

الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية

Competence in competition issues related to public transactions

ديب محمد : طالب دكتوراه
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

تاريخ قبول المقال: 22/09/2019

تاريخ إرسال المقال: 2018 / 12/22

الملخص

غالباً ما يرجع تحديد الإختصاص القضائي في ظلّ ازدواجية النظام القضائي إلى نصوص قانونية واضحة الدلالة تحيل إلى الجهة المختصة بحكم واقعة قانونية ما، من ثمّ فإنّ مسألة تحديد الإختصاص القضائي من أهم القضايا التي تسهم في تحقيق كفاءة القضاء في تطبيق المادة القانونية، على النحو الذي يؤدي إلى تيسير إجراءات التقاضي، تقصير الأجل وعلم الكافة بمآل الوقائع القانونية.

على أنّ تحديد الإختصاص القضائي فيما يرتبط بالقضايا التي تتضمن مخالفات لأحكام قانون المنافسة والتي يكون مصدرها شخص عام أو تكون نتيجة صفقة عمومية يثير إشكالاً قانونياً مرتبطاً بالنص القانوني الذي يخضع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة، بما يستوجب الوقوف على الممارسة القضائية في تحديد الإختصاص اتجاه هذه المسألة.

الكلمات المفتاحية: الإختصاص، المنافسة، صفقة عمومية، نشاط اقتصادي، مجلس المنافسة، القضاء الإداري.

Abstract

The determination of jurisdiction under the dual judicial system is often due to clear legal provisions referring to the competent authority by virtue of a legal fact. The question of

determining jurisdiction is one of the most important issues that contribute to the efficiency of the judiciary in the application of the legal article, to facilitate litigation procedures to shorten deadlines and erga omnes by the outcome of legal proceedings. However, the determination of jurisdiction in relation to cases involving violations of competition law provisions originating from a public person or the result of a public transaction raises legal problems related to the legal text under which public transactions are subject to the provisions of the competition law.

Key words: competence, competition, public transaction, economic activity, competition council, administrative judiciary.

مقدمة

من الوجه الذي يُقارب فيه قانون المنافسة تحقيق توازن السوق، ينبثق عنه الوجه الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة الاقتصاد، بحيث يحدّ من الحرية الفردية لأجل تحقيق تلك المصلحة، ومن ثمّ يقع قانون المنافسة موقع المقيّد للحرية التعاقدية باسم مصلحة المجتمع لأنّ الأمر يتعلّق بتعارض حسن سير السوق، والذي يمثّل مصلحة الجماعة، مع المصلحة الفردية للمتعاقدين والمضمونة بمقتضى القواعد العامة.

فهل يصدق هذا القياس في قبيل الصفقات العمومية، على النحو الذي تؤول فيه المنازعات المشتعلة على إخلال بمبادئ قواعد المنافسة لسلطة مجلس المنافسة؟ أم أنّ الصفقات العمومية على اعتبار أنّها عقود إدارية، زيادة على كونها أداة من أدوات السلطة العامة في مباشرة أعمالها، تخرج في كليتها عن رقابة مجلس المنافسة إلى رقابة القضاء الإداري الذي يكون له دور في تطبيق قانون المنافسة؟ فباختبار صحة هذا الفرض هل يستوي تطبيق أحكام قانون المنافسة بين مجلس المنافسة، وبين القضاء الإداري؟

بنظر آليات ومعايير توزيع الاختصاص بين جهة القضاء الإداري، وجهة القضاء العادي في حدود القضايا المتصلة بالمنافسة، ليس تمّ فصل بات في تحديد وتوزيع الاختصاص، وإنّ كان معيار تحديد الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي، معيار مستقر وثابت. هل أنّ إثبات استقلالية مجال تدخل القاضي الإداري فيما يتعلّق بمطلق المنازعات الإدارية، يدفع بالمقابل لإثبات استقلالية مجال اختصاص مجلس المنافسة عن مجال اختصاص القاضي الإداري في النزاعات المرتبطة بالمنافسة؟

نستقصي هذه الإشكالات ضمن مبحثين:

المبحث الأوّل: تطبيقات القاضي الإداري ومجلس المنافسة لقانون المنافسة على الشّخص العام.

المبحث الثاني: استقلالية مجال تدخل القضاء الإداري في قضايا المنافسة.

المبحث الأوّل: تطبيقات القاضي الإداري ومجلس المنافسة لقانون المنافسة على الشّخص العام

تبعاً للنصوص القانونية المرجعية لهذه الدراسة بالتحديد نص المادة 2 من الأمر 03/03¹ وبموجب نص المادة 2 من القانون رقم 05/10، واستناداً لمجال تطبيق الأمر 03/03 الذي يشمل مجالات الإنتاج، التوزيع، والخدمات، وعلى اعتبار أنّ هذا المبحث يتعلّق بمبحث تطبيق قانون المنافسة من جانب مجلس المنافسة، وكذا القاضي الإداري على الشّخص العام، فإنّه نبحت عبر مطلبين ما يلي:

المطلب الأوّل: تطبيق مجلس المنافسة لقانون المنافسة على الشّخص العام

على التفصيل الذي ورد بنص المادة 2 من الأمر 03/03، فإنّ مباشرة أشخاص معنوية عمومية لنشاطات الإنتاج، التوزيع، والخدمات، يجعل من أحكام قانون المنافسة تطبيق عليها. ونميز في ذلك بين المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية الإدارية. كذلك الشّأن بالنسبة للصّفات العمومية التي ورد إثبات خضوعها لأحكام قانون المنافسة، بصريح النّص، بغض النّظر عن إمكان إلحاقها بأحد مجالات تطبيق قانون المنافسة. وعليه نبحت:

الفرع الأوّل- ارتباط القطاع العمومي الاقتصادي بقواعد القانون العام ومبدأ المنافسة الحرة

بيان هذا الارتباط يتأتى بمبحث تاريخي لمراحل تطور السياسة الاقتصادية الوطنية في ظلّ القوانين المتعلّقة بالتّسيير الإشتراكي والنّظام التّوجيهي للمؤسسات وكذا إعادة هيكلة المؤسسات الوطنية، وصولاً لنظام السوق الحر. على أنّه ودونما عرض سردي لهذه المراحل. فإنّه إجمالاً ضمن سياق حماية المنافسة من الإخلال بها في الصّفات العمومية. نشير أولاً إلى أنّ المؤسسات العمومية الإدارية أشخاصاً معنوية تخضع للقانون العام لا تقوم مباشرة وبصفة أصلية بعمليات تجارية لكن يمكن للأعمال الإدارية التي تأتينا أن تشكّل عرقلة لحرية المنافسة بين مختلف الأعوان الاقتصاديين. من ذلك إبرام عقد تمنح بموجبه لشركة احتكارية تقديم خدمة معينة.

