

التحول نحو الحوكمة: دور القاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات
العمومية في تطبيق القانون العام للمنافسة: دراسة مقارنة

Transition towards Governance: The Role of the judge in charge of
public procurement in the application of the public law of competition:
Comparative study

تاريخ النشر: 2021/07/15	تاريخ القبول: 2020/10/01	تاريخ الارسال: 2020/02/15
-------------------------	--------------------------	---------------------------

*ط.د. جلاب علاوة

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

allaoua1990@hotmail.com

ملخص:

أفرز إستحداث مبدأ تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية في ظل التحويلات الاقتصادية المعاصرة العديد من الإشكاليات ولعل أبرزها تتمحور حول تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة المنازعة، فهل يطبق القاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية قانون المنافسة أم يطبق تنظيم الصفقات العمومية؟ لحل هذا الإشكال إبتكر المشرع الفرنسي نظرية القانون العام للمنافسة التي بموجبها يطبق القاضي الإداري قانون المنافسة عن طريق أسلوب التحليل والاستدلال الاقتصادي، دون تغيير طبيعته القانونية، حتى يساهم في البعد الجديد للنشاط الاقتصادي، ويشارك في وظيفة الضبط الاقتصادي التي تجسد التوجه الجديد نحو الحوكمة. الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية؛ القانون العام للمنافسة؛ الحوكمة؛ التحويلات الاقتصادية.

Abstract:

The creation of the principle of application of competition law in public markets in the light of contemporary economic transformations, this raised the problem of determining the applicable law in case of litigation. Does the Public Procurement

*المؤلف المرسل: جلاب علاوة

Judge apply competition law, or the law of the regulation of public procurement?

To answer this problem, the French legislator invented the theory of the public law of competition, according to which the administrative judge applies the competition law according to two methods of analysis and economic reasoning without changing the legal character to contribute to the new dimension of economic activity, and to participate in the economic control function that embodies the new direction in governance.

Keywords : Public transactions, General competition law, Governance, Economic transformations.

مقدمة:

شهدت الجزائر تحولات اقتصادية عميقة منذ سنة 1988 قوامها تبني نظام اقتصاد السوق القائم على مبدأ الحرية الاقتصادية، وفتح المجال لمبادرة الخواص، وانسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، وتحول دورها من دولة متدخلة إلى دولة ضابطة، عملاً بأحكام المادة 43 من دستور سنة 1996 التي نصت كالتالي: "حرية الاستثمار معترف بها..."¹.

ونج عن هذه التحويلات ضرورة المنافسة للاقتصاد، وامتدادها إلى القطاع الخاص والعام بما فيها الصفقات العمومية التي أصبحت تخضع لتطبيق قانون المنافسة تفعيلاً لمبدأ الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية²، وهو ما أثنى عليه المشرع الفرنسي في المادة 53 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة المقننة حالياً في المادة 2/410 من القانون التجاري الفرنسي³، والتي تقابلها في القانون الجزائري المادة 02/02 من المرسوم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁴.

وما دام تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية يعد توجهاً جديداً نحو الحوكمة، فإن الإشكال يطرح في صعوبة تحديد الجهة المختصة؟، لذلك استقر الرأي الراجح على منح الاختصاص لمجلس المنافسة إذا كان الإخلال بالمنافسة من طرف المتنافسين، أما إذا كان الإخلال بالمنافسة من طرف المصلحة المتعاقدة فيؤول الاختصاص حينها للقضاء الإداري، غير أنّ الإشكال يبقى مطروحاً بشدة بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق، إنطلاقاً من أنّ القاضي الإداري يصطدم بإشكالية التنازع في التطبيق

بين قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية، لذلك تم إستحداث نظرية القانون العام للمنافسة للتوفيق بينهما، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

- كيف ولماذا أٌستحدثت نظرية تطبيق القاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية للقانون العام للمنافسة؟، وهل هذه النّظرية بتلك الفعالية والنّجاعة التي تجسد مبادئ التّحول نحو الحوكمة أم لا؟، وهو ما سنجيب عليه في المبحثين التّاليين.

المبحث الأول: نحو الحوكمة بإستحداث نظرية تطبيق القاضي الإداري الفاصل

في منازعات الصفقات العمومية للقانون العام للمنافسة

أدت التّحولات الاقتصادية المعاصرة بالقاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية إلى الابتعاد عن الأساليب المألوفة المستعملة في الفصل في منازعات الصفقات العمومية، لأنّ الأساليب التّقليدية للقاضي الإداري تؤثر سلبيّا لا محالة في منازعات المنافسة لطول الفصل فيها وخصوصيتها وتعقيداتها.

