائل التنافس، أوصى المجلس بمسك محاسبة تحليلية من شأنها إبراز مجموع التكاليف المباشرة وغير المباشرة التي تدخل في تكوين سعر الأعمال موضوع الصفقة. كما اقترح العمل بنظام محاسبي للفصل الحاسم بين الأنشطة المنجزة في إطار حق الاحتكار الممنوح لبعض المؤسسات العمومية، والأنشطة المنجزة خارج الاحتكار، مع الحرص على منع توظيف الدعم المالي المرصود لنشاط معين في مزاولة أنواع أخرى من الأنشطة¹.

وإذا كان القانون الجزائري قد فصل بشكل غير مفهوم في المسألة من خلال إعفاء الشخص العام من الخضوع لتنظيم الصفقات العمومية، فإن ضمان عدم تواجد الشخص العام في وضعية هيمنة في مجال العقود الإدارية وتعسفه في استعمالها بفرنسا، متوقف على مدى تقيده بالشروط المشار إليها أعلاه، بحيث أن مشاركة المؤسسات العمومية في المنافسة ستظل مصدرا لمخاطر حقيقية على حظوظ المتنافسين من القطاع الخاص، بسبب احتمال تأثر المنافسة بوشائج العلاقة القائمة بين هذه المؤسسات والمشتري العمومي، على غرار توفرها على امتياز الاستفادة من قنوات التواصل المتيسرة بينها وبين الإدارات العمومية، والتي من شأنها إتاحة الوصول إلى معلومات حاسمة ليست

¹ Avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence. Cité par : Anne-Lise Sibony et Anne Wachsmann, «Pratiques Unilatérales», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n°3-2009, pp. 92–93.

في تناول العموم¹، زيادة على إمكانية استغلال الشخص العام للامتيازات النظامية Les Compétences Régaliennes التي يحوزها من أجل تقديم عروض أسعار مخفضة بصورة تعسفية، مقارنة بتكاليف الإنتاج والتمويل والتسويق المفروضة على المؤسسات التابعة للقطاع الخاص².

- تسبب الإدارة في خلق حالة تعسف تلقائي لوضعية هيمنة

يرجع الفضل في حظر لجوء الإدارة للتسبب في حالة التعسف التلقائي لمؤسسة على السوق إلى نظرية الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة³، السائدة في القانون والقضاء الأوروبيين⁴، والمكرسة من طرف القضاء الفرنسي، والتي بموجبها يجب على السلطات العمومية أن لا تخل بقراراتها الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة⁵، وهي النظرية التي أقرت بمبدأ نفاذ قانون المنافسة على القرارات الإدارية، وبالتالي، إدماج قواعد المنافسة في كتلة المشروعية الإدارية مثلما أوضحناه سابقا.

¹ مثال ذلك، المعلومة المتعلقة بالغلاف المالي المرصود لإنجاز موضوع الصفقة، والدراسات التقديرية وما لها من علاقة شبه مباشرة بالمبلغ التقديري الذي يعده سرا المشتري العمومي كمعيار حاسم يتم على أساسه تقييم العروض. يراجع: الجليلي أمزيد، المرجع السابق، ص. 74.

² من بين الامتيازات النظامية التي تتمتع بها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر، يمكن ذكر على سبيل المثال: عدم قيدها في السجل التجاري، وإعفاء عقود امتياز الأملاك العقارية التي تحوزها من حقوق التسجيل ورسم الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية. تراجع: المادة 32 من القانون رقم 12/12 المؤرخ في 26 ديسمبر 2012، المتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج.ر عدد 72 الصادرة في 30 ديسمبر 2012.

³ Voyez: François Voiron, L'intervention de l'état constitue-t-elle un fais justificatif de l'entente?, Mémoire pour l'obtention du Diplôme de Master en Droit européen des affaires, Université Paris II Panthéon Assas, 2010, p. 32: "Selon cette théorie, le juge administratif a donc pour rôle de veiller à l'effet utile des règles de concurrence en analysant concrètement les effets des décisions des personnes publiques".

⁴ CJCE, 16 novembre 1977, SA G.B.-INNO-B.M. c/ Association des détaillants en tabac (ATAB), aff. 13-77, Rec. CJCE, p. I-2115, att 31: "Les Etats membres ne peuvent prendre ni maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises". Voyez: Jean-Philippe Kovar, op.cit., p.59.

⁵ كتومحمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المرجع السابق، ص. 88.

وإلى جانب هذه النظرية، ظهرت نظرية أخرى في القانون الأوروبي، وهي نظرية التعسف التلقائي في وضعية الهيمنة¹، والتي كان لها الفضل في إبراز وكشف دور الإدارة في دفع الأعوان الاقتصاديين بواسطة قراراتها إلى ارتكاب الأفعال المنافسة للمنافسة، وبمقتضى هذه النظرية، يمكن مراقبة الآثار الناجمة عن تصرف إداري، وفيما إذا كان من شأن آثار هذا التصرف أن تؤدي تلقائياً إلى إيجاد وضعية هيمنة على السوق لصالح عون اقتصادي، مما يسمح له باستغلال تلك الوضعية تعسفياً، خلافاً لقانون المنافسة².

وقد دخلت هاتان النظريتان إلى القانون الفرنسي عن طريق القاضي الإداري، الذي بمجرد أن تقبل فكرة نفاذ قانون المنافسة في مواجهة قرارات السلطات العمومية³، حتى عمد إلى نزع الحصانة التي تتمتع بها اللوائح والتنظيمات العامة والقرارات التي تخل بقانون المنافسة.

سبقت الإشارة إلى إمكانية منح الدولة للمؤسسات العامة أو الخاصة حقوقاً خاصة أو حصرية، تتماشى مع أهدافها الاقتصادية، مثل حث المؤسسات على بذل مجهود من أجل الاختراع عن طريق منح حق حصري على الشيء المخترع. ففي حالة ما إذا كان الحق الحصري أو الخاص يتجاوز مثل هذا الهدف، فالدولة أو الهيئات الإدارية التابعة لها كالجماعات الإقليمية، يمكن أن تتعرض للإدانة إذا كان التنظيم المانع لحق حصري أو خاص يؤدي بالمؤسسة المستفيدة منه إلى التعسف تلقائياً في وضعيتها⁴.

¹ Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 26.

² Arnaud Bigaré, L'aspect transversal de la notion d'abus de position dominante en droit communautaire de la concurrence, Mémoire pour l'obtention du Diplôme d'études approfondies en droit communautaire, Université Jean Moulin, Lyon III, 1998, p. 17.

³ Guézou Olivier, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», art.préc., p. 02.

⁴ تراجع المادة 43 من إتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية سالفه الذكر.

تدخل هذه الممارسة في إطار التعسفات التي ترجع إلى تدابير الدولة، والتي تدخل في اختصاص القاضي الإداري، على خلاف التعسفات التصرفية، التي يرجع اختصاص النظر فيها لمجلس المنافسة¹. فطبقا للقانون الأوروبي، فإن الممارسة التعسفية المحظورة هي الممارسة التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة بنفسها، دون أن تكون مفروضة عليها بقانون صادر من دولة عضوة في الاتحاد، فإن كانت الممارسة مفروضة، فإن العقاب لا يلحق المؤسسة المهيمنة، وإنما يلحق الدولة، وذلك بالاستناد إلى نظرية التعسف التلقائي أو الآلي².

لذا يقع على الدولة والهيئات الإدارية التابعة لها الإلتزام بعدم اتخاذ أو إبقاء أي تدبير من شأنه أن يخل بالمبادلات بين المجموعة الأوربية والجزائر، بحيث يتعارض ذلك مع مصالح الطرفين، ومع السير الحسن لاتفاق الشراكة التي تجمعهما، طالما كان من شأن الاستغلال المفرط من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها لوضعية مسيطرة أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر³.

وبالنتيجة، فإن الدولة ملزمة بعدم وضع مؤسسة في وضعية تجد نفسها منساققة تلقائيا إلى التعسف في احتكارها أو في حقها الحصري أو الخاص⁴، وهذا ينطبق على جميع

¹ Marie Malauri-Vignal, op. cit., p. 51.

² سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص. 228.

³ المادة 41 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوربية، سالف الذكر.

⁴ يلاحظ أن الدولة الجزائرية في أحيان متعددة لم تلتزم بصفة مطلقة بأحكام المادة 43 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوربية سالف الذكر، حيث اتخذت بعض القرارات التي من شأنها أن تجعل مؤسسة معينة في وضعية احتكار تلقائي للسوق، أو تحوز على حقوق حصرية، متحججة في ذلك بترقية الأداة الوطنية للإنتاج التي جسدها المادة 43 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2010 الملغى، وأكدها المادة 49 من التنظيم الحالي. تراجع على سبيل المثال لائحة مجلس مساهمات الدولة رقم 06 للدورة 96 بتاريخ 15 جويلية 2009 المتضمنة تخصيص صفقات اقتناء أجهزة ولوازم الإعلام الآلي المبرمة من طرف المؤسسات التابعة لقطاعات التربية الوطنية، والتعليم العالي والبحث العلمي، والتكوين والتعليم المهنيين، للمؤسسة العمومية الاقتصادية ALFATRON لإنتاج الحواسيب، وذلك في إطار ترقية الأداة الوطنية للإنتاج، غير منشورة.

كما كرست السلطات العمومية في الجزائر استئثار مؤسسة عمومية اقتصادية ناشطة في سوق الإشهار، والمتمثلة في الوكالة الوطنية للإعلام والنشر والإشهار، بالنشاط الإشهاري المتعلق بالمؤسسات والهيئات العمومية، وذلك على حساب الوكالات والشركات الإشهارية

المؤسسات سواء كانت عامة أو خاصة، تكون مستفيدة من حقوق حصرية أو خاصة¹، تحت طائلة تدخل القاضي الإداري لإلغاء قرارات السلطة العامة المتسببة في ذلك²، على غرار ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية لمدينة Nice في قرارها الصادر في 09 نوفمبر 1998³، والذي رأت من خلاله -استنادا إلى فكرة التعسف في الهيمنة على سوق-، أن واقعة تنظيم الصفقة في حصة واحدة و أيلولة هذه الصفقة إلى تجمع واحد Un groupement من شأنه أن يحول دون تحديد الأسعار بموجب سعر السوق الحرة، وذلك بسبب التشجيع على تقديم سعر واحد.

ب- التعسف في وضعية الهيمنة من طرف المؤسسات الخاصة المرشحة

إن النظام القانوني للصفقات العمومية لا يسمح لوحده بضمان فعالية الصفقة العمومية، في ظل إمكانية تأثرها بشكل معتبر بسبب أوضاع الهيمنة لبعض المؤسسات الاقتصادية المرشحة، وإن كان يعترف بإمكانية قيامها⁴. وعلى هذا الأساس، يلجأ المشتري

الخاصة الناشطة في نفس السوق. تراجع: قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017، ص.90.

- يراجع كذلك: تقرير الوزارة الأولى بخصوص التدابير المتخذة لفائدة التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي، الجزء رقم 13 تحت عنوان "التدابير الرامية إلى ترقية الأداة الوطنية للإنتاج المتخذة في إطارمراجعة تنظيم الصفقات العمومية"، ديسمبر 2010، متوفر بموقع بوابة الوزير الأول: www.premier-ministre.gov.dz.

¹ مثال ذلك، اعتبار محكمة عدل المجموعة الأوروبية في قضية Port de Genève الذي منح المؤسسة حق حصري بتنظيم العمليات التي تتم في الميناء، والذي يفرض على هذه الأخيرة ومن أجل هذا الغرض اللجوء إلى وكالة مينية تتكون فقط من عمال وطنيين، تصرفا تمييزيا مخالفا للقانون الأوروبي، لاسيما الفقرة الأولى من المادة 86 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 106 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي).

- CJCE, arrêt du 10 décembre 1991, Porto du Genova, aff. C-179/90. Cité par: Marie Malaurie-Vignal, op. cit., p.62.

² قوسم غالية، المرجع السابق، ص. 66.

³ TA Nice, 9 novembre 1998, marché de transport d'élèves dans les Alpes-Maritimes. Cité par: Mélanie Dinane, «À propos du périmètre de la délégation de service public: le tour du Conseil d'État», Gazette de l'IDPA, n° 22, Octobre 2016, p. 10.

⁴ تنص المادة 72 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "يتم تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنصوص عليها في المادة 71 أعلاه. وهذه الصفة، تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام التالية:... - تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض

العمومي لقواعد قانون المنافسة لضمان السير التنافسي للسوق، سعياً لإتمام عملية الشراء في ظل أحسن الظروف من حيث الجودة والسعر¹، أمام احتمال تجسد ممارسة التعسف في استغلال وضعيتها هيمنة من طرف المؤسسات المرشحة لنيل الصفقات العمومية، خصوصاً في حالة لجوءها إلى إبرام صفقات غير متوازنة استغلالاً لوضعيتها الاقتصادية، أو تسبب وضعيتها المهيمنة في إلغاء المنافسة في سوق الطلبات العمومية.

- التعسف من خلال إبرام عقود غير متوازنة Les Contrats déséquilibrés

قد يجد المشتري العمومي في بعض الحالات نفسه في مواجهة مؤسسة عارضة تحتل وضعيتها هيمنة، تستغلها للضغط عليه من أجل إبرام صفقة عمومية تتضمن بنوداً تعسفية ليست في صالحه، مثل فرضها لبند يتضمن تحديد نوعية معينة للسلعة أو الخدمة كموضوع للتعاقد دون غيرها، أو بند يتضمن آجالاً طويلة مقارنة بتلك التي تنفذ خلالها صفقات مشابهة.

في هذا الإطار، عاقب مجلس المنافسة الفرنسي في أحد قراراته مؤسسة Decaux لفرضها مثل هذه الشروط في إطار صفقات عمومية أبرمتها مع بعض الجماعات الإقليمية ضمنها شروطاً تعسفية، أبرزها شرطاً للحصرية Clause d'exclusivité فرضت من خلاله زيادة على تحديدها مدة تنفيذ الصفقة، منحها هامشاً للأفضلية عند إبرام صفقات

العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفاً في وضعيتها هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط".

¹ Rapport public du conseil d'état pour 2002, précité, p. 329: "Un des défis essentiels qui se pose (...) aux décideurs publics en matière de commande publique est (...) de mieux prendre en compte le contexte dans lequel ils interviennent et de tirer un plus grand parti du fonctionnement concurrentiel des marchés".

مستقبلية معها، مع وجوب إبلاغها بصفة مسبقة من طرف المشتري العمومي إذا ما رغب في إبرام عقود أخرى، وقبول عرضها بطريقة تلقائية في حالة مشاركتها في صفقاته¹.

كما اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي قيام مؤسسة TDF بإبرام صفقة عمومية تتضمن تنصيب عتاد لاستقبال قنوات تلفزيونية خاصة على مستوى بعض الجماعات الإقليمية، مع فرضها لبند يعفيها من ضمان صيانة هذا العتاد، بمثابة بند تعسفي أدرجته المؤسسة في العقد بسبب وضعية الهيمنة التي تحتلها في السوق².

إن مثل هذه الشروط التعسفية يمنعها تشريع المنافسة الجزائري بدوره، حيث يمنع قانون المنافسة³، "كل تعسف ناتج عن هيمنة على السوق...: قصد... تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة"⁴.

يمكن أيضا للمؤسسة المرشحة التي تحتل وضعية هيمنة، أن تضغط على المشتري العمومي من خلال ربطها إبرام العقد بقبوله تضمين دفتر الشروط مسائل أخرى لا تربط بينها وبين موضوع العقد أية رابطة، أو لها دور ثانوي مقارنة بالموضوع الرئيسي للصفقة، حيث يمنع القانون التعسف الناتج عن وضعية هيمنة إذا كان القصد منه إخضاع إبرام

¹ Cons. conc., déc. n° 98-D-52 du 07 juil. 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain: B.J.C.P. n°1, 1998 p.3 chron. Nguyen; D. affaires n°143, 07 janv. 1999 p.23, obs. C. Emery. Voyez: Christophe Cabanes et Benoit Neveu, op.cit., p. 100. Voyez également: Souhir Fourati, La mise en concurrence dans les marchés publics – Essai de comparaison des droits Français et Tunisien, Thèse pour le Doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2005/2006, p. 235.

² Cons. conc., déc. n° 99-D-14 du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France (TDF). Voyez: «La concurrence sur les marchés secondaires», contribution de la France au titre de la session 4 de la 127ème réunion du Comité de la Concurrence de l'OCDE, 21 et 23 Juin 2017, p. 08.

³ المادة 07 الفقرة 05 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

⁴ أشار إلى ذلك أيضا، القرار رقم 1316 لسنة 2005 المتضمن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة ومنع الاحتكارات المصري (الجريدة الرسمية العدد 32 مكرر الصادرة بتاريخ 17 أوت 2005). في الفقرة هـ من المادة 13 منه، والتي تحظر على المؤسسة التي تكون لها سيطرة على سوق معنية "أن تقوم بالتمييز بين بائعين أو مشتريين تتشابه مراكزهم التعاقدية في أسعار البيع أو الشراء أو في شروط التعامل، وذلك على نحو يؤدي إلى إضعاف القدرة التنافسية لبعضهم أمام البعض الآخر، أو يؤدي إلى إخراج بعضهم من السوق".

العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها علاقة بموضوع هذه العقود، سواء بحكم طبيعتها أو وفقا للأعراف التجارية¹.

ويدخل ضمن هذا الإطار أيضا، استغلال مؤسسة مهيمنة وضعيتها لرفع أسعار منتوجاتها وخدماتها مخالفة في ذلك القواعد التنافسية في تحديد الأسعار²، وقد تبرر ذلك بحرصها على تحسين منتوجاتها، أو الحفاظ على مناصب الشغل أو بأي سبب آخر، لكن هذا لا يمنع من تشكيل هذه الممارسات تعسفا في استغلال وضعيتها الهيمنة، خاضع للحظر المنصوص عليه في المادة 07 من الأمر رقم 03/03³.

- التعسف من خلال إلغاء المنافسة في السوق

قد تتسبب عدم يقظة المشتري العمومي أحيانا *Manque de vigilance*، في عدم تدخله لمنع الاستغلال التعسفي لمعامل اقتصادي لوضعيته المهيمنة، والتي قد تتسبب في إلغاء المنافسة في السوق، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بقوله: "يحظر كل تعسف... قصد: الحد... في ممارسة النشاطات التجارية..."⁴.

¹ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 159.

² في هذا الشأن، قضت محكمة عدل المجموعة الأوروبية بأن ممارسة أسعار مفرطة الارتفاع يعتبر منشئا للتعسف، إذا كان السعر ليس له علاقة معقولة مع القيمة الاقتصادية للخدمة المقدمة، أو ينقصه تبرير موضوعي. يراجع:

- CJCE, arrêt du 14 février 1978, *United Brands*, précité, et CJCE, arrêt du 08 juin 1971, *Deutsche Gramophone*. Voyez: Renée Galène, op. cit., p. 274.

³ من جهتها، تنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية سابقة الذكر، على إمكانية رفض العرض إذا أقرت لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، مبالغ فيه بالنسبة لمرجع الأسعار، حيث تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض.

⁴ للمقارنة، نجد أن القرار رقم 1316 لسنة 2005 المتضمن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة ومنع الاحتكارات المصري سابق الذكر، أشار إلى ذلك بشكل أكثر وضوحا، حيث تنص المادة 13 الفقرة ب منه على أنه: "يحظر على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بالامتناع عن إبرام صفقات بيع أو شراء منتج مع أي شخص أو وقف التعامل معه، على نحو يؤدي إلى الحد من حريته في دخول السوق أو الخروج منه في أي وقت، بما في ذلك فرض شروط مالية أو التزامات أو شروط تعاقدية تعسفية أو غير مألوفة في النشاط محل التعامل".

من أمثلة ذلك في مجال الصفقات العمومية، لجوء حائز الصفقة بشكل غير مشروع، إلى التعامل مع متعاقد أو عدة متعاقدين من الباطن، قصد تكليفهم بتنفيذ حصة أو عدة حصص من الأعمال الموكولة إليه برسم الصفقة، في إطار ما يعرف بالمناولة¹. والثابت أن آلية المناولة تقوي حظوظ المتنافس الذي يلجأ إليها في الفوز بالصفقة، بالنظر إلى أنها تقوي من قدرته التنافسية على الالتزام بالمدة المقترحة لتنفيذ المشروع مثلاً، لكن كيف تصبح هذه الآلية مصدراً لوضعية هيمنة حسب مدلول قانون المنافسة، رغم الشروط المقررة بشأنها في تنظيم الصفقات العمومية؟.

صحيح أن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري على غرار نظيره الفرنسي، يتضمن شروطاً من شأنها أن تحد من تحريف المنافسة المحتمل وقوعه في إطار المناولة²، غير أن تطبيقها لن يمنع من أن يترتب على المناولة "دورة ثانية للمنافسة" تحت إشراف حائز الصفقة، الذي يملك حرية اختيار المتعاقدين معه بغض النظر عن معايير تقييم العروض، التي تتقيد بها الإدارة المتعاقدة خلال "الدورة الأولى للمنافسة"³.

¹ طبقاً للمادة 140 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية "يمكن التعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة"، بما يوحي أن صاحب الصفقة يختار بحرية المناول.

- يلاحظ من خلال مصطلح المناولة، أن السلطات العمومية الجزائرية تراجعت عن التسمية التي استخدمها المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الملغى، والذي كان يعتمد تسمية التعامل الثانوي (المواد من 107 إلى 109).

² مثل اشتراط أن يحظى اختيار المناول وجوباً بموافقة المصلحة المتعاقدة بصفة مسبقة، مع مراعاة عدم وجوده ضمن حالات الإقصاء المحددة في المادة 85 من تنظيم الصفقات العمومية، وبعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية، والتعاقد فرعياً على جزء محدد من الصفقة، بحيث لا تتجاوز قيمة مجال المناولة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة، فمتى تجاوز التعاقد الفرعي هذه النسبة وجب إرجاعه إلى ذلك الحد، بالإضافة لوجوب تحديد المجال الرئيسي لتدخله في دفتر شروط الصفقة، ويعتبر الالتزام الناشئ في إطار المناولة، غير منتج لأي علاقة قانونية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقدين مع صاحب الصفقة، الذي يظل مسؤولاً شخصياً عن جميع الالتزامات المترتبة عن الصفقة حيال صاحب المشروع والغير.

³ الجيلالي أمزيد، المرجع السابق، ص. 85.

وبالتالي، ليس من المستبعد أن يتم إضرار المناولين من طرف حائز الصفقة، على خلفية اعتبارات متصلة بالاستغلال التعسفي لوضعه المهيمن على جزء مهم من سوق الطلبات العمومية، وقد يتجلى ذلك في فرض حائز الصفقة لسعر تقديم الخدمة أو لهامش ربح، يقل بشكل تعسفي عن الثمن الذي تم على أساسه إبرام الصفقة، أو فرضه لتعليمات معينة مثل إلزام المناولين بإقتناء المواد والخدمات لدى أعوان يعينهم المتعاقد الأصلي مسبقاً، لاسيما وأن إختيار حائز الصفقة الأصلي للمتعاقد الثانوي كما أسلفت إختيار حر، إذ سيختار المتعاقد معه وفقاً لمعايير شخصية وموضوعية في نفس الوقت دون أن يفرض في مصلحته الخاصة، خاصة وأنه في مركز شبه إحتكاري أو شبه مهيمن بالنظر إلى السوق التي بحوزته، فدخول المناولين لها يتوقف على إرادته¹.

وفي هذه الحالة، ليس المتعاقدون من الباطن وحدهم من يتضررون من تعسف صاحب الصفقة، بل كذلك المتنافسون الذين تم إقصاء عروضهم بسبب تخفيض الثمن المعتمد في إسناد الصفقة بصورة تعسفية من طرف صاحبها، بسبب توسيع هامش ربحه على حساب المناولين².

كما يمكن للمؤسسات المرشحة اللجوء لتقديم عروض مشتركة بدون الالتزام بالشروط المحددة قانوناً، مما قد يسمح لهم بالاستئثار بجزء مهم من سوق الطلبات العمومية، عن طريق تكوين مجموعات من المتنافسين يتقدمون في نفس الوقت بعروض للتنافس على نيل الصفقات العمومية، ويتعاقدون من الباطن فيما بينهم³، أو اللجوء لآلية

¹ جليل مونية، المرجع السابق، ص. 246.

² تجدر الإشارة إلى أن حائز الصفقة غير ملزم بإطلاع المصلحة المتعاقدة على الثمن الذي تم على أساسه التعاقد من الباطن، على الرغم من إمكانية قبض المناول لمستحققاته مباشرة من طرف المصلحة المتعاقدة عندما تكون الخدمات الواجب أن ينفذها منصوص عليها في الصفقة، بالإضافة إلى أن تنظيم الصفقات العمومية لم يوضح مسألة درجات أو عدد المرات التي يمكن في حدودها التعاقد من الباطن بشأن نفس الأعمال تفادياً للمضاربة في هذا المجال.

³ الملاحظ أن تنظيم الصفقات العمومية الحالي، عالج العديد من النقاط التي أغفلها التنظيم السابق بخصوص المناولة، كاشتراطه عدم إمكانية تجاوز المناولة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة، واستبعاده من المناولة صفقات اللوازم العادية، على غرار ما فعله تنظيم

التجمع من أجل التحكم في جزء كبير من سوق الطلبات العمومية، لاسيما وأن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري لم يعنى بالتنقيص، على أي مقتضى يحول تطبيقه دون تسخير آلية التجمع لخلق وضع مهيم في مجال الصفقات العمومية، باستثناء اشتراطه "احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة"¹، مثلما سنوضحه لاحقا في مبحث خاص بالتجميعات الاقتصادية.

الفرع الثاني: الإخلال بالمنافسة في الصفقات العمومية من خلال التخفيض التعسفي للأسعار

يتبنى التشريعين الفرنسي² والجزائري³، بصفة صريحة مبدأ حرية الأسعار، مع تأكيدهما على ضرورة عدم مساس ذلك في أي حال من الأحوال، بالسير السليم لقواعد المنافسة في السوق. وفي هذا الإطار، كرس كلاهما حظر فئة أخرى من الممارسات المنافسة للمنافسة، إلى جانب الاتفاقات، والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق، تتمثل في عرض أو تطبيق أسعار مخفضة بشكل تعسفي، فما المقصود بهذه الممارسة (أولاً)، وهل يمكن تصور قيامها في مجال الصفقات العمومية (ثانياً)؟.

الصفقات العمومية الفرنسي. تراجع: المادة 140 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، والمادة 62 من الأمر الفرنسي المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتعلق بالصفقات العمومية.

¹ المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² تنص المادة 2-410 L. من القانون التجاري الفرنسي على أنه:

"Les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence".

³ تنص المادة 04 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفقا لقواعد المنافسة الحرة".

أولاً: حظر قانون المنافسة لممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفياً

وفقاً لمقتضيات تشريعات المنافسة بفرنسا¹، والجزائر²، يحظر عرض أسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

وبالتالي فإن البيع بأسعار مخفضة تعسفياً، لا يشكل طريقة بيع بقدر ما يشكل ممارسة منافية للمنافسة، الهدف منها إزاحة المنافسين للاستيلاء على السوق، والرجوع بعد ذلك إلى السعر العادي وهو الهدف الحقيقي من هذه العملية، وبالنسبة للمستهلك فإنه قد لا يدرك لأول وهلة الهدف من هذه الممارسة، إذ أنه يعتقد بأن المنتوجات التي يعاد بيعها بسعر أقل من سعر تكلفة إنتاج وتحويل وتسويق تلك السلعة المراد بيعها قد تخدم مصالحه إلا أن الحقيقة غير ذلك.

وفي غالب الأحوال، يتم اللجوء إلى هذه الممارسة من خلال عرض بعض السلع والمنتوجات للبيع بأسعار زهيدة، لكن في نفس الوقت تعرض سلع أخرى بأسعار معقولة³،

¹ تنص المادة 5-420 L من القانون التجاري الفرنسي على ما يلي:

"Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas, par rapport aux coûts de production, de transformation, et de commercialisation des lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder a un marché une entreprise ou l'un de ses produits".

وقد كان المشرع الفرنسي يمنع عملية البيع بأسعار مخفضة تعسفياً، بموجب القانون رقم 588/96 المؤرخ في 01 جويلية 1996 المتعلق بتزاهة وتوازن العلاقات التجارية، الجريدة الرسمية رقم 153 المؤرخة في 03 جويلية 1996، والذي دخل حيز التنفيذ في 01 جانفي 1997، حيث أدرج المادة 1-10 ضمن الأمر رقم 1243/86 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة من أجل منع هذه العملية، والتي أدرجت بدورها ضمن القانون التجاري الفرنسي بموجب المادة 5-420 L المشار إليها أعلاه.

² تنص المادة 12 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق".

³ لحراري شالح ويزة، المرجع السابق، ص. 82.

فالعلمية الأولى تكون بمثابة فخ، إذ أن الزبائن يغترون مما يدفعهم إلى الشراء أكثر، وقد ذهب البعض إلى التعبير عن هذه الوضعية على أنها "جزيرة من الخسائر في محيط من الأرباح"¹. وعليه وأمام هذه الظاهرة الخطيرة، ينبغي تعريف البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي ثم دراسة عناصر هذه الممارسة.

01- تعريف البيع بأسعار مخفضة تعسفيا

إن المقصود بالبيع بأسعار مخفضة تعسفيا، هو قيام العون الاقتصادي، خاصة الموزعين الكبار، سواء بصفة انفرادية أو جماعية، بعملية بيع سلع ومنتجات للمستهلكين، بأسعار تكون مخفضة إلى ما دون سعر التكلفة الحقيقي للسلعة المعنية بالبيع².

والقول بأن العملية تشكل بيعا بسعر مخفض تعسفيا، هو على أساس أن العون الاقتصادي من خلال تخفيض السعر إلى ما دون تكلفة السلعة المراد بيعها، يرغب إما بإخراج عون اقتصادي آخر من السوق، أو عرقلة دخول إحدى منتجات عون آخر إلى السوق، فالعون الاقتصادي الذي يقوم بهذه العملية، تكون له نية من وراء ذلك، وقد يتعمد الخسارة لأنه على علم بأنه بعد إفشال المنافسة سوف يبقى هو المحتكر الوحيد للسوق، وبعد ذلك يرفع الأسعار بحسب رغباته³.

¹ ناصري نبيل، المرجع السابق، ص. 98.

² تيورسي محمد، المرجع السابق، ص. 231.

³ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03/03 والقانون 04/02، المرجع السابق، ص. 53.

ينبغي في الأخير، الإشارة إلى أن ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفا للمستهلكين، تختلف عن ممارسة أو إعادة البيع بالخسارة، وإن تبادر إلى الأذهان أن المصطلحين مرادفين لممارسة واحدة¹.

02- عناصر التعسف في ممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفا

يسمح تحليل المادة 12 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، والمادة 5-420 L. من القانون التجاري الفرنسي، باستنباط العناصر المكونة لهذه الممارسة، والمتمثلة أساسا فيما يلي:

أ - عرض أو ممارسة أسعار منخفضة موجهة للمستهلك

سوى المشرعين الجزائري والفرنسي بين عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفا، وهو ما يكشف عن الطابع الوقائي للحظر المقرر بشأن هذه الممارسة، فالفرق واضح بين الصورتين، بحيث أن العرض قد لا يتعدى مجرد العرض دون أن يؤدي فعلا إلى البيع، في حين أن ممارسة أسعار بيع مخفضة تقتضي وجود بيع واستمرارية في هذه الممارسة، أي البيع بأسعار منخفضة لمدة من الزمن، وعليه، فإن وجود ممارسة شاذة ومنعزلة للبيع بأسعار منخفضة، لا تدخل تحت تطبيق الحظر².

¹ بيع أو عرض أسعار للمستهلكين مخفضة تعسفا، والبيع وإعادة البيع بالخسارة ممارستين مختلفتين ويقوم الاختلاف بينهما على عدة نقاط أبرزها: - لا يشترط القانون في البيع بالخسارة أن يتم البيع للمستهلك أو لغيره، بينما البيع بأسعار مخفضة تعسفا يشترط المشرع فيه أن يكون البيع للمستهلكين. - يقتضي إعادة البيع بالخسارة أولا الشراء ثم إعادة البيع بالخسارة، أي تتم الممارسة من طرف تاجر سلع، في حين أن التعسف في ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفا قد يكون صاحبها منتجا أو محولا. - إعادة البيع بالخسارة ينصب على المنتوجات دون الخدمات، لكن البيع بأسعار مخفضة تعسفا قد ينصب على السلع أو الخدمات. يراجع: كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03/03 والقانون 04/02، المرجع السابق، ص. 53.

² Jean-Bernard Blaise, op.cit., p. 449.

كما يجب أن يكون العرض أو الممارسة المتعلقة بأسعار بيع مخفضة تعسفياً موجّهة للمستهلك¹، والمقصود بالمستهلك في هذه الحالة هو "ذلك الشخص الذي يشتري السلعة من أجل قضاء حاجاته الخاصة"²، أي أنه يشتريها بغرض استهلاكها وليس بغرض إعادة بيعها، وبالتالي، تستبعد الممارسات والعروض التي تتم بين المؤسسات³.

ب- أن تكون المنتجات المعروضة للبيع تعرضت لتحويل أو تركيب

يفيد هذا الشرط أن السلعة أو الخدمة المعروضة⁴، تكون قد تعرضت لتغيير، وعليه، يخرج من دائرة هذه الممارسة ممارسة إعادة البيع على الحالة.

¹ يراجع في هذا الصدد:

- CA Paris (ch. 1, sect. H) 3 juillet 1998, SA Société d'Assainissement et de Nettoyement (SMA), JD 1998-021922 BOCCRF du 16 juillet 1998, p. 397: "...La notion de consommateur au sens de l'article L. 420-5 du Code de commerce doit être interprétée comme étant la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis". Voyez: Laetitia Lormieres, Les prix bas en droit économique, Thèse Pour obtenir le grade de docteur en droit privé, Faculté de droit, Université Montpellier I, 2010, p. 248.

² حسب مضمون المادة الثالثة الفقرة 01 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي عرفت المستهلك على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجّهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به". كما عرف القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المستهلك في المادة الثالثة منه، حيث تنص الفقرة 03 منها على أنه: "المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

³ لويس فوجال، المرجع السابق، ص. 891.

⁴ الملاحظ من خلال الإطلاع على نص المادة 12 المشار إليها أعلاه، أن هذه الممارسة تتعلق بالخصوص بأسعار المنتجات دون غيرها، فهي لا تمتد إلى الخدمات وإنما تقتصر فقط على السلع أو المنتجات، فلا ندرى إن تم إبعاد الخدمات عن قصد أو هو مجرد سهو من طرف المشرع، علماً بأن المادة L. 420-5 من القانون التجاري الفرنسي لم تنص هي أيضاً على ذلك.

ج - أن تكون الأسعار منخفضة مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل أو التسويق

يتم تحديد التعسف في الأسعار بطريقة موضوعية، تقاس مقارنة بتكاليف الإنتاج، التحويل، النقل، التخزين، والتسويق، وعليه فإن السعر يعتبر مخفضا تعسفا، عندما يكون سعر بيع الوحدة أقل من تكلفة الوحدة المتوسطة¹.

د - أن يترتب عن الممارسة تقييد للمنافسة في السوق

لا يكفي للقول بوجود هذه الممارسة توفر العناصر السابقة، بل لابد أن يكون لها أثر ضار على المنافسة، سواء كان ذلك بقصد أو بدون قصد، وسواء تحقق هدف الممارسة وأثرها أو لم يتحقق².

ثانيا: مدى إمكانية قيام الممارسة في الصفقات العمومية

تفاديا للإخلال بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية من خلال الأسعار، ألزم تنظيم الصفقات العمومية سواء في فرنسا أو في الجزائر، المشتريين العموميين بكشف العروض المنخفضة أسعارها بشكل غير عادي، بحيث توصف بعض العروض بأنها منخفضة بشكل غير عادي، إذا كان السعر المقترح من خلالها لا يتوافق مع الواقع الاقتصادي للسوق *La réalité économique du marché*.

ومع ذلك، قيد القانون مسألة إقصاء هذه العروض ببعض الإجراءات الواجب مراعاتها من طرف المصلحة المتعاقدة، لاسيما إلزامية طلب توضيحات حول هذه العروض كتابة من طرف صاحب العرض، والأخذ بعين الاعتبار التفسيرات التي يقدمها، في إطار

¹ طبق مجلس المنافسة الفرنسي معيار آخر لتحديد التعسف، وهو معيار مقارنة السعر مع الأسعار المطبقة من قبل مؤسسة بتكلفة إنتاج مماثلة، يراجع في هذا الشأن:

- Jean-Bernard Blaise, op.cit., p. 430.

² كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03/03 والقانون 04/02، المرجع السابق، ص. 55.

إحاطة المشتري العمومي بالوضعية الحقيقية للسوق¹، الأمر الذي من شأنه المساعدة على الوقاية ضد مخاطر هذه الأسعار المفترسة Les prix prédateurs.

إن الاحتفاظ بعرض منخفض انخفاضاً غير عادي، إضافة لإخلاله بالمنافسة في سوق الطلبات العمومية، فإنه يشكل أيضاً خطراً على المال العام، من خلال إمكانية فشل صاحب الصفقة في إنجاز المشروع، واللجوء لاحقاً لتخصيص اعتمادات مالية جديدة من طرف الإدارة من أجل تنفيذ نفس الخدمات.

السؤال المطروح هو: هل يمكن تكييف العروض المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية، على أنها ممارسة لبيع بأسعار منخفضة تعسفاً وفقاً لأحكام قانون المنافسة؟.

للحكم على ذلك، ينبغي تعريف الأسعار المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية، ثم تقصي مدى توفرها على الأركان المتطلبة لتكييفها كأسعار منخفضة تعسفاً، لنصل إلى الطريقة التي قررها القانون للتعامل معها.

01- تعريف الأسعار المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية

رجوعاً لتنظيم الصفقات العمومية الفرنسي²، وحتى الجزائري¹، نجدهما لا يقدمان أي تعريف للعرض المنخفض بشكل غير عادي، حيث لم يتم التوصل إلى اتفاق بشأن هذه

¹ Voyez: Circulaire du 14 février 2012 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, JORF n° 0039 du 15 février 2012. L'art. 15.2 alinéa 05 de cette circulaire dispose que: "...Lorsque les explications demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre anormalement basse eu égard aux capacités économiques, financières et techniques de l'entreprise, le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter l'offre".

² تنص المادة 53 من المرسوم رقم 360/2016 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، على أنه:

"Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire".

المسألة في ظل المناقشات المتعاقبة بشأن إصلاح نظام المشتريات العامة بفرنسا². في حين أشار منشور الممارسات الحسنة في مجال الصفقات العمومية الفرنسي، إلى أن العرض المنخفض بشكل غير عادي، هو ذلك العرض الذي يقدمه أحد المرشحين للصفقة العمومية، والذي يتضمن أسعارا لا تتوافق مع الواقع الاقتصادي للسوق³، أما القضاء الفرنسي فأشار إلى أن المقصود به هو "العرض الذي لا يسمح بتنفيذ العقد إلى غاية نهايته في إطار احترام أحكام دفتر الشروط، ووفقا للسعر المبدئي المتفق عليه، أو العرض المالي غير المتناسب مع الواقع الاقتصادي، والذي يعتبر من الممارسات التي من طبيعتها الإخلال بالمساواة بين المؤسسات المرشحة"⁴.

وإن كان من غير المنطقي أن يتعهد عون إقتصادي ما في صفقة عمومية قد تؤدي به إلى الإفلاس، إلا أن صاحبها يبقى لحد كبير في مأمن من ذلك، نظرا للإستراتيجية المتوقعة منه، والتي مفادها إسترجاع ما لحقه من خسارة عن طريق: العقود الثانوية التي سيرمها

¹ المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² Voyez, le rapport Trassy-Paillogues, MTP du 03 novembre 1995, p. 52. Cité par: Patrice Reis, «Marchés publics et ordre concurrentiel: ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics», Communication au colloque sur l'ordre concurrentiel organisé par l'Université de Nice les 5 et 6 décembre 2002 en l'honneur du professeur Antoine Pirovano, publié dans L'ordre concurrentiel Mélanges, Editions Frison Roche, Paris 2004, p.145. Voyez également: Hervé Letellier, «Acheteur public: quelle attitude adopter face au risque d'offres anormalement basses?», Contrats Publics – n°110, mai 2011, p. 56.

³ L'art. 15.2 alinéa 01 de guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics précitée dispose qu': "Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Une telle offre est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base".

⁴ CAA Lyon 5 décembre 2013, Société AD Arnaud Demotion, req. n° 12LY01142, cons. 7: "offre qui ne permettra pas d'exécuter le contrat jusqu'à son terme dans le respect des conditions du cahier des charges et du prix initialement convenu ou une offre financière, dénuée de toute réalité économique, révélant des pratiques de nature à fausser l'égalité entre les entreprises candidates". Voyez: Ordonnance et décret marchés publics, (Ordonnance n° 2015/899 du 23 Juillet 2015 et Décret n° 2016/360 du 25 Mars 2016) Commentés par Nicolas Charrel, Editions Le Moniteur, Mai 2016 - hors série, p. 115.

مع أعوان آخرين لتنفيذ أجزاء من الصفقة العمومية¹، أو الملحقات التي يمكن إدراجها في العقد²، أو بالاستناد إلى الأحكام المتعلقة بتعيين الأسعار³.

والغرض من حظر قبول هذه العروض، هو حماية المشتري العمومي ضد مخاطر التنفيذ السيئ وغير المطابق لموضوع الصفقة⁴، أو التأخر في الإنجاز موازاة مع التكاليف الممكن تحملها لاحقاً⁵ من جهة، بالإضافة للتصدي للممارسات المنافسة للمنافسة الممكن إتيانها من طرف المتعاملين الاقتصاديين، بتقديمهم لعروض مالية "مفتوسة" تهدف إلى الحد من المنافسة، من جهة ثانية.

في هذا الصدد، يرى القضاء الإداري في فرنسا أن العروض المنخفضة بشكل غير عادي، من شأنها أن تؤثر سلباً على أداء موضوع العقد المبرم على أساسها، بما يتعارض مع أهداف المبادئ العامة للصفقات العمومية، التي تسعى من ضمن ما تسعى إليه، إلى ضمان فعالية الصفقة العامة، وبالتالي ينبغي مهما كانت صيغة الشراء العام، أن تدرس المصلحة المتعاقدة في حالة مواجهتها لعرض منخفض بشكل غير عادي، الجدوى الاقتصادية

¹ تراجع المادة 140 وما يليها من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سابقة الذكر.

² المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

³ المواد من 101 إلى 104 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

⁴ TA Lille 25 janvier 2011, Sté Nouvelle SAE, req. n°0800408: "Une offre anormalement basse est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base". Voyez: Vincent Michelin et Christophe Cabanes, «Offres anormalement basses: des précisions sur une détection anormalement complexe», Contrats Publics – n°121 – mai 2012, p.96.

⁵ CAA Paris, 17 oct. 1989, Terr. Nouvelle-Calédonie: Rec. CE 1989, tables p. 777. Disponible sur Le bureau virtuel des acheteurs publics (<http://www.acheteurs-publics.com>).

للعرض La viabilité économique de l'offre، من أجل إقصائه في حالة عدم إثبات المبررات المقدمة من طرف صاحبه لهذه الجدوى¹.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن هذا الحظر يشمل جميع أنواع الصفقات العمومية، بغض النظر عن قيمتها المالية وإجراءاتها، فضلا عن عقود تفويضات المرافق العامة Les déléguations de service public².

02- تكييف الأسعار المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية

تبدو المادة 12 من قانون المنافسة الجزائري واضحة بخصوص مجال تطبيقها، والذي يشمل المستهلكين، حيث تشير لحظر "عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين..."، على غرار ما قرره القانون الفرنسي منذ صدور أمر 01 ديسمبر 1986، الذي منع بموجب المادة 10-1 منه عرض أو تطبيق أسعار بيع للمستهلكين، مفرطة الانخفاض مقارنة بتكلفة الإنتاج، والتحويل والتوزيع، كلما كان موضوعها أو أثرها يقصي مؤسسة أو أحد منتوجاتها من السوق أو يمنعها من الدخول للسوق، وبالتالي، لا تمنع ممارسة عرض أو تطبيق أسعار بيع مفرطة الانخفاض، إلا إذا كانت موجّهة للمستهلكين.

¹ TA Lille 25 janvier 2011, Sté Nouvelle SAE, précitée: "...que dès lors, en application de l'objectif d'efficacité de la commande publique fixé par l'article 1er du code des marchés publics et des dispositions précisées de l'article 55 du même code, et quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il appartient au pouvoir adjudicateur qui se voit remettre une offre paraissant manifestement anormalement basse, d'une part, de solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique, et, d'autre part, d'éliminer ladite offre si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir cette viabilité".

² CAA Lyon, 14 déc. 2006, n° 02LY00043, SA Semerap. Disponible sur: <http://www.acheteurs-publics.com>: "La finalité de cette interdiction justifie donc son extension à tous les marchés, quelle que soit leurs seuils et procédures, ainsi qu'à d'autres catégories de contrats, telles les déléguations de service public".

ونفس التوجه تم تكريسه في القانون التجاري الفرنسي الذي أدرجت به مواد الأمر المذكور آنفا، حيث نصت المادة L 420-5 منه، على منع هذه الممارسة مستعملة نفس الصياغة الواردة في النص الذي سبقها، بمعنى منع البيوع بهذه الصفة الموجهة للمستهلكين دون غيرهم.

وعلى هذا الأساس، يعتبر الفقه الفرنسي¹ أن هذه الأحكام لا يمكن تطبيقها في إطار الصفقات العمومية لأن المشتري العمومي الذي تعرض عليه أو تطبق ضده هذه الأسعار، لا يعتبر مستهلكا، وقد عرفت محكمة الاستئناف بباريس² المستهلك على أنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يعمل على تحقيق احتياجاته الشخصية، ويستعمل المنتوجات أو الخدمات المقدمة إليه لنفس هذا الغرض، دون أن تكون له سابق خبرة في الميدان الذي يتعاقد فيه". كما استعمل مجلس المنافسة الفرنسي مفهوم "المستهلك النهائي" Le consommateur Final، والذي مفاده أن يقوم شخص عمومي أو خاص بشراء مواد أو الحصول على خدمات لتلبية حاجياته الخاصة³، بمعنى أن لا تكون الغاية من المواد والخدمات إعادة بيعها أو منحها، لاسيما وأن الإدارة "لا تسعى لتحقيق مصالحها الشخصية، وإنما تسعى دائما إلى تحقيق أهداف المرفق العام"⁴.

¹ Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit., p. 223.

² CA Paris, 3 juillet 1998, Société moderne d'assainissement et de nettoyage, précitée. Voyez également: Fiches techniques de la DAJ (Direction des affaires juridiques) du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie Français, «L'offre anormalement basse», espace marchés publics, Rubrique Conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes 2016, p. 01. Disponible sur le site de la direction: www.economie.gouv.fr/daj.

³ Cons. conc., déc. n° 97-D-02 du 27 mai 1997 relative à une saisine présentée par la Société moderne d'assainissement et de nettoyage, BOCCRF du 30 Août 1997, p. 649. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

⁴ Florian Linditch, art.préc., p. 23.

ونظرا لكون المشتري العمومي الذي عندما يحدد احتياجاته بهدف إبرام صفقة عمومية يعتبر غير ممارس لنشاط اقتصادي، بل يقوم بعمل قانوني يندرج ضمن اختصاصات التسيير التي تنظمها نصوص تشريعية وتنظيمية، مما لا يمكن معه وصفه بالمستهلك، فإن الصفقات العمومية التي يبرمها تكون غير معنية بالحظر الوارد في نص المادة 12 من قانون المنافسة الجزائري، والمادة 5-420 L. من القانون التجاري الفرنسي¹، وهي المادة التي استندت عليها سلطات المنافسة بفرنسا، زيادة على المادة 1-132 L. من قانون الاستهلاك الفرنسي، لترفض صراحة منح المشتري العمومي صفة المستهلك².

تجدر الإشارة، وعلى سبيل المقارنة، إلى أن التشريع التونسي المتعلق بالمنافسة، يعتبر من التشريعات المقارنة القليلة التي اعتمدت صياغة مختلفة، من خلال تطبيق الأحكام المتعلقة بمنع الأسعار المخفضة بشكل تعسفي على مجال الصفقات العمومية، إذ يشير لمنع عرض أو تطبيق أسعار مفرطة الانخفاض، دون التنصيص على شخص معين قد يلحقه ضرر من جراء هذه الممارسة، مشترطا فقط "تهديد" الأسعار مفرطة الانخفاض لتوازن

¹ أكد هذا التوجه مجلس المنافسة الفرنسي، بإشارته إلى أن "تأهيل الأسعار المخفضة تعسفا يتطلب وجوب توفر بعض الشروط، من ضمنها: أن يكون السعر المخفض موجه للمستهلك، وأن يكون السعر غير كافي لتغطية تكاليف الإنتاج والتصنيع والتسويق، وأن يكون عرض هذا السعر أو ممارسة البيع بسعر مخفض تعسفا قد تم من أجل عرقلة أو الحد من منافسة أحد المتنافسين أو المنتج الذي يعرضه، وبالتالي، فإن تخلف أحد هذه الشروط، لا يمكن معه وصف السعر بأنه مخفض تعسفا". يراجع:

- Cons. conc., déc. n° 06-D-23 du 21 juillet 2006 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique. BOCCRF n° 01 du 26 Janvier 2007, p. 392. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

² CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics, n° 264712, Lebon, p. 71: "Les personnes publiques ne peuvent bénéficier de la protection offerte par les articles L. 132-1 et suivants du Code de la consommation qui peuvent uniquement s'appliquer à des relations entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur". Voyez également: CA Paris, 3 juill. 1998 : Contrats, conc. consom. 1998, comm. 1311 ; Cons. conc., déc. n° 08-D-01, 18 janv. 2008 ; Cons. conc., déc. n° 97-PB-01 du 12 mars 1997 relative à une saisine présentée par la société Cathild Industrie, et Cons. conc., déc. n° 97-PB-02 du 27 mai 1997 relative à une saisine présentée par la Société moderne d'assainissement et de nettoyage: BOCCRF 30 août 1997, p. 619. Citées par : Laetitia Lormieres, op.cit., p. 249.

النشاط الاقتصادي ونزاهة المنافسة بالسوق¹، وهو ما تصدى له مجلس المنافسة التونسي وطبقه في عدة مناسبات².

من خلال ما سبق، يتضح لنا عدم إمكانية تكييف العروض المنخفضة بطريقة غير عادية في الصفقات العمومية، على أنها أسعار مخفضة تعسفا في إطار قواعد القانون التجاري الفرنسي وكذا قانون المنافسة الجزائري، وكنتيجة لذلك، تعتبر الإدارة تحت رقابة القاضي الإداري، الوحيدة المؤهلة للحكم حول الطابع غير العادي للعرض المالي المقترح، فكيف يتم ذلك؟.

03- المعالجة القانونية للعروض المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية

تنص المادة 72 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري على أنه: "...إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعرا واحدا أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع الأسعار، تطلب منه (أي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض)، عن طريق المصلحة المتعاقدة، كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة. وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل"، وهي تقريبا نفس الإجراءات المعتمدة بموجب المادة 60 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي³.

¹ تنص المادة 05 الفقرة الأخيرة من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 77 . 78 (25 و 29 سبتمبر 2015)، على أنه: "كما يمنع عرض أو تطبيق أسعار مفرطة الإنخفاض بصفة تهدد توازن النشاط الاقتصادي ونزاهة المنافسة في السوق".

² يراجع على سبيل المثال قرار مجلس المنافسة التونسي في القضية عدد 4162 المؤرخ في 05 ماي 2005، وزير التجارة والصناعات التقليدية ضد شركة البكوش وأبنائه، التقرير السنوي لمجلس المنافسة التونسي 2005، ص. 18.

³ تنص المادة 60 الفقرتين 1 و 11 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، على ما يلي:

من خلال هذا النص، نلاحظ أن مسألة تأهيل العروض المنخفضة بشكل غير عادي متروكة للإدارة صاحبة المشروع، على أن تقوم في حالة اعتبارها للعرض بأنه منخفض بشكل غير عادي بالطلب من صاحبه كل التفاصيل والتفسيرات المناسبة احتمالاً لشرح سبب انخفاض السعر المقترح، وإذا كانت هذه الأخيرة غير كافية لتبرير ذلك، مقارنة بالقيمة الاقتصادية الحقيقية وطبيعة الأعمال موضوع الصفقة، وبالتالي، يمكن أن يجر عن قبول العرض التشكيك في إمكانية الأداء الجيد للصفقة، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها رفض العرض¹.

وعليه، فإن تقييم العرض المنخفض بطريقة غير عادية، ينبغي أن يتم وفقاً لأربعة مراحل متتابعة هي: كشف العرض، ثم طلب التوضيحات المناسبة من طرف صاحب العرض المعني، ثم التحقق من التفسيرات المقدمة، وأخيراً، قبول أو رفض العرض المعني².

I. - L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter. Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants : 1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ; 2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ; 3° L'originalité de l'offre; 4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ; 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

II. - L'acheteur rejette l'offre : 1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés ; 2° Lorsqu'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit de l'environnement, social et du travail établies par le droit français, le droit de l'Union européenne, la ou les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit de l'environnement, social et du travail figurant sur une liste publiée au Journal officiel de la République française".

¹ TA Lille, 25 janvier 2011, précité.

² CJCE, 27 novembre 2001, Impresa Lombardini SPA, aff. C-285/99. Voyez: Fiche N° 5, «L'offre Anormalement Basse», Institut Des Routes, des Rues et des Infrastructures pour la Mobilité, Association des Maires de France, Nov. 2012. Voyez également: Sandrine Dyckmans, «Formule mathématique en OAB: détection oui, exclusion non», Revue Techni.cités, n° 248, 23 Avr. 2013, p. 101.

وذلك، نظرا لكون مبدأ حرية التجارة والصناعة، لا يمكن وفقا له رفض عرض ما لمجرد الاشتباه في كون الأسعار التي يتضمنها منخفضة بشكل غير عادي، وبالتالي عدم إمكانية رفض العرض بدون طلب توضيحات وتفسيرات بشأنه¹، ولا يتم ذلك إلا إذا كانت التبريرات المقدمة غير مقنعة²، أو تكشف عن وجود خطر إفسار أو عدم الملاءة المالية لصاحب العرض *risque d'insolvabilité*، وبالتالي عدم إمكانية الأداء السليم لموضوع الصفقة³.

في هذا الإطار، قضت محكمة عدل المجموعة الأوروبية بأنه يحظر الاستبعاد التلقائي للعروض *exclusion automatique* التي تعتبر منخفضة بشكل غير عادي، لاسيما من خلال اعتماد معايير رياضية معينة⁴، دون تحقق السلطات المتعاقدة من تكوين هذه العروض وتقصي تفاصيلها من طرف أصحابها⁵.

¹ CE, 15 avril 1996, Commune de Poindimie, req. n° 133171: "Un prix faible ne peut être considéré, à lui seul, comme une preuve de l'insuffisance technique ou financière de l'offre présentée par une entreprise". Voyez: Guide et recommandations de la DAJ (Direction des affaires juridiques) du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie Français, sur "Les prix dans les marchés publics", La formation et la variation des prix dans les marchés publics - Eléments juridiques et modalités pratiques -, Version 1.1, Avril 2013, p. 88. Disponible sur le site de la direction: www.economie.gouv.fr/daj.

² في هذا الصدد ينبغي التأكيد على ضرورة أن تنحصر التبريرات الواجب تقديمها من طرف صاحب العرض المعني فقط على العناصر المالية للعرض، دون أن تمتد إلى المواصفات التقنية لدفتر شروط الصفقة. يراجع:

- CJUE, arrêt C-599/10 du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko. Cité par: Gauthier Eryvn, «De la rigueur des soumissionnaires dans l'établissement des offres de marchés public: Les erreurs à ne pas commettre», *Jaarboek overheidsopdrachten, Chronique des marchés publics 2014/2015*, 8ème édition, 2015, p. 260.

³ CJCE, 27 novembre 2001, précité.

⁴ من بين القوانين التي أخذت بالمعايير الرياضية لتأهيل العروض المنخفضة بشكل غير عادي نجد القانون المغربي، بحيث تنص المادة 40 من المرسوم رقم 2.06.388 المؤرخ في 05 فبراير 2007 الذي يحدد أشكال وشروط إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها سابق الذكر، على أنه: "العرض المنخفض بطريقة غير عادية هو العرض الذي يقل بأكثر من خمسة وعشرين في المائة (25%) عن المعدل الحسابي الناتج عن الثمن التقديري الذي وضعه صاحب المشروع، ومعدل العروض المالية للمتنافسين الآخرين".

⁵ CJCE 15 mai 2008, Secap SpA/ contre Comune di Torino, affaires jointes C-147/06 et C-148/06. Voyez: Ordonnance et décret marchés publics, (Ordonnance n° 2015/899 du 23 Juillet 2015 et Décret n° 2016/360 du 25 Mars 2016) Commentés par Nicolas Charrel, op.cit., p. 115.

وبالنسبة للمؤشرات الممكن وفقا لها الحكم على العرض بأنه منخفض بشكل غير عادي، ينبغي التأكيد على عدم كفاية الفجوة بين سعر العرض وبقيّة العروض كمؤشر للقول بالطبيعة غير العادية للعرض، حيث رأى مجلس المنافسة الفرنسي في بعض الآراء الصادرة عنه¹، أن العرض لا يمكن أن يصنف على أنه منخفض بشكل غير عادي من خلال مقارنته بباقي العروض، على أساس أن ذلك ليس له أي علاقة بالقدرة التنافسية الفعلية للمؤسسة صاحبة العرض، التي تقوم أساسا على القدرة المالية للمؤسسة، وتكاليف الخدمة التي تقدمها، وإنتاجيتها، والخبرة الفنية التي تحوزها.

مما دفع مجلس الدولة الفرنسي بدوره للتأكيد على أن دفع المصلحة المتعاقدة بإمكانية أن يعرض السعر المقترح أداء الصفقة لخطر غير كافي، بل يجب عليها إثبات أن العرض المقدم تم تحديده بأقل من قيمته الحقيقية². ويمكن قياس انخفاض السعر على أساس أنه غير عادي بالنسبة لمستوى السعر المتوسط، أو بالنسبة للتقدير الإداري المعتمد من طرف الإدارة إذا كان ذلك ممكنا، بحيث أن الانحراف الكبير عن هذه القيم يعتبر مؤشرا على أن الأسعار المقترحة منخفضة بشكل غير عادي (ما بين 20 أو 25٪ على سبيل المثال، ولكن كل ذلك يتوقف على حجم السوق وعدد العروض المقدمة).

- تجدر الإشارة إلى أن محكمة عدل المجموعة الأوروبية منحت في نفس القرار للمشتري العمومي إمكانية الاستبعاد التلقائي للعروض المنخفضة بشكل غير عادي، عن طريق اعتماد معايير رياضية في بعض الحالات مثل: حالة وجود عدد مفرط من العروض يتجاوز القدرات الإدارية للمصلحة المتعاقدة، ومن شأن التأخر في تقييم مثل هذه العروض أن يؤثر سلبا على إنجاز المشروع.

¹ Avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique, et Avis n° 97-A-11 du 5 mars 1997 relatif à un avant-projet de loi portant réforme du code des marchés publics, BOCCRF 18 novembre 1997. Voyez : Rapport publique du conseil d'état pour 2002, précité, p. 224.

² CE 29 mai 2013 ministre de l'intérieur c/société Artéis, req. n° 366606: "Le seul écart de prix avec l'offre concurrente, sans rechercher si le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché n'est pas suffisant". Cité par: François Brenet, «Les modalités du rejet d'une offre anormalement basse», Revue Lexbase Hebdo, édition publique n°294, du 27 juin 2013, p. 01.

هذا بالإضافة لإمكانية استئناس المصلحة المتعاقدة ببعض المعايير الأخرى، التي يمكن وفقا لها اعتبار العرض المقدم منخفضا بشكل غير عادي مثل معيار آجال التنفيذ¹، بحيث لا يمكن تقديم عرض منخفض، بالموازاة مع تقديم أجل إنجاز أقل بكثير من الاقتراحات المقدمة من طرف المنافسين الآخرين، ونفس الأمر بالنسبة لمعيار الإمكانيات المادية أو البشرية التي تحوزها المؤسسة².

في الأخير، يجدر التأكيد بأن اعتبار العرض المقدم على أنه منخفض بشكل غير عادي هو مجرد افتراض قابل للدحض، بحيث يمكن للمرشح أن يدفع بالعديد من الحجج والتفسيرات على غرار ما جاء في المادة 60 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي سابقة الذكر، أو ما ذكرته تعليمة البرلمان الأوروبي رقم 18/CE/2004 المؤرخة في 31 مارس 2004، المتعلقة بالتنسيق في إجراءات إبرام صفقات الأشغال والتوريد والخدمات³، ومن بين هذه التفسيرات الحلول التقنية و/أو الظروف المواتية المتاحة لمقدم العرض للقيام بالخدمة المطلوبة، أو حصول المرشح على مساعدات من طرف الدولة⁴، وغيرها.

¹ TA Lyon, 24 février 2010, «Société Isobase», n° 1000573. Voyez: Hervé Letellier, art.préc., p. 57.

² CE, 1er mars 2012, Département de la Corse du Sud, n° 354159. Voyez: Christophe Cabanes et Vincent Michelin, «Contrôle du juge sur les niveaux minimaux de capacité et dérogation à l'obligation d'allotissement», Contrats Publics – n°135, septembre 2013, p. 79.

³ Directive du Parlement européen n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services.

⁴ تنص المادة 60 الفقرة III من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، على ما يلي:

"L'acheteur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'acheteur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'acheteur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne".

المبحث الثاني:

الصفقات العمومية في مواجهة التجميعات الاقتصادية غير المشروعة

أصبحت المؤسسات في ظل موجة التحرير التي اكتسحت العديد من الميادين الاقتصادية ملزمة على التكتل فيما بينها، وإنشاء تحالفات في إطار ما يعرف بالتجميعات الاقتصادية، وذلك بهدف مواجهة تحديات المنافسة الأجنبية، والحفاظ على مكانتها داخل النسيج الاقتصادي خصوصا بعد اتساع الأسواق، وازدياد حاجيات المستهلكين، وثقل المنافسة، زيادة على مشاكل التأهيل.

وبذلك، يعتبر إنشاء التجمعات غير محظور مبدئيا، سواء بالنظر لأحكام قانون الصفقات العمومية¹، أو لأحكام قانون المنافسة²، بل وأكثر من ذلك، يمكن اعتبار هذه الآلية حسب مجلس المنافسة الفرنسي مشجعة للمنافسة في بعض الحالات³، من خلال سماحها للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة من تكتيل جهودها باستعمال آلية التجميع، التي تسمح لها بالتنافس ندا للند مع المؤسسات الكبرى من أجل نيل الصفقات العمومية⁴.

¹ تنص المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومي الجزائري، على أنه: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات..."، وتقابلها المادة 45.1 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، سابق الذكر، التي تنص على أنه:

"Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés publics. Pour la présentation d'une candidature ou d'une offre, l'acheteur ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée".

² تراجع المواد من 15 إلى 22 من الأمر رقم 03/03 المتضمن قانون المنافسة الجزائري.

³ Avis n° 99-A-16 du 26 oct. 1999, relatif aux procédures de mise en concurrence relatives à l'attribution de la gestion déléguée des services de transports interurbains et scolaires, BOCCRF 5 déc. 2000, p. 683: "...même être favorable à l'exercice de la concurrence dans la mesure où elle [permettait] à des petites entreprises de participer à une consultation et d'accroître ainsi le nombre des offreurs". Voyez: Sabine Naugès et Séverine Risser, art.préc., p.08.

⁴ Jean-Christophe Grall et Erwan Le Morehedec, art.préc., p. 16.

هذا زيادة، على وجود عوامل أخرى قد تستدعي الاعتماد على هذا الأسلوب في تنفيذ الطلبات العمومية أهمها: الزمن المتطلب لإنجاز المشروع، وحجم الأشغال، والتقنيات المطلوبة من المشتري العمومي، وتحفيز المؤسسات المحلية والوطنية¹.

على أن هذه الممارسة أبانت في بعض الأحيان أنه بدلا من أن تنصرف المؤسسات إلى التنافس حقيقة فيما بينها، فإنها تلجأ إلى ممارسات من شأنها الحد من المنافسة أو إلغائها، كأن تتفق على الاندماج فيما بينها لخلق حالة احتكار، أو التواجد في وضعية هيمنة تمكنها من التحكم في السوق، مما جعل تنظيم الصفقات العمومية الجزائي، على غرار نظيره الفرنسي، يقر إمكانية تقديم المرشحين لترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، شريطة "احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة"².

فما المقصود بالتجميع الاقتصادي؟ وما هي شروط خضوعه لرقابة هيئات المنافسة؟، وكيف يمكن لهذه الآلية الإخلال بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية؟.

للإجابة على ذلك، سيتم تقصي الإطار المفاهيمي للتجميع الاقتصادي في (مطلب أول)، لنعرج في (مطلب ثاني) على آثار مسألة إقرار هذا النوع من التكتلات كآلية للترشح في ميدان الصفقات العمومية.

¹ Avis n° 03-A-02 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public, BOCCRF 16 juin, p. 316: "La création d'un groupement d'entreprises peut, en effet, s'expliquer par des demandes particulières du maître d'ouvrage (délais, technicité, nécessité d'associer une entreprise locale) ou par des éléments conjoncturels (volume des travaux)". Voyez: Pauline de Lanzac et Guillaume Dezobry, art.préc., p. 02.

² المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتجميع الاقتصادي

تناول المشرع الجزائري التجميعات الاقتصادية في فصل كامل من الأمر رقم 03/03¹، على خلاف الأمر رقم 06/95 الملغى، الذي تناولها في المادتين 11 و12 منه بشكل عجز معه عن تغطية جميع أحكامها، مما جعل المجال مفتوحا أمام بعض المؤسسات الاقتصادية للتكتل ضمن أشكال من شأنها الإضرار بالمنافسة²، وبالتالي، استدعى الأمر المزيد من التدخل التشريعي لتنظيم عملية التجميع بشكل يشمل كل مراحلها وهو ما تكفل به الأمر رقم 03/03.

ولالإمام بفكرة التجميعات الاقتصادية لابد من التطرق لتحديدها (الفرع الأول)، وأشكالها وفقا لقانون المنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد التجميع الاقتصادي

سنحاول تمييز التجميع الاقتصادي عن ما يشابهه من مفاهيم وعلى وجه الخصوص تجمع المؤسسات في مجال الصفقات العمومية (أولا) ثم نتطرق إلى النقاط التي يلتقيان فيها وتلك التي يفترقان بشأنها (ثانيا).

¹ الفصل الثالث من الأمر رقم 03/03 سابق الذكر.

² بن جوال نجا، النظام القانوني للتجميعات الاقتصادية في ظل قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2014/2015، ص.10.

أولاً: تمييز التجميع الاقتصادي عن تجمع المؤسسات في الصفقات العمومية

اكتفى التشريع الجزائري في نص المادة 15 من قانون المنافسة بالإشارة إلى الأشكال التي ينشأ من خلالها التجميع الاقتصادي¹، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي²، وكذا التشريع الأوروبي³.

تعتبر التجميعات الاقتصادية ظاهرة اقتصادية تنشأ من خلال تكتل أو تجمع مؤسستين أو أكثر، متخذة من الاندماج أو ممارسة النفوذ والسيطرة أو من المؤسسات المشتركة شكلاً لها، حيث ترمي من وراء ذلك، إما إلى تفادي منافسة مؤسسات أخرى لها، وإما إلى الاستحواذ على قوة اقتصادية واحتكار السوق، من خلال إعادة هيكلته وتغييره⁴. وقد عرف الأستاذ Blaisse Jean-Bernard التجميع الاقتصادي على أنه: "تكتل أو تجمع

¹ يلاحظ بأن المشرع الجزائري قد أخذ بمصطلح التجميع الاقتصادي بدلاً من التركيز الاقتصادي، بالرغم من أن النص باللغة الفرنسية اعتمد مصطلح Les concentrations économiques، وهو أمر غير مبرر، خصوصاً إذا علمنا أن مصطلح التجميع لا ينطبق لغوياً إلا على حالة الإندماج، دون باقي الحالات المشار إليها في المادة 15 من قانون المنافسة، وهما الرقابة، وإنشاء المؤسسة المشتركة.

² Art. 39 de l'Ordonnance de 1986, devenu art. L. 4301-I du Code de commerce. Voyez : Sophie Nicinski, Droit public des affaires, op.cit., p. 119.

³ عرفت المادة 03 من اللائحة رقم 4064/89 للمجموعة الأوروبية المتعلقة بالرقابة على عمليات التجميع في الدول العضوة في المجموعة، التجميعات الاقتصادية، حيث يعتبر التجميع "محققاً عندما يطرأ تغيير مستديم في المراقبة حيث ينتج عن: اندماج مؤسستين أو أكثر، أو جزأ منها، - أو عندما يمتلك شخص أو عدة أشخاص النفوذ أو المراقبة على مؤسسة واحدة على الأقل أو عندما تمتلك مؤسسة أو عدة مؤسسات أخرى سواء من خلال المساهمة في رأسمالها أو شراء أصولها أو بإبرام عقد من العقود أو بأية وسيلة كانت".

أما المادة 01/03 من اللائحة رقم 139/04 فقد نصت على أن: "التركيز الاقتصادي يحصل في الأحوال التالية: - الاندماج بين إثنين أو أكثر من المشروعات أو مؤسسات الأعمال المستقلة سابقاً أو بين أقسام المشروعات، - الاستحواذ الذي يمارسه شخص أو أكثر من أجل السيطرة على مشروع واحد على الأقل، أو الذي يمارس من مشروع أو أكثر من أجل السيطرة على مشروع آخر أو أكثر سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، من خلال شراء السندات المالية لذلك المشروع أو أصوله". يراجع: جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص. 188.

⁴ مزغيش عبير، الآليات القانونية لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات الاقتصادية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2016/2015، ص ص. 384-385.

مؤسستين أو أكثر ضمن تشكيلة قانونية معينة، من أجل تغيير هيكل السوق، مع فقدان المؤسسات المتكثلة لاستقلاليتها في إطار تعزيز مجموع قوتها الاقتصادية¹.

وينبغي عدم الخلط بين التجميعات الاقتصادية في مفهوم قانون المنافسة، والتجمعات الواردة في بعض النصوص القانونية الأخرى²، لاسيما تجمعات الشركات التجارية المنظمة بمقتضى أحكام القانون التجاري، وإن تشابه المفهومين من حيث تمتعهما بالشخصية المعنوية، وتحققهما من خلال أسلوب العقد، إلا أنهما يختلفان من حيث الأشكال، والأهداف، والأطراف، وآليات الرقابة³.

أما التجمع في مجال الصفقات العمومية فيمكن تعريفه على أنه "اتحاد على الأقل لشخصين من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية في نماذج مختلفة بهدف تنفيذ مشروع مشترك باستخدام معارفهم التقنية مع الاشتراك في المخاطر والأرباح"⁴، كما يمكن تعريفه على أنه "تجمع لشخصين على الأقل سواء أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية للاشتراك وتوزيع العمل بينهم لمشروع ما مع تحملهم المخاطر والأرباح"⁵، وأيضا هو "اتحاد في شكل تعاقد بين مؤسسات معينة من أجل تنفيذ عقد عام أو خاص"⁶.

¹ Jean-Bernard Blaise, op.cit., p. 452.

² أبرزها المواد من 729 إلى 732 مكرر 4 من القانون التجاري الجزائري سابق الذكر، والقرار المؤرخ في 19 أكتوبر 1999، المتضمن تقنيات إعداد وتجميع حسابات التجمع، ج.ر عدد 87 لسنة 1999، والمادة 138 مكرر الفقرة 04 من الأمر رقم 31/96 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ج.ر عدد 85 لسنة 1996، والمواد 76 و79 من الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 52، لسنة 2003.

³ حورية سويقي، «الإطار المفاهيمي لتجمع الشركات في القانون الجزائري»، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة سعيدة، العدد الثالث، جوان 2015، ص.ص. 57-101.

⁴ طاهر شوقي مؤمن، التجمع المؤقت للمشروعات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص. 19.

⁵ Livre Blanc: 10 points-clés pour répondre aux marchés publics à plusieurs (cotraitance et sous-traitance), Version 2015, p.02. Disponible sur: <http://www.doubletrade.com>.

⁶ Guide des bonnes pratiques «groupements d'entreprises: offre globale et performance énergétique du bâtiment», Cluster Rhône-Alpes Eco-énergies, Mars 2014, p. 07.

وبذلك يعد تجمع المؤسسات أحد الآليات المستخدمة في التعاقد على تنفيذ الصفقات العمومية، ويقصد به تجمع للوسائل الإنسانية والمادية لعدة مؤسسات بهدف تنفيذ عقد عام¹، كما جاء أنه اتحاد مؤقت بين المؤسسات لتنفيذ مباشر لعقد عام، وليس من الباطن، ولا يكتسب الشخصية المعنوية².