أمّا بالنسبة للمؤسسات العمومية التجارية والصّناعية والمؤسسات العمومية الاقتصادية فهي تتدخل في السوق وتقوم بعمليات تجارية شأنها شأن الخواص، فيمكن للممارسات التي تأتينا هذه المؤسسات الإخلال بقواعد المنافسة داخل السوق.²

أمّا من حيث ارتباط المؤسسات العمومية الاقتصادية بالقانون العام فرغم اعتبار المؤسسات العمومية الاقتصادية شركات تجارية. فهي تخضع كمبدأ لأحكام القانون الخاص، إلّا أنّ قواعد القانون العام لا يمكن استبعادها، نظرا لعلاقتها بالشخص العام فتخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية للرقابة التي تمارسها مختلف الهيئات الإدارية في الدولة والمكلفة بحماية المال العام من ذلك : رقابة المفتشية العامة للمالية، رقابة السلطة الوصية، ورقابة مجلس المحاسبة، هذا علاوة على الرقابة الداخلية لأجهزتها وكذا رقابة محافظ الحسابات.³

بالرجوع إلى المادة الثانية من الأمر رقم 04/01،⁴ المتضمن تنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها تعتبر المؤسسات العمومية الاقتصادية: " شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام." ويقصد بالقانون العام في هذا النص " الشريعة العامة " ومفادها القانون الخاص المتمثل على الخصوص في القانون التجاري. فهل إذا كانت المؤسسات العمومية الاقتصادية مكلفة بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية فإنّ هذا النوع من الصفقات لا يخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية وبالتالي لا يخضع لاختصاص القضاء الإداري.⁵

إنّ ما يتعلّق بالعمليات التجارية التي تقوم بها المؤسسات العمومية الاقتصادية رغم عدم خضوعها لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 247/15،⁵ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنّه يتعيّن عليها رغم ذلك إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية. وهذا طبقاً لنص للمادة 9 من المرسوم الرئاسي المشار إليه آنفاً

فاذا طبقنا المعيار الموضوعي القائم أساساً في هذه الحالة على حماية المال العام فإنّ الصّفقة وجب إخضاعها لأحكام إبرام الصفقات العمومية وبالتالي وجب أن تعود لاختصاص القاضي الإداري كاستثناء عن نص المادة التاسعة المذكورة آنفاً، أمّا إن طبق القاضي على المنازعة النص الحريفي للمادة 9 فإنّ الاختصاص يعود لاختصاص القاضي العادي ولا يخضع العقد حينئذ لأحكام إبرام الصفقات العمومية، والرأي أنّ حماية المال العام أولى خاصة أمام كثرة القضايا المتعلقة بهذا النوع من المنازعات.⁶

سيما أنّ المادة 11 من المرسوم الرئاسي 247/15 تضيف بأن: "كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ولأحكام هذا المرسوم، مهما كان وضعها القانوني تستعمل أموال عمومية بأي شكل كان، ملزمة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة".

ويأتي هذا الحرص على تشديد الرقابة على المؤسسات العمومية الإقتصادية⁷ وإلزامها بمبادئ الصفقات العمومية إثر التفشي الخطير للجرائم التي تطال المال العام، فلزم توفير الحماية القانونية التي تضمن الحفاظ على الأموال العمومية والوقوف في وجه التجاوزات التي أثرت بشكل سلبي على التنمية الإقتصادية.

الفرع الثاني- تطبيق مجلس المنافسة لقانون المنافسة إستناداً على معيار النشاط

إنّ مباشرة شخص معنوي عمومي لأحد النشاطات المعنية بتطبيق قانون المنافسة، يجعله بالضرورة خاضعاً لأحكام قانون المنافسة، ومن ثمّ فإنّ إتيان أيّ ممارسة مخالفة لأحكام هذا القانون، يجعل مجلس المنافسة حال اضطراره بها مخولاً باتخاذ الإجراءات القانونية بشأنها وفق ما هو مقرر قانوناً، وضمن الصلاحيات الممنوحة له. على هذا الأساس فإنّ مجلس المنافسة وضمن عدد من القضايا، طبق قانون المنافسة على مؤسسات عمومية تثبت أنّها تمارس نشاطاً اقتصادي، على اعتبار خضوع الشخص العمومي لقانون المنافسة، وكذا استناداً إلى المعيار المادي الذي يكتفي بممارسة الشخص العمومي لنشاط اقتصادي يتعلّق بالإنتاج، التوزيع أو الخدمات بما يوجب ولاية مجلس المنافسة.

ففي قرار صادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 1998/12/13⁸ المتعلّق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، تعلّق النزاع بقيام الشركة المذكورة ببيع زبائن دفعة واحدة كميات من التبغ تصل إلى ألف (1000) علبة للزبون الواحد، بينما لا يستفيد البعض الآخر إلاّ على مئة (100) علبة لكل زبون، هذا في حال عدم رفض حصصهم، علاوة على ذلك فإنّ التبغ لا يباع بالكميات المطلوبة ودون منتجات أخرى كأوراق التبغ والكبريت، بالإضافة إلى ذلك عرف السوق خلال الفترة الممتدة إلى غاية 1998/04/26 تذبذباً هاماً، في حين أنّ المخزون كان كافياً لتلبية كلّ الطلبات.

تمّ إخطار مجلس المنافسة عبر مراسلة من طرف وزير التجارة، تتعلّق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، وعلى اعتبار ثبوت لمجلس المنافسة، قيام الشركة المذكورة باحتباس المخزون، البيع التمييزي، البيع المشروط، قرر المجلس بأن تكفّ

الشركة المذكورة عن الممارسات المشار إليها بمفهوم نص المادة 7 من الأمر 06/95، المتعلّق بالمنافسة (ملغى)، كما قام بإقرار غرامة قدرها سبع مئة وثمانية وستون ألف دينار (786.000 دج).

وضمن قرار آخر صادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2015/06/09⁹، يتعلّق بالإخطار الذي باشره ممثل الموزعين الخواص للمزلاقات ضدّ كلّ من شركة سونطراك وسلطة ضبط المحروقات، يتعلّق بإقدام شركة سونطراك على عرقلة حرية المنافسة والحدّ منها، في سوق توزيع المزلاقات باتخاذها قرار إعادة شركة نفطال موزعا حصريا للمزلاقات وتطبيقها لأسعار تفضيلية لصالح هذه الأخيرة (شركة نفطال).

قرر المجلس قبول الإخطار مع تطبيق المادة 60 من الأمر 03/03، على شركة سوناطراك وعدم الحكم عليها بأيّ غرامة مالية مع ضرورة تعهدها بعدم ارتكاب المخالفات المتعلّقة بتطبيق أحكام قانون المنافسة، مع إلزام الشركة كتابيا بأن تبادر في مدة لا تتجاوز شهرين تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار بتحويل ملفات الموزعين الخواص من شركة نفطال إلى شركة سوناطراك، وذلك لتموينهم بصفة عادية، مع الالتزام بمعاملة جميع الموزعين المعتمدين سواء كانوا عموميين أو خواص بنفس المستوى من حيث الأسعار ونوعية وكمية المنتج.

وفي قرار آخر لمجلس المنافسة،¹⁰ صرّح فيه هذا الأخير بعدم قبول الإخطار الذي كان من طرف شركة صناعات المستلزمات الطبية ضدّ الصيدلية المركزية للمستشفيات، لتنازل صاحب الإخطار عن الدعوى المتعلّقة بممارسة الصيدلية المركزية للمستشفيات لممارسات مقيّدة للمنافسة.

