

جامعة 8 ماي 1945، قالمة



كلية الحقوق و العلوم السياسية



قسم العلوم القانونية و الإدارية

دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة
العامة للعقود

مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية،
- فرع قانون الأعمال -

إشراف الأستاذ:
الدكتور/ عصام نجاح

إعداد الطالبة:
عائشة خليل

تشكيلة اللجنة:

<u>الرقم</u>	<u>الأستاذ</u>	<u>الجامعة</u>	<u>الرتبة العلمية</u>	<u>الصفة</u>
01	خليل بو صنوبرة	جامعة قالمة	أستاذ محاضر " أ "	رئيسا
02	عصام نجاح	جامعة قالمة	أستاذ محاضر " أ "	مشرفا و مقرا
03	محمد علي حسون	جامعة قالمة	أستاذ محاضر " أ "	عضوا
04	يمينة بليمان	جامعة قسنطينة	أستاذ محاضر " أ "	عضوا

السنة الجامعية: 2015 - 2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"وما أتيتهم من العلم إلا قليلا"

الآية 85 من سورة الإسراء

عن حكيم بن حزام رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن

كذبا وكتما محقت بركة بيعهما".

صحيح البخاري

شكر خاص

الشكر لله

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والامتنان والتقدير إلى من حمل

أقدس رسالة في الحياة...

إلى من كان العون لي في إنجاز هذا العمل، الأستاذ الدكتور

مصطفى نجاح زاده الله من نور العلم...

إهداء:

الحمد لله و كفى

ثمرة جهد متواضع، أتقدم بها إلى: كل من وجدت فيه السند و الدعم،

أبدؤها بمن قال فيهم الرحمن: " و اخفض لهما جناح الذل من الرحمة و قل ربي ارحمهما

كما ربياني صغيرا".

✚ من قلبهما مدرستي، نور عيني و ضياء دربي، والدتي الغاليتين (أمي و أم زوجي)،

أطبع على يديهما قبلة الطاعة طالبة الرضا.

✚ من علمني أن الحياة ألم، ألم يخفيه أمل، و أمل يحققه اجتهاد و عمل، إلى من علمني

أن العلم ربيع الفؤاد و بسمه الحياة، بهجة المستقبل و رفعة المنزلة ... مثلي الأعلى

في الحياة، والدي الكريم.

✚ من كان دعما لي لمواصلة مسيرة البحث العلمي، الأب الثاني (والد زوجي) شفاه الله.

✚ إلى من رافقتني في مشوار إعداد هذا العمل و تحمل معي مشقة البحث فكان الزميل

والصديق، شطر الروح " زوجي الكريم ".

✚ إلى أخواتي و إخوتي و أبناءهم و أزواجهم، و إلى إخوة زوجي.

✚ إلى جميع أفراد العائلة الكبيرة، و عائلة زوجي.

✚ إلى أفراد أسرتي الثانية، أسرة الأخت و الصديقة " سارة".

✚ إلى من كانوا لي السلوى و مصدر القوة، أخواتي في الله صديقاتي و زميلاتي في العمل

والدراسة، و خاصة أصدقائي و إخوتي " عايدة" و " عايدة" و " سامي".

✚ إلى كل طالب علم و مجتهد، و خاصة أساتذة كلية الحقوق و العلوم السياسية بقالمة

كل باسمه، وإلى كل الطلبة.

عائشة خليل

قائمة المختصرات

CE : Conseil d'Etat.

Ed : Edition.

LGDJ : Librairie Générale de Droit de Jurisprudence.

RJC : Revue de la Jurisprudence Commerciale



مقدمة

الفصل التمهيدي: مكانة العقد في السوق في ظل تطور مفهوم الضبط الاقتصادي

المبحث الأول: مكانة العقد في ظل الضبط الذاتي للسوق

المطلب الأول: العقد آلية للضبط الذاتي للسوق

المطلب الثاني: العقد و الضبط الاقتصادي للسوق بمفهومه المعاصر

المبحث الثاني: السلطات الإدارية المستقلة كآلية مؤسساتية لضبط السوق

المطلب الأول: النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة

المطلب الثاني : الصلاحيات المخولة للسلطات الإدارية المستقلة ودورها في ضبط السوق

الفصل الأول: مظاهر تجديد السلطات الإدارية المستقلة للشريعة العامة للعقود

المبحث الأول: تجديد الشريعة العامة للعقود من حيث مصادرها

المطلب الأول: تجديد المصادر من الناحية الشكلية

المطلب الثاني: تجديد المصادر من الناحية الموضوعية (تراجع مبدأ سلطان الإرادة لصالح الضبط