ثانياً: خصائص التجميعات مقارنة بالتجمع المؤقت للمؤسسات

يعتبر التجميع علاقة قانونية بين مؤسستين أو أكثر، مستقلة عن بعضها البعض، تجمعت بغرض التعاون وتعزيز وضعية وجودها في السوق، تم تنظيم طبيعته وأشكاله بموجب أحكام قانون المنافسة، في حين يعتبر التجمع المؤقت للمؤسسات مثلما ورد أعلاه علاقة مؤقتة بين مؤسستين أو أكثر تستهدف الترشح من أجل إبرام وتنفيذ صفقة معينة، تم تنظيمه بموجب أحكام تنظيم الصفقات العمومية، ومن ذلك، يمكن أن نستخلص أبرز خصائص التجمع المؤقت للمؤسسات مقارنة بالتجميعات الاقتصادية، والمتمثلة فيما يلي:

01- بخصوص العلاقة القانونية بين الأطراف

يعتبر التجميع تصرف قانوني مشروع بين مؤسستين أو أكثر، ينشأ عن طريق العقد، الذي يعتبر أهم وسيلة لإنشاء عملية التجميع³، وذلك بتوافق إرادات المؤسسات المعنية به على إدماج أحدها في الأخرى، أو اندماجها معاً لإنشاء كيان جديد، وقد يكون عبارة عن تنازل مؤسسة على بعض من أصولها لمؤسسة أخرى، بإرادتها الصريحة والواعية⁴.

¹ طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق، ص. 20.

² Livre Blanc: 10 points-clés pour répondre aux marchés publics à plusieurs (cotraitance et sous-traitance) précité, p. 03.

³ Marie-Anne Frison-Roche, «Contrat, concurrence, régulation», RTD civ., n° 3, 2004, p. 452.

⁴ هناك حالات قد ينشأ فيها التجميع بدون اتفاق المؤسستين، مثل حالة المؤسسة التي تكون في حالة إفلاس، وتجد نفسها في ظل ظروف اقتصادية تفرض عليها الاندماج في مؤسسة أخرى، أو يتم شراءها من قبل المؤسسة الأقوى في السوق. يراجع: طارق عبد العال حماد، اندماج وخصخصة البنوك، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. 08.

أما في مجال الصفقات العمومية، فيعتبر التجمع اتفاقاً لا تنشأ عنه شخصية معنوية، وبالتالي ليس له اسم أو موطن أو جنسية أو ذمة مالية أو رأس مال ولا يمكن إعلان إفلاسه¹، كما أن الأشخاص المشتركين في التجمع قد يكونون أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً معنويين. وهو ما جعل بعض الفقه يرى بأن التجمع المؤقت للمؤسسات في مجال الصفقات العمومية هو مجرد اتفاق تعاقدى محض²، ينشأ بإرادة الأطراف دون قصد إنشاء شركة، أي كانت صورة الاتفاق سواء كان كونسرتيوم أو مشروع مشترك، وهذا الاتفاق يتشابه مع شركة المحاصة وشركة من خلق الواقع في عدم التمتع بالشخصية المعنوية³.

وبذلك يجب على الأطراف أن يوضحوا صراحة النفي القاطع لنيتهم في تكوين شركة، كما يجب أن تكون إرادة الأطراف واضحة في التأكيد على الطبيعة التعاقدية للاتفاق، ومسؤولية كل طرف عن أخطائه، وعدم المشاركة في رأس المال أو في الأرباح والخسائر، أما إذا ظهر ما يدل على وجود نية المشاركة والمساهمة في رأس المال أو الاشتراك في الأرباح والخسائر، وهي العناصر اللازمة لوجود الشركة، فهنا يتم تكييف الاتفاق على أنه شركة واقع أو شركة محاصة⁴.

وفي رأينا أن التجمع المؤقت للمؤسسات يعد اتفاقاً تعاقدى يتم تحديد إطاره من خلال ما يرد به من شروط، فإذا تم استظهار العناصر الموضوعية للشركة كنا أمام شركة، أما إذا لم يظهر من بنود الاتفاق ما يدل على وجود الشركة فيكون التجمع مجرد اتفاق

¹ Patricia Grelier Wyckoff, Le mémento des marchés publics de travaux, intervenant, passation et exécution, le code des marchés publics, 03^{ème} édition, Editions Eyrolles, Paris, 2006, p. 63.

² هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص. 16.

³ محسن شفيق، «المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية»، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1977، ص. 383.

⁴ هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص. 41.

تعاقدية، فالمرجع إذن في تحديد طبيعة اتفاق التجمع هو إرادة أطرافه، وهذا ما أكده بعض الباحثين الذين أشاروا إلى أن إرادة أطراف العقد هي التي تحدد طبيعته وهل هو شركة أم أنه عقد من عقود المؤسسات التي ينشأ عنها نظام للعمل المشترك، يخلق مجموعة من الأشخاص والأموال دون أن يكون لها شخصية اعتبارية¹، حيث يكون المناط في تكييف العقود وإعطائها الأوصاف القانونية الصحيحة هو ما عناه العاقدان فيها، ويتم استظهار نية العاقدين من ظروف الحال ووقائع الدعوى، وهو ما يدخل في سلطة قاضي الموضوع.

02- مدى ديمومة التجمع

يتميز التجميع عن غيره من الممارسات وفقا لأحكام قانون المنافسة في كونه علاقة دائمة ومستمرة²، حيث لا يتصور أن تكون هذه العملية محددة زمنيا أو قصيرة، على أن تنظيم الصفقات العمومية أعطى للتجمعات التي تنشأ في هذا الإطار طابعا مؤقتا من خلال تسميته صراحة بـ "التجمع المؤقت للمؤسسات" على غرار ما هو معمول به في فرنسا *groupement momentané d'entreprises*³، وبذلك يكون التجمع اتفاق محدد المدة، وهي الفترة اللازمة لتنفيذ العقد الذي من أجله تم إنشاء التجمع، فالتجمع مؤقت بتحقيق هدفه، وينتهي بانتهاء تحقيقه مع عدم الإخلال بالمسؤولية التي رتبها الاتفاق حتى انتهاء فترة الضمان.

¹ محمد شوقي أحمد شاهين، الشركات المشتركة: طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص. 195.

² تشير المادة 16 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، إلى أن "ممارسة المراقبة كشكل من أشكال التجميع يسمح لمؤسسة ما من ممارسة نفوذها الأكيد والدائم على نشاط مؤسسة أخرى...".

³ ويستخدم كمترادف لها:

فقد ينشأ التجمع لتحقيق هدف محدد قد يكون الترشح لصفقة معينة، ولكن يتم رفض العرض فينتهي التجمع، كما قد ينشأ التجمع بهدف الدخول في مفاوضات مع أصحاب الأعمال لتنفيذ عدة عقود مترابطة أو عقد واحد شامل، وينتهي التجمع بفشل المفاوضات، كما قد ينشأ التجمع لمدة محددة بغض النظر عن تنفيذ أعمال من عدمه، وفي هذه الحالة ينتهي الاتفاق بانتهاء المدة ما لم يتفق الأطراف على استمرار التجمع لمدة أخرى محددة¹.

03- خاصية الاستقلالية

تلعب استقلالية الأطراف دورا فعالا في تكييف عملية التجميع، فالعلاقات بين المؤسسات التابعة لنفس التجمع، أو علاقات هذه الأخيرة مع فروعها لا تدخل في إطار تجميع²، فلكي نكون بصدد تجميع لابد أن تكون هذه المؤسسات مستقلة عن بعضها البعض، وتتمتع كل منها بشخصيتها القانونية واستقلالها الذاتي.

ويظهر ذلك جليا في مجال الصفقات العمومية، بحيث يتميز اتفاق التجمع المؤقت للمؤسسات بالطابع الشخصي، وتعد السمعة التجارية لكل عضو وقدرته المالية والتقنية من العناصر المهمة في قبول باقي الأعضاء له، خاصة وأن نجاح اتفاق التجمع في تنفيذ مشروع الصفقة مرتبط بقدرات الأعضاء سواء المالية أو التقنية، لذلك يترتب على اتفاق التجمع قيام كل عضو بتنفيذ أعماله بنفسه، وبالتالي لا يجوز له تحويل الأعمال بما فيها من التزامات وحقوق إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة مسبقة للأعضاء، كما لا يجوز

¹ هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص. 33.

² Guide des bonnes pratiques «groupements d'entreprises: offre globale et performance énergétique du bâtiment», précité, p. 07.

لأي عضو أن يسند أعماله إلى الغير عن طريق الباطن إلا إذا وافق سائر الأعضاء على ذلك¹.

04- دور التجمع في تعزيز قوة المؤسسات في السوق

تبحث المؤسسات دائما عن وسائل وسبل لتحقيق فعاليتها الاقتصادية، كتخفيضها لأسعار منتجاتها بغرض الحصول على متعاملين وزبائن جدد، والانتشار جغرافيا في السوق، حيث تسعى لتكوين وزن وقوة ونفوذ على السوق بشكل قد يجعلها مهيمنة على النشاط الاقتصادي. لذلك أولى المشرعين الجزائري والفرنسي، أهمية كبيرة لعمليات التجميع من خلال إخضاعها للرقابة، رغبة منهما في التصدي لكل تعسف في ممارسة هذه العملية. ونفس الأمر ينطبق على التجمع المؤقت للمؤسسات باعتباره أحد مظاهر عمليات التركيز الاقتصادي *la concentration économique*، وهي عمليات إن تركت بلا قيد أو شرط كان لها أثر سلبي على حرية المنافسة.

الفرع الثاني: أشكال التجميعات الاقتصادية وفقا لقانون المنافسة

إن عملية إنشاء التجميع الاقتصادي تتخذ عدة أشكال، أولها الاندماج (أولا)، ويمكن أن يتمثل التجميع في ممارسة المراقبة (ثانيا)، كما يمكن أن يتخذ شكل المؤسسة المشتركة (ثالثا).

أولا: الاندماج

يعتبر الاندماج من أشهر طرق التجميع¹، حيث يشكل عملية قانونية تؤدي إلى اتحاد وانصهار المقومات المادية والمعنوية، والروابط القانونية بين عدة مؤسسات لتشكيل كيان

¹ هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص. 27.

اقتصادي واحد²، كذلك يمكن تعريفه على أنه عقد بين مؤسستين أو أكثر تتوحد ذممهم المالية لتصبح في شركة واحدة، حيث تنقضي فيه كافة الشركات المندمجة لتحل محلها شركة جديدة، أو أن تضم شركة أخرى أو عدة شركات إليها³، وبالتالي، يمكن للاندماج أن يأخذ عدة أشكال أشهرها الاندماج بطريق الضم⁴، والاندماج بطريق المزج⁵، والاندماج بطريق الانقسام⁶.

إن هذا الأثر للاندماج المتمثل في اتحاد عدة شركات يمكن أن يؤدي إلى تعزيز وضعية هيمنة المؤسسة الدامجة التي تزيد قوتها الاقتصادية بسبب عملية الاندماج، الأمر الذي قد يؤثر سلبا على السير الطبيعي لقواعد المنافسة في السوق، وهذا بالذات ما دفع المشرع إلى اعتبار هذه العملية حالة من حالات التجميع الاقتصادي الذي يمكن إذا توفرت فيه عناصر معينة أن يلحق ضررا بالعملية التنافسية⁷.

وليقوم الاندماج لأبد من توفر عنصرين، يتمثل أولاهما في ضرورة وجود عقد يتضمن اتفاق وتبادل الإرادة بين الأطراف، حيث يعتبر الاندماج عمل إرادي أساسه هونية

¹ تناوله المشرع الجزائري بالتفصيل في القانون التجاري، وذلك في القسم الرابع من الفصل الرابع، في الباب الأول من الكتاب الخامس تحت عنوان "الاندماج والانفصال"، المواد 744 إلى 764 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر، عدد 101، معدل ومتمم، وفي الأمر رقم 03/03 المتعلق بقانون المنافسة من خلال نص المادة 15 فقرة 1 منه.

² المادة 744 من القانون التجاري الجزائري.

³ عبد الغني الصغير حسام الدين، النظام القانوني لاندماج الشركات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2016، ص. 25.

⁴ أي التحام شركة أو أكثر في شركة أخرى فتزول الشخصية المعنوية الأولى وتنتقل كل أصولها وخصومها إلى الشركة الثانية التي تبقى محتفظة بشخصيتها المعنوية.

⁵ أي امتزاج شركتان قائمتان أو أكثر امتزاجا يؤدي إلى زوال شخصيتهما المعنوية، وانتقال كل من أصولهما وخصومهما للشركة الجديدة، بمعنى ظهور كيان جديد بشخصية معنوية جديدة مختلفة تماما عن تلك التي كانت قائمة.

⁶ بمعنى انفصال وانقسام مؤسسة قائمة إلى قسمين أو أكثر، بغرض إما اندماجها في شركتين قائمتين وبذلك انقضاءها، وإما إنشاء مؤسسات جديدة تنشأ من انقسام ذمة الشركات المنفصلة. تراجع: المادة 744 من القانون التجاري الجزائري.

⁷ بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2005/2004، ص. 31.

الأطراف في وضع مشروع الاندماج وعرضه على الجهات المختصة للموافقة عليه. هذا من جهة. ومن جهة أخرى، لا بد من أن تكون غاية المؤسسات محل الاندماج مشتركة ومتماثلة ومتكاملة¹، وفي ظل وجود أنواع كثيرة للشركات فإن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون الاندماج بين شركتين من نفس الشكل، بل المهم أن تكون غايتهم متماثلة ومتكاملة بغض النظر عن شكلها (أشخاص أو أموال أو مختلطة)².

ثانيا: ممارسة المراقبة أو ملكية الرقابة

يعتبر من قبيل التجميع حصول شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل، أو حصول مؤسسة أو عدة مؤسسات، على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة³، وتكون هذه المراقبة الناتجة عن قانون العقود أو عن طرق أخرى، تعطي بصفة فردية أو جماعية حسب الظروف الواقعة إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط المؤسسة⁴. ولممارسة الرقابة ينبغي أن تتم من مؤسسة على مؤسسة أخرى كنتيجة لحصولها على جزء من أسهمها أو بعض أصولها أو أية وسيلة أخرى، مع ضرورة ممارسة المؤسسة المراقبة لنفوذ أكيد يتمثل في

¹ عدوان سميرة، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2011، ص. 53.

² تنص المادة 745 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يسوغ تحقيق العمليات المشار إليها في المادة المتقدمة بين شركات ذات شكل مختلف...".

³ المادة 2/15 من قانون المنافسة الجزائري، وتقابلها المادة L.233-3.1 من القانون التجاري الفرنسي، والتي تنص على ما يلي:

"Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société".

⁴ المادة 16 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

وضع مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات، تحت سيطرتها من خلال نقل الانتفاع أو ملكية الأموال أو الحقوق التابعة لها¹.

وحتى يكون هذا النفوذ أكيدا، ينبغي أن يكون تأثيره دائم واستراتيجي ومحسوس، خاصة إذا تعلق الأمر بممارسة النفوذ المشترك باعتبار طبيعته غير المستقرة، عكس النفوذ الحصري أو الفردي، كما يجب اكتساب وسائل ممارسة النفوذ الأكيد لتمكين سلطات المنافسة من التدخل في حالة اكتساب أصول أو إبرام عقود، لاسيما اكتساب حقوق الملكية على ممتلكات المؤسسة، وكذا حقوق الانتفاع، مثل حالة التنازل على أصول إستراتيجية مرتبطة بمنتج ذو شهرة عالمية، أو في حالة التنازل عن أحد الحقوق الأساسية للملكية الفكرية²، ومن أبرز صور هذا النوع من التجميعات، ما يعرف بالشركات القابضة أو الهولدينغ³.

ثالثا: المؤسسة المشتركة

إذا كانت عملية الاندماج، تفترض وجود مؤسستين قائمتين أو أكثر، فإن المؤسسة المشتركة تنشأ ابتداء برؤوس أموال مملوكة لأشخاص مختلفة⁴، والتي يعتبر إنشاءها

¹ عرفت المادة 16 من قانون المنافسة الجزائري ممارسة المراقبة على أنها: "إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط مؤسسة لاسيما فيما يتعلق بما يأتي: - حقوق الملكية الفكرية أو حقوق الانتفاع على ممتلكات مؤسسة أو جزء منها، - حقوق أو عقود المؤسسة التي يترتب عليها النفوذ الأكيد على أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلها أو مداولاها أو قراراتها".

² جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 206.

³ تنص المادة 731 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "تسمى الشركة التي تراقب شركة أو عدة شركات وفقا للفقرات السابقة قصد تطبيق هذا القسم، الشركة القابضة...".

⁴ بوحلايس إلهام، المرجع السابق، ص. 34.

تجميعا اقتصاديا، يخضع للرقابة بسبب مساهمه بالعملية التنافسية، وفقا لأحكام قانون المنافسة الجزائري¹، وكذا القانون التجاري الفرنسي².

يتم إنشاء هذا النوع من المؤسسات، من طرف مؤسستين، أو مجموعتين متنافستين عادة، من أجل تحقيق أهداف مشتركة في مجال البحث والتطوير، أو في مجال الإنتاج الصناعي³، ولا يمكن اعتبارها مؤسسة مشتركة، إلا إذا كانت تؤدي بصفة دائمة جميع وظائفها كمؤسسة اقتصادية مستقلة، حتى نستطيع تمييزها عن الاتفاقات المحظورة، وهو ما كرسه مجلس المنافسة الفرنسي في عدة مناسبات⁴.

وتظهر استقلالية هذه المؤسسات من خلال تمتعها بالشخصية المعنوية، حيث تكون مستقلة تماما عن المؤسسات المكونة لها، بما لها من حقوق والتزامات وذمة مالية خاصة، زيادة على ممارستها للنشاط الاقتصادي بشكل مستقل عن المؤسسة الأم⁵. كما يجب أن تمارس نشاطها بصفة دائمة ومستمرة، لأن ضمان وجودها الطويل هو الذي يجعلها تتجنب

¹ الفقرة الأخيرة من المادة 15 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، والتي تنص على أنه: "يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا أنشأت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة".

² Voyez : L'Art. L. 236-2 du Code de commerce.

³ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 199.

⁴ Voyez à ce titre: Avis n° 97-A-23 du 15 octobre 1997, relatif au projet de regroupement des activités de gestionnaire de réseaux de contrôle technique automobile de la société MAAF assurances et l'association DEKRA: "Considérant que la création d'une entreprise commune peut selon les cas être le moyen simple d'une entente entre les entreprises l'ayant constitué ou revêtir le caractère d'une véritable concentration structurelle du marché, que pour que la création d'une entreprise commune constitue une concentration au sens des dispositions de l'article 39 de l'ordonnance, il est nécessaire que cette entreprise assure toutes les fonctions d'une entreprise autonome d'une manière durable et que sa création n'ait pas pour objet et ne puisse avoir pour effet une coordination sur les marchés pertinents du comportement des sociétés mères entre elles ou de l'une d'entre elles avec la filiale commune".

- ذكرته: قابه صورية، المرجع السابق، ص. 183.

⁵ من أمثلة هذا النوع من التجميع في الجزائر، قيام المؤسسة الفرنسية للصناعات الغذائية DANONE سنة 2006 بشراء جميع رأسمال المؤسسة المشتركة التي أنشأتها مع شريكها الجزائرية "مؤسسة جرجرة" التي تنشط في قطاع المنتوجات اللبنية.

طلب المساعدة من المؤسسة الأم، لهذا فهذه الأخيرة هي التي توفر لها كل الموارد البشرية والمالية مسبقا حتى تعتمد على نفسها ولا تلجأ إليها¹.

المطلب الثاني: آثار اعتماد التجمع كآلية للترشح في الصفقات العمومية

أقرت النصوص المنظمة للصفقات العمومية في فرنسا والجزائر إمكانية الترشح للصفقات العمومية في شكل تجمع مؤسسات²، بحيث تشكل هذه الآلية وسيلة للتحالف بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حتى تستطيع الصمود أمام المشروعات الكبيرة والبقاء في السوق وإلا قد يؤدي بها الحال إلى الانهيار والإفلاس، وكذا وسيلة للارتباط بين المشروعات الكبرى للمنافسة على العمليات الضخمة ذات الطابع الدولي، وهو ما يؤدي إلى نمو التجارة الدولية، وبالتالي زيادة المنافسة الدولية، للفوز بأحد الصفقات العمومية التي تتطلب منافسة قوية، على غرار تنفيذ مشاريع بناء محطات الكهرباء، والمشاريع الإنشائية والسدود وغيرها³.

وعليه، ينبغي توضيح المعالجة القانونية لهذه الآلية (الفرع الأول)، ومدى إمكانية مساس اعتمادها عند الترشح بالمنافسة في الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

¹ Mémento pratique Francis Lefebvre: Concurrence Consommation - Droit des affaires, Edition Francis Lefebvre, 2007/2008, p 91.

² تراجع المادة 37 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، والمادة 45.1 من تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي، سابقتي الذكر، كما أجاز بدوره القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 والخاص بالمناقصات والمزايدات بموجب المادة 62 منه أن تقدم العطاءات من شركة أو أكثر من خلال ما أسماه بـ "عقد المشاركة"، وكذا القانون رقم 67 لسنة 2010 المؤرخ في 18 ماي 2010 المتضمن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الذي أشار في المادة 28 منه إلى إمكانية أن يتقدم بالعطاء تحالف مكون من أكثر من مستثمر مؤهل ويقدم العطاء باسم هذا التحالف.

³ Michel Dubisson, Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux, FEDUCI, Paris, 1979, p. 24.

الفرع الأول: الإطار القانوني للتجمعات في الصفقات العمومية

نتناول تباعا أشكال التجمع في الصفقات العمومية (أولا)، والأحكام القانونية المؤطرة لها وفقا لتنظيم الصفقات العمومية (ثانيا).

أولا: أشكال التجمعات في الصفقات العمومية

رجوعا لتنظيم الصفقات العمومية الجزائري، نجد المادة 59 منه تنص على أنه: "يجب أن يتضمن دفتر الشروط، إمكانية تقديم عرض في إطار تجمع مؤسسات، شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة، إذا اقتضت مصلحة العملية ذلك". وتأسيسا على ذلك، فإن التجمع يتم عن طريق اتفاق متنافسين اثنين أو أكثر بغاية تكتيل قدراتهم التنافسية خلال إبرام الصفقة، وإنشاء التزام مشترك إزاء الإدارة صاحبة المشروع لتنفيذها، وهذا الالتزام يكون قائما بينهم حسب الفقرة الثانية من ذات المادة، إما بالتضامن أو بالشراكة¹.

01- التجمع بالتضامن

بالنسبة للتجمع بالتضامن، فهو عقد يلتزم بموجبه جميع أعضاء التجمع بكيفية تضامنية حيال المصلحة المتعاقدة، من أجل إنجاز الصفقة بأكملها، مما يترتب عنه قيام مسؤولية كل عضو عن التقصير المنسوب لغيره من أعضاء التجمع خلال مرحلة التنفيذ، من دون أن يختلف في ذلك أي عضو عن الوكيل المكلف بتمثيل أعضاء التجمع، وتنسيق تدخلاتهم في عملية التنفيذ².

¹ تعتبر المادة 59 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري ترجمة شبه حرفية للمادة 1-51 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي والتي تنص على ما يلي:

"Les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidat sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence".

² تنص المادة 45.1 الفقرة 03 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي على أنه:

وإذا تم تقسيم العمل بحيث يختص كل عضو بتنفيذ جزء محدد من الصفقة، فيكون ذلك من باب التنظيم ليس إلا، إذ تبقى مسؤولية كل الأعضاء عن التنفيذ، وفي حالة عجز أي منهم يلتزم باقي الأعضاء بإتمام الأعمال وفقا لشروط التضامن¹، وعليه تكون مسؤولية الأعضاء جماعية.

وعلاوة على ما يتيح التجمع بالتضامن من تقديم عقد التزام وحيد، بمبلغ إجمالي للصفقة، فإنه يفضي أيضا إلى تقييم المؤهلات المالية والتقنية للتجمع على أساس مجمل الوسائل والكفاءات لمجموع أعضائه، بالإضافة إلى أن الدفع يتم في حساب مشترك مفتوح باسم التجمع².

وعلى ذلك يعد اتفاق التجمع بالتضامن هو الأفضل بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، وهو الأكثر انتشارا نظرا لأن التضامن يفرض على الأعضاء الالتزام بتنفيذ كل العقد بغض النظر عن تقصير أي عضو، كما يفرض أيضا الالتزام بتوفير وسائل التغطية les moyens de couverture من خلال تكوين حساب مشترك لتنفيذ موضوع الاتفاق، ويتم تحديد نسبة المشاركة في هذه المبالغ بحسب حصة كل عضو في التنفيذ، وهذه المبالغ تخصص لضمان وتغطية المسؤولية المشتركة للأعضاء، كما يفرض التضامن أن يقوم الأعضاء

"Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public".

وتقابلها المادة 81 الفقرة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، التي تنص على أنه: "يكون التجمع المؤقت لمؤسسات متضامنة، عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة".

¹ تطبق القواعد العامة للتضامن المبينة في المواد من 217 إلى 235 من القانون المدني، بحيث تنص المادة 217 من القانون المدني الجزائري على أن "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون". وتقابلها المادة 1202 من القانون المدني الفرنسي:

"La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée".

² الفقرة 08 من المادة 59 من تنظيم الصفقات العمومية.

بتوفير كافة الضمانات البنكية حسب ما تطلبه المصلحة المتعاقدة من أجل تغطية المسؤولية المشتركة¹.

على أن اختيار هذا الأسلوب من طرف المشتري العمومي ينبغي أن يكون بعد تحليل دقيق لطبيعة الخدمات موضوع الصفقة، خصوصا في حالة تعدد هذه الخدمات وتشعبها، والتي قد يبدو وفقا لها أن اختيار آلية التجمع بالشراكة قد يكون أفضل.

02- التجمع بالشراكة

بالنسبة للتجمع بالشراكة، فإنه ينشأ في إطار عقد التزام acte d'engagement مبرم بين أعضائه، الذين يعينون وكيلا في ما بينهم (صاحب الأغلبية إلا في حالة الاستثناء المبرر)، من أجل تمثيلهم خلال إبرام وتنفيذ الصفقة، وليكون متضامنا مع كل واحد منهم فيما يخص التزاماته التعاقدية حيال المشتري العام.

ورغم أن التجمع بالشراكة يقدم عقد التزام وحيد بمبلغ إجمالي للصفقة، فإن كل عضو من أعضائه مطالب في إطار هذا العقد، بتنفيذ الجزء أو الأجزاء المخصصة له في إطار الصفقة، بحسب توصيفها، وثمنها، وبإثبات بصفة فردية مؤهلاته القانونية، والتقنية، والمالية المطلوبة لإنجازها².

¹ أحمد حسان حافظ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص. 227.

² تنص المادة 45.1 الفقرة 03 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي على أنه:

"Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché public".

وتقابلها المادة 81 الفقرة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، التي تنص على أنه: "ويكون التجمع المؤقت لمؤسسات مشاركة، عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمات التي وضعت على عاتقه".

وباستثناء الوكيل الذي يكون متضامنا مع كل عضو من أعضاء التجمع بالشراكة، فإن مسؤولية هؤلاء إزاء المشتري العمومي تكون مسؤولية شخصية، في حدود الجزء أو الأجزاء الموكولة لكل واحد منهم من بين الأعمال موضوع الصفقة.

وبذلك تتحقق مسؤولية عضو التجمع عند عدم تنفيذ الجزء الخاص به فقط، أو تنفيذه بطريقة غير سليمة، كما يتحمل العضو نتائج عدم التنفيذ المباشر للأعمال في حالة إسنادها إلى مقاولين من الباطن¹، ويتحمل أيضا نتائج التأخير في تنفيذ الأعمال سواء تمثلت في غرامات التأخير أو في التعويض عن التأخير أو العيوب، ونظرا لأن التجمع يضم عدة مؤسسات تعمل مجتمعة، فيصعب دائما إسناد التأخير أو العيوب إلى مؤسسة محددة، وعليه لا يطبق مبدأ المسؤولية الفردية (الشخصية) في حالات كثيرة، نظرا لتشابك العلاقات الداخلية بين الأعضاء، ولذلك عادة ما تنص الاتفاقات على توزيع المسؤولية عن التأخير أو العيوب على الأعضاء².

وإذا لم يبين أعضاء التجمع شكل هذا الأخير في وثائق الترشح، هل هو بالتضامن أم بالشراكة، وأرادت المصلحة المتعاقدة في حالة نشوب نزاع أن تثبت أمام القضاء أن أعضاءه التزموا بالتضامن، فعليها تقديم ما يثبت ذلك باعتبار أن التضامن غير مفترض، عكس ما هو معمول به في المادة التجارية³، علما، بأن النصوص الجزائية لم تتطرق لهذه الفرضية، على عكس دفتر البنود الإدارية العامة للأشغال بفرنسا⁴، الذي أشار إلى أن

¹ أحمد حسان حافظ، المرجع السابق، ص. 225.

² أحمد حسان حافظ، المرجع نفسه، ص. 226.

³ Patricia Grelier Wyckoff, op.cit., p. 66.

⁴ Arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, JORF du 1er octobre 2009.

التجمع في هذه الحالة يكون بالتضامن¹، إذا لم تكن الصفقة مقسمة إلى حصص، ولم يتم تعيين أحد أعضاء التجمع كوكيل عن أعضاءه، وفي حالة العكس، أي تقسيم الصفقة إلى حصص موزعة على أعضاء التجمع، وتعيين وناثق الترشح لأحدهم كوكيل عن التجمع، فنكون في هذه الحالة أمام تجمع بالشراكة.

وسواء تعلق الأمر بتجمع المتنافسين في إطار الشراكة أو بالتضامن، فإن تعاقدتهم يؤدي لا محالة إلى الرفع من تنافسيتهم في التباري لنيل الصفقة²، باعتبار أن التجمع مقياس لضمان حسن التنفيذ ووسيلة للحد من عوارض النزاع بشأنه، التي نادرا ما تخلو منها الصفقات العمومية، لاسيما صفقات الأشغال بسبب صعوبة التنسيق بين مختلف المتدخلين في إنجازها³، مع ضرورة الالتزام بالأحكام التي قررها القانون بخصوص التجميعات الاقتصادية في ميدان الصفقات العمومية، والمتمثلة في ما هوأت.

ثانيا: القواعد الناظمة للتجمعات في الصفقات العمومية

تنص المادة 37 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري على أنه: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة

¹ Art. 2.31 de l'arrêté citée ci-dessus dispose que : "Dans le cas où l'engagement n'indique pas si les entrepreneurs groupés sont solidaires ou conjoints : - si les travaux sont divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs et si l'un de ces derniers est désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, les entrepreneurs sont conjoint; - si les travaux ne sont pas divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs ou si l'acte d'engagement ne désigne pas l'un de ces derniers comme mandataire, les entrepreneurs sont solidaires".

² الجيلالي أمزيد، المرجع السابق، ص. 82.

³ من المؤكد أن آلية التجمع، توفر تنسيقا محكما بين مختلف المقاولين العاملين في نفس الورشات، بشكل أنجع من الآلية المقررة بالمادة 18 من دفتر الشروط الإدارية العامة (CCAG) المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الصادر بمقتضى القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، والتي يحدد بموجبها دفتر الشروط الخاصة، الكيفية التي يتخذ بواسطتها أحد المقاولين الإجراءات الضرورية لتنسيق الأشغال، وحسن نظام الورشة وأمن العمال، وإيضاح كل تدبير ذي صبغة جماعية، وكذا النص على تسبيق النفقات المشتركة المطابقة للأشغال.

إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات"، شريطة احترام مجموعة من القواعد التي من شأنها ضمان عدم إخلال التجمع بالمنافسة¹، والمتمثلة أساسا في ما يلي:

01- التنصيص على شكل التجمع في دفتر الشروط

في المجال العملي بفرنسا، نجد أن الإعلانات عن طلبات العروض قد تكون مقتضبة أحيانا، ومفصلة أحيانا أخرى، على غرار تضمينها لمعلومات تتعلق بكيفيات تقديم العروض لاسيما إمكانية تقديمها في شكل عرض مشترك، أو في شكل تجمع مؤقت لمؤسسات². وبذلك يكون للمرشحين حرية في اختيار كيفية تقديم عروضهم في الحالة الأولى، وإمكانية تقديم ترشيحاتهم في شكل تجمع مؤقت لمؤسسات، على خلاف ما هو معتمد في الجزائر، حيث يشير التنظيم إلى أن تقديم العرض في إطار تجمع لا يتم إلا إذا تضمن دفتر الشروط إمكانية ذلك، كما يجب أن تتضمن الصفقة أو الصفقات بندا يلتزم من خلاله المتعاملون المتعاقدون الذين يتصرفون مجتمعين بتوضيح شكل التجمع، أي لهم حرية فقط في اختيار كلفيته.

على أنه حتى هذه الحرية يمكن أن تعرف نوعا من التقييد في الحالة التي تلزم فيها المصلحة المتعاقدة المرشحين والمتعهدين في دفتر الشروط، أن يتأسسوا في شكل تجمعات

¹ في هذا الإطار، ينبغي أن تراعى جميع القواعد المتعلقة بإنشاء التجمع وتنظيمه، سواء الواردة في قانون المنافسة، وفي تنظيم الصفقات العمومية، والنصوص التنظيمية المرتبطة بهما، مثل المرسوم التنفيذي رقم 139/14 المؤرخ في 20 أبريل 2014 الذي يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين. ج.ر عدد 26 الصادرة بتاريخ 07 ماي 2014.

² Patrice Genet, «Les groupements de maîtrise d'œuvre et le rôle du mandataire dans les marchés publics», Cahiers de la profession N° 11 - 2e trimestre 2002, p. 15.

مؤقتة لمؤسسات متضامنة، وذلك بسبب مقتضيات طبيعة الصفقة العمومية¹، وهو ما كرسه بدوره القانون²، والقضاء الفرنسيين³.

وبالنسبة لإدارة التجمع فالأصل أن اتفاق التجمع هو الذي ينص على الوسائل اللازمة لتنظيم وإدارة التجمع، وعادة ما يتم التنظيم من خلال وسيلتين هما تشكيل لجنة للتنسيق⁴، وتعيين وكيل للتجمع، ولكل منهما دور مكمل للآخر ويتم تحديد دورهما من خلال بنود الاتفاق.

02- الأصل عدم تغيير شكل التجمع بعد تقديم العرض L'intangibilité du groupement

المبدأ العام وفقا لنص المادة 45 من تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي سابقة الذكر، أنه لا يمكن تغيير شكل التجمع خلال الفترة ما بين تقديم العروض، إلى غاية إمضاء الصفقة. غير أن ذات المادة نصت على ظروف قد تطرأ خلال هذه المرحلة على غرار

¹ المادة 81 الفقرة 02 من تنظيم الصفقات العمومية.

² تنص المادة 45.ii الفقرة 03 من المرسوم رقم 2016/362 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي على أنه:

"L'acheteur ne peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du marché public que dans la mesure où cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation".

³ Voyez: CAA Nancy, 18 février 2013, Société Clear Channel France, req. n° 11NC01821, et CE 29 octobre 2007, Communauté d'agglomération du pays voironnais, req. n° 301065. Cités par: Ordonnance et décret marchés publics, (Ordonnance n° 2015/899 du 23 Juillet 2015 et Décret n° 2016/360 du 25 Mars 2016) Commentés par Nicolas Charrel, op.cit, p. 104.

⁴ تتكون لجنة التنسيق من ممثلين لكل أعضاء التجمع، وتعد اللجنة بمثابة إدارة جماعية للتجمع، ويحدد الاتفاق كيفية تكوين وتمثيل الأعضاء في هذه اللجنة وعدد ممثلي كل عضو، وجرى العمل على أن يتم التمثيل بحسب نسب توزيع الأعمال سواء بنسبة مئوية من القيمة الكلية للعرض "قبل إسناد الصفقة" أو بنسبة مئوية من الثمن "بعد إسنادها"، فمثلا إذا تم توزيع الأعمال لتجمع من ثلاثة أعضاء وكان توزيع حصصهم 40% لـ أ ، 40% لـ ب، 20% لـ ج فيتم تمثيل الأعضاء بأربعة للطرف أ، وأربعة للطرف ب، واثنين لـ ج. يراجع: هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص 47.

وجود أحد أعضاء التجمع ضمن إحدى حالات الإقصاء من الترشح¹، أو إعادة هيكلة إحدى المؤسسات المشاركة في التجمع، أو وجودها في حالة لا تسمح لها بمواصلة تنفيذ الالتزامات الموجودة على عاتقها، لسبب خارج عن إرادتها، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقبل إنشاء شكل جديد للتجمع بعد منح الصفقة، مثل تغيير شكل التجمع من تجمع بالشراكة إلى تجمع بالتضامن، أو امتداده ليشمل أعضاء جدد، مع وضعها للقواعد والإجراءات الخاصة بهذا التعديل².

على أن تغيير شكل التجمع من تجمع بالشراكة إلى تجمع بالتضامن لا يتم إلا بعد تأكد المصلحة المتعاقدة من أن أعضاءه لهم القدرة على تنفيذ الموضوع الإجمالي للصفقة، لاسيما بالنسبة للجانب المادي³.

يمكن أيضا حسب النصوص الفرنسية أن يقبل كلا شكلي التجمع التركيب والدمج، بحيث تمنح الصفقة كاملة لمؤسسات متكاملة في إطار تجمع بالشراكة، وموازية مع ذلك يمكن أن تنفذ حصة أو أكثر من طرف مؤسسات في شكل تجمع بالتضامن، مع تنفيذ باقي الحصص من طرف مؤسسات في شكل تجمع بالشراكة⁴، ونسجل أن تنظيم الصفقات

¹ نصت على هذه الحالات المادة I-50 من الأمر المؤرخ في 23 جويلية 2015 الفرنسي، وتقابلها المادة 75 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري.

² تنص المادة IV.45 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، على أنه:

"La composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché public. Toutefois, en cas d'opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion ou d'acquisition ou, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander à l'acheteur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation en proposant, le cas échéant, à l'acceptation de l'acheteur, un ou plusieurs nouveaux membres du groupement, sous-traitants ou entreprises liées. L'acheteur se prononce sur cette demande après examen de la capacité de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants ou entreprises liées présentés à son acceptation, au regard des conditions de participation qu'il a définies".

³ Voyez: Patrice Genet, art.préc., p. 15.

⁴ Patricia Grelier Wyckoff, op.cit., p. 67.

العمومية الجزائري قد جاء مقتضبا عند حديثه عن الأحكام المنظمة للتجمع، حيث أغفل الإشارة لمثل هذه الفرضيات رغم أهميتها، مما يستوجب التدارك خلال التعديلات اللاحقة.

03- مسؤولية الوكيل عن التجمع

وكيل التجمع هو الشخص الذي يمثل مجموع أعضاء التجمع إزاء المصلحة المتعاقدة، وينسق إنجاز خدمات أعضاء التجمع، حيث يعين هؤلاء وفقا لتنظيم الصفقات العمومية الجزائري، وكذا الفرنسي، صاحب الأغلبية كوكيل للتجمع، إلا في حالة الاستثناء المعلل كما ينبغي في التصريح بالاكتتاب¹، حيث يعتبر كوسيط بين الإدارة وأعضاء التجمع، زيادة على دوره في تمثيل التجمع أمام الغير والقضاء².

وبذلك يكون لوكيل التجمع الصفة القانونية لسحب دفتر الشروط³، وإمضاء وثائق العروض إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع، زيادة على تنفيذ قرارات لجنة التنسيق، وضمان الإدارة المالية والإدارية لحسن سير العمل، وضمان إنجاز الأعمال وذلك وفقا لبنود الاتفاق، كما يقوم بفتح حساب مشترك باسم التجمع يتم الدفع فيه، وتعد الكفالات باسمه إذا كان التجمع بين مؤسسات متضامنة⁴.

¹ المادة 81 الفقرتين 06 و07 من تنظيم الصفقات العمومية.

كما تنص المادة III.45 الفقرة 01 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي على أنه:

"Dans les deux formes de groupements mentionnées au I, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans la candidature et dans l'offre comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'acheteur et coordonne les prestations des membres du groupement".

² يتم مقاضاة التجمع عن طريق ممثله وهو وكيل التجمع الذي تكون له الصفة لمطالبته بالحقوق أو الوفاء بالتزامات التجمع، يراجع:

- Noël Diricq, Benoît Parlos et Pierre-Louis Mariel, «L'appel d'offres sur performances», Moniteur N° 5047, Publié le 18/08/2000 sur le site : <http://www.lemoniteur.fr>.

³ المادة 63 من تنظيم الصفقات العمومية.

⁴ المادة 81 الفقرة 08 من تنظيم الصفقات العمومية.

وتظهر أهمية مسؤولية الوكيل عن التجمع أنه زيادة على التزامه كعضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة إذا كان التجمع بين مؤسسات متضامنة، فإنه يكون متضامنا أيضا بشكل وجوبي لتنفيذ الصفقة مع كل عضو من أعضاء التجمع بشأن التزاماتهم التعاقدية إزاء المصلحة المتعاقدة إذا كان التجمع بين مؤسسات مشاركة¹.

وبخصوص باقي الأحكام التي تنظم عمل وكيل التجمع، على غرار مدة الوكالة، وإمكانية تخصيص أعضاء التجمع تعويضات لفائدة وكيل التجمع² وغيرها، فقد تركها التنظيم لإرادة أعضاء التجمع الذين بإمكانهم الاتفاق حولها في اتفاقية التجمع، والتي يمكنها أن تحدد أيضا مدى مسؤولية الوكيل عند الإخلال بالتزاماته وهي مسؤولية عقدية، كما يحدد الاتفاق حالات الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها طبقا للقواعد العامة.

نشير في الأخير، إلى أنه بالرغم من الأحكام العامة المنظمة لكيفيات إنشاء التجميعات الاقتصادية الواردة في قانون المنافسة، والأحكام الخاصة بتنظيم كيفيات إنشاء تجمع مؤقت لمؤسسات في إطار الصفقات العمومية، فإن الواقع العملي يثبت أن إنشاء هذه الكيانات من شأنه التأثير سلبا على سوق الطلب العمومي، لاسيما من خلال إمكانية تسببها في ممارسات منافية للمنافسة، مما يتطلب تدخل آليات فعالة للحيلولة دون ذلك.

¹ المادة 81 الفقرة 06 من تنظيم الصفقات العمومية.

وتنص المادة 45.III الفقرة 02 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي على أنه:

"Si le marché le prévoit, le mandataire conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de la personne publique, pour l'exécution du marché".

² عادة ما يقوم الوكيل بالمهام المسندة إليه نظير أتعاب يتم الاتفاق عليها، والتي قد تكون في شكل نسبة من القيمة الكلية للأعمال تتراوح ما بين 1.5% إلى 2% من قيمتها.

الفرع الثاني: إمكانية مساس التجمع بالمنافسة في الصفقات العمومية

على الرغم من إقرار النصوص سواء في فرنسا أو في الجزائر، وحتى هيئات المنافسة بالبلدين، بمبدأ شرعية عملية إنشاء تجمع مؤقت لمؤسسات في إطار الترشح لنيل الصفقات العمومية، بحيث لا يشكل ذلك في حد ذاته ممارسة منافية للمنافسة¹، إلا أن ذلك، يمكن أن يتسبب في حالات معينة في ظهور آثار سلبية على المنافسة من خلال تسببه في خلق وضعية هيمنة قد يتعسف أعضاء التجمع في استغلالها أو لجوءهم بشكل غير مشروع لاتفاقات غير تنافسية (أولاً)، مما يتطلب يقظة الهيئات المعنية بالحيلولة دون ذلك (ثانياً).

أولاً: خلق التجمع لممارسة منافية للمنافسة

قد يكون التجمع المؤقت للمؤسسات وسيلة عبور نحو التحكم في جزء كبير من سوق الطلبات العمومية من طرف أعضائه، لاسيما وأن إمكانية تأليف تجمعات متاحة للمؤسسات الكبيرة وكذا الصغيرة على حد سواء، وهو الأمر الذي كان محل انتقاد من طرف بعض الفقه الفرنسي الذي اعتبر ذلك ثغرة تعتري تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي، الذي فتح مجال إنشاء تجمع مؤقت لجميع أصناف المؤسسات بغض النظر عن حجمها².

¹ CA Paris, 09 Nov. 2004, SEE Camille Bayol, BOCCRF 21 Janv. 2005: "La constitution par des entreprises indépendantes d'un groupement en vue de présenter une réponse commune à un appel d'offres ne saurait, en soi, constituer une pratique prohibée au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce". Voyez: Arnold Vialfont, «Le droit de la concurrence et les procédures négociées», Revue internationale de droit économique, 2007/2 t. XXI, 2, p. 172.

² Dominique Brault, «Les marchés publics et la concurrence», communication au Forum Euro-méditerranéen sur le droit et les politiques de la concurrence, organisé à Casablanca (Maroc) les 18 et 19 Juillet 2008, disponible sur: www.affaires_generales.gov.ma.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادتين 17 و18 من الأمر رقم 03/03¹ المتعلق بالمنافسة، يتبين أن المعيار المعتمد لفرض الرقابة على عملية التجميع الذي من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على السوق، يتمثل في استئثار المؤسسة بحصة تفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في السوق المعنية²، بما يتبين معه أنه لا شيء يحول دون تكييف عقد التجمع المؤقت للمؤسسات كمصدر هيمنة على السوق، إذا ما ثبت إنجاز أعضاء التجمع خلال سنة مالية معينة³، لأكثر من 40% من مجموع الأعمال موضوع الطلب العمومي في قطاع معين⁴.

وبذلك، يعتبر المعيار الكمي هو المعيار الوحيد الذي يستند إليه مجلس المنافسة، على خلاف ما كان معتمدا في ظل المرسوم التنفيذي رقم 315/2000، المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، الملغى، الذي كان يضع مقاييس أخرى لتقدير التجميعات الماسة بالمنافسة، على غرار حصة السوق التي يحوزها كل عون اقتصادي معني بعملية التجميع، وحصة السوق التي تمسها عملية التجميع، وآثار عملية التجميع على حرية اختيار المومنين والموزعين أو المتعاملين الآخرين، وغيرها⁵.

بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد نص من جهته في المادة 38 من الأمر رقم 1243/86 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، على معيارين هما المعيار الكمي المحدد بنسبة 25% من

¹ تنص المادة 17 من الأمر رقم 03/03 على أنه: "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة 03 أشهر"، وتضيف المادة 18 من نفس الأمر على أنه: "تطبق أحكام المادة 17 أعلاه، كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة."

² كان الأمر رقم 06/95 الملغى يحدد هذه النسبة بـ 30%.

³ أكد مجلس المنافسة الفرنسي في رأيه الصادر في 17 جويلية 1990 حول عملية التركيز بين شركتي CGE/ société national GLF aquitaine أن الفترة المرجعية لتقدير السوق هي السنة التي تسبق عملية التركيز سواء المدنية أو المالية، مع الأخذ بعين الاعتبار تاريخ آخر نشاط تم قفله من قبل أطراف عملية التركيز. يراجع: بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2010، ص. 110.

⁴ الجيلالي أمزيد، المرجع السابق، ص. 82.

⁵ المادتين 02 و03 من المرسوم التنفيذي رقم 315/2000، المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، سابق الذكر.

المبيعات أو المشتريات أو أي عمليات في السوق، والمعيار المطلق والمحدد بتحقيق رقم أعمال من غير الرسوم يفوق السبعة 07 ملايين فرنك.

ونظرا لصعوبة تحديد المعيار الكمي¹، رغم دوره الكبير في كشف العمليات التركيبية المحتملة، والتي يمكن لها أن تؤثر على السوق في مجال المراقبة، تم التخلي عنه من طرف المشرع الفرنسي في ظل قانون NRE، الذي اعتمد معيارا مطلقا، من خلال تحديد ثلاثة شروط مرتبطة برقم الأعمال من غير الرسوم للمؤسسات المعنية بالتركيز الاقتصادي²، وهي:

- مجموع رقم أعمال عالمي يفوق المائة والخمسون 150 مليون أورو.

- مجموع رقم أعمال وطني يفوق الخمسة عشر 50 مليون أورو.

- أن لا تدخل العملية في اختصاص اللجنة الأوروبية المشتركة³.

من خلال الأحكام السابقة، نخلص للقول بأن عملية إنشاء تجمع مؤقت لمؤسسات في إطار صفقة عمومية، من شأنه أن يتسبب في المساس بتنافسية سوق الطلب العمومي، وهو ما تؤكد صراحة المادة 17 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، بقولها: "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما..."، وهي عبارة تدل على معنى التقييد والإخلال بالمنافسة.

¹ منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2016/2015، ص. 77.

² Sophie Nicinski, Droit public des affaires, op.cit., pp. 121 – 122.

³ رغم أن المعيار المطلق يحدد بما فيه الكفاية حقيقة سوق السلع والخدمات، والسوق الجغرافية، ويضمن على الأقل عدم تجاوز القيمة المطلقة المحددة، غير أن الجانب السلبي له يكمن في أن مجاله محدد برقم أعمال العمليات، وبالتالي فإنه يسمح بإفلات عمليات تجميع هامة من المراقبة، ولهذا السبب نجد أن بعض أعضاء الاتحاد الأوروبي ما زالوا يحتفظون بالمعيار الكمي للسوق كاحتياط، ومثال ذلك المملكة المتحدة، اسبانيا، البرتغال واليونان. يراجع:

- Nathalie Jalabert-Doury, «Le nouveau contrôle Français des concentrations: entre convergence et maintien d'une exception Française», revue de droit des affaires internationales (RDAI), n° 05, 2002, p.589.

وبذلك يمكن أن يتسبب التجميع في تقليص عدد المنافسين في السوق، حيث أن عملية التجميع بحد ذاتها تفترض توحيد عدة مؤسسات متنافسة في الأصل ضمن تكتل قانوني معين، بالإضافة إلى ما يتيح من نفوذ وقوة إقتصادية تجعلها تسيطر على باقي المؤسسات بشكل قد يمكنها من وضع قيود لدخول السوق واستبعاد منافسين محتملين بذلك¹. وهي الوضعية التي قد تحتلها المؤسسات المشتركة في التجميع من أجل رفع أسعار المنتجات والسلع التي تعرضها أو الخدمات التي تؤديها، أو تلجأ نظراً لعدم وجود منافسين حقيقيين في السوق إلى التقليل من جودة ونوعية السلع والخدمات المعروضة².

يمكن أيضاً أن ترتبط عملية إنشاء التجمع بلجوء المؤسسات الراغبة في إنشاء إلى عقد اتفاقات محظورة، مثل تبادلهم لمعلومات متعلقة بالجوانب التقنية والمالية لطلب العروض قبل تكوين التجمع، حيث أنه في هذه المرحلة لا تزال إمكانية تقديم المؤسسات لعروضها بصفة مستقلة قائمة، وهو ما يعتبر وفقاً لقرارات هيئات المنافسة بفرنسا ممارسة مخلة بالمنافسة³.

¹ Cons. conc., déc. n° 08-D-22 du 9 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par des géomètres-experts dans le cadre de marchés publics du département du Haut-Rhin: "l'atteinte au jeu de la concurrence résultant de la constitution d'un groupement non justifié par des raisons légitimes réside dans le fait que cette constitution réduit artificiellement ou empêche les offres concurrentes, en particulier lorsque l'accord empêche les membres du groupement artificiel de présenter une offre individuelle ou dans le cadre d'un groupement légitime". Voyez: Alain Ronzano, «Condamnation des groupements anticoncurrentiels: Le Conseil de la concurrence condamne des groupements anticoncurrentiels des géomètres-experts du Haut Rhin», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 1-2009, p. 56.

² بن وطاس إيمان، المرجع السابق، ص. 122.

³ Cons. conc., déc. n° 06-D-25 du 28 juillet 2006 relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen: "Les échanges d'informations entre entreprises susceptibles de participer à un groupement ne doivent pas porter sur des éléments de l'appel d'offres tant que le groupement n'est pas constitué". Voyez: Christophe Cabanes et Benoit Neveu, op.cit., p. 63.

ثانيا: الرقابة على التجمعات المهددة للمنافسة في الصفقات العمومية

يتولى مجلس المنافسة مهمة الرقابة على التجمعات الاقتصادية بمختلف أشكالها بما فيها تلك التي تتم في إطار الصفقات العمومية باعتباره الجهاز الرئيس المنوط به ضبط المنافسة في الأسواق الاقتصادية، دون إهمال ما أورده تنظيم الصفقات العمومية الجزائي الجديد من خلال إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي يمكنها لعب دور هام في رصد الممارسات المنافسة للمنافسة التي قد تقع في ميدان الطلب العمومي، وكشف درجة التركزات الاقتصادية القائمة فيه.

01- دور مجلس المنافسة

كل تجميع تتوفر فيه الشروط المبينة سابقا، يخضع لمراقبة مجلس المنافسة، ومن أجل تقييم نتائجه واتخاذ قرار بشأنه على المعنيين حسب المادة 17 من قانون المنافسة، تقديم الطلب بالترخيص به إلى مجلس المنافسة في الآجال التي يحددها¹، وهو ما أكدت عليه بدورها المادة L.430-3 من القانون التجاري الفرنسي، التي تشير إلى أن كل عملية تجميع يجب أن تبلغ بها سلطة المنافسة قبل تنفيذها².

¹ يلاحظ بخصوص تلقي المجلس طلبات الترخيص أنها ترفع من المؤسسات المعنية بالتجميع، وفقا للشروط والكيفيات المحددة قانونا، وهذا على خلاف بعض التشريعات التي تمنح هذا الدور للسلطة التنفيذية، وفي ذلك ينص مثلا القانون المغربي رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 6276 الصادرة بتاريخ 24 جويلية 2014، في المادتين 10 و12 منه على عرض الوزير الأول على مجلس المنافسة كل مشروع تجميع يتلقاه من المؤسسات.

² L'art L.430-3.1 du code de commerce dispose que: "L'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique. Le renvoi à l'Autorité de la concurrence de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens du présent article".

يعمل مجلس المنافسة بعد إخطاره¹، بموجب تحليل معمق ودقيق اعتمادا على عدة عوامل على تقدير هذه العملية للتأكد مما قد ينجر عليها من آثار على المنافسة، وفي إطار الصفقات العمومية، يتأكد من شرعية إنشاء التجمع المؤقت للمؤسسات، من خلال استناده على ثلاثة شروط أساسية هي²:

- تقبل خصوصية السوق المعني بالصفقة لمسألة إنشاء التجمع،

- علم صاحب المشروع بعملية إنشاء التجمع،

- وأخيرا، وعلى وجه الخصوص، أن يكون التجمع مبررا من طرف المؤسسات المرشحة باعتبارات اقتصادية وتقنية³. كما يمكن ضمن حالات خاصة أن يكون التجمع مبررا من طرف المشتري العمومي بصعوبات تنظيمية خاصة des contraintes spécifiques⁴، تتطلب مثلا السرعة في إنجاز الصفقة، بإسنادها لعدة مؤسسات تشتغل في وقت متزامن⁵.

¹ يلاحظ أن إخطارات مجلس المنافسة الجزائري فيما يتعلق بعمليات التجميع جد ضئيلة مقارنة بما هو عليه الحال بالنسبة لسلطة المنافسة الفرنسية (حالة واحدة سنة 2014 تتعلق بعملية شراء قام بها الصندوق الوطني للاستثمار لنسبة 51% من رأسمال شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر، وحالة أخرى في سبتمبر 2015 أين تم إيداع طلب الترخيص لعملية تجميع تقدمت به شركة "سانوفي" وشركة "شيبلافارم"، حيث كانت موضوع مداولة لمجلس المنافسة يوم 04 نوفمبر 2015). يراجع: التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015، ص.12.

² Christophe Cabanes et Benoit Neveu, op.cit., p. 61.

³ CA Paris, 30 Mars 2004, BOCCRF 15 Juin 2004 : "Si la formulation d'une offre groupée ne constitue pas en elle-même une offre illicite, cette offre doit être justifiée par des nécessités techniques ou des économies d'échelle et ne doit pas avoir pour effet ou pour objet d'éliminer la concurrence sur le marché considéré". Voyez : Sabine Naugès et Séverine Risser, art. préc., p.09.

⁴ Ibidem.

⁵ Cons. conc., déc. n° 05-D-24 du 31 Mai 2005, relative à des pratiques mises en œuvres dans le cadre de marché public d'aménagement routier dans le département de la Somme, BOCCRF 14 Mars 2006 : "...cette situation est de nature à engendrer des difficultés organisationnelles majeurs en termes d'approvisionnement et de mobilisation de moyens humains et matériels qu'une candidature en groupement permet de répartir entre les différents partenaires tout en assurant une meilleure maîtrise des autres activités en cours ou programmées". Voyez: Sabine Naugès et Séverine Risser, art. préc., p.08.

يتخذ المجلس بعد ذلك، قراره في أجل 03 أشهر من تاريخ إيداع الطلب بالقبول أو الرفض حسبما يستفاد من نص المادة 19 من الأمر رقم 03/03¹، وذلك بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع، ويلتزم المعنيين بالتجميع من جهتهم بعدم القيام في خلال هذه الفترة والممتدة ما بين إيداع الطلب والبت فيه، بأي تصرف يجعل التراجع عن التجميع أمر مستحيلا.

في فرنسا، كان القرار الصادر بخصوص التجميع يكتسي طابعا وزاريا، باعتبار صدوره عن الوزير المكلف بالاقتصاد، إلى جانب الوزير المكلف بالقطاع المعني بعملية التجميع²، وذلك بعد تقرير مجلس المنافسة الفرنسي بخصوص ما إذا كان التجميع من طبيعته أن يحمل مساسا بالمنافسة، لاسيما عن طريق إنشاء أو تقوية وضعية الهيمنة، كما تقدر أيضا إذا ما كان التجميع يحمل للتقدم الاقتصادي مساهمة كافية لتعويض المساس بالمنافسة³، غير أنه بعد صدور القانون رقم 2008/776 المؤرخ في 04 أوت 2008، تم نقل هذا الاختصاص إلى سلطة المنافسة⁴، التي يجب عليها البت في الطلب خلال أجل لا يتجاوز 25 يوم من تاريخ إيداعه وفقا لنص المادة L.430-5 من القانون التجاري.

بعد دراسة العناصر المشار إليها من طرف المجلس، يصدر هذا الأخير قراره المتضمن إما قبول إنشاء التجمع أو رفضه، حيث تنص في هذا الإطار المادة 19 من الأمر رقم 03/03

¹ للإطلاع على كيفية إيداع طلب الترخيص، ومحتوى الملف الواجب إرفاقه، يراجع: المرسوم التنفيذي رقم 05/219 المؤرخ في 22 جوان 2005 المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر عدد 43 الصادرة في 22 جوان 2005.

² كحال سلمي، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2010/2009، ص. 101.

³ L'art. L.430-6,1 du code de commerce dispose que: "Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet, en application du dernier alinéa du III de l'article L.430-5, d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence".

⁴ Sophie Nicinski, Droit public des affaires, op.cit., p. 125.

المتعلق بالمنافسة على أنه: "يمكن مجلس المنافسة أن يرخص بالتجميع أو يرفضه بمقرر معلل، بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة. ويمكن أن يقبل مجلس المنافسة التجميع وفق شروط من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة. كما يمكن المؤسسات المكونة للتجميع أن تلتزم من تلقاء نفسها بتعهدات من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة".

وبالتالي، إذا تلقى المجلس طلبا بترخيص لإنشاء تجمع مؤقت لمؤسسات في إطار صفقة عمومية، يجب عليه أن يقوم بتحليل معمق دقيق وكامل لأهمية الصفقة، وخصوصياتها من حيث الجانب المالي، وكذا مكان تنفيذها، والإمكانيات المادية والبشرية للمؤسسات المعنية، والشروط الموضوعية من طرف المشتري العمومي، ولا مانع أن يستعين في ذلك بخبرة وزارة التجارة والوزارة المعني قطاعها بعملية التجمع المؤقت¹، واللذان يمكن لهما مساعدته في التحقيق حول وضعية المؤسسات المعنية، ووفقا للنتائج المتوصل إليها يمكن أن يرخص مجلس المنافسة بالتجمع دون شروط، كما يمكن أن يرخص بذلك بناء على شروط لتخفيف أثر التجمع على المنافسة.

وعلى المؤسسات المعنية بالتجميع في هذه الحالة الالتزام باتخاذ جميع الإجراءات التي من شأنها الوصول إلى هذا الغرض، والتي يقدرها مجلس المنافسة حسب كل حالة تطرح عليه، فيمكن مثلا أن يشترط على مكوني التجميع تقديم تقرير سنوي أو شهري أو سداسي يساعد على التأكد من الآثار الإيجابية للتجميع، أو أن يشترط عليهم إعلام مجلس المنافسة بكل عملية تجميع أخرى حتى ولو كانت تقل عن العتبة القانونية. ومن جهة أخرى يمكن أن

¹ لجأ مجلس المنافسة الجزائري للاستعانة بوزير التجارة والوزير المعني قطاعه بعملية التجميع (وزير الصحة)، عند نظره لطلب رخصة لعملية تجميع أودع من طرف الشركتين SANOFI وCHEPLAPHARM، من أجل تحصيل أو شراء من طرف شركة CHEPLAPHARM (شركة ذات مسؤولية محدودة للمنتجات الصيدلانية، خاضعة للقانون الألماني) لعناصر من أصول الشركة المتعلقة بدواء URSOLVAN لمجمع SANOFI، وللغرض في الطلب، راسل مجلس المنافسة وزيرين عن طريق مراسلتين. تم الرد عليهما بالتوالي يوم 19 ويوم 22 من شهر أكتوبر 2015، وهما الردين الذين سمحا خلال جلسة المجلس المنعقدة يومي 04 و05 نوفمبر 2015 بالمداولة في الملف المعني. يراجع: التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015، ص. 49.

يتعهد الأطراف من تلقاء أنفسهم بعدم ارتكاب أية مخالفة للمنافسة وعلى الأخص التعسف في وضعية الهيمنة¹.

أما إذا رأى مجلس المنافسة أن عملية التجميع المطروحة أمامه تقف ضد الظروف الملائمة لمتطلبات المنافسة الحرة، وأنها تشكل خطورة على حرية المنافسة ولا يرجى من ورائها نتائج إيجابية، أو لا تتوافق مع المبررات الاقتصادية المقدمة من طرف أعضاءه، يرفض مجلس المنافسة عملية التجميع بقرار معلل، بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني قطاعه بالتجميع. ويبقى للحكومة أن ترخص بالتجميع إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي تكوينه بناء على قرار مشترك بين وزير التجارة والوزير المعني قطاعه بالتجميع، ومن جانب آخر يكون قرار الرفض قابلاً للطعن أمام مجلس الدولة طبقاً للمادة 3/19 من الأمر رقم 03/03، على خلاف باقي قراراته التي تكون قابلة للطعن أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر تطبيقاً للمادة 63 من الأمر رقم 03/03 مثلما سنوضحه لاحقاً.

بقي أن نشير إلى أنه في حالة سكوت مجلس المنافسة عن الرد على طلب التجميع، يشير التشريع الفرنسي إلى أنه "عند مرور الأجل الممنوح لسلطة المنافسة للبت في طلب التجميع، على هذه الأخيرة، إخطار الوزير المكلف بالاقتصاد من أجل اتخاذ ما هو مناسب بشأنه"²، على خلاف التشريع الجزائري الذي أغفل هذه المسألة رغم أهميتها، وفي ظل هذا الفراغ التشريعي الذي لا يسمح بحل هذه المسألة، يمكن تكييف هذا السكوت حسب القواعد العامة على أنه رفض ضمني.

¹ Laurence Nicolas-Vullierme, Droit de la concurrence, Librairie Vuibert, Paris, 2009, p. 165.

² Art L.430-5. IV du code de commerce dispose que: "Si l'autorité de la concurrence ne prend aucune des trois décisions prévues..., elle en informe le ministre chargé de l'économie, l'opération est réputé avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation...".

02- دور سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

نصت المادة 213 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري على إنشاء سلطة لضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تتمتع باستقلالية التسيير، توضع لدى الوزير المكلف بالمالية، وتشمل مرصدا للطلب العمومي، وهيئة وطنية لتسوية النزاعات. ويعتبر ذلك، تأسيا من واضعي التنظيم بما هو معمول به في فرنسا¹، وتجسيدا لاقتراح بعض الهيئات الدولية التي تسهر على تعزيز الآليات التنافسية في الأسواق الاقتصادية، على غرار منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، التي لطالما أشارت لأهمية هذه الطريقة في الكشف عن التركيزات الاقتصادية، والممارسات غير التنافسية في مجال الطلب العمومي².

بدورها أكدت التعلية الأوروبية رقم 2004/18/CE سالفه الذكر، على أهمية الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي³، الذي يمكن بفضله متابعة الوضعية التنافسية لقطاع الطلب العمومي على مستوى جميع الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية، ومنظمة

¹ L'Art. 141 du Décret n° 2016/360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, précité, dispose qu': "Un observatoire économique de la commande publique placé auprès du ministre chargé de l'économie rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique. Il constitue une instance de concertation et d'échanges d'informations avec les opérateurs économiques, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et contribue à la diffusion des bonnes pratiques. L'observatoire effectue chaque année, sur la base des informations transmises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, un recensement économique des contrats de la commande publique dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. A cet effet, il fait notamment appel, en tant que de besoin, aux services de l'Etat compétents en matière d'enquêtes statistiques et peut utiliser les données présentes dans les systèmes d'informations comptables publics".

² Rapport annuel 2007 de l'OCDE, «L'audit de la corruption dans les marchés publics des collectivités publiques», p. 56.

³ L'Art. 67 de la directive 2004/17/CE dispose que: "les États membres doivent communiquer à la Commission européenne des statistiques sur les marchés publics, au plus tard le 31 octobre de chaque année, en fonction de seuils prévus par ces mêmes textes".

التجارة العالمية¹، وهو ما تم تكريسه أيضا في التعليم الأوروبية لسنة 2014 التي ألغت تعليمة 2004².

بالنسبة للقانون الفرنسي، نصت المادة 141 من تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي المطبق حاليا، والمواد 130 و131 من التنظيم السابق³، على اعتماد وظيفة الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، والتي تم إسنادها للمرصد الاقتصادي للطلب العمومي الفرنسي OECD، الذي أنشأ بتاريخ 10 نوفمبر 2005⁴، والمنظم حاليا بموجب القرار الصادر بتاريخ 12 أبريل 2017⁵.

إن وضع مرصد للصفقات العمومية يشكل خطوة إضافية في التحكم وفهم آليات وممارسات هذا القطاع، لاسيما وأن القيام بدراسات وتحليل إحصائي للأسواق يعتبر ضروريا لضمان فعالية الطريقة التي يطبق بها قانون المنافسة، ولتحديد هفوات ومكامن ضعف الإجراءات الاحترازية والوقائية، وتحديد محاور تطورها، وتوضيح مخاطر السلوكيات اللاتنافسية.

¹ Voyez : Le Guide du recensement économique de l'achat public, Direction générale des finances publiques, Direction des affaires juridiques, Version du 1er janvier 2014, p.03.

² Voyez : les articles 83 et 85 de la directive 2014/24/UE, précitée.

³ L'Art. 130 du code des marchés publics à disposée qu' : "Un observatoire économique de l'achat public placé auprès du ministre chargé de l'économie rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique. Il constitue également une instance permanente de concertation et d'échanges d'informations avec les opérateurs économiques. [...]". Pour sa part L'Art 131 à précisée que : "L'observatoire effectue chaque année un recensement économique des marchés et des accords-cadres réalisés par les personnes soumises au présent code et par les personnes définies au I de l'article 3 et aux articles 4 et 5 de l'ordonnance du 6 juin 2005 [...]".

⁴ L'arrêté du 10 novembre 2005 relatif à l'observatoire économique de l'achat public, JORF n° 264 du 13 novembre 2005.

⁵ L'arrêté du 12 avril 2017 relatif au fonctionnement et à la composition de l'observatoire économique de la commande publique, JORF n°0092 du 19 avril 2017.

ومن جانب آخر، وعبر الدراسات الإحصائية، ستكون للمرصد القدرة على الكشف عن اختلافات الصفقة، والقدرة على توجيه هيئات المراقبة نحو الحالات التي تكون بها اتفاقات عمودية أو أفقية، أو حالات هيمنة على السوق أو تركيزات اقتصادية¹.

ويفترض في سير عمل المرصد بعد استحداثه جمع المعطيات ومعالجتها وتحليلها والتعريف بها، من خلال الوصول إلى قاعدة المعطيات بالنسبة للإدارات²، وإلى الدراسات والمنشورات، وهو ما يتطلب تعاوناً وثيقاً بين مختلف المتدخلين في هذا المجال: الخزينة العامة للدولة، القطاعات الوزارية، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية... إلخ.

¹ تتولى هذه السلطة حسب نص المادة 213 من تنظيم الصفقات العمومية الصلاحيات التالية: إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه، وتصدر بهذه الصفة، رأياً موجهاً للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للزاعات والمتعاملين الاقتصاديين، إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنوياً، ولتمكينها من القيام بذلك أشارت المادة 214 من ذات التنظيم إلى ضرورة إعداد المصالح المتعاقدة بطاقات إحصائية وإرسالها إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أن يحدد نموذج هذه البطاقات وكيفية إجراء هذا الإحصاء بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة، تشكيل مكان للتشاور في إطار مرصد الطلب العمومي، التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتنفيذها بناء على طلب من كل سلطة مختصة، البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الأجانب، تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية، وإقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية والهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² تنص المادة 58 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري على أنه: "تمسك بطاقة وطنية للمتعاملين الاقتصاديين وبطاقات قطاعية وبطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وتحين بانتظام. ويحدد محتوى هذه البطاقات وشروط تحيينها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية". وتقابلها المادة 84 من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، والتي تنص على أنه:

"Le pouvoir adjudicateur établit des fiches statistiques sur les marchés qu'il passe et les transmet aux services compétents de l'État, dans des conditions définies par décret".

ويمكن للسلطات العمومية في الجزائر في إطار إعداد نموذج البطاقات المذكورة في المواد 58 و214 أعلاه وتحديد محتواها، الاستفادة من نموذج البطاقة الإحصائية المحددة بموجب القرار الفرنسي الصادر في 21 جويلية 2011 المتعلق بالإحصاء الاقتصادي للشراء العمومي، علماً، بأن القرار الجديد الصادر بتاريخ 12 أبريل 2017 المتعلق بكيفية سير وتشكيلة المرصد الاقتصادي للطلب العمومي بفرنسا، قد تجاوز الإشعار المادي، وانتقل إلى إجبارية تبليغ الإدارات العامة للإحصائيات المرتبطة بصفقاتها التي تم إشعار أصحابها بالبدء في التنفيذ عن طريق استعمال آلية الإشعار عبر الخط بداية من 2017/01/01، وذلك باستعمال تطبيق إلكتروني خاص بعمليات الإحصاء الاقتصادي عبر الرابط: <https://www.reap.economie.gouv.fr/>

وبذلك تتضح لنا أهمية الدور الذي يمكن أن تؤديه سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في مجال الرقابة على الممارسات المنافسة للمنافسة على غرار تلك المفضية لخلق وضع مهيمن، أو تركيز في مجال الصفقات العمومية، والتي ستظل إمكانية كشفها قائمة على مستوى الفرضيات النظرية، دون المرور إلى تحريك الدعاوى واستخلاص الآثار القانونية اللازمة، إذا لم يتم التجسيد الفعلي للمادة 213 من تنظيم الصفقات العمومية المتعلقة بإحداث هذه السلطة، والتي يناط بها مثلما أشرت تجميع ومعالجة المعطيات الإحصائية الخاصة بهذه الصفقات، حسب طرق الإبرام والقطاعات والمبالغ ونوع الأعمال والمتعاملين الاقتصاديين المسندة إليهم والمشاركين في تنفيذها، وهي في رأي آلية ضرورية يتعين التنويه بها¹.

من خلال ما سبق، نلاحظ أن سوق الطلب العمومي قد يكون عرضة لمجموعة من الممارسات التي من شأنها الإخلال بتنافسيته، على غرار الاتفاقات المنافسة للمنافسة التي يمكن أن تأخذ عدة أشكال، وكذا تعسف المؤسسات المرشحة في استعمال قوتها الاقتصادية من خلال سوء استغلال هيمنتها على السوق سواء كانت هذه المؤسسات خاصة أو عامة، أو عن طرق تقديم عروض مالية منخفضة بشكل غير عادي.

كما يمكن للمرشحين تقديم ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، بشكل منافي للقواعد المتعلقة بالمنافسة، مما يتطلب الإلمام والإحاطة بأهمية دور هيئات الرقابة، لاسيما مجلس المنافسة وسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

¹ إن كان واضعو التنظيم حسنا فعلوا بربطهم للمرصدين بمصالح الوزير المكلف بالمالية، في إطار الارتقاء السريع بهذه الهيئة، غير أننا نسجل وباستغراب عدم التنصيب الفعلي لهذا الجهاز رغم أهميته منذ سنة 2015، تاريخ صدور النص المستحدث له، على الرغم من تنصيب المادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بدورها على استحداث مرصد للطلب العمومي لدى الوزير المكلف بالمالية، يكلف بالقيام سنويا بإحصاء اقتصادي للطلب العمومي وتحليل المعطيات المتعلقة بالجوانب الاقتصادية والتقنية والقانونية للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة. وهو الجهاز الذي لم يرى النور أيضا، خلال السنوات الخمس التي عرفت تطبيق هذا النص القانوني قبل إلغاءه.

العام، في التدخل من أجل الحيلولة دون تأثير تنافسية سوق الطلب العمومي بمثل هذه الممارسات سواء كانت ذات طابع سلوكي أو هيكلية.