حيث أنّه وضمن واقعة مشابهة لهذه القضية بتونس، تضمنت قيام الصيدلية المركزية بتونس (منشأة عمومية)، المتواجدة في وضعية هيمنة على سوق توريد الدواء، بتوريد وتوزيع دواء بيطري دون أن يكون حاصلًا على رخصة ترويج ولا تأشيرة توريد، وهو ما أدى إلى الإخلال بالتوازن العام للسوق والإضرار بالمصنع المحلي الوحيد المحلي الوحيد لمثل الدواء.

إذ أكّد مجلس المنافسة التونسي خضوع أشخاص القانون العام لقانون المنافسة

وإلى ولايته، كلما تولوا ممارسة نشاط اقتصادي يندرج في قطاع تنافسي يتعلّق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، لكنّه تجاوز ذلك المبدأ من خلال تمييزه بين وظيفتين من وظائف الشّخص العمومي، إذ اعتبر أنّ قطاع الأدوية يقوم على الفصل بين سلطة اتخاذ القرارات المتعلّقة بمنح التأشيرة أو برخصة الترويج، وهي قرارات إدارية تتخذها

مصالح وزارة الصحة والهيكل التابعة لها، ولا يجوز لمجلس المنافسة النّظر فيها، أمّا فيما يتعلّق بعملية البيع والشراء والتّوزيع التي تقوم بها الصيدلية المركزية التونسية فهي تدخل في إطار تطبيق أحكام قانون المنافسة ورقابة مجلس المنافسة التونسي¹¹.

وحيث أنّه ثبت لمجلس المنافسة التونسي، أنّ الصيدلية المركزية التونسية تولّت توريد وتوزيع دواء بيطري لم يكن متحصلاً على رخصة الترويج ولا على تأشيرة التّوريد، بمعنى أنّها تصرفت وفقاً لإرادتها المنفردة، شأنها شأن أي مؤسسة اقتصادية متعاملة في السوق وخارج إطار المرفق العمومي وليس نزولاً عند أحكام تشريعية أو قرارات إدارية أمرة، بدليل أنّ السّلطة العمومية تدخلت لاحقاً وأمرت بسحب الدواء الذي استوردته الصيدلية المركزية التونسية دون وجه حق، على هذا الأساس قرر مجلس المنافسة التونسي غرامة مالية على الصيدلية المركزية التونسية¹².

الفرع الثالث- تطبيق مجلس المنافسة لقانون المنافسة على الصّفقات العمومية

أمّا في مجال الصّفقات العمومية، فقد اضطلع مجلس المنافسة بالنّظر في عدد من القضايا المرتبطة بها، على أنّه تراوح الفصل فيها بين عدم قبول الإخطار نظراً لعدم التمسك المشتكي بالطلب، وبين الإقرار بعدم اختصاص المجلس في نظرها، فبالنسبة للحالة الأولى نذكر القرار رقم 2015/03، الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2014/06/18¹³ والمتعلّق بالإخطار الذي تقدّمت به شركة " Green Révolution Industries"، ضدّ والي ولاية البيض بخصوص عدم مراعاة أحكام الصّفقات العمومية، والذي قرّر بشأنه المجلس عدم قبوله نظراً لعدم تلقي رد من الشركة المذكورة بخصوص طلب تأكيد التمسك بالشكوى.

أمّا بالنسبة للحالة الثانية المتعلقة بعدم قبول الإخطار لعدم الاختصاص، نذكر القرار رقم 2015/16 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2014/11/13¹⁴، المتعلّق بالإخطار الذي تقدمت به الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ميد)، ضدّ المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه إلى مجلس المنافسة، والمتعلّق بالصّفقات العمومية، فيما يخصّ إسنادها، ومن تمّ فإنّها لا تتعلّق بالممارسات والأعمال التي تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6، 7، 10، 11، و12 من الأمر 03/03، وإنّما تدخل ضمن النصوص القانونية سارية المفعول المتعلقة بالصّفقات العمومية.

هذا وإن كان أغلب القرارات الصّادرة عن مجلس المنافسة فيما يتعلّق بالصّفقات العمومية، يقرر فيها المجلس عدم اختصاصه دون أيّ تعريض آخر، فإنّه

بالمقابل في قرار صادر عن مجلس المنافسة التونسي، يخصّ الشكوى التي تقدمت بها الغرفة الوطنية للمستشارين الجبائيين التونسيين، قيام "الشركة العمومية للاسمنت بنزرت"، بإجراء استشارة قصد اختيار مستشار جبائي، تضمنت شروطا تميزية ضيقّت من حيز المنافسة في سوق الاستشارة الجبائية.

اعتبر مجلس المنافسة التونسي ضمن هذا الخصوص أنّ المشتري العمومي عندما يحدد حاجياته بهدف إبرام صفقة عمومية، فإنّه لا يتعاطى نشاطا اقتصاديا يتعلّق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، بل يقوم بأعمال قانونية تندرج ضمن اختصاصات التسيير التي تنظمها نصوص تشريعية وتنظيمية.¹⁵ ما يعني أنّ القرارات الصّادرة عن مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية تُعنى بزجر الممارسات والتّصرفات المخالفة للمنافسة الصّادرة عن مقدمي العروض، دون الممارسات الصّادرة عن المشتري العمومي، إذ أنّ مجلس المنافسة لا يضطلع برقابة شرعية القرارات الإدارية، ضمّ إلى ذلك أنّ مادة الصفقات العمومية تدخل في صميم اختصاص القاضي الإداري، كما تخضع لنظام خاص في إطار قانون الصفقات العمومية، الذي يفرض على المصالح المتعاقدة تفعيل مبدأ المنافسة عند طلب العروض.

المطلب الثاني: تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة

إن كان من باب أولى معالجة هذا الموضوع، انطلاقا من أسس المرجعية القانونية لهذه الدراسة استنادا للتّشريع الجزائري، فإنّه ومن باب السبق الزمني لتطبيقات القاضي الإداري الفرنسي لقانون المنافسة، ونظرا لأنّ بحث هذه النقطة من زاوية القانون والتّجربة الفرنسية تتحقّق عبره تجليات هذه المسألة في القانون الجزائري.

فإنّه نقدّم دراسة القانون الفرنسي أولاً، لبحث تطبيق المنافسة على الأنشطة الإدارية، على اعتبار قواعد المنافسة الحرة مصدر من مصادر المشروعية الإدارية، ثم نعرّج إلى إمكان تطابق النتائج المتوصّل إليها بنظر القانون الجزائري.