غير أنه تحت ضغط التّوجه نحو الحوكمة ونظام اقتصاد السوق، أصبح من الضروري مراجعة الأطر القانونية للقاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية، وتكييفها مع التّحول نحو مشاركته في وظيفة الضبط الاقتصادي، وهو ما دفع بالفقه والقانون الفرنسي إلى استحداث فكرة تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة، التي مفادها أنّ القاضي يقوم بتطبيق قانون المنافسة في منازعات إبرام الصفقات العمومية، ولا يعني ذلك تغيير القاضي الطبيعة القانونية لقانون المنافسة، وإنما تطبيقه فقط تماشيًا والتّحولات الاقتصادية المعاصرة، وتجسيد مبادئ الحوكمة في إبرام الصفقات العمومية.

خلافاً للمشرع الجزائري الذي لم ينص صراحة على فكرة تطبيق القاضي الإداري للقانون العام للمنافسة، بالتّظر إلى تردده في تبني نظام اقتصاد السوق، لذلك نتساءل في هذا المقام عن تكريس نظرية القانون العام للمنافسة (المطلب الأول)، وضرورة التّوفيق بين قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية لتجسيد هذه النّظرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكريس نظرية القانون العام للمنافسة

الأصل في عقود الصفقات العمومية أن تكون مكتوبة، إستثناءا يجوز أن تكون شفوية وهذا في حالة الاستعجال، عملاً بأحكام المادتين 12،02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي المواد التي إقتبسها المشرع الجزائري من المادتين 113، 318 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي⁵. يعود الفضل في إرساء معالم هذه النظرية إلى القضاء الإداري الفرنسي و تفتحته على الاقتصاد العالمي الذي أثر بشدة على تطور وتبلور نظرية عقود الصفقات العمومية تماشياً مع البيئة الاقتصادية المعاصرة⁶، التي أصبحت منذ زمن غير بعيد تخضع لمبدأ المنافسة الذي ظهر سنة 1836 بفرنسا، ثم واكب التشريع الفرنسي العديد من القوانين المقارنة التي تلزم إخضاع إبرام عقود الصفقات العمومية للمنافسة والإشهار⁷، وهو الأمر الذي أدى بالمشرع الجزائري إلى إخضاعها هو الآخر إلى نفس المبدأ، و تبني حزمة من الإصلاحات الجديدة⁸، التي نستشفها ضمناً من المادة 02 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة⁹، وصراحة من المادة 02/02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة التي نصت كالآتي: "...تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: الصفقات العمومية بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي...".

وترجع الجذور التاريخية لتأثير التحولات الاقتصادية على إبرام الصفقات العمومية إلى قضية مدينة بامي Ville de Pamiers عندما قرر رئيس المجلس الشعبي البلدي إلغاء امتياز المرفق العام الممنوح لمؤسسة توزيع المياه ومنحه لمؤسسة أخرى، واحتجت المؤسسة الأولى بأن هذا القرار مغل بالمنافسة تطبيقاً لأحكام المادة 07 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 من التقنين التجاري الفرنسي، وقامت بإخطار مجلس المنافسة الذي أعلن عدم قبول الإخطار، بعكس محكمة استئناف باريس التي أقرت عكس ما ذهب إليه مجلس المنافسة، وأقرت تطبيق أحكام المادة 07 أعلاه، وهو نفس ما تم تأكيده في قرار محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 18-10-1999 المتعلق بقضية Aéroport de Paris¹⁰، ومنذ ذلك الحين بدأت نظرية تطبيق القاضي الإداري للقانون العام للمنافسة تتبلور.

الفرع الأول: تكريس الفقه لنظرية القانون العام للمنافسة

لم يعرف القانون والقضاء سواء الجزائري أو الفرنسي هذه النظرية، وهذا ما يتوافق والمنطق، لأنّ المشرع ليس من صلاحياته تعريف المصطلحات القانونية، وإنما ترك هذه الصلاحية إلى الفقه، فعرفت الفقهية الفرنسية الأستاذة NICINSKI Sophie، القانون العام للمنافسة على أنّه: "مجموعة القواعد القانونية الموجهة لضمان وحماية المنافسة الحرة بين المتعاملين، ويطبق على كل عمل أو نشاط إداري له آثار مباشرة أو غير مباشرة على المنافسة"¹¹، خلافاً للفقه الجزائري الذي لم يعرف فكرة تطبيق القاضي الإداري للقانون العام للمنافسة، بالنظر إلى حدّاته تبني نظام اقتصاد السوق في الجزائر وغموضها.