كخاتمة للبَاب الأول من هذه الأطروحة، يمكن القول أن التشريعات الجزائرية المعتمدة لمكافحة الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية، عرفت أثرا كبيرا بالفلسفة السائدة في أوربا عموما، وفي فرنسا على وجه الخصوص، لاسيما بعد إبرام اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية سنة 2005، حيث عرف القانون الجزائري بعدها وبالضبط سنة 2008 لأول مرة مسألة تدخل قانون المنافسة في ميدان الصفقات العمومية، وإن كان تدخلها محدودا نظرا لعدم امتداده لعقود تفويضات المرفق العام، وتقييد تطبيقه في هذا المجال من الناحيتين الزمنية والجغرافية، علما أن قانون المنافسة الجزائري على غرار القانون التجاري الفرنسي، يخضع لأحكامه جميع الأشخاص المتدخلين في عملية إبرام الصفقة العمومية، سواء كانوا من أشخاص القانون الخاص أو العام، مادامت تمارس نشاطا اقتصاديا يشمل الإنتاج والتوزيع والخدمات، مع تأكيده على عدم خضوع الأشخاص العامة لقواعد المنافسة عندما تستعمل امتيازات السلطة العامة المرتبطة بوظيفة المرفق العام.

إن تمديد قانون المنافسة إلى التطبيق في مجال الصفقات العمومية من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه أمام الهيئات المختصة بالرقابة على مشروعية الأعمال الإدارية على ضوء أحكام قانون المنافسة، وخصوصا القضاء الإداري الذي يمكنه التدخل في حالة صدور قرارات من شأنها وضع مؤسسات معينة في وضعية هيمنة بطريقة تلقائية، زيادة على سهره على أن لا تكون أعمال المشتري العمومي مشجعة لوقوع ممارسات منافسة للمنافسة عند إبرام الصفقة.

أما بالنسبة للمرشحين للصفقات العمومية فقد منع قانون المنافسة الجزائري، عدة ممارسات من شأنها الإخلال بالمنافسة، أبرزها الاتفاقات المنافسة بأشكالها وصورها المتعددة، وكذا التعسف في استعمال المؤسسات المرشحة لقوتها الاقتصادية من

خلال سوء استغلال هيمنتها على السوق سواء كانت هذه المؤسسات خاصة أو عامة، زيادة على إلزام المشتري العمومي بكشف العروض المنخفضة أسعارها بشكل غير عادي.

وفيما يتعلق بإنشاء التجمعات فقد أقر القانون للمرشحين إمكانية تقديم ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، شريطة "احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة"، لاسيما ضرورة خضوع التجميع للرقابة وتبريره اقتصاديا إذا ثبت توفره على المعيار الكمي المنصوص عليه في القانون الجزائري، أو المعيار المطلق المعتمد في القانون الفرنسي، وبالتالي ينبغي تدخل مجلس المنافسة لدراسة مدى إمكانية الترخيص لمثل هذه التجميعات، أو رفض طلب الترخيص إذا ما اتضح تهديدها للمنافسة، زيادة على الدور الهام لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، في كشف التركيزات الاقتصادية المخلة بالمنافسة من خلال الدراسات الإحصائية المنوطة بها، مثلما هو منوط بالمرصد الاقتصادي للطلب العمومي وفقا للنصوص المنظمة للصفقات العمومية في فرنسا.

الباب الثاني:

آليات الرقابة على الممارسات المخلة

بتنافسية الصفقات العمومية

أدى تدخل قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، إلى تدعيم السلطة القضائية سواء الإدارية أو العادية بصلاحيات جديدة إلى جانب صلاحياتها السابقة، وفقا لما تقتضيه ضروريات تبني نظام اقتصاد السوق، والتي تستدعي أن تكون الأعمال الصادرة عن جميع الأشخاص بغض النظر عن كونهم من أشخاص القانون الخاص أو العام متماشية مع ما تتطلبه الأسواق الاقتصادية من شفافية ومنافسة عادلة وشريفة.

وعلى هذا الأساس، صار للقضاء دور مهم في عملية حماية الأسواق في المجال الخاص وكذا العمومي، لاسيما من خلال تدخله على مستويات مختلفة وبصيغ متعددة من أجل حماية الحرية التنافسية للمشاركين المحتملين في تلبية الطلبات العمومية، وهو ما يطرح تساؤلا جديا حول مدى نجاعة الوسائل القانونية الممنوحة للهيئات القضائية للقيام بهذا الدور، لاسيما وأن إدخالها في هذا الميدان يرجع لتمييز القضاء بخاصيتي الاستقلالية والنزاهة، اللتان تعتبران كضمان لنجاح مهام ضبط وحماية سوق الصفقات العمومية (الفصل الأول).

ومن جهة أخرى، ترافق تحول مركز الدولة من موقعها الاحتكاري إلى مساهمتها في تحرير النشاطات الاقتصادية مع التخلص من عيوب الإدارة التقليدية، والتكيف مع الاتجاهات الاقتصادية والسياسية الجديدة، التي استدعت بدورها ضرورة توفير آليات جديدة نظرا لحاجة الأسواق إلى تواجد سلطة عامة متخصصة لممارسة مهام التأطير والضبط، حيث عمدت الدولة في هذا الشأن إلى التنازل عن صلاحياتها في هذا المجال لصالح هيئات جديدة تمثلت في السلطات الإدارية المستقلة.

وهكذا تم إنشاء مجموعة من السلطات الإدارية المستقلة أوكلت لها مهام عديدة، تدور أساسا في إطار السهر على ضبط وحماية المنافسة في مختلف القطاعات الاقتصادية، ومن بينها قطاع الصفقات العمومية، ولعل من أبرز هذه الهيئات في الجزائر "مجلس

المنافسة"، نظرا لتمتعه بسلطة عامة تخول له التدخل في مختلف الأسواق بدون تحديد، من أجل السهر على متابعة مدى الإلتزام بأحكام قانون المنافسة باعتباره الشريعة العامة الضابطة لممارسة المنافسة في المجال الاقتصادي، مما يدعو للتساؤل أيضا حول مدى نجاح الرقابة المؤسساتية المسندة لمجلس المنافسة في التصدي للممارسات المنافية للمنافسة في سوق الطلب العمومي (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

دور القضاء في التصدي للممارسات المنافية للمنافسة في

الصفقات العمومية

إن دور القضاء لم يعد ينحصر في البت في النزاعات بين الأطراف فقط، بل أصبح يلعب دورا مهما على مستوى تحقيق التنمية الشاملة وترسيخ دولة القانون، فالعالم منذ أواخر ثمانينيات القرن الماضي أصبح يتكلم لغة اقتصاد السوق وهيمنة عولمة الاقتصاد، وبالتالي أصبحت العلاقة بين القضاء والاقتصاد من الموضوعات التي تستأثر باهتمام مجموعة كبيرة من رجال الاقتصاد والقانون، وغيرهم من متبعي الشأن العام.

ومادامت حرية المنافسة تعتبر من أبرز الحريات الاقتصادية، فإن النظام القانوني في أي دولة ينبغي أن يتيح للقاضي الدور المأمول في حمايتها، وهو ما تبنته التشريعات المنظمة لقواعد المنافسة سواء في فرنسا أو الجزائر، التي جعلت الرقابة على تطبيق قانون المنافسة والتصدي للممارسات المنافية للمنافسة، موزعة بين مجلس المنافسة والهيئات القضائية بصفة عامة، فمجلس المنافسة ليس الوحيد الذي يملك الاختصاص في تطبيق تشريع الممارسات المنافية للمنافسة، لكون صلاحياته في هذا المجال ليست مانعة، حيث يظل للقضاء اختصاص الرقابة على الممارسات المنافية للمنافسة، ليتقاسم بذلك مع المجلس مهمة السهر على ضمان المنافسة الحرة في السوق.

وباعتبار الأمر يتعلق بالطلبات العمومية التي يكون أطرافها في غالب الأحوال منهم من يخضع للقانون العام، ومنهم من يحكم نشاطه القانون الخاص، ومادام أن الممارسات المنافية للمنافسة قد تكون صادرة عن كلا الفئتين، فإن تعدد الأجهزة القضائية يعتبر أمرا لا بد منه في هذا المجال، وبالتالي، إمكانية توافر اختصاص القضاء الإداري للفصل في

نزاعات متعلقة بممارسات منافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية (المبحث الأول)، وكذا تدخل القضاء العادي ضمن إطار معين رسمه له القانون للتكفل إما بمهام ردعية أو رقابية (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

اختصاص القاضي الإداري في مجال ضبط تنافسية الطلب العمومي

إن الحديث عن اختصاص الهيئات القضائية الإدارية في مجال المنافسة نابع من إخضاع المشرعين الفرنسي والجزائري من خلال تشريعات المنافسة، الأشخاص العامة لقواعد المنافسة¹، ما أدى إلى إمكانية توافر اختصاص القاضي الإداري²، الذي أصبح في فرنسا، بفضل اجتهاد محكمة التنازع ومجلس الدولة، يسهر على ضمان امتثال أعمال الإدارة بالمعنى الواسع لقانون المنافسة. وبالتالي، يمكنه أن يختص بنظر منازعات مرتبطة بالممارسات المنافية للمنافسة عندما يثير المتقاضى قاعدة من قواعد المنافسة أمامه بمناسبة منازعة عمل إداري صادر عن شخص عام، ويدعي أن هذا العمل مخالف للسير الحسن للمنافسة. في هذه الحالة، فإن الهيئة القضائية الإدارية تكون مدعوة لتطبيق قانون المنافسة للفصل في النزاع³.

لذا ينبغي التطرق، في هذا الصدد، لدراسة مسألة معايير إسناد الاختصاص للقاضي الإداري للنظر في نزاعات المنافسة، هذا من جهة (المطلب الأول)، ومن جهة أخرى، توضيح نطاق اختصاصه بمتابعة الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

¹ المادة 02 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة الجزائري، والمادة 1-410 L من القانون التجاري الفرنسي.

² Pascal Wilhelm et Lila Ferchiche, «Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, procédures devant l'autorité de la concurrence», Juris-Classeur, Concurrence-Consommation, Fasc. n° 381, 1/2010, p.09.

³ عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2005، ص. 127.

المطلب الأول: معايير اختصاص القاضي الإداري في مجال المنافسة

إذا تصرفت الإدارة العامة بصفتها عوناً اقتصادياً ومارست إحدى نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، فإنه لا ينبغي الحديث عن مسألة توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة، إذ من الواضح أن مجلس المنافسة هو المختص برقابة هذه النشاطات، والقضاء العادي هو المختص في الطعون ضد قرارات هذا المجلس. وإن لم يكن الأمر كذلك، بمعنى إذا تصرفت الأشخاص العمومية بصفتها سلطة عامة، فالقاضي المختص هو القاضي الإداري.

لكن ليس معنى هذا أن ممارسة الإدارة لنشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات سيخضعها حتماً لرقابة مجلس المنافسة، إذ يمكن للإدارة العامة أن تمارس في الوقت نفسه مهمتين، مهمة الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، ومهام المرفق العام التي تستعمل من خلالها امتيازات السلطة العامة، مثل قراراتها المرتبطة بتنظيم أو تفويض تسيير مرفق عمومي أو تسيير الدومين العام، ويمكن كذلك أن يتعلق الأمر باتخاذ قرار إبعاد مرشح معين عن إبرام صفقة عمومية¹، مما يثير إشكالات حقيقية بخصوص مسألة توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة².

¹ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 420 - 421.

² Avis n° 04-A-19 du 21 Octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution des journaux gratuits: "L'activité de la distribution de journaux gratuits sur la voie public, ainsi que les actes administratifs la rendant possible, sont soumis au respect des règles de concurrence figurant au livre IV du code de commerce. Seuls, les contentieux éventuels feront l'objet d'un traitement différent selon la nature des actes et de leur auteur...". Voyez: François Bozzi, «Les occupations du domaine public sont-elles soumises à des formalités préalables de publicité et de mise en concurrence?», Droit de la Voirie et du Domaine Public, n° 151 - Avril 2011 - 165e année, p. 48.

فالسؤال المطروح هو: ما هو المعيار المتعين اعتماده لتحديد اختصاص القضاء الإداري، في حالة وجود ممارسات مخلة بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية تقتضي تطبيق قانون المنافسة؟.

الفرع الأول: معايير إسناد الاختصاص للقاضي الإداري في مجال المنافسة بفرنسا

في ظل نظام قضائي أخذ بالازدواجية القضائية يركز توزيع الاختصاص بدرجة أولى على جملة من المعايير التي يقع استلهاؤها عادة من روح القانون الذي يسعى بدوره إلى تنظيم قواعد الاختصاص، زيادة على ما للقضاء من دور هام في تطويع تلك المعايير وتطويرها. وبذلك نجد أن إسناد الاختصاص للقاضي الإداري في فرنسا يخضع إلى معايير عهدناها سلفا في إطار الدعاوى الإدارية التقليدية، وفي نفس الوقت تعتبر معايير ينبنى عليها اختصاص القاضي الإداري في مجال المنافسة وأهمها معيار مدى اتصال الممارسات أو انفصالها بقرارات السلطة العامة (أولا)، على أن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء الفرنسيين من تطوير معايير إسناد الاختصاص تماشيا مع الخصوصية التي تميز النزاعات الناشئة في إطار قانون المنافسة (ثانيا).

أولا: الأعمال المتصلة بقرارات السلطة العامة كمعيار أساسي لإسناد الاختصاص

ميز قرار Ville de Pamiers¹، الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 06 جوان 1989 سابق الذكر، بين النشاط الاقتصادي للشخص العام والذي يخضع لاختصاص مجلس المنافسة، والقرار الإداري الذي يكون خاضعا لرقابة القاضي الإداري، مع بعض الغموض الذي اكتنف موقفها من تطبيق القاضي الإداري لقواعد قانون المنافسة والأسعار لسنة 1986، فهي تعتبر أن القرار الصادر عن السلطة الإدارية ليس من شأنه التأثير على

¹ T. confl., 6 juin 1989, Ville de Pamiers, précité.

المنافسة في السوق، لتجعل بذلك قانون المنافسة لا ينطبق على الأشخاص العموميين إلا في حالة ممارستهم نشاط اقتصادي يتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات¹.

وهو ما قد يفهم منه أن القرار الإداري الذي يؤثر على المنافسة في السوق يكون خاضعا لرقابة مجلس المنافسة²، رغم أن المحكمة تشير ضمن ذات القرار إلى أن القاضي الإداري تعود له وحده سلطة مراقبة القرار الإداري إذا كان من شأنه التأثير بشكل سلبي على المنافسة، مما جعل جانبا من الفقه يصح بعدم وضوح موقف محكمة التنازع³، موازاة مع تفسيره من طرف البعض الآخر رغم هذا الغموض على أنه دعوة موجهة للقاضي الإداري لتطبيق قانون المنافسة⁴.

تواصل توجه محكمة التنازع الفرنسية هذا إلى حين صدور قرار تخلت فيه عن معيار التأثير على السوق، واعتبرت أن أنشطة الأشخاص العامة المتعلقة بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات تكون خاضعة لقانون المنافسة ولرقابة مجلس المنافسة، أما القرارات المتعلقة بتنظيم المرفق العام، المتخذة في إطار صلاحيات السلطة العامة فإنها تخرج من مجال تطبيق قانون المنافسة وتخضع لرقابة القاضي الإداري⁵، لترتبط بذلك بين اختصاص

¹ René Chapus, «Activités des personnes publiques, droit de la concurrence et compétence juridictionnelle», RFDA, janvier-février 1989, p. 82.

² Pascale Fombeur et Mattias Guyomar, «Chron. sous TC, 18 octobre 1999, Préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris (Aéroports de Paris et Air France)», AJDA., 20 déc. 1999, p. 997.

³ Nicolas Charbit, Secteur public et droit de la concurrence, op.cit., p. 16 et s.

⁴ Voyez: Alain Guedj, art.préc., p. 02 et s., et Jean Jacques Israel, art.préc. p. 320 et s.

⁵ T. confl., 4 nov. 1996, Sté DATasport c/ Ligue nationale de football, Préfet de la région d'Île-de-France, n° 3038 : AJDA 2/1997, p. 203. Voyez: Pierre Tifine, Droit administratif Français, 3^e édition, Editions juridiques franco-allemandes - E.J.F.A, Metz, 2016, p. 113.

القاضي الإداري وعدم تطبيق قانون المنافسة، أي كلما كان القاضي الإداري مختصا فإنه لا مجال لتطبيق أمر 01 ديسمبر 1986¹.

على أن محكمة النزاع اعتمدت اتجاهها آخر، في قرارها الصادر في 18 أكتوبر 1999²، المتعلق بقضية Aéroport de Paris والتي تعلق بالنزاع القائم بين شركة TAT EUROPEAN AIRLINES من جهة، ومن جهة ثانية كل من الشركة الفرنسية للطيران Air France، ومطار باريس باعتباره شركة عمومية مكلفة بتسيير دومين عام، والتي وضعت تحت سلطة الوزير المكلف بالطيران المدني، فخولت إلى هذه الشركة مهمة تسيير واستغلال وترقية الطيران المدني في منطقة باريس، مع العلم أن مطار باريس قسم إلى محطتين أساسيتين، المحطة الأولى أورلي غرب Orly Ouest، والتي خصصت أساسا لشركات الطيران الفرنسية، والمحطة الثانية أورلي جنوب Orly Sud، والتي خصصت للمؤسسات الأجنبية.

كانت الشركة الفرنسية Air France تنشط في كلا المحطتين، وسنة 1992 قدمت طلبا إلى المدير العام للطيران لأجل تجميع كامل نشاطها في منطقة أورلي غرب، فوافقت مديرية الطيران على هذا الطلب، لكن لتحقيق ذلك استوجب الأمر نقل بعض شركات الطيران التي كانت تنشط في محطة أورلي غرب إلى محطة أورلي جنوب ومن بينها شركتي AOM وTAT EUROPEAN AIRLINES.

وعندما انتقلت هذه الشركة الأخيرة إلى المحطة الجديدة واجهت عدة مشاكل، فبعدما كانت تقوم بنفسها بخدمات المساعدة عند التوقف Assistance en escale، ألزمت من طرف مطار باريس على استعمال مصالحه لتحقيق هذه الخدمة، أما شركة Air France فكانت تقوم بهذه الخدمة بنفسها لمصالحها ولصالح خطوط جوية أخرى، من بينها الشركة

¹ محسن صويلح، المرجع السابق، ص.ص. 99-100.

² T. confl., 18 octobre 1999, Préfet de la région de l'Île-de-France, Préfet de Paris c/ Cour d'Appel de Paris, Aéroports de Paris. Voyez: Daniel Mainguy, Jean-Louis Respaud et Malo Depincé, op.cit., p. 207.

الجزائرية للطيران Air Algérie، وهذا ما أدى إلى خلق أعباء مالية جديدة على شركة TAT EUROPEAN AIRLINES، التي أصبحت في نفس الوقت ملزمة باستعمال خدمات عبارة متنقلة Passerelle amovible للتنقل من الطائرة إلى المحطة، مقابل دفعها لمطار باريس حوالي 06 ملايين فرنك فرنسي سنويا، هذه الخدمة التي لم تكن شركة TAT EUROPEAN AIRLINES بحاجة إليها عندما كانت تنشط في محطة أورلي غرب، أما شركة Air France التي لم تنشط في محطة أورلي جنوب فقد بقيت في تلك المحطة لتقديم خدمات المساعدة عند التوقف، لتنافس بذلك شركة مطار باريس، دون أن يكون لهذه الأخيرة أي اعتراض.

أخطرت شركة TAT EUROPEAN AIRLINES مجلس المنافسة متهمة شركتي مطار باريس و Air France بإبرام اتفاقات محظورة منافية للمنافسة، مع تعسف مطار باريس في استغلال وضعيه الهيمنة الاقتصادية، ليقر المجلس باختصاصه للنظر في هذه الممارسات، رافضا بذلك الدفع بعدم الاختصاص المقدم من طرف مطار باريس ومجموعة فرنسا للطيران، والمؤسس على تعلق النزاع بتنظيم مرفق عام وبالمملك العمومي، وبالتالي، القول بمسؤولية الشركتين المدعى عليهما، وإصدار في حق كل واحدة منهما غرامة مالية تقدر بـ 10 مليون فرنك فرنسي¹، وهو القرار الذي أيده محكمة الاستئناف بباريس بعد الطعن فيه².

فلما تولت محكمة التنازع نظر النزاع أصدرت قرارها المشار إليه، موضحة أن الشخص العام عند ممارسته لنشاط إقتصادي يتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات يكون خاضعا لرقابة مجلس المنافسة. كما أن القرار الذي يتدخل بواسطته الشخص العام

¹ Cons. conc., déc. n° 98-D-34 du 2 juin 1998 relative à la situation de la concurrence sur le marché des services d'assistance en escale à l'aéroport d'Orly et sur le marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des compagnies aériennes mis à leur disposition par Aéroports de Paris sur l'aéroport d'Orly. Voyez: Stéphane Destours, «La confusion des autorités de concurrence: exemple de la gestion du domaine public aéroportuaire», L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics / n° 20 - mars 2003, p.42.

² CA Paris du 23 février 1999, Aéroports de Paris et Air France.

ممارسا لصلاحيات السلطة العامة لتنظيم مرفق عام، يكون خاضعا لرقابة القاضي الإداري الذي يقدر مشروعيته، وينظر في مسؤولية الشخص العام عند الاقتضاء¹. كما اعتبرت المحكمة أن القرارات التي تم بموجبها تجميع أنشطة مجموعة فرنسا للطيران في محطة ORLY الغربية ورفض طلب شركة TAT EUROPEAN AIRLINES فتح خطوط جديدة إنطلاقا من المحطة المذكورة، تتعلق بتسيير الملك العمومي gestion du domaine public وتندرج في إطار صلاحيات السلطة العامة، كما أن الممارسات المتعلقة بتلك القرارات تعتبر غير منفصلة عن تنظيم محطات الطيران، خاصة وأن المادة R.252-12 من قانون الطيران المدني تمنح مجلس إدارة مطار باريس سلطة تحديد السياسة العامة للمطار، وعليه، فإن تلك الممارسات ليست خاضعة لرقابة مجلس المنافسة بل إن اختصاص النظر فيها يعود حصريا للقاضي الإداري².

أما بالنسبة للممارسات الصادرة عن مطار باريس والمتمثلة في إجبار وكالة TAT EUROPEAN AIRLINES على استعمال خدمات المساعدة أثناء التوقف التي تقدمها المؤسسة العمومية المذكورة (مطار باريس) والتي يمكن أن تشكل إستغلالا تعسفيا لوضعية هيمنة، فقد اعتبرتها محكمة التنازع ممارسات منفصلة عن مراقبة شرعية القرار الإداري، وبالتالي تكون خاضعة لرقابة مجلس المنافسة³، بمعنى أن هذا الأخير، يختص بنظر الممارسات المنافية للمنافسة إذا كانت منفصلة عن القرار الإداري.

¹ محسن صويلح، المرجع السابق، ص. 102.

² Christophe Cabanes et Benoit Neveu, op.cit., p. 224.

³ مما جاء في قرار محكمة التنازع:

"...Considérant en revanche, que sont détachable de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, les pratiques d'aéroports de Paris susceptibles de constituer un abus de position dominante consistant dans l'obligation faite à la compagnie TAT EUROPEAN AIRLINES d'utiliser les services d'assistance en escale de cet établissement public en substitution à ses personnels, que c'est par suite à tort que l'arrêt de conflit à revendiqué pour la juridiction administrative la connaissance des dites pratiques..."

الملاحظ أن محكمة التنازع تشير من خلال هذا القرار إلى معيار الأعمال المتصلة بامتيازات السلطة العامة المتخذة في إطار تنظيم المرفق العام¹، حيث يختص القاضي الإداري بنظر القرارات المتخذة في إطار صلاحيات السلطة العامة بغية تسيير مرفق عمومي²، علما بأن هذا المعيار ظهر لأول مرة كممارسة قضائية يقوم بمقتضاها القاضي الإداري الناظر في دعوى الإلغاء بفصل القرار الإداري الذي ينبنى عليه العقد الإداري حتى يتسنى له إلغاءه، ومن هذا المنطلق فإنه يجوز للغير المطالبة بإلغاء القرارات التي يمكن اعتبارها منفصلة عن العقد³، أما في إطار قانون المنافسة فإن الأمر يتعلق بمدى اتصال أو انفصال القرار الإداري عن الممارسة المنافية للمنافسة⁴. فإذا كنا بصدد اتفاق منافي للمنافسة مثلا، ينبغي تقصي مدى اتصاله بامتيازات السلطة العامة، بحيث إذا كان قابلا للانفصال يكون الاختصاص لسلطة المنافسة، أما في حالة كونه غير قابل للانفصال، فيكون الاختصاص بذلك للهيئات القضائية الإدارية⁵.

وإن كان هذا المعيار قد لعب دورا كبيرا في حل مشكل توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة والقاضي الإداري بفرنسا، بحيث تم رفع الحواجز التي من شأنها أن تحول دون

للاطلاع على تفاصيل أوفى بخصوص هذه القضية، يراجع:

- Alain Guedj, art.préc., p. 04.

¹ Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 147 et s.

² "Les décisions par lesquelles [les personnes publiques] assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique".

³ للمزيد من التفاصيل حول نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في العقود الإدارية، يراجع: أبو زيد مصطفى فهي، القضاء الإداري ومجلس الدولة: قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، وجورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، وجمعة محمد سمير محمد، «مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد التاسع والأربعون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، أبريل 2011.

⁴ Nicolas Charbit, «Droit de la concurrence et secteur public, applicabilité et compétence», art.préc., p. 24.

⁵ Cass.com., 12 décembre 1995, Direction météorologique nationale (DMN). Voyez: Daniel Mainguy, Jean-Louis Respaud et Malo Depincé, op.cit., pp. 206 – 207.

تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري، مع تجنب ازدواجية النظر في التصرف المركب من قرار إداري وممارسة منافية للمنافسة متصلين ببعضهما إتصالاً وثيقاً من قبل مجلس المنافسة والقاضي الإداري، إلا أنه كان محل انتقاد من طرف بعض الفقه¹، بسبب صعوبة الإحاطة بانفصالية القرار الإداري عن الممارسة المنافية للمنافسة نظراً لمرونة هذا المفهوم²، إضافة لإمكانية أن يؤدي هذا الحل إلى انعقاد الاختصاص للجهازين مما يؤدي إلى حلول قضائية متباينة، أو رفض الجهازين للنظر في الوضعية التنافسية وهو ما يعتبر إنكاراً للعدالة³، لاسيما وأن تعايش تفسيرين لنفس القاعدة القانونية يتناقض مع منطوق قرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 23 جانفي 1987⁴ الذي يخضع منازعات الممارسات المنافية للمنافسة لرقابة محكمة النقض، لأسباب متصلة بالسير الحسن لمرفق القضاء⁵.

كما تخوف البعض من إفراط القضاء الإداري في تطوير أساليب رقابته، عن طريق إضافة أسلوب التحليل الاقتصادي متحججاً بإثراء الشرعية الإدارية، الأمر الذي قد ينتج عنه عدم اقتصار دوره على تقدير مدى مشروعية القرارات الإدارية، بل قد يتعداه إلى تقييم سلوك الأعوان العموميين في السوق، مع ما سيكون لذلك من آثار سلبية على القضاء الإداري، وأخطار في التوصل إلى اختلاف في تفسير قواعد المنافسة⁶.

¹ Jean-Yves Chérot, «Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence», AJDA, 2000, p.687.

² Nicolas Charbit, «Droit de la concurrence et secteur public, applicabilité et compétence», art.préc., p.24.

³ Christophe Cabanes et Benoit Neveu, op.cit., p. 225.

⁴ CC 23 janvier 1987, n°86-224, DC, cons. 15. Voyez: Jean-Marc Sauvé, «Des blocs et des frontières: les juges de la légalité administrative», Colloque organisé par la Cour de cassation sur L'acte administratif sous le regard du juge judiciaire, 4 avril 2014, publié sur le site internet du conseil d'état : <http://www.conseil-etat.fr>.

⁵ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 425.

⁶ جلال مسعد، المرجع نفسه، ص. 422.

يلاحظ إذن أن الحل الذي جاءت به محكمة التنازع الفرنسية يتسم بالغموض¹، لدرجة تجعل الإلمام به يستعصي حتى على أصحاب الاختصاص، وهو ما يجعلنا نشك في كونه حلاً يندرج في إطار حسن سير القضاء²، على أنه ورغم الانتقادات الموجهة لهذا المعيار، فقد أبقى العمل به في فرنسا كمعيار لتوزيع الاختصاص بين سلطة المنافسة الفرنسية والقاضي الإداري³، بالموازاة مع دعوة بعض الفقه للبحث عن معيار بديل لتوزيع الاختصاص.

ثانياً: نحو تطور معايير الاختصاص

إزاء الصعوبات المشار إليها أعلاه، اقترح بعض الباحثين جملة من البدائل، فمنهم من دعا إلى اعتماد مفهوم "كتلة النزاع" bloc de contentieux كبديل عن مفهوم "كتلة الاختصاص" bloc de compétence من أجل تمكين جهاز واحد، إما مجلس المنافسة أو القضاء الإداري، للنظر في هذا الصنف من النزاعات، في إطار تعاونه مع الجهاز الآخر⁴، وهو

¹ Antoine Colin-Goguel, «La compétence du conseil de la concurrence face aux services publics: qu'elle place pour le critère de détachabilité?», R.C.C., mars-avril 2002, p. 39.

² يكتسي مفهوم حسن سير القضاء أهمية بالغة في العمل القضائي بفرنسا، الإداري خاصة، إذ بين سنتي 1994 و2004 لجأ القاضي الإداري إلى هذا المفهوم بمعدل يفوق 130 قراراً في السنة، ويلاحظ الفقه أن من بين وظائف هذا المفهوم التي تعددت، وظيفة اجتناب الصعوبات التي قد تنشأ حول الاختصاص، يراجع حول هذه المسألة:

- René Chapus, «Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle": l'intérêt d'une bonne administration de la justice», RDP, n° 1, 2003, pp. 03-18, et Olivier Gabarda, «l'intérêt d'une bonne administration de la justice: étude de droit du contentieux administratif», RDP, n° 1, 2006, pp. 153-184.

³ Voyez: Cons. conc., déc. n° 07-D-27 du 31 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la formation professionnelle continue à destination des demandeurs d'emploi en région Picardie, Aut. conc., déc. n° 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, Aut. conc., déc. n° 11-D-09 du 08 juin 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et RTE dans le secteur de l'électricité, Aut. conc., déc. n° 12-D-26 du 20 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production, de la commercialisation, de l'installation et de la maintenance des extincteurs. Citées par: Aurélien Condomines, Guide pratique du droit Français de la concurrence, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014, p.269.

⁴ Antoine Colin-Goguel, art.préc., p. 39 et s.

ما بادرت به الحكومة الفرنسية سنة 2001 عند اقتراحها لتعديلات على قانون المنافسة والأسعار لسنة 1986 من خلال مشروع القانون رقم 240/2001¹، وذلك بجعل مجلس المنافسة مختصا دون سواه بالنظر في أنشطة أشخاص القانون العام، بما في ذلك أعمالها الإدارية، غير أنه تم التراجع عن ذلك².

من جهة أخرى اقترح آخرون لتحديد الجهة المختصة، السعي إلى تحديد السبب الأصلي المنشئ للممارسة المخلة بالمنافسة فيتم إسناد الاختصاص على أساس طبيعة ذلك السبب وماهيته³، في إطار ما يعرف بـ "معيار الأصل الرئيسي للممارسات المنافية للمنافسة"⁴، وهو المعيار الذي أشارت إليه الأستاذة Sophie Nicinski، والتي ميزت بين عدة فرضيات أو حالات، من بينها الحالة التي يكون فيها القرار الإداري هو السبب الوحيد في القيام بسلوك منافي للمنافسة، أين يكون القاضي الإداري هو المختص الوحيد بتقدير مدى شرعيته، أما في حالة إرتكاب عون اقتصادي لممارسات منافية للمنافسة بسبب اختياراته الاقتصادية، رغم العلاقات التي يمكن أن تربطه بالإدارة العامة، فتكون هذه الممارسات من اختصاص مجلس المنافسة⁵.

كما أشارت للحالة التي يكون فيها القرار الإداري مصدر تقييد للمنافسة نظرا لتسببه المباشر في انحراف سلوكات العون الاقتصادي، أين يمكن تصور ازدواج في الاختصاص، اختصاص القاضي الإداري ومجلس المنافسة، فيختص الأول بتقدير مشروعية القرار الإداري، وبالتالي تقرير مسؤولية العون الاقتصادي، ليتدخل لاحقا مجلس المنافسة لمعاقبته في حالة ثبوت استغلاله هذا القرار للتأثير السلبي على المنافسة. أما إذا كنا بصدد

¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001.

² Antoine Colin-Goguel, art.préc., p. 40.

³ Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 152.

⁴ L'origine principale et déterminante des pratiques anticoncurrentielles.

⁵ Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 162.

وقائع متداخلة من شأنها تقييد المنافسة، تتطلب تحليلا عاما وشاملا لكل القرارات الإدارية وسلوكات الأعوان الاقتصاديين، فيتعين البحث عن أصل ومصدر الممارسة المنافسة للمنافسة.

وفي هذا الإطار، إذا كان سلوك العون الاقتصادي هو مصدر تقييد للمنافسة، فإن مجلس المنافسة هو الذي يظل مختصا حتى بالنسبة لتقدير مدى مشروعية القرارات الإدارية، وهو مالا يعقل¹. لكن إذا كان أثر تقييد المنافسة نتاج مجموعة من القرارات الإدارية، فإن القاضي الإداري يبقى هو المختص، وهذا يعني أنه يمكن إخطاره حول كل القرارات التي نتجت عنها سلوكات منافية للمنافسة، وفي هذه الحالة باستطاعته إخطار مجلس المنافسة لطلب استشارته بشأن هذه الممارسات المرتبطة بالقرارات الإدارية التي عرضت عليه².

ساير جانب من الفقه ما تقدمت به الأستاذة Nicinski، مع تأكيدهم على أن رسم حدود لاختصاص القاضي الإداري فيما يتعلق بتطبيق قواعد قانون المنافسة ومراقبة مدى احترام الموانع المنصوص عليها في مضمونه، ليس أمرا هينا ولا سهلا³، وعليه يجب على الممارسين أن يستمروا في البحث عن حلول تتفق مع خصوصية المنازعة الإدارية للمنافسة، إذ لا مفر من اندماج قانون المنافسة في كتلة المشروعية الإدارية، موازاة مع تطوير القاضي الإداري لرقابته بأساليب تحليل حديثة تتماشى مع التطورات الاقتصادية والتكنولوجية، والعمل على تطوير المفهوم التقليدي للمرفق العام الذي يدور حول المنتفع أو مستعمل

¹ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 422.

² لعور بدر، المرجع السابق، ص. 500.

³ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 423.

المرفق، والتفتح نحو آفاق جديدة من خلال إثراء أسلوب رقابته بقواعد التحليل الاقتصادي التي لم يتعود عليها دون إفراط ولا تفريط¹.

الفرع الثاني: الموقف من مسألة الاختصاص في الجزائر

إن مسألة توزيع الاختصاص في الجزائر لم تشهد نفس التطور الذي عرفه القانون والقضاء الفرنسيين، ذلك أن القانون الجزائري وإن كان يشير لإمكانية توفر ظروف من شأنها خلق مشكلة تنازع اختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة (أولا)، إلا أن كلا الهيئتين لم تتبنيا منذ البداية موقفا واضحا من الممارسات المنافسة للمنافسة التي تكون صادرة عن أشخاص عموميين (ثانيا).

أولا: تبني التشريع الجزائري المحتشم للمعيار المادي في إسناد الاختصاص

أشار المشرع الجزائري في بعض النصوص القانونية لإمكانية اعتبار الأعمال المتصلة بتسيير المرفق العام أعمالا إدارية ولو كانت صادرة عن شخص غير إداري، أي استبعاد المعيار العضوي، ومن بين هذه النصوص، القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية²، الذي أشارت المادة 55 منه إلى أنه: "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المنوطة بها، يضمن تسيير الأملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة. وفي هذا الإطار، يتم التسيير طبقا لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة، وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية".

¹ Christophe Cabanes et Benoit Neveu, op.cit., p. 226. Voyez également : Jean-François Calmette, «L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif», Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur, Droit Administratif, Juillet 2006, pp. 13 – 18.

² القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 02 الصادرة في 13 جانفي 1988، وقد تم إلغاء أحكام هذا القانون بموجب المادة 28 من الأمر رقم 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر عدد 55 الصادرة في 27 سبتمبر 1995، باستثناء البابين الثالث والرابع منه.

كما تشير المادة 56 من نفس القانون إلى أنه "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى، فإن كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذا تلك المتعلقة بالرقابة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام يعد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة".

فحسب المشرع الجزائري، لما تمارس الدولة بصفة مباشرة استغلال الأملاك العمومية، فإنها تخضع للقانون الإداري بمقتضى المعيار العضوي. أما فيما يخص المؤسسة العمومية الاقتصادية، فرغم خضوعها للقانون الخاص في مجمل نشاطاتها، وخضوعها لرقابة القاضي العادي، إلا أن الأمر غير ذلك لما يتعلق بتسيير الأملاك الوطنية، حيث تخضع لقواعد القانون الإداري (ممارسة صلاحيات السلطة العامة)، ويمكنها بذلك إصدار قرارات إدارية قد تتضمن منح رخصة، أو منع ممارسة نشاط، أو إبرام عقود إدارية، وتخضع، مثلها مثل أشخاص القانون العام لرقابة القضاء الإداري إذ يتعلق الأمر هنا بالعمل بالمعيار المادي، وذلك رغم تفسير البعض هذا الاستثناء بتطبيق "نظرية الوكالة"، مستدلين في ذلك بتوظيف المشرع لكلمات تدل عليها مثل "باسم الدولة ولحسابها"، و"عقد امتياز"، وهي عبارات لا توحى باستعانة المشرع بالمعيار المادي في نظرهم، أي أن المؤسسة العامة الاقتصادية تتصرف كوكيل عن الدولة¹.

وعلى كل فإن النشاطات المرتبطة بالدومين العام، كتلك المتعلقة بوضع المحلات والمنشآت مقابل إتاوات، هي في حد ذاتها نشاط اقتصادي، بمقتضى المادة 02 من الأمر رقم

¹ عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص. 145.

03/03 المتعلق بالمنافسة، ولو أن هذه التجهيزات ملك للدومين العام¹، والهيئة المكلفة بالخدمة هي مؤسسة عمومية اقتصادية²، بما يمكن معه القول بوجود إطار تشريعي قد يؤدي إلى الحاجة للبت في مشكل الاختصاص إذا تعلق الأمر بممارسة منافسة للمنافسة في هذه الأوضاع، وبالتالي، ضرورة اعتماد الهيئات المعنية بتطبيق قانون المنافسة لمعيار واضح لتحديد الحالات التي يتدخل فيها إما القاضي الإداري، أو مجلس المنافسة، وهو الأمر الذي لم تتحدد معالمه بعد في الجزائر، بسبب ندرة النزاعات المرتبطة بمجال المنافسة أمام القاضي الإداري، وتشبث مجلس المنافسة بالمعيار الموضوعي لتحديد مجال تدخله.

ثانياً: تمسك مجلس المنافسة الجزائري باختصاصه الموضوعي في مجال المنافسة مقابل صمت للقضاء الإداري

حسب المعطيات التي توفرت لهذا البحث، لم يتم الوقوف عند أي قرار لمجلس الدولة الجزائري ولا لأي محكمة إدارية على المستوى الوطني من شأنه الإشارة للمعيار الذي تبناه القاضي الإداري في الجزائر للتكفل بمسألة توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري، ومجلس المنافسة الجزائري.

فإن كانت مسألة توزيع الاختصاص بفرنسا تعد مسألة ازدواجية قضائية، وتهم مبدأ ازدواجية الهيئات القضائية العادية (مجلس المنافسة والقضاء العادي)، والهيئات الإدارية ما دام الأمر يتعلق بتوزيع الاختصاص بين القاضيين العادي والإداري، زيادة على دور محكمة التنازع التي تفرض على الجهازين احترام القواعد التي أقرتها، فإن الأمر في الجزائر حسب بعض قرارات مجلس المنافسة يتعلق بالتمييز بين ما هو للقاضي الإداري

¹ من أمثلة ذلك: الدومين العام الصناعي، المطارات الجوية، والموانئ البحرية وتوابعها، المنشآت الفنية الكبرى، الطرق العادية والطرق السريعة، فيمكن أن تعتمد الدولة إلى التنازل عن تسيير هذا النوع من الدومين إلى مؤسسات تعمل باسم الدولة، حيث تمارس امتيازات السلطة العامة، لكن النشاط في حد ذاته هو نشاط تجاري، كالنشاط الذي تمارسه شركة مصالح ومنشآت مطارات الجزائر.

² عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص. 146.

الذي يعتمد على المعيار العضوي بشكل أساسي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وما هو لمجلس المنافسة، الذي أكد في بعض قراراته أن اختصاصه يقوم على معيار موضوعي بسيط يرتبط بممارسة المؤسسة المخالفة مهما كانت طبيعتها لنشاط اقتصادي.

فعلى قلة قراراته، نجد أن مجلس المنافسة الجزائري، لم يكن في معزل عن التطور الذي شهدته قواعد توزيع الاختصاص، حيث رفض النظر في القرارات الإدارية التي يتخذها الشخص العام، الرامية إلى إدارة المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة، واعتبرها نشاطا إداريا، ومن بينها القرارات الصادرة في إطار إبرام صفقة عمومية، وذلك في قراره المتعلق بطلب عروض من أجل إنجاز مركزين للتكوين المهني بمنطقة "فنوغيل" و"تسايت" بولاية أدرار¹. وقد اعتبر المجلس استنادا على المادتين 02 و23 من الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، أن قرار منح الصفقة هو قرار إداري يدخل في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة، وبالتالي تكون الممارسات المصرح بها من طرف مؤسسة الأشغال العمومية والبناء لا تدخل ضمن اختصاص مجلس المنافسة، مما يجعل إخطارها غير مقبول لعدم الاختصاص².

¹ يراجع في هذا الشأن قرار مجلس المنافسة رقم 99-ق-02 المؤرخ في 17 أكتوبر 1999، سابق الذكر.

على سبيل المقارنة، فإن نفس الموقف تبناه مجلس المنافسة التونسي، مثل موقفه في القضية عدد 4164 الصادر بشأنها القرار رقم 19 ماي 2005، حيث اشتمت الغرفة الوطنية للمستشارين الجبائين قيام شركة "إسمنت بنزت" بإجراء استشارة قصد اختيار مستشار جبائي، تضمنت شروطا تمييزية ضيقت من حيز المنافسة في سوق الإستشارة الجبائية. حيث اعتبر المجلس في هذا الخصوص أن "المشتري العمومي عندما يحدد حاجياته بهدف إبرام صفقة عمومية، فإنه لا يتعاطى نشاطا إقتصاديا يتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، بل يقوم بأعمال قانونية تندرج ضمن اختصاصات التسيير التي تنظمها نصوص تشريعية وترتيبية". يراجع: مجلس المنافسة، عدد 4164، 19 ماي 2005، ملحق التقرير السنوي، 2005. يراجع كذلك: مجلس المنافسة، عدد 5194، 29 سبتمبر 2005، ملحق التقرير السنوي، 2005، ص. 103؛ "وحيث أن مجلس المنافسة لا يختص بالنظر في صحة الإجراءات التي تتخذها الذوات العمومية لإسناد الصفقات العمومية، ضرورة أن هذا الصنف من النزاعات يندرج ضمن اختصاص القاضي الإداري المنتصب في مادة قضاء تجاوز السلطة، الأمر الذي يتوجب معه رفض الدعوى لعدم الاختصاص".

² مما ورد في حيثيات هذا القرار: "إن طبيعة قرار منح الصفقة هو قرار إداري، ووفقا للمادة 02 من الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، لا يطبق قانون المنافسة إلا على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، وإن أحكام هذه المادة مطبقة على الأشخاص العمومية، بشرط

كما نعى المجلس نفس هذا المنحى في قراره الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2014 بشأن القضية رقم 2003/26، لما اعتبر إخطاره من طرف الشركة ذات المسؤولية المحدودة MID، التي تحدثت عن خطأ يتعلق بخرق لقواعد الصفقات العمومية من خلال عزلها من المرتبة الأولى عند دراسة العروض خارجا عن مجال اختصاصه، ليقرر مجمع المجلس، رفض الدعوى لعدم الاختصاص، وبمرجعية المادة 02 من الأمر رقم 95/06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المطبق بتاريخ الوقائع، والتي لم تتحدث عن مراقبة الصفقات العمومية من قبل مجلس المنافسة¹.

المثير للإنتباه في هذين القرارين، هو أن مجلس المنافسة لم يكن أمام قرار إداري وعمل اقتصادي في نفس الوقت حتى يبحث في انفصالهما عن بعض أو اتصالهما ببعض، ففي كلا القضيتين نكون بصدد قرار إداري ولا وجود لعمل اقتصادي، فمراد الحديث إذن هو أن التمييز الذي أدخله مجلس المنافسة لم يدع إليه داع ولم تقتضيه وقائع القضيتين.

وفي حقيقة الأمر، نعتقد بأن مجلس المنافسة الجزائري والقضاء الإداري بالرغم من تمسكهما بمعايير تحديد اختصاصيهما القائم على أساس موضوعي بالنسبة للأول، ومعياري عضوي بالنسبة للثاني، فإن تأثير الهيئتين وخصوصا مجلس المنافسة يبدو واضحا بقرارات سلطات المنافسة الفرنسية التي بدأت مساهماتها في مناقشة مسألة معايير الاختصاص بنفس المنهج المتبع من طرف مجلس المنافسة حاليا، مما يجعلنا في وضعية انتظار للموقف الممكن تبنيه من طرف الهيئات المعنية بتطبيق قانون المنافسة، والتصدي للممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، لاسيما في ظل وجود العديد من المؤشرات التي

أنها تمارس وظيفة اقتصادية من طبيعة نفسها مشابهة لتلك التي يمكن للشخص الخاص أن يضمنها وأن تتدخل في السوق كعارضة للسلعة أو للخدمة" وأضاف في حيثية أخرى: "واعتبارا أن اختيار السلطة العمومية لتلك المؤسسة من أجل أن تضمن طلب عمومي، فإنها تدخلت في ذلك كطالبة في سوق إنجاز أشغال البناء، وباعتبار أن مجلس المنافسة مكلف بالسهرة على حماية حرية المنافسة حتى يتم التعبير عن الطلب بأقصى قدر ممكن من الحرية، فلا يمكن له أن يتقيد بالظروف التي تمارس من خلالها تلك الحرية".

¹ يراجع: القرار رقم 2015/26 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 13 نوفمبر 2014 في القضية رقم 2003/23 التي جمعت شركة MID ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 08، مجلس المنافسة الجزائري، 2015، ص. 46.

تؤكد إدماج قواعد المنافسة في كتلة الشرعية الإدارية وتأثير ذلك على النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع.

وإلى غاية صدور موقف واضح في هذا الشأن، تبقى أحسن وسيلة في حالة وجود عمل إداري مركب من ممارسة منافية للمنافسة وقرار يدخل في إطار صلاحيات السلطة العامة، تتمثل في سعي القاضي الإداري إلى طلب رأي مجلس المنافسة حول موضوع تكييف الممارسات التي تعترضه¹، تجسيدا لما حملته المادة 38 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، المقابلة للمادة L.462-3 من القانون التجاري الفرنسي²، واللذان تفران إمكانية أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المنافية للمنافسة، ضمانا لعدم تصادم الهيئتين وتوحيد تفسير قواعد قانون المنافسة، في إطار ما أسماه البعض بـ "حوار القضاة"³، وهو ما كرسه مجلس الدولة الفرنسي منذ عام 1999، في قضية EDA سابقة الذكر، أين طلب رأي مجلس المنافسة لتقصي مدى إمكانية إعتبار عرض مشترك مقدم من طرف مؤسستين من أجل تسيير مطارين كتعسف في استغلال وضعية هيمنة⁴.

¹ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 424.

² L'art. L.462-3 alinéa 01 du code de commerce dispose que: "L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, si elle dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, elle peut émettre son avis sans avoir à mettre en œuvre la procédure prévue au présent texte".

³ قوسم غالية، المرجع السابق، ص. 493.

⁴ CE Section 26 mars 1999, Sté Eda, précité.

المطلب الثاني: التطور الحتمي لصلاحيات القاضي الإداري في مجال المنافسة

إن ممارسة القاضي لاختصاصه تفترض عدم ترده في الحكم في النوازل التي تعرض عليه إذا كانت داخلة ضمن مشمولاته، على أنه عندما يتعلق الأمر بمرحلة التأسيس فإنه غالبا ما تغيب الجرأة ويسود التردد، وهو ما شهده القضاء الإداري في فرنسا بخصوص تطبيقه لقانون المنافسة على الإدارة العامة، لكون هذا القانون يهتم بالمجال الاقتصادي لا الإداري¹. غير أن الإقرار بإمكانية مساس قرارات الإدارة العامة بالأسواق الاقتصادية، ومن بينها سوق الصفقات العمومية، وتكفل بعض المرافق العامة بتلبية خدمات ذات طابع اقتصادي، استدعت إشراك القاضي الإداري كطرف أساسي في تطبيق قانون المنافسة²، وبالتالي، تدخل هذا الأخير في فرض التزامات الشفافية والمنافسة بشكل يظهر تمتعه باستقلالية ملحوظة مقارنة بمجلس المنافسة (الفرع الأول)، من خلال نظره لدعاوى متعددة على ضوء قانون المنافسة (الفرع الثاني)، فضلا عن اختصاصه بنظر الطعون المرفوعة أمامه ضد قرارات رفض التجميع من طرف مجلس المنافسة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إستقلالية مجال تدخل القاضي الإداري

طرح مسألة تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري عدة إشكاليات، كما شهدت تطورات كبيرة بطريقة جعلت القاضي الإداري يظهر وكأنه لم يعرف المنافسة من قبل. لكن السبب وراء هذا التردد كان دائما السعي إلى تحقيق استقلالية النزاع الإداري في مجال المنافسة، ومنع تسرب أي جرعة من قانون المنافسة الخاص إلى نزاعات الإدارة، فكان أن نجح القاضي الإداري في جعل تدخله في هذا المجال يستند إلى مصادر قانونية خاصة (أولا)، بالرغم من مواجهته لبعض الصعوبات (ثانيا).

¹ لويس فوجال، المرجع السابق، ص. 947.

² تيورسي محمد، المرجع السابق، ص. 340.

أولاً: مرونة تحديد المصادر كسبب لاستقلالية القاضي الإداري

عرف القاضي الإداري نزاعات المنافسة خارج إطار قوانين المنافسة الحديثة وقبل الحديث حتى عن قانون المنافسة¹، من خلال سعيه إلى فرض احترام الإدارة لقواعد المنافسة المنصوص عليها خارج قانون المنافسة، متبعاً في ذلك لمقاربة تصب في منطق القانون الإداري، باعتماده على مرونة ملحوظة عند توليه لهذا الإلتزام الجديد ونظره للنزاعات الداخلة في هذا الإطار، بين استناده تارة على مبدأ حرية الصناعة والتجارة، وفي أحيان أخرى على مبادئ المساواة، وحرية الوصول للصفقات العمومية.

وهو ما مكنه من المحافظة على إستقلالية النزاع الإداري، من خلال تطبيقه لمبدأ حرية المنافسة باعتباره مبدأ لصيق ومتفرع عن مبدأ حرية الصناعة والتجارة، بشكل من شأنه أن يسمح بتطبيق واسع لقانون المنافسة في جميع المجالات²، وفي هذا الإطار، نجد بأن مجلس الدولة الفرنسي طبق أحيانا مبدأ حرية المنافسة كمبدأ لصيق بمبدأ حرية الصناعة والتجارة³، أو كمبدأ منحدر من أمر 01 ديسمبر 1986⁴، كما لجأ في أحيان أخرى

¹ Bernard Stirn, «L'idée de concurrence dans le contentieux administratif : pluralité des sources», actes de l'atelier de la concurrence Le juge administratif et le droit de la concurrence du 29 Mars 2000, précités.

² يرى الأستاذ Jean-Yves Chérot أن مبدأ حرية الصناعة والتجارة ليس إلا تعبيراً واضحاً عن مبدأ حرية المنافسة.

- Voyez: Jean-Yves Chérot, Droit public économique, 01^{ère} Edition, Economica, coll. Corpus Droit public, Paris, 2002, p. 38: "La liberté du commerce et de l'industrie a été conçue comme une première, ancienne et rudimentaire expression d'un principe de libre concurrence. En effet pour justifier la jurisprudence administrative on invoque la nécessité de protéger la libre concurrence, les personnes publiques disposent de prérogatives dont l'usage fausserait nécessairement leur compétition sur le marché avec les personnes privées".

³ CE, 30 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, n ° 226514, Lebon, p. 260 (cl. P. Fombeur). Voyez: Sébastien Hourson, «Principes généraux du droit communautaire et Constitution, Commentaire sous CE, 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique (SNIP) et autres», Revue générale du droit on line, 2008, numéro 1880 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1880).

⁴ CE, 05 oct. 1998, Fédération française des pompes funèbres, précité.

إلى تطبيق مبدأ حرية المنافسة بصورة مستقلة دون الإحالة إلى قاعدة أخرى قد يجد سنده فيها¹.

أما في الجزائر، فلا نجد نهجا قضائيا مماثلا، رغم تشكيل مبادئ حرية الوصول للصفقات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين مبادئ أساسية تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، منذ صور المرسوم الرئاسي رقم 338/08، سابق الذكر². زيادة على اعتماد الدستور الجزائري لمبدأ حرية الصناعة والتجارة وفقا لمقتضيات الفصل الرابع من الباب الأول منه، الذي يحمي حق الملكية³، ويكرس مبدأ حرية المبادرة الخاصة La liberté d'entreprendre⁴.

وإذا كان القانون الأوروبي قد جسد صراحة التزام الإدارة باحترام قواعد المنافسة من خلال المادة 86 فقرة أولى من الإتفاقية الأوروبية، سابقة الذكر، مما سمح بتكريسه من طرف محكمة عدل المجموعة الأوروبية في قراراتها ذات الصلة⁵، فإنه لا يوجد في القانون الفرنسي ما يفرض على الإدارة احترام هذا المبدأ⁶، وهو ما دفع بالقاضي الإداري إلى إقراره على أسس مغايرة لتلك يقوم عليها قانون المنافسة المنظم للعلاقات بين المؤسسات الاقتصادية، باعتبارها أسس خاصة بالقانون العام وبالقانون الإداري.

¹ CE, 28 mars. 2001, Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurance, Rec. n° 155896. Cité par: Catherine Bergeal, «Conclusions sur CE, 27 juillet 2001, CAMIF», Revue générale du droit on line, 2001, numéro 829 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=829).

² يتعرض القسم الثالث من الفصل الثالث من الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 بإطنا إلى قواعد وطرق الإعلان عن المنافسة عند طلب العروض، وهو ما يعني أن المنافسة تحتل مكانة هامة أيضا في مجال النزاع الإداري، وأن القاضي الإداري يتدخل لفرض حمايتها في إطار غير قانون المنافسة.

³ تنص المادة 64 من الدستور الجزائري على أن: "الملكية الخاصة مضمونة".

⁴ تراجع المادة 43 من الدستور الجزائري، سابقة الذكر.

⁵ CJCE., 10 janvier 1985, Association des centres distributeurs Edouard Leclerc. Voyez: Jean-Philippe Kovar, op.cit., p. 62.

⁶ Michel Bazex, «La libre concurrence, nouvelle source de l'action administrative», Gazette du Palais, n° 207, 26 juillet 2001, p. 1155.

بمعنى أن القاضي الإداري عندما اعتمد هذا المبدأ لم يبحث عنه في قانون المنافسة الخاص الذي يطبق على المؤسسات الاقتصادية، بل ذهب إلى إنشائه على أسس خاصة بالقانون العام، وهنا يظهر الدور المنشأ للقاضي الإداري.

من أمثلة ذلك ما اعتمده المحكمة الإدارية لمدينة Besançon في حكم صدر بتاريخ 22 جويلية 1999 أين أشارت إلى "مبدأ حرية المنافسة المكرس من المبادئ العامة للقانون الفرنسي والأوروبي"¹. وهو ما يسمح للقاضي الإداري بلعب دوره كاملا في حماية المنافسة، خصوصا وأن آليات قانون المنافسة الخاص، قد تعجز أمام الممارسات (الاتفاقات، التعسف في استغلال وضعية هيمنة) الصادرة عن الأشخاص العامة، باعتبارها آليات قد جعلت بالأساس لتنظيم العلاقات الاقتصادية بين المؤسسات الخاصة، وهو ما يمكننا من القول، بأن القاضي الإداري يتمتع باستقلالية وظيفية عند نظره نزاعات المنافسة.

وعلى هذا الأساس، أصبحت المنافسة في جميع الميادين ومن بينها الأعمال الإدارية مبدأ ذو طبيعة دستورية يمكن استنتاجها بصورة ضمنية من مبدأ حرية الصناعة والتجارة²، مما يفرض على الإدارة ضرورة احترامه، تحت رقابة القاضي الإداري الذي يسعى إلى حمايته بطرقه الخاصة³، ومادامت حرية المنافسة في الجزائر مكرسة بدورها في أعلى القواعد القانونية مرتبة، وهو ما يؤكد الدستور الجزائري من خلال المادة 43 منه المعدلة

¹ راجع الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية لمدينة Besançon بتاريخ 22 جويلية 1999:

- TA Besançon, 22 juillet 1999, « Monnot », DA octobre 1999, comm. 245: "Principe de la libre concurrence consacré aussi bien par les principes généraux de notre droit que par ceux du droit communautaire". Voyez: Jean-Philippe Kovar, op.cit., p.81.

² Didier Ribes, «La concurrence saisie par le droit constitutionnel Français?» Revue Française de droit constitutionnel, n° 53, 2003, p. 171: "En toute logique, la liaison de ces différentes libertés rejaille sur leur valeur et le rang constitutionnel de la liberté d'entreprendre emporte celui de la libre concurrence".

³ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, «Chronique de jurisprudence constitutionnelle», 2^{me} partie, LPA., n° 186, 17 sep. 2002, p. 09.

بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، فإن القاضي الإداري الجزائري يكون لزاما عليه بدوره فرض احترام القاعدة الدستورية، ولا مانع في نظرنا من تكريسه لذات الاستقلالية التي عرفتها نزاعات المنافسة الإدارية بفرنسا.

ثانيا: صعوبات في مواجهة القاضي الإداري عند نظره منازعات المنافسة

تطرح مسألة اختصاص القاضي الإداري بنظر منازعات المنافسة بعض الصعوبات التي أبرزها الفقه¹، والتي يمكن ردها في الجملة إلى قصور الوسائل المتاحة للقاضي الإداري أمام القرارات المرتبطة بالمنافسة، فالنزاعات الناشئة في المجال الاقتصادي تكون دائما متجهة نحو المستقبل، ومتعلقة بالآثار التي قد تنتجها الممارسة وبمدى تأثيرها على الحياة الاقتصادية في السوق، فالمنهج الغالب هو منهج اقتصادي (تحديد السوق، البحث عن وضعية هيمنة... إلخ).

أما عندما يتعلق الأمر بقضاء الإلغاء مثلا فإن المنهج المتبع قانوني بحت، فيكون على القاضي التثبت من شرعية قرار إداري قد صدر، اتجاه نص قانوني أعلى منه مرتبة دون الإهتمام بآثار ذلك القرار²، وهو ما جعل جانبا من الفقه يصحح بأن تناول القاضي الإداري لنزاعات المنافسة من باب القضاء الكامل قد يكون أنجع³.

كما أن تعزيز الدور الرقابي للقاضي الإداري وتفتحه على البيئة الاقتصادية يطرح مسألة صعوبة إلمام هذا الأخير بمفاهيم المنافسة، إذ لا يتسنى للقاضي الإداري القيام بدوره في حماية المنافسة من تعديات الإدارة بمجرد قبوله لاختصاصه بالنظر في دعاوى المنافسة، ولا يمكنه ذلك أيضا بمجرد إدراجه لقانون المنافسة في كتلة الشرعية الإدارية،

¹ Jean-Yves Chérot, art.préc., p. 687.

² Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 158.

³ Michel Bazex, «Le droit public de la concurrence», RFDA., n° 4, juill.-août 1998, p. 800.

بل يجب على القاضي الإداري الإمام بمفاهيم قانون المنافسة وتدبرها، حتى يتسنى له تطبيقها وتكون حمايته للمنافسة فعالة، لكن، تكون عادة هذه المفاهيم على غاية من الدقة والتقنية بشكل يصعب على القاضي غير المختص في الاقتصاد فهم محتواها¹.

وبما أن القاضي يعتمد على نظامه الإجرائي الخاص عند نظره في منازعات المنافسة، فعليه الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات هذا النزاع، من ذلك مثلا الحرص على سرعة الفصل في تلك النزاعات تأسيسا على مبدأ سرعة وحركية الحياة الاقتصادية².

على أن جميع هذه الصعوبات لم تحل دون مساهمة القاضي الإداري في فرنسا في حماية المنافسة من الممارسات المخلة بها في مجال الصفقات العمومية عن طريق وسائله الخاصة وسلطته الواسعة في تقدير الملائمة والمشروعية، وهو ما نتوقع انتهاجه من طرف القاضي الإداري الجزائري بعد تأثير الهزات الارتدادية التي أحدثتها مسألة إدماج قواعد المنافسة في كتلة الشرعية الإدارية بفرنسا، وتأثيرها على الاتفاقيات الدولية ذات الطابع الاقتصادي التي أبرمتها الجزائر، وحتى على النصوص الداخلية ذات الصلة بميدان التنافسية في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: تصنيف دعاوى المنافسة في الصفقات العمومية أمام القضاء الإداري

يلعب القاضي الإداري دورا مهما في تجسيد الضمانات المتعلقة بحماية الحرية التنافسية في الصفقات العمومية، عن طريق الرقابة القضائية التي يمارسها حول مشروعية إجراءات إبرامها، حيث يمارس رقابته على مدى احترام الأشخاص العمومية لقواعد قانون المنافسة بمرونة واستقلالية معتبرة، مما يسمح له بأن يكون متميزا في

¹ قوسم غالية، المرجع السابق، ص. 493.

² للمزيد من التفاصيل بخصوص الصعوبات التي يواجهها القاضي الإداري عند نظره منازعات المنافسة، يراجع:

حكمه، حيث يمكنه أن يقضي ببطلان وإلغاء القرار والعمل الإداري المتخذ من طرف السلطة العامة المخالف لقواعد قانون المنافسة، مع إمكانية اللجوء إلى استخدام سلطته في اتخاذ الأوامر إن اقتضى الأمر ذلك عن طريق آلية الاستعجال قبل التعاقدى (أولاً).

كما يمكن مخاصمة الإدارة العمومية أمامه لمخالفها قواعد قانون المنافسة من خلال رفع دعوى المسؤولية ضدها لتجاهلها الآثار المفيدة لقواعد قانون المنافسة، وهو ما يمثل ركن الخطأ في هذه الدعوى¹، وينجم عن ذلك، الحكم على الإدارة العامة بتعويض الأضرار التي تسببت فيها طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية الإدارية، مع احتمال أن تكون هي الأخرى ضحية لممارسات منافية للمنافسة بشكل تستطيع معه المطالبة بدورها بالتعويض (ثانياً).

أولاً: دعاوى المشروعية أساس لتدخل القاضي الإداري

من بين أبرز مجالات اختصاص القاضي الإداري، اختصاصه بنظر دعوى الإلغاء، التي تعرف بأنها تلك الدعوى التي تحرك أمام هيئة قضائية إدارية وتستهدف إلغاء قرار إداري نافذ، ومخالف لقاعدة قانونية²، ولعل القرارات الإدارية المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية ينطبق عليها هذا الوصف مما يستدعي توضيح هذه المسألة، زيادة على اختصاص قاضي الاستعجال الإداري بنظر الإخطارات المرفوعة من طرف المتنافسين في حالة وجود إخلال بقواعد العلانية والمنافسة في إطار الصفقات العمومية.

¹ قوسم غالية، المرجع السابق، ص. 494.

² بوجادي عمر، المرجع السابق، ص. 98.

01- إلغاء القرارات الإدارية المخلة بالمنافسة

تعتبر الصفقات العمومية عملية قانونية، يقتضي اكتمالها اتخاذ العديد من التصرفات القانونية في شكل قرارات انفرادية منفصلة تساهم في تكوينها، وتستهدف إتمامها¹، وبذلك، تعتبر مثل هذه القرارات معنية بالرقابة القضائية، التي لم يتردد مجلس الدولة الفرنسي في بسطها عليها منذ بداية القرن العشرين².

وتأخذ القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية صور عدة، مثل قرارات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حالة إصدارها لقرارات نهائية³، وقرارات الاستبعاد والحرمان من المشاركة في الصفقة العمومية⁴، وقرار إلغاء الصفقة العمومية⁵، وقرار المنح

¹ تعرف القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية على أنها: "قرارات تصدرها الإدارة في سبيلها للتعاقد، تستهدف التمهيد لإبرام العقد والسماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه". يراجع: كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلبي، برج بوعريبيج، الجزائر، 2012، ص. 105.

² CE, 11 décembre 1903, Commune de Gorre.

- طبق مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم فكرة القرارات القابلة للانفصال لأول مرة، وقبل الطعن على انفراد في بعض القرارات المتعلقة بعملية التعاقد استقلالا عن العملية ذاتها، وحتى دون انتظار صدور القرار النهائي فيها. وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن أحد المديرين أصدر قرارا باختيار موقع لمدرسة خلاف الموقع الذي اختاره المجلس البلدي، وأبرم عقد إيجار استنادا لذلك، ومخالفة لما يقضي به القانون الصادر في 30 أكتوبر 1886، فطعن البلدية في قرار المدير بالإلغاء أمام مجلس الدولة، الذي قضى بقبول الدعوى برغم قيام الدعوى الموازية (دعوى البطلان). يراجع:

- Rémy Schwartz et Myriam Kaczmarek, «La procédure contentieuse devant les juridictions administratives», La Gazette des communes, des départements et des régions, Cahier détaché n° 2 - 17/1739 -, 26 avril 2004, p. 215.

³ تراجع المواد 71 و160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

⁴ تراجع المواد 71 و160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، سالف الذكر.

⁵ المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، سالف الذكر.

المؤقت لها¹، فإذا انطوت مثل هذه القرارات على عيب من عيوب المشروعية سواء الداخلية أو الخارجية²، يمكن للمعني بها رفع دعوى يطلب من خلالها الحكم بإلغائها.

ولعل من أبرز العيوب التي قد تستدعي رفع دعوى إلغاء بسبب قرار منافي للمنافسة -إضافة لعيب عدم الاختصاص³، وعيب مخالفة ركن الشكل والإجراءات- نجد عيب مخالفة القانون، باعتباره يشمل مخالفة القواعد المنظمة لعملية إبرام الصفقات العمومية الواردة في تنظيم الصفقات العمومية، وكذا النصوص القانونية التابعة له⁴، هذا من جهة. ويشمل من جهة أخرى القواعد الواردة في قانون المنافسة⁵، إذ أن مبدأ دولة القانون يقتضي أن تكون قرارات المشتري العمومي خاضعة له، لكونه جزء لا يتجزأ من المنظومة القانونية.

إن نظر القاضي الإداري في مثل هذه القرارات يكون وفق منهج خاص مثلما أوردناه سلفا، ويتجلى ذلك من حيث الوسائل التي يعتمدها، فإذا كان مجلس المنافسة يختص بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة قصد تسليط غرامات مالية على المخالفين، فإنه لا يملك سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بتلك الممارسات والتي تشكل أساسا لها، فذاك

¹ تراجع المواد 73 و82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، سالف الذكر.

² للإطلاع بالتفصيل على شروط رفع دعوى الإلغاء، يراجع: عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

³ تتعدد تسميات دعوى الإلغاء في القوانين الجزائرية، فهي أحيانا دعوى البطلان وأحيانا طلبات الإلغاء، وأحيانا أخرى دعوى تجاوز السلطة، وأيا ما كانت التسمية فهي تتعلق بدعوى إلغاء قرار إداري يعتد رافعها أنه غير قانوني. يراجع: خريشي النوي، مرجع سابق، ص.460.

⁴ مثل المرسوم التنفيذي رقم 139/14 المؤرخ في 20 أبريل 2014، سابق الذكر.

⁵ خصوصا وأن المقصود بمخالفة القانون، القانون بمفهومه الواسع بحسب ما قررته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 12 جويلية 1958، حيث يقصد به: "كل قاعدة عامة ومجردة، أيا كان مصدرها سواء كان هذا المصدر نصوصا دستوريا أم تشريعية تقرره السلطة التشريعية المختصة، أم قرارا إداريا تنظيميا، وسواء كان هذا القرار التنظيمي في شكل قرار جمهوري أو قرار وازاري". حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ 12 جويلية 1958. أشار إليه: قتال منير، القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، سنة 2013، ص.88.

اختصاص يستأثر به القاضي الإداري المتدخل في إطار دعوى الإلغاء، والذي ليس له في المقابل توقيع عقوبات مالية على المخالفين، أو الإذن بإجراء تحقيقات، كما هو الأمر لدى مجلس المنافسة الذي يملك إجراءات إستقصائية واسعة وسلطات خاصة في هذا الشأن. ولئن كان ذلك يؤدي إلى القول بأن السلطة العامة ستكون بعيدة كل البعد عن العقوبات المالية الثقيلة المسلطة على المؤسسات الاقتصادية، فإن إلغاء القرار الإداري يسمح في المقابل باجتثاث الممارسة التي يؤسس لها من الجذور.

والقرارات التي قد ينظر فيها القاضي الإداري بطريق الإلغاء نوعان، القرارات الإدارية المتخذة في إطار قانون المنافسة، وهي مستقلة عن أي ممارسة منافية للمنافسة، والقرارات الإدارية التي لها علاقة بممارسة منافية للمنافسة.

من أشكال الصنف الأول، القرارات الصادرة عن الحكومة المتضمنة الترخيص للتجميعات الاقتصادية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو التي يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطوير قدراتها التنافسية، أو تساهم في تحسين الشغل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق¹، وهي القرارات التي ينحصر تدخل القاضي الإداري بشأنها في قرار الدولة (الوزير المعني) وهو قرار إداري، ولا تمتد رقابته مثلا للرأي الإستشاري الذي يقدمه مجلس المنافسة في هذا الشأن، كما لا تشمل القرارات المتخذة في إطار القانون الخاص بين المؤسسات الاقتصادية التي تسعى إلى عملية التجميع²، فإذا كان مثل هذا القرار لا يحترم الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانونا، فإنه يكون موجبا للإلغاء³.

¹ تراجع المواد 21 و21 مكرر من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

² Jacques-Henri Stahl, «Le contrôle des décisions administratives à finalité concurrentielle: l'exemple des concentrations», R.C.C., n° 116, juill.-août 2000, p. 17.

³ مارس مجلس الدولة الفرنسي رقابته على هذا النوع من القرارات في عدة مناسبات، مثل قراره الصادر في 09 أفريل 1999 Sté the Coca cola company، والذي ساند فيه قرار الوزير القاضي برفض عملية التجميع.

أما القرارات الإدارية التي تكون لها علاقة بممارسة منافية للمنافسة، فشانها أمام قاضي الإلغاء كشأن بقية القرارات الإدارية التي تكون خاضعة لرقابته بطريق الإلغاء، حيث يرتبط القرار الإداري بالممارسة المخلة بالمنافسة من جهتين، فإما أن يكون القرار لاحقاً للممارسة، وهي حالة نادرة، وإما أن يكون سابقاً لها.

وليس يجوز للإدارة أن تتدخل في الحالة الأولى لفرض الممارسة، أو جعلها تمتد إلى مجالات أخرى، أو أن تساهم في تفاقم آثارها المنافية للمنافسة. أما إذا كان القرار الإداري يشكل أساس الممارسة المخلة بالمنافسة فإن القضاء الإداري بفرنسا يعتبره قابلاً للإلغاء إذا أدى بالضرورة وبصفة مباشرة إلى جعل الطرف الإقتصادي في وضعية عرقلة لقواعد المنافسة¹، وهنا سيكون تدخل القاضي الإداري سابقاً لتدخل مجلس المنافسة بشأن الممارسة المنافية للمنافسة، ولا بد من التأكد من أن موضوع القرار الإداري هو الذي يشكل مصدر الممارسة أو السلوك المخل بالمنافسة، ففي بعض الأحيان تكون الممارسة ناتجة عن سبب أجنبي غير القرار الإداري، فقد حصل أن تعلق موضوع القرار بتحديد قائمة الأسعار، لكن الممارسة وجدت مصدرها في حضور المؤسسة الإقتصادية ذاته².

- Voyez: CE, 09 avr. 1999, The Coca-Cola Compagny, RFDA., 1999, p. 777. Cité par: Marie-Anne Frison-Roche, «Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative mise en regard de la jurisprudence judiciaire», Revue Internationale de Droit Economique, n° 04, 2001, p. 408.

¹ مثال ذلك، قرار المنح المؤقت للصفقة الذي من شأنه جعل المتعامل المتعاقد في وضعية هيمنة على السوق، أو قرار منح الصفقة لأحد الأطراف في اتفاق محظور رغم علم المصلحة المتعاقدة بذلك، يراجع في هذا الشأن:

- CE, 11 juin 2003, EDF c/ SNET, CJEG 2003 p. 586 concl. F. Séners. Cité par: Philippe Graveleau, «CE, 11 juin 2003, n° 240512», Gazette du Palais, n° 080, 20 mars 2004, p. 16

² CE, 29 septembre 2003, Fédération nationale des géomètres experts, n°221283. Voyez: Alain Ménéménis, «Nouveau code: les marchés entre personnes publiques», Droit administratif, Lexis-Nexis Jurisclasseur, n° 07, Juillet 2003, p. 17.