الفرع الأوّل - في إطار القانون الفرنسي

يعتبر القرار الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية في قضية "Ville de Pamiers"

إطار مرجعي لتأسيس رفض تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري، على

أنّ هذا الرفض تواصل ضمن قضية أخرى تعلّقت وقائعها بمداولة صادرة عن المجلس البلدي لمدينة "Saint-Denis de la- Réunion" تجيز لرئيس البلدية إبرام عقد إيجار زراعي مع إحدى الشركات، لمدة عشرين سنة (20)، تتكفل خلالها هذه الشركة

بتسيير المرفق العام للماء الصالح للشرب، على إثر ذلك قام أحد أعضاء المجلس البلدي المذكور بالطعن في قرار رئيس البلدية مؤسسا دعواه على عدم احترام ذلك القرار لقواعد المنافسة الواردة ضمن مرسوم 1986/12/01، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن قانون المنافسة لا ينطبق على الأشخاص العموميين، إلا حين ممارستهم لنشاط اقتصادي يتعلّق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، وأن القرار الواقع بموجبه إسناد تسيير المرفق العمومي المتمثل في توزيع الماء الصالح للشرب، لا يندرج في إطار النشاطات المذكورة، كما أنه ليس من شأنه عرقلة المنافسة أو الحد منها أو إلغائها.¹⁶ ومن ثم فإن هذا القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي ينطبق والقرار الصادر في قضية "Ville de Pamiers" في اعتبار أن القرار الإداري لا يعدّ عملا من أعمال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات.¹⁷

على هذا الأساس، فإن مجلس الدولة الفرنسي وفي كل القضايا المتعلقة بقرار إداري مرتبط بالمنافسة عكف على عدم مراقبة مشروعية القرار الإداري إزاء قانون المنافسة، وإنما بالنظر إلى القواعد المؤسسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية و عقود تفويض المرافق العامة، أو في حالات أخرى استنادا على مبدأ حرية الصناعة والتجارة. على أنه وانطلاقا من مبدأ علوية القانون الأوروبي على القانون الداخلي، وبإجماع فقه قضاء محكمة العدل للمجموعة الأوروبية على أن قاضي الدعوى هو قاض الدّفع، وتمسك القاضي العادي وتوسعه في مفهومه للممارسات المنفصلة عن القرارات الإدارية لسحب رقابته على هذه الأخيرة، دفع القاضي الإداري الفرنسي إلى تطبيق قانون المنافسة الأوروبي على الأعمال الإدارية قبل أن ينتهي إلى إقرار قانون المنافسة الداخلي كمصدر من مصادر المشروعية الإدارية، ويمكن تزيين هذا التحول بصور قرار "Fédération française des sociétés d'assurance" الذي قبل فيه مجلس الدولة الفرنسي مراقبة ملائمة القرار المنشئ لوضعية هيمنة عن طريق منح مؤسسة اقتصادية حقوق حصرية استنادا لأحكام الفصل 86 من الاتفاقية الأوروبية.¹⁸

حيث كان القرار المشار إليه تمهيدا لبدء تطبيق القاضي الإداري في فرنسا لأحكام قانون المنافسة، باعتباره قاعدة قانونية يتوجب على الإدارة احترامها ما دام لها نفس محتوى القاعدة الأوروبية، وهو ما حصل فعلاً في قرار "STE Million et Marais" الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 1997/11/03 حيث تعلّقت القضية بعقد أبرمته بلدية "Fleury des Aubrais" مع شركة تقدّم خدمات جنازية، وتعلّق الموضوع المثار بما إذا كان هذا العقد يجعل الشركة المتعاقدة في وضعية هيمنة

تستغلها هذه الأخيرة بإفراط وبصورة آلية مخالفة بذلك أحكام الفصل 8 من مرسوم 1986/12/01 (قانون المنافسة الفرنسي)، حيث وإن لم يصدر قرار بمؤاخذة الطرف المدعى عليه، فإنّ مجلس الدولة الفرنسي عرض إلى تحليل واضح ومكمل للعقد الإداري موضوع النزاع، حيث خلص إلى عدم مخالفة العقد لأحكام قانون المنافسة.¹⁹

ومن تم فإنّ القاضي الإداري الفرنسي طبّق بصورة مباشرة قانون المنافسة على الأعمال الإدارية بطريق مراقبة الشرعية، حيث لم يحصر تطبيق قانون المنافسة في النشاطات المتعلقة بالإنتاج والتوزيع والخدمات، وقد تتالت القرارات الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي تأسس شرعية القرار الإداري بالنظر مدى احترامه لأحكام قانون المنافسة²⁰، كما ينعكس هذا الاعتقاد عبر الرأى الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 2000/11/22، عقب استشارته حول صحة قرار رئيس بلدية يقضي بمنع تعليق لافتات إعلانية جديدة وسط المدينة، والذي إعتبر فيه أنّ سلطة الضبط يجب أن تأخذ بعين الاعتبار قواعد المنافسة عند ممارستها لتلك السلطة.²¹

الفرع الثاني- بالنسبة للقاضي الإداري الوطني (الجزائر)

وتطبيقه لأحكام قانون المنافسة، فإنّه بالنظر إلى نص المادة 19 من الأمر 03/03، نجد أنّ القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة بشأن رفض التجميع يختصّ بنظر الطعن فيها مجلس الدولة، على اعتبار أنّ مجلس المنافسة سلطة إدارية تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، وإذا اعتبرنا أنّ مجلس الدولة ينظر في قرار مجلس المنافسة العائد لاختصاصه بصفته قاضي ابتدائي ونهائي، فإنّ الطاعن لا يمكن أن يؤسس طعنه على أساس عدم مشروعية القرار الصادر برفض التجميع، ذلك أنّ طبيعة الاختصاصات العائدة لمجلس الدولة بصفته قاضي ابتدائي ونهائي تتعلق بالطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية هذه القرارات، وبما أنّه لا مجال لتفسير القرار ضمن هذا الشأن، على اعتبار أنّ الأمر يتعلّق بعدم منح ترخيص من سلطة مختصة بذلك، فإنّ الأمر يستلزم أن يتعلّق بتقدير مدى شرعية القرار وبالتبعية، فإنّ الطلب المتضمّن الطعن يهدف حتما إلى إلغاء هذا القرار من قبل مجلس الدولة في حال توصل فعلا إلى عدم مشروعيته.²²

وعلى اعتبار أنّ المادة 17 من الأمر 03/03، تنصّ على أنّ كلّ تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، سيما تعزيز وضعيه هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يُقدّمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبتّ فيه في أجل ثلاثة (3) أشهر.

كما أنّ المادة 18 من الأمر المشار إليه حدّدت تطبيق المادة 17 بالنسبة للتّجميعات التي تحقق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة، كما أنّه ووفقا لنص المادة 19 من الأمر 03/03، فإنّ لمجلس المنافسة أن يرخص بالتّجميع أو يرفضه بمقرر معلّل، هذا بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتّجارة، والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتّجميع، فإنّ القاضي الإداري في حال نظره للطعون المتعلّقة برفض التّجميع بناء على نصّ الفقرة الأخيرة من المادة 19 من الأمر 03/03، فإنّه يُقيّم مشروعية القرار الصّادر عن مجلس المنافسة بناء على القواعد القانونية التي تضبط مشروعية هذا القرار، وفق ما هو محدّد بنصّ الفصل الثالث من الأمر 03/03، المتعلّق بالتّجميعات الاقتصادية، وكذا استناداً على التعليقات التي قدّمها مجلس المنافسة بالطعون المتعلّقة برفض التّجميع، وبهذا يمكن تأسيس تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة.