الاقتصادي)

المبحث الثاني: تجديد الشريعة العامة للعقود من حيث مضمون العقد وتنفيذه

المطلب الأول: التجديد يمس مضمون العقد

المطلب الثاني: تجديد الشريعة العامة للعقود من حيث القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد

الفصل الثاني: تقييم دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود

المبحث الأول: الإيجابيات المترتبة عن التجديد

المطلب الأول: التجديد نحو إنشاء قانون فعال و مرن

المطلب الثاني: التجديد و دوره في حماية توازن العقد و النظام العام الاقتصادي

المبحث الثاني: مخاطر التجديد

المطلب الأول: التجديد نحو لا أمن قانوني و أزمة تهدد الشريعة العامة للعقود بالانهيار

المطلب الثاني: تجديد مبني على نظام قانوني غير مكتمل المعالم للسلطات الإدارية المستقلة

خاتمة



مقدمة:

ظلت الدولة الدعامة الأساسية لقيام أي مجتمع متوازن فأخذت بنصاب كبير من السلطات باعتبارها تمثل المصلحة العامة كما أخذت على عاتقها الدور الاجتماعي المتمثل في رفع الظلم عن طريق ممارسة الوظيفة الاجتماعية، و هو ما يجبر الأفراد على الالتزام بعدم الإضرار بالسياسة العامة للدولة، فاحتكرت دور التوجيه و الإشراف على الاقتصاد الوطني، وتدخلتها متوقف على طبيعة المبادئ التي تقوم عليها إما اشتراكية أو ليبرالية، فقد يكون من باب الاحتكار كما قد يكون من باب تنظيم المصلحة العامة و المحافظة عليها. فالمجتمع هو الكل، و الفرد ما هو إلا جزء منه يعمل لمصلحته و بالتالي يتمتع بحماية الدولة باعتباره يؤدي دورا فعالا في المجتمع و لمصلحة المجتمع، فالحرية المعطاة له ما هي إلا وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهي المصلحة العامة.

الجزائر وبعد الاستقلال حظيت بالتمجيد من طرف فئات المجتمع لما عانته هذه الأخيرة أثناء فترة الاستعمار، وبحسبها فإن الدولة هي المؤسسة الوحيدة التي من المحتمل أن تعمل من أجل تحقيق التنمية و محاربة التخلف الذي أوجده الاستعمار.

إن هذا الوضع أنتج سيطرة الدولة على النشاط الاقتصادي، فلا مجال للمبادرة الخاصة كما أن تدخلها المتزايد أدى إلى تراكم النصوص القانونية المستوحاة من القانون العام، غير أن هذا التدخل المتزايد في النظام الاقتصادي أدى إلى وقوع أزمات متعددة مست الدولة في علاقتها مع مختلف أجهزتها الأخرى كما دفع الأعوان الاقتصاديين إلى المطالبة بضرورة انسحاب الدولة من تنظيم الحقل الاقتصادي.

وللتحديات الجديدة التي نتجت عن النظام الاقتصادي العالمي الجديد تأثيرها، إذ أدركت الجزائر أنه بات لزاما عليها انتهاج استراتيجيات جديدة للتنمية الاقتصادية تتناسب مع هذه التطورات من خلال تطبيق تدابير شاملة لتقوية وتعبئة الموارد الإنتاجية وتعزيز كفاءة استخدامها وذلك بإتباع سياسات اقتصادية ترتكز على الإصلاحات الهيكلية وتحرير الاقتصاد واعتماد آليات السوق، الأمر الذي جعلها تفكر في وضع قواعد وميكانزمات جديدة ذات طابع ليبرالي مختلفة عن تلك التي سادت في ظل النهج الاشتراكي، وذلك بتكريس عدد من المبادئ أهمها مبدأ حرية التجارة والصناعة.