أما في بعض الأحيان الأخرى، وإن كان موضوع القرار الإداري يتطابق مع خشية حدوث ممارسة مخلة بالمنافسة، فإن أثره على المنافسة يكون محدودا فيؤول الأمر إلى عدم إلغائه وهو ما حصل مثلا في قرار Million et Marais، سابق الذكر.

وأثر القرار على المنافسة قد يكون مباشرا ومحققا بحيث يؤول في حد ذاته إلى عرقلتها، مما يوفر فرضية البحث في آثار ذلك القرار، وهو ما حصل مثلا في قرار Fédération française des sociétés d'assurances الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 08 نوفمبر 1996¹، لكن مع ذلك توجد قرارات إدارية يكون أثرها على المنافسة غير مباشر لكنه محقق، بحيث تشكل الممارسة النتيجة الحتمية للقرار الإداري لكنها لا تكون ناتجة عنه بصورة مباشرة.

ويقترح الفقه بالنسبة للقرارات التي لا يكون أثرها على المنافسة مباشرا وأليا، بل وحتى إن كان محتملا ومستقبليا، أن يلجأ القاضي الإداري إلى تقنية الإلغاء مع التحفظات، أي أن يعتبر مثلا أن القرار ليس له أثر منافي للمنافسة إذا وقع تطبيقه بصورة معينة².

وإذا كان القاضي الإداري الفرنسي في بدايات تطبيقه لقانون المنافسة قد قصر رقابته على حالة الغلط الفادح³، فإنه اليوم يراقب بصورة موسعة وكاملة احترام قواعد المنافسة من طرف الإدارة⁴، وفي إطار قضاء الإلغاء الذي يؤول إلى أحد أمرين، إما التصريح

¹ C.E., 28 mars. 2001, Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurance, précité.

² Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., pp. 159 - 164.

³ CE, 26 octobre 1990, Sté Paridoc et autres. Voyez : Jean-Philippe kovar, op.cit., p. 42.

⁴ سبق لمجلس الدولة الفرنسي أن بت في مقتضيات دعوى رامية إلى إلغاء أحكام نص تنظيمي، وهو المرسوم المؤرخ في 30 جويلية 1985، المتعلق بتنظيم وتسيير اتحاد تجمعات الشراء العمومي (Décret n°85-801 du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de l'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP) JORF du 31 juillet 1985) إسناد الصفقة لهذا الاتحاد خارج قواعد المنافسة. يمكن أن يفضي إلى خلق وضعية هيمنة، بشكل ينافي أحكام الأمر المؤرخ في 01 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة والأسعار، غير أن مجلس الدولة لم يلتفت لهذا الدفع، وصرح بأنه ليس بملف المنازعة ما يثبت أن استئثار الاتحاد المذكور بهذا الجزء الهامشي من السوق ناتج بشكل مباشر عن تطبيق الأحكام المطلوب إلغائها. يراجع:

بشرعية القرار الإداري أو بعدم شرعيته، حيث تكون النتيجة عندما يتعلق النزاع بقانون المنافسة، إما التصريح بأن القرار له أثر مغل بالمنافسة ويستوجب الإلغاء أم لا.

02- الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية دعم إضافي لحماية المنافسة

كرس القضاء الإداري بفرنسا اختصاص قاضي الاستعجال بالسهر على مدى احترام مقتضيات المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية، خصوصا ما يتعلق بحالات الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة¹، حيث تبنى المشرع الفرنسي نظام الاستعجال قبل التعاقدية²، بمقتضى القانون رقم 10/92 المؤرخ في 04 جانفي 1992، والقانون رقم 1416/93 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993، ليتم إدراج أحكام قضاء الاستعجال قبل التعاقدية في المادتين L.22 و L.23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، ثم المواد L.551-1 و L.551-2 في التعديل الجديد لقانون القضاء الإداري³.

- CE, 27 juillet 2001, Coopération de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF). Voyez: Catherine Bergeal, «Conclusions sur CE, 27 juillet 2001, CAMIF», précitées.

¹ CE, 2 juillet 1999, Sté anonyme Bouygues et autres, précité.

² تعود بداية النظام القانوني للإستعجال ما قبل التعاقدية في فرنسا، إلى أصول تشريعية أوروبية، أهمها:

- Les directives dites « Recours », n° 89/665/CE. du 21 décembre 1989 (pour les marchés des secteurs classiques) et 92/13/CE. du 25 février 1992 (pour les marchés des secteurs dits spéciaux ou exclus, c'est-à-dire ceux des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications), modifiées par la directive 2007/66/CE. du 11 décembre 2007.

³ تمنح المادة L.551-1 لرئيس المحكمة الإدارية كقاضي فرد فاصل في الدعوى الاستعجالية، سلطات واسعة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة المقررة بخصوص إبرام الصفقات العمومية بصفة عامة، واتفاقيات تفويض المرفق العام مهما كانت مبالغها، أما المادة L.551-2 فتتعلق بسلطات قاضي الاستعجال في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والدعوة للمنافسة، بالنسبة للصفقات التابعة لقطاعات المياه، النقل، الطاقة، والاتصالات، يراجع:

- Christophe Lajoie, op.cit., p. 147.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، وتأثراً منه بنظيره الفرنسي، الذي حقق تطوراً كبيراً في مجال حماية مبادئ المساواة والعلانية، والمنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية¹، فلم يتم بإصدار نص خاص بحماية المنافسة في الصفقات العمومية بموجب قضاء الاستعجال إلا بصدر القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008²، الذي أشارت المادة 946 منه إلى جواز إخطار قاضي الاستعجال الإداري، في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، من طرف كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، من أجل وضع حد له عن طريق سلطات متعددة وغير تقليدية تم إسنادها له.

وبذلك، يكون لكل من له مصلحة في إبرام العقود والصفقات العمومية³، وتضرر أو يمكن أن يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها هذه العمليات، - بمعنى يكون مشاركاً في عملية المنافسة⁴، أن يلجأ لهذه الآلية، حيث تقبل الدعوى التي يرفعها المرشحون الذين حرّموا من دخول الصفقة دون وجه حق، والمرشحين المستبعدين منها، وكذا المتنافسون المحتملون الذين بسبب قصور الإشهار، أو خرق لقواعده لم يتمكنوا من المشاركة في الصفقة⁵.

¹ بزاحي سلوى، «رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 05، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص. 33.

² لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية القديم إلا مادتين نظمتا بشكل سطحي أحكام القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية، لاسيما ما يتعلق بوقف تنفيذ القرارات القضائية والإدارية، وهما المادتان 170 و171 مكرر الفقرة الأخيرة.

³ نصت المادة 2/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد".

⁴ خرشي النوي، المرجع السابق، ص. 454.

⁵ طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه القاعدة بصرامة، بحيث قضت المحكمة الإدارية لمدينة Rennes بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية، بسبب انعدام المصلحة. ولنفس السبب رفضت المحكمة الإدارية لمدينة Nice دعوى مقدمة من جانب إحدى منظمات حماية البيئة، وكذلك قرر مجلس الدولة أن نقابة مهنيني Le Martinique لا تمتلك الصفة لإمكانية إثارة هذه الدعوى، لأنه لا علاقة لها بعملية إبرام العقد، غير أن المجلس نفسه قبل دعوى شركة Caso Nosta International لأنها تملك مصلحة في هذه الدعوى تتمثل في إمكانية الظفر بالعقد المحتمل إبرامه. يراجع: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص. 848.

الجدير بالإشارة في هذا الصدد، أن قواعد المنافسة والإشهار المطبقة على الصفقات العمومية التي يمكن إثارتها من طرف المدعي، لا تقتصر على إجراءات المنافسة والإشهار الواردة في تنظيم الصفقات العمومية فحسب، بل ينظر القاضي أيضا في مدى احترام القواعد الواردة في قانون المنافسة، إذا كانت تتعلق بالمنافسة والإشهار، كما ينظر أيضا في أي نصوص أخرى قد لا تكون لها علاقة مباشرة بإجراءات الإشهار والمنافسة، ولكن عدم احترامها من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بقواعدها أو التأثير على اختيار المتعامل المتعاقد¹.

وبذلك قضي في فرنسا، بأنه في حالة تجمع مؤسسات، يمكن لأي مؤسسة التقدم لدى قاضي الاستعجال المختص، وإخطاره من أجل التدخل لجبر الخلل الواقع على قواعد الإشهار والمنافسة في صفقة معينة²، لاسيما في حالة عرقلة عملية إنشاء التجمع رغم مشروعيته وفقا لأحكام قانون المنافسة.

فمن جهة، يمكن إخطار القاضي الإداري في حالة انتهاك الإدارة لقواعد العلانية والمنافسة، على غرار خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية المبينة في تنظيم الصفقات العمومية، واستخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها، والإخلال بقواعد المنافسة عند وضع المواصفات والخصوصيات التقنية³، أو إقصاء الإدارة لمرشح ما دون سند قانوني⁴، أو تعسفها

¹ خرشي النوي، المرجع السابق، ص. 457.

² CE., 7 mars 2005, Carene c/ Société anonyme Grandjouan, req. n° 270778. Cité par : Nicolas Eveno, «Le juge administratif et les marchés publics», Journal des Maires, juin 2007, p. 51. Disponible sur le site : www.journaldesmaires.com.

³ اعتبر مجلس الدولة الفرنسي مثلا أن غموض المواصفات المطلوبة لقبول العروض، تشكل إخلالا بقواعد المنافسة. يراجع:

- CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'enclave des Papes, req. n°333569. Cité par : Pierre-Alexis Ramaut, «Référé précontractuel et lésion», Revue Contrats Publics, n° 123, juillet-août 2012, p. 39.

⁴ بن احمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص. 57.

في استعمال حقها في الاستبعاد¹، أو عدم احترام القواعد الخاصة بتحديد الحاجيات، وكذا قواعد تخصيص الطلبات²، وغيرها من الخروقات.

ومن جهة ثانية يشكل سببا وجيها لإخطار قاضي الاستعجال عدم تقييد الإدارة بأحكام قانون المنافسة، مثل مشاركتها في اتفاقات محظورة، أو عدم إبعادها لعروض قام أصحابها بممارسات منافية للمنافسة في مفهوم قانون المنافسة³، أو اتخاذها لقرارات تسببت في جعل مؤسسة معينة تحتل تلقائيا وضعية هيمنة⁴.

فإذا توافرت هذه الشروط، زيادة على الشروط العامة لرفع دعوى الاستعجال في المواد الإدارية⁵، يمكن للقاضي الإداري توجيه أمر للإدارة يتضمن إلزامها للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، والامتنال للالتزامات الملقاة على عاتقها، مع تحديد الأجل الذي يجب أن تمتثل فيه⁶.

¹ Voyez : CE, 29 juillet 1998, Garde des Sceaux c/ Sté Génicorps, n°177952. Dossiers thématiques du Conseil d'Etat, Marchés publics - Le référé précontractuel, avril 2009, p. 02. Disponible sur le site : www.conseil-etat.fr.

² على خلاف تنظيم الصفقات العمومية الجزائري الذي جعل من تخصيص الصفقات العمومية من اختصاص المصلحة المتعاقدة حسب المادة 31 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فإن التنظيم الفرنسي جعل من مسألة تخصيص الطلبات قاعدة عامة لا يمكن تفاديها إلا في حالات حصرتها المادة 32 من الأمر المؤرخ في 23 جويلية 2015، من بينها حالة عرقلة التخصيص للمنافسة وجعل تنفيذ الصفقة صعبا من الناحية التقنية أو مكلفا من الناحية المالية.

³ Voyez : CE, 2 juillet 1999, Sté anonyme Bouygues et autres, précité.

⁴ C.E. 30 juin 1999, SA Demathieu et Bard, n°189993. Cité par: Souhir Fourati, op.cit, p. 363.

⁵ حسب المواد 920، 921 و924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، تتمثل الشروط العامة لرفع الدعاوى الإستعجالية في المادة الإدارية أساسا في: نوافر عنصر الاستعجال وشرط عدم المساس بأصل الحق، وشرط الجدية.

⁶ تنص المادة 946 الفقرة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، على أنه: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتنال للالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه".

كما يملك القاضي الإداري سلطة وقف إبرام الصفقات العمومية ووقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، بحيث لا يمكن في أي حال من الأحوال إبرام الصفقة خلال فترة الوقف¹.

هذا زيادة على سلطته في الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد في الأمر الموجه للإدارة في ظل إمكانية امتناعها دون مبرر شرعي²، وحتى لا يبقى إجراء الأمر دون فعالية³، على أن تكون المدة المحددة للحكم في هذه الدعوى هي عشرون يوما، وذلك أيا كانت الطلبات التي تقدم فيها، حسب ما نصت عليه المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴.

ثانيا: دعاوى المسؤولية عن الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية

تقوم دعاوى التعويض أمام القضاء الإداري عن الممارسات المنافسة للمنافسة، في حالة وقوع الإدارة العامة كضحية لمثل هذه الممارسات التي قد يأتيها أحد المرشحين لنيل الصفقة، زيادة على إمكانية تسبب الإدارة نفسها في ضرر لأحد المرشحين بسبب تجاهلها لقواعد المنافسة، عند إتيانها لبعض الأعمال ذات الصلة بعملية إبرام العقد.

01- دعوى التعويض لصالح الإدارة المتضررة

استقر العمل القضائي بفرنسا على إقرار حق التعويض لصالح الإدارة عن الممارسات المنافسة للمنافسة التي قد تكون ضحية لها في إطار إبرام صفقة عمومية أو تنفيذها، على أن الأمر يقتضي بداية إخطار سلطة المنافسة من أجل التحقيق بخصوص

¹ تنص المادة 946 الفقرة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "ويمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات، ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما".

² آث ملويا لحسن بن شيخ، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 270.

³ بن احمد حورية، المرجع السابق، ص. 65.

⁴ تنص هذه المادة على أنه: "تفصل المحكمة الإدارية في أجل (20) عشرين يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه".

هذه الممارسات ومعاقبة المؤسسات المعنية بها. فإذا كانت سلطة المنافسة تتمتع بسلطة واسعة بخصوص توقيع هذه العقوبات، فإن قراراتها لا تتضمن مطلقاً تعويضاً لصالح الإدارة، وإنما تكون في شكل غرامات توجه للخزينة العمومية للدولة في إطار جبر الضرر الواقع على الإقتصاد¹، على أساس أن سلطة المنافسة غير مختصة بمنح تعويضات لضحايا الممارسات المنافية للمنافسة.

لذلك على الإدارة المعنية بالممارسة رفع دعوى تعويض أمام القاضي الإداري، تستند فيها على قرار صادر عن سلطة المنافسة لإثبات تعرضها لضرر يستوجب التعويض، خصوصاً وأن قرار الإدانة الصادر عن سلطة المنافسة من المفترض أن يتضمن الإشارة الصريحة لإخلال الممارسة بتنافسية الصفقة من عدمه، زيادة على تقديم جميع ما يبرر طلبها للتعويض، والتي قد تستند فيه على المبادئ العامة للقانون المدني، كالمخطأ²، أو الاحتيال في حالة إبرام العقد³، وهو ما طبقه القاضي الإداري بفرنسا⁴، على بعض

¹ Séverine Manna, «Pratiques anticoncurrentielles: Comment obtenir réparation de son préjudice ?», la Gazette des communes, des départements et des régions, n°37/2143 du 1er octobre 2012, p. 16.

² L'Art. 1240 du code civil dispose que: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

³ Art. 1231-4 du code civil.

⁴ CE, du 19 décembre 2007, Société Campenon Bernard n° 268918.

- قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا القرار بتعويض لصالح المؤسسة الوطنية للسكك الحديدية SNCF. بسبب ما أسماه بـ "الغش التنافسي" Le dol concurrentiel، وذلك بعد صدور قرار لمجلس المنافسة يعاقب المؤسسة المخالفة، والمتمثل في:

Cons. conc., déc. n° 95-D-76 du 29 novembre 1995 relative à des pratiques constatées à l'occasion de marchés de grands travaux dans le secteur du génie civil et confirmée par Cass. Comm, 13 juillet 2004, n° 03-11.280, Bulletin IV, n° 163, p.175. Voyez : Lionel Zevounou, Le concept de concurrence en droit, op.cit., p. 124. Voyez également : Georges Berlioz et Michel Durupty, «Les juridictions administratives, seuls juges de l'indemnisation de pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics», AJDA, 2015, p. 352.

المؤسسات المدانة من طرف سلطة المنافسة لارتكابها اتفاقات لتقسيم الصفقات العمومية، وكذا تطبيق أسعار مفرطة الارتفاع¹.

إن دعوى التعويض لصالح الإدارة عن الممارسات المنافسة للمنافسة في إطار صفقة عمومية تستوجب إذن حسب التطبيقات القضائية الفرنسية وجود قرار سابق لسلطة المنافسة أو محكمة عدل المجموعة الأوروبية يتضمن إدانة هذه الممارسات قبل رفع الدعوى، ولا يشترط أن يكون قرار سلطة المنافسة نهائياً، أي استنفذ إجراء الطعن أمام الغرفة التجارية بمجلس قضاء باريس أم لا، حيث يمكن للقاضي الإداري استخلاص الضرر من قرار السلطة حتى ولو لم يكن نهائياً²، إضافة لما قد تثبته الإدارة من أدلة من شأنها إثبات تعرضها للغش، أو الاحتيال، إضافة لإثباتها عنصر الضرر، وعلاقة السببية³.

¹ Aut. conc. déc. n° 10-D-39 relative à une entente nationale sur le marché de la signalisation routière verticale. Voyez : Guillaume Zambrano, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence – Etude du contentieux Français devant le tribunal de commerce de Paris (2000-2012), Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'université de Montpellier I, 2012, p. 174.

² CE, 19 déc. 2007, SNCF/Bouygues et a.

³ CE, 24 fév. 2016, Département de l'Eure, 395194 : "Considérant que pour juger irrecevable la demande de provision présentée par le département de l'Eure, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Douai a estimé que l'action introduite par celui-ci n'était pas fondée sur la responsabilité contractuelle des sociétés mais sur leur responsabilité quasi-délictuelle tenant aux manœuvres dolosives relevées à leur encontre et sanctionnées par l'Autorité de la concurrence ; que, toutefois, l'action tendant à l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elles à des conditions de prix désavantageuses, qui tend à la réparation d'un préjudice né des stipulations du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales, doit être regardée, pour l'application des principes énoncés aux points 2 et 3 de la présente décision, comme trouvant son origine dans le contrat ; que, par suite, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Douai a commis une erreur de droit en jugeant irrecevable la demande de provision du département de l'Eure au motif que la créance en cause était fondée sur la responsabilité quasi-délictuelle des sociétés". Voyez: Stéphane Colmant, «L'extension à la responsabilité quasi-délictuelle de l'exception contractuelle au principe issu de la jurisprudence -Préfet de l'Eure-», La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n° 12, 29 Mars 2016, p. 165.

وزيادة على تعويض الإدارة عن الممارسات المنافسة للمنافسة، أسس اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي الصادر حديثا، لإمكانية أن تطلب الإدارة أيضا استرجاع الفوائد التي تحصلت عليها المؤسسات المخالفة في حالة إبرام العقد، لاسيما الفوائد غير المشروعة التي تشكل الفرق بين تكاليف الأعمال موضوع العقد المبرم بسبب الغش التنافسي، وبين التكاليف الحقيقية للعقد التي كانت ستترتب لو أبرم بصفة عادية وبدون استعمال ممارسات تدليسية.

كما يمكن للإدارة أيضا، رفع دعوى إبطال صفقة عمومية تم الحصول عليها بسبب ممارسات منافية للمنافسة استنادا لنص المادة L.420-3 التي تنص على إمكانية إلغاء أي عقد، أو اتفاقية أو شرط تعاقدية تم إقراره بسبب مثل هذه الممارسات. وتقابلها في القانون الجزائري المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، التي نصت على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادتين 08 و09 من هذا الأمر يبطل كل إلزام أو إتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 06 و07 و10 و11 و12 أعلاه"، وبالتالي، فإن إبطال مثل هذه العقود والاتفاقات يكون من اختصاص القضاء لا مجلس المنافسة، حيث يختص القاضي الإداري بإبطال العقود الإدارية، والقاضي المدني بالعقود المدنية، وفي هذه الحالة، يشمل التعويض ما تم دفعه للمتعاقد كقيمة عن ما تم إنجازه من خدمات.

وبخصوص تقدير قيمة التعويض يمكن للقاضي الاستعانة بخبير اقتصادي، خصوصا إذا لم يتضمن قرار سلطة المنافسة وصفا دقيقا للضرر الواقع على الاقتصاد، يمكن الاستئناس به في تقدير قيمة الضرر الحاصل للإدارة، وبالتالي تقدير قيمة التعويض¹.

¹ Séverine Manna, art.préc., p. 18.

في الأخير، نشير إلى أنه وإن كان التشريعين الجزائري والفرنسي يتشابهان بخصوص أحكام التعويض المشار إليها، فإننا لم نقف على قرار قضائي في الجزائر يتناول مسألة تعويض الإدارة بسبب ممارسات منافية للمنافسة. كما نشير لمحدودية الإخطار المشار إليه في المادة 44 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، والتي اقتصر على ذكر الجماعات المحلية فقط، دون باقي أصناف المشتري العموميين¹، وكأنها هي الوحيدة التي قد تكون ضحية لممارسات منافية للمنافسة، وبالتالي، إخطار مجلس المنافسة لبدأ المتابعة الإدارية، وإمكانية الحصول على تعويض بعد صدور قرار الإدانة.

02- تعويض المرشح بسبب تجاهل الإدارة لقواعد المنافسة

إن عرقلة الإدارة لحرية المنافسة في السوق، يجعلها مسؤولة عن تلك التصرفات، وخاضعة لرقابة القاضي الإداري بعنوان المسؤولية الإدارية²، والتي يترتب عنها تعويض المرشح المتضرر من هذه التصرفات، مع ما يطرحه ذلك من تساؤلات تتعلق أساسا بالنظام القانوني لهذه المسؤولية، وبكيفية تقدير الضرر.

فأما عن النظام القانوني، فقد أقر القضاء الإداري الفرنسي أنها مسؤولية ناجمة عن الخطأ البسيط، وهو ما ذهب إليه المحكمة الإدارية بمدينة Bastia، حيث تعلق النزاع بخطأ إقترفته الإدارة عند إبرامها لصفقة عمومية على خلاف أحكام القانون التجاري المتعلقة بحظر الاتفاقات³. هذا وإن كان الفقه يشير إلى إمكانية انعقاد مسؤولية الإدارة على

¹ تراجع المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² تنص المادة 48 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، على أنه: "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به".

³ TA Bastia, 06 février 2003, SA Autocars Mariani, précité.

أساس الخطأ الثقيل أو بدون خطأ¹، إلا أنه يصعب الجزم بذلك في غياب قضاء صريح صادر عن مجلس الدولة.

وأما عن تقدير الضرر فهو من الصعوبة بمكان، وذلك لأن الخسارة قد تطل مصالح إقتصادية مستقبلية لم تتحقق في وقت التداعي، بشكل يصعب معه تحديد نصيب المؤسسة الإقتصادية من السوق والأرباح التي قد تحققها في المستقبل، ولذلك، يجب على القاضي البحث والكشف عن مدى وجود الضرر في حق المطالب بالتعويض، ومدى تأثير حقه في المنافسة بفعل النشاط الذي قامت به الإدارة، بما يمكنه من تقدير تناسب هذا الضرر مع التعويض المطلوب، وفي هذا الإطار يفرق القضاء الفرنسي بين ثلاثة فرضيات:

- الفرضية الأولى يكون فيها المرشح المبعد ضحية لفعل مخالف لقواعد المنافسة مرتكب من طرف الإدارة، غير أنه لا يحوز في حالة افتراض عدم وجود هذا الفعل على فرص كبيرة للفوز بالصفقة، وفي هذه الحالة لا يمكن الحكم بالتعويض لفائدته².

- الفرضية الثانية يكون فيها الفعل المخالف لقواعد المنافسة المرتكب من طرف الإدارة ثابت، غير أنه لا يمكن الجزم مع ذلك بالفرص الحقيقية للمرشح في نيل الصفقة العمومية، وبذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بحق المرشح في التعويض، لكن مع اقتضاره على رد الخسارة التي ترتبت عن المشاركة في الصفقة، بدون امتداده إلى ما فات المرشح من كسب³.

¹ Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 169.

² CE, 04 Juin 1976 Desforets, Rec. P. 301; CE. 09 Décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres, (Rec. p. 404) : "Si ce marché avait été attribué dans des conditions régulières, il n'est pas établi que la Société aurait eu une chance sérieuse". Voyez : Christophe Lajoie, op.cit., p. 153.

³ CE, 23 Mars 1994, SIVU pour l'étude et pour la réalisation du golf de Cognac (CJFG 1995 p.27, concl. Le Chatelier). Cité par : Christophe Lajoie, op.cit., p. 153.

- الفرضية الثالثة يكون فيها الفعل غير المشروع المرتكب من طرف الإدارة ثابت، مع إثبات المرشح بأنه كان في وضعية جيدة للفوز بالصفقة، على أساس أن فرصه كانت كبيرة لولا عدم المشروعية المرتكبة من طرف الإدارة، وفي هذه الحالة يحق له المطالبة بالتعويض على أساس ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب¹.

يمكن القول إذن أنه وإن كان الأصل في الضرر أن يكون محققا ومباشرا، فإن القضاء يجيز التعويض عن الضرر الناتج عن ضياع الفرصة، وهو ما قد يسمح بتخطي الصعوبات المشار إليها، وبالتالي، يملك القاضي سلطة البحث والكشف عن مدى وجود الضرر في حق المطالب بالتعويض، ومدى تأثيره بفعل النشاط الذي قامت به الإدارة، بما يمكنه من تقدير تناسب هذا الضرر مع التعويض المطلوب.

ولربما يكون تدخل القاضي الإداري في إطار دعاوى المسؤولية بمثابة التعويض عن عجزه عن تسليط عقوبات مالية على الإدارة، لكن لا يمكن أن نتصور بأي حال من الأحوال أن يضاهي ذلك التعويض الغرامات المالية الثقيلة التي يحتكر مجلس المنافسة حق توقيعها، خاصة إذا علمنا أن القاضي الإداري يأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة عندما يتعلق الأمر بمرفق من مرافق الدولة.

من جهة أخرى، أسند التشريع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي، مراقبة قرارات مجلس المنافسة القاضية برفض التجميعات الاقتصادية للقضاء الإداري، وهذا باعتبار مراقبة التجميعات تمثل إجراء وقائيا من وقوع ممارسات مخلة بالمنافسة في الأسواق الاقتصادية، بما فيها سوق الطلب العمومي.

¹ CE, 13 mai 1987, n° 39120, Société Wanner Isofi Isolation ; également, TA Cergy-Pontoise, 23 janv. 2001, Préfet de la Seine-Saint-Denis. Cités par: Jean-Christophe Grall et Erwan Le Morehedec, art.préc., p. 21.

Voyez également : CE, 28 Mars 1980, C.H. de Seclin, CE, 21 Septembre 1992, Commune de Bagnols-sur-Cèze, CE, 07 Novembre 2001, SA Quillery, CAA Douai, 28 Mai 2003, Entreprise Delattre cl commune d'Amiens, et CE, 18 Juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe. Cités par : Christophe Lajoie, op.cit., p.153.

الفرع الثالث: اختصاص القضاء الإداري بنظر الطعون ضد قرارات رفض التجميع

جعل المشرع الجزائري الجهة المختصة بنظر الطعن المرفوع ضد قرار مجلس المنافسة المتضمن رفض الترخيص بالتجميع الاقتصادي من اختصاص القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة¹، مخالفا بذلك المبدأ العام في إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة، والتي تكون أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية² (أولا).

ويعد هذا التمييز بين القرارات الصادرة عن المجلس فيما يتعلق بجهات الطعن، مخالفا لما نص عليه الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، الملغى³، والذي كانت في ظله جميع قرارات مجلس المنافسة يطعن فيها بالاستئناف أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة، فما الداعي لاعتماد هذا التمييز في ظل الأمر رقم 03/03 الذي جعل الطعن في قرار رفض التجميع من اختصاص مجلس الدولة بدلا من مجلس قضاء الجزائر العاصمة؟، وهو التمييز الذي أثار جدلا كبيرا من طرف الدارسين، الذين أرجع بعضهم تبرير ذلك لمجموعة من المعطيات ينبغي الوقوف عليها (ثانيا).

أولا: الاختصاص الحصري لمجلس الدولة بنظر الطعن ضد قرار رفض التجميع

أخضع المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي الطعن في قرارات رفض التجميع الاقتصادي للقاضي الإداري، رغم أن المشرع الفرنسي كان سابقا يخضعها لرقابة القاضي

¹ تنص المادة 19 فقرة 03 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة".

² تنص المادة 63 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ استلام القرار".

³ نصت المادة 25 الفقرة 02 من الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، الملغى، على أنه: "تكون مقررات مجلس المنافسة قابلة للطعن فيها بالاستئناف أمام المجلس القضائي لمدينة الجزائر الفاصل في المواد التجارية...".

الإداري من باب أنها تتخذ من طرف الوزير المكلف بالاقتصاد، إلا أنه مع صدور قانون عصرنة الاقتصاد في 04 أوت 2008¹، أصبحت تتخذ هذه القرارات من طرف سلطة المنافسة الفرنسية، لكن أبقى المشرع الفرنسي رغم ذلك الاختصاص بالطعن ضدها لمجلس الدولة²، ويعود السبب في ذلك إلى احتمال تدخل الوزير المكلف بالاقتصاد لمنح الترخيص أو رفض منحه في الحالات التي لا تتخذ فيها سلطة المنافسة قرارها في شأن عملية التجميع³، زيادة على احتمال تدخل الإدارة المركزية الفرنسية تلقائياً أو بناء على طلب من الأطراف المعنية بعملية التجميع التي كانت محل رفض من سلطة المنافسة، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

سبقت الإشارة عند حديثنا عن التجميعات، أن هذه الأخيرة إذا كان من شأن تكوينها المساس بالسير الحسن للمنافسة في السوق، يكون لمجلس المنافسة سلطة الأمر باتخاذ إجراءات للتخفيف من آثار التجميع على المنافسة، أو إصدار قرار برفض التجميع، وفي هذه الحالة الأخيرة، يكون قرار مجلس المنافسة قابلاً للطعن أمام مجلس الدولة.

وهي الحالة التي يكون لمجلس الدولة فيها سلطة إلغاء القرار المطعون فيه أو تأييده، دون إمكانية تعديله، ودون أن يكون من اختصاصه الترخيص بالتجميع موضوع القرار الصادر عن مجلس المنافسة، وذلك عكس الحكومة التي يمكنها أن ترخص تلقائياً إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على طلب من الأطراف المعنية بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة.

¹ Loi n° 2008-776 du 04 aout 2008 portant modernisation de l'économie, JORF N° 181 du 5 aout 2008, et ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, JORF du 14 novembre 2008.

² Laurence Nicolas-Vullierme, op.cit., p. 169.

³ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 406.

أما بخصوص إجراءات الطعن والمتمثلة في كيفية تقديمه والمواعيد اللازمة لذلك، فبما أن النص المتضمن هذا الطعن لم يتضمن إجراءات خاصة¹، فإنه يخضع بذلك لذات الإجراءات المقررة بشأن الطعون أمام مجلس الدولة، المقررة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية². غير أن التساؤل الذي يطرح بخصوص الإجراءات، يتعلق بالتأسيس الذي يمكن أن يستند عليه المدعي أو الطاعن، وما يمكن أن يوجهه من طلبات في طعنه المقدم أمام مجلس الدولة.

إنه وإذا اعتبرنا أن مجلس الدولة ينظر في قرار مجلس المنافسة العائد لاختصاصه بصفته قاضي ابتدائي ونهائي، فإن الطاعن لا يمكن أن يؤسس طعنه إلا على أساس عدم مشروعية القرار الصادر برفض التجميع، وذلك لأن طبيعة الاختصاصات العائدة لمجلس الدولة بصفته قاضي ابتدائي ونهائي تتعلق بالطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية هذه القرارات، وبما أنه لا مجال لتفسير القرار في هذا الخصوص، وطالما أن الأمر يتعلق بعدم منح ترخيص من سلطة مختصة بذلك، فحتمًا أن الأمر يتعلق بمدى شرعية القرار، وبالتبعية فإن الطلب المتضمن في الطعن يهدف حتمًا إلى إلغاء هذا القرار من قبل مجلس الدولة في حال توصل هذا الأخير فعلاً إلى عدم مشروعيته³.

الإشكال الذي يطرح يتعلق بكيفية تقييم مجلس الدولة للقرار محل الطعن حتى يقرر عدم شرعيته، خاصة إذا علمنا أن القرار محل الطعن صادر عن سلطة مختصة برقابة العملية التنافسية وترقية المنافسة، ويمكنها في هذا الإطار أن تمارس مطلق سلطتها

¹ لم يشر قانون المنافسة لإجراءات خاصة في هذا الشأن، إلا بخصوص مسألة إرسال القرارات الصادرة عن مجلس الدولة المتعلقة بالتجميعات الاقتصادية إلى كل من الوزير المكلف بالتجارة، ورئيس مجلس المنافسة، حيث تنص المادة 70 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "ترسل القرارات الصادرة عن مجلس قضاء الجزائر وعن المحكمة العليا وعن مجلس الدولة والمتعلقة بالمنافسة إلى الوزير المكلف بالتجارة، وإلى رئيس مجلس المنافسة".

² عائشة بوعزم، «منازعات المنافسة أمام الجهات القضائية الإدارية»، مجلة القانون والمجتمع، الصادرة عن مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد السادس، ديسمبر 2015، ص. 195.

³ Laurence Nicolas-Vullierme, op.cit., p. 169.

التقديرية من أجل الحكم على مدى شرعية التجميع موضوع الترخيص، ومهما يكن قرارها بهذا الشأن، فلن يكون أبدا متجاوزا لسلطتها، لاسيما وأن قرار قبول التجميع أو رفضه هو قرار معلل يحتوي جملة الأسباب التي أدت إلى إصداره، فهل مجلس الدولة سوف يركز على بحث مشروع التجميع في حد ذاته للوصول إلى الحكم على قرار مجلس المنافسة؟.

وفي هذه الحالة لن يكون أقدر من مجلس المنافسة لتقدير مدى مشروعية التجميع من أجل الحكم بالتبعية على مدى مشروعية قرار مجلس المنافسة، كما أنه من غير المنطقي أن يطلب مجلس الدولة رأي مجلس المنافسة الذي أصدر قراره بالرفض، أم أن مجلس الدولة سوف يقتصر على تقدير مدى إتباع مجلس المنافسة مختلف الإجراءات القانونية اللازمة للوصول إلى قراره المتضمن رفض الترخيص بالتجميع¹، وهي التساؤلات التي مازالت قائمة نظرا لندرة قرارات مجلس الدولة الجزائري الصادرة في هذا المجال.

ثانيا: مبررات منح الاختصاص لمجلس الدولة

أثار تخويل مجلس الدولة اختصاص النظر في الطعون المقدمة ضد قرارات مجلس المنافسة الراضية للتجميعات الاقتصادية جدلا كبيرا، لعدم وضوح المغزى من موقف المشرع وما دفعه للتمييز بين الجهات المختصة للنظر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة، ليعتمد اختصاص قضائي مزدوج موزع بين القضاء العادي (الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر)، والقضاء الإداري (مجلس الدولة).

لكن باستعراض كل المعطيات، نجد أن هناك مجموعة من المبررات لتأييد منح المشرع الجزائري اختصاص النظر في الطعن ضد قرارات رفض التجميع لمجلس الدولة، أبرزها اعتراف المشرع الجزائري في الأمر رقم 03/03 صراحة على اعتبار مجلس المنافسة

¹ بوحلايس إلهام، المرجع السابق، ص. 97.

سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي¹، مما يفيد بأن الطعن في قراراته (على غرار قرار رفض التجميع الذي يعتبر قرارا إداريا) يكون بالإلغاء أمام مجلس الدولة، وذلك طبقا للمادة 09 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق بمجلس الدولة². كما تنص المادة 902 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية. كما يختص أيضا كجهة استئناف، بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة". ووفقا لهذا النص، يعتبر مجلس الدولة صاحب الاختصاص بالنظر في قرار رفض التجميع نتيجة وجود نص خاص، يتمثل في المادة 19 الفقرة 03 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة³.

وبالتالي فإن إخضاع قرار رفض التجميع لرقابة مجلس الدولة يعد تكريسا للأصل، القاضي بخضوع القرارات الإدارية لرقابة القاضي الإداري، غير أن الإشكال الذي يبقى مطروحا رغم المبرر المشار إليه، يتمثل في سبب اختصاص مجلس الدولة بنظر الطعن ضد قرار رفض التجميع الصادر عن مجلس المنافسة، دون باقي قراراته المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة، لاسيما وأن التجميع الاقتصادي يمكن أن يكون أحد الممارسات المنافية للمنافسة، إذا ما تسبب مثلا في وضعية هيمنة وتعسفت المؤسسات المتكثلة في استعمالها⁴. لفهم مثل هذه الوضعية، ينبغي تقصي التطور الذي عرفه القانون الفرنسي في هذا الشأن باعتباره المصدر التاريخي لقانون المنافسة الجزائري، خصوصا وأن النصوص القانونية الجزائرية تعيد أحيانا صياغة حرفية للنصوص الفرنسية.

¹ المادة 23 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، سابقة الذكر.

² القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر عدد 37، الصادرة في 01 جوان 1998، المعدل والمتمم.

³ بربرة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009، ص. 503.

⁴ عائشة بوعزم، المرجع السابق، ص. 186.

ففي إطار الأمر رقم 1243/86، جعل المشرع الفرنسي الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة من اختصاص مجلس الدولة، غير أنه بتاريخ 06 جويلية 1987¹ صدرت تشريع عدل المادتين 12 و 15 من الأمر رقم 1243/86، وأصبح بمقتضى المادة 12 منه، قرار مجلس المنافسة قابلا للطعن أمام محكمة استئناف باريس التي يجب أن تصدر قرارها خلال 15 يوم ابتداء من تاريخ إخطارها².

وقد شكل نقل هذا الاختصاص من مجلس الدولة إلى القضاء التجاري، موضوع نقاش وتعارض بين رجال القانون، حيث كان هناك من يعتبر الاختصاص أصلي لمجلس الدولة باعتبار الطابع الإداري للمجلس، وعلى أساس مبدأ الفصل بين السلطات لاسيما الإدارية والقضائية، لكن الرأي المعارض وهو الأقوى، أسس حججه على أساس أن طبيعة المنازعة هي من اختصاص القانون الخاص لأن الأمر يتعلق بمسائل المنافسة، وإلى جانب ذلك يعتبر تكريس هذا المبدأ توحيدا للجهة المختصة بتطبيق أحكام قانون المنافسة³.

واستنادا لهذه الحجج الأخيرة، لاسيما توحيد الجهة المختصة في قانون المنافسة، جعل المشرع الجزائري اختصاص الطعن في قرارات مجلس المنافسة من اختصاص مجلس قضاء الجزائر منذ صدور القانون رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، وأكد على ذلك في إطار الأمر رقم 03/03، مع تمييزه بين الاختصاص في مجال التجميعات الذي صار من اختصاص مجلس الدولة، والاختصاص بالنسبة للممارسات المنافية للمنافسة التي يعود نظر الطعون المتعلقة بها لمجلس قضاء الجزائر، لاسيما وأن رفض التجميع لا يولد من جهة أخرى

¹ Loi n° 87/499 du 06 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire, JORF du 07 juillet 1987.

² تم تعديل المادة 15 من الأمر رقم 1243/86 بموجب القانون المؤرخ في 06 جويلية 1987 لتصبح كما يلي:

"Les décisions du conseil de la concurrence sont notifiés aux intéressés et au ministre chargé de l'Economie qui peuvent, dans le délai d'un moi, introduire un recours devant la cour d'appel de paris".

³ تواتي محند الشريف، المرجع السابق، ص. 133.

منازعات مختلفة، عكس الممارسات المنافية للمنافسة، فالاختصاص يبقى للقضاء الإداري عملاً بالأصل، دون الحاجة للبحث عن أعمال مبدأ حسن سير العدالة¹، وذلك بالبحث عن القاضي الأمثل، وكذا توحيد منازعات المنافسة².

إن مجال تدخل مجلس الدولة في مجال المنافسة، وإن كان يبدو ضيقاً، إلا أنه يعتبر بالنسبة لهذا النوع من القرارات بمثابة الرقيب على أعمال مجلس المنافسة، مع ما يحمله ذلك من دلالة على اتساع مجال تطبيق القواعد المتعلقة بالمنافسة.

وهكذا إذن تبرز أهمية اختصاص القضاء الإداري، الذي أصبح في خضم التحولات الاقتصادية المتسارعة، يبني تحليله ومقارنته على أسس غير التي جاءت في قوانين المنافسة الحديثة، بل هي أسس خاصة بالقانون الإداري وقديمة قدم القانون الإداري، مما يجعلها تندرج في إطار القانون العام للمنافسة الذي يتأكد اليوم كفرع مستقل من فروع القانون العام.

¹ Olivier Gabarda, art.préc., p. 01.

² موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011، ص. 118.

المبحث الثاني:

رقابة القضاء العادي على الممارسات المنافية للمنافسة

إذا كان النظام القضائي الجزائري قائم على الازدواجية، أي قضاء إداري وقضاء عادي، فإن هذا الأخير يشمل نوعين أساسيين لا يمكن الجمع بينهما لتمايز كل منهما عن الآخر وهما القضاء الجزائي والقضاء المدني، على أن كلاهما يتدخل بطرق مختلفة في وظيفة الضبط في المجال الاقتصادي والمالي بشكل مباشر أو غير مباشر، إلى جانب فئة السلطات الإدارية المستقلة، حيث خرج القضاء عن دوره التقليدي نحو أسلوب جديد يقوم على التحليل الاقتصادي حرصا منه على تحقيق المنفعة العامة، مما شكل تحولا عميقا في العمل القضائي.

إن إنشاء هيئات مستقلة في شكل مجلس المنافسة لم يلغي دور القاضي العادي في تطبيق قانون المنافسة، لاسيما في ظل وجود اختصاصات تخرج من نطاق صلاحيات المجلس لتؤول لاختصاص القاضي العادي تأكيدا لفكرة أن مجلس المنافسة لا يتمتع باختصاص مانع في تطبيق قانون المنافسة، رغم تمتعه بسلطات عديدة كإصدار الأوامر وتوقيع الجزاءات المالية واتخاذ الإجراءات التحفظية.

في هذا الإطار، تظهر الحاجة لتدخل هيئات القضاء العادي بنوعها لتطبيق قانون المنافسة وخصوصا في مجال الصفقات العمومية، حيث نجد القاضي الجزائي يتمتع بسلطات واسعة من شأنها ردع الممارسات التي يمكن أن يترتب عنها إخلال بالسير الحسن لتنافسية الطلبات العمومية، وعلى وجه الخصوص تلك الصادرة عن مسؤولي الإدارات المتعاقدة، في ظل تراجع دور الردع الجزائي للممارسات المنافية للمنافسة الصادرة عن

المؤسسات واقتصار مجابتهما على المتابعات الإدارية التي يتولاها مجلس المنافسة (المطلب الأول).

زيادة على الدور المنوط بالقضاء المدني، الذي يمكنه اتخاذ سلطات عقابية بمناسبة بته في قضايا المنافسة، وكذا مراقبة قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة، بشكل يسمح له بالمساهمة في مهمة ضبط المنافسة، وذلك بمناسبة الفصل في الطعون المرفوعة أمامه، حيث يمكنه إلغائها أو تعديلها وفق مقتضيات القضية المعروضة أمامه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ردع الممارسات المنافية للمنافسة من طرف القاضي الجزائري

عرف الفكر القانوني أواخر القرن العشرين ظهور 03 ظواهر أساسية تمثلت في الحد من التجريم، من خلال إلغاء التجريم كليا عن بعض الجرائم، وكذا التحول عن الإجراء الجنائي، بمعنى التحول عن المتابعة الجزائية المباشرة لإجراءات أخرى مثل الوساطة والصلح، زيادة على ظاهرة الحد من العقاب، والتي تعني التحول عن القانون الجنائي لفائدة نظام قانوني آخر، أي تبني نظام العقوبات الإدارية¹، وقد عرفت هذه الظاهرة الأخيرة تجسيدا معتبرا في مجال الجرائم الاقتصادية، ومن بينها جرائم المنافسة، التي عرفت إزالة للتجريم من طرف السلطات العمومية على أساس كونها تقنية تشكل ملحق ضروري لليبرالية القانونية².

¹ لمزيد من التفاصيل بخصوص موضوع العقوبات الإدارية، يراجع: محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ومحمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.

² يراجع في هذا الشأن: نسيغة فيصل، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2010/2011، ص. 64 - 67.

على أنه في مجال الصفقات العمومية قد تكون الممارسات المنافية للمنافسة صادرة عن المؤسسات المرشحة لنيل العقد، فتقع بالتالي تحت طائلة العقاب بموجب العقوبات الإدارية المسلطة من طرف مجلس المنافسة بسبب انحسار دور القاضي الجزائي في قمع مثل هذه الممارسات (الفرع الأول)، في حين يمكن أن تقع ممارسات مسؤولي الإدارات المكلفة بإبرام الصفقات العمومية وتنفيذها تحت طائلة التجريم بموجب القواعد الجزائية المقررة لحماية المنافسة في الصفقات العمومية، لاسيما ما يتعلق بقمع جنحة المحاباة، التي تشكل اتفاقا مسبقا بين المرشحين، والمقررين العموميين للفوز بالصفقة العمومية بشكل مخالف للقانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انحسار دور القاضي الجزائي في ردع ممارسات المرشحين المنافية للمنافسة

إن تطبيق تقنية إزالة التجريم المشار إليها، لم يتم بالطريقة نفسها على مستوى جميع الدول التي تبنتها، مما يحتم علينا الوقوف على واقع هذه الظاهرة في فرنسا (أولا)، ثم التعرّيج على مدى تبني التشريع الجزائري المتعلق بالمنافسة لتقنية إلغاء التجريم (ثانيا).

أولا: الإلغاء الجزئي للتجريم في القانون الفرنسي

بالنسبة لتطور مسألة إزالة تجريم الممارسات المنافية للمنافسة في فرنسا، نجد أن قانون العقوبات الفرنسي قبل صدور الأمر رقم 1243/86 المتعلق بحرية الأسعار، كان يعاقب على الممارسات المنافية للمنافسة بعقوبات جزائية تشمل الحبس والغرامة¹، زيادة على ما كانت تفرضه لجنة المنافسة المنشأة بموجب الأمر المؤرخ في 30 جوان 1945 المتعلق بالأسعار، من عقوبات مالية على الأشخاص المدانين بارتكابهم ممارسات منافية للمنافسة،

¹ المواد 419-1 و 419-2 من قانون العقوبات الفرنسي قبل إلغائها بموجب الأمر رقم 1243/86. سابق الذكر. يراجع في هذا الصدد: بن يسعد عذراء، سلطة مجلس المنافسة في ضبط الاتفاقات المقيدة للمنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2016/2015، ص ص. 12 - 13.

قد تصل قيمتها إلى 05 % من رقم الأعمال المحقق في فرنسا خلال السنة المالية الأخيرة إذا كان المخالف مؤسسة، و5.000.000 فرنك فرنسي إذا تعلق الأمر بأشخاص آخرين.

وبصدور الأمر رقم 1243/86 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، تم إلغاء هذه الأحكام، وذلك باستبدال لجنة المنافسة بمجلس المنافسة، مع تخويله إمكانية معاقبة المؤسسات المخالفة لأحكامه، والتي تكون في غالبية الحالات عبارة عن أشخاص معنوية، ولكن لكون هذه الأشخاص ليست لها حياة مستقلة دون تدخل الأشخاص الطبيعية، رأى محررو الأمر أنه من الأنسب الإبقاء على تجريم الأشخاص الطبيعيين، لاسيما مسيري المؤسسات المساهمين في ارتكاب الممارسات المخلة بالمنافسة¹.

وعلى هذا الأساس، نصت المادة 17 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986، والتي أصبحت فيما بعد المادة L.420-6 من القانون التجاري، على معاقبة كل شخص طبيعي يتحمل بصفة احتيالية مسؤولية شخصية ومحددة في إعداد أو تنظيم أو تنفيذ الممارسات المنصوص عليها في المواد L.420-1 وL.420-2 من القانون التجاري الفرنسي (المواد 07 و08 من الأمر المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، المتعلقتين بحظر الاتفاقات المحظورة، والتعسف في وضعية الهيمنة)، بالحبس لمدة قد تصل إلى 04 سنوات وغرامة مالية تقدر بـ 75.000 أورو²، وذلك بالرغم من عدم وجود أي حكم ضمن القانون الأوروبي يتضمن معاقبة مسيري المؤسسات المتورطة في ارتكاب ممارسة منافية للمنافسة³.

¹ يراجع: كتو محمد شريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص.362. وقوسم غالبية، المرجع السابق، ص. 255.

² L'alinéa premier de l'art. L.420-6 du Code de commerce dispose que: "Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L.420-1 et L.420-2".

³ Bernard Saintourens, Contentieux et expertise, Droit pénal des affaires, Droit des procédures collectives, Librairie Vuibert, Paris, 1996, p. 107.

يتمثل الركن المادي لهذه للجريمة في المشاركة الشخصية والمحددة في إعداد وتنظيم أو تنفيذ ممارسات أو تصرفات مخالفة للمنافسة، بحيث يكون المتهم له حصة شخصية في إعداد وتنظيم أو تنفيذ الفعل المحظور، بما أنها يجب أن تكون شخصية، كما يجب أن يكون للمتهم حصة محددة وحاسمة في هذا الإعداد والتنظيم أو في التنفيذ، أي أن القادة والمنشطين والمنفذين هم فقط الذين يقعون تحت طائلة التجريم، وليس أولئك الذين سمحوا ببساطة بإقحامهم¹.

أما الركن المعنوي، فيجب أن يكون المتهم قد تصرف بصفة احتيالية frauduleusement، أي أنه تصرف بسوء نية وبقصد الخداع، ولا يكفي إثبات علمه بالمساهمة الشخصية في الممارسة، بل لابد من إقامة الدليل على قيامه بمناورات لحمل الأطراف المشتركة معه على الممارسة غير المشروعة، أو أنه عمد بما لا يدع مجالاً للشك إلى محاولة إخفاء الممارسة عن الغير، أو قام بأي عمل آخريمن عن سوء نيته²، وهو الأمر الذي يبقى خاضعاً لتقدير قضاة الموضوع³.

وبذلك، يمكن أن يتابع على أساس هذه الجنحة الأشخاص الذين يثبت تورطهم في تنظيم اتفاقات محظورة في مجال الصفقات العمومية، سواء بتنظيمهم لعملية تبادل المعلومات، أو تقديم عروض التغطية وغيرها من الأفعال، وإن كان لم يسجل على مستوى المحاكم الفرنسية إلا عدد قليل من القضايا المتعلقة بجنحة المساهمة في الممارسات المنافسة للمنافسة⁴، أشهرها قضية Lycées d'Ile-de-France المتعلقة بتورط أحزاب

¹ قوسم غالبية، المرجع السابق، ص. 256.

² André Decocq et George Decocq, op.cit., p. 462.

³ Voyez : Cass.crim., 19 mars. 2008, Sté SNF SAS , n°1692; Cass.crim, 6 avr. 2005, n°2200; Cass.crim, 23 févr.2005, n°1300; Cass.crim, 14 nov.2007, Sté CANAL PLUS, SPORT PLUS et autres , n°5621. Cités par : Lionel Zevounou, Le concept de concurrence en droit, op.cit., p. 148.

⁴ Dan Roskis, «Quelles sanctions pénales pour les dirigeants», Echanges Internationaux, Magazine du Comité Français de la Chambre du Commerce Internationale, n° 102, Février 2015, p. 21.

سياسية كبيرة في فرنسا في اتفاقات غير مشروعة للانفراد بصفقات عمومية في منطقة Ile-de-France¹، والتي تم من خلالها إدانة مستشار جهوي لإحدى المؤسسات بثلاثة سنوات حبس نافذة²، زيادة على إصدار مجلس المنافسة لعقوبات إدارية ضد المؤسسات المتورطة (12 مؤسسة متخصصة في أشغال البناء)، بغرامة بلغ مجموعها 47,3 مليون أورو.³

تجدر الإشارة إلى أنه بصدور قانون عصرنه الاقتصاد LME في 05 أوت 2008⁴، ومن أجل تخفيف إجراءات المتابعة أمام سلطة المنافسة، وتركيزها على الممارسات الأكثر أهمية من حيث التأثير السلبي على الاقتصاد، أصبح القانون الفرنسي يميز بخصوص العقوبات الإدارية والجزائية للممارسات المخلة بالمنافسة، بين الممارسات المنافية للمنافسة الكبيرة les Macro-pratiques anticoncurrentielles، والممارسات المنافية للمنافسة الصغيرة⁵ les Micro-pratiques anticoncurrentielles، هذه الأخيرة، التي لا تتعلق جغرافيا إلا بالسوق

¹ Voyez : Nicolas Charrel, Marchés et délégations de service public : Le risque pénal, Editions le Moniteur, Paris, 2001, pp.69-70.

² عرفت هذه القضية متابعة مسيري المؤسسات التالية:

Sociétés Bouygues Bâtiment, CBC Ile-de-France, Dumez Ile-de-France, Fougerolle, GTM, Nord France, SAEP, SCGPM et SPI.

³ Cons. conc., déc. 07-D-15 du 9 mai.2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France. Voyez: Florent Mailet, «Ces fournisseurs qui faussent la concurrence», Décision Achats N° 123 du 01/04/2009, p. 04, et Lionel Zevounou, Le concept de concurrence en droit, op.cit., p. 304.

⁴ Loi n° 2008/776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie, précité.

⁵ L'art. L.464-9 du code de commerce, modifiée par la Loi n°2015-990 du 6 août 2015, dispose que : "Le ministre chargé de l'économie peut enjoindre aux entreprises de mettre un terme aux pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ou contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3 dont elles sont les auteurs lorsque ces pratiques affectent un marché de dimension locale, ne concernent pas des faits relevant des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et sous réserve que le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 200 millions d'euros..."

- للتوسع أكثر بخصوص الممارسات المنافية للمنافسة الصغيرة les micro-pratiques anticoncurrentielles، يراجع:

- Sophie Grandvullemin, «Les micro-pratiques anticoncurrentielles», Revue Contrats Publics, n° 99, Editions le Moniteur, Paris, Mai 2010, p. 26 et s.

المحلي الفرنسي، بحيث لا تكون المؤسسات الناشطة فيها معنية بالأحكام العقابية المشار إليها سابقا، لما يكون رقم أعمالها المحقق في فرنسا من طرف كل مؤسسة من المؤسسات أثناء آخر سنة مالية مختتمة لا يتجاوز الخمسين 50 مليون أورو، وأرقام أعمالها المجتمعة لا تتجاوز المائة 200 مليون أورو.

من الناحية الإجرائية، يختص وزير الاقتصاد بالحكم بأوامر les injonctions أو اقتراح مصالحات les transactions بمبلغ أقصاه 150.000 أورو، أو 05% من رقم الأعمال المعروف في فرنسا، إذا كانت هذه القيمة هي الأقل، وهذا شريطة أن لا تكون، نفس الأفعال محل إخطار لسلطة المنافسة، إلا إذا رفضت سلطة المنافسة هذا الإخطار، وقد تم التنصيص فقط على إعلام سلطة المنافسة بالأوامر المعلنة عنها وبالمصالحات المبرمة، وتكون السلطة مخطرة في حالة رفض المصالحة، أو عند عدم تنفيذ الأوامر أو الالتزامات المترتبة عن قبول المصالحة¹.

إذن الملاحظ أنه في فرنسا، أصبحت متابعة الممارسات المنافسة للمنافسة من اختصاص مجلس المنافسة الفرنسي -سلطة المنافسة حاليا-، وليس القضاء الجزائي، ما عدا جنحة مساهمة الشخص الطبيعي بصفة شخصية في إعداد أو تنفيذ الممارسات المنافسة للمنافسة الكبيرة، بما يعني أن المشرع الفرنسي ألغى جزئيا تجريم الممارسات المنافسة للمنافسة، في إطار إلغاء تجريم بعض الجنح الاقتصادية بموجب قوانين خاصة²، وذلك عكس المشرع الجزائري، الذي يبدو أنه اعتمد اتجاهها مغايرا نسبيا.

¹ L'art. L.462-1 du code de commerce.

² Voyez: Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, précitée, Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, JORF n°179 du 5 août 2003, Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, JORF n°177 du 2 août 2003, Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, JORF n°74 du 27 mars 2004, et Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, JORF n°147 du 26 juin 2004.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من مسألة إلغاء تجريم ممارسات المؤسسات المخلة بالمنافسة

كانت الممارسات المنافية للمنافسة في الجزائر في ظل القانون رقم 12/89 المتعلق بالأسعار تخضع لاختصاص المحاكم الجزائية، حيث جرم هذا القانون الممارسات المنافية للمنافسة وخصوصاً الاتفاقات المحظورة، والتعسف في وضعية الهيمنة¹، والتي اعتبرت أفعالاً جرمية يعاقب عليها وفقاً للمواد 66 و67 بعقوبات مالية تختلف بحسب طبيعة الممارسة، زيادة على عقوبة الحبس التي قد تصل إلى خمسة سنوات.

وقد كانت من الناحية الإجرائية، تعرض المحاضر فور تحريرها وبعد تسجيلها في السجل المخصص لهذا الغرض والمختوم حسب الأشكال القانونية، على السلطة المعنية بمراقبة الأسعار بالولاية، والتي يجب أن ترسلها في ظرف 15 يوم إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً².

وبصدور الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، والذي حاول المشرع من خلاله الفصل بين الممارسات المنافية للمنافسة، والممارسات الماسة بشفافية الممارسات التجارية ونزاهتها، أصبحت متابعة الممارسات المنافية للمنافسة من اختصاص مجلس المنافسة³، وبذلك

¹ نص هذا القانون على الممارسات المنافية للمنافسة ضمن المواد 26، 27، و28، حيث نصت المادة 26 منه على ما يلي: "تعتبر لا شرعية ويعاقب عليها طبقاً لأحكام هذا القانون الممارسات والعمليات المدبرة والمعاهدات والاتفاقيات الصريحة والضمنية التي ترمي إلى: - عرقلة الدخول الشرعي في السوق أو عرقلة الممارسات الشرعية للنشاطات التجارية من طرف منتج أو موزع آخر، - التشجيع المصطنع لرفع الأسعار قصد المضاربة، - تقليص عرض المنتوجات ومنافذ تسويقها والاستثمارات بصفة إرادية مدبرة، - عرقلة التطور التقني، - خلق أسواق مغرية أو مصادر مغرية للتأمين"، أما المادة 27 فنصت على أنه: "يعتبر لا شرعياً كل تعسف ناتج عن هيمنة على السوق أو جزء منه، كما يعتبر لا شرعياً: - رفض البيع بدون مبرر شرعي، - البيع المشروط أو التمييزي، - البيع المشروط بكمية محدودة..."، وأخيراً نصت المادة 28 من ذات القانون على أنه: "يعتبر لا شرعياً فرض إعادة البيع بسعر أدنى يفرضه منتج أو موزع على تاجر".

² المادة 56 من القانون رقم 12/89 المتعلق بالأسعار.

³ نصت المادة 90 الفقرة 01 من الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة على ما يلي: "تعتبر المخالفات لأحكام المواد 06، 07، 09، 10، 11، و12 من هذا الأمر من اختصاص مجلس المنافسة".

تراجع دور القاضي الجزائري، الذي بقي مختصا فقط بنظر المسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي الذي يتحمل مسؤولية شخصية في تنظيم وتنفيذ الممارسات المنافية للمنافسة¹.

أما بالنسبة للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، المطبق حاليا، فقد أصبحت متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة من اختصاص مجلس المنافسة بصفة كلية، وحتى المسؤولية الشخصية للشخص الطبيعي ينظر فيها المجلس، حيث تم استخلاف المادة 15 من الأمر رقم 06/95 سالفة الإشارة، بالمادة 57 من الأمر رقم 03/03، والتي جعلت من مسؤولية الشخص الطبيعي في الممارسات المنافية للمنافسة مخالفة إدارية²، وبالتالي، يكون المشرع الجزائري قد ذهب إلى أكثر مما ذهب إليه نظيره الفرنسي في هذا المجال، أي إزالة التجريم كلية بالنسبة للممارسات المنافية للمنافسة³.

تمثلت السياسة الجديدة للجزائر إذن، في قمع الممارسات المنافية للمنافسة عن طريق العقوبات الإدارية المسلطة من طرف الهيئات الإدارية المستقلة ومن بينها مجلس المنافسة، لدورها في تشجيع الأعوان الاقتصاديين على الاستثمار والمبادرة بالنشاطات

وتتمثل هذه المخالفات بالأساس في الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية، عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة أو الحد أو الإخلال بحرية المنافسة في السوق حسب المادة 06 من الأمر رقم 06/95، وكذلك التعسف الناتج عن هيمنة على السوق أو جزء منها حسب المادة 07، والاتفاقيات والممارسات أو الشروط التعاقدية المتعلقة بالممارسات المنصوص عليها في المواد 06 و07 حسب المادة 08، ومنع بيع سلعة بأقل من سعر التكلفة الحقيقي، إذا كانت الممارسات قد حادت عن قواعد المنافسة في السوق أو يمكن أن تحد منها، حسب المادة 10 من ذات القانون.

¹ نصت المادة 15 من الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة على ما يلي: "يحيل مجلس المنافسة الدعوى على وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية إذا كان تنظيم وتنفيذ الممارسات المنافية للمنافسة، أو التعسف الناتج عن الهيمنة المنصوص عليها في المواد 06، 07، 10، 11، و12 من هذا الأمر يتحمل فيها أي شخص طبيعي مسؤولية شخصية. دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في المادتين 13، و14 من هذا الأمر، يمكن القاضي أن يحكم في هذه الحالة بالحبس من شهر واحد إلى سنة واحدة ضد أشخاص طبيعيين تسببوا في الممارسات المذكورة أعلاه أو شاركوا فيها".

² تنص المادة 57 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يعاقب بغرامة قدرها مليوني دينار (2.000.000 دج) كل شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وفي تنفيذها كما هي محددة في هذا الأمر".

³ عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص. 124.

الاقتصادية، دون الخوف من العقاب الجزائي¹، لاسيما في ظل تطور ظاهرة التضخم التشريعي، وكذا زيادة عدد القضايا الجزائية، مما أدى إلى تمييع أركان الجريمة، وبالتالي، عدم تمتع المتهم بالضمانات القانونية التي يكفلها القانون والقضاء الجزائيين.

يضاف إلى ذلك عدم ضبط الشروط المتطلبة لمنع الممارسات المنافية للمنافسة نظرا للطابع التقني للمفاهيم الاقتصادية التي يعتمد عليها هذا الحظر على غرار تحديد السوق المرجعية، والأثر المقيد للمنافسة، وغيرها². كما أن تدخل العدالة الجزائية له آثار جانبية بالنسبة للمتهم، من بينها الوصمة الإجرامية بسبب حكم الإدانة الذي يسجل في صحيفة السوابق العدلية، مما ساهم في ظهور الضبط الاقتصادي بغرض إيجاد حلول غير مألوفة في القانون التقليدي، والاعتماد على شكل قمعي جديد من شأنه السماح بمواجهة متطلبات المرحلة الجديدة التي تتصف بالحرية الاقتصادية، وما يمكن أن تفضي إليه من تعسف وإساءة إلى النظام العام الاقتصادي.

الفرع الثاني: ردع ممارسات المقررين العموميين المخلة بالمنافسة

إذا كانت متابعة الممارسات المنافية للمنافسة المرتكبة في مجال الصفقات العمومية من طرف المؤسسات المرشحة، تتم عن طريق ردعها إداريا من طرف مجلس المنافسة دون القاضي الجزائي، فإن ممارسات المقررين العموميين المخلة بالمنافسة لم تستفد من تقنية إزالة التجريم، بسبب طبيعة النشاطات التي يمارسونها، والتي تفترض فيهم الحياد والنزاهة

¹ قوسم غالية، المرجع السابق، ص. 260.

² صاري نوال، «الفعالية والملائمة في منع الممارسات المقيدة للمنافسة»، مداخلة في الملتقى الوطني التاسع المنظم حول «أثر التحولات الاقتصادية على تفعيل قواعد قانون المنافسة». كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، 17 و18 نوفمبر 2015، غير منشورة، ص. 03 - 04.

بحيث أن "أعوان الدولة يجب أن يتحلوا بسلوك أكثر انضباطا مقارنة بالمواطنين العاديين"¹.

وعلى هذا الأساس، أصبحت قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية تعتبر كمصلحة محمية بموجب قواعد القانون الجزائي إضافة لباقي المصالح العامة التي تحميها هذه النصوص (أولا)، وهو ما يتجسد بشكل واضح من خلال قمع القانون والقضاء الجزائريين لجنة المحاباة، التي تشكل جريمة خاصة بالصفقات العمومية يمكن تكييفها على أنها ممارسة مخلة بالمنافسة في هذا المجال ذات طابع جزائي (ثانيا).

أولا: قواعد المنافسة في الصفقات العمومية كمصلحة محمية بنصوص التجريم

الملاحظ لتطور النصوص المجرمة للإخلال غير المشروع بالمنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، يخلص بصفة واضحة للقول بتأثر هذه النصوص بالأنظمة السياسية والاقتصادية التي عرفت الدولة منذ استقلالها. فبعد صدور الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، لم يتضمن هذا الأخير أي مادة يستفاد منها تبني فكرة التجريم في الصفقات العمومية، وبذلك، فإن الانتهاكات ذات الطابع الإجرامي التي حصلت بمناسبة إبرامها، كانت تقع تحت طائلة المتابعة وفقا لما تضمنه الفصل الرابع منه المعنون بـ "الجنايات والجرح ضد السلامة العمومية"، لاسيما القسم الأول المتعلق بالاختلاس والغدر، وكذا القسم الثاني المتعلق بالرشوة² واستغلال النفوذ¹.

¹ Catherine Prebissy-Shnall, op.cit, p. 13: "Les serviteurs de l'Etat doivent respecter une morale plus exigeante que les simples citoyens".

² نصت المادة 127 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 على أنه: "يعد مرتشيا ويعاقب بالعقاب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 د.ج كل عامل أو مستخدم أو مندوب بأجر أو مرتب، على أية صورة كانت طلب أو قبل عطية أو وعدا أو طلب أن يتلقى هبة أو هدية أو جعلاً أو خصما أو مكافأة بطريق مباشر أو عن طريق وسيط، وبغير علم مخدومه أو رضائه، وذلك للقيام بأداء عمل من أعمال وظيفته أو بالامتناع عنه أو بأداء عمل، وإن كان خارجا عن اختصاصاته الشخصية إلا أنه من شأن وظيفته أن تسهل له أداءه أو كان من الممكن أن تسهله له".

ولعل ذلك، راجع إلى عدم وجود إطار قانوني أصلا يهتم بتنظيم الصفقات العمومية²، نظرا لحدثة استقلال الدولة الجزائرية، ومواصلة العمل بالقوانين الفرنسية، بمقتضى القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962³، وبالتالي، اقتصر هذه المرحلة، على معاقبة الجرائم المرتكبة في مجال بالصفقات العمومية، بالنصوص المتعلقة بجرائم الرشوة واستغلال النفوذ.

وقد استمر الحال على ما هو عليه، بعدم إيراد أي نص خاص يتناول موضوع التجريم بصفة مباشرة في مجال الصفقات العمومية، إلى غاية صدور الأمر رقم 47/75 المؤرخ في 17 جوان 1975⁴، الذي ألغى محتوى المادة 423 الفقرة 02⁵، الواردة في الأمر رقم 156/66 وعوضه بنص يعاقب على إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية، وهو النص الذي عدل عدة مرات⁶، بتغليظ هذه الجريمة تارة وتلطيفها تارة أخرى، زيادة على تعديله للمصلحة المحمية بنص المادة، حيث تمثلت في حماية "المصالح الإقتصادية

¹ نصت المادة 128 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 على أنه: "يعد مستغلا للنفوذ ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 د.ج. كل شخص يطلب أو يقبل عطية أو وعدا أو يطلب أو يتلقى هبة أو هدية أو أية منافع أخرى، وذلك ليتحصل على أنواع أو أوسمة أو ميزات أو مكافآت أو مراكز أو وظائف أو خدمات أو أية مزايا تمنحها السلطة العمومية أو صفقات أو مقاولات، أو غيرها من الأرباح الناتجة من اتفاقات مبرمة مع السلطة العمومية، أو مع مشروعات استغلالية موضوعة تحت إشراف السلطة العمومية، أو يحاول الحصول على أي من ذلك، أو يستصدر بصفة عامة قرارا من مثل هذه السلطة أو تلك الإدارة لصالحه أو يحاول استصداره ويستغل بذلك نفوذا حقيقيا أو مفروضا. فإذا كان الجاني قاضيا أو موظفا أو ذا وكالة نيابية تضاعف العقوبات المقررة".

² لم يصدر أي نص قانوني ينظم الصفقات العمومية إلا بتاريخ 17 جوان 1967، والمتمثل في الأمر رقم 90/67 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سابق الذكر.

³ بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 12.

⁴ ج.ر عدد 53 لسنة 1975.

⁵ كانت المادة 423 قبل تعديلها تنص على ما يلي: "كل من أفشى بأية وسيلة كانت سر التصويت في جمعية عامة للعمال أو مجلس لهم أو قام بالمساس بسلامته أو منع إجراءات الاقتراع أو غير في نتيجته أو شرع في شيء من ذلك، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين...".

⁶ تم تعديل نص المادة 423 للمرة الأولى بموجب القانون 03/78 المؤرخ في 11 فبراير 1978 والثانية بموجب القانون 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982 والثالثة بموجب القانون 26/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988.

الأساسية للدولة" قبل تعديلها، لتصبح مقررة لردع "مخالفة المصالح الاقتصادية الأساسية للأمة" بعد تعديلها بالقانون رقم 04/82، وهي العبارة التي استبدلت سنة 1988 بعبارة "قاصدا المس بمصالح الدولة أو الجماعة المحلية أو الهيئة التي يمثلها"، ليتم بعد ذلك إلغاء المادة 423 بموجب القانون رقم 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائي، ونقل محتواها إلى المادة 128 مكرر، والتي حولت طبيعة الجريمة من جريمة اعتداء على سير الاقتصاد الوطني، إلى جنحة محاباة هدفها قمع مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في مجال الصفقات العمومية.

وبصدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، تم نقل جرائم الفساد، التي كان منصوصا عليها في قانون العقوبات إلى هذا القانون الجديد، لاسيما المواد الواقعة في الفصل المتعلق بالجنايات والجنح ضد السلامة العمومية، ابتداء من المادة 119 إلى غاية المادة 134 باستثناء المواد 119 مكرر و120 و132.

وأهم ما حملته هذا القانون، هو صياغة المادة 26 بشكل كرسها كجريمة خاصة بمجال الصفقات العمومية مقارنة بما حملته المادة 128 مكرر من قانون العقوبات قبل إلغائها¹، حيث حصر المشرع من خلال هذه المادة لاسيما بعد تعديل القانون رقم 01/06 بموجب القانون رقم 15/11، الأحكام التشريعية والتنظيمية التي يشكل مخالفتها أساسا لتجريم المحاباة، في تلك المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، وهو ما يعتبر تكريسا للحماية الجنائية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، حيث يترتب

¹ لاسيما بعد تعديلها بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر عدد 44 المؤرخة في 10 أوت 2011، بحيث لم تكن قبل ذلك تختلف كثيرا عن صياغة المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، إلا فيما يخص استعمال مصطلح الموظف العمومي بدلا من تعداد الأشخاص المعنيين بارتكاب الجريمة، إلا أنه بصدور القانون 15/11 طرأت عناصر مختلفة تميز الجنحة في شكلها الحالي عما كانت عليه في قانون العقوبات، إذ أن المشرع حدد مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية بتلك المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

على ذلك، وجوب إلمام القاضي الجنائي بالنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذا بالنصوص المتعلقة بالمنافسة¹.

وبالتالي، أصبحت قواعد المنافسة مصلحة محمية بمقتضى نصوص التجريم، على أساس أن جرائم الصفقات العمومية، وخصوصا جناحة المحاباة، ليست بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة فحسب، بل تمس أيضا المصالح الخاصة للأفراد وحقهم في منافسة نزيهة وشريفة، بما يمكن معه القول أننا أمام ازدواجية في المصلحة المحمية بنصوص التجريم: حماية المال العام، وحماية قواعد المنافسة.

إن التطور الذي عرفته المصلحة المحمية في النصوص المجرمة للتعامل غير الشرعي في الصفقات العمومية من المصالح الاقتصادية الأساسية للدولة عند صدور قانون العقوبات، لتصل في المادة 26 من القانون 01/06 في صياغتها الحالية، إلى حصر نطاق الحماية في القواعد التي تكفل حرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، يمكننا من القول بشكل حاسم، أن قواعد المنافسة، تشكل مصلحة محمية بموجب النصوص الجزائية².