كما أنّ خضوع الصّفقات العمومية، لأحكام قانون المنافسة بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصّفقة، تبعاً لنصّ المادة 2 من الأمر 03/03، يتيح وجهاً للمقابلة بنصّ المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، التي تضمّنت المبادئ الواجب مراعاتها في الصّفقات العمومية، والتي في مجملها تهدف إلى إقرار حرّية المنافسة في مجال الطلب العمومي، ومن ثمّ فإنّ المرسوم الرئاسي 247/15، يمكن اعتباره قانون منافسة خاص بالطلب العمومي يقوم في حدود معينة على أسس قانون المنافسة، من حيث إلزامه بتفعيل المنافسة، وتمكينه للآليات القانونية والإجرائية لوجودها، مع الحرص على محاربة الممارسات التي يمكن أن تعيق المسار السليم للمنافسة، ومن ثمّ فإنّ تطبيق القاضي الإداري لنصّ المادة 946 من القانون 09/08²³ فيما يتعلّق بحالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصّفقات العمومية، على أساس الإخلال بالتزامات المرسوم الرئاسي 247/15، ضمن هذه المسألة هو تطبيق غير مباشر للقواعد العامّة في قانون المنافسة.

على هذا الأساس، وكرؤية نظرية فإنّه لا مانع قانوني ينأى بالقاضي الإداري عن تطبيق قانون المنافسة كمصدر من مصادر المشروعية الإدارية، إذ أنّ مجلس المنافسة لا يملك اختصاصاً حصرياً في مجال تطبيق قانون المنافسة، كما أنّه لم يتغيّر شيء في قواعد الاختصاص التي ينص عليها نظام الازدواجية القضائية، كما أنّه يمكن للجهات القضائية أن تطلب رأي مجلس المنافسة فيما يخصّ معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيّدة للمنافسة، وهذا تبعاً لنصّ المادة 38 من الأمر 03/03،

حيث وردت كلمة الجهات القضائية دون تحديد بما يفيد جهات القضاء العادي، وكذا جهات القضاء الإداري.²⁴

المبحث الثاني: استقلالية مجال تدخل القضاء الإداري في قضايا المنافسة

إنّ استقلالية وازدواجية الهيكل القانوني للنظام القضائي، يتيح كما يفرض ممارسة كل جهة قضائية لاختصاصاتها وفق ما يشير إليه القانون.

إنّ تأصيل تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة ينبعث من بحث المصادر القانونية الخاصة والتي من خلالها يضمن القاضي الإداري تحقيق فاعلية المنافسة وأهداف قانون المنافسة بشكل غير تقليدي، سيما وأنّ المنافسة في إطار عقود الشراء العمومي، تجربة قوية وهيكلية تجدرت ضمن كلّ النصوص القانونية المتعلقة بالصّفات العمومية، من ذلك الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17، المتضمن الصّفات العمومية.²⁵

كما أنّه وفي إطار أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، يكون على المصالح المتعاقدة بشأن صفقة عمومية الالتزام بالكشف عن الممارسات المقيّدة للمنافسة المحتملة من خلال عملية تقييم العروض، فعبّر مطلبين أيضاً نعالج:

المطلب الأوّل: رقابة القضاء الإداري في مجال الصّفات العمومية

باعتبار أنّ حرية المنافسة من الحريات الأساسية العامّة وفق منحى دستور 1996 لاعتناق مبدأ حرية الصناعة والتجارة، وكذا عبر التعديلات التي شملته والتي أكّد من خلالها على حرية الاستثمار والتجارة، الذي تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال الخاص بهما، تحقيقا لنمو المؤسسات عبر ضبط السوق وحماية المستهلكين، ومنع الاحتكار والمنافسة غير النزيهة.²⁶

وبناء على أنّ الصّفات العمومية تندرج ضمن منحى ترقية الاستثمار وتحفيز السوق عبر مأتيحه من تنافسية المتعاملين الإقتصاديين لتلبية الطلب العمومي وفق إجراءات منح الصّفات، بما يستوجب تعزيز الضمانات التي تسهم في تحقيق المنافسة الحرة من خلال :

الفرع الأوّل: القضاء الإستعجالي قبل التعاقد

في شكل مجمل تبرز خصائص القضاء الإستعجالي في المواد 917، 918، 921، 922، 924، و935 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنّ ما نعرض إليه كمرجع هو نص المادتين 946 و947 من القانون السالف الذكر لارتباطهما بشكل من أشكال المنافسة.

إذ يمكن تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية بأنه: " إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق منح القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة".²⁷

وحيث أن إقرار الرقابة قبل تعاقدية للقضاء الإستعجالي، جاء متسقاً وتعديل الأمر 03/03، المتعلق بالمنافسة بموجب القانون رقم 12/08، من حيث الإطار الزمني والذي تم بموجب المادة 2 من القانون المشار إليه سابقاً.

تعديل المادة 2 من الأمر 03/03 بإلحاق الصفقات العمومية ضمن مجال تطبيق الأمر ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة العمومية، وهذا ما يتوافق مع ما يهدف إليه المرسوم الرئاسي 247/15، في مجمل نصوصه المنظمة للصفقات العمومية، بما يتوخى منه ضمان نجاعة الطلب العمومي وتجسيد مبادئ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، وضمان المساواة في معاملة المترشحين، وتحقيق شفافية الإجراءات وفق ما تقضي به المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15.

وعلى اعتبار أن الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية المتضمنة في نص المادتين 946، 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراء قانوني مستحدث يختلف عن الدعوى الإستعجالية الإدارية من حيث:

1- طابعها الوقائي: إذ يمكن مباشرتها قبل إبرام العقد، بما يوجب إيقاف المخالفات الممكنة التي تمس قواعد العلانية والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.²⁸

2- عكس الأصول العامة في القضاء الإستعجالي، فإن الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية تتيح للقاضي الإداري سلطات واسعة غير مألوفة في المادة الإستعجالية، خروجاً عن القاعدة الإجرائية ضمن مبادئ القانون الإداري، والتي مفادها أن "القاضي يحكم ولا يدير"، حيث للقاضي الإستعجالي الإداري حال مباشرة هذه الدعوى سلطة الأمر والوقف والإلغاء.²⁹

3- في حدود السلطات التي يباشرها القاضي الاستعجالي ضمن الدعوى قبل التعاقدية، والتي تمكنه من توقيع غرامة تهديدية في حال انقضاء آجال الامتثال من قبل الإدارة لالتزاماتها، وكذا إصدار الأوامر، يُخرج القاضي الإستعجالي الإداري في هذه الدعوى عن الأمر المتعلق بعدم مساس الدعوى الإستعجالية بأصل الحق ويفصل فيها بصفته قاضي استعجال وموضوع.³⁰

كما أنّ المادة 946 من القانون 09/08 عنيت أيضاً بالالتزام بالإشهار والمنافسة ضمن عمليات إبرام العقود الإدارية ما يدخل ضمن هذه الدعوى عقود تفويض المرفق العام، وفق الأطر والمحددات القانونية المتضمنة في المرسوم الرئاسي 247/15، على أنّه وضمن محل نص المادة المشار إليه لم يرد إشارة أو تحديد أو تفعيل أو تخصيص لعقود إدارية، وإنّما وردت على سبيل الإجمال، ما يحيل إلى أنّ كل عقد إداري يتوجب قانوناً أن يخضع لإجراء الإشهار، والمنافسة يكون مشمولاً بحق مباشرة هذه الدعوى.³¹