صدر دستور سنة 1989 وبدا أنه ذو توجه ليبرالي، وظهرت نية المشرع في إصدار عدد من النصوص القانونية ذات أفكار ليبرالية كقانون الأسعار لسنة 1989، لتتأكد هذه النية بموجب التعديل

الدستوري لسنة 1996 الذي تبنى صراحة مبدأ حرية الصناعة و التجارة بموجب المادة 37 منه و التي جاءت كما يلي: " حرية التجارة و الصناعة مضمونة و تمارس في إطار القانون"¹.

غير أن التطرق لمبدأ حرية التجارة والصناعة يقود إلى الخوض في عدة فروع قانونية، بعضها ينتمي إلى القانون العام كالقانون الدستوري والقانون الإداري، والبعض الآخر يدخل في نطاق القانون الخاص كالقانون المدني والقانون التجاري، وبعض الفروع التي تعد مزيجاً بين القانونين و يتعلق الأمر أساساً بتلك الفروع المشكلة لقانون الأعمال. وتعتبر الحرية التعاقدية كأهم الحريات المنظمة بموجب القانون المدني من أهم النتائج المترتبة عن حرية الصناعة و التجارة.

يعرف العقد بموجب المادة 54 من القانون المدني الجزائري بأنه: " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". غير أن الفقه يميز بين العقد و الاتفاق، فيعرف الاتفاق بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، في حين أن العقد أخص من الاتفاق، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، ومن هنا فإن كل عقد يكون اتفاقاً، أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقل له، فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس عقداً².

يعتبر العقد من الوسائل التي تهتم بها الدولة وذلك بتنظيمه إذا تعلق الأمر بمصلحة عامة لا بد من حمايتها، فيظل العقد وسيلة لتداول السلع والخدمات أي أهم وسائل النشاط الاقتصادي، ولم يعد الوسيلة التي ينفرد بها الأفراد في معاملاتهم بل تستعمله الدولة أيضاً، بعد أن اقتحمت النشاط الاقتصادي وأصبحت تمارس التجارة مثلها مثل الأفراد.

أدى هذا التطور إلى تداخل العلاقات القانونية الخاصة مع العلاقات الاقتصادية، وأصبحت الدول ترغب في إرساء السياسات والخطط الاقتصادية التي تخدم مصالحها لذا أصبحت تسن قواعد قانونية تفرضها على المتعاملين الاقتصاديين.

¹ - دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76، صادرة في 08 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم.

² - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 03، 2011، ص 149.

إن العلاقة بين القانون والاقتصاد أصبحت واسعة جدا منذ أصبحت الدولة تتدخل كثيرا في المجال الاقتصادي، فالاقتصاد السوق لا يعني غياب القانون، فالسوق نظام للتبادل يحيل إلى المبادئ الليبرالية (حرية الصناعة والتجارة: كالمنافسة، حرية الدخول إلى السوق، الحرية التعاقدية ...)، واقتصاد السوق

ليس عمودي و ولد مع القانون فيجب أن يؤطر بأدواته و سعيا لذلك يقوم المشرع بوضع نصوص قانونية تجسد هذه الغاية، و هذا الارتباط الوثيق بين الاقتصاد و القانون يلزم خلق وحدة جديدة في القانون تعتنى بالاقتصاد، و هي القانون الاقتصادي.

إن علاقة ضيقة تربط نظاما قانونيا كيفما كان مع النظام الاقتصادي الذي يعمل داخله الأول، و بالتالي عندما يركز اقتصاد ما على أسس ليبرالية، فإن النظام القانوني و بناء العلاقات التعاقدية يكون بالطبع ليبراليا، علما أن نظرية الالتزامات في حد ذاتها هي نتاج وسط اقتصادي واجتماعي مستلهم من هذه الحرية الشاملة المبنية على المستوى القانوني من جهة على مبدأ حرية الإرادة وعلى المستوى الاقتصادي من جهة أخرى على فلسفة " دعه يعمل، دعه يمر"، والتي كان من نتائجها تلك التقنيات القانونية التي تعتبر العقد كوسيلة حرة للتبادل الاقتصادي والتجاري والذي يكون بعيدا عن كل إكراه أو ضغط.