ويدخل ذلك، ضمن التوجه الاقتصادي الليبرالي للدولة الجزائرية، إذ نظرا لهيمنة هذا النظام على غالبية إقتصادات العالم، أضحي من الضروري، وفي إطار تعزيز الحريات والحقوق الاقتصادية لاسيما حرية المنافسة، أن تعتبر هذه الأخيرة من المصالح الجديرة

¹ علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2012/2013، ص. 190.

² ربط المشرع في المادة 423 تجريم الفعل "بمخالفة المصالح الاقتصادية الأساسية للدولة" ثم عدل هذه العبارة بموجب القانون 04/82 لتصبح "مخالفة المصالح الاقتصادية الأساسية للأمة" ثم استبدلها في سنة 1988 بعبارة "قاصدا المساس بمصالح الدولة أو الجماعة المحلية أو الهيئة التي يمثلها"، ثم ألغى تماما عبارة المساس بالمصلحة ليقصر في المادة 128 مكرر على "مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل"، وفي الأخير نص في المادة 26 من القانون 01/06 بعد تعديلها بموجب القانون 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011 على ربط جريمة المحاباة بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

بالحماية الجزائرية، ولعل الممارسات المخلة بالمنافسة المرتكبة من طرف المقررين العموميين، تعتبر من أكبر الأخطار التي تهددها¹.

خلاصة القول، أنه زيادة على حماية المال العام، وضمان حياد أعوان الدولة ونزاهتهم، يمكن اعتبار حماية النظام العام الاقتصادي، وخصوصا حماية قواعد المنافسة من أبرز المصالح التي تسعى نصوص التجريم في مجال الصفقات العمومية لحمايتها، وهو ما يتضح من خلال تحليل النص المجرم للمحاباة في مجال الصفقات العمومية، باعتبارها ممارسة من شأنها الإخلال بشكل مباشر بتنافسية الطلب العمومي.

ثانيا: المحاباة كممارسة منافية للمنافسة ذات طابع جزائي

تعتبر جنحة المحاباة المنوه عنها، والمعاقب عليها، وفقا للتشريع الجزائري بموجب المادة 26 الفقرة الأولى²، من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته³، المعدل والمتمم، وفي فرنسا بمقتضى المادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي⁴، من أبرز

¹ علة كريمة، المرجع السابق، ص. 199.

² تنص هذه المادة على أنه: "يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 د.ج إلى 1.000.000 د.ج كل موظف عمومي يمنح، عمدا، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات".

³ حلت هذه المادة محل المادة 128 مكرر الفقرة الأولى الملغاة من قانون العقوبات بموجب القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

⁴ L'art. 432-14 du code pénal dispose que : "Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public".

صور الردع الجزائي للممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية، وخاصة الاتفاقات غير المشروعة ما بين مسؤولي المصلحة المتعاقدة، والمرشحين للصفقة، من أجل منح أحدهم الصفقة بطريقة غير مشروعة، عن طريق خرق قواعد المنافسة التي تنظم كيفيات إبرام الصفقات العمومية.

فحوى هذه الجريمة هو قيام الموظف العمومي بمفهومه الوارد في المادة 02 الفقرة ب من قانون الفساد¹، والذي يكون حائزا لسلطة عامة، بمنح أو محاولة منح إمتيازات غير مبررة في إطار عملية إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعته أو تأشيرته، عن طريق مخالفة التشريع والتنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية².

وقد نص التشريعين الجزائري والفرنسي بشكل صريح من خلال المادتين سالفتي الذكر، على أن النصوص التشريعية والتنظيمية المحظور خرقها، هي تلك المكرسة لحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، والتي تمثل مبادئ الشراء العمومي

- أورد المشرع الفرنسي جنحة المحاباة في الباب الثالث من الكتاب الرابع من قانون العقوبات، تحت عنوان "الإخلال بسلطة الدولة" (les atteintes à l'autorité de l'état)، وذلك بعد تعديله للقانون المؤرخ في 03 جانفي 1991 الذي أنشأ هذه الجنحة لأول مرة من خلال نص المادة 07 منه.

- La loi n° 91/03 du 03 Janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés publics et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, précité.

¹ وفقا لهذه المادة يعتبر موظفا: - كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته، - كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية، - كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

² للإطلاع على تفاصيل أوفى بخصوص هذه الجنحة والمظاهر التي قد تتجسد من خلالها عبر مراحل إبرام الصفقة العمومية، يراجع: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، دار هومه، الجزائر، 2012، ص. 145 وما يليها. راجع أيضا: تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص. 45 وما يليها، وزوزو زولبخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012، ص. 28 وما يليها.

- Voyez également : Catherine Prebissy-Shnall, op.cit., pp. 33-125. et Nicolas Charrel, op.cit., pp. 36-48.

المنصوص عليها في المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، والمادة الأولى من المرسوم رقم 2016/360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، زيادة على النصوص المتعلقة بقواعد المنافسة الواردة في قانون المنافسة الجزائري، والقانون التجاري الفرنسي، بعد إدخالها في مجال الشرعية الإدارية، والتي أصبحت بذلك جزءا لا يتجزأ من نصوص تجريم المحاباة، مما يعتبر تكريسا للحماية الجنائية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، من شأنه ضمان مبدأ المساواة بين المرشحين للفوز بالصفقة أو العقد، وإرساء مبدأ الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية، وحماية المال العام، من جهة¹، وردع الممارسات التمييزية والمخلة بالمنافسة، من جهة أخرى².

إن محاباة مرشح معين بالشكل المشار إليه، ليس من شأنه تمكين هذا الأخير من الفوز بالصفقة فحسب، وإنما يترتب عن ذلك أيضا إقصاء بقية المرشحين من المنافسة بطريقة غير مشروعة، بشكل يمكن معه القول أن هذه الجنحة تعتبر ممارسة منافية للمنافسة موضوعها وجود اتفاق محظور بين ممثل الإدارة صاحبة المشروع، والمتعامل الاقتصادي المرشح المستفيد من الامتيازات غير المبررة.

وهو ما يجعل من هذا الفعل يدخل أيضا في إطار نص المادة 06 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة الجزائري، والمادة L. 420-1 من القانون التجاري الفرنسي، اللتان تمنعان كل اتفاق من شأنه الحد من الدخول في السوق، على أساس أن فعل المحاباة يحد من فرص دخول باقي المؤسسات غير المعنية بالاتفاق غير المشروع لسوق الطلب العمومي.

¹ Débat Assemblée Nationale, J.O. du 26 nov. 1990, p. 6011: "Il constitue un moyen « d'améliorer la transparence et d'assurer un meilleur contrôle à toutes les étapes de ces marchés afin de sauvegarder la bonne utilisation des deniers des collectivités publiques acheteuses et de garantir l'égalité des droits des candidats aux marchés publics". Voyez : Souhir Fourati, op.cit., p.166.

² Patrice Reis, «Le délit de favoritisme dans les marchés publics: une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles», LPA n°13, du 4 juil.2003, p. 15: "Le délit a été considéré comme une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles".

كما أن جميع شروط الاتفاق المحظور التي تمت الإشارة إليها ضمن أجزاء سابقة من هذا البحث، تعتبر قائمة في هذا الفعل، والمتمثلة في توافق إرادتي أطراف الاتفاق، والموضوع أو الأثر السلبي على المنافسة، وكذا العلاقة السببية بينهما.

وغالبا ما يأخذ النشاط الإجرامي في هذه الجريمة الاتفاق على مفاضلة المرشح المتفق معه عند إعداد الحاجيات المزمع تليبيتها، مثل تعمد غموضها، أو التشاور مع أحد المتنافسين من أجل تحديدها في دفتر الشروط بشكل يجعله هو الوحيد القادر على تليبيتها، أو تسريب معلومات امتيازية لأحد المرشحين من أجل تقديم عرضه وفقا لما هو مطلوب، بما يؤدي إلى إقصاء بقية المتنافسين وتفويت فرص فوزهم بالصفقة¹، أو التفاوض غير المشروع مع مقدمي العروض بعد فتحها، بغرض تعديل العرض من أجل أن يحصل مرشح معين على الصفقة، مثل تعديل موضوع الصفقة، أو المبالغ المقترحة، أو أن يتم منح الصفقة لأحد المرشحين دون أن تتوافر فيه الشروط المطلوبة²، وغيرها من الاتفاقات الممنوعة.

تجدر الإشارة، إلى أن قمع المقرر العمومي المتسبب في الإخلال بالمنافسة بسبب الاتفاق المسبق مع المرشح وإن كان مضمونا بموجب المادة 26 من قانون الفساد الجزائي، والمادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي، فإن العقاب يمكن أن يمتد أيضا للمرشحين الذين يكونون أطرافا في مثل هذا الاتفاق من خلال اللجوء لمفهوم المشاركة والإخفاء³،

¹ Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87.898. Voyez : «Collusion et corruption dans les marchés publics», contribution de la France au Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE, précité, p. 08.

² تياب نادية، المرجع السابق، ص. 47.

³ Patrice Reis, «Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles», art.préc., p. 04 : "La création du délit de favoritisme par le législateur permet, pour la première fois, de songer à un élargissement de la sanction aux ententes unissant acheteurs publics et les entreprises candidates aux marchés publics. Les notions de recel et de complicité sont ici susceptibles de s'appliquer aux entreprises parties à une entente avec l'acheteur public".

مما يحول دون إمكانية احتجاجهم بإلغاء تجريم الممارسات المنافية للمنافسة بموجب تشريعات المنافسة.

وعلى هذا الأساس يعتبر قمع القاضي الجزائري لجنة المحاباة داعم تنافسي ذو طابع ردعي Un volet concurrentiel، من شأنه التصدي للاتفاقات غير المشروعة بين المقررين العموميين والمرشحين، وأثرها السلبي على قواعد التنافس الشريف لنيل الصفقات العمومية، وبالتالي، سد التقصير الذي يمكن أن يشوب عمليات الرقابة الإدارية على مثل هذه الممارسات.

المطلب الثاني: اختصاص القاضي المدني في مجال المنافسة: بين دوره التقليدي والتأسيس لدوره كضابط اقتصادي من المستوى الثاني

يساهم القضاء المدني في تطبيق القواعد الخاصة بحماية المنافسة، وإن كان دوره التقليدي يؤثر سلبا على البت في مثل هذه النزاعات نظرا لخصوصيتها التقنية المعقدة، مما فرض ضرورة تمتيعه بأدوات جديدة حتى يتمكن من فهم واستيعاب مضمون النزاعات المرتبطة بالمنافسة، في ضوء الرؤية الاقتصادية والسياسية المؤطرة لها، وذلك بتمكينه من اتخاذ سلطات عقابية بمناسبة بته في قضايا المنافسة بما يؤهله لحلها حلا سليما (الفرع الأول)، زيادة على دوره في الرقابة على مجلس المنافسة، بالنسبة للقرارات المتخذة في إطار التصدي للممارسات المنافية للمنافسة (الفرع الثاني).

من جهتها تنص المادة 52 من قانون مكافحة الفساد الجزائري على الإحالة على قانون العقوبات، فيما يتعلق بالشروع أو المشاركة في مختلف جرائم الفساد، ومن بينها جنحة المحاباة، وبذلك تطبق على المرشحين المشاركين في اتفاق محظور القواعد العامة للمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات.

الفرع الأول: سلطات القاضي المدني العقابية في مواجهة الممارسات المنافية للمنافسة

لعل من أبرز تطبيقات الجزاءات المدنية التي يمكن أن تترتب عن الممارسات المنافية لقواعد المنافسة جزاء البطلان، حيث نصت في هذا الإطار المادة 13 من قانون المنافسة الجزائري، والمادة L.420-7 من القانون التجاري الفرنسي¹، على اختصاص القضاء المدني بنظر دعاوى البطلان المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة، ويشمل ذلك الممارسات التي يكون أطرافها المؤسسات المرشحة للصفقة العمومية (أولاً)، كما منح القاضي المدني سلطة البت في دعاوى التعويض عن الأضرار التي يمكن أن تتعرض لها المؤسسات المرشحة ضحية الممارسات المنافية لقواعد المنافسة (ثانياً).

أولاً: اختصاص القضاء المدني بنظر دعاوى البطلان

بما أن قواعد المنافسة تهدف إلى الحفاظ على حسن سير السوق الذي هو جزء لا يتجزأ من النظام العام الاقتصادي، فإن أي مساس بهذا النظام مصيره البطلان، لذلك اعتمد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 13 سابقة الذكر، جزاء البطلان بالنسبة للممارسات المنافية للمنافسة، وحدد مجاله بكل التزام أو إتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بها، وبذلك يكون لمجلس المنافسة سلطة توقيع عقوبات إدارية على مرتكبي المخالفات المتعلقة بممارسات مخلة بتنافسية الصفقات العمومية، دون الجزاءات المدنية، ومن بينها البطلان الذي يبقى من اختصاص القضاء.

¹ تحيل هذه المادة إلى المرسوم المتعلق بتعيين الهيئات القضائية المدنية والتجارية الإقليمية المختصة في النظر في المنازعات المتعلقة بالمنافسة، وكذا محاكم الاستئناف المؤهلة للنظر في القرارات الصادرة عن هذه الهيئات القضائية. يراجع:

- Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, JORF n° 304 du 31 décembre 2005.

وقد أدرج هذا المرسوم في القانون التجاري الفرنسي المواد من R.420-3 إلى R.420-5 المحددة للمحاكم الابتدائية الكبرى، والمحاكم التجارية، كجهات اختصاص في الدرجة الأولى، ومحكمة استئناف باريس كجهة قضائية مختصة بنظر استئناف قرارات هذه المحاكم.

يبدو أن البطلان المقرر بموجب نص هذه المادة هو بطلان مطلق، وهو ما يستشف من صياغة المادة، زيادة على كون المصلحة المحمية بالنص تشمل القواعد المتعلقة بالمنافسة التي تستهدف بطبيعتها تحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان منافسة حرة ونزيهة والارتقاء بالأداء الاقتصادي، مما جعلها عماد النظام العام الاقتصادي، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفة هذه القواعد، إلا في حالة الاستثناءات المبررة قانوناً¹.

ولتحقيق هذا المسعى، وسع المشرع الجزائري مجال هذا البطلان، بأن جعله يشمل كل الممارسات والأعمال والإتفاقيات التي قد يكون موضوعها إحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 06، 07، 10، 11 و12 من قانون المنافسة²، ومن بينها تلك التي تسمح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المشار إليها في المادة 06، وذلك لمساسها بالنظام العام الاقتصادي، مما يدل على حرص المشرع الجزائري على محو آثار الممارسات المنافية للمنافسة من خلال شمولية البطلان لجميع الممارسات مهما كان نوعها³.

وبذلك، يدخل ضمن اختصاص القاضي المدني الحكم بإبطال كل اتفاق يؤدي إلى التأثير على المنافسة في هذه العقود، لاسيما الاتفاقات الصريحة، على غرار إبرام المؤسسات المرشحة للصفقة لبروتوكول اتفاق من شأنه الإخلال بالمنافسة، أو ميثاق يتعلق بالممارسات التجارية الحسنة، أو عقد توزيع يتفق بموجبه المرشحون على التقسيم الزمني أو الجغرافي للصفقات، أو وضع شروط عامة لتقديم العروض، أو إبرام اتفاقية جماعية تتضمن قواعد سلوكية تخل بالمنافسة، أو تعليمات موجهة من طرف نقابات أو جمعيات مهنية وغيرها.

¹ بوحلايس إلهام، المرجع السابق، ص. 103.

² نفس الأمر أكدته المادة L.420-3 من القانون التجاري الفرنسي، التي نصت على ما يلي:

"Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-1".

³ لعور بدرة، المرجع السابق، ص. 422.

ويستثنى من مجال البطلان الممارسات المستثناة بموجب نص تشريعي أو تنظيمي، أو تلك التي تكون محل ترخيص من طرف مجلس المنافسة بعد أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني، أو من شأنها المساهمة في تحسين التشغيل أو السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق¹.

ومما يلاحظ على نص المادة 13 من قانون المنافسة الجزائري، طابعها العام، من خلال عدم تحديدها للهيئات المختصة بإبطال الممارسات المنافية للمنافسة، وبذلك يكون من اختصاص القضاء المدني والتجاري إبطال الممارسات التي يكون أطرافها أشخاص القانون الخاص، ومنهم المؤسسات المرشحة لنيل الصفقة العمومية، في حين يختص القاضي الإداري استنادا للمعيار العضوي بإبطال التصرفات التي يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، وهي الحالة التي سبق التطرق إليها عند الحديث عن اختصاصات القاضي الإداري في مجال المنافسة.

وبخصوص الأشخاص المخول لهم قانونا التمسك ببطلان الالتزامات المحظورة، وفي إطار تشجيع مسألة كشف الممارسات المنافية للمنافسة واستعادة الشرعية للصالح العام، تم توسيع دائرة الأشخاص الذين يحق لهم قانونا رفع دعوى البطلان، فيمكن أن يحرك الدعوى أحد طرفي العقد، حيث يستطيع أي طرف في الالتزام أو في الاتفاقية أو في الشرط التعاقدية المطالبة بإبطال ما التزم به²، كما يمكن للغير أن يحرك الدعوى إذا تضرر من العقد وكانت له مصلحة في إبطاله، مثل العون الاقتصادي الذي تتم مقاطعته تجاريا نتيجة اتفاق مبرم بين مؤسسات مرشحة لنيل الصفقة العمومية.

¹ المادتين 08 و09 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة سالفتي الذكر.

² تنص المادة 102 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

يقوم القاضي المدني أو التجاري عند نظره دعوى البطلان بتفحص البند المتنازع فيه فيما إذا كان يؤدي إلى بطلان الاتفاق بكامله أو بشرط محدد فيه، في حالة ما كان يشكل سبب اتفاق الأطراف، ففي هذه الحالة يترتب عن إبطاله بطلان كل الاتفاق، أما إذا رأى القاضي أن البند ليس جوهريا يمكنه أن يقضي ببطلانه جزئيا، وفي هذه الحالة، يمكنه تعديل شروط العقد وجعلها مطابقة للقانون¹.

وفي حالة وقوع التباس لديه، يمكنه أن يطلب رأي مجلس المنافسة حول القضية التي ينظرها، فيما إذا كانت ممارسة منافية للمنافسة تستوجب الإبطال أم لا، علما بأن الرأي الذي قد يبديه المجلس لا يلزم القاضي لكون استشارته تكون على سبيل الاستئناس حسب مقتضيات المادة 38 من قانون المنافسة الجزائري.

أما بالنسبة لآثار البطلان، فيتم في حالة وجود عقد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إذا كان ذلك ممكنا، أو الحكم بتعويض في حالة العكس، إعمالا للقواعد العامة، أما بالنسبة للغير، فيترتب على الحكم بالبطلان زوال حقوقهم الناتجة عن الممارسة محل الإبطال، وذلك بالرغم من الخلاف الفقهي الحاد الذي أثارته هذه المسألة في فرنسا، بسبب الآثار الخطيرة لمسألة امتداد آثار البطلان إلى الغير².

ثانيا: دعاوى التعويض أمام القضاء المدني

إن الدعوى المقدمة إلى القضاء لإبطال الاتفاقات المتعلقة بالممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية، قد يرافقها طلب إصلاح الضرر الذي لحق الضحية جراء هذا النوع من الممارسات، وخصوصا الاتفاقات التي ترمي إلى منح الصفقة العمومية،

¹ بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص. 140.

² للمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة، يراجع: عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، المرجع السابق، ص. 115 - 116.

وقد نص قانون المنافسة الجزائري صراحة على جواز تقديم المتضرر دعوى تعويض عن الضرر، من خلال نص المادة 48 منه.

وبذلك يكون لكل شخص أصيب بضرر من جراء ممارسة منافية للمنافسة حق اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى قضائية مستقلة، أو تبعية لدعوى البطلان يكون موضوعها المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، بشرط أن يكون من أصحاب الحق في طلب التعويض، ويشمل ذلك الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة¹، دون الأشخاص العامة التي يختص القضاء الإداري بنظر طلباتها المتعلقة بالتعويض مثلما سلف بيانه.

وقد تم تكريس هذه الدعوى لأول مرة من طرف القضاء الأوروبي سنة 1963 في قرار² Van Gend En Loos، الذي أشار إلى أن القانون المشترك زيادة على فرضه لالتزامات على الأفراد، منحهم بالمقابل حقوقا فردية يستندون عليها عند تعرضهم لضرر، وهو ما أكدته مؤخرا المادة 03 الفقرة 02 من التعلية الأوروبية رقم 2014/104/UE المؤرخة في 26 نوفمبر 2014، التي تبنت بصفة واضحة مبدأ التعويض الشامل عن الممارسات المنافية للمنافسة³. La réparation intégrale.

¹ موساوي ظريفة، المرجع السابق، ص. 23.

² CJCE, 5 février 1963, Aff. 26-62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise, Rec. p. 3. Voyez : Arnaud Remedem, La protection des droits fondamentaux par la cour de justice de l'union européenne, Thèse pour le doctorat en droit, Université d'Auvergne Clermont 1 – École de Droit, décembre 2013, p. 17.

- Voyez également : CJCE 20 septembre 2001 Courage v. Crehan, C-453/99, Recueil 2001, I 6297 : "la pleine efficacité de l'article 81 du TCE (101 TFUE) et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence". Cité par : Arnold Vialfont, art.préc., p. 182.

³ تنص هذه المادة علي ما يلي:

ومن جهته، وسع القانون الفرنسي من قائمة الأشخاص المخول لهم التدخل أمام القضاء للمطالبة بالتعويض، ولم يشمل الأشخاص المتضررين فحسب، بل امتد إلى النيابة العامة والوزير المكلف بالاقتصاد وكذا رئيس سلطة المنافسة، من خلال إقرار إمكانية مباشرتهم دعوى تعويض لحساب الضحية على أساس أن هذه الأخيرة قد لا تلجأ إلى القضاء للحصول على تعويض خوفا من الانتقام¹، وهو ما لا نجده في قانون المنافسة الجزائري، الذي قصر حق رفع الدعوى على المتضرر، وجمعيات حماية المستهلك².

يدخل هذا الصنف من الدعاوى في إطار دعاوى المسؤولية التقصيرية المقررة بموجب المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي³، و124 من القانون المدني الجزائري، وذلك بالرغم من افتراض البعض لحالة المطالبة بالتعويض من طرف شخص تلحقه أضرار بسبب ارتكاب شخص آخر تربطه معه علاقة عقدية لممارسات منافية للمنافسة، حيث رأت بعض هيئات المنافسة بفرنسا أن المسؤولية عن التعويض في هذه الحالة يكون

"La réparation intégrale du préjudice consiste à replacer une personne ayant subi un tel préjudice dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise. Elle couvre dès lors le droit à une réparation du dommage réel et du manque à gagner, ainsi que le paiement d'intérêts".

¹ موساوي ظريفة، المرجع السابق، ص. 24.

² على سبيل المقارنة، أجاز التشريع المغربي للنيابة العامة أن تثير دعوى التعويض عن الممارسات المنافية للمنافسة، كما أجاز نفس الأمر لرئيس مجلس المنافسة عندما يلاحظ وجود مثل هذه الممارسات بمناسبة دراسة الملفات التي تعرض عليه أثناء ممارسة اختصاصاته. تراجع: نوال الرحموني، حرية الأسعار وتنظيم المنافسة في القانون المغربي - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2009/2008، ص. 482.

³ Voyez : CA Paris (25A), 28 juin 2002, Philippe Streiff Motorsport c. Speedy; Juris-Data n° 2002-186210 : "La violation [...] des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce constitue des fautes délictuelles justifiant l'action en réparation [...] sur le fondement de l'article 1382 du Code civil". Cité par: Guillaume Zambrano, op.cit, p. 39.

أساسها "أساس شبه تقصيري"¹، وليست مسؤولية عقدية مثلما رآه آخرون، نظرا لافتراض هذه الأخيرة، وجود إخلال بالتزام تعاقدي ناتج عن العقد في مواجهة المتعاقد الآخر².

ولذلك ينبغي للمطالبة بالتعويض توفر شروط المسؤولية، المتمثلة في وجود خطأ، وضرر وعلاقة سببية مباشرة بينهما، فعلى المدعي أن يثبت ادعائه وذلك بإثبات الطابع المنافي للمنافسة للفعل، كما عليه إثبات الضرر الذي أصابه مثل إعاقة دخوله للسوق، وعليه أخيرا إثبات العلاقة السببية بين الإخلال بالمنافسة والضرر، لتكتمل أركان المسؤولية المدنية التقصيرية³.

تجدر الإشارة إلى أن تطبيق الجزاءات المدنية أمام المحاكم العادية غالبا ما يرتبط بإشكالية الإثبات زيادة على ما يواجهه القاضي من صعوبات في تقدير التعويض، فعلى المدعي في دعوى البطلان مثلا إقامة الدليل على أن الاتفاق أو الالتزام أو الشرط التعاقدي الصادر عن المتعامل الاقتصادي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب قانون المنافسة، وهي من الأمور الصعبة باعتبارها مسائل اقتصادية محضة، زيادة على إمكانية اعتبارها ممارسات مباحة لا يشملها البطلان، مما يتطلب التأكد من أنها غير مشمولة بأحكام المادتين 08 و09 من قانون المنافسة، كما تثار أيضا بالنسبة للاتفاقات المحظورة مسألة تقدير بلوغها لعتبة الحساسية التي يصعب في عدة أحيان إثباتها⁴.

¹ Com. 09 avril 1996, sté Max Mara et a. c/sté Galérié Kléber. Voyez :

- عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، المرجع السابق، ص. 113.

² Voyez: CA Paris 12 décembre 1996, France Abonnements c. Office Universitaire de Presse (OFUP): JCP (E) 1997, II, 953 : "L'application d'une clause d'exclusivité de distribution constitue une faute quasi-délictuelle dont le tiers qui en est victime peut demander réparation". Cité par : Guillaume Zambrano, op.cit, p.39.

³ لبنا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة و منع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي و الأوروبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص. 371.

⁴ إملول ريمة، «إشكالية تطبيق الجزاءات المدنية على الممارسات المقيدة للمنافسة»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بجاية، العدد 02، 2017، ص. 234.

ولتفادي ذلك يمكن اللجوء إلى مجلس المنافسة الذي يتمتع بوسائل فعالة للبحث عن الأدلة، أو اللجوء مباشرة إلى الجهات القضائية المعنية والمطالبة بتدخل سلطة ضبط المنافسة في الدعوى المدنية من أجل تقديم رأيها¹.

وقد أدت صعوبة إثبات الممارسات المنافية للمنافسة بالمشرع الفرنسي للتدخل مؤخرا بموجب أمر مؤرخ في 09 مارس 2017²، تطبيقا للتعليمية الأوروبية المؤرخة في 26 نوفمبر 2014³، من أجل تيسير طريقة الإثبات، وذلك بتكليف القواعد المطبقة على عملية تبادل الوثائق التي تحتوي على معلومات حساسة، مما يجعل من الممكن إقامة توازن بين حق الضحايا في الحصول على الأدلة اللازمة للاعتراف بحقهم في التعويض، ومن ناحية أخرى، حماية سرية الأعمال Le secret des affaires.

هذا زيادة على ما تثيره مسألة تقدير التعويض من إشكالات بسبب إمكانية أن يقتصر القاضي في الحكم به على الرجوع لما لحق المدعي من ضرر وما فاتته من كسب، ويغض النظر عن جسامه الخطأ وما حققته المؤسسة المخالفة من فوائد، وللإمام بهذه المسائل يمكن للقاضي الاستعانة بخبير لتحديد مبلغ التعويض المستحق، وعدم الاقتصار على التقدير الجزافي له⁴. حيث أشارت محكمة عدل المجموعة الأوروبية في أحد قراراتها، بخصوص تحديد الضرر المستوجب للتعويض، أن المتضرر يمكن أن لا يقتصر طلبه الرامي للحصول على تعويض على الضرر الحقيقي الذي لحقه فحسب، بل يمكن أن يمتد ذلك

¹ فرحات زموش، «المتابعة القضائية للعبء الاقتصادي المخالف لقواعد قانون المنافسة»، مداخلة في الملتقى الوطني المنظم حول "حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 03 و04 أبريل 2013، غير منشورة، ص. 04.

² Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n°0059 du 10 mars 2017.

³ La directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommage et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence.

⁴ إملول ريمة، المرجع السابق، ص. 237.

إلى ما فاتته من ربح¹، وهو ما تبنته بدورها التعليمية الأوروبية الصادرة سنة 2014 سابقة الذكر².

وعلى هامش إصلاح الضرر، فإن القاضي المدني يملك إمكانية الأمر بالامتناع أو الالتزام بالقيام بفعل معين، أو التوقف عن الممارسات المنافية للمنافسة، مع إمكانية أن يكون تنفيذ هذه الإلتزامات مصحوبا بغرامات³.

الفرع الثاني: مساهمة القاضي المدني في وظيفة الضبط الاقتصادي عن طريق الرقابة على قرارات مجلس المنافسة

إذا كانت قرارات مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة محصنة من المراجعة من قبل السلطة التنفيذية نظرا لخاصية الاستقلالية التي يتمتع بها المجلس، فهي غير محصنة من مراجعتها من طرف القضاء الذي يتمتع بصلاحيات نظر الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة (أولا)، وهو ما يسمح للقاضي الناظر في الطعن إمكانية تعديل أو إلغاء القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة، مما يجعله يساهم بدوره في وظيفة الضبط الاقتصادي وقمع ممارسات المؤسسات المخلة بتنافسية الأسواق الاقتصادية بما فيها سوق الطلب العمومي (ثانيا).

¹ CJCE 13 juillet 2006, Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni, Aff. C-295/04 à C-298/04. §99: "La victime doit pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (damnum emergens) mais également du manque à gagner (lucrum cessans), ainsi que le paiement d'intérêts". Voyez : Guillaume Zambrano, op.cit, p.281.

² Voyez : Articles 12 et 13 de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, précitée.

³ عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، المرجع السابق، ص.114.

أولاً: سلطة القضاء المدني بنظر الطعون ضد قرارات المجلس

إن الطابع الإداري لمجلس المنافسة يعتبر أمراً مؤكداً بعد أن وصفه المشرع بذلك صراحة في المادة 23 من الأمر المتعلق بالمنافسة¹، ويترتب على ذلك اعتبار الأعمال الصادرة عنه تصرفات وقرارات إدارية، وبناء على ذلك فإنه من المفروض أن المنازعات الناشئة عن تلك الأعمال والقرارات تخضع إلى القاضي الإداري، باعتباره هو القاضي الطبيعي والعادي لتلك المنازعات.

غير أننا نجد أن القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة و يثور بشأنها نزاع، يطعن فيها أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة الذي يفصل في المواد التجارية²، باستثناء قرار رفض التجميع الذي يطعن فيه أمام مجلس الدولة³، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اتجه نفس اتجاه المشرع الفرنسي الذي جعل هذا الاختصاص من صلاحيات محكمة استئناف باريس، علماً، بأن اختصاص الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة ومحكمة استئناف باريس بنظر هذه الطعون هو اختصاص مانع، حيث لا يمكن لأية جهة قضائية أخرى ممارسة هذا الاختصاص.

وهو ما يثير الاستغراب في مجال بحثنا بسبب كون هذه الجهات القضائية تنظر في منازعة ذات أصل إداري نظراً لصدور القرارات المطعون فيها أولاً عن هيئة إدارية مستقلة، وثانياً بسبب تعلق هذه الطعون بممارسات وقعت أيضاً في مجال من مجالات القانون

¹ نصت هذه المادة على أنه: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة. يكون مقر مجلس المنافسة في مدينة الجزائر".

² حسب ما تقضي به المادة 63 من قانون المنافسة التي تنص على أنه: "تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية".

³ المادة 19 الفقرة الثالثة من قانون المنافسة، سابقة الذكر.

العام، المتمثل في الصفقات العمومية والعقود الإدارية، زيادة على عدم تمتعها بمثل سلطات ووسائل القضاء الإداري المشار إليها سابقا في مجال المنافسة.

لذلك قامت محكمة التنازع الفرنسية بالتدخل عدة مرات لتذكير محكمة استئناف باريس بأن مجال اختصاصها لا يمكن أن يتجاوز حدود سلطات الجهاز الذي تراقب قراراته، وبذلك يتحدد مجال رقابة هذه الهيئات في مجال الصفقات العمومية بالممارسات المنافية للمنافسة الصادرة عن المرشحين، أي المؤسسات في مفهوم قانون المنافسة، دون أعمال المشتري العمومي الخارجة عن ممارسة نشاط اقتصادي¹.

من جهة أخرى، حددت صلاحية الطعن في قرارات مجلس المنافسة، لأطراف القضية المتضررين من قرار مجلس المنافسة باعتبارهم الأشخاص المعنيين مباشرة بالقضية، ويختلف هؤلاء حسب طبيعة القرار، سواء كانوا المعنيين بالعقوبات في حالة إقرار المجلس عقوبات إدارية أو إجراءات وقائية، أو المتضررين من رفض الإخطار أو إقرار انتفاء وجه الدعوى وغيرها من مقررات المجلس.

كما يمكن للوزير المكلف بالتجارة أن يطعن في قرارات المجلس حتى وإن لم يكن هو من أخطر المجلس²، وذلك على غرار ما هو معتمد في القانون الفرنسي الذي خول صلاحية الطعن في قرارات سلطة المنافسة لوزير الاقتصاد، زيادة على إقرار حق الطعن لكل طرف تضرر من قرارات مجلس المنافسة، ولم يكن طرفا في القضية، بحيث يمكن مباشرته للطعن في أي مرحلة تكون فيها القضية المطروحة أمام المجلس، وفقا لأحكام المادة 68 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة³.

¹ Alain Guedj, art. préc., p. 04 et s.

² المادة 63 الفقرة 01 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

³ نصت هذه المادة على أنه: "يمكن الأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة والذين ليسوا أطرافا في الطعن، التدخل في الدعوى، أو أن يلحقوا بها في أية مرحلة من مراحل الإجراء الجاري، طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية". ورجوعا لقانون الإجراءات

تجدر الإشارة إلى أنه حسب القانون الفرنسي للمنافسة، يمكن لرئيس مجلس قضاء باريس إدخال أشخاص في النزاع تلقائيا إذا كان الطعن المرفوع أمامه يمس بمصالحهم، حيث تبلغ هذه الأطراف رغم كونها لم تكن طرفا متنازعا أمام مجلس المنافسة¹.

أما بالنسبة لميعاد الطعن، فقد ميز المشرع الجزائري بين ميعاد الطعن في قرارات مجلس المنافسة التي تكون في الموضوع، والتي يجب أن تكون في ميعاد شهر واحد من تبليغ القرار، وميعاد الطعن بالنسبة للإجراءات المؤقتة والذي يكون في أجل 20 يوم².

وبعد الإشارة للجهة المختصة بنظر الطعن، والأشخاص المعنية به وميعاده، نتساءل عن حدود سلطة القضاء عند نظره للطعن المرفوع ضد قرارات مجلس المنافسة؟.

ثانيا: صلاحيات القاضي المدني عند نظر الطعن

رجوعا لما هو معمول به في فرنسا، نجد أنه تم منح محكمة استئناف باريس سلطة تعديل أو إلغاء قرارات مجلس المنافسة، ويكون للأطراف المعنية سواء الطعن بالإلغاء أو التعديل، وذلك بمقتضى المادتين L.464-7 و L.464-8 من القانون التجاري، بحيث تتعلق المادة الأولى بالإجراءات التحفظية، أما الثانية فتتعلق بالطعن في القرارات الأخرى، كقرار بأن لا وجه للمتابعة، أو قرارا فرض العقوبات المالية، أو الأوامر.

المدنية والإدارية، نجد المادة 194 منه تنص على أنه: "يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريا أو وجوبيا. لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة. يتم التدخل تبعا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى. لا يقبل التدخل أمام جهة الإحالة بعد النقض، ما لم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك".

¹ Guy Canivet, Marie-Chantal et Boutard-Labarde, op.cit, p. 226.

² كان ميعاد الطعن بالنسبة للإجراءات المؤقتة قبل صدور تعديل 12/08 محمدا ب 08 أيام كأقصى أجل.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد فصل في مسألة منح الجهة المختصة بالطعن سلطة إلغاء قرارات مجلس المنافسة أو تعديلها، فإن المشرع الجزائري، لم يشر إلى هذه السلطات بشكل صريح ضمن المواد المتعلقة بممارسة الطعن ضد قرار مجلس المنافسة¹.

وأمام هذه الوضعية، ولعدم وجود أي نص يحدد نطاق صلاحيات جهة الطعن، فإن الجهة المختصة يمكنها إعادة نظر القضية من بدايتها واتخاذ الإجراء المناسب بشأنها، وبذلك يمكن لها إلغاء قرار المجلس أو تعديله أو القضاء بتأييد ما جاء فيه، وبذلك يكون لمجلس قضاء الجزائر العاصمة ممارسة رقابته على شرعية القرارات الإدارية التي يتخذها مجلس المنافسة، من خلال رقابته على مشروعية القرار الداخلية والخارجية حتى يتمكن من إصدار قراره بشأنه.

وفي هذا الإطار، يكون له سلطة التأكد من احترام مجلس المنافسة للإجراءات الشكلية المرتبطة بالقرارات الصادرة عنه لاسيما ما يتعلق بالتسبيب، واحترام مسائل الاختصاص، وضمانات أطراف القضية المشار إليها سابقا. كما تنصب الرقابة من جهة أخرى على مدى احترام المجلس للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في قانون المنافسة، لاسيما مسألة التحليل الاقتصادي الذي بني على أساسه القرار، ومدى صحة تكييف المجلس للوقائع التي نظرها.

وعلى هذا الأساس، تسمح هذه السلطات لجهة الطعن بالمساهمة في وظيفة الضبط الاقتصادي، الذي سماه البعض بالضبط من المستوى الثاني *La régulation de deuxième niveau*، بحيث يكون القاضي عند تعديله لقرار سلطة الضبط الأولى (أي مجلس المنافسة)، قد شارك في وظيفة الضبط ولو بطريقة غير مباشرة².

¹ المواد 63، 64، و65 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

² موساوي ظريفة، المرجع السابق، ص. 03.

أما بالنسبة لأثر الطعن في قرارات مجلس المنافسة، فالأصل أنه لا يوقف التنفيذ، إلا أنه في حالات استثنائية يمكن أن يكون له أثر موقوف، عندما تستدعي الظروف أو الوقائع ذلك، وهذا وفقا لأحكام الفقرة 03 من المادة 63 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة¹.

تجدر الإشارة في الأخير، إلى أن كل القرارات القضائية الصادرة عن الهيئة المختصة بنظر الطعون الموجهة ضد قرارات مجلس المنافسة، يمكن أن تكون محلا للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وإجراءات مباشرته تكون وفقا للقواعد العامة في ظل غياب نصوص خاصة تحدد ذلك.

كخاتمة للفصل الأول من هذا الباب، يمكن القول أن القاضي الإداري يعتبر مختصا بنظر المنازعات المرتبطة بالممارسات المنافية للمنافسة عند توليه نظر مدى مشروعية الأعمال الإدارية التي من شأنها الإخلال بتنافسية الأسواق الاقتصادية، ومن بينها سوق الطلب العمومي، أو عند توليه تقدير مسؤولية الإدارة عن هذه الأعمال، وذلك باستناده على قواعد قانون المنافسة لاسيما عندما تكون هذه الأعمال متصلة بقرارات السلطة العامة، أو تعتبر مصدرا أساسيا للممارسات المنافية للمنافسة، حيث يتمتع في هذا الإطار باستقلالية ومرونة واسعة لتعدد المصادر التي يمكن أن يبرر بها تدخله (مبدأ حرية الصناعة والتجارة، مبدأ المساواة في مجال قانون الصفقات العمومية، قواعد المنافسة...)

أما بالنسبة للقاضي العادي، فالملاحظ سواء في ظل القانون الفرنسي أو الجزائري، أن دوره محدود في مجال الرقابة على الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، نظرا لإزاحة القاضي الجزائري من مجال المنافسة بفعل إزالة التجريم لاسيما حسب

¹ تنص الفقرة 03 من المادة 63 من قانون المنافسة على أنه: "لا يترتب على الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أي أثر موقوف لقرارات مجلس المنافسة. غير أنه يمكن رئيس مجلس قضاء الجزائر، في أجل لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوما، أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و46 أعلاه، الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة".

النموذج الجزائري، زيادة على عدم اختصاص القاضي المدني في هذا الميدان إلا فيما يتعلق بدعاوى التعويض والبطلان، ومشاركته للقضاء الإداري في نظر الطعون المرفوعة ضد قرارات مجلس المنافسة.

الفصل الثاني:

الرقابة المؤسسية على الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية (مجلس المنافسة)

إن الرقابة على الممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية من طرف مجلس المنافسة، تطرح مسألة الصلاحيات المخولة له في هذا الإطار، وكذا الإجراءات القانونية لإثبات الممارسات وإدانة المتورطين فيها، وبالتالي تطبيق العقوبات المقررة لها، علما بأن إثبات هذه الممارسات تكتنفه عدة صعوبات نظرا لاستخدام وسائل فنية عند اقترافها وطابعها السري، مما يعقد إجراءات الكشف عنها¹.

وهو ما يشكل تحديا للمجلس من أجل التكفل بالمهام الجديدة المنوطة به منذ سنة 2008، من خلال توسيع مجال اختصاصه ليشمل ميدان الصفقات العمومية باعتبارها مصدرا محتملا للممارسات المنافسة للمنافسة، لاسيما وأنه يتمتع نظريا بصلاحيات واسعة (المبحث الأول)، تخوله استعمال العديد من وسائل الرقابة لتجسيدها (المبحث الثاني).

¹ تامر محمد صالح، المرجع السابق، ص. 76.

المبحث الأول:

صلاحيات مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية: بين محدودية الدور القراري وغموض الدور الاستشاري

اعتمدت فرنسا الحماية المؤسساتية للمنافسة منذ تاريخ 09 أوت 1953 باستحداث "اللجنة التقنية للاتفاقات"¹، ثم "اللجنة التقنية للاتفاقات ووضعيات الهيمنة"²، إلى غاية صدور قانون Raymond Barre³، الذي ألغى اللجان السابقة، وأنشأ "لجنة المنافسة" التي لم تتأكد طبيعتها كسلطة إدارية مستقلة إلا بتاريخ 30 ديسمبر 1985.⁴

وبصدور الأمر المؤرخ في 01 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة والأسعار، تم تعويض لجنة المنافسة بمجلس المنافسة الذي تم تحويله سلطات قرارية وأخرى استشارية، حيث مارس هذا الأخير مهامه كضابط اقتصادي للمنافسة في السوق، إلى غاية تحويله إلى سلطة المنافسة سنة 2009.⁵

أما في الجزائر، فرغم أن القانون رقم 12/89 المؤرخ في 05 جويلية 1989 المتعلق بالأسعار، يعتبر القانون الذي كرس لأول مرة مبدأ المنافسة وإن كان ذلك بصفة غير مباشرة، من خلال حرية الأسعار التي أخضعها لنظامين متميزين هما نظام الأسعار المقننة

¹ Décret n° 53-704 du 9 août 1953 dit décret Anti-trust réglementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence, JORF du 10 août 1953.

² Loi de Finances n° 63-628 du 02 Juillet 1963 rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, JORF du 3 juillet 1963.

³ Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, JORF du 20 juillet 1977.

⁴ Loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, JORF du 31 décembre 1985.

⁵ Loi n° 2008/776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie, précitée.

ونظام الأسعار المصريح بها¹، إلا أن هذا القانون لم يتضمن إنشاء أي جهاز يسهر على حسن سير المنافسة في الأسواق الاقتصادية، حيث لم يتحقق ذلك إلا في ظل الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، الملغى بموجب الأمر رقم 03/03 والذي أكد على أهمية الدور المنوط بمجلس المنافسة، مواكبة منه لما هو مكرس عالميا، من خلال الاعتماد على حماية مؤسساتية للمنافسة.

وبذلك تم تخويل مجلس المنافسة سلطة اتخاذ القرار والاقترح وإبداء الرأي حول جميع المسائل التي تدخل ضمن اختصاصه، سواء كان ذلك بمبادرة منه عن طريق التدخل التلقائي l'Auto saisine، أو كلما طلب منه ذلك، من طرف الأشخاص المؤهلة قانونا²، ومن ثمة تشكيل ملف حول الممارسات المرفوعة أمامه، أو تلك التي بادر بالمعينة فيها من أجل اتخاذ القرار المناسب وفقا لأحكام الأمر المتعلق بالمنافسة، وإلى جانب ذلك يلعب مجلس المنافسة دور هيئة استشارية أمام السلطات التشريعية والتنفيذية، فيما يخص تحضير مشاريع النصوص القانونية والتنظيمية التي لها علاقة بالمنافسة.

وعليه نشير إلى أن المجلس يضطلع بنوعين من المهام، منها ما يتعلق بالوظيفة القرارية ومنها ما يتعلق بالجانب الاستشاري (المطلب الأول)، على أنه عند الرجوع للواقع العملي بخصوص نشاطات مجلس المنافسة في الجزائر، نجد أن هذا الأخير يعاني من عدة صعوبات أثرت سلبا على أداءه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطات المجلس النظرية في ميدان ردع الممارسات المنافية للمنافسة

يتدخل مجلس المنافسة في كل الخلافات التنازعية المرتبطة بالمنافسة، ويتمتع كما سبقت الإشارة إليه بسلطة اتخاذ القرار، كلما كانت الممارسات والأعمال المودعة أمامه أو

¹ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03/03 والقانون 04/02، المرجع السابق، ص. 26.

² المادة 34 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

المثبتة تدخل في إطار تطبيق المواد من 06 إلى 12 من الأمر المتعلق بالمنافسة، حيث يمكن لهذه الممارسات أن تقع في مجال الطلب العمومي وبذلك يختص مجلس المنافسة بنظرها ضمن إطار معين (الفرع الأول)، كما يتمتع المجلس بصلاحيات استشارية من شأنها المساهمة في الارتقاء بشفافية ونزاهة المنافسة في سوق الطلب العمومي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صلاحيات المجلس القرارية في ميدان الصفقات العمومية

يتدخل مجلس المنافسة في حل الخلافات التنازعية المتعلقة بالمنافسة، في إطار تحقيق أكبر قدر من الشفافية في ميدان الممارسات المنافية للمنافسة، حيث يعتبر الضابط الأساسي للمنافسة خصوصا في ظل السلبيات التي ظهرت بعد تخويل القضاء سلطة ردع الممارسات المخلة بتنافسية الأسواق الاقتصادية، مما يتطلب توضيح مجال التدخل القراري للمجلس (أولا)، على أنه ليس كل ما يتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة يعد من اختصاص المجلس وإنما هناك حالات تخرج لسبب أو لآخر من اختصاصه (ثانيا).

أولا: مجال الاختصاص القراري للمجلس

لضبط المنافسة في شتى الميادين الاقتصادية، ينظر مجلس المنافسة الجزائري، على غرار سلطة المنافسة الفرنسية¹، في: الممارسات والأعمال المدبرة الصريحة والضمنية²، التعسف في استغلال وضعية الهيمنة³، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية⁴، وعرض أسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي⁵.

¹ Articles L420-1 à L420-7 du Code de commerce.

² المادة 06 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، سابقة الذكر.

³ المادة 07 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، سابقة الذكر.

⁴ المادة 11 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، سابقة الذكر.

⁵ المادة 12 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، سابقة الذكر.

ومثلما بيناه في الباب الأول من هذا البحث، فإن الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية قد تكون صادرة عن المؤسسات العارضة، أو عن الإدارة، حيث يختص مجلس المنافسة بنظر الصنف الأول منها، أي تلك الصادرة عن المؤسسات العارضة، لاسيما الاتفاقات، والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة.

أما بخصوص استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، فلا يتصور قيامها في مجال الصفقات العمومية، لذلك لم يتم تناولها بالدراسة عند الحديث عن أصناف الممارسات المنافسة للمنافسة، على أساس أن صفة الموزع أو الممون التي تشترطها المادة 11 من قانون المنافسة الجزائري¹، والمادة 2-420 L. من القانون التجاري الفرنسي، لا تشمل المشتريين العموميين المشار إليهم في تنظيم الصفقات العمومية²، حيث تقتصر على فئة المشتريين العموميين الذين لهم صفة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تقوم هذه الأخيرة بإبرام صفقة عمومية ممولة جزئيا أو كلياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من

¹ تنص المادة 11 من الأمر رقم 03/03 على أنه: "يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى، بصفتها زبونا أو ممونا إن كان ذلك يخل بقواعد المنافسة. يتمثل هذا التعسف على وجه الخصوص في: - رفض البيع بدون مبرر شرعي، - البيع المتلازم أو التمييزي، - البيع المشروط باقتناء كمية دنيا، - الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى، - قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، - كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق".

رجوعا لبعض الاجتهادات المقارنة، نجد أن مجلس المنافسة التونسي "سحب وضع التبعية الاقتصادية على حالة مؤسسة وطنية ذات طابع تجاري مختصة في توزيع الكتب والمنشورات، حين تمسكت لديه بأن دار نشر أجنبية معروفة امتنعت عن تزويدها بمجموعة كتب كانت تعهدت باقتنائها، في إطار إنجاز صفقة عمومية لفائدة وزارة الثقافة والمحافظة على التراث، متعمدة في ذلك أسلوب المماثلة من خلال موافقتها في بادئ الأمر على طلبيتها، ثم رفضها لأسباب غير موضوعية. وقد أقر المجلس بأن ثبوت وصف التبعية الاقتصادية، وإن كان يقتضي تلازم عناصر أربعة هي شهرة علامة المزود، وأهمية نصيبه بالسوق، وحجم حصته ضمن إجمالي رقم المعاملات الراجع إلى التاجر، وانعدام البدائل عند تزود هذا الأخير، إلا أن تقدير حالة التبعية الاقتصادية يمكن أن يراعى أيضا صورا مخصصة وأوضاعا معينة، مثلما هو الشأن في وضعية الحال، كما أقر بأن العلاقة التجارية بين المدعية ودار النشر المدعى عليها ولدت وضعية استثنائية، تتمثل في ارتقاء الطلبية موضوع النزاع الراهن إلى مرتبة السوق المستقلة بذاته، والمنفصلة عن سوق النشر والتوزيع، كما فرضت على المدعية وصفا يسوغ اعتباره من قبيل الخضوع إلى حالة تبعية اقتصادية. بحكم ارتباط التزامها مع المشتري العمومي بقائمة عناوين تم إعدادها على ضوء الاتفاق الأولي مع الناشر الأجنبي المدعى عليه، وبحكم ارتباط الصفقة بأجال يتعين احترامها تحت طائلة التعرض للجزاء الذي يسلطه نظام الصفقات العمومية المعمول به، والتمثل في حجز مبالغ الضمان النهائي، وفسخ الصفقة من قبل المشتري العمومي ومن جانب واحد".

يراجع: التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس، المرجع السابق، ص. 41.

² تراجع المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية. وبالتالي، يصعب تصور قيام ممارسة تعسف في استغلال وضعية تبعية اقتصادية، يكون أحد أطرافها باقي الهيئات الخاضعة لقانون الصفقات العمومية، نظرا لعدم سعيها لتحقيق أهداف اقتصادية ترتبط بالتوزيع أو التموين.

كما لا يختص مجلس المنافسة بمتابعة ممارسة العرض أو البيع بأسعار منخفضة بشكل غير عادي في مجال الصفقات العمومية، للأسباب المشار إليها آنفا.

من جهة أخرى، ينظر مجلس المنافسة في طلبات التجميع التي تقدم له وجوبا من طرف أصحابها¹، حيث يتمتع بسلطة قبول التجميع أو رفضه بقرار معلل، ويدخل في هذا الإطار، رغبة المؤسسات المرشحة لنيل الصفقات العمومية، تشكيل تجمع مؤقت لمؤسسات، سواء بالشراكة أو بالتضامن.

ومن صلاحياته أيضا أن يقوم بناء على طلب من المدعي أو الوزير المكلف بالتجارة باتخاذ تدابير مؤقتة في شكل أوامر، تهدف إلى ضمان حرية المنافسة في قطاع معين، كاتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المنافية للمنافسة موضوع التحقيق، إذا اقتضت الظروف المستعجلة ذلك²، خصوصا من أجل تفادي وقوع ضرر محقق لا يمكن إصلاحه لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها³، أو عند الإخلال بالمصلحة الاقتصادية العامة، بحيث يقدم هذا الطلب في أية مرحلة كانت عليها الإجراءات، ويجب أن يكون مسببا تسببا كافيا، وذلك من طرف نفس الأشخاص المؤهلة لإخطار المجلس⁴.

¹ المادة 17 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

² المادة 46 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

³ Véronique Sélinsky, op.cit., p.19.

⁴ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص. 251.

ومن خلال هذه المهام الأساسية المعترف بها للمجلس، والتي من شأنها تحقيق أكبر قدر من الشفافية في ميدان الممارسات المنافسة للمنافسة، أراد المشرع أن يجعل من المجلس الضابط الأساسي والخبير الرسمي في ميدان المنافسة، بعدما أظهرت سلطة القضاء محدوديتها، فمن جهة هذه القطاعات جد تقنية، ومن جهة أخرى أظهرت العدالة الجزائية تأخرها، فمبدأ إزالة التجريم من شأنه أن يسمح لمجلس المنافسة بالتدخل في مجالات مهمة لا يمكن ضبطها بالقنوات التقليدية، بالموازاة مع تبني فكرة السلطة القمعية لمجلس المنافسة في المجال الاقتصادي¹.

ثانياً: حدود الوظيفة القرارية للمجلس في مجال الصفقات العمومية

بالرغم من أن المشرع حدد مجالاً يمارس فيه مجلس المنافسة وظيفته القرارية في الأسواق الاقتصادية عامة، وفي الصفقات العمومية خاصة، إلا أن هناك حدوداً ينبغي احترامها، بحيث لا يعود الاختصاص فيها إلى المجلس بالرغم من كونها ترتبط بالممارسات المنافسة للمنافسة، وتتمثل هذه الأعمال في مجال الصفقات العمومية في ممارسات المشتري العمومي المتصلة بممارسة صلاحيات السلطة العامة، وبتسيير المرفق العام، وإن كان من شأنها الإخلال بالمنافسة في سوق الصفقات العمومية، حيث يختص بنظر مشروعية مثل هذه الأعمال الإدارية القاضي الإداري.

وبذلك لا يختص مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية وفقاً لاجتهادات هيئات المنافسة بفرنسا، إلا بخصوص ممارسات المؤسسات المرشحة المنافسة للمنافسة، حتى وإن كان للمشتري العمومي دور في تسهيل ارتكابها أو الاشتراك فيها، مادام لم يباشر نشاطاً اقتصادياً²، مع التأكيد على أن الممارسات التي يختص بنظرها المجلس في مجال

¹ Pierre Gauthier et Lauret Bianca, Droit pénal des affaires, Editions Economica, 06^{ème} édition, Paris, 1996, p. 242.

² CA Paris. 30 mai 1995, BOCCRF 8 sept. 1995, p.373. "le Conseil de la concurrence n'est compétent que pour sanctionner les entreprises même si les personnels bénéficiaires des prestations et l'administration chargée d'en effectuer le

الصفقات العمومية، محددة بإطار زمني يقتصر على الفترة ما بين الإعلان عن الصفقة العمومية، ومنحها النهائي حسب قانون المنافسة الجزائري.

كما لا يختص بإبطال الاتفاقات والعقود، سواء كانت هذه العقود ذات طابع مدني، يختص بنظر دعوى إبطالها القاضي المدني، أو ذات طابع إداري، حيث يختص القاضي الإداري بدوره بنظر دعوى إبطال العقود الإدارية والصفقات العمومية المتحصل عليها بسبب التحايل على المشتري العمومي أو ابتزازه¹، ويعتبر غير مختص في نفس الصدد، بالفصل في طلبات التعويض²، سواء كانت مرفوعة من طرف الإدارة باعتبارها ضحية لممارسات منافية للمنافسة في إطار صفقة عمومية، أو من طرف أحد المرشحين بسبب قراراتها المخلة بتنافسية سوق الطلب العمومي، حيث يختص بنظر هذه الدعاوى القاضي الإداري، وليس مجلس المنافسة.

هذا زيادة على عدم اختصاص المجلس بنظر المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعية، وذلك على خلاف ما كان عليه الحال في ظل الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، الملغى، حيث سبقت الإشارة إلى مسألة التخفيف الواسع من الطابع القمعي لقانون المنافسة، عن طريق حذف العقوبات الجزائية عملاً بمبدأ إزالة التجريم والتركيز بصفة أكثر على العمل الوقائي.

remboursement avaient par leur compromission ou leur complaisance, déterminé ou facilité la mise en œuvre et la persistance de ces pratiques". Voyez : Souhir Fourati, op.cit., p. 379.

¹ المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، سابقة الذكر.

² وفقاً لنص المادة 48 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضرراً من ممارسة مقيدة للمنافسة وفقاً لمفهوم الأمر المتعلق بالمنافسة، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به، وبالتالي، يعتبر مجلس المنافسة غير مختص لتقرير التعويض للأشخاص المتضررة من الأعمال والممارسات المقيدة للمنافسة.

الفرع الثاني: غموض الوظيفة الاستشارية لمجلس المنافسة

يتمتع مجلس المنافسة الجزائري بصلاحيات استشارية في مجال المنافسة، وفقا للمادة 34 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، التي تشير إلى سلطته في "...الاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف معني..."، وهو ما يوحي لأول وهلة بأنه يتمتع بسلطات استشارية واسعة ينبغي الوقوف عند نطاقها (أولا)، وتقصي قيمتها القانونية (ثانيا).

أولا: دور استشاري محدود رغم أهميته

أشار فريق الخبراء الحكومي الدولي المعني بقوانين وسياسات المنافسة، ضمن توصياته عن أعمال دورته الثانية عشرة المنعقدة في جنيف، في الفترة من 07 إلى 09 جويلية 2012، إلى أن: "الهيئات المعنية بالمنافسة، وإن كانت لا تتولى المسؤولية عن تنفيذ عمليات المشتريات العامة أو وضع القواعد ذات الصلة، تنصح باستخدام وظيفتها الاستشارية من أجل الترويج لنظام مشتريات عامة يقوم على أساس مبدأ المنافسة"¹.

وباستقراء المادة 34 من قانون المنافسة الجزائري المشار إليها أعلاه، نلاحظ أنه على العكس من الوظيفة القرارية، التي تدفع مجلس المنافسة للتدخل في قضايا فردية للتجميعات أو ممارسات منافية للمنافسة، فإن مهمته الاستشارية تسمح له بالتدخل في كل مسألة لها صلة بالمنافسة وتقديم، إذا اقتضى الأمر، اقتراحات. غير أنه من ناحية ثانية، نجد أن المادتين 35 و36 من ذات القانون، تناقضان المادة 34 المشار إليها أعلاه، حيث

¹ تقرير فريق الخبراء الحكومي الدولي المعني بقوانين وسياسات المنافسة، عن أعمال دورته الثانية عشرة المنعقدة في جنيف، في الفترة من 07 إلى 09 جويلية 2012، مجلس التجارة والتنمية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، ص. 13.

أخضعت المهمة الاستشارية للمجلس لطلب الحكومة¹، مع جعلها أيضا متوقفة في الحالات الأخرى على طلب من الجماعات المحلية، والهيئات الاقتصادية، والمالية، والمؤسسات، والجمعيات المهنية والنقابية، وكذا جمعيات المستهلكين².

هذا الغموض جعل مجلس المنافسة الجزائري في حالة انتظار لطلبات الاستشارة في حين، ولحد كتابة هذه الأسطر، لا الجماعات المحلية ولا الهيئات الاقتصادية والمالية (باستثناء طلب واحد خلال سنة 2015 وارد من شركة أليانس للتأمينات)³، ولا جمعيات حماية المستهلك ارتأت ضرورة استشارة المجلس في القضايا المتعلقة بالمنافسة⁴.

ولفهم أهمية الدور الاستشاري للمجلس، يمكن على سبيل المثال ذكر القضية رقم 02/2014 الصادر بشأنها القرار المؤرخ في 02 مارس 2014، والمتعلقة بقيام أربعة شركات لاستيراد وتوزيع قاطرات الشاحنات بإيداع إخطار ضد شركة، Sarl Tirsam et Eurl Asma Corrosserie Industrielle، وذلك بسبب مشكل خاص بتطبيق المادة 13 من قانون المالية التكميلي لسنة 2014 عن طريق نص تنظيمي، فالمجلس اعتبر أن استشارته من طرف وزير المالية حول مشروع قانون المالية لسنة 2014 كان من شأنها أن تكون دعما حقيقيا، وتساهم على الأقل في لفت انتباه الهيئة المالية للمخاطر المنافية للمنافسة المستقبلية،

¹ تنص المادة 35 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يبيد مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة إذا طلبت الحكومة منه ذلك، ويبيد كل اقتراح في مجالات المنافسة، ويمكن أن تستشيرها أيضا في المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين".

² تنص المادة 36 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي 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 الانتاج والتوزيع والخدمات، - تحديد ممارسات موحدة في ميدان شروط البيع"

³ صدر بشأن هذا الطلب: الرأي رقم 2016/02 المؤرخ في 24 فبراير 2016 المتعلق بطلب شركة التأمين "أليانس للتأمين" حول ممارسات مقيدة للمنافسة مرتكبة من طرف شركة "كوسيدار"، في إطار صفقة عمومية. النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 04، مجلس المنافسة الجزائري، 2016، ص. 42.

⁴ بخصوص إجراءات طلب الاستشارة، تراجع المواد 15 و16 من القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، منشور في النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 03، مجلس المنافسة، 2014، ص. 04.

وكذا لما ستؤدي إليه من نقص في التحصيل الضريبي الناجم عن الإعفاء من الرسم على المنتجين المحليين بالنسبة للمستوردين¹.

أكثر من ذلك، فإن مجلس المنافسة لم يستشر في موضوع مشروع قانون إنشاء رخص الاستيراد، ولا حول مشروع قانون الاستثمار، أو مشروع القوانين الجديدة المتعلقة بالصحة²، والأدهى والأمر أنه لم تتم استشارته حتى بمناسبة إصدار تنظيم الصفقات العمومية الجديد³، رغم أن هذا الأخير، يشير لقانون المنافسة ضمن تأشيراته.

مقارنة بمجلس المنافسة الفرنسي، نجد هذا الأخير أكثر نشاطا وخبرة في الميدان، بحيث سبق وأن تمت استشارته حول عدة مسائل ترتبط بالمنافسة، لاسيما في مجال الصفقات العمومية، وحتى عندما يتم خصخصة قطاع ما عن طريق عقد امتياز، تمت استشارته للتأكد من أن منح هذه العقود يتم بشكل تنافسي، وأن التفويضات لا تمنح لفترات طويلة بشكل مفرط⁴، إذ أبدى رأيه حول عدة مشاريع نصوص تنظيمية، وقضايا تتعلق بالمنافسة في هذا القطاع الحساس، بصفة لا نجد لها مثيل في الجزائر، زيادة على استشارته بخصوص غالبية النصوص المتعلقة بالمجالات الحيوية لتطوير الأعمال (البنوك، الاتصالات، الطاقة، النقل، خدمات التوزيع، والتأمينات... إلخ)، علما بأن استشارة سلطة

¹ التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015، ص. 61.

² التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015، ص. 62.

³ تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، سابق الذكر.

⁴ Voyez: Avis n° 03-A-05, du 25 avril 2003 relatif à un projet réformant le code des marchés publics, Avis n° 00-A-25, du 20 novembre 2000 relatif à un projet de décret portant réforme du code des marchés publics, Avis n° 03-A-02 du 18 mars.2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public, et Avis n° 11-A-18 du 14 Novembre.2011 relatif à la création des sociétés publiques locales. Cités par : Zevounou Lionel, Le concept de concurrence en droit, op.cit, p. 224.

المنافسة الفرنسية بخصوص مشاريع القوانين التنظيمية التي من شأنها التأثير على المنافسة في الأسواق الاقتصادية، يعتبر أمرا إلزاميا حسب القانون الفرنسي¹.

جدير بالذكر أيضا، أن الجهات القضائية بإمكانها أن تطلب رأي مجلس المنافسة، فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المناهضة للمنافسة²، وهو ما من شأنه مساعدة القاضي الإداري في حالة تكفله بنظر دعاوى متعلقة بالمنافسة في إطار الصفقات العمومية.

ثانيا: القيمة القانونية لآراء المجلس

إذا كانت التشريعات المتعلقة بالمنافسة سواء في فرنسا أو الجزائر، قد نصت على إمكانية استشارة هيئات المنافسة بخصوص القضايا ذات الصلة بالمنافسة، فإنها لم تبين القيمة القانونية لهذه الاستشارة من حيث مدى إلزاميتها بالنسبة للأشخاص التي تطلبها.

باستقراء النصوص المتعلقة بالاستشارة في القانون الجزائري، نلاحظ أن استشارة مجلس المنافسة في حالة برمجة مشروع نص تشريعي أو تنظيمي يتضمن أحكام تتعلق بإحدى الحالات المذكورة أعلاه³، غير إلزامية على خلاف ما كان عليه الحال في ظل الأمر رقم 06/95⁴، وعكس أيضا القانون الفرنسي الذي يعتبر الاستشارة في هذا المجال ذات طابع إلزامي⁵. كما أن المواد المتعلقة بهذه الوظيفة تشير إلى أن الاستشارات المقدمة من

¹ Alexis Brunelle, art.préc., p. 06.

² المادة 38 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

³ جدير بالذكر أن الحالات المشار إليها في نص المادة 36 جاءت على سبيل المثال فقط، وهذا ما يفهم من عبارات المادة "كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي له صلة بالمنافسة أو يدرج تدابير من شأنها لاسيما...".

⁴ نصت المادة 20 من الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، الملقى، على أن: "يستشار مجلس المنافسة وجوبا حول كل مشروع نص تنظيمي له ارتباط بالمنافسة".

⁵ L'Art. L. 462-2 du code de commerce dispose que: "L'autorité est obligatoirement consulté par le gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet...".

طرف الحكومة تكون محل آراء أو رأي معلل من طرف مجلس المنافسة، بما يعني أن الحكومة حتى في حالة استشارته تكون غير ملزمة بأخذ رأيه.

ونفس الأمر ينطبق على استشارة المجلس من طرف المؤسسات والهيئات المشار إليها في المادة 35 الفقرة 02 من قانون المنافسة، والمتمثلة في الجماعات المحلية، والهيئات الاقتصادية، والمالية، والمؤسسات، والجمعيات المهنية والنقابية، وكذا جمعيات المستهلكين، وكذا الجهات القضائية حسب المادة 38 من ذات القانون.

وما يعزز هذا الطرح، تعديل المادتين 04 و05 من قانون المنافسة بموجب القانون رقم 10/05¹، الذي ألغى استشارة مجلس المنافسة حتى بمناسبة تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي، واستبدالها بتقديم المجلس اقتراحات مرتبطة بتحديد تدابير تحديد هوامش الربح والأسعار.

نلاحظ إذن أن دور مجلس المنافسة الجزائري الاستشاري أصبح يقتصر على تقديم اقتراحات، وهو ما يشكل تقليصا جديدا لدور المجلس واحتفاظا من السلطة التنفيذية بسلطة القرار، وعدم قبول التنازل عنها لسلطة مختصة في مجال ضبط السوق².

في الأخير، نشير إلى أن الأحكام المرتبطة بصلاحيات مجلس المنافسة في المجال القراري والاستشاري بقيت من الناحية الميدانية مجرد حبر على ورق نظرا لعدم توفر العناصر الأساسية لبناء سوق منظمة ومضبوطة، سواء من حيث تأطير عمل ونشاط المتعاملين الناشطين فيها، أو من حيث الظروف والوسائل التي يستلزم أن تتوفر لضبطها من طرف المجلس، وهو ما يستوجب تشخيص أسبابه.

¹ القانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل ويتم الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، ج.ر عدد 46 لسنة 2010.

² عمرون مراد، «مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة لضبط السوق»، مداخلة في الملتقى الوطني المنظم حول "آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، يومي 15 و16 ماي 2013، غير منشورة، ص. 05.

المطلب الثاني: تقييم نشاط مجلس المنافسة في الجانب العملي

مر على صدور النص المنشئ لمجلس المنافسة أكثر من 22 سنة، على أنه لم يلاحظ أي نشاط مكثف لهذا المجلس مقارنة مع حجم الصلاحيات المخولة له منذ صدور أمر 1995 المتعلق بالمنافسة¹، حيث لم يتم إعادة تنصيب المجلس، الذي يعتبر المفتاح الأساسي لضبط عملية المنافسة في الجزائر، إلا بتاريخ 29 جانفي 2013، بعد غياب عن الساحة المؤسسية دام لأزيد من 10 سنوات²، وقد واجهت مجلس المنافسة الجزائري منذ تاريخ إنشائه عدة صعوبات منها ما هو مرتبط بالتحويلات السياسية والاقتصادية التي مارس ويمارس فيها المجلس مهامه (الفرع الأول)، ومنها ما هو مرتبط بالجانب التنظيمي للمجلس (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تأثير التحويلات السياسية والاقتصادية في الجزائر على نشاطات المجلس

يرجع التطبيق المحتشم لأحكام قانون المنافسة منذ 1995 من طرف مجلس المنافسة، إلى الأوضاع السياسية التي عرفتها الجزائر خلال سنوات التسعينيات، وكذا الوضع العام للاقتصاد الوطني آنذاك، حيث يمكن ذكر عدة أسباب أثرت على أداء المجلس يمكن إجمالها في غياب شفافية الأنشطة الاقتصادية في السوق الجزائرية (أولا)، وغياب ثقافة المنافسة (ثانيا).

¹ بخصوص حصيلة مجلس المنافسة خلال نشاطه ما بين 1996 و2001 فقد كانت كالتالي: - عدد الإخطارات لا يتجاوز 75 إخطار، ولا مرة واحدة أخطر المجلس نفسه، 55 منها للاستشارة، و20 منازعة. - أصدر المجلس خلال نفس الفترة 20 قرار، 17 منها بعدم القبول، و03 بالبت في الموضوع. يراجع: أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 263.

² النشرة الرسمية للمنافسة رقم 04 لسنة 2014، مجلس المنافسة، ص. 07.

أولاً: عدم شفافية الأنشطة الاقتصادية كعامل مؤثر على أداء المجلس

عانت الجزائر خلال سنوات التسعينيات زيادة على الوضع الأمني المتردي، وضعا اقتصاديا هشا، حيث كانت المديونية الداخلية والخارجية للدولة مرتفعة جدا، زيادة على تبعات النظام الاقتصادي الاشتراكي الذي تبنته الدولة مباشرة بعد الاستقلال، وأثره على مركزية القرارات، وسياسة دعم الدولة للأسعار، وغيرها من الممارسات السلبية التي تسببت في غياب المنافسة ما بين المؤسسات في فروع اقتصادية شبه كاملة، وتعزيز سياسة الاحتكار.

ومن أجل إعطاء وجه ايجابي تجاه الشركاء التجاريين الأجانب عامة، وتجاه صندوق النقد الدولي خاصة، سارعت الجزائر إلى إصدار ترسانة من النصوص القانونية ذات طابع ليبرالي، دون توفير الشروط والظروف الملائمة لتجسيدها في الميدان¹.

وذلك بالموازاة مع ما اتسم به الاقتصاد الوطني خلال هذه الحقبة، من ركود تام حيث إلى جانب تدهور عائدات الدولة النفطية، انخفضت العائدات القليلة الأخرى الناتجة عن التصدير خارج المحروقات، كما انهيار الإنتاج الوطني مما تسبب في بروز ظاهرة ندرة المواد المختلفة في السوق، خاصة الأساسية منها²، وعلى هذا الأساس، يمكن القول أن قانون المنافسة لسنة 1995 لم يوضع قصد تجسيده فوراً في الميدان، بحيث لم يكن من المنطقي تصور نظام تنافسي في ظل الأزمة والندرة³.

¹ من أمثلة هذه القوانين: الأمر رقم 22/95 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، سابق الذكر، والمرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر عدد 11 الصادرة بتاريخ 19 فبراير 1993، وغيرها.

² قايس شريف، «عدم فعالية نشاط مجلس المنافسة في الجزائر»، مداخلة في الملتقى الوطني حول "حماية المستهلك والمنافسة"، المنظم من طرف كلية الحقوق بجامعة بجاية، يومي 17 و18 نوفمبر 2009، غير منشورة، ص. 07.

³ نفس الملاحظة نسجلها بخصوص قانون الأسعار لسنة 1989 الذي حمل في طياته أفكار الإيديولوجية الاشتراكية، كونه اعتمد على نظام الأسعار المقننة كقاعدة عامة، بما يتناقى مع دستور 1989 الذي أقر بالملكية الخاصة التي تعتبر من بؤادر النظام الاقتصادي الحر، كما

أما مع نهاية التسعينيات، ورغم تحسن الموارد المالية للدولة، مما مكّنها من الدفع المسبق للديون الخارجية من جهة، وامتصاص العجز المالي الداخلي من جهة أخرى، إلا أن الجزائر، لم تتمكن من بناء اقتصاد تنافسي حقيقي في ظل الاعتماد الكلي على المواد المستوردة التي تتركز على مراكز احتكارية مختفية.

وقد تسبب تميز الأسواق الاقتصادية في الجزائر بالفوضى وعدم التنظيم في انتشار رهيب للممارسات المنافية للمنافسة في غالبية الأسواق الاقتصادية ومن بينها سوق الطلب العمومي، والغريب في الأمر أنه رغم عدم شرعية هذه الممارسات، غير أنه أصبح مسموح بها نسبيا ومعترف بها من طرف الجميع، وهو ما يظهر تغلغل الفوضى في الاقتصاد الجزائري (غير الرسمي)، الذي أصبح يستقطب الأعوان الاقتصاديين ممن يفضلون الربح السهل.