الفرع الثاني : القرينة بين الاستعجال قبل التعاقدي والالتزام بالإشهار والمنافسة

إنّ الرقابة القضائية الإدارية على الصفقات العمومية والعقود الإدارية، بصرف النظر عن أصناف الرقابة الممارسة في مجال الصفقات العمومية، ينبع من الأسس التي تقوم عليها عقود الصفقات العمومية، وبشكل عام العقود الإدارية، من الالتزام بالمساواة، وعدم التمييز، والعلانية، هذا من حيث ما هو واجب من التزامات على الإدارة، في المقابل فإنّ المتعامل معها سيما في الصفقات العمومية، يقع عليه التزام عدم الإخلال بقواعد المنافسة بنظر الأمر 03/03 المتعلّق بالمنافسة، باعتباره الضابط العام لنظام المنافسة، كما يقع عليه التقيّد بالإجراءات المنظّمة للصفقات العمومية، وفق أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، علاوة على الأعباء التي يضطلع بها والمدرجة ضمن دفتر الشروط.³²

حيث أنّ عقود الصفقات العمومية ترتبط بقاعدة الإشهار، أو العلانية والتي عبرها يمكن تحفيز المنافسة، فمباشرة رقابة القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي هو الآلية القانونية الأنسب للربط بين تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة، على النّحو الذي يطبق فيه قانون الصفقات العمومية.

إنّ عرضنا لرقابة القاضي الإداري بوسيلة الاستعجال قبل التعاقدي المؤسّس على الإخلال بالالتزامات الإشهار والمنافسة، إنّما على سبيل ربطه بمبادئ وقواعد المنافسة التي مدارها تحقيق القدر الأكبر من إتاحة المعلومة في مباشرة الأعمال، الأمر الذي يتيح تحقيق منافسة مؤطرة ضمن قواعد المرعية، على أنّ نظام المنافسة في مجال الصفقات العمومية منظّم بنصوص المرسوم الرئاسي 247/15، إذ تحقّق القدر المطلوب من التوافق بين امتيازات السّلطة العامّة، وإنفاذ قواعد المنافسة الحرّة.

حيث أنّ مباشرة الدعوى قبل الاستعجالية في عقود الصفقات العمومية وإن كان مؤسّساً على الإخلال بقاعدة الإشهار والمنافسة المشترطة في تلك العقود إلا أنّ تمّ ميل في تطورات الأحكام القضائية الإدارية الفرنسية بخصوص هذه الدعوى إلى

توسيع مجالها لتشمل اختيار الإجراء الذي يتم وفقه الإعلان عن الصفقة، بما يحقق القدر الأكبر من تحقيق الالتزام بالمنافسة مع ما يتناسب والحاجة إلى اللجوء إلى نوع معين من الإجراءات المتعلقة بعقود الصفقات العمومية، كما يدخل هذا الإطار ضمن مراعاة أن يُعنى ويتيسر للعدد الأكبر من المتعاملين الاقتصاديين الوفاء بمتطلبات الصفقة العمومية، بحيث لا تتضمن خصائص تقنية غير ضرورية تؤدي إلى تفضيل أحد المترشحين على حساب الآخرين بما يخلّ بمبدأ المساواة بين المتعاملين ويؤدي إلى تقييد غير مبرر لمجال المنافسة أو إقصاء كلي لكتلة كبيرة من المتنافسين داخل السوق المعنية بالصفقة.³³

هذا ويكون للقاضي الإداري ضمن الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية، فيما يدخل في إطار الإجراءات القطعية سلطة إبطال الشروط التعاقدية التفضيلية والمنشأة بموجب العقد الواجب الإبرام، أي الذي سيتم إبرامه على أساس تعارضها مع تحقيق الالتزام بالمنافسة، وبهذا يمكن النظر إلى الإخلال بمبدأ المنافسة على أنه الإضرار العام الذي يؤسس الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية على اعتبار أن تحقق المنافسة، يتم بموجب توافر مجموعة من الشروط والظروف المساعدة، ومن ثم فإن سلطة البث في الموضوع ضمن الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية لا مجال له في نطاق الدعوى الإستعجالية العادية.³⁴

المطلب الثاني: استقلالية المصادر والمنهج للقضاء الإداري

إن إقران عقود الصفقات العمومية باختصاص القضاء الإداري، يتيح تقصي استقلالية المصدر القانوني لالتزام القاضي الإداري بفرض احترام الإدارة لقواعد المنافسة، كما أن استقلالية المصدر يستتبع تحقيقاً إستقلالية منهج القضاء الإداري في معالجته للتطورات والنصوص القانونية التي تدفع نحو تجسيد المبادئ الأصلية لقانون الصفقات العمومية المتعلقة بالمساواة، الشفافية، وحريةولوج للطلب العمومي بالموازاة مع تطورات قانون المنافسة، وهذا من حيث:

الفرع الأول: استقلالية مصدر حماية القاضي الإداري للمنافسة

إن كان المرجع الإطار للنظام الخاص بالصفقات العمومية، يعود إسناده للأمر 90/67 المتضمن الصفقات العمومية، وقبل ذلك بما تقرر من الاستمرار بالعمل بالقانون الفرنسي فيما لا يتعارض مع السيادة الوطنية بموجب الأمر 157/62،³⁵ فإنه على الرغم من التوجه الاشتراكي المتبع في تلك الفترة، وإلى غاية بروز المحددات الأساسية لتغيير

النّهج الاقتصادي والسياسي عبر دستور 1989، غنيت الصّفات العمومية بحرص على أن تتم وفق معايير تضمن حرية الولوج إليها، مع تحقيق القدر المتاح من الشفافية باعتماد إجراء إبرام الصفقات العمومية عن طريق المنافسة، واعتباره المبدأ ضمن كل عملية تعاقدية.³⁶

وإن كانت الصّفات العمومية في تلك الفترة تعبّر عن رؤية لتحقيق مخططات اقتصادية في إطار الفهم الاشتراكي عبر تحقيق تسيير جيد للمال العام وفق مبادئ الفعالية، الكفاءة والتوفير، على أنّ الإطار العملي للمنافسة وإن كان منصوبا عليه، فإنّ آليات وإجراءات التطبيق لا يمكن وصفها بالكافية أو الملائمة.

هذا وأنّ إطلاق حكم تقييمي يستلزم دراسة تاريخية لتحديد مسار المنافسة ضمن الصفقات العمومية فإننا نكتفي بإثبات نص الأمر 90/67، على معالم تبني نمط تنافسي مع توفير حد معتبر من الضمانات مقارنة بالتطورات التي شهدتها قانون المنافسة، بما يسعنا الجزم بأنّ احترام الإدارة لقواعد المنافسة ليس متأسلا وفق القواعد المسطرة لقانون المنافسة إذ لم يكن له حتى بواكر بدايات آنذاك، وإنّما كان وفق ما هو محدد بموجب قانون الصّفات العمومية.

هذا وأنّ المرسوم الحالي المتعلّق بالصّفات العمومية يقوم على مبادئ أساسية تتيح وجود المنافسة عبر تحقيق حرية الوصول للطلب العمومي، والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات.

هذه المبادئ التي عبّرت عن ضمان تحقيقها عبر كامل نصوص المرسوم الرئاسي المشار إليه.³⁷

الفرع الثاني: إستقلالية منهج القاضي الإداري في حماية المنافسة

باستعراض مبدأ حرية الصناعة والتجارة على أساس أنّه مبدأ دستوري يندرج ضمن الحريات العامة، فإنّ دستور 1996 بموجب نص المادة 37 أكّد على ضمان حرية التجارة والصناعة، وكذلك هو الشأن وفق ما أدرج ضمن المادة 43 من الدستور وفق آخر تعديل بمحددات حرية الاستثمار والتجارة، وكذا منع الاحتكار والمنافسة غير النزيهة، وضبط السوق.