إنّ هذا التعريف منتقد بشدة لما يطرحه هذا القانون من تساؤلات عدة حول مدى استقلاليته، وما هي طبيعته القانونية؟، وعدم وضوح معالمة وتبلورها، ولم تُحدد جميع تطبيقاته، خاصة وأنّ أصوله مزيج وتوفيق بين قواعد قانون المنافسة وقواعد تنظيم الصفقات العمومية التي تحقق المصلحة العامة التي تقتضيها حوكمة نشاط الإدارة العامة.

الفرع الثاني: تكريس التشريع لنظرية القانون العام للمنافسة

الأصل في تطبيق القواعد القانونية أنّ مجلس المنافسة يطبق قانون المنافسة، والقاضي الإداري يطبق تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لكنّ أحياناً المصلحة المتعاقدة بمناسبة ممارستها لامتيازات السلطة العامة تحدث إخلال أو مساس بالمنافسة، لذلك أصبح من الضروري تصدي القاضي الإداري إلى هذا الإخلال ويطبق قانون المنافسة، وهو ما أطلق عليه الفقه الفرنسي والجزائري نظرية القانون العام للمنافسة بالنظر إلى التحوّلات الاقتصادية التي استدعت مراجعة الأطر القانونية للمنافسة، وتكييفها مع هذه التحوّلات المعاصرة¹².

وترجع الأصول الأولى لنظرية القانون العام للمنافسة للقضاء الإداري الفرنسي الذي طبق قانون المنافسة، ولا يعني ذلك تغيير الطبيعة القانونية لقانون المنافسة، وإنما تطبيقه فقط، وهو الذي لم نجد له أثر في القضاء الإداري الجزائري، عكس القانون الفرنسي الذي أورده في المادة 410 من التقنين التجاري الفرنسي التي أصبح بموجبها مجلس الدولة الفرنسي يطبق قانون المنافسة، وهو ما طبقه بالفعل في قراره المتعلق

بقضية "Million et Marais"، الصّادر سنة 1997، ومنذ ذلك الحين لم تسلم امتيازات السلطة العامة وأداء مهام المرفق العام من تطبيق قانون المنافسة¹³.

وهو الاتجاه الذي سايّره الأستاذة: NICINSKI Sophie¹⁴، وأثنى عليه مجلس المنافسة الجزائري صراحة في القرارين رقم 99 ق1503، ورقم 99 ق1606، وأكدته محكمة التّنازع الفرنسية في قرارها الصّادر في 18-10-1999 المتعلق بقضية Aéroport de Paris¹⁷.

المطلب الثاني: القانون العام للمنافسة حتمية للتّوفيق بين قانون المنافسة

وتنظيم الصفقات العمومية

ترتب عن إجتياح الانفتاح الاقتصادي لعقود الصفقات العمومية صعوبات متعددة حول تحديد القانون الواجب التّطبيق، لما تقتضيه عملية إبرام هذه العقود في ظل هذا الانفتاح من مزج وتوفيق بين قواعد تنظيم الصفقات العمومية، وقواعد قانون المنافسة في نفس الوقت، ممّا يؤدي إلى قيام جدل بينهما، فإياهما يطبقه القاضي الإداري، فهل يطبق تنظيم الصفقات العمومية، بالرغم من عدم احتوائه على حلول تتناسب وطبيعة النّزاع الاقتصادي؟، أو يطبق قانون المنافسة؟، وترجع الجذور الأولى لهذا الإشكال إلى قانون الاتحاد الأوروبي الذي اثر على القانون الفرنسي والجزائري، وغير مفاهيم القانون العام.

ولحل هذا الإشكال القانوني تم استحداث نظرية القانون العام للمنافسة التي تستوجب على القاضي الإداري ضرورة التّوفيق بين قانون المنافسة، وتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وخلق ما يسمى بنظرية القانون العام للمنافسة التي تقتضي تعزيز دور القاضي الفاصل في منازعات الصفقات العمومية وتفتحه على البيئة الاقتصادية.