كل ذلك صعب على مجلس المنافسة متابعة الأسواق ميدانيا، خصوصا وأن أغلب المعاملات الاقتصادية كانت ولا زالت تتم بصفة غامضة وسرية، وهو الوضع الذي جعله عاجزا على قياس حصص السوق العائدة لكل متعامل اقتصادي حتى يقرر مدى تعسفه في الهيمنة عليه، بل حتى الحكومة وقفت عدة مرات عاجزة على التصدي للمضاربة التي تحد من الدخول إلى السوق للعديد من المتعاملين الاقتصاديين، وكذا أمام الارتفاع المفئعل لأسعار العديد من المواد¹.

وبطبيعة الحال كان من شأن انعدام الشفافية في المعاملات الاقتصادية، التأثير سلبا على ميدان الصفقات العمومية، حيث أدى الحجم الكبير للبرامج الخماسية الخاصة المعدة من طرف رئاسة الجمهورية، والتي مست جميع القطاعات في بعض الحالات للمنح المسبق للصفقات للمتعاملين المختلفين، ثم القيام بمطابقتها لقانون الصفقات العمومية،

أن المنافسة في تلك الفترة، لم تكن مجسدة فعليا بل كانت مجرد أحكام نظرية نظرا لعدم الإقرار الصريح لمبدأ حرية التجارة والصناعة، الذي يعتبر من أهم مبادئ الاقتصاد الحر، إضافة لكون معظم القطاعات شهدت احتكارا من طرف الدولة لاسيما القطاع الاقتصادي.

¹ قايس شريف، المرجع السابق، ص. 08.

بحيث شهدت العديد من العقود عدم مراعاة الشروط المطلوبة لتحقيق المنافسة النزيهة في هذا المجال، ومما زاد الطين بلة انعدام ثقافة المنافسة لدى الجهات والأشخاص المعنية بالتصدي للممارسات المنافية للمنافسة، الأمر الذي كان له دور بارز في بقاء نشاط مجلس المنافسة محدودا رغم أهميته.

ثانيا: غياب ثقافة المنافسة

نظرا للظروف الاقتصادية المشار إليها، وكذا المدة الطويلة نسبيا التي غاب فيها مجلس المنافسة، أصبح هذا الأخير مجهولا في الواقع الاقتصادي من طرف المؤسسات بل وحتى من طرف الجهات التي منحها القانون حق إخطاره بالممارسات المنافية للمنافسة، حيث اقتصر دوره في فرض احترام قواعد المنافسة على الدراسات الأكاديمية، وذلك بسبب غياب ثقافة المنافسة.

وبالرغم من تطور الإطار القانوني والتشريعي للمنافسة في الجزائر، ومواكبته لجملة التحولات المفاهيمية والقيمية لواقع المنافسة في العالم، فإن حالة التكتيف القانوني لطالما رافقتها حالة من الخلط المفاهيمي لدى العامة عموما، والناشطين في المجال الاقتصادي خصوصا، الأمر الذي أفرز في واقع الحال فارقا في السرعات بين نصوص تشريعية متطورة، وبين واقع يقول بأن الفاعل الإقتصادي الجزائري، يعاني من ضعف الوعي بأحكام قانون المنافسة، والجهل بالآليات الحمائية التي يوفرها قانون السوق، أو فهمها بطريقة غير صائبة.

على سبيل التمثيل، أشار مجلس المنافسة في تقريره لسنة 2014 إلى وجود عائقان يمكنهما تفسير الرجوع المنخفض لخدمات مجلس المنافسة:

أولهما سوء فهم النصوص المنظمة للمجلس من قبل الأطراف المحلية، والتي تقع في كثير من الأحيان في حالة خلط بين الممارسات المنافية للمنافسة، المنصوص عليها في الأمر رقم 03/03، والممارسات التجارية غير المشروعة المنظمة بمقتضى القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹، وثانيهما، عدم الاهتمام بالوظيفة الاستشارية على النحو الذي بيناه عند حديثنا عن أهمية الوظيفة الاستشارية للمجلس².

كما أشار في تقريره لسنة 2015 إلى أن قلة الإخطارات المتعلقة بعملية التجميعات الاقتصادية سببها الثقافة السائدة عند إنشاء المؤسسات (مؤسسات عائلية)، لذلك لا تثير اهتمام أصحاب المؤسسات الخاصة لتبني عملية التجميع بمختلف أشكاله، وحتى بخصوص مؤسسات القطاع العام، فإن الجهل أو عدم الأخذ في الحسبان النصوص السارية المفعول، تسبب في عدم إبلاغها للمجلس بعمليات إعادة الهيكلة التي من شأنها رفع حصتها من السوق لتتعدى 40 % من المبيعات أو المشتريات التي سيحققها التنظيم الجديد للمؤسسة³.

لذلك، نعتقد بأن نشر ثقافة المنافسة والتوعية بمبادئها، يعد عاملا مهما في تسهيل تنفيذ القوانين والمساهمة في القطيعة مع بعض الممارسات السلبية التي تمارسها المؤسسات الاقتصادية، وسلوكيات التواطؤ، والنزعات الإحتكارية والتلاعب بالأسعار، وهذه الثقافة تستهدف جميع المتدخلين في العملية، فاعلين اقتصاديين وحقوقيين وقطاع عام، من أجل

¹ القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سابق الذكر.

² التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014، ص. 48.

³ التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015، ص. 12.

التأسيس لممارسات إقتصادية أكثر شفافية وإستيعابا لحركية الحياة الإقتصادية على أسس سليمة¹.

في الأخير، نسجل وبارتيح، الجهود الحثيثة التي بذلها مجلس المنافسة الجزائري منذ إعادة تنصيبه سنة 2013 في إطار المساهمة في نشر ثقافة المنافسة، وإن كانت غير كافية، من خلال نشره لتقارير عن حصيلة نشاطاته لسنوات 2014، 2015، و2016، وكذا للنشريات الرسمية للمنافسة، زيادة على الأعمال البيداغوجية التي قام بها، والمتمثلة في تنظيمه ومشاركته في عدة تظاهرات علمية ذات صلة بالمنافسة²، مع إبرام العديد من الاتفاقيات مع هيئات دولية ناشطة في ذات المجال³، زيادة على الجهود الهامة التي بذلها بخصوص تنفيذ برنامج المطابقة لقواعد المنافسة من أجل خلق ثقافة موجهة نحو احترام قواعد المنافسة النزيمية والشريفة (تكوين وتحسيس)، والذي من شأنه ترسيخ ثقافة المنافسة لدى المؤسسات والمستهلكين لتوجيه سلوكياتهم وردود أفعالهم وفق مبادئ اقتصاد السوق.

انطلاقا من المعطيات المشار إليها، يمكن القول أن مجلس المنافسة الجزائري لم يتمكن لحد كتابة هذه الأسطر، من تأدية مهامه على الوجه المحدد قانونا، وبشكل مرضي

¹ Guillaume Cerrutti, «Comment mieux intégrer la politique de la concurrence et la politique de la consommation», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 09, novembre 2006, p. 153.

² شارك المجلس في المنتدى العالمي للمنافسة المنظم من قبل منظمة التعاون والتنمية في باريس في فيفري 2014، وكذلك في الاجتماع الـ 13 للشبكة الدولية لسلطات المنافسة، مراكش، أبريل، 2014، وشارك أيضا في الدورة الـ 14 للمجموعة الحكومية المشتركة لخبراء قانون وسياسة المنافسة، المنظمة من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية كنوساد، في جنيف من 07 إلى 11 جويلية 2014.

ومن جهته نظم المجلس يوما دراسيا حول موضوع "الإطار التشريعي والتنظيمي لقانون وسياسة المنافسة"، بدعم من مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية كنوساد، بتاريخ 27 ماي 2014 بالجزائر العاصمة، كما نظم أيضا يوم دراسي حول "مؤشرات التواطؤ في ميدان الصفقات العمومية"، سابق الذكر. يراجع لمزيد من التفاصيل: التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014، ص. 12.

³ استنادا على المادتين 40 و43 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، أبرم مجلس المنافسة الجزائري اتفاق إطار للتعاون والدعم المؤسسي مع سلطة المنافسة الفرنسية بتاريخ 25 فبراير 2014 في باريس. يراجع: التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014، ص. 16.

اقتصاديا، لعدم توفر العناصر الجوهرية للعملية التنافسية المعروفة في الاقتصاديات الليبرالية¹، ونقص ثقافة المنافسة، هذا زيادة على بعض الظروف السلبية والمعوقات التي مازال يعاني منها المجلس عند أداءه لمهامه.

الفرع الثاني: المعوقات التنظيمية لنشاط المجلس

تتمثل المعوقات التنظيمية التي من شأنها عرقلة أداء المجلس الفعلي للمهام المنوطة به، في صعوبات مرتبطة بتقييد استقلالته (أولا)، وأخرى مرتبطة بظروف موضوعي ذات تأثير سلبي يمارس في ظلها المجلس مهامه (ثانيا).

أولا: مظاهر تقييد استقلالية مجلس المنافسة

تظهر نسبة استقلالية مجلس المنافسة الجزائري في أداء مهامه من خلال احتكار السلطة التنفيذية لسلطة اختيار أعضاء² باعتبارها صاحبة القرار في اختيارهم وانتقائهم³، زيادة على عدم ثبات المشرع الجزائري على تشكيلة محددة من حيث عدد الأعضاء وكذا

¹ لم يتجاوز عدد القضايا التي تمت معالجتها خلال سنتي 2013 و2014 سواء المتعلقة بالمنازعات أو تلك الخاصة بالجانب الاستشاري وتحليل الإخطارات العشريون قضية. يراجع: التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015، ص. 28.

² تنص المادة 24 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، على أن مجلس المنافسة يتكون من 12 عضوين ينتمون إلى الفئات التالية: - ستة (06) أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات والخبراء الحائزين، على الأقل، شهادة الليسانس أو شهادة جامعية مماثلة وخبرة مهنية لمدة ثماني (08) سنوات، على الأقل، في المجال القانوني و/أو الاقتصادي، والتي لها مؤهلات في مجال المنافسة والتوزيع والاستهلاك، وفي مجال الملكية الفكرية. - أربعة (04) أعضاء يختارون من ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين، أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤولية والحائزين شهادة جامعية، ولهم خبرة مهنية لمدة خمس (05) سنوات على الأقل في مجال الإنتاج والتوزيع والحرف، والمهن الحرة. - عضوان (02) مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين. وأضافت المادة 26 إلى هؤلاء الأعضاء الأشخاص التاليين: أمين عام، ومقرر عام، و05 مقررين يعينون بمرسوم رئاسي، وممثل للوزير المكلف بالتجارة، وممثل إضافي يعينان بقرار. ويشترك هؤلاء في أشغال مجلس المنافسة، دون أن يكون لهم حق التصويت.

³ تنص المادة 25 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، على أنه: "يعين رئيس المجلس ونائبا الرئيس والأعضاء الآخرون لمجلس المنافسة، بموجب مرسوم رئاسي وتنتهى مهامهم بالأشكال نفسها...".

الفئات المكونة للمجلس¹، موازاة مع عدم توضيح القانون للأسباب التي يمكن وفقا لها إنهاء مهام العضو، وإن كان قد قام بتحديد مدة العهدة بأربعة سنوات قابلة للتجديد.

يتجسد ذلك أيضا، من خلال رقابة السلطة التنفيذية على قرارات مجلس المنافسة، حيث تتمتع الحكومة بسلطة الحلول محل مجلس المنافسة عن طريق منح ترخيص لإنشاء عمليات التجميع رغم رفضها من طرف المجلس، سواء من تلقاء نفسها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بطلب من الأطراف المعنية، وذلك بناء على تقرير من الوزير المكلف بالتجارة، وعليه فإن الأمر لا يخص فقط الحلول محل مجلس المنافسة في اتخاذ قراراته، وإنما يمتد لمخالفة القرارات التي اتخذها، وهذا مساس واضح باستقلالية المجلس².

من جهة أخرى، نجد أن مجلس المنافسة الجزائري غير مستقل وظيفيا، حيث تم وضعه لدى الوزير المكلف بالتجارة، وهو ما أبرزه المجلس مثلا عند حديثه عن الصعوبات المرتبطة بميزانية تسييره، فبالرغم من استقلاليته بخصوص اتخاذ قراراته، وارتباط الاستقلالية بالميزانية، إلا أن هذه الأخيرة تم تسجيلها سنتي 2013 و2014 لدى وزارة التجارة في الباب 37/02 الحامل لعنوان «مصاريف متنوعة»، مما يعني أن المجلس مؤسسة تابعة للإدارة المركزية للوزارة، وهو ما يناقض أحكام المواد 32 و33 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، والتي تمنح الاستقلالية المالية للمؤسسة³.

¹ كان عدد أعضاء المجلس في ظل الأمر رقم 06/95 إثنا عشر 12 عضوا ليتقلص في ظل الأمر رقم 03/03 إلى تسعة 09 أعضاء، ثم عاد بعد تعديل الأمر رقم 03/03 بموجب القانون رقم 12/08 إلى إثنا عشر 12 عضوا، كما تم الاستغناء عن فئة القضاة من تركيبة المجلس.

² نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص. 119.

³ التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014، ص. 28 وما يليها.

كما يعتبر مجلس المنافسة ملزما في ظل الأمر رقم 03/03 برفع تقرير سنوي عن نشاطه إلى الهيئة التشريعية وإلى رئيس الحكومة وإلى الوزير المكلف بالتجارة¹، بعدما كان يكتفي في إطار الأمر رقم 06/95 الملغى برفعه إلى رئيس الجمهورية والهيئة التشريعية فقط. كل هذه المظاهر المقيدة لاستقلالية المجلس، تسببت في أداء هزيل للمجلس منذ تاريخ تنصيبه، مما دفع ببعض الباحثين إلى وصف استقلاليته على أنها استقلالية افتراضية وليس حقيقية Indépendance virtuelle².

ثانيا: الصعوبات المرتبطة بظروف ممارسة المجلس لمهامه

أشار مجلس المنافسة في تقريره لسنة 2014 لمواجهته مجموعة من المعوقات ذات الصلة بالظروف التي يمارس فيها مهامه، وذلك حتى بعد إعادة بعث نشاطه في جانفي 2013، وتتمثل هذه المعوقات في غياب مقرلائق يأوي مصالح المجلس، لاسيما إذا علمنا أن عدد مستخدمي مجلس المنافسة المستهدف، يتراوح بين 150 و160 شخص يحتاجون، وفق تقرير خبرة أعدها المجلس، إلى مساحة قدرها 1280 متر مربع، وهذا على أساس مقياس معياري تصغيري أي 07 إلى 08 متر مربع للفرد الواحد، في حين أن المساحة الحالية المتوفرة لا تتجاوز 192 متر مربع³.

هذا زيادة على عدم جاذبية نظام سير المهنة والرواتب لأعضاء وإطارات مجلس المنافسة، لاسيما بعد وضعه لدى رئاسة الجمهورية بالأمر رقم 06/95، ثم لدى رئاسة

¹ المادة 27 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

² Rachid Zouaimia, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économiques en Algérie, Editions Houma, Alger, 2005, p. 36.

³ عدد المستخدمين المستهدف للتكفل بمهام المجلس على أحسن وجه يتراوح بين 150 و160 فرد، غير أن مجلس المنافسة مازال يعمل إلى غاية 31 ديسمبر 2014، بعدد من المستخدمين لم يتجاوز 25 شخص بما فهم المستخدمين التنفيذيين. التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014، ص. 28 وما يليها.

الحكومة بموجب الأمر الصادر في 2003، ثم وضعه سنة 2008 لدى وزارة التجارة، وهو الوضع الذي انعكس سلبا على القانون الأساسي لمستخدمي المجلس، لاسيما الأمين العام، والمقررين والإطارات العليا، الذين لم تعد وظائفهم وظائف عليا بالنظر إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 204/12 المؤرخ في 06 ماي 2012¹.

ولم تتأخر النتائج السلبية لهذا الوضع لتبرز خلال العام 2014 حيث أنه خلالها، لوحظ على المستخدمين حسب تقرير المجلس سلسلة من الاستقالات، شملت الإطارات العليا التالية: أربعة أعضاء من مجمع المجلس وعضو غير دائم، الأمين العام، مدير الإدارة العامة والوسائل، ومدير الإجراءات. وقد أثرت هذه الموجة من الاستقالات والرحيل عن المؤسسة على مجمع المجلس، حيث أصبح يواجه إشكالية محدودية النصاب القانوني المطلوب للمداولة (08 أعضاء) وبالتالي، فإن رحيل عضو واحد إضافي من شأنه تجميد أعمال المجلس².

وبالرغم من ذلك كله، نستشف من خلال الأعمال التي قام بها المجلس بعد إعادة تنصيبه -رغم المعوقات المشار إليها أعلاه-، وجود عزيمة لدى مسؤوليه سمحت له بالاستمرار في معالجة القضايا الموروثة عن المجلس السابق، إضافة إلى الإحالات الجديدة التي تصله والتي يحقق بشأنها عملا بالإجراءات القانونية المنصوص عليها.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 204/12 المؤرخ في 06 ماي 2012، المحدد لنظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرر العام والمقررين، ج.ر عدد 29 الصادرة في 13 ماي 2012.

² التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014، ص. 28.

المبحث الثاني:

وسائل رقابة المجلس على الصفقات العمومية

إن جوهر العلاقة القائمة بين مجلس المنافسة والصفقات العمومية، يكمن في الرقابة التي يسلطها المجلس على الممارسات المخلة بالمنافسة التي ترتكبها المؤسسات العارضة قبل إسناد الصفقة بهدف الحصول على الطلب العمومي، وعلى تلك التي تقتربها المؤسسات الفائزة بالصفقة بعد إسنادها لغاية ابتزاز المشتري العمومي، وإن كان المشرع الجزائري قد خالف المشرع الفرنسي بشكل غير مفهوم، من خلال إشارته إلى أن الصفقات العمومية معنية بمثل هذه الممارسات فقط خلال مرحلة الإبرام¹.

وتقتصر رقابة المجلس فقط على الممارسات التي تنال من آليات السوق وتوازنها، دون تلك التي تقتصر آثارها على أطراف النزاع، أو التي ليس لها انعكاس على السير العادي للسوق.

وباعتبار أنه في مادة الصفقات العمومية، يمكن لطلب العروض أن يمثل بذاته سوقا يكون فيه دفتر الشروط الطلب، وعروض المشاركين العرض، فإن مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة تسهر على حماية المنافسة في حد ذاتها، وعلى ضمان حرية المعاملات في كل المراحل، وبالنسبة لجميع القطاعات، فإنه يتصدى للممارسات المذكورة من خلال ممارسة اختصاصه القراري وليس الاستشاري، على أساس أن مجرد إعطاء رأي لا يكفي للتصدي لمثل هذه الممارسات، لاسيما في ظل المحدودية الكبيرة التي تطبع هذا الدور، مثلما تمت الإشارة إليه.

¹ المادة 02 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة: "... بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة".

هذا فضلا على أن الاختصاص الاستشاري لمجلس المنافسة لا يمكن، في أي صورة كانت أن يحل محل الاختصاص القراري نظرا لاستقلالية كل منهما عن الآخر، وإلى أن البحث في شرعية الممارسات يفترض استعمال الصلاحيات الاستقصائية الموكلة له وكل وسائل التحقيق، وهو أمر لا يتلاءم مع طبيعة النشاط الاستشاري.

ولممارسة دوره القراري بهدف فرض رقابته على الممارسات المرتكبة في إطار الصفقات العمومية، فإن مجلس المنافسة يتبع إجراءات خاصة ومميزة عن تلك التي عهدناها في المجال القضائي، وهي لا تختلف عموما عن تلك التي يتبعها بمناسبة تصديه للممارسات المنافسة للمنافسة المرتكبة خارج إطار الطلب العمومي (المطلب الأول)، مع ملاحظة أن هذه الممارسات بسبب طابعها التقني والسري تتطلب اللجوء لخصوصيات معينة من أجل إثباتها (المطلب الثاني)، مع ضرورة المرور بإجراءات معينة للوصول للقرار المناسب بشأنها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: خصوصية إجراءات المتابعة الإدارية أمام المجلس

تبدأ المتابعة الإدارية أمام مجلس المنافسة بإخطاره وفقا للأشكال المقررة قانونا، باعتبار أن تحديد الصفة والمصلحة يكتسي في نظر مجلس المنافسة خصوصية بفعل طبيعة الممارسات المنافسة للمنافسة وكونها ذات مساس بالنظام العام، وبالرجوع إلى بعض قرارات مجلس المنافسة الجزائري، وحتى الفرنسي، نلاحظ أهمية الدور الموكول لفئة من الأشخاص الذين يحق لها إخطار المجلس، في مقابل محدودية دور باقي الفئات (الفرع الأول)، وهو ما يمكن استدراكه من خلال دور المجلس في التصدي لكل ما من شأنه الإخلال بالنظام العام الاقتصادي لاسيما عن طريق اللجوء لآلية تدخله التلقائي (الفرع الثاني)، مع ضرورة الإشارة إلى أن جميع الأطراف التي قد تجد نفسها في إطار نزاع من هذا القبيل تتمتع بضمانات هامة أكدت عليها النصوص (الفرع الثالث).

الفرع الأول: محدودية الدور الموكل للأشخاص المعنيين بالإخطار

بالرجوع إلى بعض القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري، وآرائه الاستشارية على قلتها¹، يتبين أن أغلبها عهدت إليه بمبادرة من الوزير المكلف بالتجارة، أو المؤسسات الاقتصادية². حيث خول المشرع الجزائري صلاحية إخطار مجلس المنافسة للوزير المكلف بالتجارة باعتباره ضامنا للنظام العام الاقتصادي، ومسؤولا عن سياسة المنافسة والسير العادي للأسواق، وذلك استنادا للأبحاث والتحقيقات التي تقوم بها المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، والتي تعمل تحت إشرافه³، وإلى المعايين الخاصة لأعوان مصالح مديريات التجارة، وذلك كلما ثبت لهم وجود ممارسات مخالفة للمنافسة.

وقد كان المشرع الفرنسي سابقا في إسناد هذه الصلاحية للوزير المكلف بالاقتصاد، من خلال تكريسه لها ضمن أحكام الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986⁴، ونقلها بعد ذلك للقانون التجاري الفرنسي¹.

¹ يراجع على سبيل المثال: القرار رقم 98-ق-03 المؤرخ في 13 ديسمبر 1998 المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، والقرار رقم 99-ق-01 المؤرخ في 23 جوان 1999 المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)، والقرار رقم 2014/01 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلق بطلب الشهادة السلبية المقدم من طرف شركة ASTRA، والقرار رقم 2015/01 المؤرخ في 18 جوان 2014 المتضمن نظر شكوى مؤسسة Farmacopea ضد مؤسسة Ufilab، وغيرها من القرارات التي صدرت على إثر نظر المجلس لقضايا تم إخطاره بها إما من طرف الوزير المكلف بالتجارة، وإما من طرف المؤسسات المتضررة. النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 08، مجلس المنافسة الجزائري، ص ص. 08-15.

² رجوعا لنص المادة 44 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، وفي إطار اختصاصاته القرارية، يمكن أن يخطر مجلس المنافسة من طرف الوزير المكلف بالتجارة، أو بإخطار من المؤسسات، أو من الهيئات المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 35 من نفس الأمر، وهي الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والجمعيات المهنية والنقابية إلى جانب جمعيات المستهلكين، أو أن ينظر في القضايا تلقائيا.

³ تم إنشائها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91/91 المؤرخ في 16 أبريل 1991 المتضمن المصالح الخارجية للمنافسة والأسعار وصلاحياتها وعملها، ج.ر عدد 16 لسنة 1991.

⁴ المادة 11 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة والأسعار.

كما منح القانون الجزائري إمكانية إخطار مجلس المنافسة للمؤسسات الاقتصادية المتضررة من الممارسات المنافية للمنافسة في مرحلة إبرام الصفقة، والتي لم تتوانى عن ممارسة هذا الحق أمام مجلس المنافسة في بعض الفرص القليلة.

غير أنه في المقابل، يلاحظ قلة الإخطارات المقدمة من طرف باقي الفئات المخول لهم قانونا حق الإخطار، والمتمثلة أساسا في جمعيات المستهلكين، والجماعات المحلية، والجمعيات المهنية والنقابية. ولعل ذلك لا يرتبط بقلة الممارسات المنافية للمنافسة في إطار الأسواق الاقتصادية، ومن بينها سوق الطلب العمومي، بقدر ما يشكل في نظرنا تقصيرا في اللجوء لمجلس المنافسة، بسبب عدم انتشار ثقافة المنافسة، الراجع لتزامن إنشاء هذه الهيئة مع التحولات التي شهدتها الدولة من نظام اقتصاد موجه إلى توجه ليبرالي، كما قد يفسر هذا التقصير بغياب التعريف بالمجلس ومهامه لدى الهيئات المقصرة، مقارنة بالهيئات القضائية، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، يلاحظ أن مصلحة بعض الأشخاص المعنية بالإخطار، بعيدة نوعا ما عن مجال الممارسات المنافية للمنافسة في إطار الصفقات العمومية، مثل جمعيات حماية المستهلك، وإن كانت تسعى لخدمة الصالح العام لجمهور المستهلكين، في حين لم تمنح إمكانية إخطار المجلس لأشخاص آخرين معنيين بشكل مباشر بميدان العقود الإدارية وأبرزها المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

إن تقصير الأشخاص المشار إليهم في المبادرة بإخطار مجلس المنافسة بالممارسات المنافية للمنافسة له تأثيرات سلبية على حجم نشاط المجلس، من شأنها أن تجعل مساهمته محدودة، وقد أقر المجلس بذلك عندما اعتبر أن مرد ضعف نشاطه يمكن أن

¹ L'art. L.462-5 du code de commerce dispose que: "Le conseil de la concurrence peut être saisi par le Ministre chargé de l'économie de toute pratique mentionnée aux articles L.420-1, L-420-2 et L.420-5". Voyez: Laurence Nicolas-Vullierme, op.cit., p. 225.

يعزى إلى أن الجهات التي منحها المشرع حق القيام بإخطاره لم تقم بذلك، بالرغم من الجهود التي بذلها لتحسيسها بأهمية قواعد المنافسة، والدور الذي أوكله لها المشرع¹.

ولتجاوز ضعف نشاط المجلس مقارنة بنشاط سلطة المنافسة الفرنسية، أضاف المشرع الجزائري وسيلة أخرى، تتمثل في تمكين مجلس المنافسة من التدخل بشكل تلقائي، وهو ما من شأنه سد التقصير المسجل بالنسبة لإخطارات باقي الفئات².

الفرع الثاني: التدخل التلقائي للمجلس يوسع مجال رقابته على الصفقات العمومية

باعتباره الحارس للنظام العام الاقتصادي، وصاحب الكلمة الفصل تجاه الممارسات المخلة بالمنافسة، والتي قد تؤذي السوق وتنال من حسن سيرها، أقر المشرع الجزائري صلاحية الإخطار التلقائي لمجلس المنافسة، حيث يتمتع بسلطة النظر في القضايا تلقائياً، كلما تبين له بأن ممارسة ما تشكل مخالفة لأحكام المواد 06، 07، 10، 11، و12 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، ومن ثمة فهذه الصلاحية تسمح للمجلس بإعطاء توجه لسياسة المنافسة، وكذا التدخل في قطاعات وأسواق تسود فيها ممارسات منافية للمنافسة، ومن بينها سوق الطلبات العمومية، دون انتظار إخطاره من طرف الأشخاص المؤهلة قانوناً لذلك³.

إن هذا الإجراء من شأنه توسيع مجال رقابة المجلس على الصفقات العمومية، بسبب تمكنه من فتح التحقيقات من تلقاء نفسه دون وجود سابق دعوى مرفوعة أمامه في حال تراءى له وجود إخلال بالمنافسة⁴، كما سيمكنه ذلك من مواصلة النظر في القضايا

¹ التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015، ص. 13.

² لمزيد من التفاصيل حول الشروط القانونية الواجب توفرها لإخطار مجلس المنافسة، يراجع: قابة صورية، المرجع السابق، ص. 302-298.

³ المادة 34 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

⁴ Dominique Brault, op.cit., p. 129.

المعروضة عليه حتى عند وجود عيوب شكلية، ويخول له أيضا التوسع في مجال القضايا لأسواق أو ممارسات غير مشمولة بالدعوى، وذلك اقتداء بسلطة المنافسة الفرنسية¹، التي تتدخل تلقائيا وبصفة شاملة دون تقيدها بشروط معينة وفقا للمادة III. 5-462 L. من القانون التجاري الفرنسي².

طبق مجلس المنافسة الجزائري هذه التقنية في قراره رقم 02/2016 المؤرخ في 02 ماي 2016، المتعلق بقضية تم إخطاره بها، جمعت مؤسسة مرشحة لصفقة عمومية (H Kim 23 c) وبلدية باب الوادي (الجزائر العاصمة)، والتي ادعت من خلالها المؤسسة وجود خرق من طرف المشتري العمومي لأحكام المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية، تمثل في اعتماده لأجل قصير من أجل إيداع العروض، ولذلك لم تتمكن من تحضير عرضها وإيداعه في الأجل المحدد رغم تقديمها لطلب تمديد أجل تحضير العروض، ليقرر المجلس عدم اختصاصه بنظر الإخطار المقدم له كون الوقائع لا تدخل ضمن الممارسات والأعمال المحظورة بموجب المواد 06، 07، 10، 11 و 12 من قانون المنافسة.

غير أنه من جهة أخرى، قرر التدخل بشكل تلقائي للتحقيق حول مدى وجود اتفاقات تواطئية بين المرشحين للصفقة³، وذلك يرجع إلى أنه أثناء فحص الوثائق المودعة من طرف المؤسسة الشاكية، وخصوصا الوثيقة المتعلقة بقائمة المؤسسات المعنية بفتح الأظرفة، شد انتباه المقرر المكلف بالقضية وجود ثلاثة مؤسسات، تبين بعد استخراج نسخ من البطاقة الشخصية للسجل التجاري الخاصة بها أنها ملك لنفس الأشخاص.

¹ قابة صورية، المرجع السابق، ص. 302.

² L'art. L.462-5 III. du code de commerce dispose que : "Le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office des pratiques mentionnées aux I et II et à l'article L.430-8 ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence".

³ لتفاصيل أوفى، يراجع: التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2016، ص. 51.

يسمح هذا الإجراء أيضا في حالة طلب رأي المجلس، وبما أنه غير قادر على تسليط عقوبات إدارية لردع الممارسات المنافية للمنافسة في إطار وظيفته الاستشارية، بالتدخل تلقائيا للنظر والتحقيق كلما تراءى له وجود إخلالات تحد من المنافسة في السوق من خلال ممارسته لاختصاصه القراري، وتعد هذه الصورة هامة لتدخل المجلس، خاصة في مجال الصفقات العمومية بوصفه الهيكل الساهر على حماية النظام العام الاقتصادي، فممارسة المجلس لنشاطه الاستشاري يعد فرصة تخول له التدخل تلقائيا بالنظر في النزاع كلما تبين له وجود إخلال بالمنافسة في السوق.

وعلى هذا الأساس، ينتظر من مجلس المنافسة الجزائري من خلال ممارسته لهذه الصلاحية أن يكثف من وتيرة تدخلاته بما ينعكس إيجابيا على التوازن العام لسوق الطلب العمومي، وبالتالي حسن توظيف الأموال العمومية، لاسيما من خلال فرض احترام قواعد المنافسة عند إسناد الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: ضمانات أطراف القضية

كرس المشرع الجزائري ضمن قانون المنافسة ضمانات تتمثل في قواعد إجرائية تضمن للأطراف البت العادل من طرف المجلس في القضية التي تعنيهم، ويمكن تصنيف هذه الضمانات إلى ضمانات مشتركة بين أطراف القضية (أولا)، و ضمانات خاصة بالمؤسسة المخالفة المتسببة في الإخلال بقواعد المنافسة في الصفقة العمومية (ثانيا).

أولا: الضمانات المشتركة بين الأطراف

إن كل نزاع مهما كانت طبيعته يفترض إتباع قواعد تضمن احترام حقوق الأطراف خلال سير الإجراءات لدى الهيئة المتعده بالنظر، والدعوى أمام مجلس المنافسة الرامية إلى التصدي للممارسات المنافية للمنافسة المرتكبة في مادة الصفقات العمومية أيضا

تتطلب احترام قواعد إجرائية تمثل ضمانات هامة لطرفي النزاع، أهمها مبدأ حياد مجمع المجلس، ومبدأ الوجاهية، والحق في الطعن ضد القرار الصادر، وهي المبادئ المضمونة من طرف المجلس عند ممارسة رقابته على الصفقات العمومية.

بالنسبة لمبدأ الحياد في التقاضي، يرى البعض أن له معنيين¹، معنى عام وآخر خاص، فالمعنى العام فموجبه أن الجهة الناظرة في النزاع تبت فيه دون الاستناد لعلمها الخاص وبكامل التجرد، أما المعنى الخاص، فهو معنى فيني يراد به "أن للخصوم وحدهم تحديد رقعة أو مناط النزاع والخصومة، وأن يحضروا أدلتهم حسب قواعد الإثبات، وأن الجهة الناظرة في النزاع لا يمكنها مبدئياً التدخل بالسعي لتكوين وإتمام وإحضار حجج الخصوم"².

ويرتبط مفهوم الحياد بدور مجمع المجلس أثناء ممارسته لوظيفته القرارية من خلال الوثائق المقدمة له من طرف كل من المؤسسة المتضررة من عرقلة تطبيق قواعد المنافسة، التي قد تدعي مثلاً تضررها بسبب تواطؤ أو استغلال مفرط لوضعية هيمنة، ومن طرف المؤسسة المخالفة لقواعد المنافسة، وهي الوثائق التي تتبادلان من خلالها الإدعاءات، وتنازع كل منهما الأخرى بالحجة، محاولة دحض ما يتمسك به خصمها، ويكون المجلس في هذه الصورة الحكم بحيث يكتفي للفصل في النزاع بالحجج المقدمة من

¹ أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص. 29.

² يعد الحياد ركناً أساسياً لوظيفة القاضي إذ يجد أساسه في القرآن الكريم. يقول المولى سبحانه وتعالى: "إن الله يأمركم بأن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً" (سورة النساء - الآية 58). وتم تكريسه في القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء ج.ر عدد 57 الصادرة في 08 أكتوبر 2004، إذ جاء في المادة 07 منه ما يلي: "على القاضي أن يلتزم في كل الظروف، بواجب التحفظ واتقاء الشبهات والسلوكات الماسة بحياده واستقلالته".

الأطراف، فالعضو في مجمع المجلس يتلقى حجج الأطراف، ويدرسها ليغلب في النهاية كفة الإدانة أو كفة البراءة، مثلما يفعل القاضي الجزائي¹.

يجد مبدأ حياد أعضاء مجلس المنافسة أيضا سنده في المادة 29 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، والتي تنص على أنه: "لا يمكن أي عضو في مجلس المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية".

وإن كان النظام الداخلي لمجلس المنافسة قد بين الإجراءات التي يتبعها العضو لتفادي مشاركته في مداولة تتعلق بقضية من هذا القبيل²، فإننا لا نجد نصا خاصا يتعلق بكيفية رد أطراف القضية لمثل هذا العضو، مما يستدعي الرجوع للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص رد القضاة³، وذلك على خلاف التشريع الفرنسي الذي نص صراحة على إجراءات الرد، إذ كرس إمكانية رد أي عضو من أعضاء المجلس ومنعه من المشاركة في القضايا التي قد يكون له فيها مصلحة، أو كان يمثل أحد الأطراف المعنية بالنزاع⁴.

بالنسبة لمبدأ المواجهة بين الخصوم، فلا يمكن لمجمع المجلس أن يبت في القضية قبل أن يستمع للخصوم، ويعد من أهم المبادئ الأساسية المهيمنة على مادة الإجراءات،

¹ نبيل إسماعيل عمر، إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص. 125.

² تنص المادة 35 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، سابق الذكر، على أنه: "في حالة ما إذا، بالنظر إلى جدول أعمال الجلسة، شعر عضو بعدم مقدرته على المداولة لأي سبب من الأسباب الواردة في المادة 29 الفقرة 01 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، فعليه أن يبلغ على الفور رئيس المجلس، في جميع الأحوال، ثمانية (08) أيام قبل تاريخ انعقاد الجلسة. وفي حالة ما إذا يرى رئيس المجلس أن عضو من الأعضاء لا يمكنه المشاركة في المداولة في قضية ما، يخبره بذلك على الأقل ثمانية (08) أيام قبل انعقاد الجلسة".

³ لعوبي الحسين، سلطة القاضي الإداري في الإثبات والتحقيق في الدعوى الإدارية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2014/2015، ص. 58.

⁴ L'art. L. 461-2 du code de commerce.

وعلى التنظيم القضائي بصفة عامة، حيث يعرف على أنه "مقابلة الحجة بالحجة"¹، ويتم تطبيق هذا المبدأ أمام مجلس المنافسة المكلف بمتابعة الممارسات المنافسة للمنافسة في طور التحقيق وبعد ختم المقرر لتقريره، وهو ما كرسه بدوره التشريع الفرنسي².

ويرمي هذا المبدأ إلى تمكين كل من المؤسسات المخالفة والمؤسسات المتضررة، من تقديم ما تراه مناسباً من حجج للدفاع عن مصالحها، مثل دفع المؤسسات المتواطئة في مجال صفقة عمومية بأن البيانات التي وردت في وثيقة من وثائق الصفقة لا تعدو أن تكون سوى مجرد خطأ مادي لم ترمي من خلالها إلى تغليب المشتري العمومي. ولممارسة الحق في الواجهة لابد أن يطلع أطراف القضية على طلبات كل منهما عند التحقيق وسير الإجراءات، وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال المادة 30 الفقرة 02 من قانون المنافسة.

أما بالنسبة للمبدأ الثالث والمتمثل في حق الطعن، فهو يعد ضماناً للعدالة القضائية في مادة الإجراءات عامة، وفي الإجراءات أمام مجلس المنافسة خاصة، حيث يشكل وسيلة أساسية لضمان عدالة قرارات المجلس ومطابقتها للقانون، من خلال دراسة القضية من جديد ومراجعة القرار الصادر بشأنها لإقراره أو إبطاله، بما يضمن وفقاً لذلك حماية حقوق الأطراف أمام المجلس³، وقد كرس التشريع الجزائري إمكانية الطعن من خلال المادة 63 من قانون المنافسة، وهو ما تطرقنا له بالتفصيل عند حديثنا عن اختصاصات القاضي المدني في مادة المنافسة.

¹ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 29.

² L'art. L. 463-1 du code de commerce.

³ لويس فوجال، المرجع السابق، ص. 928.

من جهتها، تتمتع المؤسسة الاقتصادية المخالفة لقواعد المنافسة عند ترشحها لطلب عروض أو تنفيذها لصفقة عمومية، إلى جانب هذه الضمانات المشتركة، بضمانات أخرى تنفرد بها.

ثانياً: الضمانات الخاصة بالمؤسسة المخالفة لقواعد المنافسة

يتمتع المدعى عليه أمام مجلس المنافسة بضمانات خاصة ترتبط في مجملها بحقه في الدفاع، ويعتبر أهم مظهر لذلك أمام المجلس في استدعائه، وإحاطته علماً بموضوع الدعوى الموجهة ضده، وبالتحديد تمكينه من الإطلاع على تقرير المقرر، والرد على ما ورد فيه¹. وفي هذا تدعيم لحق الدفاع المخول للمؤسسة المتهمه مثلاً بالتواطؤ بهدف الحصول على الصفقة، أو تلك المتهمه بالتعسف في استغلال وضعيتها الهيمنة، وغيرها من الممارسات.

إن عدم احترام هذا الحق المخول للمؤسسات المخالفة، والمكرس لقاعدة إجرائية ضرورية في كل أنواع النزاعات، سواء بعد إخطار المجلس مباشرة، أو بعد التحقيق، وكذلك خلال جلسة المرافعات، ينجر عنه بطلان الإجراءات، وهو ما أشارت إليه الغرفة التجارية بمجلس قضاء باريس، التي اعتبرت أن غياب إعلام المؤسسة عند تحديد المآخذ، أو عند إعداد التقرير، الأمر الذي منعها من ممارسة حق الدفاع ينجر عنه بطلان كل الإجراءات، وانتفاء التهمة².

¹ تنص المادة 55 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يبلغ رئيس مجلس المنافسة التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين، ويحدد لهم كذلك تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية. يمكن أن يطلع الأطراف على الملاحظات المكتوبة المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه، قبل خمسة عشر يوماً من تاريخ الجلسة. يمكن المقرر إبداء رأيه في الملاحظات المحتملة المكتوبة المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه."

² CA Paris, 08 Juillet 1992 Juris-Data n° 1992 – 022771, BOCCRF du 15 Août 1992, p. 274. Voyez : Nicolas Dorandeu, Le dommage concurrentiel, Presses universitaires de Perpignan, Perpignan, 2000, p. 155.

وكتدعيم لحق الدفاع، خول القانون للمؤسسة المخالفة إمكانية تقديم مذكرة تتضمن وسائل الدفاع التي تراها صالحة ومناسبة¹، إذ بإمكانها اعتماد كل وسيلة ممكنة وناجعة قد تدحض عن ممارساتها صفة الإخلال بالمنافسة، أخذا بعين الإعتبار أن وسائل الإثبات المعتمدة أمام المجلس تتميز عن تلك التي عهدناها أمام الهيئات القضائية، سواء اعتمدها الطرف المدعي لإثبات الممارسات المنافية للمنافسة، أو المدعى عليه، حيث يعد الإثبات من أبرز القواعد الإجرائية أمام المجلس.

المطلب الثاني: خصوصية إثبات الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية

تختلف إجراءات المتابعة أمام مجلس المنافسة عند نظره لقضايا تتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة، عن تلك المعمول بها أمام الهيئات القضائية، ويسجل هذا الاختلاف على عدة مستويات أبرزها أطراف القضية، وموضوعها، ووسائل الإثبات المعتمدة فيها، وإثبات الحق في مادة الممارسات المنافية للمنافسة يقع على عاتق المدعي، وفي ذلك تكريس للمبدأ للقائل بأن البيئة على من ادعى، بينما عبئ إثبات الممارسات المنافية للمنافسة في القضية المعروضة على مجلس المنافسة يلقى على عاتقه، إذ يقوم أحد المقررين التابعين للمجلس بذلك، إلى جانب المستخدمين المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة، ونميز في هذا الإطار، بين إثبات الممارسات موضوع الدراسة، عن إثبات غيابها، الذي يقع على عاتق المدعى عليه للدفاع عن نفسه من خلال نفي المخالفة المنسوبة إليه.

إن الإثبات أمام مجلس المنافسة يتسم بالحرية وعدم التقييد، حيث يعتمد أحيانا بعض القرائن القاطعة، وأحيانا أخرى تقنية تظافر المؤشرات، وهو المعمول به من طرف

¹ تنص المادة 30 الفقرة 01 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يستمتع مجلس المنافسة حضوريا إلى الأطراف المعنية في القضايا المرفوعة إليه والتي يجب عليها تقديم مذكرة بذلك. ويمكن أن تعين هذه الأطراف ممثلا عنها أو تحضر مع محامها أو مع أي شخص تختاره".

مجلس المنافسة الفرنسي سابقا، وسلطة المنافسة حاليا، اللذان أقرأ مبدأ أساسيا يحكم إثبات الممارسات المنافية للمنافسة، مفاده أن هذه الأخيرة قد تثبت بواسطة أدلة كافية في حد ذاتها طبقا لقاعدة حرية الإثبات (أولا)، أو عن طريق تضافر القرائن المكونة من عناصر مختلفة ومتقاربة يتم تجميعها خلال مرحلة التحقيق (ثانيا)، وفي ظل غياب تطبيقات كافية في هذا الموضوع على مستوى مجلس المنافسة الجزائري، فلا مناص من الرجوع إلى ما هو كائن في فرنسا.

الفرع الأول: المؤشرات القانونية القاطعة Indices flagrants

إن توفر إحدى المؤشرات القانونية القاطعة المثبتة لوجود ممارسات منافية للمنافسة في الصفقات العمومية كافي لإقامة الدليل وتتبع وردع تلك الممارسات، ونقصد بالمؤشر القاطع، كل ما من شأنه إثبات واقعة بشكل غير قابل للدحض، بمعنى أنه لا يمكن إثبات عكسه¹.

في بعض الحالات، قد تفضي أعمال التحقيق التي يقوم بها المقررون في المجلس، إلى إثبات اتفاق صريح مغل بالمنافسة يعكس تواطؤ وتحالف المؤسسات المرشحة فيما بينها، حيث يكون موضوع أو أثر الاتفاق المنافي للمنافسة يرمي من خلاله الأطراف إلى الحصول على الصفقة، وتقاسمها جغرافيا أو زمنيا، أو إبتزاز المشتري العمومي بعد الفوز بالطلب العمومي.

وفي هذا الإطار، قد تبين بعض الوثائق بصفة صريحة مثلا وجود تبادل لمعلومات أدى إلى اتفاق مسبق، أو تقاسم للصفقات، أو تقديم عروض تغطية، أو تناوب للأدوار في إطار تجمع مؤسسات، كما هو الحال عند وجود بنود في صلب النظام الداخلي أو العقد

¹ محمد أحمد محمود، الوجيز في أدلة الإثبات الجنائي (القرائن - المحررات - المعاينة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص.21.

التأسيسي تشير إلى ذلك¹، فهذه الأدلة تكون في حد ذاتها كافية لإثبات وجود ممارسات منافية للمنافسة في إطار الصفقة العمومية.

كذلك تعد قرينة قاطعة قوائم الأسعار الخاصة بسوق معينة والتي قد تفرضها منظمة مهنية معينة قصد الحد من المنافسة وعرقلتها²، كما قد يتمكن المقرر من الحصول على جداول يستخلص منها وجود عملية تبادل معلومات بسبب تشابهها الكبير أو تضمينها لنفس الأخطاء والملاحظات³.

ولاعتبار هذه الوثائق قرائن قانونية قاطعة على وجود الممارسة المنافية للمنافسة في الصفقة العمومية، لا بد أن تكون مؤرخة أو على الأقل تمكن من معرفة التاريخ الصحيح للممارسة، على غرار تاريخ تبادل المعلومات، أو القيام بالأعمال التواطئية، أو تكوين التجمع لغاية غير مشروعة، حيث لا تضيء عدم المشروعية على مثل هذه الممارسات، إلا إذا كان تاريخ حصولها سابق زمنيا لتاريخ فتح الأظرفة⁴.

فعند توفر وثيقة مؤرخة تتسم بالدقة والوضوح، يمكن الاستناد عليها كدليل قاطع على وجود ممارسات تعرقل حرية المنافسة في سوق الطلب العمومي، لكن إذا احتوت الوثيقة على معطيات تثير الشك، عندها يحمل عبئ الإثبات على عاتق المؤسسة المتهممة

¹ Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit., p. 230.

² Cons. conc., déc. n° 89-D-07 du 21 mars 1989 relative à des pratiques relevées dans le secteur du contrôle technique. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

³ Aurélien Condomines, op.cit., p. 215.

⁴ يكون الإثبات بموجب القرينة القانونية القاطعة كالكتابة الواردة في عقود أو جداول أسعار وغيرها غير مجديا حسب تعبير الأستاذان Lenica و Bergeal، في حالة ما وجد المقرر نفسه أمام عدة وثائق لا تحمل أي تاريخ، خصوصا إذا تعلق الأمر بتبادل معلومات، على أساس أن هذه الممارسة لا يعاقب عليها القانون إلا إذا سبقت مرحلة تقديم المؤسسات لعروضها، بينما تلك المتبادلة بعد هذه المرحلة، أو بعد إسناد الصفقة، فلا يمنعها القانون.

- Voyez : Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit., p. 233.

بإخلالها بالمنافسة، لتثبت مثلا أن تبادل المعلومات كان مشروعاً¹، أو تدفع بكون المفاوضات قد تمت بهدف تنظيم تعاون اقتصادي ناجع فيما بينها من خلال كشفها خاصة عن نجاعة هذا التعاون، وذلك بإثبات تكامل اختصاصاتها، أو عدم كفاية الوسائل البشرية والمادية المعتمدة في تنفيذ الصفقة العمومية².

كما يمكنها دحض القرينة التي يشوبها الغموض وعدم الوضوح من خلال إثبات أن المشتري العمومي كان على علم بالعلاقات التي تربط بين المؤسسات المتواطئة، وبالمعلومات التي تم تبادلها فيما بينها³، وإذا لم يتم دحض القرينة القانونية القاطعة، فلا يبقى لمجلس المنافسة إلا القيام بالتكليف القانوني للأفعال المرتكبة التي يستخلص منها مباشرة إخلال المؤسسات الاقتصادية التي ارتكبتها بقواعد المنافسة في السوق.

وعلى الرغم من النطاق الواسع لهذه الطريقة في الإثبات، إلا أنها تبقى نادرة في مادة الصفقات العمومية، مما يبرر اللجوء إلى وسائل تضمن أكثر حرية في مجال الإثبات، تتمثل في تقنية تضافر المؤشرات.

الفرع الثاني: اللجوء لوسيلة تضافر المؤشرات *Méthode du faisceau d'indices*

في حالة غياب وسائل الإثبات الشكلية كالكتابة، يمكن لمجلس المنافسة اللجوء إلى مؤشرات تتسم بالدقة والخطورة والتناسق فيما بينها *des indices suffisamment graves, précis et concordants*، حيث لا يمكن الركون إلى وسائل الإثبات التقليدية والمتعارف عليها في مجال القضاء نظراً لطبيعة المنازعات التي ينظرها المجلس، وخصوصية الأفعال

¹ Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit., p. 231.

² CA. Paris 24 Mai 1994, BOCCRF 24 Juin 1994, p. 234. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

³ Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit., p. 233.

التواطئية، ولذلك، لجأ مجلس المنافسة الفرنسي سابقاً، وسلطة المنافسة حالياً، لاعتماد وسيلة خاصة تتمثل في تقنية تظافر المؤشرات.

اعتمدت هيئات المنافسة الفرنسية هذه الوسيلة في عدة مناسبات مثل حالة إثباتها للاتفاقات الضمنية المخلة بالمنافسة، على خلاف إثبات الاتفاقات الصريحة الذي يكون بموجب وسائل أخرى أبرزها الكتابة. وفي هذا الشأن أشارت الغرفة التجارية بمجلس قضاء باريس إلى أن حالات الاتفاقات المنافية للمنافسة تتم غالباً في سرية وخفاء، مما يصعب كشفها والاهتداء إلى مصادرها وإلى الحلقات التي تربط بينها، وهو ما يفرض على هيئات المنافسة تطويع وسائلها لمواكبة هذا الواقع، وخاصة من حيث اعتماد الأدلة والحجج، واللجوء إلى القرائن والمؤشرات الجدية والمتناسقة، درءاً للممارسات المنافية للمنافسة، وتحقيقاً لوظيفتها الرامية إلى ضمان حسن سير السوق، والمحافظة على النظام العام الاقتصادي¹.

ويشترط في وسيلة الإثبات هذه الدقة والخطورة والتناسق، فلا بد من تلاؤم وترابط عدة مؤشرات متظافرة للكشف عن الحقيقة، ففي هذه الصورة، لا تأخذ بعين الاعتبار قيمة كل مؤشر على حدا²، بل بتأسيس الإثبات على تظافر هذه المؤشرات والقرائن التي

¹ CA Paris, 30 mars 2004, BOCCRF, 15 juin 2004, p. 466. Citée par: Patrice Bougette, Frédéric Marty, Julien Pillot, et Patrice Reis, «Appréciation des clauses d'exclusivité par les autorités de la concurrence : Le cas des marchés de haute technologie», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n°3-2010, p.69.

² Cons. conc., déc. n° 07-D-36 du 7 novembre 2007 relative à un marché de travaux de rénovation d'enceintes militaires à Montigny-les-Metz: "en droit de la concurrence, comme en droit pénal, la preuve est libre. A défaut de preuves directes d'une pratique anticoncurrentielle, la valeur probante d'un faisceau d'indices n'est pas exclue si, après recoupement, ils constituent un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes même si, pris isolément, ils n'auraient pas un caractère suffisamment probant". Citée par : Jacques Tallineau, «La preuve de la collusion dans les marchés publics au sein de l'Union Européenne», Journée d'étude portant sur les indices de collusion en matière de marchés publics, Conseil de la concurrence, Alger, le 16 Décembre 2015, p. 08.

يمكن تصنيفها إلى صنفين، مؤشرات مادية بحتة، وأخرى ناتجة عن تدخل مجلس المنافسة لاستخلاصها.

بالنسبة للصنف الأول المتمثل في المؤشرات المادية، فيشمل الوثائق من ناحية، والتصريحات من ناحية أخرى، ونظرا لقلّة القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري في مادة الصفقات العمومية، ولعدم تعرضها نتيجة لذلك لمختلف وسائل الإثبات الممكن اعتمادها، فلا بد من الرجوع لما دأب عليه الفقه، والعمل القراري لهيئات المنافسة بفرنسا، فمن ضمن الأدلة المادية المثبتة لوجود ممارسات منافية للمنافسة في الصفقات العمومية، سواء قبل تقديم العروض، أو بعد إسناد الصفقة، يمكن أن نجد، بمناسبة قيام مجلس المنافسة الفرنسي بتحقيقات لدى مؤسسات معنية بارتكاب المخالفات أو لدى منافسيها، عدة وثائق مختلفة تتعلق بـ "مواصفات خاصة بالمنافسين الآخرين، قائمة تحتوي مقارنة بين العروض المقبولة، رسالة موجّهة من مؤسسة منافسة..."¹.

¹ Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit., p. 233.

- على سبيل المقارنة، اعتمد مجلس المنافسة التونسي في أحد قراراته المتعلقة بإثبات اتفاق مخل بالمنافسة قامت به كل من شركة بيت الطب "ميديكاس" وشركة الصيانة الطبية، وشركة اللصاق المرن "أدهي - ألس" في إطار صفقات عمومية للتزود ب لوازم طبية ومواد كيميائية لفائدة قسم تصفية الدم بالمستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية وقسي تصفية الدم والأشعة بالمستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة من ولاية بنزرت، على وسيلة القرائن المتظافرة من خلال استناده على جملة من المؤشرات من شأنها إثبات قيام الشركات المعنية بتبادل معلومات بينها وتورطها في تقديم عروض تغطية في إطار مشاركتها في الصفقتين المذكورتين، وتتمثل هذه المؤشرات فيما يلي: - احتواء وثيقتي التعهد المقدمتين من طرف شركة بيت الطب "ميديكاس" وشركة الصيانة الطبية للمشاركة في طلب العروض الأول على نفس العنوان ونفس أرقام الهاتف والفاكس فضلا عن التوقيع عليهما بنفس الإمضاءات، - التوقيع بنفس الإمضاءات على جدولي الأسعار الخاصين بالقسط عدد 03 من طلب العروض المتعلق بمستلزمات تصفية الدم والمقدمين من طرف شركة بيت الطب "ميديكاس" وشركة الصيانة الطبية، - احتواء وثيقة الالتزام المقدمة للمشاركة في طلب العروض الثاني على نفس العنوان ونفس أرقام الهاتف والفاكس بالنسبة للشركات الثلاثة فضلا عن تسرب نفس الخطأ بالنسبة لشركة "أدهي - ألس" وشركة الصيانة الطبية وذلك بالتنصيص على عبارة "وكيلة الشركة" عوضا عن "وكيل الشركة"، - التوقيع بنفس الإمضاءات على العروض المالية للشركات الثلاثة، - مشاركة مؤسستين على الأقل في نفس الفصول عدد 1، 2، 8، 09، 10 باستثناء فصل وحيد عدد 14، - احتواء عرضين من بين العروض المالية للشركات الثلاثة على نسخة من منشور صادر عن وزارة الصحة العمومية باللغة الفرنسية يحمل ختم العارضة الثالثة. يراجع: قرار مجلس المنافسة التونسي الصادر تحت رقم 91201 بتاريخ 12 مارس 2015، منشور على موقع المجلس: (www.cct.gov.tn)

جدير بالذكر، أنه لا يشترط في الوثائق المقدمة للمجلس بهدف إقامة الدليل على وجود ممارسات منافية للمنافسة في الصفقة العمومية توفر أية شكلية، إذ يمكن قبول تقارير مكتوبة على إثر اجتماعات بين المؤسسات، أو قبول مكالمات هاتفية مثلا، حيث قبل مجلس المنافسة الفرنسي تسجيلات صوتية لمكالمات هاتفية تمت بين مؤسسات مختصة في توريد المواد الإلكترونية¹، ويمكن أن تقدم هذه المكالمات إلى المجلس في شكل أشرطة مصحوبة بنسخ مكتوبة²، زيادة على قبول المجلس قيام المقررين بأخذ صور فوتوغرافية تثبت الممارسات المنافية للمنافسة بمناسبة طلب عروض، باعتبار أن ذلك يدخل في نطاق عملية تجميع المعلومات والأدلة³.

في نفس الإطار، قضى مجلس المنافسة الفرنسي بأن "إثبات وجود الأعمال المتفق عليها يمكن أن يتم بناء على وجود مؤشرات خطيرة، دقيقة ومتظافرة، ومن بينها المؤشرات التي يمكن أن تتحقق من مواجهة الشهود ومن الوثائق المكتوبة بخط اليد أو باستخدام الآلة الراقنة، بالإضافة إلى الاستشارات التي يقوم بها أصحاب المشروعات العامة والخاصة، ولا أهمية لكون تلك الوثائق قد ضببت لدى جهات غير الجهات المتورطة في الاتفاق المحظور، كما أنه من غير المهم إن كانت الشركات التي قامت بتحرير المراسلات الخطية قد تخلت لاحقا عن المشاركة في الصفقة المعنية، طالما أن تقاطع محتوى تلك الوثائق مع باقي المؤشرات يفيد في إثبات مشاركة تلك المؤسسات في المشاورات"⁴.

¹ Cons. conc., déc. n° 05-D-66 du 5 décembre 2005 relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public. Voyez : André Marie, art.préc., p.116.

² Cons. conc., déc. n° 98-D-08 du 27 janvier 1998 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des fromageries fabriquant du comté et de l'emmental. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

³ Cons. conc., déc. n° 05-D-24 du 31 mai 2005, précité.

⁴ Cons. conc., déc. n° 97-D-39 Du 17 juin 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par différentes entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte-D'azur, BOCCRF n° 15 du 30 août 1997. Voyez :

من جهة أخرى، أشار بعض الفقه¹، إلى أن التصريحات تعتبر أيضا من المؤشرات المادية القابلة للتضافر مع قرائن أخرى بهدف إقامة الدليل، لاسيما تصريحات الأشخاص التابعين للمؤسسة المخالفة، إذ يمكن للمقرر أن يجمع تصريحات مختلفة صادرة عن مسيري المؤسسة وعمالها، وهو ما لجأ إليه مجلس المنافسة الفرنسي في بعض قراراته²، ويتعلق الأمر بالتصريحات المشبوهة التي يمكن للمقرر أن يستخلص منها وجود اتفاق أو تنسيق بين المؤسسات في الأسعار، أو في ممارسات البيع مثل التصريحات التي تكشف عن تعهد تم تقديمه في إطار المجاملة، أو تعهد صوري ورمزي أو للتغطية، أو استعمال نفس العبارات من طرف عدة متعهدين لتفسير انخفاض الأسعار أو ارتفاعها³.

أما الصنف الثاني، إلى جانب المؤشرات المادية البحتة، فيتمثل في مؤشرات خاضعة لتدخل مجلس المنافسة من خلال إعادة بناءها Des indices reconstruits، وتتمثل غالبا في توازي سلوك المؤسسات العارضة Parallélisme de comportement، مثل قيام المؤسسات المتواطئة الراغبة في تقاسم حصص الصفقة، بتنسيق أعمالها ومواقفها، لدرجة تكون فيها تصرفاتها متقاربة⁴، فإذا اقترن هذا المؤشر مثلا بمؤشرات أخرى تكون خطيرة ودقيقة ومتظافرة يشكل ذلك دليلا على الإخلال بقواعد المنافسة⁵، لكن إذا انفرد هذا

Frédéric Puel et Laurent François-Martin, «Droits des entreprises et sort des documents saisis ou copiés dans les enquêtes de concurrence», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 2-2008, p. 156.

¹ Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, op.cit., p. 234.

² Cons. conc., déc. n° 2001-D-20 du 04 Mai 2001 relative à des pratiques concernant plusieurs marchés de travaux de peinture dans le département d'Indre-et-Loire. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

³ يراجع على سبيل الاستئناس، التقرير السنوي لمجلس المنافسة المغربي لسنة 2012، ص. 148.

⁴ تامر محمد صالح، المرجع السابق، ص. 54 - 55.

⁵ من بين هذه المؤشرات نذكر على سبيل المقارنة ما أشار إليه "الدليل التوعوي بشأن حماية المنافسة في المناقصات"، الصادر عن وزارة الاقتصاد والتجارة بدولة قطر، 2016، ص. 20، والذي أشار إلى جملة من المؤشرات الممكن اعتبارها كدليل على وجود تواطؤ بين المؤسسات المرشحة للصفقة العمومية، ومن بينها: "وجود أخطاء متشابهة في مستندات العروض المقدمة من مؤسسات مختلفة مثل الأخطاء الإملائية واللغوية، أن تتضمن العروض المقدمة من المؤسسات على خط يد متماثل أو نماذج كتابية متطابقة، أن تحتوي

المؤشر بذاته، فيمكن اعتباره في المقابل مجرد تواز في السلوك أمله معطيات موضوعية، لا دخل للمؤسسات فيه¹.

يمكن أن يعتبر تواز في السلوك اتخاذ المؤسسات المتواطئة لمواقف متطابقة مثل إتفاقها على الرفع من الأسعار المقترحة في الصفقة²، حيث اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي في هذا الصدد³، أن التوازي في السلوك لا يمثل وسيلة إثبات كافية في حد ذاتها للاتفاق المنافي للمنافسة، إلا أنه يعد قرينة على وجود تقاسم ضمني لمختلف أجزاء الصفقة طيلة فترة معينة، وعلى هذا الأساس، تقوم سلطات المنافسة بالبحث في وجود مؤشرات متظافرة من شأنها الكشف عن وجود الممارسة، فإن لم توجد وجب التأكد إن كانت الممارسة

العروض المقدمة من قبل مؤسسات مختلفة تقديرات متطابقة لتكلفة عنصر معين، أن يحتوي الظرف المقدم من قبل مؤسسات مختلفة على علامات بريدية أو أرقام بريدية متشابهة، أن يتضح من خلال مستندات العروض المقدمة من قبل مؤسسات مختلفة وجود تعديلات كثيرة مضافة في آخر لحظة، بحيث يتضح ذلك من خلال استخدام المي أو التعديلات المادية، أن تحتوي العروض المقدمة من قبل مؤسسات مختلفة على تفاصيل أقل من التفاصيل اللازمة أو المتوقعة أو وجود أي إشارة لكون هذه التفاصيل غير حقيقية، إذا قام المتنافسون بتقديم عروض متماثلة أو إذا كانت الأسعار المقدمة من طرف مقدمي العروض تزيد زيادة منتظمة".

¹ لويس فوجال، المرجع السابق، ص. 842.

² يمكن زيادة على ذلك، أن يعتبر من العلامات الدالة على وجود تواطؤ بين المؤسسات بخصوص الأسعار، ما يلي: "الإرتفاع المفاجئ والمتماثل في الأسعار للعروض بحيث لا يمكن تفسير هذه الزيادات على أنها نتيجة لزيادة التكلفة، وجود فوارق في الأسعار المقدمة من طرف نفس المؤسسة في إطار مشاركتها في طلبات عروض مختلفة ومتقاربة زمنياً، وجود إنخفاض كبير في مستويات أسعار العروض المقدمة من مجموعة مؤسسات مقارنة بالعروض السابقة نتيجة مشاركة غير معهودة لمؤسسة في طلب العروض قد تكون تسببت في إرباك تحالف قائم بين المتنافسين، وجود عمليات تسعير متشابهة خاصة في حالة استمرار ذلك لفترة طويلة من الزمن، أو إذا كانت الأسعار مختلفة مسبقاً فيما بينها". يراجع: "الدليل التوعوي بشأن حماية المنافسة في المناقصات"، الصادر عن وزارة الاقتصاد والتجارة بدولة قطر، سابق الذكر، ص. 27.

³ Cons. conc., déc. n° 93-D-39 du 5 octobre 1993 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'appels d'offres lancés par la ville de Toulouse pour la construction, la transformation et l'aménagement de trottoirs : "Ce choix répété des entreprises (...) de faire porter leurs efforts sur les seuls et mêmes cantons, qui ne reflète pas les conditions d'un marché concurrentiel et qui ne peut s'expliquer ni par l'implantation des entreprises, ni par les caractéristiques des travaux, s'il ne peut constituer, à lui seul, une preuve d'entente anticoncurrentielle, constitue néanmoins une présomption d'existence d'une répartition tacite des différents lots entre les entreprises au cours de la période examinée". Voyez : Emmanuelle Claudel, op.cit., p. 157.

تستمد تبريرها من ظروف سير السوق، أو من سعي كل متدخل وراء مصلحته الخاصة، فإن لم توجد وقع التسليم بثبوت الممارسة¹.

إن في تعدد ومرونة وسائل الإثبات الممكن اعتمادها لإقامة الدليل على وجود ممارسات منافية للمنافسة في الصفقات العمومية، تأكيد على أهمية دور مجلس المنافسة في حماية النظام العام الاقتصادي عموماً، ودرأ الممارسات المخلة بتنافسية الصفقات العمومية، خاصة في ظل اعتماده من جهة أخرى على إجراءات خاصة لتحقيق هذه الغاية.

المطلب الثالث: سير الإجراءات أمام مجلس المنافسة

تبدأ المتابعة الإدارية أمام مجلس المنافسة بإخطاره مثلما سبقت الإشارة إليه، باعتباره الجهاز المنوط به حماية النظام العام الاقتصادي، من خلال التصدي للممارسات المنافية للمنافسة في كل القطاعات، ومنها تلك المرتكبة في مجال الصفقات العمومية سواء قبل تقديم العروض أو بعد الحصول على الصفقة، ويتبع المجلس في سبيل ذلك إجراءات معينة خاصة به، تتمثل أولاً في القيام بأعمال التحقيق (الفرع الأول) ثم انعقاد الجلسات (الفرع الثاني)، لتنتهي بإصدار عقوبات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أعمال التحقيق

تنتهي المرحلة الإجرائية الأولى من المتابعة الإدارية بقبول الإخطار أو رفضه²، وفي حالة القبول، تأتي المرحلة الثانية المتمثلة في مرحلة التحقيق³، والتي تعتبر إحدى المراحل

¹ Cons. conc., déc. n° 89-D-08 du 22 mars 1989, Levure fraîche de panification. conseil de la concurrence, Troisième rapport d'activité, année 1989, p. 41. Voyez : Emmanuelle Claudel, op.cit., p. 151.

² تنص المادة 44 الفقرة 03 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، على أنه "يمكن أن يصح المجلس بموجب قرار مغلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية".

³ نظمت الأحكام المتعلقة بالتحقيق في الفصل الثالث من الباب الثالث من قانون المنافسة، تحت عنوان إجراءات التحقيق، وكذلك في إطار أحكام القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، سابق الذكر.

الهامة في الإجراءات، لكونها تتعلق بإثبات الممارسات المنافية للمنافسة، مما دفع المشرع لقصر صلاحية مباشرته على فئات خاصة تشمل أشخاص وموظفين مؤهلين (أولاً)، وتقييده من ناحية أخرى بشكليات معينة ينبغي مراعاتها (ثانياً).

أولاً: الفئات المخول لها قانوناً القيام بالتحقيقات

خول القانون الفرنسي بصفة صريحة للأعوان التابعين للمديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش DGCCRF، التابعة لوزارة الاقتصاد، منذ سنة 2004¹، إمكانية المشاركة في لجان الصفقات العمومية للكشف عن المخالفات والانتهاكات الممكن وقوعها إخلالاً بقواعد المنافسة عند إبرام الصفقة²، رغم كون مشاركتهم في لجان الصفقات العمومية متوقفة على طلب رئيس اللجنة³.

¹ Voyez à ce titre : l'art. 5 I-g du Décret n° 2009-1484 du 3 décembre 2009 relatif aux directions départementales interministérielles, JORF n°0281 du 4 décembre 2009.

كما نصت المادة 23.ii من المرسوم رقم 2006/975 المؤرخ في 01 أوت 2006 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، الملغى، على ما يلي:

"Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission d'appel d'offres, le comptable public et un représentant du service en charge de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres. Leurs observations sont consignées au procès-verbal".

² Voyez: La lettre d'information de la DIRECCTE (Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi) Rhône-Alpes, «La détection des pratiques anticoncurrentielles dans la commande publique, une des missions de la DGCCRF», n° 9, Juin 2013, p. 01. Disponible sur : www.rhone-alpes.direccte.gouv.fr.

³ من الناحية العملية، يلاحظ قلة تطبيق هذه النصوص في فرنسا بسبب نقص عدد الأعوان التابعين للإدارة العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش مقارنة بعدد الصفقات المبرمة، زيادة على عدم أخذ إخطارات هؤلاء الأعوان بعين الاعتبار في عدة أحيان من طرف سلطة المنافسة، يراجع:

- Lionel Zevounou, Les usages de la notion de concurrence en droit, LGDJ, Paris, 2012, p. 155: "les textes organisant le contrôle des marchés publics ne soient pas toujours appliqués, a pris l'exemple de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) dont les agents, trop peu nombreux, ne sont pas en mesure de surveiller efficacement les appels d'offres pour les marchés publics locaux. Mais, même lorsque ces agents parviennent à relever des pratiques irrégulières, le Conseil de la concurrence ne peut y donner suite, depuis qu'il s'est vu retirer, il y a quelques années, ses prérogatives en matière de contrôle des marchés publics locaux ; il est alors nécessaire de lui rendre compétence en la matière afin, non seulement de remobiliser les fonctionnaires de la DGCCRF quelque peu découragés par

وذلك على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يشر لتأهيل المستخدمين المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة على وجه التخصيص للتحقيق بشأن مثل هذه الممارسات، وإنما أشار لاختصاص هؤلاء الأعوان للقيام بالتحقيقات المتعلقة بتطبيق الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، ومعاينة مخالفة أحكامه بصفة عامة، والتي بطبيعة الحال تشمل مجال الصفقات العمومية¹.

من جهة أخرى، فإن غالبية الأحكام الواردة في تنظيم الصفقات العمومية المتعلقة بتشكيلة مختلف لجان الصفقات في إطار الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية، تشير لعضوية ممثل وزير التجارة في هذه اللجان، بما يعزز إمكانية كشف هذا الأخير للمخالفات التي قد تقع بمناسبة إبرام الصفقة، وإبلاغ الوصاية، التي يمكنها بدورها إخطار مجلس المنافسة².

وعلى هذا الأساس، وفي ظل الغياب المسجل ميدانيا من طرف فئة المستخدمين المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة، ينبغي على المشرع استدراك هذا السهو من خلال الإشارة بشكل صريح لإمكانية حضورهم لأشغال مختلف لجان الصفقات العمومية، لاسيما وأن المؤشرات التي قد يجمعونها، والتي تنتهي إلى علمهم، من شأنها مساعدة المقرر لدى مجلس المنافسة عند ممارسة وظيفته التحقيقية، إذ تنير سبيل الأبحاث المكلف بها، وتعد مؤشرات أولية ينطلق منها ليصل إلى الكشف عن الحقيقة، من خلال المؤشرات المتظافرة التي يؤول إليها التحقيق، وتعتبر هذه المرحلة الأولية

le manque de suites données à leurs travaux, mais aussi d'amener le Conseil à prendre des décisions qui serviront de référence aux élus pour la passation de leurs marchés".

¹ المادة 49 مكرر من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

² تراجع: المواد 171، 172، 173، و 185 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المتمثلة في معاينة المخالفات من طرف الأعوان المشار إليهم سابقاً¹، مرحلة تحقيق إداري بحت، تختلف كلية عن التحقيق أمام مجلس المنافسة²، الذي يتولاه المقرر العام والمقررون³.

بالنسبة للتحقيق على مستوى مجلس المنافسة، فوفقاً للمواد 3-450 L. من القانون التجاري الفرنسي، و51 من قانون المنافسة الجزائري، يتم إسناد أعمال التحقيق لمقرر يعمل تحت إشراف ورقابة المقرر العام، حيث يقوم في إطار ما يعرف بالتحقيقات البسيطة Les enquêtes Simples، بالتثبت من وثائق الملف، ومطالبة الأشخاص المعنيين بإمداده بجميع العناصر التكميلية في البحث كلما رأى ذلك ضرورياً، وإن كان المشرع الجزائري لم يبين بصفة واضحة إجراءات قيام المقرر بأعمال التحقيق والتدقيق في عين المكان المعني بالمخالفة⁴، مكثفياً بتمكين المقرر من تنظيم جلسات استماع دون تبين لمكان انعقادها⁵، مع إحالته على أحكام القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات

¹ علاوة على المقرر العام، والمقررون بالنسبة للقضايا التي يسندها إليهم رئيس مجلس المنافسة، والأعوان المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة، التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة، يؤهل حسب المادة 49 مكرر من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، للقيام بالتحقيقات المتعلقة بإثبات الممارسات المقيدة للمنافسة، ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية (المواد 15 و19 من الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم)، وكذا الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية (المواد 19 و20 من قانون الإجراءات الجبائية).