وفي ظلّ كلّ هذه المضامين والأطر المحددة للمنافسة، فإنّ اعتماد القاضي الإداري لمبدأ حرية المنافسة بناء على النصوص القانونية يتعدى أيضا إلى اعتبار أنّ حرية المنافسة مبدأ لصيق ومشمول بمبدأ حرية الصناعة والتجارة.³⁸

هذا وإن كان مبدأ حرية المنافسة يحدد سنده في الفصل 86، الفقرة الأولى من الاتفاقية الأوروبية المنشئة للإتحاد، كما أن محكمة العدل الأوروبية أقرت هذا المبدأ، فإنه ليس تمّ إلزام في القانون الفرنسي يفرض على الإدارة احترامها لهذا المبدأ، وإن صدرت عدد من الأحكام القضائية الإدارية التي تمّ فيها اعتبار أن هذا المبدأ (مبدأ حرية المنافسة) يعدّ من المبادئ العامة للقانون،³⁹ وإن كان النّظر إلى القاضي الإداري وفق هذه الأحكام الإدارية يدخل في مجال اعتباره منشئاً، فإنه بذلك يتحدد كجهاز قضائي لحماية المنافسة، حتى في ظلّ وجود آليات قانون المنافسة الخاص، بخصوص الاتفاقات وحالات الهيمنة التي تمارسها سلطة عمومية، بما يحقق ويضمن الاستقلالية للقاضي الإداري حال نظره في النزاعات المتعلقة بالمنافسة، ومن تمّ فإنّ المنافسة كحال إلزام قانوني يفرض في أيّ من العقود الإدارية. مبدأ يجب أن تلتزم به الإدارة، في المقابل يتوجب على القاضي الإداري حمايته استناداً إلى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التجارة والصناعة، بحيث لا تخرج ضمان حرية المنافسة عن ضمان تحقق مبدأ حرية التجارة والصناعة أو حرية الإستثمار كما كفلها الدستور.⁴⁰

خاتمة

إنّ اختصاص مجلس المنافسة بنظر الممارسات المخلة بالمنافسة يتحدّد وفق المادة 2 من الأمر 03/03 وكذا المواد 6، 7، 10، 11، و 12 من ذات الأمر وانطلاقاً من الصلاحيات القمعية التي يتمتع بها مجلس المنافسة فيما يتعلّق بتسليط الغرامات على المخالفين، فإنّ قياس دور القاضي الإداري، سيما وأنّ هذا الأخير لا يختص إلا بالنظر في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة فيما يتعلّق برفض الجميع.

فإنّ بحث مجال اختصاص القضاء الإداري، يعني بالإخلال بالتزامات حرية المنافسة التي تضمنها إجراءات المرسوم الرئاسي 247/15، فيما يتعلّق بالصفقات العمومية، وبشكل مجمل فيما يدخل في إطار العقود الإدارية والقرارات الإدارية، إذ أنّ العلاقة المفترضة بين القرار الإداري، والممارسات المخلة بالمنافسة، إمّا أن تكون ثابتة عن صدور القرار، أو لاحقة له، وإن تطرّقت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية فإنّها تتعلّق بالإخلال بالتزامات قانونية تتعلّق بالإشهار والمنافسة.

على أنّه يمكن النّظر إلى الحالة التي يكون فيها القرار الإداري المصدر الرئيسي للممارسة المخلة بالمنافسة، حيث اعتبر فقهاء القضاء الإداري أنّ القرار يكون موجبا للإلغاء متى أدى بصورة مباشرة وآلية إلى جعل طرف اقتصادي في وضعية عرقلة

لقواعد المنافسة،⁴¹ فأثر القرار على المنافسة يجب أن يكون مباشرا ومُحقّقاً بحيث أنّه بوجوده دون توافر أيّ عوامل مساعدة يكون محققاً لعرقلة حريّة المنافسة، وفي الحال الذي تتعدد فيه القرارات المنشأة لحالة المساس بالمنافسة فإنّه يكون على الطاعن تحديد القرار المباشر الذي ترتبت عنه حالة المساس بالمنافسة.⁴²

بهذا فإنّ الممارسات الصّادرة عن الإدارة والتي يكون من شأنها عرقلة المنافسة في السوق تُرتّب مسؤوليتها بالشّكل الذي تخضع فيه لرقابة القاضي الإداري، على أسس المسؤولية الإدارية.⁴³

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

2- Conseil d'Etat Français 03 Novembre 1997 Société Million et Marais; M .long, P.weil, G.Braibant, P.Delvolvé, B.Genevois ; les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16ème édition DALLOZ 2007 P 758.

من أهم نتائج هذا القرار هو إقرار خضوع الأعمال الإدارية لمبدأ المنافسة بحيث لا يجب أن تؤدي الأعمال الإدارية إلى الإخلال بالمنافسة الحرة والنزاهة بين المتعاملين الإقتصاديين داخل السوق.

3- سالمي وردة، تطور الرقابة على إدارة المؤسسة العمومية الإقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009، ص. 93 وما بعدها.

4- أمر رقم 04-01 مؤرخ في 2001/08/20، يتعلّق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها، ج.ر رقم 47 الصادرة بتاريخ 2001/08/22، معدّل متمم بموجب الأمر رقم 01/08 المؤرخ في 2008/02/28، ج.ر رقم 11 صادرة بتاريخ 2008/03/02.

5- مرسوم رئاسي رقم 15 / 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

6- غني أمينة، " توزيع الإختصاص بين جهات القضاء الإداري وجهات القضاء العادي"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 15، سنة 2016، ص 63 وما بعدها.

7- حيث تنص المادة 7 مكرر من الأمر 04/01 المعدّل والمتّم على: " بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري يمكن المفتشية العامة للمالية أن تقوم برقابة وتدقيق تسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية بناء على طلب من السلطات أو الأجهزة التي تمثل الدولة المساهمة، حسب الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

غير أن المؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة بمشاريع ممولة بمساهمة من الميزانية، تخضع للرقابة الخارجية من المفتشية العامة للمالية حسب الكيفيات المنصوص عليها بالنسبة للمؤسسات والإدارات العمومية."

8- قرار رقم 98 ق03، صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 13/12/1998، المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08، لسنة 2015، ص.8.