الفرع الأول: التّباين بين أهداف قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية

إنّ تأثير امتيازات السلطة العامة على الحقل التّنافسي في عملية إبرام الصفقات العمومية كان نتاج التّحولات الاقتصادية المعاصرة، التي أدت إلى خلق تنازع بين قانون المنافسة من جهة، وتنظيم الصفقات العمومية من جهة أخرى، فإياهما يطبقه القاضي الإداري، لأنّه كل قانون له أهدافه الخاصة التي شرّع من أجلها.

أولاً: تحديد أهداف قانون المنافسة

إنّ الحقيقة التي لا يمكن إنكارها صعوبة تحديد الأهداف التي شرع لأجلها قانون المنافسة، والتي يترتب على المساس بها الخضوع للسلطة القمعية لمجلس المنافسة¹⁸، وهذا بهدف ترقية مبدأ المنافسة والمساواة والشفافية وحرية الوصول إلى الطلب العمومي إحدى المبادئ الكبرى التي تقوم عليها الحوكمة¹⁹، إلّا أنّ المبدأ الذي ساد في أوروبا هدف قانون المنافسة هو تحقيق الفعالية الاقتصادية وتفعيل اقتصاديات السوق والحرية الاقتصادية بالكفاءة التي تحقق الصالح العام²⁰، وهو ما نجد مصدره في المواد 02، 03، 04 من اتفاقية الاتحاد الأوروبي²¹.

وبغض النظر عن إختلاف الآراء الفقهية حول تحديد أهداف قانون المنافسة، فإنّ الراجح في الجزائر إستنادا إلى الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة و الذي حدد أهداف قانون المنافسة في المادة الأولى منه كالتالي: "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". بالنّتيجة لذلك نستنتج من نص هذه المادة أنّ أهداف قانون المنافسة يمكن حصرها في مايلي:

* تنظيم المنافسة وحمايتها وترقيتها.

* حماية المتنافسين.

* زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين.

ثانياً: تحديد أهداف تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

يهدف هذا التّظيم إلى تحقيق المصلحة العامة²²، التي تعد فكرة متطورة وتتغير بتغير الأنظمة والخيارات الإيديولوجية لكل دولة، وتختلف باختلاف السياسة الاقتصادية السائدة في كل دولة، إلّا أنّ أهداف هذا التّظيم حصرها فقهاء القانون الإداري في:

* المردودية والفعالية الاجتماعية.

* الحماية من تعسف السلطة العامة.

الفرع الثاني: التوافق والتكامل بين أهداف القانونين في إبرام الصفقات العمومية
 سنّ المشرع الجزائري والفرنسي قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لحماية المال العام وتحسين استغلاله وضمان المساواة بين المترشحين والشفافية، وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، وحماية المترشحين من تعسف المصلحة المتعاقدة، وكذا حماية المستهلك الذي لم يكن موضع اهتمام في القرن الماضي²³، وهذا ما يُسهل على القاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية تطبيق قانون المنافسة لوحدة هدف القانونين، الذي أطلقت عليه الأستاذة: NICINSKI Sophie، مصطلح: القانون العام للمنافسة²⁴، هو ما طبقه بالفعل مجلس الدولة الفرنسي في قراره المتعلق بقضية "Million et Marais" الصّادر سنة 1997، وهي القرارات التي لا نجد لها مثيل في مجلس الدولة الجزائري، بالنظر إلى تردد السلطة السياسية في تبني نظام إقتصاد السوق.

المبحث الثاني: محدودية حوكمة نظرية تطبيق القاضي الإداري

الفاصل في منازعات الصفقات العمومية للقانون العام للمنافسة

يطرح الإشكال في المنازعات التي تنشأ على إثر تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية تطبيقاً لأحكام المادة 2/2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، لأنّ القاضي الإداري يجد نفسه أمام مزيج من قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية، وملزم بتطبيق قانون المنافسة على النزاع وفقاً للمادة 410 من التقنين التجاري الفرنسي، إلّا أنّ التساؤل المطروح فهل هذا التطبيق يكون بنفس الطريقة المألوفة في منازعات الصفقات العمومية؟، أو يكون باستعمال أساليب مختلفة تتلاءم وطبيعة المنازعة الاقتصادية، وتختلف عن تلك التي يعتمد عليها مجلس المنافسة؟، فالذي لاشك فيه يجب على القاضي الإداري هجر الأساليب الكلاسيكية واستعمال الأساليب الاقتصادية التي تتناسب والتحويلات الاقتصادية الحديثة، لاسيما وأنّ دور القاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية تحول وأصبح يمارس وظيفة الضبط الاقتصادي، (المطلب الأول).