² انتقد بعض الباحثين في فرنسا مسألة إسناد التحقيقات في مجال المنافسة لأعوان المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش DGCCRF ثم انتقال التحقيق لمقرري مجلس المنافسة، على أساس أن ذلك يشكل إخلالاً بالضمانات الممنوحة للمؤسسات المعنية بالتحقيق، والتي من مصلحتها أن تسند العملية لجهاز أو شخص واحد تفادياً لتميعها. يراجع:

- Siranat Wittayatamat, Les autorités de la concurrence et de la consommation : Étude comparative entre le droit Français et le droit Thaïlandais, Thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'université de Toulouse, 2015, pp. 420-421.

³ المادة 50 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

⁴ تنص المادة 51 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يمكن المقرر القيام بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني. ويمكنه أن يطالب باستلام أية وثيقة حيثما وجدت ومهما تكن طبيعتها وحجز المستندات التي تساعد على أداء مهامه، وتضاف المستندات المحجوزة إلى التقرير أو ترجع في نهاية التحقيق. ويمكن أن يطلب المقرر كل المعلومات الضرورية لتحقيقه من أي مؤسسة أو أي شخص آخر ويحدد الأجل التي يجب أن تسلم له فيها المعلومات".

⁵ تنص المادة 53 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "تكون جلسات الاستماع التي قام بها المقرر، عند الاقتضاء، محررة في محضر يوقعه الأشخاص الذين استمع إليهم وفي حالة رفضهم التوقيع يثبت ذلك في المحضر".

التجارية¹، فيما يخص الأحكام المتعلقة بالمتابعة والبحث والتحري عن الممارسات المرتكبة، مما يشكل تراجعا عن ما كان مقررا في الأمر رقم 06/95².

وفي ذلك اختلاف نسبي مع الصلاحيات المخولة للمقرر في القانون الفرنسي³، الذي مكّنه من زيارة كل المقرات والأماكن ووسائل النقل المخصصة للنشاط المهني، وطلب كل الوثائق المتعلقة بهذا النشاط على غرار الفواتير ومحاضر الاجتماعات، والتعليمات الداخلية، بل وحتى الرسائل الإلكترونية، وغيرها من الوثائق (باستثناء الوثائق المحمية بقواعد السر المهني مثل الوثائق الطبية والمراسلات المتبادلة مع المحامين)⁴.

كما يجوز وفقا للقانون الفرنسي للمقرر العام دون باقي المقررين، عدم الاكتفاء بالأعمال البسيطة المشار إليها، والقيام بإجراءات أخرى في إطار ما يعرف بالتحقيقات الثقيلة⁵ Les Enquêtes Lourdes، بعد الحصول على رخصة من طرف القضاء، تسمح له

¹ بعد تعديل الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة بمقتضى القانون رقم 12/08 أصبحت المادة 49 مكرر من قانون المنافسة الجزائري، تتضمن الإحالة على أحكام القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بخصوص الأحكام المتعلقة بالمتابعة والبحث والتحري عن الممارسات المرتكبة، وبالرجوع إلى المواد من 50 إلى 52 نجدها تمنح الموظفين المؤهلين للقيام بالتحقيقات، حرية الدخول إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات، وأماكن الشحن والتخزين، وإلى كل مكان يشتبه أن تكون له علاقة بالمخالفات، مع تقييد هذه السلطة بخصوص الأماكن المعدة للسكن، والتي تبقى خاضعة دائما لأحكام قانون الإجراءات الجزائية.

² كانت المادتين 80 و81 من الأمر رقم 06/95 تسمح للمحققين بتفحص جميع المستندات المالية والمحاسبية أو أي مستندات أخرى مهما كانت طبيعتها دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني، كما كان يمنح الحق للمحققين بدخول المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأي مكان بهدف تسهيل إجراءات التحقيق باستثناء المحلات السكنية.

³ لاسيما بعد صدور قانون Hamon وقانون Macron اللذان وسعا من صلاحيات المحققين في المجال الاقتصادي بشكل غير مسبق، يراجع:

- Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi «Hamon», JORF n°0065 du 18 mars 2014, et La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi «Macron», JORF n°0181 du 7 août 2015.

⁴ Marta Giner Asins et Arnaud Sanz, «Enquêtes simples de concurrence: des enquêtes pas si simples», JCPE, n° 1029, 2014, p. 07.

- يراجع أيضا: أحمد محمد محمود خلف، المرجع السابق، ص. 122.

⁵ Laurence Nicolas-Vullierme, op.cit., p. 231.

بالتدخل بشكل قبلي أو بعدي على مستوى جميع الأماكن محل ارتكاب المخالفات، من أجل الحصول على نسخ من الوثائق المشار إليها عن طريق أي وسيلة يراها المقرر مناسبة، وباستعمال أي آلية¹، مع تدوين كل المعلومات التي يتلقاها، لاسيما في ظل الاستعمال الواسع لوسائل متطورة تكنولوجيا من طرف بعض المؤسسات محل التحقيق، غلى غرار أجهزة المعلوماتية، ولذلك، يمكن للمحققين أيضا طبع الوثائق المسجلة على مثل هذه الأجهزة، أو تخزينها في دعامة إلكترونية، وحجزها، تحت طائلة معاقبة المؤسسات الممتنعة بسبب عرقلتها لمهام التحقيق²، على أن تتم جميع هذه الإجراءات تحت رقابة وإشراف القضاء³، باعتبارها لا تتضمن التحقيق فحسب، بل تتعداه إلى ممارسة مهام شبيهة بمهام الضبط القضائي، على غرار معاينة وكشف المخالفات المرتكبة⁴.

كما يمكن للمقرر أيضا أن يطلب من رئيس سلطة المنافسة تعيين خبير لإجراء الاختبارات اللازمة، وهي الصلاحية التي من شأنها تمكين المقرر من العثور على وثائق تثبت وجود ممارسات منافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وخصوصا الاتفاقات المحظورة.

وعلى هذا الأساس، ينبغي على المشرع الجزائري توضيح الإجراءات المتعلقة بتمكين المقرر من الدخول خلال الأوقات العادية المتعارف عليها قانونا إلى أماكن وقوع المخالفات،

¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations n'a que très légèrement modifié le premier alinéa de l'art. L. 450-3 du code de commerce, afin de préciser que les enquêteurs peuvent "obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports des documents dont ils peuvent obtenir communication".

² Jean-Patrice de La Laurencie et Laure Givry, «Régulation de la concurrence dans la loi NRE», Bull. act. Lamy droit économique, n° 141, juill. 2001, p. 01: "les enquêteurs à pouvoir utiliser les photocopieurs de l'entreprise, ou à obtenir l'impression sur papier de documents enregistrés dans le système informatique de l'entreprise ou encore d'obtenir une copie sur disquette, le tout sous peine de délit d'opposition à fonction".

³ لتفاصيل أوفى بخصوص التحقيق الخاضع لإذن قضائي لعمليات التحقيق، المرجع السابق، ص 958-968.

⁴ Rachid Zouaimia, Le droit de la concurrence, Editions Belkeise, Alger, 2012, p. 203.

على غرار المحلات المهنية التابعة للمؤسسات المرشحة لنيل الصفقة العمومية، اقتداء بالقانون الفرنسي، مع التنصيص أيضا على العقوبات الممكن تسليطها ضد كل من يتسبب في عرقلة سير هذه الأعمال، تدعيما لصلاحيات المقرر، ولحسن سير أعمال تحقيق¹، الذي يخضع من جهة أخرى لشكليات معينة يجب مراعاتها.

ثانيا: ضرورة احترام شكليات التحقيق

يمارس المقرر مهمة التحقيق بخصوص الممارسات المنافسة للمنافسة المرتكبة في إطار الصفقات العمومية تحت سلطة رئيس مجلس المنافسة الذي يعينه لأداء هذه المهمة، ويخضع تبعا لذلك لبعض الشكليات تتمثل أساسا في تقييد أعماله بالحصول على ترخيص من طرف رئيس المجلس، وضرورة تضمينه نتائج التحقيق في تقرير.

بالنسبة للقيود الأولى، يشترط القانون ضرورة الحصول على ترخيص من رئيس مجلس المنافسة لصحة أعمال التحقيق، بحيث لا يتصرف المقرر عند القيام بوظيفته تلك إلا في إطار ما رخص له فيه رئيس المجلس صراحة أو ضمنا، فلا يقوم بإجراء تحقيق في قضايا لم يكلفه بها الرئيس، وهو ما يستخلص من أحكام المادة 50 الفقرة 01 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة التي تنص على أنه: "يحقق المقرر العام والمقررون في القضايا التي يسندها إليهم رئيس مجلس المنافسة".

وقد أكد التشريع الفرنسي على هذا الإجراء حتى بمناسبة قيام المقرر بالمعاينات الميدانية، من خلال تقييده بضرورة الحصول على رخصة من رئيس سلطة المنافسة للتنقل إلى الأماكن المعنية بالتحقيق، في حالة التحقيقات البسيطة، ومن القضاء في حالة

¹ وفقا لنص المادة 59 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، المقابلة للمادة 2-464 L. من القانون التجاري الفرنسي، يمكن استخلاص أن المشرع الجزائري لم يمكن المقرر من إمكانية الانتقال للأمكنة المعنية بالمخالفات، حيث أشار لمعاقبة المؤسسات التي تعتمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة من طرف المقرر أو تهاون في تقديمها، أو التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحدد من قبل المقرر، وذلك دون التنصيص على عقوبة عرقلة مهام المقرر في حالة الانتقال للأمكنة.

التحقيقات الثقيلة، حيث يشكل غيابها سببا قد يفقد أعمال التحقيق مشروعيتها ويمكن المدعي بذلك من الطعن في إجراءاته¹، وهو ما لم ينتهجه التشريع الجزائري، الذي لم يفرض على المقرر بعد بداية مهمته إلا واجب إبلاغ رئيس المجلس ببعض الإجراءات على غرار التقرير الأولي²، وتبيين وظيفته للمعنيين بالتحقيق وتقديم تفويضه للعمل³.

ومن جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يلزم المقرر بالجوء إلى القضاء من أجل القيام بحجز المواد والمستندات والوثائق المساعدة أثناء إجراء التحقيق، على عكس المشرع الفرنسي الذي يشترط ذلك⁴.

أما بخصوص الإجراءات المتعلقة بصياغة التقرير المتضمن لنتائج التحقيق، فبعد قيام المقرر بفحص كل الوثائق الضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها⁵، بعد استلامها من طرف المؤسسات المخالفة، وجمعه لكافة المعلومات الضرورية لتحقيقه من أي مؤسسة أو من أي شخص آخر⁶، يتولى تحرير تقرير أولي يتضمن عرض الوقائع⁷، وكذا المآخذ المسجلة، ويبلغ رئيس المجلس التقرير إلى الأطراف المعنية، وإلى الوزير المكلف بالتجارة، وكذا

¹ سبق لمجلس المنافسة الفرنسي أن رفض طعنا يتعلق بتجاوز المقرر لنطاق الترخيص الممنوح له، معتبرا أن هذا الأخير لم يتجاوز الترخيص الخاص بالزيارة إلى مكان وقوع المخالفات، والإطلاع على كل الوثائق التي يرى فائدة من الإطلاع عليها، ويرر موقفه بأن الترخيص في القضية المذكورة لا يقتصر فقط على الأسواق المحلية للنقل الحضري للمسافرين التي ذكرتها المؤسسة في العريضة. يراجع:

- Cons. conc., déc. n° 05-D-38 du 5 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs. Voyez : André Marie, art.préc., p. 122.

² المادة 52 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

³ المادة 49 مكرر الفقرة 03 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة

⁴ قابة صورية، المرجع السابق، ص. 306.

⁵ المادة 51 الفقرة 01 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

⁶ المادة 51 الفقرتان 02 و03 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

⁷ ينبغي التمييز بين محاضر التحقيق، والتقارير التي يعدها المقرر، ذلك أن المحاضر تتم بعد كل معاينة أو عملية بحث أو سماع، أما التقرير فهو حوصلة للأبحاث وملخص للوقائع والوثائق والحجج، مع تضمينه موقفا قانونيا، فعلى سبيل المثال يعد المقرر محضرا عند استدعاء أي شخص يرى فائدة من الاستماع إليه، يوقعه الأشخاص المسموعين حسب المادة 53 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، سابقة الذكر.

إلى جميع الأطراف ذات المصلحة، الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر¹.

وبعد انتهاء مرحلة تحضير التحقيق، يتولى مسؤول المصلحة المكلفة بالتحقيق التأكد من صحة الملف من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، وفي الأخير، يقوم المقرر عند اختتام التحقيق بإيداع تقرير نهائي معلل لدى المجلس يتضمن المآخذ المسجلة، ومرجع المخالفات المرتكبة واقتراح القرار وكذا، عند الإقتضاء، اقتراح تدابير تنظيمية طبقاً لأحكام المادة 37 من قانون المنافسة².

وبعدها يتولى رئيس مجلس المنافسة بدوره تبليغ التقرير النهائي إلى الأطراف المعنية، وإلى الوزير المكلف بالتجارة الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين، ويحدد لهم كذلك تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية، وذلك قبل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ انعقادها، كما يمكن للمقرر إبداء رأيه في الملاحظات المحتملة المكتوبة المذكورة آنفاً³.

الفرع الثاني: سير جلسات المجلس

تمر جلسات مجلس المنافسة بمرحلتين أساسيتين يتم في الأولى دراسة القضية المجدولة بشكل مشابه للتحقيق النهائي الذي يقوم به القاضي الجزائي (أولاً)، ليتم بعدها اتخاذ أوامر أو قرارات تختلف بحسب اختلاف ظروف القضايا التي ينظرها المجلس (ثانياً).

¹ المادة 52 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، سابقة الذكر.

² المادة 54 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

³ المادة 55 الفقرة 01 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

أولاً: القواعد المنظمة لسير جلسات المجلس

يعقد مجلس المنافسة جلساته للفصل في القضايا المرفوعة إليه بحضور ثمانية من أعضائه على الأقل¹، وهو نفس العدد المطلوب في القانون الفرنسي²، وتكون الجلسات غير علنية³، وفي هذه السرية تأكيد لخصوصية الإجراءات أمام المجلس، بشكل غير معهود لا أمام هيئات القضاء العادي ولا الإداري، التي تتميز بالعلنية، عدى بعض الاستثناءات المتعلقة بضرورة انعقاد الجلسات بشكل سري في حالات حددها القانون⁴.

فعلى الرغم مما تمثله علنية المحاكمات من تكريس للمبادئ العامة لحسن سير القضاء المدني والجزائي والإداري، إلا أن المشرع في قانون المنافسة اعتمد اتجاهها مغايراً، وأقر سرية الجلسات أمام المجلس، لغاية ضمان سرية المعاملات التي تتطلبها مادة المنافسة في حد ذاتها، زيادة على كون المجلس سلطة إدارية مستقلة يقتصر دوره على إصدار عقوبات إدارية، ولا يعتبر وفقاً للقانون الجزائري هيئة قضائية.

وبالتالي، لا يحضر الجلسة إلا الأطراف المعنية، التي يستمع إليها المجلس حضورياً وفقاً لمبدأ الواجهية، ويمكن أن تنيب ممثل عنها لحضور الجلسات، أو أن تحضر مع محاميها أو مع أي شخص تختاره، وكذلك يحضر الجلسات ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة⁵. ولقد أقر القانون الفرنسي نفس الموقف منذ صدور أمر 01 ديسمبر 1986 وكذا بعد نقل أحكامه وتقنينها ضمن القانون التجاري الفرنسي، بحيث لا تكون جلسات مجلس المنافسة الفرنسي علنية، ولا مفتوحة للعموم، بل يتم إعلام الأطراف المعنية فقط،

¹ المادة 28 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

² Guy Canivet, Marie-Chantal et Boutard-Labarde, op.cit, p. 176.

³ على خلاف قانون المنافسة السابق الذي كانت في ظله جلسات مجلس المنافسة تتم بصفة علنية.

⁴ مثال ذلك، ما نصت عليه المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، سابق الذكر.

⁵ المادة 36 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، سابق الذكر.

واستدعائهم للحضور قبل ثلاثة أسابيع على الأقل من يوم الجلسة، ولا يحضرها سوى الأطراف أو من يمثلهم أو ينوبهم، ومندوب الحكومة¹.

ويحق للأطراف ولممثل الوزير، الإطلاع على ملف القضية، والحصول على نسخة منه إلا أنه يمكن لرئيس المجلس بمبادرة منه أو بطلب من الأطراف المعنية، رفض تسليم المستندات أو الوثائق التي تمس سرية المهنة.

وفي يوم افتتاح الجلسة، يفتح رئيس المجلس الجلسة، ثم يحيل الكلمة للحضور لتقديم مداخلاتهم وفقا لترتيب معين حدده النظام الداخلي للمجلس²، فيتدخل المقرر أولا لتلاوة موجز من تقريره النهائي الذي أعده، ثم ممثل الوزير المكلف بالتجارة، ثم للأطراف المعنية بالقضية في حال ما إذا كانت حاضرة أو ممثلة³.

بعد انتهاء أشغال الجلسة، ينسحب المجلس لإجراء المداولة وإصدار القرار الذي يتخذ بالأغلبية البسيطة للأعضاء، وفي حالة تساوي عدد الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا، ولا تحضر الأطراف المعنية المداولات، كما يحق لممثل الوزير المكلف بالتجارة حضور الجلسات دون المداولات حسب ما تنص عليه المادة 26 من قانون المنافسة.

جدير بالذكر أن قانون المنافسة الجزائري لم يشر بصفة صريحة لمدى إمكانية حضور المقرر العام والمقررون جلسة المداولة وإدلاءهم بصوتهم، في حين نجد النظام الداخلي لمجلس المنافسة يشير لإمكانية ذلك⁴، على خلاف القانون الفرنسي الذي يمنع

¹ L'art. L. 463-7 du code de commerce dispose que: "Les séances de l'autorité de la concurrence ne sont pas publiques".
Voyez : Laurence Nicolas-Vullierme, op.cit., p. 237.

² المادة 36 الفقرة 04 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، سابق الذكر.

³ للإطلاع على الإجراءات المنظمة لانعقاد جلسات المجلس. تراجع المواد من 36 إلى 39 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، سابق الذكر.

⁴ المادة 35 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، سابقة الذكر.

المقرر عند الحضور لجلسة المداولات¹، المؤسسة على نتائج أبحاثه، ومعايناته من الإدلاء بصوته، وهو ما أكده القضاء²، وكذا بعض الفقه³، الذي رأى أن هذه القاعدة مستمدة من المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المؤرخة في 04 نوفمبر 1950، والتي تؤكد على الفصل بين مهام التحقيق والحكم.

ثانياً: القرارات المنبثقة عن جلسات المجلس

يقرر مجلس المنافسة بعد إجراء المداولات ما يراه مناسباً بشأن القضايا التي ينظرها، حيث يرفض الدعوى إذا كانت الوقائع لا تدخل ضمن اختصاصاته، كأن تدخل مثلاً ضمن اختصاصات القاضي الإداري لكونها تشكل عملاً من أعمال السلطة العامة⁴، أو كانت غير مدعمة بعناصر إثبات كافية⁵، أو لا تدخل ضمن الممارسات المنافية للمنافسة، أو تم إخطاره بها من طرف شخص ليست له الصفة قانوناً لإخطاره، وغيرها من الأسباب.

أما إذا تبين له بأن الملف المرفوع أمامه، يدخل في إطار اختصاصاته، يقوم المجلس بتصنيف الممارسات المضبوطة، من خلال تقدير الوقائع وتكييفها حسب ما ينص عليه قانون المنافسة.

¹ Emmanuel Daoud et Sarah Albertin, «L'autorité de la concurrence: les pouvoirs d'enquête au crible des droits de la défense», RLDA, 2014, p. 93: "L'un des objectifs de la réforme de 2008 était d'améliorer sensiblement le fonctionnement des services d'instruction de l'ADLC en instaurant notamment une séparation fonctionnelle entre les activités d'instruction d'une part, et la prise de décisions et de sanctions d'autre part, conformément au principe d'impartialité et à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme".

² Cons. conc. déc. 16 Fév. 1999. Citée par: Rachid Zouaimia, Le droit de la concurrence, op.cit., p. 211.

³ Florian Linditch, art.préc., p. 15.

⁴ يراجع قرار مجلس المنافسة رقم 99-ق-02 المؤرخ في 17 أكتوبر 1999، سابق الذكر.

⁵ المادة 44 الفقرة 03 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

وفي هذا الإطار، يمكن للمجلس أن يتخذ تدابير مؤقتة في شكل أوامر، تهدف إلى ضمان حرية المنافسة في قطاع معين¹، كما يمكنه إذا رأى أن التحقيق المنجز من طرف المقرر غير كاف للفصل في النزاع، بالأمر بإجراء تحقيق تكميلي، أو يمكن للمقرر نفسه أن يقوم بهذا التحقيق عندما يرى أن التحقيقات الأولية التي قام بها الوزير المكلف بالتجارة مثلا غير كافية، لاسيما في المسائل المركبة والمعقدة².

ويتم تحرير كل مقرر يصدر عن مجلس المنافسة في نسخة واحدة تحفظ مع محضر الجلسة، وتحتوي على رقم تسلسلي يلائم طبيعة القضية، وتبلغ هذه المقررات إلى الأطراف المعنية، وإلى الجهات المختصة بقصد التنفيذ لاسيما الوزير المكلف بالتجارة، وذلك عن طريق رسالة موصى عليها مع العلم بالوصول، ويجب أن تبين هذه المقررات تحت طائلة البطلان، آجال الطعن وكذلك أسماء الجهات المرسل إليها وصفاتها وعناوينها.

كما يتولى مجلس المنافسة نشر جميع المقررات الصادرة عنه وعن مجلس قضاء الجزائر، وعن المحكمة العليا وكذا عن مجلس الدولة المتعلقة بالمنافسة، وذلك في النشرة الرسمية للمنافسة، أو بواسطة أي وسيلة إعلامية أخرى.

وما يهمنا في مجال بحثنا هذا، القرارات القمعية للمجلس عند تصديده لممارسات منافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، والتي تتسم هي الأخرى بخصوصيات ملحوظة بسبب خصوصية السوق محل الانتهاك مما يستدعي توضيحها.

¹ المادة 46 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، وتقابلها المادة 2-464.L من القانون التجاري الفرنسي. يراجع:

- Rachid Zouaimia, Le droit de la concurrence, op.cit., pp. 207 – 211.

² تواتي محند الشريف، المرجع السابق، ص. 93.

الفرع الثالث: ردع الممارسات من طرف المجلس

إذا أثبتت التحقيقات أن الأفعال المرتكبة تشكل إحدى الممارسات المنافية للمنافسة في ميدان الصفقات العمومية، فإن مجلس المنافسة يملك سلطة توقيع عقوبات مالية تجاه المؤسسات المخالفة، وهي العقوبات التي تتشابه مع تلك المقررة لباقي الممارسات المخلة بالمنافسة في الميادين الاقتصادية المعنية بالوظيفة القرارية للمجلس¹، غير أن تقديرها قد يختلف بسبب وقوعها في مجال مختلف، مما يدعونا للتساؤل حول طبيعة العقوبات المسلطة على الممارسات المنافية للمنافسة في إطار الصفقات العمومية ومعايير تقديرها (أولاً)، ومدى اعتماد المشرع الجزائري لإجراءات تخفيفية عند تحديد هذه العقوبات مقارنة بنظيره الفرنسي (ثانياً).

أولاً: تشديد عقوبة الممارسات المرتكبة في إطار الصفقات العمومية

تتمثل العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة، في عقوبات مالية توقع على المؤسسة المرتكبة لإحدى الممارسات المنافية للمنافسة، اقتصر المشرع الجزائري عند تحديدها، على غرار نظيره الفرنسي²، على ذكر حد أقصى لا يمكن تجاوزه³، والشأن نفسه، بالنسبة للمؤسسات التي لا تحترم الأحكام والشروط المنظمة للتجميعات الاقتصادية⁴.

¹ Laurent Richer, «L'application du droit de la concurrence aux marchés publics», art.préc., p. 302.

² كرس القانون الفرنسي تحديد القيمة القصوى للغرامة من خلال المادة 2-464.L من القانون التجاري الفرنسي، والتي لا يمكن أن تتجاوز نسبة 10% من رقم المعاملات، ثم قام بتخفيض هذه النسبة إلى 5% بموجب قانون 15 ماي 2001 المتعلق بالتشريع الاقتصادي الجديد، سابق الذكر.

- Voyez : Laurence Nicolas-Vullierme, op.cit., p. 240.

³ تنص المادة 56 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، على أنه: "يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 من هذا الأمر، بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، على ألا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6.000.000 د.ج)".

⁴ المادتين 61 و62 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

كما أشار قانون المنافسة الجزائري من جهة أخرى، إلى بعض المعايير التي يمكن أن يستند عليها المجلس عند تقدير العقوبة، لاسيما الأخذ بعين الاعتبار مدى خطورة الأفعال والممارسات المرتكبة، وحجم الضرر الذي لحق بالنظام العام الاقتصادي، وما حصل عليه مرتكب الممارسة من فوائد، ومدى تعاون المؤسسات المتهممة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق¹، وينظر أيضا في تقدير الغرامات، إلى أهمية وضعية المؤسسة المهيمنة في السوق، حيث يجب أن تعلق العقوبات المقررة بموجب إحدى هذه المعايير أو أكثر².

إن اعتماد معيار خطورة الأفعال لتقدير العقوبة، يبين أن الممارسات المنافية للمنافسة ليس لها نفس الدرجة من الخطورة، بل يمكن أن تتفاوت من ممارسة لأخرى، وقد اعتمد مجلس المنافسة الجزائري هذا المعيار، حيث أشار في إحدى قراراته أنه "اعتبارا أن المجلس يعتمد في تحديد مبلغ الغرامة على مبدأ التدرج بحسب خطورة الممارسات التي يأخذ بها، ومدى تأثيرها على السوق"³.

ونفس المنهج اعتمده مجلس المنافسة الفرنسي، الذي لم يتوانى في اعتبار أن ممارسات المشتري العمومي قد تنتج عنها ظروف تؤثر على تقدير الغرامة المسلطة على المؤسسة المخالفة، مثل قيامه بتجزئة الطلبات، أو تشجيعه بطريقة غير مباشرة على الاتفاقات التواطئية⁴.

¹ نصت المادة 60 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر".

² كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، المرجع السابق، ص. 74.

³ قرار مجلس المنافسة رقم 99-ق-01 المؤرخ في 23 جوان 1999 المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)، سابق الذكر.

⁴ Cons. conc., déc. n° 01-D-14 du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées lors de marchés de fabrication et de mise en œuvre d'enrobés bitumineux sur les routes départementales de l'Isère. Publiée sur le site de l'autorité de la concurrence Française: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

وفي المقابل إذا ثبت أن الدعوة للمنافسة نظمت بطريقة عادية، وبالرغم من ذلك، لجأت بعض المؤسسات لممارسات من شأنها الإخلال بتنافسية الصفقات العمومية، فإن ذلك، تم اعتباره من طرف مجلس المنافسة الفرنسي، من بين الممارسات الخطيرة بطبيعتها¹، لاسيما في حالة استبعاد باقي المنافسين من السوق، والتي تعتبر العقوبات الصادرة بشأنها من بين أشد العقوبات لكونها تحول دون السير العادي لسوق الطلب العمومي².

يؤخذ بعين الاعتبار أيضا كل الظروف التي أحاطت بتنفيذ الممارسات، فيعتبر من الظروف المشددة قدم الممارسات، حيث اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن الحصول على صفقات عمومية عن طريق اللجوء لممارسات مخلة بالمنافسة، وذلك لفترة تتراوح بين ثلاثة إلى خمسة سنوات يعد ظرفا مشددا للعقوبة³، كما أن عدد الصفقات المسندة وقيمتها قد يؤخذ أيضا بعين الاعتبار عند تقديرها⁴.

من جهة أخرى، تعتبر الممارسات الواقعة في إطار الصفقات العمومية، من الممارسات المضرة بالاقتصاد، لذلك يقوم مجلس المنافسة بفحص الآثار التي لحقت سوق الطلب العمومي، وخصوصا إذا كانت الممارسات المعايينة من شأنها أن تزيد من قيمة المخصصات المالية المرصودة لإنجاز المشروع بسبب الرفع المصطنع للأسعار، أو لجوء المؤسسة العارضة،

¹ Cons. conc., déc. n° 95-D-16 du 14 Février 1995 relative à des pratiques relevées dans le secteur des échographes. Citée par :

- كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04. المرجع السابق، ص. 74.

² Laurent Binet, art.préc., p. 33.

³ Cons. conc., déc. n° 2001-D-14 du 04 Mai 2001, précitée, et Cons. conc., déc. n° 08-D-29 du 3 décembre 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie. Voyez : Pauline de Lanzac et Guillaume Dezobry, art.préc., p. 04.

⁴ Cons. conc., déc. n° 98-D-42 du 23 juin 1998 relative à des pratiques constatées sur le marché de la collecte des ordures ménagères en Ile-de-France, précitée.

للمناولة بطريقة من شأنها المساس بحصة هامة من حصص السوق، أو من حصص المؤسسات المتواجدة في السوق¹.

قد يلجأ المجلس أيضا، في إطار نفس القضية التي تنسب فيها ممارسات منافية للمنافسة في صفقة عمومية إلى عدة مؤسسات، إلى تسليط غرامات متفاوتة القيمة، أساسها الظروف الخاصة بالتشديد أو التخفيف لكل مؤسسة، حيث يراعي حالة الأشخاص المعاقبين، والمسؤولية الخاصة لكل شخص في إيجاد وتنفيذ الممارسة غير المشروعة، ومدى استفادتهم منها².

تجدر الإشارة في الأخير، إلى أنه إضافة إلى العقوبات المالية التي يحكم بها المجلس على المخالف، يمكن أن تصدر عن مجلس المنافسة عقوبة أخرى تقضي بنشر قرار الإدانة، أو مستخرج منه أو توزيعه أو تعليقه في إطار ما نصت عليه المادة 45 الفقرة 03 من قانون المنافسة³.

على أن معظم التشريعات - بما فيها التشريع الجزائري -، قامت مؤخرا بتبني إجراء يسمح بإعفاء المؤسسة المساهمة في بعض الممارسات المحظورة من العقوبة المالية بشكل

¹ قضت في هذا الصدد، محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 25 جانفي 1999، أن مبلغ العقوبة المحكوم به ضد شركة SEPIC، يعتبر معللا بما فيه الكفاية فيما يتعلق بالضرر اللاحق بالاقتصاد، حيث أن مجلس المنافسة قد بين أن الممارسات التي أدمنت بسببها الشركة قد غطت 28% من مجموع القطاع، وقد مست ما يزيد عن نصف المؤسسات المشغلة في السوق. يراجع: كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، المرجع السابق، ص. 75.

² للمقارنة، قام مجلس المنافسة التونسي بتسليط غرامة مالية قدرها 02% من رقم معاملات مؤسستين قامتا بعقد اتفاق محظور في إطار صفقة عمومية، في حين قام بتضعيف تلك النسبة على المؤسسة الثالثة باعتبارها الفاعل الأصلي والطرف الرئيسي الذي حيك العناصر التي شكلت الممارسة موضوع النزاع. يراجع: قرار مجلس المنافسة التونسي عدد 2145 المؤرخ في 25 ديسمبر 2003، التقرير السنوي لمجلس المنافسة التونسي لعام 2003، ص. 135.

³ من جهته، اقترح مجلس المنافسة الجزائري في تقريره لسنة 2015، عند حديثه عن الاقتراحات المرفوعة للسلطات العمومية من أجل تعديل الأمر رقم 03/03 حتى يتماشى مع التعديلات الدستورية لسنة 2016، إضافة عقوبة إقصاء المتعاملين الاقتصاديين الذين قاموا بممارسات تواطئية من المشاركة في الصفقات العمومية، لمدة تتراوح بين 03 إلى 05 سنوات، واعتماد العود كظرف تشديد من خلال زيادة الغرامة في حالة تكرار الممارسات المخلة بالمنافسة. يراجع: التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015، ص. 60 وما يليها.

كلي أو جزئي، عند توافر بعض الشروط المنصوص عليها قانونا، في إطار ما أصبح يعرف بـ " إجراء الرأفة"، زيادة على تخفيفه من الطابع العقابي لقانون المنافسة من خلال اعتماد إجراءي التعهد وتبليغ المآخذ.

ثانيا: دور الإجراءات البديلة للعقاب في إضعاف وتيرة الممارسات

أقر المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 2-464 L. من القانون التجاري، إجراء من شأنه تمكين المؤسسات المتورطة في ارتكاب ممارسات منافية للمنافسة، وعلى وجه الخصوص الاتفاقات التواطئية، من الاستفادة من الإعفاء الكلي أو الجزئي للعقوبة، مقابل مساهمتها في الكشف عن التصرف المحظور والتبليغ عنه لدى سلطة المنافسة قبل بدأ إجراءات المتابعة الإدارية¹، وذلك تأسيا منه بالقانون الأوروبي الذي أخذ بهذا النظام منذ عام 1996²، وهو ما اصطلح على تسميته بـ "إجراء الرأفة" La clémence³.

¹ Le IV de l'art. L. 464-2 du Code de commerce, dispose qu': "Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'Économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'Autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction".

² Communication de la commission sur la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 18 juillet 1996 no 96/C 207/04. Voyez : Guillaume Zambrano, op.cit, p. 313.

³ اعتمد المشرع المصري أيضا هذا الإجراء، من خلال نص المادة 26 من قانون المنافسة رقم 03 لسنة 2005 سابق الذكر، التي تشير إلى أنه: "في حالة ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في المادتين 06 و07 من هذا القانون، يعفى من العقوبة المقررة لها أول من بادر من المخالفين بإبلاغ الجهاز بالجريمة ويتقديم ما لديه من أدلة على ارتكابها، وذلك قبل أول علم للجهاز بها. ويجوز للمحكمة أن تعفي المتهم من العقوبة متى قدرت أنه أسهم في الكشف عن عناصر الجريمة وإثبات أركانها في أية مرحلة من مراحل التقصي والبحث وجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة".

من جهته، تبني المشرع الجزائري هذا الإجراء في إطار توسيع نطاق التحقيقات التي يتولاها مجلس المنافسة، حيث نصت المادة 60 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر"¹.

بخصوص الآثار الإيجابية لهذا الإجراء، يمكن ذكر بعض ما أورده مجلس المنافسة الجزائري في تقريره لسنة 2015²، حيث أشار لما يلي:

- يمكن أن يحطم سرية الكارتيلات بأخذ الأدلة الصعب الحصول عليها بوسائل أخرى،

- المساهمة في تقليص تكلفة التحقيقات التي تقوم بها هيئة المنافسة،

- زعزعة استقرار الكارتيلات القائمة عن طريق إدخال الشك وانعدام الثقة بين أعضائها.

وبذلك، يسمح إجراء الرأفة بحث أطراف الاتفاقات المحظورة على الكشف عن ممارساتهم، وبالتالي مساهمتهم في إجراءات التحقيق وتسهيلها على هيئات المنافسة، وكذلك تقديم أكبر قدر ممكن من الأدلة المتعلقة بالتصرف المحظور، خاصة عندما يتعلق الأمر باتفاقات سرية يصعب على مجلس المنافسة إثباتها³.

ويشترط للحصول على هذا الإعفاء حسب التشريع الجزائري ضرورة اعتراف المؤسسة بالممارسة المحظورة، بالإضافة إلى مساهمتها في إجراءات التحقيق وتعهدتها بعدم

¹ عرفت إجراءات الرأفة والعفو في التشريع الجزائري، تطبيقات أيضا في المجال الجزائي، وخصوصا في مجال الجريمة المنظمة وجرائم الفساد، على غرار ما نصت عليه المادة 49 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، سابق الذكر.

² التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015، ص. 70.

³ لأكلي نادية، «فعالية إجراء الرأفة في قانون المنافسة»، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2015، ص. 256.

ارتكاب ممارسات منافية للمنافسة، بما يوضح السطحية التي اعتمدها التشريع الجزائري في نص المادة 60 من قانون المنافسة، التي لم تميز بين شروط الإعفاء الكلي والجزئي من الغرامة المالية، مقارنة بالتشريع الأوروبي، الذي تناول المسألة بدقة أكبر، وكذلك التشريع الفرنسي، خصوصا بعد صدور ما عرف بقانون Macron سنة 2015¹، الذي بسط من إجراءات الاستفادة من إجراء الرأفة، وقصرها على عقد سلطة المنافسة لجلسة سماع بسيطة لإعفاء المؤسسة المتورطة جزئيا أو كليا من العقاب².

بالنسبة للاستفادة من الإعفاء الكلي من الغرامة المالية حسب التشريع الأوروبي والفرنسي، يشترط كشف المؤسسة للممارسة أمام سلطات المنافسة قبل اكتشافها من طرف هذه الأخيرة، مع انسحابها من الاتفاق المنافي للمنافسة بمجرد إيداعها لطلب الاستفادة من إجراء الرأفة.

أما بالنسبة للاستفادة من الإعفاء الجزئي من الغرامة المالية، فتستفيد منه المؤسسة المعنية بإفشاء الاتفاق المنافي للمنافسة لسلطة المنافسة ولكن بعد بدأ إجراءات المتابعة الإدارية، مع تبين حسن نيتها في مساعدة سلطة المنافسة في إجراءات التحقيق وذلك من خلال سعيها المستمر في البحث عن أكبر قدر ممكن من الأدلة وفي وقت قصير³.

وبذلك، يشكل إجراء الرأفة استثناء على القرارات الردعية لمجلس المنافسة، لمساهمته في مكافحة الممارسات المنافية للمنافسة، بما فيها تلك التي تقع في ميدان الصفقات العمومية، خصوصا ما يتعلق بالاتفاقات المحظورة، من خلال الاستعانة بأحد

¹ Loi n° 2015/990 du 06 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, précitée.

² اعتماد إجراء الرأفة وتبسيط إجراءات طلبها مكن لجنة المنافسة الأوروبية من تسليط غرامات مالية على الاتفاقات المحظورة المرتكبة في السوق الأوروبية بمبالغ وصل مجموعها خلال الفترة ما بين 2000 و2004 إلى 03,4 مليار أورو، في حين وصل مبلغ الغرامات المسلطة قبل اعتماد هذا الإجراء خلال الفترة ما بين 1995 و1999 إلى 292 مليون أورو فقط. يراجع:

- « Le roman noir des cartels », Les Echos du 19 juin 2013, Publié sur : www.lesechos.fr

³ لالكي نادية، المرجع السابق، ص. 261.

أطراف الاتفاق، وعليه يسمح هذا الإجراء للمؤسسة المتعاونة مع سلطة المنافسة بالإعفاء من الغرامة المالية مقابل تراجعها عن التصرف المنافي للمنافسة من جهة، والكشف عنه من جهة أخرى، كما يسمح لهيئات المنافسة باكتشاف الاتفاقات المحظورة، وتسهيل إجراءات التحقيق المنوطة بها¹.

من جهة ثانية، يمكن للمؤسسات المخالفة بعد تبليغها بالتقرير الأولي من طرف المقرر المتضمن عرض الوقائع والمآخذ وفقا لنص المادة 52 من قانون المنافسة، أن تتعهد بوضع حد للممارسات المنافية للمنافسة، وتعديلها حتى تتوافق مع قواعد المنافسة، وبالتالي تستفيد من وقف المتابعة وتفادي العقاب، ومن قبيل هذه التعهدات تعديل الشروط التعسفية التي فرضتها على المشتري العمومي في صفقة برنامج مثلا، أو إعادة النظر في هيكلها التنظيمي الذي من شأنه تهديد المنافسة².

أما في حالة استمرار المتابعة، فيمكن وفقا لنص المادة III 2-464 L من القانون التجاري الفرنسي، والمادة 60 من قانون المنافسة الجزائري-رغم غموض النص الجزائي- أن تستفيد المؤسسات المخالفة من تخفيض في العقوبة (الغرامة المالية) مقابل التزامها بعدم معارضة أوجه المآخذ التي يقررها المجلس مع تعهدا بتصحيح سلوكها في السوق مستقبلا، علما بأن عدم الاعتراض عن المآخذ لا يلغي التكييف الذي يمنحه المجلس للممارسات، بحيث تبقى طبيعة إخلالها بالمنافسة قائمة، مما يمنح للأطراف المتضررة

¹ للإطلاع أكثر حول أهمية هذا الإجراء وفائدته العملية، يراجع:

- «La procédure de clémence», Communiqué de procédure du 03 avril 2015 relatif au programme de clémence Française, publié sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence Française : www.autoritedelaconcurrence.fr. Voyez également: François Mélin, Les programmes de clémence en droit de la concurrence, LGDJ, Paris, 2010.

² صاري نوال، المرجع السابق، ص. 09.

إمكانية المطالبة بالتعويض أمام القضاء، زيادة على اقتصار هذا الاعتراف على المؤسسات المخالفة التي أبدته دون باقي المؤسسات التي تتمسك بأوجه دفاع خاصة بها¹.

إن اعتماد الحماية المؤسساتية للمنافسة من شأنه المساهمة في قمع الممارسات المنافسة للمنافسة في سوق الصفقات العمومية، لاسيما الممارسات الصادرة عن المؤسسات العارضة، وإن كان مجلس المنافسة الجزائري مازال يعاني من تأثير التحولات السياسية والاقتصادية التي عرفتها الجزائر، وغياب ثقافة المنافسة، وهو ما يشكل تحدياً لهذه الهيئة ينبغي تجاوزه للوصول لمبتغى المشرع من وراء إنشائها، خصوصاً بعد تزويدها بوسائل معتبرة (التدخل التلقائي، خصوصيات وسائل الإثبات، أعمال التحقيق، سلطة تقدير الغرامات...)، من شأنها تعزيز دور مجلس المنافسة في مجال التصدي للممارسات المخلة بالمنافسة على مستوى جميع القطاعات.

¹ قابة سورية، المرجع السابق، ص. 346. للمزيد من التفاصيل بخصوص هذه الإجراءات وقواعد الاستفادة منها، راجع:

- Sophie Grandvullemin, «Les procédures négociées devant l’Autorité de la concurrence», Revue Contrats Publics, n° 99, Editions le Moniteur, Paris, Mai 2010, p. 48 et s

ختاماً، يمكن القول أن الأشخاص العامة تعتبر معنية بالخضوع لتشريعات المنافسة، مما سمح للقاضي الإداري بالتدخل لنظر المنازعات المرتبطة بالممارسات المنافسة للمنافسة في سوق الطلب العمومي، حيث يتمتع في هذا المجال باستقلالية واسعة من خلال إمكانية استناده إلى مصادر قانونية خاصة قد يكون أساسها مبدأ حرية الصناعة والتجارة، ومبدأ المساواة في مجال قانون الصفقات العمومية، زيادة على قواعد المنافسة، وذلك سواء تعلق النزاع بدعوى مشروعية (إلغاء أو استعجال قبل تعاقدي)، أو دعوى مسؤولية (تعويض أو بطلان).

هذا زيادة على إمكانية تدخل القضاء الجزائي الجزائي من أجل قمع ممارسات المقررين العموميين المخلة بتنافسية الصفقات العمومية، مقابل اختصاص القاضي المدني بنظر دعاوى البطلان بالنسبة للممارسات المنافسة للمنافسة، وكذا دعاوى التعويض المرفوعة من طرف الجهات المتضررة من هذه الممارسات، زيادة على اختصاصه بالبت في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة.

أما بالنسبة لمجابهة الممارسات الصادرة عن المؤسسات المرشحة للصفقة فقد تم إسنادها لمجلس المنافسة، إضافة لاختصاصه بالفصل في طلبات التجميع، واتخاذ ما يراه مناسباً من قرارات بشأنها، مع تمتيعه بصلاحيات استشارية في مجال المنافسة، تشمل ميدان الصفقات العمومية، وإن كان أداء هذه الهيئة هزئياً مقارنة بنظيرتها في فرنسا، بسبب العوامل المشار إليها آنفاً.

إن هذا الأداء الهزيل يمكن تداركه، نظراً لتوفر مجلس المنافسة على عدة وسائل كفيلة بتعزيز دوره الرقابي أبرزها آلية التدخل التلقائي، ومرونة وسائل الإثبات التي قد يعتمد عليها أثناء متابعة الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية، والتوضيح النسبي لأعمال التحقيق، زيادة على سلطته في إصدار عقوبات مالية يقدرها استناداً لعدة

معايير لاسيما معيار مدى خطورة الأفعال والممارسات المرتكبة، وحجم الضرر الذي يلحق بالنظام العام الاقتصادي، مع إقرار المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي إمكانية استفادة المؤسسات المتورطة من الإعفاء من العقوبة، مقابل مساهمتها في الكشف عن التصرف المحظور والتبليغ عنه لدى سلطات المنافسة قبل بدأ إجراءات المتابعة الإدارية، أو تعهدها بتصويب سلوكاتها، أو عدم معارضتها للمآخذ المسجلة ضدها.

خاتمة

إن تنظيم عملية المنافسة في ميدان الصفقات العمومية يتعين أن يساهم في عقلنة الشراء العمومي، بحيث يرقى به إلى مستوى يضمن حسن استعمال المال العام باعتباره الدعامة الأساسية لإشباع الحاجيات وتحقيق التنمية الوطنية والمحلية المنشودة، وذلك بإرساء الصفقات على المرشحين الذين يضمنون حسن الإنجاز، سواء تعلق الأمر بالقيام بأشغال أو توفير تموينات أو تقديم خدمات، والتدبير الجيد في هذا المجال يستدعي تنظيم منافسة عادلة ونزيهة، وذلك بإقصاء المرشحين والعروض التي لا تتوفر على الضمانات المطلوبة.

مما يعني أن الإدارة بصفتها صاحبة المشروع والمكلفة بالشراء العام، يجب أن تعمل على إقرار المنافسة بشكل واسع مع الأخذ بعين الاعتبار المتطلبات الضرورية لتأمين الحاجيات، وذلك يستدعي بدوره الانتباه لمسألتين أساسيتين:

فمن جهة يمكن اعتبار المنافسة وسيلة مبتغاها الأساسي حسن توظيف المال العمومي، فهي ليست غاية في حد ذاتها. ومن جهة أخرى، فإنه يجب ربط المنافسة بالممارسة العملية للتسيير السليم للصفقات العمومية، وكذا بسلوكات وأخلاقيات التعامل الذي يربط المشتريين العموميين بالمؤسسات، والمؤسسات المرشحة ببعضها البعض، مع عدم الاقتصار على تطبيق الشكليات الإجرائية فحسب بسبب طابعها القبلي الوقائي، بل يتطلب الأمر تكاثف وتعاون القواعد القانونية في هذا المجال، لاسيما مع قواعد قانون المنافسة بما تصطبغ عليه من طابع التدخل البعدي العلاجي، والتي من شأنها ضمان عدم السماح بإفلات العديد من الممارسات الضارة بالمنافسة في ميدان الطلب العمومي.

إن المنافسة كقاعدة قانونية يجب تكييفها أكثر فأكثر حتى تستجيب للمتغيرات التي يعرفها المجتمع على أكثر من صعيد لتصل إلى الغايات التي ابتغاها المشرع، فرغم بساطتها الظاهرة، فإن العمل بها يتطلب استحضار عدة متطلبات ابتداء من ضرورة وجود إدارة

فعالة ونزيهة، إلى توفير جو استثماري ومقاولاتي تحترم فيه التعهدات والالتزامات، له أخلاقياته وأعرافه المهنية، إضافة إلى تبني نظام رقابي مرن ومنضبط وفعال، من شأنه تحقيق المساواة على مستوى الأسواق الاقتصادية، ومن بينها سوق الصفقات العمومية التي غالباً ما يتم خرق المبادئ والأهداف التي تسعى إليها سواء من خلال تصرفات المرشحين، أو من طرف الإدارة نفسها.

فإذا كانت إجراءات منح الصفقات العمومية المقررة قانوناً تستهدف تحقيق الشفافية بين المؤسسات المرشحة، وبالتالي ضمان حسن استخدام الموارد العامة من خلال الاستفادة من العروض التنافسية، إلا أن سوق الشراء العام لا تكون دائماً تنافسية بشكل تلقائي، حيث تواجه الصفقات العمومية في أحيان كثيرة ممارسات وعادات وأعراف تجارية من شأنها التلاعب بعملية الشراء، زيادة على دور الجهة المشتري ومدى مساهمته في هذا التلاعب، الذي وإن لم يتم بشكل مقصود، فقد تسبب فيه بشكل غير مباشر بسبب نقص في فهم الإجراءات والأدوات المتاحة لتنظيم منافسة فعالة ونزيهة.

وقد خلصت هذه الدراسة التي كان هدفها الإلمام بالنظام القانوني المعتمد لمواجهة الممارسات المنافية للمنافسة في ميدان الصفقات العمومية، من خلال دراسة مدى الترابط بين أحكام التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي، إلى القول بأن المشرع الجزائري ساير نظيره الفرنسي بخصوص العديد من القواعد الرامية إلى التصدي لهذه الممارسات، سواء على مستوى إقرار مسألة تمديد قانون المنافسة للتطبيق في مجال الصفقات العمومية، وتنظيم القواعد الخاصة بالممارسات الممنوعة، وكذا الآليات المرصودة لحماية المنافسة من الممارسات المخلة بها، خاصة بعد التعديل الذي طرأ على قانون المنافسة الجزائري بمقتضى القانون رقم 12/08 سابق الذكر.

والسبب في هذا التأثير التشريعي المتبادل بين النظامين الجزائري والفرنسي يرجع بدوره لهيمنة التوجهات الأوروبية على الدول الأوروبية عامة، وفرنسا على وجه الخصوص، وهي التوجهات المستوحاة من موثيق ومعاهدات دولية، أثرت بدورها على النظام التشريعي الجزائري، خصوصا بعد إبرام اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 159/05 المؤرخ في 27 أبريل 2005 سابق الذكر، وذلك في إطار ما تقضيه ظاهرة عولمة القانون التي تسببت في تطابق وتشابه النصوص القانونية على مستوى العالم، مع اختلاف بسيط قد لا يرصده غير المختصين، ويلاحظ ذلك من خلال النتائج التي تم التوصل إليها في هذه الأطروحة، وهي كالتالي:

01 - كل من القانون الفرنسي والجزائري يقران مسألة تدخل قانون المنافسة للتطبيق في ميدان الصفقات العمومية، مع اختلاف بسيط يتعلق بالإشارة في القانون الفرنسي إلى أن قواعد المنافسة تشمل نشاطات الانتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يأتها الأعوان العموميون لاسيما في إطار عقود تفويضات المرفق العام، بما يعني أن الصفقات العمومية هي الأخرى المعنية بتطبيق قانون المنافسة، وهو ما تؤكدته الممارسة القضائية وكذا القرارية لسلطة المنافسة، في حين أشار المشرع الجزائري صراحة إلى تطبيق قانون المنافسة على عقود الصفقات العمومية، دون توضيح مدى إمكانية شمول ذلك عقود تفويضات المرافق العامة.

02 - ترتب على تمديد قانون المنافسة إلى التطبيق في مجال الصفقات العمومية إدماج هذا القانون في كتلة الشرعية الإدارية، وهو نهج رسخه القضاء الإداري الفرنسي الذي أصبح يراقب مشروعية الأعمال الإدارية على ضوء أحكام قانون المنافسة، سواء في إطار قضاء الموضوع (قضاء مشروعية أو مسؤولية)، أو قضاء الاستعجال، لاسيما ما يتعلق بالرقابة على القرارات التي من شأنها وضع مؤسسات معينة في وضعية هيمنة بطريقة تلقائية، مع إلزام المشتريين العموميين بكشف ومتابعة الممارسات المنافية للمنافسة، وهو توجه وإن لم

يفصل بعد القضاء الإداري الجزائري بصفة واضحة في مسألة اعتماده، فإن بعض النصوص القانونية التي صدرت في الجزائر لاسيما بعد توقيع اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، وما تمخض عنه من التزامات، زيادة على التعديلات التي عرفها تنظيم الصفقات العمومية مؤخرا، تعبر عن تأثر واضح من القوانين الجزائرية بمسألة إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية.

03 - اعتبار مسألة تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية في كل من التشريع الجزائري والفرنسي مرتبطة بجميع أنواع الأشخاص المتدخلة في عملية إبرام الصفقة العمومية، سواء كانوا من أشخاص القانون الخاص أو العام، مادامت تمارس نشاطا اقتصاديا يشمل الإنتاج والتوزيع والخدمات، مع إقرار كلا التشريعين عدم خضوع الأشخاص العامة لقواعد المنافسة عندما تستعمل امتيازات السلطة العامة المرتبطة بوظيفة المرفق العام.

04 - اعتبار تشريعات وسلطات المنافسة في كلا البلدين قرارات المشتري العمومي المتصلة بممارسة صلاحيات السلطة العامة، غير معنية بتطبيق قانون المنافسة عندما يتواجد في وضعية طالب اقتصادي نهائي للسلع والخدمات، في حين يكون قابلا للتطبيق عليه إذا أعاد عرض هذه الخدمات أو المشتريات على المستهلكين وفق أغراض تجارية، زيادة على تطبيقه على المتنافسين المرشحين لنيل الصفقة.

04 - انفراد المشرع الجزائري دون المشرع الفرنسي بمسألة تقييد الزمن الذي يمكن أن تقع فيه الممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية بفترة تبدأ من الإعلان عن الصفقة العمومية إلى غاية منحها النهائي، مما يسمح بإفلات الممارسات التي تقع خارج هذا الإطار الزمني على غرار الطلبات المنفذة وفقا للإجراءات المكيفة، والصفقات المبرمة وفقا لأسلوب التراضي، وبالتالي عدم خضوعها لرقابة الهيئات القضائية والمؤسسية.

05 - اعتبر كل من المشرع الجزائري والمشرع الأوروبي أن السوق المعنية بتدخل قواعد المنافسة، تشمل حدود السوق الجغرافية للإقليم الداخلي، مع إمكانية تمديد سعة السوق، لتتعدى إقليم الجزائر والاتحاد الأوروبي فتشمل إقليم الدول المعنية باتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية أو جزأ هام منه، مما يسمح بالتصدي للممارسات المنافسة للمنافسة الممكن تنظيمها في الخارج.

06 - حظر كلا التشريعين لمجموعة من الممارسات ذات الطابع السلوكي، لاسيما الاتفاقات المنافسة للمنافسة التي يمكن أن تأخذ عدة أشكال في ميدان الصفقات العمومية على غرار تبادل المعلومات قبل تقديم العروض، واتفاقات تقاسم الصفقات العمومية زمنيا أو جغرافيا، وتقديم عروض المبدأ، زيادة على منعها أيضا للتعسف في استعمال المؤسسات المرشحة لقوتها الاقتصادية من خلال سوء استغلال هيمنتها على السوق سواء كانت هذه المؤسسات خاصة أو عامة، مع إلزام النصوص المنظمة للصفقات العمومية سواء في فرنسا أو في الجزائر، المشتريين العموميين بضمان كشف العروض المنخفضة أسعارها بشكل غير عادي، وإن كانت هذه الممارسة غير محظورة بموجب تشريعات المنافسة لكون المشتري العمومي الذي تعرض عليه أو تطبق ضده هذه الأسعار، لا يعتبر مستهلكا.

07 - عدم حظر التشريعين مبدئيا لمسألة إنشاء التجمعات سواء بالنظر لأحكام قانون الصفقات العمومية أو قانون المنافسة، حيث يمكن للمرشحين تقديم ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، شريطة "احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة"، لاسيما ضرورة خضوع التجميع للرقابة وتبريره اقتصاديا إذا ثبت توفره على المعيار الكمي المنصوص عليه في القانون الجزائري، أو المعيار المطلق المعتمد في القانون الفرنسي، وبالتالي تدخل مجلس المنافسة لدراسة مدى إمكانية الترخيص لمثل هذه التجمعات، أو رفض طلب الترخيص إذا ما اتضح تهديدها للمنافسة، زيادة على الدور الهام لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية

الجزائري، والمرصد الاقتصادي للطلب العمومي في تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي، في كشف التركزات الاقتصادية المخلة بالمنافسة من خلال الدراسات الاحصائية المنوطة بهما.

08 - نظرا لإخضاع المشرعين الفرنسي والجزائري من خلال تشريعات المنافسة، الأشخاص العامة لقواعد المنافسة، أصبح القاضي الإداري مختصا بنظر المنازعات المرتبطة بالممارسات المنافية للمنافسة عندما يثير المتقاضي قاعدة من قواعد المنافسة بمناسبة منازعته لعمل إداري صادر عن شخص عام، ولتحديد اختصاصه اعتمد القاضي الإداري في فرنسا عدة معايير أبرزها معيار الأعمال المتصلة بقرارات السلطة العامة، ومعيار الأصل الرئيسي للممارسات المنافية للمنافسة، في حين لم تتخذ سلطات المنافسة في الجزائر لحد الساعة موقفا واضحا بخصوص المعيار المعتمد لتحديد اختصاصاتها.

09 - يتمتع القاضي الإداري وفقا للعمل القضائي بفرنسا باستقلالية واسعة عند نظره لمنازعات المنافسة حيث يكون تدخله في هذا المجال مستندا إلى مصادر قانونية خاصة قد يكون أساسها مبدأ حرية الصناعة والتجارة، ومبدأ المساواة في مجال قانون الصفقات العمومية، زيادة على قواعد المنافسة، وذلك سواء تعلق النزاع بدعوى مشروعية (إلغاء أو استعجال قبل تعاقدي)، أو دعوى مسؤولية (تعويض أو بطلان)، زيادة على إقرار كلا التشريعين لاختصاص القضاء الإداري بنظر الطعون ضد قرارات رفض التجميع الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري، وسلطة المنافسة الفرنسية.

10 - اعتماد التشريع الفرنسي مسألة ردع الممارسات المنافية للمنافسة من طرف القاضي الجزائري على أن يقتصر ذلك على معاقبة الشخص الطبيعي الذي يتحمل بصفة احتيالية مسؤولية شخصية ومحددة في إعداد أو تنظيم أو تنفيذ هذه الممارسات، على خلاف التشريع الجزائري الذي ألغى نهائيا الردع الجزائي لمثل هذه الممارسات وجعلها محل متابعات إدارية تم إسنادها لمجلس المنافسة، في حين يمكن استنادا لقوانين كلا البلدين

قمع ممارسات المقررين العموميين المخلة بتنافسية الصفقات العمومية لاسيما من خلال تجريم المحاباة، التي تشكل جريمة خاصة بالصفقات العمومية يمكن تكييفها على أنها ممارسة مخلة بالمنافسة ذات طابع جزائي.

11 - إشارة قوانين كلا البلدين لاختصاص القاضي المدني بالتدخل في مواجهة الممارسات المنافية للمنافسة، من خلال سلطته بنظر دعاوى البطلان بالنسبة للممارسات المنافية للمنافسة، وكذا نظر دعاوى التعويض المرفوعة من طرف الجهات المتضررة من هذه الممارسات، زيادة على سلطته وفقا لقوانين كلا البلدين بنظر الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة في الجزائر، وسلطة المنافسة في فرنسا، حيث يتمتع بسلطة تعديل أو إلغاء هذه القرارات.

12 - اعتمدت قوانين كلا البلدين الحماية المؤسساتية للمنافسة من خلال إنشاء سلطات إدارية مستقلة في صورة مجلس المنافسة بالجزائر، وسلطة المنافسة بفرنسا، تختص بمتابعة الممارسات المنافية للمنافسة في الأسواق الاقتصادية، ومن بينها سوق الصفقات العمومية، لاسيما الممارسات الصادرة عن المؤسسات العارضة، وكذا الفصل في طلبات التجميع سواء كان التجمع بالشراكة أو بالتضامن، واتخاذ ما هو مناسب من قرارات بشأنها، زيادة على تمتع مجلس المنافسة الجزائري بصلاحيات استشارية في مجال المنافسة، وإن كانت غامضة ومحدودة مقارنة بالصلاحيات الاستشارية لسلطة المنافسة الفرنسية، مع عدم إجبارية الأخذ بها من طرف السلطات العمومية حتى في حالة إبداءها من طرف المجلس.

13 - تسجيل شلل شبه كلي لمجلس المنافسة الجزائري بخصوص متابعة الممارسات المنافية للمنافسة عامة، وتلك الواقعة في ميدان الصفقات العمومية خاصة، وذلك راجع لعدة أسباب أبرزها تأثره بالتحولات السياسية والاقتصادية التي عرفتها الجزائر، لاسيما ما

يتعلق بعدم شفافية الأنشطة الاقتصادية، وتميز الأسواق الاقتصادية في الجزائر بالفوضى وعدم التنظيم، يضاف إلى ذلك غياب ثقافة المنافسة بالنسبة للمؤسسات ومختلف الفاعلين الاقتصاديين، وحتى بالنسبة للأشخاص المعنية بإخطار المجلس في حالة معابنتها لممارسات منافية للمنافسة، مما جعل المجلس عاجزا عن تأدية مهامه على الوجه المرجو منه، لاسيما إذا أخذنا بعين الاعتبار أيضا المعوقات التنظيمية لنشاط المجلس والمتمثلة أساسا في تقييد استقلاليتها على الشكل السالف بيانه، ومعاناة المجلس الدائمة والمستمرة من بعض الصعوبات المرتبطة بالظروف التي يمارس فيها مهامه، والتي ما فتأ يلفت نظر السلطات العمومية لها بصفة دورية ضمن تقاريره السنوية.

14 - بالنسبة لوسائل رقابة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية، فرغم قلة الإخطارات المقدمة من طرف الفئات المخول لها قانونا حق الإخطار وهو الأمر المسجل حتى على مستوى سلطة المنافسة بفرنسا، يمكن لألية التدخل التلقائي للمجلس المعتمدة في تشريعات كلا البلدين أن توسع من مجال رقابته على الصفقات العمومية، من خلال تمكينه من فتح التحقيقات من تلقاء نفسه دون وجود سابق دعوى مرفوعة أمامه في حال تراءى له وجود أي إخلال بالمنافسة.

15 - كرس المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي ضمن قانون المنافسة عدة ضمانات إجرائية من شأنها أن تضمن للأطراف البت العادل من طرف المجلس في القضية المعنية بها، أهمها مبدأ حياد مجمع المجلس، ومبدأ الوجاهية، والحق في الطعن ضد القرار الصادر عنه، وكذا حق المؤسسة المخالفة في الدفاع عن نفسها.

16 - يتميز نظام المتابعة وفقا للتشريع الفرنسي وكذا الجزائري بخصوصية معتبرة، لاسيما بالنسبة لإثبات الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، والذي يتم بالرجوع إلى مؤشرات قانونية قاطعة، أو عن طريق اللجوء لوسيلة تظافر المؤشرات المعتمدة من

طرف مجلس المنافسة الفرنسي -سلطة المنافسة حاليا- في عدة مناسبات، والتي لا يوجد أي مانع من تطبيقها من طرف مجلس المنافسة الجزائري.

17 - بالنسبة للتحقيق في الممارسات الممنوعة، خول المشرع الفرنسي بصفة صريحة للأعوان التابعين للإدارة العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش DGCCRF، إمكانية المشاركة في لجان الصفقات العمومية للكشف عن المخالفات والانتهاكات الممكن وقوعها إخلالا بقواعد المنافسة عند إبرام الصفقة، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يشر لتأهيل المستخدمين المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة على وجه التخصيص للتحقيق بشأن مثل هذه الممارسات. كما أسندت قوانين كلا البلدين أعمال التحقيق لمقرر يعمل تحت إشراف ورقابة المقرر العام، وإن كان القانون الجزائري مقصرا نوعا ما بخصوص تفصيل صلاحيات المقرر، مثل توضيح مدى إمكانية قيامه بأعمال التحقيق والتدقيق في عين المكان المعني بالمخالفة.

18 - تتمثل العقوبات الصادرة عن سلطات المنافسة في كلا البلدين في عقوبات مالية توقع على المؤسسة المرتكبة لإحدى الممارسات المنافية للمنافسة، يتم تحديدها استنادا لبعض المعايير لاسيما معيار مدى خطورة الأفعال والممارسات المرتكبة، وحجم الضرر الذي لحق بالنظام العام الاقتصادي.

19 - إقرار كلا المشرعين، لإمكانية استفادة المؤسسات المتورطة من الإعفاء الكلي أو الجزئي للعقوبة، مقابل مساهمتها في الكشف عن التصرف المحظور والتبليغ عنه لدى سلطات المنافسة قبل بدأ إجراءات المتابعة الإدارية، وفقا لشروط وقواعد محددة قانونا، زيادة على إجرائي التعهد بتدارك الإخلال بعملية المنافسة من طرف المؤسسات، وكذا عدم معارضة المآخذ المسجلة ضدها.

وتبعاً لذلك خلصت الدراسة إلى جملة من الاقتراحات الهادفة إلى تعزيز مناخ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وزيادة تطوير الإطار القانوني والإجرائي لتنظيم المنافسة والتصدي للممارسات المنافسة لها، على أن ذلك يبقى منوطاً بالمشتريين العموميين على اختلافهم (I)، وبالإطار القانوني لسياسة المنافسة في ميدان الصفقات العمومية (II)، وكذا بالهيئات المعنية بتطبيق هذه السياسة (III).

1- اقتراحات قصد مواجهة المشتري العام للممارسات المنافسة للمنافسة

إذا كانت العروض المتفق حولها والمتشاور بشأنها مسألة تحدث في أي قطاع من قطاعات الأنشطة، فإنه يمكن توفر مجموعة من الخصائص التي تجعل من الشراء العمومي هشاً وقابلاً لاختراق درجة تنافسيته، مما يستدعي أن يكون المشتري العمومي يقضاً ومتحضراً لمكافحة العروض التواطئية، لاسيما من خلال:

- جمع وتقاسم المعلومات المتعلقة بصفقة معينة بالشكل الذي يضمن معرفة هذه الأخيرة ويسمح بتعيين أقصى للنفقات مع تطوير الخبرة الداخلية، لاسيما وأن التنظيم الحالي لم يتضمن أي إجراء يرمي إلى تشجيع جمع وتقاسم المعلومات حول مختلف الصفقات.

- بلورة الإجراءات المتعلقة بتنظيم طلب العروض بالشكل الذي يفضي إلى أقصى مشاركة ممكنة للمؤسسات المنافسة بشكل ملموس من خلال تخفيض تكلفة التعهد، وفتح المشاركة أمام مؤسسات تنتمي إلى مناطق أخرى، وغير ذلك من التدابير. مع التنويه في هذا الصدد بأهمية تكريس نزع الصفة المادية عن إجراءات الإبرام، حيث أنه رغم تنصيب التنظيم الجديد على إحداث بوابة إلكترونية للصفقات العمومية إلا أن التجسيد الفعلي لمتطلبات نزع الصفة المادية مازال يعاني من مظاهر التأخير.

- ضرورة أن تحرر المواصفات بشكل واضح ودون أن يتم تفضيل أو محاباة أي أحد. ومن ناحية أخرى يتعين أن تستهدف بالأساس الأداء والإنجاز الوظيفي أي النتيجة التي يجب تحقيقها بدل طرق الإنجاز، لاسيما وأن تنظيم الصفقات العمومية ينص على قواعد ومعايير واضحة وغير تمييزية.
- تنظيم إجراءات الدعوة إلى المنافسة بالشكل الذي يقلص بنجاعة من التواصل بين المرشحين من خلال رصد العناصر التي تيسر التواطؤ، على الرغم من أن الإجراءات القانونية المعمول بها حالياً قد تسمح بإطلاع المتنافسين على العروض المالية التي يطبقها كل متعهد في جلسة فتح الأظرفة، مما يسمح لهم بالتعرف على بعضهم البعض.
- يجب أن يتم اختيار معايير الانتقاء والإسناد بالشكل الذي لا يجعل المتعهدين ذوي المصداقية يعدلون ويتخلون عن الدخول إلى الصفقات العمومية، خاصة المؤسسات الصغرى والمتوسطة، حيث تبرز الممارسة تعدداً في المعايير المعتمدة والتي قد تقترن أحيانا بمستلزمات جد مرتفعة في مجال الخبرة والوسائل، ومن ثمة قد تصبح المنافسة محدودة بما يشجع على تواطؤ المتعهدين.
- وضع قاعدة بيانات عن كيفية سير الصفقات السابقة قصد الوقوف عند السلوكات المتكررة لبعض المؤسسات العارضة.
- تحسيس المؤسسات بمخاطر العروض المنسق بشأنها والمتواطئة في الصفقات العمومية بهدف تيسير الكشف عن الوضعيات المخلة بالمنافسة.
- رغم أن تنظيم الصفقات العمومية الحالي ينص على تكوين الموظفين والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

(المادتان 211 و212)، إلا أن الملاحظ رغم ذلك أن أغلب الموظفين المكلفين بالصفقات العمومية لم يتلقوا أي تكوين خاص.

II- اقتراحات تتعلق بتطوير الإطار القانوني لسياسة المنافسة في ميدان الصفقات العمومية

قصد تطوير الإطار القانوني لسياسة المنافسة في هذا المجال بما يضمن مزيد توافقه مع التشريع الأوروبي ومستلزمات المرحلة المقبلة، ينبغي إدخال جملة من التعديلات لتحسين صياغة القوانين المؤطرة للعملية وتطوير محتواها خاصة فيما يتعلق بـ:

- تعديل المادة الأولى من قانون المنافسة الجزائري التي تخلط بين الممارسات المقيدة للمنافسة والممارسات المنافية للمنافسة، باعتبار هذه الأخيرة تشكل إجراءات تعسفية تلزم المسؤولية المدنية والجزائية لمرتكبيها، ويتم معاقبتها بمجرد معاينتها دون النظر إلى أثرها على المنافسة.

- تعديل المادة الثانية من قانون المنافسة الجزائري من خلال إلغاء القيد الزمني لتدخل هذا القانون في ميدان الصفقات العمومية، مع إلغاء مصطلح المناقصة واستبداله بطلب العروض، زيادة على إضافة عقود تفويضات المرافق العامة، والتي يمكن أن تكون هي الأخرى مهددة بالممارسات المنافية للمنافسة.

- التنصيص ضمن قانون المنافسة الجزائري على إمكانية أن تكون حدود السوق الجغرافية محددة بالإقليم الداخلي أو الخارجي، خصوصا في حالة تنظيم صفقات عمومية ذات طابع دولي، مما يمكن معه تنظيم ممارسات مخلة بتنافسيتهما على مستوى إقليم خارجي.

- تيسير مشاركة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الصفقات العمومية، حيث تواجه هذه المؤسسات تحديا يتمثل في قصور قدرتها عن المشاركة في الصفقات الكبيرة، رغم أن

تسهيل مشاركتها من شأنه المساهمة في زيادة عدد مقدمي العروض المحتملين وبالتالي تحفيز المنافسة، وفي هذا السياق، يعد اعتماد تنظيم الصفقات العمومية تقنية التخصيص الإجباري للصفقات العمومية التي تصل قيمتها المالية حدا معيناً من أهم الوسائل المسهلة لمشاركة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في نيل هذه العقود.

- وضع إجراءات دقيقة تتعلق بالتكامل الوظيفي بين القضاء ومجلس المنافسة تفادياً للتعقيدات المرتبطة بتوزيع الاختصاص، فالخبرات التقنية التي يتمتع بها أعضاء مجلس المنافسة قد تشكل دعماً أساسياً خصوصاً للقاضي الإداري للتكفل بحل منازعات المنافسة باعتبارها ذات طابع تقني فني، حيث أظهرت التجربة الفرنسية اتباع القاضي لآراء سلطة المنافسة في عدة مناسبات، باعتبارها تساعد في تنوير القاضي وكذا تفسير القواعد القانونية المعقدة.

- جعل إستشارة مجلس المنافسة إلزامية سواء تعلق الأمر بالنصوص التنظيمية أو مشاريع القوانين التي لها تأثير على وضع المنافسة، ولم لا التنصيص بشكل صريح على ضرورة استشارته عند وضع النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية والعقود الإدارية.

- توسيع مجال اللجوء إلى مجلس المنافسة وإخطاره بالممارسات التي تنافي المنافسة في ميدان الصفقات العمومية لجميع الهيئات المعنية بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية والمذكورة في المادة 06 منه، من خلال تخويل الوزارات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري هذا الحق، دون اقتصره على الجماعات المحلية فقط.

- تدعيم تركيبة مجلس المنافسة بخبراء مختصين في ميدان الصفقات العمومية، وإن تعذر ذلك تسهيل إجراءات اللجوء للخبرة التي قد يقدمونها في إطار عقود خدمة قصيرة المدى.

- التنصيص بشكل صريح ضمن تنظيم الصفقات العمومية على عضوية ممثل الوزير المكلف بالتجارة في جميع اللجان الخارجية للصفقات العمومية على غرار ما هو معمول به في فرنسا، وهو ما من شأنه المساهمة في عملية الكشف القبلي للممارسات المنافسية للمنافسة.

- التنصيص ضمن ذات التنظيم على تسجيل المؤسسات الصادر ضدها قرار من مجلس المنافسة يتضمن معاقبتها بسبب ممارسات منافية للمنافسة ضمن القائمة السوداء المنصوص عليها في المادة 89 من تنظيم الصفقات العمومية، وكذا ضمن المؤسسات التي ارتكبت ممارسات قد تجعلها عرضة للإقصاء وفقا لنص المادة 75 منه.

- إضافة فقرة ضمن رسالة التعهد تفيد بأن مقدم العرض اطلع على أحكام الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، وخاصة ما يتعلق بمنع الاتفاقات المحظورة.