9. أنشأت النشرة الرسمية للمنافسة تطبيقا للمرسوم التنفيذي رقم 242/11 المؤرخ في 2011/07/10، يتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة ويحدد مضمونها وكذا كيفيات إعدادها، ج.ر رقم 39 الصادرة بتاريخ 2011/07/13، وجاء هذا المرسوم تطبيقا لنص المادة 40 من

- الأمر 03/03 والمتعلق بالمنافسة، يمكن الإطلاع على النشرة الرسمية للمنافسة عبر الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة الجزائري: www.conseil-cocurrence.dz
- 9- قرار رقم 2015/20، صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 2015/04/16، قضية رقم 2013/49، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08، لسنة 2015، ص. 56-59.
- 10- قرار رقم 2015/08، صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 2014/06/16، قضية رقم 2004/32، بين شركة صناعات المستلزمات الطبية من الصيدلية المركزية للمستشفيات، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 08، لسنة 2015، ص. 28، 29.
- 11- مجلس المنافسة التونسي، ملحق التقرير السنوي التونسي الخاص بمجلس المنافسة بتونس، 2005، ص. 117، 118، حمل التقرير السنوي عن الموقع الرسمي الإلكتروني لمجلس المنافسة التونسي بتاريخ 2017/03/21، عبر الرابط: <http://www.cct.gov.tn/http://localhost/CCT/wp-content/uploads/2018/11/rapportannuel2005.pdf>
- 12- قرار رقم 5181، صادر عن مجلس المنافسة التونسي، المؤرخ في 2005/11/10، ملحق التقرير السنوي التونسي الخاص بمجلس المنافسة بتونس، 2005، مرجع سابق، ص. 119 وما بعدها.
- 13- قرار رقم 2015/03، صادر عن مجلس المنافسة في جلسة المنعقدة يوم 2014/06/18، قضية رقم 2003/28، بين شركة "Green Révolution Industries"، ضد والي ولاية البيض، النشرة الرسمية للمنافسة 2015، رقم 08، ص. 18، 19.
- 14- قرار رقم 2015/16، صادر عن مجلس المنافسة في جلسة المنعقدة يوم 2014/06/13، قضية رقم 2003/26، بين ش.ذ.م.م. ميد، ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه، النشرة الرسمية للمنافسة 2015، رقم 08، ص. 46-48.
- 15- قرار رقم 4164، صادر عن مجلس المنافسة التونسي، مؤرخ في 2005/05/19، ملحق التقرير السنوي الخاص بمجلس المنافسة التونسي، مرجع سابق، ص. 109، كذلك هو الحال بالنسبة C.C.F, لمجلس المنافسة الفرنسي الذي أقرّ بعدم اختصاصه في مادة الصّفات العمومية، في ذلك: N° 90-D-24, 04 sep 1990, B.O.C.C.R.F, 26 sep 1990, P366 : "le conseil de la concurrence" n'est pas compétent pour se prononcer sur la régularité des procédures dévolution des marchés publics.
- 16- (PH) TERNEYRE, "le droit applicable aux conventions de délégation de service public : quelques précisions du conseil d'Etat", R.F.D.A, N°2, mars-av., 1994, P.252, L.P.A, 8 Juillet 1994, P.15, note (O) GUEZOU, "considérant qu'il résulte de l'article 53 le l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que le règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celle-ci se livrent a des activités de production de distribution et le services, que l'organisation du service public de la distribution de l'eau a laquelle procès de un conseil municipal n'est pas constatative d'une telle activité, que l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible

d'empêcher, de restreindre au de fausser le jeu de la concurrence sur le marché."

17- نذكر في هذا الإطار قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1994/07/29، (CAMIF)، الذي رفض فيه هذا الأخير إخضاع قرار تنظيمي يتعلق بطلب عمومي لمقتضيات قانون المنافسة.

C.E, 29/07/1994, Rec. 1994, P365, C.J.E.G, 1996, P116, note E.B.B 18-CE, 8/11/1996, F.F.S.A, C.J.E.G, 1997, P232.

19-(J-H) STAHL, "l'application par le juge administratif, de l'ordonnance de 1^{er} décembre 1986 relative a la liberté des prix et de la concurrence", R.F.D.A, nov-déc 1997, N° 6, P1228.

20- Au titre d'exemple : A.J.D.A, 20/05/1999, P427 conclusions : (J-H) STAHL op, cit.

21- C.E, 22/11/2000, société L&P publicité SARL, 25 Fév2001, N°37, P12 : "la circonstance que les mesures de police ont pour objet la protection de l'ordre public [...] n'exonère pas l'autorité investie de pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence."

22- الهام بوحلايس، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005/2004، ص97، 98.

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

24-(J-H) STAHL, op.cit, N6, p.1226.

25- الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر رقم 52 الصادرة في 1967/06/27. (ملغى)

26- المادة 43 دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم، 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر، عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996 (معدل ومتمم).

27- محمد فقير، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، آلية وقائية لحماية المال العام، ملتقى وطني، دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، المادحة السادسة عشر (16)، كلية الحقوق، جامعة المدية، 2013، ص5.

28- المادة 946 فقرة 1 من القانون 09/08 (ق.إ.م.). قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

29- المادة 946 فقرة 3، 4، 5 من القانون 09/08 (ق.إ.م.).

30- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص246.

31- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون 08-09)، طبعة ثانية مزيّدة، منشورات بغدادي، 2009، ص479.

32-(Y) GAUDMET, "conflit de compétence en droit de la concurrence, sur une équivoque", in nouveaux pouvoirs, mélanges en l'honneur de ROGER PERROT, Dalloz, 1996, P121.

33- مهند مختارنوح، المرجع السابق، ص846.

34- حسن فريجة، الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 26، الجزائر، 2003، ص26، مهند مختارنوح، مرجع سابق، ص878.

35- مؤرخ في 1962/12/31، ج.ر. رقم 02، ص. 18، الصادرة باللغة الفرنسية لسنة 1963، ملفى بموجب الأمر 79/29، المؤرخ في 1973/07/05، ج.ر.رقم 60 لسنة 1973.

36- Houria BELKACEM, les Institutions Supérieures de contrôle des Finances publique et les systèmes de contrôle, cour des comptes, Février 2001, P.355.

37- (S) NICINSKI, "les évolution du droit administratif de la concurrence", A.J.D.A, 12/04/2004, P752.

38-(J.-Y.) CHEROT, droit public économique, Economica, coll. "corpus droit public", Paris, 2002, P.38 : la liberté du commerce et de l'industrie a été comme "une première, ancienne et rudimentaire expresse d'un principe de libre concurrence. En effet pour justifier la jurisprudence administrative on invoque la nécessité de protéger la libre concurrence, les personnes publique disposent dont l'usage fausserait nécessairement leur compétition sur le marché avec les personnes privées.

(P) DELVOLVE, droit public de l'économie, Paris, Dalloz, 1998, P109 : "Ainsi a l'image des poupées russes, on est en présence d'une série de liberté qui s'emboîtent les unes les autre, de la liberté d'entreprendre jusqu'à la liberté de concurrence".

39-(M) BAZEK, "la liberté concurrence, nouvelle source de l'action administratif", G.P, 25-26 juillet 2001, P1155 : v. aussi T.A Besançon, 22/07/1999, Moniteur, 08 oct 1999.

40-(D) RIBES, "la concurrence saisie par le droit constitutionnel français ? (note sous conseil constitutionnel 202-460 DC, R.F.D.C, 2003, n°53, P171 : "En toute logique, la liaison de ces différentes liberté rejaillit sur leur valeur. Et le rang constitutionnel de la concurrence.

41 -C.E.F, 11 juin 2003, E.D.F.

42- C.E.F, 25 NOV 2002, union fédérale des consommateurs que choisir de la vienne.

43-(S) NICINSKI, droit public de la concurrence, Paris, L.G.D.I, 2005,159 à 169.