غير أنّ تطبيق القاضي الإداري للقانون العام للمنافسة بالنظر إلى حدّته، يؤدي بلا شك إلى تعرضه إلى العديد من الصعوبات والعوائق، بسبب عدم تخصصه وخبرته، وتردده في تطبيق قانون المنافسة، وعدم إلزاميته استشارة مجلس المنافسة، وكذا إمكانية

تناقص حكمه مع قرارا مجلس المنافسة، كل هذه الهواجس تحول دون حوكمة نظرية القانون العام المنافسة وفعاليتها، (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم تحديد أساليب تطبيق القاضي الإداري الفاصل

في منازعات الصفقات العمومية للقانون العام للمنافسة

لم ينص المشرع الفرنسي والجزائري على الأساليب التي يستعملها القاضي الإداري عند تطبيقه لهذا القانون، وهو ما أدى بالقضاء الإداري الفرنسي إلى الاجتهاد، وهجر الأساليب القديمة المألوفة في المنازعات الإدارية، وابتداع أسلوب التحليل والاستدلال الاقتصادي اللذان يستعملهما القاضي الإداري في تطبيق قانون المنافسة، بإعتبارهما أسلوبين غير مألوفين في حل منازعات الصفقات العمومية، ويتماشيان وطبيعة التحولات الاقتصادية الحديثة للتوصل إلى نفس الحل الذي يتوصل إليه مجلس المنافسة تحقيقاً للفعالية والنّجاعة الاقتصادية.

الفرع الأول: أسلوب التحليل الاقتصادي

بعدما تم إستحداث مبدأ تطبيق القاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية للقانون العام للمنافسة طرح التساؤل على القضاء الإداري الفرنسي في تلك الحقبة الزمنية، كيف يطبق القانون العام للمنافسة، وما هي الأساليب القانونية المستعملة في التطبيق؟، وهو الإشكال الذي لم يطرح على القضاء الإداري الجزائري لحدثة فكرة تطبيق قانون المنافسة على عملية ابرام الصفقات العمومية التي ظهرت إلّا في سنة 2008 بموجب القانون رقم 08-12، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

استعمل القاضي الإداري الفرنسي في بادئ الأمر أسلوب التحليل الاقتصادي للوقائع المعروضة عليه عند تطبيقه لقانون المنافسة، كما لو أنّ القضية مطروحة على مجلس المنافسة، لكنّ الغريب في الأمر أنّ الإخلالات والممارسات الماسة بالمنافسة طبيعتها اقتصادية بحتة، ممّا يجعل أسلوب التحليل الاقتصادي الذي يستعمله القاضي الإداري يتميز بالشكلية، ويعمل على مدى رقابة مطابقة القرار الإداري مع مجموعة من المواصفات المعنية، ممّا يؤدي في النهاية إلى إعادة تعريف المفاهيم الاقتصادية بطريقة تتنافى وقانون المنافسة، مثلما هو الحال في قرار مجلس الدولة الفرنسي L'arrêt du 30 juillet 2003 SA Caen Distribution، الذي بمناسبة فصله في قضية تتعلق بتطبيق قانون المنافسة

على أشخاص القانون العام، استعمل مصطلح "مخاطر التّعسف"، في حين في نفس القضية استعمل مجلس المنافسة مصطلح "التّعسف في الوضعية الاقتصادية"²⁵، وهذا ما يقف عائلاً في مواجهة القاضي الإداري عند تطبيقه لقانون المنافسة، ويؤدي في النهاية إلى عدم إصدار قرارات قضائية صائبة²⁶، تحول دون حوكمة منازعات إبرام الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: أسلوب الاستدلال الاقتصادي

إنّ سهام النّقد الموجهة إلى أسلوب التّحليل الاقتصادي الذي أثبت مع مرور الزمن عدم نجاعته وفعاليته، كونه يؤدي في النهاية إلى إعادة تعريف المفاهيم الاقتصادية بطريقة تتنافى وقانون المنافسة والتّحولات الاقتصادية المعاصرة، الأمر الذي أدى بالقاضي الإداري الفرنسي إلى هجر هذا أسلوب، وإستبداله بأسلوب الاستدلال الإقتصادي، لأنّ المنازعة الاقتصادية تتطلب تحليل السلوكيات وتأثيرها على البيئة التنافسية في السوق²⁷، وفقاً لآلية وأسلوب الاستدلال الاقتصادي الذي يعتمد على تكييف الوقائع التي سببتها الممارسة المخلة بالمنافسة في إبرام الصفقة العمومية، والبحث عن مدى مشروعيتها للوصول إلى نفس النتيجة التي يتوصل إليها مجلس المنافسة، وهو الحل الذي توصل إليه محافظ الحكومة الفرنسي في قرار مجلس المنافسة: L'arrêt de 1997 Ordre des avocat à la Cour de Paris، وهو الأسلوب الأنجع والفعال الذي يصلح تطبيقه في القضاء الجزائري لتأثره بالقضاء الفرنسي.