- نظرا لمساهمة إجراء الرأفة في كشف المؤسسات المرتكبة لممارسات منافية للمنافسة، ينبغي تفصيل شروط الاستفادة من هذا الإجراء، وتفادي السطحية المسجلة على نص المادة 60 من قانون المنافسة، التي لم تميز بين شروط الإعفاء الكلي والجزئي من العقوبة.

III- اقتراحات تتعلق بدور الهيئات المعنية بمراقبة سياسة المنافسة في ميدان الصفقات العمومية

إذا كان الإطار القانوني المتوفر يشكل أساسا لتدخل القضاء والسلطات الإدارية المستقلة من أجل متابعة الممارسات المخلة بالمنافسة في الصفقات العمومية، فإن هذه الهيئات ينبغي لها حتى يكون دورها فعالا بذل مجهودات إضافية من خلال:

- دفع التعاون بين مختلف الأطراف الفاعلة في تنفيذ القانون وخاصة التعاون بين مجلس المنافسة وهيئات القضاء الإداري (المحاكم الإدارية ومجلس الدولة)، من جهة، وبين هذه الأطراف وباقي الجهات الرسمية ذات العلاقة من جهة أخرى.

- تعزيز نشر ثقافة المنافسة واستعمال كل الآليات المتاحة لذلك.

- تطوير نظم المتابعة والدراسات حول وضع المنافسة في مختلف القطاعات الاقتصادية، مع الإستفادة في ذلك من أعمال سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي السلطة التي ينبغي تنصيبها في أقرب وقت ممكن نظرا لدورها الأساسي في تسهيل عملية كشف الممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، المنوه عنه سابقا.

خلاصة القول، أن التحدي الرئيسي أمام تحسين تنافسية الصفقات العمومية هو تحدي على المستوى السلوكي، فمعظم المشتريين يتقاسمون فكرة إمكانية تطبيق سليم لقانون مازال في طور الاكتمال والتطور، إذا ما توفر عند الذين يطبقونه استيعاب لرهانات الواقع الاقتصادي ولإرادة المشرع، فالجزائر ليست في وضعية تأخر عن النظرية العامة لمكافحة الممارسات المنافية للمنافسة في الأسواق الاقتصادية عامة، وفي سوق الطلبات العمومية على وجه الخصوص، بل الأمر يرتبط بتطبيق ما تم وضعه من أفكار وما يطرحه ذلك من إشكالات. من هذا المنطلق يتعين إعمال أقصى قدر من الضوابط والإجراءات التي تهدف إلى الارتقاء بقدرات مختلف المتدخلين في ميدان الصفقات العمومية ومراقبة سلوكياتهم، مع جعل الردع واقعا ملموسا في حالة عدم احترام القواعد والتقييد بها.

هذا وأسأل الله أن يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم، وأن ينفع به، إنه جواد كريم، وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وهو رب العرش العظيم، والحمد لله رب العالمين. وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1- الكتب

1. آث ملويا لحسن بن شيخ، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007.
2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، دار هومه، الجزائر، 2012.
3. أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، الجزء الأول، دار عالم الفوائد، مكة، المملكة العربية السعودية، 2011.
4. أحمد حسان حافظ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
5. أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
6. الجيلالي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية لقواعد المنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2008.
7. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
8. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009.
9. بركات عمر فؤاد، مبادئ القانون الإداري، شركة سعيد رافت للطباعة، القاهرة، 1985.
10. بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
11. بوعلي سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2014.
12. تامر محمد صالح، الحماية الجنائية للحق في المنافسة "دراسة مقارنة"، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، 2016.
13. تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

14. حسين الماحي، حماية المنافسة "دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 03 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية"، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2007.
15. خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
16. خليل فكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن.
17. سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
18. شرواط حسين، شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر 03/03 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
19. طارق عبد العال حماد، اندماج وخصخصة البنوك، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
20. طاهر شوقي مؤمن، التجمع المؤقت للمشروعات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.
21. عبد الحكيم أحمد محمد عثمان، المناقصات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
22. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
23. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، مصر، 2004.
24. عبد الغني الصغير حسام الدين، النظام القانوني لاندماج الشركات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2016.
25. عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
26. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
27. كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03/03 والقانون 04/02، منشورات بغدادي، الجزائر، 2011.

28. كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، برج بوعرييج، الجزائر، 2012.
29. لويس فوجال، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، المجلد ا، ترجمة القاضي منصور، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2007.
30. لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة و منع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي و الأوروبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
31. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.
32. مازن ليلوراضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
33. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري "التنظيم الإداري - النشاط الإداري"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، د.س.ن.
34. محمد أحمد محمود، الوجيز في أدلة الإثبات الجنائي (القرائن - المحررات - المعاينة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
35. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
36. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
37. محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
38. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات: الكتاب الأول: إبرام العقود الإدارية، دار الكتب المصرية، مصر، 2003.
39. محمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي: المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، مصر، 1998.
40. مسعود شهبوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
41. معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
42. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
43. ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، دار لباد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

44. نبيل إسماعيل عمر، إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
45. نصار جابر جاد، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
46. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
47. يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سورية، 2010.

II- الرسائل والمذكرات الجامعية

01- رسائل الدكتوراه

1. بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2010.
2. بن يسعد عذراء، سلطة مجلس المنافسة في ضبط الاتفاقات المقيدة للمنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2016/2015.
3. بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
4. تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
5. جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012.
6. جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015.
7. خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، السنة الجامعية 2015/2014.
8. ديباش سهلية، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010/2009.

9. علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013/2012.
10. عمر محمد حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة - دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.
11. عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.
12. قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017.
13. قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016.
14. كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2005/2004.
15. لعور بدر، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2014/2013.
16. محمد شوقي أحمد شاهين، الشركات المشتركة: طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987.
17. مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.
18. مزغيش عبير، الآليات القانونية لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات الاقتصادية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2016/2015.
19. منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2016/2015.
20. نسيغة فيصل، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011/2010.

21. نوال الرحموني، حرية الأسعار وتنظيم المنافسة في القانون المغربي - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2009/2008.

02- مذكرات الماجستير

1. بن احمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011.
2. بن جوال نجاة، النظام القانوني للتجميعات الاقتصادية في ظل قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2015/2014.
3. بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012.
4. بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2005/2004.
5. تواتي محند الشريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2007.
6. خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013/2012.
7. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012.
8. صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012.
9. صياد ميلود، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر (تعديل 2008)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015.
10. عدوان سميرة، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2011.
11. عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2005.

12. قتال منير، القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، سنة 2013.
13. قنان نهاد، المفهوم الأوربي للخدمة العامة وتأثيره على المرفق العمومي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، 2013.
14. كحال سلى، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2010/2009.
15. لحراري شالح ويزة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012.
16. لعوي الحسين، سلطة القاضي الإداري في الإثبات والتحقيق في الدعوى الإدارية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2015/2014.
17. موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011.
18. ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 03/03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2004/2003.

III- المقالات والمدخلات

01- المقالات

1. إملول ريمة، «إشكالية تطبيق الجزاءات المدنية على الممارسات المقيدة للمنافسة»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بجاية، العدد 02، 2017.
2. بزاحي سلوى، «رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 05، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012.
3. جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، عدد 01/2014.

4. ديب محمد، «قراءة في حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية - دراسة في القانون الجزائري»، مجلة العلوم السياسية والقانون، الصادرة عن المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، العدد 07، المجلد 02، فبراير 2018.
5. حورية سويقي، «الإطار المفاهيمي لتجمع الشركات في القانون الجزائري»، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة سعيدة، العدد الثالث، جوان 2015.
6. صفاء تقي عبد العيساوي، «المفهوم القانوني للاستعمال غير المشروع للمركز المتحكم في السوق (دراسة مقارنة)»، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد 23، كلية العلوم الإنسانية، جامعة واسط، العراق، 2015.
7. عائشة بوعزم، «منازعات المنافسة أمام الجهات القضائية الإدارية»، مجلة القانون والمجتمع، الصادرة عن مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد السادس، ديسمبر 2015.
8. عيساوي عز الدين، «ضبط المرافق العامة»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بجاية، العدد 02، 2010.
9. كتومحمد الشريف، «حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة»، مجلة إدارة، العدد 23، سنة 2002.
10. كتومحمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.
11. لاکلي نادية، «فعالية إجراء الرأفة في قانون المنافسة»، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2015.
12. ماهر صالح علاوي الجبوري، «نوعية الخدمة أو جودة خدمة المرفق العام، المبدأ الرابع الجديد من المبادئ التي تحكم المرافق العامة»، مجلة كلية الحقوق، العدد 17، جامعة النهريين، بغداد، العراق، 2015.
13. محسن شفيق، «المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية»، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1977.
14. محسن صويلح، «قانون المنافسة الإداري: قراءة في اختصاص القاضي الإداري ومجلس المنافسة»، مجلة المحاماة، العدد 06، المنظمة الوطنية للمحامين، تونس، 2014.
15. محمد محمد عبد اللطيف، «الدستور والمنافسة»، مجلة الدستورية، العدد 13، السنة السادسة، المحكمة الدستورية العليا، القاهرة، مصر، أبريل 2008.

02- المداخلات (أعمال الملتقيات)

1. بودالي محمد، «نظم الرقابة البرلمانية، المالية والإدارية على الصفقات العمومية»، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 24 و25 أبريل 2013، غير منشورة.
2. ديباش سهيلة، «إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية»، مداخلة في الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق لجامعة المدية، 20 ماي 2013، غير منشورة.
3. صاري نوال، «الفعالية والملائمة في منع الممارسات المقيدة للمنافسة»، مداخلة في الملتقى الوطني التاسع المنظم حول "أثر التحولات الاقتصادية على تفعيل قواعد قانون المنافسة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، 17 و18 نوفمبر 2015، غير منشورة.
4. عمرون مراد، «مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة لضبط السوق»، مداخلة في الملتقى الوطني المنظم حول "آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، يومي 15 و16 ماي 2013، غير منشورة.
5. عيساوي عز الدين، «جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة: البحث عن المصالحة»، مداخلة في الملتقى الوطني حول "أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 و01 ديسمبر 2011، غير منشورة.
6. فرحات زموش، «المتابعة القضائية للعبور الاقتصادي المخالف لقواعد قانون المنافسة»، مداخلة في الملتقى الوطني المنظم حول "حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 03 و04 أبريل 2013، غير منشورة.
7. قايس شريف، «عدم فعالية نشاط مجلس المنافسة في الجزائر»، مداخلة في الملتقى الوطني حول "حماية المستهلك والمنافسة"، المنظم من طرف كلية الحقوق بجامعة بجاية، يومي 17 و18 نوفمبر 2009، غير منشورة.

IV- النصوص القانونية

01-الديساتير

1. المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996 الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 76 لسنة 1996.
2. القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

02-القوانين

1. القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 02 الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988.
2. القانون رقم 04/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المعدل والمتمم للأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، والمحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 12 الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988.
3. القانون رقم 29/88 المؤرخ في 19 جويلية 1988، المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر عدد 29 لسنة 1988.
4. القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر عدد 48 الصادرة في 06 أوت 2000، المعدل والمتمم.
5. القانون رقم 11/2002 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002 المتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج.ر عدد 86 الصادرة بتاريخ 25 ديسمبر 2002.
6. القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 لسنة 2004، المعدل والمتمم.
7. القانون رقم 04/04 المؤرخ في 23 جويلية 2004 المتعلق بالتقييس، ج.ر عدد 41 الصادرة في 27 جويلية 2004.
8. القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء ج.ر عدد 57 الصادرة في 08 أكتوبر 2004.

9. القانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 50 الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2005، المعدل والمتمم.
10. القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، ج.ر عدد 60 الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم.
11. القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم.
12. القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر عدد 36 الصادرة بتاريخ 02 جوان 2008.
13. القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.
14. القانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، ج.ر عدد 46 لسنة 2010.
15. القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 37 المؤرخة في 03 جويلية 2011.
16. القانون رقم 11/11 المؤرخ في 18 جويلية 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج.ر عدد 40 الصادرة في 20 جويلية 2011.
17. القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر عدد 12 المؤرخة في 29 فبراير 2012.
18. القانون رقم 05/14 المؤرخ في 24 فبراير 2014 المتضمن قانون المناجم، ج.ر عدد 18 الصادرة بتاريخ 30 مارس 2014.
19. القانون رقم 10/14 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر عدد 78 الصادرة في 31 ديسمبر 2014.
20. القانون رقم 18/15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج.ر العدد 72 الصادرة في 31 ديسمبر 2015.

03-الأوامر

1. الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.
2. الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

3. الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 52 لسنة 1967 (ملغى).
4. الأمر رقم 74/71 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتضمن ميثاق التنظيم الاشتراكي للمؤسسات، ج.ر عدد 101 الصادرة بتاريخ 13 ديسمبر 1971.
5. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
6. الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر، عدد 101، المعدل والمتمم.
7. الأمر رقم 76/75 المؤرخ في 21 نوفمبر 1975 المتضمن تحديد العلاقات الرئيسية بين المؤسسة الاقتصادية الاشتراكية وسلطة الوصاية والإدارات الأخرى التابعة للدولة، ج.ر عدد 100 الصادرة بتاريخ 16 ديسمبر 1975.
8. الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 09، الصادرة بتاريخ 22 فبراير 1995 (ملغى).
9. الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 08 مارس 1995، المعدل والمتمم.
10. الأمر رقم 22/95 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتضمن خصصة المؤسسات العمومية، ج ر عدد 42 لسنة 1995.
11. الأمر رقم 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر عدد 55 الصادرة في 27 سبتمبر 1995.
12. الأمر رقم 31/96 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ج.ر عدد 85 لسنة 1996.
13. الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج.ر عدد 47، لسنة 2001.
14. الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم.
15. الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، لسنة 2003.

16. الأمر رقم 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007 (ملغى).

17. الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر عدد 49 الصادرة في 03 سبتمبر 2008.

04- المراسيم التشريعية

1. المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر عدد 11 الصادرة بتاريخ 19 فبراير 1993.
2. المرسوم التشريعي رقم 08/94 المؤرخ في 26 ماي 1994، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج.ر عدد 33 لسنة 1994.

05- المراسيم الرئاسية

1. المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج.ر عدد 15 لسنة 1982 (ملغى).
2. المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 52 الصادرة في 28 جويلية 2002 (ملغى).
3. المرسوم الرئاسي رقم 159/05 المؤرخ في 27 أبريل 2005 المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والجمهورية الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، ج.ر عدد 31 الصادرة في 30 أبريل 2005.
4. المرسوم الرئاسي رقم 308/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج.ر عدد 62 الصادرة في 09 نوفمبر 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 (ملغى).
5. المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

06 - المراسيم التنفيذية

1. المرسوم التنفيذي رقم 201/88 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج ر عدد 42 الصادرة في 19 أكتوبر 1988.
2. المرسوم التنفيذي رقم 37/91 المؤرخ في 13 فبراير 1991، المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، ج.ر عدد 12 لسنة 1991.
3. المرسوم التنفيذي رقم 91/91 المؤرخ في 16 أبريل 1991 المتضمن المصالح الخارجية للمنافسة والأسعار وصلحياتها وعملها، ج.ر عدد 16 لسنة 1991.
4. المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 57 لسنة 1991.
5. المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذا مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، ج.ر عدد 61 لسنة 2000 (ملغى).
6. المرسوم التنفيذي رقم 219/05 المؤرخ في 22 جوان 2005 المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر عدد 43 الصادرة في 22 جوان 2005.
7. المرسوم التنفيذي رقم 121/07 المؤرخ في 23 أبريل 2007، المتضمن كفاءات تطبيق أحكام الأمر رقم 11/06، ج.ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007.
8. المرسوم التنفيذي رقم 114/08، المؤرخ في 09 أبريل 2008، المحدد لكفاءات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج.ر عدد 20 الصادرة بتاريخ 13 أبريل 2008.
9. المرسوم التنفيذي رقم 341/11، المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، المحدد لكفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج.ر عدد 54، الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2011.
10. المرسوم التنفيذي رقم 204/12 المؤرخ في 06 ماي 2012، المحدد لنظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرر العام والمقررين، ج.ر عدد 29 الصادرة في 13 ماي 2012.
11. المرسوم التنفيذي رقم 139/14 المؤرخ في 20 أبريل 2014 الذي يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات

النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، ج.ر عدد 26 الصادرة بتاريخ 07 ماي 2014.

12. المرسوم التنفيذي رقم 305/15، المؤرخ في 05 ديسمبر 2015، المتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيين المطبقين على منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج.ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 09 ديسمبر سنة 2015.

07 – التعليمات والقرارات التنظيمية

1. القرار المؤرخ في 19 أكتوبر 1999، المتضمن تقنيات إعداد وتجميع حسابات التجمع، ج.ر عدد 87 لسنة 1999.
2. القرار المؤرخ في 11 نوفمبر 2012، المحدد لكيفيات إعلان الترشح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأموال السطحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، ج.ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 15 سبتمبر 2013.
3. تعليمة الوزير الأول رقم 18 المؤرخة في 16 جانفي 2013 الموجهة لأعضاء الحكومة والولاية بخصوص إبرام الصفقات العمومية بصيغة التراضي البسيط، غير منشورة.
4. القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، منشور في النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 03، مجلس المنافسة، 2014.

08- نصوص قانونية أجنبية

1. قانون المنافسة الأردني رقم 33 لسنة 2004 (الجريدة الرسمية العدد 4673 الصادرة في 01 سبتمبر 2004).
2. قانون المنافسة المصري رقم 03 لسنة 2005 (الجريدة الرسمية العدد 06 مكرر الصادرة بتاريخ 15 فبراير 2005).
3. القرار رقم 1316 لسنة 2005 المتضمن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة ومنع الاحتكارات المصري (الجريدة الرسمية العدد 32 مكرر الصادرة بتاريخ 17 أوت 2005).
4. المرسوم رقم 2.06.388 المؤرخ في 05 فبراير 2007 الذي يحدد أشكال وشروط إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها في المغرب (الجريدة الرسمية عدد 5518 الصادرة بتاريخ 19 أبريل 2007).

5. القانون المغربي رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة (الجريدة الرسمية عدد 6276 الصادرة بتاريخ 24 جويلية 2014).
6. القانون التونسي عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 77 . 78 (25 و 29 سبتمبر 2015).

V- الوثائق

1. قرار مجلس المنافسة رقم 99-ق-02 المؤرخ في 17 أكتوبر 1999، بخصوص إخطار قدم له من طرف ممثل مؤسسة للأشغال العمومية والبناء بتاريخ 02 ماي 1998 بشأن مدى تقييد الإجراءات المتخذة من طرف مديرية التشغيل والتكوين المهني لولاية أدرار بقواعد المنافسة، وذلك بمناسبة طلب العروض الصادر من طرفها من أجل إنجاز مركزين للتكوين المهني بمنطقة "فنوغيل" و"تسايت" بولاية أدرار.
2. تقرير وزارة التجارة، حول مشروع القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، 2004، متوفر في موقع وزارة التجارة الجزائرية: www.mincommerce.gov.dz
3. التقرير السنوي لمجلس المنافسة التونسي لسنة 2004.
4. التقرير السنوي لمجلس المنافسة التونسي لسنة 2005.
5. ماسيمو بالديناتو وستيفانو فيراندو، دراسة حول تحسين الشراء المتكرر والشراء الإلكتروني لدى الشركاء المتوسطيين، يورومد للسوق، البرنامج الإقليمي لتعزيز أدوات وآليات السوق الأوروبية، جويلية 2007.
6. لائحة مجلس مساهمات الدولة رقم 06 للدورة 96 بتاريخ 15 جويلية 2009 المتضمنة تخصيص صفقات اقتناء أجهزة ولوازم الإعلام الآلي المبرمة من طرف المؤسسات التابعة لقطاعات التربية الوطنية، والتعليم العالي والبحث العلمي، والتكوين والتعليم المهنيين، للمؤسسة العمومية الاقتصادية ALFATRON لإنتاج الحواسيب، وذلك في إطار ترقية الأداة الوطنية للإنتاج.
7. تقرير الوزارة الأولى بخصوص التدابير المتخذة لفائدة التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي، الجزء رقم 13 تحت عنوان "التدابير الرامية إلى ترقية الأداة الوطنية للإنتاج المتخذة في إطار مراجعة تنظيم الصفقات العمومية"، ديسمبر 2010، متوفر بموقع بوابة الوزير الأول: www.premier-ministre.gov.dz

8. التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس، من إعداد المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة ACRLI، يناير 2010.
9. مذكرة أمانة الأونكتاد (UNCTAD) التابعة لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، بعنوان "سياسات المنافسة وقطاع المشتريات العامة"، جنيف، سويسرا، 09 جويلية 2012، ص. 03، متوفرة على الموقع: <http://www.unctad.org>.
10. التقرير السنوي لمجلس المنافسة المغربي لسنة 2012.
11. تقرير فريق الخبراء الحكومي الدولي المعني بقوانين وسياسات المنافسة، عن أعمال دورته الثانية عشرة المنعقدة في جنيف، في الفترة من 07 إلى 09 جويلية 2012، مجلس التجارة والتنمية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية.
12. التقرير السنوي لمجلس المنافسة المغربي لسنة 2013.
13. الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 02.
14. نشرية وزارة التجارة، حصيلة، أنشطة وإحصائيات، حصيلة 2012، العدد الخامس، الصادرة عن خلية الاتصال بوزارة التجارة الجزائرية، طبعة 2013.
15. التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014.
16. النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 08، مجلس المنافسة الجزائري، 2015.
17. التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015.
18. التقرير التمهيدي عن مشروع قانون المالية لسنة 2016، الفترة التشريعية السابعة، دورة الخريف 2015، لجنة المالية والميزانية، المجلس الشعبي الوطني، نوفمبر 2015.
19. التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2016.
20. "الدليل التوعوي بشأن حماية المنافسة في المناقصات"، الصادر عن وزارة الاقتصاد والتجارة بدولة قطر، 2016.
21. الرأي رقم 2016/02 المؤرخ في 24 فبراير 2016 المتعلق بطلب شركة التأمين "أليانس للتأمين" حول ممارسات مقيدة للمنافسة مرتكبة من طرف شركة "كوسيدار"، في إطار صفقة عمومية. النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 04، مجلس المنافسة الجزائري، 2016.

I – Ouvrages

1. Aldo Sevino, Le mémento du référé précontractuel, Procédure, moyens et jurisprudence, Éditions Eyrolles, 2008.
2. André Decocq et Georges Decocq, Droit de la concurrence interne et communautaire, 2ème édition, LGDJ, Paris, 2004.
3. Anne-Lise Sibony, Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, LGDJ, Paris, 2008.
4. Annie Chamoulaud-Trapiers, Gulsen Yildirim et Claude Lombois, Droit des affaires/ relations de l'entreprise commerciale : 1er et 2e cycles, Editions Bréal, Paris, 2003.
5. Aurélien Condomines, Guide pratique du droit Français de la concurrence, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014.
6. Bernard Saintourens, Contentieux et expertise, Droit pénal des affaires, Droit des procédures collectives, Librairie Vuibert, Paris, 1996.
7. Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen et Louis Vogel, Droit commercial européen, 05^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1994.
8. Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, Le contentieux des marchés publics, Imprimerie Nationale, Paris 2004.
9. Catherine Prebissy-Shnall, La pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 2002.
10. Christophe Cabanes et Benoit Neveu, Droit de la concurrence dans les contrats publics, pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôle et sanctions, Editions le Moniteur, Paris, 2008.
11. Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, éditions Berti, Alger, 2007.
12. Daniel Mainguy, Jean-Louis Respaud et Malo Depincé, Droit de la concurrence, LexisNexis, Paris, 2010.

13. David Katz, Juge administratif et droit de la concurrence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2004.
14. Didier Linotte et Raphaël Romi, Services publics et droit public économique, Editions LITEC, Paris, 2003.
15. Dominique Brault, Politique et pratique de la concurrence en France, LGDG, Paris, 2004.
16. Elise Langelier, L'office du juge administratif et le contrat administratif, LGDJ, Paris, 2012.
17. François Mélin, Les programmes de clémence en droit de la concurrence, LGDJ, Paris, 2010.
18. Guy Canivet, Marie-Chantal et Boutard-Labarde, Droit Français de la concurrence, LGDJ, Paris, 1994.
19. Jean-Bernard Blaise, Droit des affaires: commerçants, concurrence, distribution, 03^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2002 .
20. Jean-François Auby, La délégation de service public, guide pratique, Dalloz, Paris, 1997.
21. Laurence Nicolas-Vullierme, Droit de la concurrence, Librairie Vuibert, Paris, 2009.
22. Lionel Zevounou, Les usages de la notion de concurrence en droit, LGDJ, Paris, 2012.
23. Marie Malauri-Vignal, Droit de la concurrence interne et communautaire, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2008.
24. Michel Dubisson, Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux, FEDUCI, Paris, 1979.
25. Michel Pédamon, Droit commercial, 4^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 2013.
26. Mustapha Menouer, Droit de la concurrence, Editions Berti, Alger, 2013.
27. Nicolas Charbit, Secteur public et droit de la concurrence, éditions Joly, Paris, 1999.
28. Nicolas Charrel, Marchés et délégations de service public : Le risque pénal, Editions le Moniteur, Paris, 2001.
29. Nicolas Dorandeu, Le dommage concurrentiel, Presses universitaires de Perpignan, Perpignan, 2000
30. Pascal Lehuede, Droit de la concurrence, Editions Bréal, Paris, 2012.
31. Patricia Grelier Wyckoff, Le mémento des marchés publics de travaux, intervenant, passation et exécution, le code des marchés publics, 03^{ème} édition, Eyrolles, Paris, 2006.

32. Pierre Gauthier et Lauret Bianca, Droit pénal des affaires, Editions Economica, 06^{ème} édition, Paris, 1996.
33. Pierre Tifine, Droit administratif Français, 3^e édition, Editions juridiques franco-allemandes - E.J.F.A, Metz, 2016.
34. Rachid Zouaimia, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économiques en Algérie, Editions Houma, Alger, 2005.
35. Rachid Zouaimia et Marie Christine Rouault, Droit administratif, Berti Éditions, Alger, 2009.
36. Rachid Zouaimia, La délégation de service public au profit de personnes privées, Éditions Belkeise, Alger, 2012.
37. Rachid Zouaimia, Le droit de la concurrence, Editions Belkeise, Alger, 2012.
38. Renée Galène, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, LITEC, Paris, 1995.
39. Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, LGDG, Paris, 2004.
40. Sophie Nicinski, Droit public des affaires, Edition Alpha, Paris, 2010.
41. Stéphane Braconnier, Précis du droit de la commande publique (Marchés publics – Concessions), 05^{ème} Edition, Editions le Moniteur, Paris, 2017.
42. Virginie Cibert-Goton et Adamou Albortchire, Pratique du droit de la concurrence et de la consommation, Edition ESKA, Paris 2007.
43. Yves Serra, Le droit Français de la concurrence, Collection connaissance de droit, Dirigée par Jean Luc Aubert, Dalloz, Paris, 1993.

II- Thèses et Mémoires

A- Thèses

1. Arnaud Remedem, La protection des droits fondamentaux par la cour de justice de l'union européenne, Thèse pour le doctorat en droit, Université d'Auvergne Clermont 1 – École de Droit, décembre 2013.

2. Carl Irani, La compétence judiciaire en matière administrative en droit Libanais et en droit Français, Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'université Grenoble Alpes, Université de Grenoble Alpes, Décembre 2014.
3. Emmanuelle Claudel, Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, Thèse pour le doctorat en Droit, U.F.R. de sciences juridiques, administratives et politiques, Université de Paris X-Nanterre, Décembre 1994.
4. Guillaume Zambrano, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence – Etude du contentieux Français devant le tribunal de commerce de Paris (2000-2012), Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'université de Montpellier I, 2012.
5. Katy Sibiril, La notion d'intérêt en droit administratif Français, Thèse pour obtenir le titre de Docteur en droit, Université de Bretagne Occidentale, décembre 2012.
6. Laetitia Lormieres, Les prix bas en droit économique, Thèse Pour obtenir le grade de docteur en droit privé, Faculté de droit, Université Montpellier I, 2010.
7. Lionel Zevounou, Le concept de concurrence en droit, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit public, UFR Droit et Sciences Politiques – Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010.
8. Siranat Wittayatamatat, Les autorités de la concurrence et de la consommation : Étude comparative entre le droit Français et le droit Thaïlandais, Thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'université de Toulouse, 2015.
9. Souhir Fourati, La mise en concurrence dans les marchés publics – Essai de comparaison des droits Français et Tunisien, Thèse pour le Doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2005/2006.

B- Mémoires

1. Arnaud Bigaré, L'aspect transversal de la notion d'abus de position dominante en droit communautaire de la concurrence, Mémoire pour l'obtention du Diplôme d'études approfondies en droit communautaire, Université Jean Moulin, Lyon III, 1998.

2. François Voiron, L'intervention de l'état constitue-t-elle un fais justificatif de l'entente?, Mémoire pour l'obtention du Diplôme de Master en Droit européen des affaires, Université Paris II Panthéon Assas, 2010.
3. Jean-Philippe Kovar, La soumission des actes de puissance publique au droit Français de la concurrence, Mémoire présenté en vue de l'obtention du D.E.A. de droit des affaires, Faculté de droit et des sciences politiques, Université Robert Schuman - Strasbourg III, 1999-2000.
4. Rémi Bastille, Le statut du service public dans la jurisprudence de conseil de la concurrence, Mémoire de 4e année d'I.E.P, Université Robert Schuman - Strasbourg III, Mai 2007.

III- Articles et Actes de colloques

A- Articles

1. Alain Guedj, «Juge administratif, juge judiciaire et conseil de la concurrence: pour une clarification des rôles après la décision du tribunal des conflits du 18 octobre 1999», LPA., n° 84, 27 avril 2000.
2. Alain Guillotin, «La preuve et la forme juridique des ententes», La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, Hebdomadaire n° 06, 09 Février 2012.
3. Alain Ménéménis, «Nouveau code: les marchés entre personnes publiques», Droit administratif, Lexis-Nexis Jurisclasseur, n° 07, Juillet 2003.
4. Alain Ronzano, «Condamnation des groupements anticoncurrentiels: Le Conseil de la concurrence condamne des groupements anticoncurrentiels des géomètres-experts du Haut Rhin», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, N° 1-2009.
5. Alexandre Vandepoorter, «Les principes généraux de la commande publique», Gazette du Palais, 4 Juillet 2011.
6. André Marie, «Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles», Revue Lamy de la Concurrence, N° 14, Janvier/Mars 2008.

7. Anne-Lise Sibony et Anne Wachsmann, «Pratiques Unilatérales», *Concurrences - revue des droits de la concurrence*, Institut de droit de la concurrence, N° 3-2009.
8. Antoine Colin-Goguel, «La compétence du conseil de la concurrence face aux services publics: qu'elle place pour le critère de détachabilité?», *R.C.C.*, mars-avril 2002.
9. Arnold Vialfont, «Le droit de la concurrence et les procédures négociées», *Revue internationale de droit économique*, 2007/2 t. XXI, 2.
10. Bernard Jean-Marc Caillaud, «Ententes et capture dans l'attribution des marchés publics», CERAS-ENPC, Mars 2001.
11. Bernard Quiriny, «Les droits de l'usager face au droit du marché», RFDA, 2008.
12. Bertrand Faure, «Le droit administratif des collectivités locales et la concurrence», *AJDA* n°2, *Actualité juridique* n°7, 2001.
13. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, «Chronique de jurisprudence constitutionnelle», 2^{me} partie, *LPA.*, n° 186, 17 sep. 2002.
14. Catherine Bergeal, «Conclusions sur CE, 27 juillet 2001, CAMIF», *Revue générale du droit* on line, 2001, numéro 829 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=829).
15. Christophe Cabanes et Vincent Michelin, «Contrôle du juge sur les niveaux minimaux de capacité et dérogation à l'obligation d'allotissement», *Contrats Publics* – n°135, septembre 2013.
16. Claire Vannini, «Droit communautaire, service public et concurrence», *Fondation Robert Schuman, Centre de recherches et d'études sur l'Europe*, Supplément n°203, le 14/03/2005. Article disponible sur le site : <http://www.robert-schuman.eu>.
17. Dan Roskis, «Quelles sanctions pénales pour les dirigeants», *Echanges Internationaux, Magazine du Comité Français de la Chambre du Commerce Internationale*, N° 102, Février 2015.
18. Delphine Krust, «Candidature des personnes publiques aux contrats publics: liberté et égalité», *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 15, Juillet/Août 2006.
19. Didier Ribes, «La concurrence saisie par le droit constitutionnel Français?» *Revue Française de droit constitutionnel*, n° 53, 2003.

20. Dominique Berlin, «Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence», AJDA, 20 avril 1995.
21. Elias Berkani, «Droit de la concurrence et commande publique: état des lieux d'un vieux couple», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 01, 2007.
22. Emmanuel Daoud et Sarah Albertin, «L'autorité de la concurrence: les pouvoirs d'enquête au crible des droits de la défense», RLDA, 2014.
23. Eric Chevrier, «Saisine de l'Autorité de la concurrence: la prescription décennale suit la quinquennale», Publié sur Dalloz Actualité <http://www.dalloz-actualite.fr>, le 23 mai 2011.
24. Eric Delacour, «Point de vue, Délégation de service public - Concurrence: une jurisprudence discutable», Moniteur N° 4918 - Publié le 27/02/1998 sur le site: <http://www.lemoniteur.fr>.
25. Florent Maillet, «Ces fournisseurs qui faussent la concurrence», Décision Achats N° 123 du 01/04/2009.
26. Florian Linditch, «Ententes et marchés publics», Juris-Class. Contrat et marchés publics, Fasc. 36, 2002.
27. François Bozzi, «Les occupations du domaine public sont-elles soumises à des formalités préalables de publicité et de mise en concurrence?», Droit de la Voirie et du Domaine Public, N° 151 - Avril 2011 - 165e année.
28. François Brenet, «Les modalités du rejet d'une offre anormalement basse», Revue Lexbase Hebdo, édition publique n°294, du 27 juin 2013.
29. Frédéric Marty, «Analyse économique du contentieux concurrentiel dans les marchés d'électrification et d'éclairage public», Contrats Publics – Actualité de la Commande et des Contrats Publics (CP-ACCP), n° 109, Avril 2011.
30. Frédéric Puel et Laurent François-Martin, «Droits des entreprises et sort des documents saisis ou copiés dans les enquêtes de concurrence», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, N° 2-2008.

31. Gauthier Eryyn, «De la rigueur des soumissionnaires dans l'établissement des offres de marchés public: Les erreurs à ne pas commettre», *Jaarboek overheidsopdrachten, Chronique des marchés publics 2014/2015*, 8ème édition, 2015.
32. Georges Berlioz et Michel Durupty, «Les juridictions administratives, seuls juges de l'indemnisation de pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics», *AJDA*, 2015.
33. Gregory Kalfèche, «Secteur public et concurrence: la convergence des droits», *AJDA*, 2007.
34. Guillaume Cerrutti, «Comment mieux intégrer la politique de la concurrence et la politique de la consommation», *Concurrences - revue des droits de la concurrence*, Institut de droit de la concurrence, n° 09, novembre 2006.
35. Hervé Letellier, «Acheteur public: quelle attitude adopter face au risque d'offres anormalement basses?», *Contrats Publics – n°110*, mai 2011.
36. Ivar Ekeland, «L'idée de service public est-elle soutenable?», P.U.F, coll. Droit, éthique et société, 1999.
37. Jacqueline Dutheil de la Rochère, «Réflexions sur l'application extraterritoriale du droit communautaire», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel Virally, Ed. Pedone – Paris, 1991.
38. Jacques Caillosse, «Service Public et Concurrence: Le service public entre deux mythologies», *Le Droit Ouvrier*, spécial Service Public - Avril 2008.
39. Jacques-Henri Stahl, «Le contrôle des décisions administratives à finalité concurrentielle: l'exemple des concentrations», *RCC.*, n° 116, juill.-août 2000.
40. Jean Jacques Israel, «Contentieux administratif et contentieux de la concurrence», *Mélanges René Chapus: Droit administratif*. Montchrestien, Paris, 1992.
41. Jean-Christophe Grall et Erwan Le Morehedec, «Marchés publics et concurrence: liberté, égalité, transparence», *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 75, Octobre 2004.
42. Jean-Claude Burgelman, «Service Universel, Service public et souci de diversité: Le débat sur les autoroutes de l'information», *Réseaux n° 78 CNET – 1996*.

43. Jean-François Calmette, «L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif», Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur, Droit Administratif, Juillet 2006.
44. Jean-François Sestier, «SEML et in house: le désordre?», AJDA, 2017.
45. Jean-Marie Cheffert, «Service universel, concurrence et télécommunications», Story-Scienza, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, 1999.
46. Jean-Patrice de La Laurencie et Laure Givry, «Régulation de la concurrence dans la loi NRE», Bull. act. Lamy droit économique, n° 141, juill. 2001.
47. Jean-Philippe Kovar et Stéphane Rodrigues, «Chroniques: Secteur public», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, N° 4-2013.
48. Jean-Yves Chérot, «Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence», AJDA, 2000.
49. Jehan Béjot, «Les conditions d'application du droit de la concurrence aux contrats publics», Revue Contrats Publics, n° 99, Editions le Moniteur, Paris, Mai 2010.
50. Karounga Diawara, «La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles: aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet», Bulletin de droit économique Volume 1, Numéro 3, Faculté du droit, Université Laval, Automne 2010.
51. Laurence Idot, «Commande publique et droit de la concurrence: un autre regard», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n° 01, février 2008.
52. Laurent Binet, «Les ententes anticoncurrentielles dans les appels d'offres publics», Revue Contrats Publics, n° 99, Editions le Moniteur, Paris, Mai 2010.
53. Laurent Gravier et Richard Roux, «Juge administratif et droit de la concurrence dans les contrats publics», L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics, N° 20 - mars 2003.
54. Laurent Richer, «L'application du droit de la concurrence aux marchés publics», CJEG, Octobre 1989.
55. Laurent Richer, «Un objectif, deux systèmes», Revue Contrats Publics, n° 99, Editions le Moniteur, Paris, Mai 2010.

56. Louis Vogel, «Droit de la concurrence et personnes publiques», *Gazette du Palais*, 22/23 déc. 1989.
57. Luc Rouban, «La crise du service public en France, l'Europe comme catalyseur», *Revue culture et conflit*, N°28, 2006.
58. Marie-Anne Frison-Roche, «Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative mise en regard de la jurisprudence judiciaire», *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 04, 2001.
59. Marie-Anne Frison-Roche, «Contrat, concurrence, régulation», *RTD civ.*, n° 3, 2004.
60. Marta Giner Asins et Arnaud Sanz, «Enquêtes simples de concurrence: des enquêtes pas si simples», *JCPE*, n° 1029, 2014.
61. Martine Behar-Touchais, «Le Conseil de la concurrence et la santé», *Les Tribunes de la santé*, n° 15, 2007/02.
62. Matthieu Bertozzo, «Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ou la matérialisation des idées libérales de la Révolution française», *Revue générale du droit on line*, 2015, numéro 19932 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=19932).
63. Maxime Tourbe, «Service public versus service universel: une controverse infondée», *Revue Contrejour et critiques internationales*, n°24, Juillet 2004/3.
64. Mélanie Dinane, «À propos du périmètre de la délégation de service public: le tour du Conseil d'État», *Gazette de l'IDPA*, n° 22, Octobre 2016.
65. Michel Bazex, «Le Conseil de la concurrence et les marchés publics», *AJDA*, n° spécial, juillet-août 1994.
66. Michel Bazex, «Existe-t-il un droit de la concurrence en dehors de l'ordonnance du 1er décembre 1986?», *Gazette du Palais*, n°144, 1997.
67. Michel Bazex, «Le droit public de la concurrence», *RFDA.*, n° 4, juill.-août 1998.
68. Michel Bazex, «La libre concurrence, nouvelle source de l'action administrative», *Gazette du Palais*, n° 207, 26 juillet 2001.

69. Michel Debroux, «Sanction des cartels en droit communautaire: Définition et conséquences d'une "responsabilité de groupe"», *Concurrences - revue des droits de la concurrence*, Institut de droit de la concurrence, N° 1-2008.
70. Michel Debroux, Laurence Nicolas-Vullierme, et Cyril Sarrazin, «Ententes: chroniques», *Concurrences - revue des droits de la concurrence*, Institut de droit de la concurrence, n° 3-2009, Paris.
71. Nathalie Jalabert-Doury, «Le nouveau contrôle Français des concentrations: entre convergence et maintien d'une exception Française», *revue de droit des affaires internationales (RDAI)*, n 05, 2002.
72. Nicolas Charbit, «Marée haute et écueils de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de concurrence (à propos de quelques affaires récentes)», *LPA.*, n° 37, 21 fév. 2001.
73. Nicolas Charbit, «Droit de la concurrence et secteur public, applicabilité et compétence», *JCP. Conc. Cons.*, fasc. 120, n° 57, 2003.
74. Nicolas Eveno, «Le juge administratif et les marchés publics», *Journal des Maires*, juin 2007. Disponible sur le site : www.journaldesmaires.com.
75. Nicolas Petit, «Le droit européen de l'abus de position dominante en 2014», *Contrats - Concurrence - Consommation -*, Revue Mensuelle, Lexisnexis Jurisclasseur, Mai 2015.
76. Noël Diricq, Benoît Parlos et Pierre-Louis Mariel, «L'appel d'offres sur performances», *Moniteur N° 5047*, Publié le 18/08/2000 sur le site : <http://www.lemoniteur.fr>.
77. Noëlle Lenoir, «L'Europe et l'achèvement du marché intérieur: en quoi l'article 86 du Traité CE peut-il jouer un rôle utile?», *Gazette du Palais*, Mercredi 11 Jeudi 12 Octobre 2006.
78. Olivier Guézou, «Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics», *Revue DMP*, Editions le Moniteur, Paris, 2006.
79. Olivier Guézou, «Contrats publics et politiques de la concurrence», *RFDA*, 2014.
80. Olivier Gabarda, «l'intérêt d'une bonne administration de la justice: étude de droit du contentieux administratif», *RDP*, N° 1, 2006.

81. Pascal Wilhelm et Lila Ferchiche, «Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures devant l'autorité de la concurrence)», *Juris-Classeur, Concurrence-Consommation*, Fasc. N° 381, 1/2010.
82. Pascale Fombeur et Mattias Guyomar, «Chron. sous TC, 18 octobre 1999, Préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris (Aéroports de Paris et Air France)», *AJDA.*, 20 déc. 1999.
83. Patrice Bougette, Frédéric Marty, Julien Pillot, et Patrice Reis, «Appréciation des clauses d'exclusivité par les autorités de la concurrence : Le cas des marchés de haute technologie», *Concurrences - revue des droits de la concurrence*, Institut de droit de la concurrence, 3-2010.
84. Patrice Genet, «Les groupements de maîtrise d'œuvre et le rôle du mandataire dans les marchés publics», *Cahiers de la profession* N° 11 - 2e trimestre 2002.
85. Patrice Reis, «Ententes de répartition des marchés: vers une sanction aggravante des pratiques anticoncurrentielles?», *Manuscrit auteur, publié dans "Le processus de concurrence, Economica (Ed.)*, 2000.
86. Patrice Reis, «Le délit de favoritisme dans les marchés publics: une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles», *LPA* n°13, du 4 juil. 2003.
87. Pauline de Lanzac et Guillaume Dezobry, «Ententes et marchés publics: La problématique des offres distinctes adressées par une société mère et sa filiale non autonome», *Concurrences - revue des droits de la concurrence*, Institut de droit de la concurrence, N° 1-2012.
88. Philippe Graveleau, «CE, 11 juin 2003, n° 240512», *Gazette du Palais*, n° 080, 20 mars 2004.
89. Philippe Terneyre, «Le droit applicable aux conventions de délégation de service public: quelques précisions du conseil d'état», *RFDA.*, n° 02, mars-avr. 1994.

90. Philippe-Emmanuel Partsch et Elie Raimond, «Droit de la concurrence et marchés publics?», Le Mensuel d'AGEFI Luxembourg, Edition de septembre 2009, publié sur: <http://www.agefi.lu>.
91. Pierre-Alexis Ramaut, «Référé précontractuel et lésion», Revue Contrats Publics, n° 123, juillet-août 2012.
92. Rachid Zouaïmia, «De l'Etat interventionniste a l'Etat régulateur: l'exemple Algérien», revue critique des sciences juridiques et politiques, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, n°1, 2008.
93. Rachid Zouaïmia, «Le régime des ententes en droit Algérien de la concurrence», Revue critique de droit et sciences politiques, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, n° 1, 2012.
94. Rémy Schwartz et Myriam Kaczmarek, «La procédure contentieuse devant les juridictions administratives», La Gazette des communes, des départements et des régions, Cahier détaché n° 2 - 17/1739 -, 26 avril 2004.
95. René Chapus, «Activités des personnes publiques, droit de la concurrence et compétence juridictionnelle», RFDA, janvier-février 1989.
96. René Chapus, «Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle": l'intérêt d'une bonne administration de la justice», RDP, N° 1, 2003.
97. Sabine Naugès et Séverine Risser, «Les échanges d'informations proconcurrentiels dans le cadre de la commande publique: Le nécessaire arbitrage entre intérêt public et droit de la concurrence», Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, N° 3-2013.
98. Sandrine Dyckmans, «Formule mathématique en OAB: détection oui, exclusion non», Revue Techni.cités, n° 248, 23 Avr. 2013.
99. Sébastien Ferrari, «L'intervention des personnes publiques sur le marché économique: CE Ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats du barreau de Paris, n°275531», Revue Générale du droit on line, numéro 1853, 2008, (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1853).

100. Sébastien Hourson, «Principes généraux du droit communautaire et Constitution, Commentaire sous CE, 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique (SNIP) et autres», Revue générale du droit on line, 2008, numéro 1880 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1880).
101. Séverine Manna, «Pratiques anticoncurrentielles : Comment obtenir réparation de son préjudice ?», la Gazette des communes, des départements et des régions, n°37/2143 du 1er octobre 2012.
102. Sophie Grandvullemin, «Les micro-pratiques anticoncurrentielles», Revue Contrats Publics, n° 99, Editions le Moniteur, Paris, Mai 2010.
103. Stéphane Braconnier, «Le nouveau Code des marchés publics: entre responsabilisation et libéralisation », JCP, n° 18, Avril 2004.
104. Stéphane Destours, «l'application du droit interne de la concurrence aux personnes publiques par les juridictions administratives: fin d'une énigme?», JCPE., cahier de droit de l'entreprise, n° 2, 1998.
105. Stéphane Destours, «La confusion des autorités de concurrence: exemple de la gestion du domaine public aéroportuaire», L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics / N° 20 - mars 2003.
106. Véronique Sélinsky, «Ententes prohibées à travers les avis de la commission de la concurrence», Edit. LITEC, n° 201, 1979.
107. Véronique Sélinsky, «La participation à des marchés publics par des entreprises groupées», L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics, N° 20 - mars 2003.
108. Véronique Sélinsky, «Ententes illicites», JCP, Concurrence Consommation, Fasc. 310, n° 03, 2010.
109. Vincent Michelin et Christophe Cabanes, «Offres anormalement basses: des précisions sur une détection anormalement complexe», Contrats Publics – n°121 – mai 2012.

B- Actes de colloques

1. Alexis Brunelle, «La pratique de la lutte contre la collusion dans le secteur public», actes de l'atelier sur la lutte contre la collusion dans les marchés publics, Rabat, Maroc, 22 et 23 Septembre 2016.
2. Bernard Stirn, «L'idée de concurrence dans le contentieux administratif : pluralité des sources», actes de l'atelier de la concurrence Le juge administratif et le droit de la concurrence du 29 Mars 2000, disponibles sur le site internet de la DGCCRF: www.economie.gouv.fr/dgccrf.
3. Bertrand du Marais, «L'Etat à l'épreuve du principe de concurrence: analyse et prospective juridique», numéro thématique: Reconfigurer l'action publique: big bang ou réforme?, Actes du onzième colloque international - Nice, jeudi 4 et vendredi 5 octobre 2001, Tome1.
4. Cyrille Bardon, Présentation pour le 13^{ème} colloque organisé par l'association Française des avocats conseillés auprès des collectivités territoriales sur : le droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique, Paris le 05 Octobre 2006.
5. Dominique Brault, «Les marchés publics et la concurrence», communication au Forum Euro-méditerranéen sur le droit et les politiques de la concurrence, organisé à Casablanca (Maroc) les 18 et 19 Juillet 2008, disponible sur : www.affaires_generales.gov.ma.
6. Jacques Tallineau, «La preuve de la collusion dans les marchés publics au sein de l'Union Européenne», Journée d'étude portant sur les indices de collusion en matière de marchés publics, Conseil de la concurrence, Alger, le 16 Décembre 2015.
7. Jean Capiaux, «Discours Introductif», 13^{ème} colloque organisé par l'association Française des avocats conseillés auprès des collectivités territoriales sur: le droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique, Paris le 05 Octobre 2006.
8. Jean-Marc Sauvé, «Le rôle des cours suprêmes en matière économique», Intervention dans le cadre du colloque organisé au Conseil économique, social et environnemental par la Regulatory Law Review et les éditions Lextenso le lundi 25 janvier 2010, Publiée le 28 janvier 2010 sur le site du conseil d'état: <http://www.conseil-etat.fr>.

9. Jean-Marc Sauvé, *Allocution d'ouverture, Actes du colloque sur Les Services d'intérêt économique général et le marché intérieur: Régimes nationaux et cadre juridique Européen*, Le 14 octobre 2011, Collections Colloques, Volume 16.
10. Jean-Marc Sauvé, «Des blocs et des frontières: les juges de la légalité administrative», Colloque organisé par la Cour de cassation sur *L'acte administratif sous le regard du juge judiciaire*, 4 avril 2014, publié sur le site internet du conseil d'état : <http://www.conseil-etat.fr>.
11. Jérôme Grand Desuon, «Le code des marchés publics, est-il un outil permettant d'assurer la concurrence ?», 13^{ème} colloque organisé par l'association Française des avocats conseillés auprès des collectivités territoriales sur : *le droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique*, Paris le 05 Octobre 2006.
12. Muriel Chagny, «Regards sur le droit des pratiques anticoncurrentielles: Les Développement en matière de distribution», intervention prononcée à la Cour de cassation, le 08 février 2007, à l'occasion de la conférence organisée par la Cour de cassation et l'Association Française d'Etude de la Concurrence sur «L'année 2006 et le droit de la concurrence».
13. Patrice Reis, «Marchés publics et ordre concurrentiel: ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics», Communication au colloque sur l'ordre concurrentiel organisé par l'Université de Nice les 5 et 6 décembre 2002 en l'honneur du professeur Antoine Pirovano, publié dans *L'ordre concurrentiel Mélanges*, Editions Frison Roche, Paris 2004.
14. Slimani Djilali, «Approche économique de la relation entre les marchés publics et le droit de la concurrence», Journée d'étude portant sur les indices de collusion en matière de marchés publics, Conseil de la concurrence, Alger, le 16 Décembre 2015.

IV- Textes juridiques étrangers

1. Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, JORF du 8 juillet 1945.
2. Décret n° 53-704 du 9 août 1953 dit décret Anti-trust réglementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence, JORF du 10 août 1953.
3. Loi de Finances n° 63-628 du 02 Juillet 1963 rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, JORF du 3 juillet 1963.
4. Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, JORF du 20 juillet 1977.
5. Loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, JORF du 31 décembre 1985.
6. Loi n° 87/499 du 06 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire, JORF du 07 juillet 1987.
7. Loi n° 91/03 du 03 Janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés publics et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, JORF du 05 Janvier 1991.
8. Loi n° 95/127 du 08 Février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public, JORF du 09 Février 1995.
9. Loi n° 96-659 du 26 Juillet 1996, de réglementation des télécommunications, JORF du 27 Juillet 1996.
10. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n° 113 du 16 mai 2001.
11. Loi n° 2001/1168 du 11 Décembre 2001 dite loi MURCEF.
12. Décret n°2002-692 du 30 avril 2002 pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, JORF n°103 du 3 mai 2002.
13. Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, JORF n°177 du 2 août 2003.

14. Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, JORF n°179 du 5 août 2003.
15. Circulaire du 07 Janvier 2004, portant manuel d'application du code des marchés publics, JORF du 08 Janvier 2004.
16. Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, JORF n°74 du 27 mars 2004.
17. Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, JORF n°147 du 26 juin 2004.
18. Arrêté du 10 novembre 2005 relatif à l'observatoire économique de l'achat public, JORF n° 264 du 13 novembre 2005
19. Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, JORF n° 304 du 31 décembre 2005.
20. Loi n° 2008/776 du 04 août 2008 portant modernisation de l'économie, JORF N° 181 du 5 août 2008.
21. Ordonnance n°2008/1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, JORF du 14 novembre 2008.
22. Arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, JORF du 1er octobre 2009.
23. Décret n° 2009-1484 du 3 décembre 2009 relatif aux directions départementales interministérielles, JORF n°0281 du 4 décembre 2009.
24. Circulaire du 14 février 2012 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, JORF n° 0039 du 15 février 2012.
25. Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE L94 du 28 mars 2014.

26. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi «Hamon», JORF n°0065 du 18 mars 2014.
27. Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommage et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence.
28. Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015.
29. Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi «Macron», JORF n°0181 du 7 août 2015.
30. Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, JORF n°0074 du 27 mars 2016.
31. Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF n°0059 du 10 mars 2017.
32. Arrêté du 12 avril 2017 relatif au fonctionnement et à la composition de l'observatoire économique de la commande publique, JORF n°0092 du 19 avril 2017.

V- Documents

1. Acte unique européen du 09 Septembre 1985, modifiant le traité CEE, JOCE n° L 169/1-29 du 29 Juin 1987.
2. Rapport d'activité du Conseil de la concurrence Français pour 1987.
3. Rapport d'activité du Conseil de la concurrence Français pour 1989.
4. L'accord sur les marchés publics, Conclu à Marrakech le 15 avril 1994, disponible sur le site internet de l'OMC : www.wto.org/marchespublics.
5. Rapport public du Conseil d'État, 1994, «Considérations générales: Service public, services publics: déclin ou renouveau», EDCE, n° 46, 1995.

6. Dominique Bureau, «La Gestion des entreprises publiques», Document de travail N° 97-5, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Direction de la Prévision, Octobre 1997.
7. Rapport d'activité du Conseil de la concurrence Français pour 1997.
8. Rapport d'activité du Conseil de la concurrence Français pour 2001.
9. Rapport public du conseil d'état pour 2002, "Collectivités publiques et concurrence".
10. «L'ouverture à la concurrence», Article du bureau Économie des réseaux, de la direction de la Prévision et de l'analyse économique, conférence sur l'Ouverture des réseaux à la concurrence, Université mutuelle à l'Institut de la gestion et du développement économique, Paris, le 24 avril 2003.
11. Rapport annuel 2007 de l'OCDE, «L'audit de la corruption dans les marchés publics des collectivités publiques».
12. Mémento pratique Francis Lefebvre: Concurrence Consommation - Droit des affaires, Edition Francis Lefebvre, 2007/2008.
13. Dossiers thématiques du Conseil d'Etat, Marchés publics - Le référé précontractuel, avril 2009, p. 02. Disponible sur le site : www.conseil-etat.fr.
14. «Collusion et corruption dans les marchés publics», contribution de la France au Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE, 1 février 2010.
15. Rapport annuel 2010 de L'Autorité de la concurrence, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2011.
16. Communiqué de l'Autorité de la concurrence, 2011, relatif à la détermination des sanctions pécuniaires.
17. Rapport annuel sur l'évolution de la politique de la concurrence en France 2011, soumis par la France au Comité de la concurrence de l'OCDE, 16 Oct. 2012.
18. Fiche N° 5, «L'offre Anormalement Basse», Institut Des Routes, des Rues et des Infrastructures pour la Mobilité, Association des Maires de France, Nov. 2012.
19. Guide et recommandations de la DAJ (Direction des affaires juridiques) du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie Français, sur "Les prix dans les marchés publics",

- La formation et la variation des prix dans les marchés publics - Eléments juridiques et modalités pratiques -, Version 1.1, Avril 2013. Disponible sur le site de la direction: www.economie.gouv.fr/daj.
20. La lettre d'information de la DIRECCTE (Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi) Rhône-Alpes , «La détection des pratiques anticoncurrentielles dans la commande publique, une des missions de la DGCCRF», n° 9, Juin 2013.
 21. Le Guide du recensement économique de l'achat public, Direction générale des finances publiques, Direction des affaires juridiques, Version du 1er janvier 2014.
 22. Guide des bonnes pratiques «groupements d'entreprises: offre globale et performance énergétique du bâtiment», Cluster Rhône-Alpes Eco-énergies, Mars 2014.
 23. Livre Blanc: 10 points-clés pour répondre aux marchés publics à plusieurs (cotraitance et sous-traitance), Version 2015. Disponible sur: <http://www.doubletrade.com>.
 24. «La procédure de clémence», Communiqué de procédure du 03 avril 2015 relatif au programme de clémence Français, publié sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence Française : www.autoritedelaconcurrence.fr.
 25. «Le Juge administratif et le droit de l'union européenne», Les dossiers thématiques du Conseil d'État, septembre 2015.
 26. Fiches techniques de la DAJ (Direction des affaires juridiques) du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie Français, «L'offre anormalement basse», espace marchés publics, Rubrique Conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes 2016. Disponible sur le site de la direction: www.economie.gouv.fr/daj.
 27. Ordonnance et décret marchés publics, (Ordonnance n° 2015/899 du 23 Juillet 2015 et Décret n° 2016/360 du 25 Mars 2016) Commentés par Nicolas Charrel, Editions Le Moniteur, Mai 2016 - hors série.
 28. «La concurrence sur les marchés secondaires», contribution de la France au titre de la session 4 de la 127ème réunion du Comité de la Concurrence de l'OCDE, 21 et 23 Juin 2017.

VI- Sites Internet

www.autoritedelaconcurrence.fr

www.consilium.europa.eu.

www.robert-schuman.eu.

www.acheteurs-publics.com

www.cct.gov.tn

www.conseil-concurrence.dz

الفهرس

01	مقدمة
19	الباب الأول: الصفقات العمومية كسوق معنية بالممارسات المنافية للمنافسة
21	الفصل الأول: تدخل قانون السوق في مجال الطلب العمومي
23	المبحث الأول: طبيعة العلاقة بين الطلبات العمومية وقانون المنافسة
24	المطلب الأول: الطلب العمومي وقواعد المنافسة: تشابه في المبادئ واختلاف في الأهداف
25	الفرع الأول: خصوصية مفهوم الدعوة للمنافسة في مواجهة الحرية التنافسية
25	أولا: الفلسفة الخاصة لقواعد الدعوة للمنافسة
30	ثانيا: موقف سلطات المنافسة الفرنسية بشأن العلاقة بين النظامين
33	الفرع الثاني: نحو تعايش قواعد المنافسة وقانون الصفقات العمومية
34	أولا: مساهمة القضاء الإداري في إدماج قواعد المنافسة
37	ثانيا: تكامل مبدأ مساواة المرشحين مع مبادئ الحرية التنافسية
40	المطلب الثاني: إشكالية خضوع الأشخاص العامة المتدخلة في مجال الطلب العمومي لقانون المنافسة
41	الفرع الأول: تطبيقه على الشخص العام الممارس لنشاط اقتصادي
43	أولا: رفض مجلس المنافسة الفرنسي خضوع الشخص العام لقانون المنافسة
45	ثانيا: الموقف الذي تبناه القضاء الإداري الفرنسي
47	الفرع الثاني: مرحلة الإقرار بتأثير الأعمال الإدارية على تنافسية الأسواق الاقتصادية
47	أولا: سياق تطور المسألة في فرنسا
53	ثانيا: آثار إدراج قواعد المنافسة في مجال الشرعية الإدارية على القوانين الجزائية
56	المبحث الثاني: نطاق تدخل قانون المنافسة في مجال الطلب العمومي
56	المطلب الأول: شروط تطبيق قانون المنافسة على الطلبات العمومية
57	الفرع الأول: الأشخاص والعقود المعنية بتدخل قانون المنافسة
57	أولا: الأشخاص المخاطبة بقواعد قانون المنافسة
58	01- المؤسسات الخاصة الممارسة لنشاط اقتصادي

61	02- الأشخاص العامة حال إخلال أعمالها بالمنافسة
65	ثانيا: العقود الإدارية المعنية بتدخل قانون المنافسة
65	01- التطبيق المحدود لقانون المنافسة على عقود الصفقات العمومية
69	02- إغفال القانون الجزائري مسألة إخضاع تفويضات المرافق العامة لقواعد المنافسة
74	الفرع الثاني: الإطار الزمني والجغرافي لتدخل قانون المنافسة
74	أولا: القيد الزمني كشرط لا مبرر له لتدخل قانون المنافسة
77	ثانيا: تمديد الحدود الجغرافية لتدخل قانون المنافسة كأثر للعودة الاقتصادية
81	المطلب الثاني: عدم إعاقة مهام المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة
81	الفرع الأول: عدم إعاقة تطبيق قانون المنافسة لأداء مهام المرفق العام
82	أولا: خضوع المرافق العامة لقواعد المنافسة كنتيجة لظهور مفهوم الخدمة العامة
87	ثانيا: ضرورة الموازنة بين مهام المرفق العام وقواعد المنافسة
91	الفرع الثاني: عدم إعاقة تطبيق قانون المنافسة لممارسة صلاحيات السلطة العامة
92	أولا: أعمال السلطة العامة غير المعنية بتطبيق قانون المنافسة
98	ثانيا: تطبيق قانون المنافسة على الممارسات المنفصلة عن امتيازات السلطة العامة
103	الفصل الثاني: تحديد الممارسات المنافية للمنافسة في سوق الطلب العمومي
105	المبحث الأول: الممارسات السلوكية المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية
106	المطلب الأول: حظر الاتفاقات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية
107	الفرع الأول: مفهوم الاتفاقات المنافية للمنافسة
107	أولا: تعريف الاتفاق المنافي للمنافسة
109	ثانيا: شروط قيام الاتفاق المنافي للمنافسة
109	01- وجود توافق بين المؤسسات المرشحة للصفقة
112	02- ضرورة إخلال الاتفاق بالمنافسة
114	03- العلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بالمنافسة
115	الفرع الثاني: خصوصية الاتفاقات المحظورة في ميدان الصفقات العمومية وصورها
115	أولا: خصوصية الاتفاقات المحظورة في سوق الصفقات العمومية
120	ثانيا: صور الاتفاقات المحظورة الشائعة في ميدان الصفقات العمومية

121	01- تبادل المعلومات قبل تقديم العروض Les échanges d'informations
123	أ- محتوى المعلومات المتبادلة
125	ب- أهمية زمن تبادل المعلومات
127	02- اتفاقات تقاسم الصفقات العمومية Les répartitions de marchés
128	أ- التقاسم الزمني للصفقات العمومية
130	ب- التقاسم الجغرافي للصفقات العمومية
131	03- تقديم عروض المبدأ Offres de principe
135	المطلب الثاني: التعسف في استعمال القوة الاقتصادية
136	الفرع الأول: حظر التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق
137	أولاً: عموميات حول التعسف في وضعية الهيمنة على السوق
137	01- تحديد وضعية الهيمنة
139	02- تحديد السوق المعنية بالممارسة
144	03- مقاييس إثبات وضعية الهيمنة
147	ثانياً: صور الممارسات التعسفية وواقعها في مجال الصفقات العمومية
147	01- صور الممارسات التعسفية المحظورة
150	02- أشكال الأوضاع المهيمنة في الصفقات العمومية
151	أ- التعسف في وضعية الهيمنة من طرف الأشخاص العامة
151	- ترشح الشخص العام وتعسفه في استغلال امتيازاته النظامية
155	- تسبب الإدارة في خلق حالة تعسف تلقائي لوضعية هيمنة
158	ب- التعسف في وضعية الهيمنة من طرف المؤسسات الخاصة المرشحة
159	- التعسف من خلال إبرام عقود غير متوازنة Les Contrats déséquilibrés
161	- التعسف من خلال إلغاء المنافسة في السوق
164	الفرع الثاني: الإخلال بالمنافسة في الصفقات العمومية من خلال التخفيض التعسفي للأسعار
165	أولاً: حظر قانون المنافسة لممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفاً
166	01- تعريف البيع بأسعار مخفضة تعسفاً
167	02- عناصر التعسف في ممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفاً
167	أ - عرض أو ممارسة أسعار منخفضة موجهة للمستهلك
168	ب - أن تكون المنتوجات المعروضة للبيع تعرضت لتحويل أو تركيب

169	ج - أن تكون الأسعار منخفضة مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل أو التسويق
169	د - أن يترتب عن الممارسة تقييد للمنافسة في السوق
169	ثانيا: مدى إمكانية قيام الممارسة في الصفقات العمومية
170	01- تعريف الأسعار المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية
173	02- تكييف الأسعار المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية
176	03- المعالجة القانونية للعروض المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية
181	المبحث الثاني: الصفقات العمومية في مواجهة التجميعات الاقتصادية غير المشروعة
183	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتجميع الاقتصادي
183	الفرع الأول: تحديد التجميع الاقتصادي
184	أولا: تمييز التجميع الاقتصادي عن تجمع المؤسسات في الصفقات العمومية
186	ثانيا: خصائص التجميعات مقارنة بالتجمع المؤقت للمؤسسات
186	01- بخصوص العلاقة القانونية بين الأطراف
188	02- مدى ديمومة التجمع
189	03- خاصية الاستقلالية
190	04- دور التجمع في تعزيز قوة المؤسسات في السوق
190	الفرع الثاني: أشكال التجميعات الاقتصادية وفقا لقانون المنافسة
190	أولا: الاندماج
192	ثانيا: ممارسة المراقبة أو ملكية الرقابة
193	ثالثا: المؤسسة المشتركة
195	المطلب الثاني: آثار اعتماد التجمع كآلية للترشح في الصفقات العمومية
196	الفرع الأول: الإطار القانوني للتجمعات في الصفقات العمومية
196	أولا: أشكال التجمعات في الصفقات العمومية
196	01- التجمع بالتضامن
198	02- التجمع بالشراكة
200	ثانيا: القواعد الناظمة للتجمعات في الصفقات العمومية
201	01- التنصيص على شكل التجمع في دفتر الشروط
202	02- الأصل عدم تغيير شكل التجمع بعد تقديم العرض

204	03- مسؤولية الوكيل عن التجمع
206	الفرع الثاني: إمكانية مساس التجمع بالمنافسة في الصفقات العمومية
206	أولا: خلق التجمع لممارسة منافية للمنافسة
210	ثانيا: الرقابة على التجمعات المهددة بالمنافسة في الصفقات العمومية
210	01- دور مجلس المنافسة
215	02- دور سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام
222	الباب الثاني: آليات الرقابة على الممارسات المخلة بتنافسية الصفقات العمومية
225	الفصل الأول: دور القضاء في التصدي للممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية
227	المبحث الأول: اختصاص القاضي الإداري في مجال ضبط تنافسية الطلب العمومي
228	المطلب الأول: معايير اختصاص القاضي الإداري في مجال المنافسة
229	الفرع الأول: معايير إسناد الاختصاص للقاضي الإداري في مجال المنافسة بفرنسا
229	أولا: الأعمال المتصلة بقرارات السلطة العامة كمعيار أساسي لإسناد الاختصاص
236	ثانيا: نحو تطور معايير الاختصاص
239	الفرع الثاني: الموقف من مسألة الاختصاص في الجزائر
239	أولا: تبني التشريع الجزائري المحتشم للمعيار المادي في إسناد الاختصاص
241	ثانيا: تمسك مجلس المنافسة الجزائري باختصاصه الموضوعي في مجال المنافسة مقابل صمت للقضاء الإداري
245	المطلب الثاني: التطور الحتمي لصلاحيات القاضي الإداري في مجال المنافسة
245	الفرع الأول: إستقلالية مجال تدخل القاضي الإداري
246	أولا: مرونة تحديد المصادر كسبب لاستقلالية القاضي الإداري
249	ثانيا: صعوبات في مواجهة القاضي الإداري عند نظره منازعات المنافسة
250	الفرع الثاني: تصنيف دعاوى المنافسة في الصفقات العمومية أمام القضاء الإداري
251	أولا: دعاوى المشروعية أساس لتدخل القاضي الإداري
252	01- إلغاء القرارات الإدارية المخلة بالمنافسة

257	02- الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية دعم إضافي لحماية المنافسة
261	ثانيا: دعاوى المسؤولية عن الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية
261	01- دعوى التعويض لصالح الإدارة المتضررة
265	02- تعويض المرشح بسبب تجاهل الإدارة لقواعد المنافسة
268	الفرع الثالث: اختصاص القضاء الإداري بنظر الطعون ضد قرارات رفض التجميع
268	أولا: الاختصاص الحصري لمجلس الدولة بنظر الطعن ضد قرار رفض التجميع
271	ثانيا: مبررات منح الاختصاص لمجلس الدولة
275	المبحث الثاني: رقابة القضاء العادي على الممارسات المنافسة للمنافسة
276	المطلب الأول: ردع الممارسات المنافسة للمنافسة من طرف القاضي الجزائي
277	الفرع الأول: انحسار دور القاضي الجزائي في ردع ممارسات المرشحين المنافسة للمنافسة
277	أولا: الإلغاء الجزئي للتجريم في القانون الفرنسي
282	ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مسألة إلغاء تجريم ممارسات المؤسسات المخلة بالمنافسة
284	الفرع الثاني: ردع ممارسات المقررين العموميين المخلة بالمنافسة
285	أولا: قواعد المنافسة في الصفقات العمومية كمصلحة محمية بنصوص التجريم
289	ثانيا: المحاباة كممارسة منافية للمنافسة ذات طابع جزائي
293	المطلب الثاني: اختصاص القاضي المدني في مجال المنافسة: بين دوره التقليدي والتأسيس لدوره كضابط اقتصادي من المستوى الثاني
294	الفرع الأول: سلطات القاضي المدني العقابية في مواجهة الممارسات المنافسة للمنافسة
294	أولا: اختصاص القضاء المدني بنظر دعاوى البطلان
297	ثانيا: دعاوى التعويض أمام القضاء المدني
202	الفرع الثاني: مساهمة القاضي المدني في وظيفة الضبط الاقتصادي عن طريق الرقابة على قرارات مجلس المنافسة
303	أولا: سلطة القضاء المدني بنظر الطعون ضد قرارات المجلس
305	ثانيا: صلاحيات القاضي المدني عند نظر الطعن
309	الفصل الثاني: المتابعة المؤسسية للممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية (مجلس المنافسة)

310	المبحث الأول: صلاحيات مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية: بين محدودية الدور القراري وغموض الدور الاستشاري
311	المطلب الأول: سلطات المجلس النظرية في ميدان ردع الممارسات المنافية للمنافسة
312	الفرع الأول: صلاحيات المجلس القرارية في ميدان الصفقات العمومية
312	أولا: مجال الاختصاص القراري للمجلس
315	ثانيا: حدود الوظيفة القرارية للمجلس في مجال الصفقات العمومية
317	الفرع الثاني: غموض الوظيفة الاستشارية لمجلس المنافسة
317	أولا: دور استشاري محدود رغم أهميته
320	ثانيا: القيمة القانونية لآراء المجلس
322	المطلب الثاني: تقييم نشاط مجلس المنافسة في الجانب العملي
322	الفرع الأول: تأثير التحولات السياسية والاقتصادية في الجزائر على نشاطات المجلس
323	أولا: عدم شفافية الأنشطة الاقتصادية كعامل مؤثر على أداء المجلس
325	ثانيا: غياب ثقافة المنافسة
328	الفرع الثاني: المعوقات التنظيمية لنشاط المجلس
328	أولا: مظاهر تقييد استقلالية مجلس المنافسة
330	ثانيا: الصعوبات المرتبطة بظروف ممارسة المجلس لمهامه
332	المبحث الثاني: وسائل رقابة المجلس على الصفقات العمومية
333	المطلب الأول: خصوصية إجراءات المتابعة الإدارية أمام المجلس
334	الفرع الأول: محدودية الدور الموكل للأشخاص المعنيين بالإخطار
336	الفرع الثاني: التدخل التلقائي للمجلس يوسع مجال رقابته على الصفقات العمومية
338	الفرع الثالث: ضمانات أطراف القضية
338	أولا: الضمانات المشتركة بين الأطراف
342	ثانيا: الضمانات الخاصة بالمؤسسة المخالفة لقواعد المنافسة
343	المطلب الثاني: خصوصية إثبات الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية
344	الفرع الأول: المؤشرات القانونية القاطعة Indices flagrants
346	الفرع الثاني: اللجوء لوسيلة تظافر المؤشرات Méthode du faisceau d'indices
352	المطلب الثالث: سير الإجراءات أمام مجلس المنافسة
352	الفرع الأول: أعمال التحقيق

353	أولاً: الفئات المخول لها قانوناً القيام بالتحقيقات
358	ثانياً: ضرورة احترام شكليات التحقيق
360	الفرع الثاني: سير جلسات المجلس
361	أولاً: القواعد المنظمة لسير جلسات المجلس
363	ثانياً: القرارات المنبثقة عن جلسات المجلس
365	الفرع الثالث: ردع الممارسات من طرف المجلس
365	أولاً: تشديد عقوبة الممارسات المرتكبة في إطار الصفقات العمومية
369	ثانياً: دور الإجراءات البديلة للعقاب في إضعاف وتيرة الممارسات
376	خاتمة
393	قائمة المراجع
433	الفهرس