كما أنّ هذا الأسلوب يؤدي بالقاضي الإداري الجزائري والفرنسي إلى الخروج عن مهمته التقليديّة والمألوفة، والمشاركة في وظيفة الضبط الاقتصادي، تفعيلاً لفكرة القانون العام للمنافسة التي ابتكرها القضاء الإداري²⁸، نتيجة ضغط مبدأ المنافسة الذي فرضه الانفتاح الاقتصادي المعاصر على المبادلات الدّولية، وتكييفها مع القواعد المطبقة عالمياً²⁹.

المطلب الثاني: صعوبات وعوائق تطبيق القاضي الإداري

الفصل في منازعات الصفقات العمومية للقانون العام للمنافسة

يعتبر مبدأ تطبيق القاضي الإداري للقانون العام للمنافسة توجهها نحو الحوكمة، لكنّ لا يزال هذا المبدأ يعاني ويصطدم بالعديد من الهواجس والعوائق والصعوبات التي تحول دون النّجاعة والفعالية الاقتصادية في عملية إبرام الصفقات العمومية.

الفرع الأول: عدم تخصص وخبرة القاضي الإداري وتردده

في تطبيق القانون العام للمنافسة

إنّ تفتح القاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية على البيئة الاقتصادية كان تحت ضغط قانون المنافسة للمجموعة الأوروبية، الذي دفع بمجلس الدولة الفرنسي تدريجياً إلى تطبيق قانون المنافسة للمجموعة الأوروبية، ثم بعد ذلك طبق الأمر الصّادر في 01 ديسمبر 1986 بدءاً من سنة 1996³⁰، وهو ما كان على القضاء الإداري الجزائري الاعتداد به منذ تقنين المشرع الجزائري مبدأ تطبيق قانون المنافسة على عملية إبرام الصفقات العمومية منذ صدور القانون رقم 08-12، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

غير أنّه و من باب الانتقاد فإنّ القاضي الإداري الجزائري والفرنسي عند تطبيقه لقانون المنافسة يصطدم بمعضلة عدم تخصصه وخبرته ومعرفته بالقضايا الاقتصادية، لعدم اعتياده على مثل هذه القضايا وحداثتها وتعقدها وخصوصيتها مثل مصطلح السوق، إزالة التجريم، المؤسسة... الخ، وهذا ما يعيق مبدأ التكامل بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة، ويؤدي إلى عدم فعالية ونجاعة المنظومة القانونية للمنافسة، وهو ما جعل مجموعة من النواب في البرلمان الفرنسي إلى تقديم دفع أمام المجلس الدستوري يتضمن منح الاختصاص في مثل هذه القضايا للقاضي العادي دون القاضي الإداري، للقضاء على إشكالية تنازع الاختصاص وتناقض الأحكام القضائية، وبالنتيجة لذلك صدر قانون في 06 جويلية 1987، أصبحت بموجبه تقدم الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة أمام غرفة المنافسة المستحدثة بباريس، على غرار القانون الجزائري فإنّ الطعون المقدمة ضد قرارات مجلس المنافسة الجزائري تختص بها الغرفة التجارية بالجزائر العاصمة، عملاً بأحكام المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

الفرع الثاني: محدودية التكامل بين القضاء الإداري

ومجلس المنافسة والتنازع بينهما

تطبيقاً لمبدأ تناسق القوانين وتكاملها وحسن تطبيقها اقتبس المشرع الجزائري مبدأ استشارة الهيئات القضائية لمجلس المنافسة³¹، من المادة 3-462 L من التقنين التجاري الفرنسي³²، وقننه في المادة 38 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

يفهم ضمناً من نص هذه المادة إمكانية القاضي الفاصل في منازعات الصفقات العمومية استشارة مجلس المنافسة، بإعتباره الخبير في تقنيات المنافسة وتخصّصه فيها، وبحكم اتصاله بالسوق، وخبرة أعضائه في هذا المجال، لكن الأمر الذي يحول دون فعالية هذه الاستشارة عدم الزاميتها للقاضي الإداري، بل والأكثر من ذلك ماذا لو طلب مجلس الدولة رأي مجلس المنافسة ورفض هذا الأخير ذلك؟، ما هي الآثار القانونية الناتجة عن ذلك؟، وما هو الحل القانوني الذي يمكن تصوره في ظل سكوت المشرع الجزائري؟، الأمر الذي قد ينجر عنه ضياع الوقت وصدور قرارات متناقضة بين القاضي الإداري ومجلس المنافسة، ممّا يؤدي ذلك إلى عدم نجاعة نظرية القانون العام للمنافسة، وعدم التناسق والقصور في التكامل بين قرارات مجلس المنافسة والقضاء الإداري، وعدم ثقة المؤسسات الاقتصادية فيهما، لِمَا يؤثر ذلك سلباً على مصالحهم الاقتصادية، والمساس بحسن سير العدالة.

الخاتمة:

فرضت التحوّلات الاقتصادية المعاصرة على القاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية تطبيق القانون العام للمنافسة، حتى يساهم في البعد الجديد للنشاط الاقتصادي، والحفاظ على المال العام، ويتخلّى عن دوره التقليدي وأساليبه المألوفة في معالجته لقضايا الصفقات العمومية، وحتى يكون مصدر خلق وإبداع، ويساهم في وظيفة ضبط الاقتصاد التي تجسد التّوجه الجديد نحو الحوكمة.

لكنّ هذه النّظرية لا تزال تعاني العديد من العوائق والنّقائص القانونية التي سبق التّطرق لها في صلب الموضوع، لذلك سنتقدم بمجموعة من التّوصيات لإثراء المنظومة القانونية الجزائرية أهمها:

- ضرورة وضع معيار فعال ودقيق يفصل بنجاعة بين اختصاص مجلس المنافسة واختصاص القاضي الإداري في مادة الصفقات العمومية.
- تقنين صراحة وبنجاعة مبدأ تطبيق القاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية للقانون العام للمنافسة على غرار المادة 410 من التقنين التجاري الفرنسي.

- إعداد دورات تكوينية للقاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية في مجال قانون المنافسة والقوانين الاقتصادية المكمل له، حتى يتأقلموا مع التحولات الاقتصادية المعاصرة، ويحققوا النجاعة في الفصل في منازعات الصفقات العمومية.

- ضرورة تفعيل مبدأ التكامل بين مجلس المنافسة والقاضي الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية لتفادي صدور قرارات متناقضة بينهما، وذلك بتفعيل آلية استشارة القاضي الإداري لمجلس المنافسة باعتباره الخبير والمتخصص في مجال المنافسة.

- تأطير أساليب تطبيق الإداري الفاصل في منازعات الصفقات العمومية للقانون العام للمنافسة على غرار القضاء الفرنسي الذي استحدث أسلوب التحليل الاقتصادي، ثم هجره لعدم فعاليته، وابتدع أسلوب الاستدلال الاقتصادي.

الهوامش:

¹ المادة 43 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مؤرخ في 1996/11/28، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 43-96، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76، الصادر في 8 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بقانون رقم 03-02، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج.ج، عدد 25، الصادر في 14 أبريل 2002، وبقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج، عدد 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008، وقانون رقم 01-16، مؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج.ج، عدد 14، الصادر في 07 مارس 2016.

² MA TALLAH Ali, CHARIKH BENZAID Hassiba, *Réglementation des marchés publics en Algérie*, 2^{ème} Edition, Houma, Alger, 2012, p 05.

³ Voir l'article 410/02 de l'ordonnance n°2000-912, du 18-12-2000, relative à la partie législative du code de commerce, **JORF** n° 0219 du 21 septembre 2000, modifié par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, **JORF** n°0265 du 14 novembre 2008. Disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr>.

- Voir: CHEROT Jean- Yves, *Droit public économique*, 2^{ème} Edition, Economica, Paris, 2007, pp : 637-657.

⁴ المادة 02/02 من الأمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، عدد 29، الصادر في 22 جويلية 2003، معدل ومتمم بقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر.ج.ج، عدد 36، الصادر في 02 يوليو 2008، وقانون رقم 05-10، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر.ج.ج، عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.

⁵ Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, **JORF** n°0074 du 27 mars 2016, modifié par le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, **JORF** n°0281 du 5 décembre 2018. Disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr>.

- voir: DEVILLER-JACQUELINE MORAND, *Cours de droit administratif*, 6^{ème} Edition, Montchrestien, Paris, 1999, p 410.

⁶ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري: دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 98.

⁷ SCHULTZ Patrick, *Eléments du droit des marchés publics*, L. G. D. J, Paris, 2005, p 89.

⁸ BERNARD AUBY-Jean, FRANÇOIS AUBY-Jean, NOGUELLOU Rozen, *Droit des collectivités locales*, 5^{ème} Edition, Paris, 1990, p 324.

⁹ المادة 02 من الأمر رقم 06-95، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، عدد 09، الصّادر في 27 جانفي 1995، (ملغى).

¹⁰ لتفاصيل أكثر حول قرارات محكمة التّنازع الفرنسية في هذا المجال، راجع: عمورة عيسى، التّظام القانوني لمنازعات مجلس المنافسة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 33-34.

¹¹ NICINSKI Sophie, « Les évolutions du droit administratif et la concurrence », A.J.D.A, 2004, P 754.

¹² بارة عصام، بن جميل عزيز، "انعكاسات اتفاق الشراكة الاورو- جزائرية على تحرير التجارة الخارجية الجزائرية"، أعمال الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار- غنابة، يومي 03 و 04 أفريل 2013، ص ص 01-09.

¹³ صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، 2012، ص 115.

¹⁴ NICINSKI Sophie, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J, Paris, 2005, pp 260-161.

¹⁵ قرار مجلس المنافسة رقم 99 ق 03، الصّادر في 17 أكتوبر 1999، يتعلق بإسناد صفقة عمومية لإنجاز مقر مديرية البريد والاتصالات السلكية و اللاسلكية بأردار، (غير منشور).

¹⁶ قرار مجلس المنافسة رقم 99 ق 06، الصّادر في 05 ديسمبر 1999، يتعلق بإخطار شركة "صوتوب" ضد مديرية الري لولاية أم البواقي، (غير منشور).

¹⁷ لتفاصيل أكثر حول قرارات محكمة التّنازع الفرنسية في هذا الشأن، راجع: عمورة عيسى، مرجع سابق، ص 33-34.

¹⁸ لتفاصيل أكثر حول السلطة القمعية لمجلس المنافسة، راجع:

- TOUATI Mohand chérif, « Le pouvoir répressif du conseil de la concurrence », *Actes du Colloque national sur les autorités administratives indépendantes, faculté de droit et de science politiques, université 08 mai 1945, Guelma, le 13-14 novembre 2012*, pp 01-14.

- ZOUAIMIA Rachide, « Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique », *IDARA, n° spécial*, 2004, p 02.

¹⁹ المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 58، الصّادر في 07 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 01 مارس 2011، ج.ر.ج.ج، عدد 14، الصّادر في 06 مارس 2011، والمرسوم الرئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 جوان 2011، ج.ر.ج.ج، عدد 34، الصّادر في 19 جوان 2011، والمرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، ج.ر.ج.ج، عدد 04، الصّادر في 26 جانفي 2012، والمرسوم الرئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 يناير 2013، ج.ر.ج.ج، عدد 02، الصّادر في 13 يناير 2013، (ملغى).

²⁰ موساوي ضريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2011، ص 60.

²¹ صويلح كريمة، مرجع سابق، ص 108.

²² المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج، عدد 50، الصّادر في 20 سبتمبر 2015.

²³ زعي عمار، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، 2013، ص 02.

²⁴ NICINSKI Sophie, « Les évolutions du droit administratif et la concurrence », *op. cit*, P 754.

²⁵ صويلح كريمة، مرجع سابق، ص 119.

²⁶ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 417.

²⁷ NICINSKI Sophie, *Droit public de la concurrence, op. cit*, p188.

²⁸ صويلح كريمة، مرجع سابق، ص 118.

²⁹ مرابط عبد الوهاب، "سلطات الضبط الاقتصادي في الجزائر، (قناعة أم تقليد؟)"، أعمال الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945- قالملة، يومي 13 و 14 نوفمبر 2012، ص 01-13.

جلال مسعد، مرجع سابق، ص 420.³⁰

³¹ كريم لمين، الدور التكميلي بين مجلس المنافسة والقضاء في ضبط الممارسات المنافية للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، 2013، ص 89.

³² Article R.462-3 de l'ordonnance n°2000-912, du 18-12-2000, relative à la partie législative du code de commerce, *op. cit*.