ولما كانت الحرية التعاقدية مترتبة عن مبدأ حرية الصناعة والتجارة كمبدأ ليبرالي، و لما كانت أحكام هذه الحرية متضمنة أساسا في التقنين المدني باعتبارها أهم جزء في النظرية العامة للالتزامات، فلا بد أن للعقد باعتباره وسيلة للتبادل الاقتصادي علاقة وثيقة بالقانون الاقتصادي، تظهر هذه العلاقة من خلال التأثير و التأثير المتبادل بين القانونين، و يقع على عاتق الدولة مسؤولية التوفيق بين الأهداف التي أدت إلى خلق علاقة تنافسية بين القانون الاقتصادي وقانون العقود لإحداث التجاوب التفاعلي بين القانون و الواقع الاقتصادي.

ولما كانت الإدارة التقليدية للدولة عاجزة عن تحقيق هذا التفاعل بعد تخلي الدولة الجزائرية عن الاحتكار و بعد أن أصبحت طرفا غير محايد في العلاقات الاقتصادية والعلاقات التعاقدية التي تنشأ عن ممارسة الأنشطة الاقتصادية، فإنها لجأت إلى جهة محايدة أوكلت لها هذه المهمة ومن هنا جاءت فكرة السلطات الإدارية المستقلة كآلية قانونية مؤسساتية.

تبنى المشرع الجزائري هذه الآلية بدوره في إطار التحول التدريجي نحو الضبط الاقتصادي للسوق.

ولكن إذا كانت هذه السلطات الإدارية المستقلة عبارة عن هيئات إدارية في التنظيم الهيكلي للدولة فمعنى هذا أن تنظيمها يخضع لأحكام القانون الإداري وهو فرع من فروع القانون العام، فأى علاقة تجمع هذه الهيئات مع النظرية العامة للالتزامات و بدقة أكبر مع الشريعة العامة للعقود؟

للنظرية العامة للالتزامات أهمية فائقة بالنسبة لمختلف فروع القانون وليس فقط بالنسبة للقانون المدني الذي يعد القانون الأساسي، ليس فحسب بالنسبة لفروع القانون الخاص بل وأيضا بالنسبة لفروع القانون العام، على اعتبار أن القانون المدني هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص، وهذه القواعد هي الأصل العام الذي ينظم تلك العلاقات، فكانت نظرية الالتزامات بمنزلة الحجر الأساس بالنسبة للدراسات القانونية بصفة عامة حتى ما تعلق منها بالقانون العام، و من المعروف لدى الدارسين للقانون أن القانون الإداري مثلا يستمد الكثير من أحكامه و أسسه من القواعد العامة في نظرية الالتزامات.

إلا أن النظرية العامة للعقد في ظل النظام الليبرالي عرفت تطورا كبيرا كنتيجة طبيعية للتطور الاقتصادي وتغير بعض المبادئ التي كان قد بني عليها هذا النظام منذ نشأته، مما ألحق بهذه النظرية تغيرا جذريا وصل إلى درجة التجديد.

غير أنه لوحظ بشكل عام أن السلطات الإدارية المستقلة إلى جانب عوامل أخرى . ورغم أنها كما سلف الذكر تخضع من حيث تنظيمها الهيكلي للقانون الإداري و مع ذلك كان لها تأثير على القانون الخاص عامة و على وجه الخصوص على النظرية العامة للعقود، وأن هذا التأثير ليس تأثيرا عرضيا بل ساهم في هذا التجديد.

إن البحث في دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود يستدعي بداية التعرف على مراحل تطور العقد بالموازاة مع تطور وظيفة الدولة في ظل النظام الليبرالي واقتصاد السوق ومكانته في السوق باعتباره مجالا للتبادل الاقتصادي انطلاقا من دور الدولة الحارسة وصولا إلى الدولة الضابطة، في محاولة للربط بين عنصري موضوع الدراسة: السلطات الإدارية المستقلة والشريعة العامة للعقود. (الفصل التمهيدي).

إن هذا الدور الذي لعبته السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود لا بد وأن له مظاهر تستوجب هذه الدراسة التعرف عليها (الفصل الأول)، قبل تقييم هذا التجديد والتعرف على إيجابياته والبحث في مخاطره (الفصل الثاني).

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية هذا الموضوع من خلال البحث في مدى تأثير السلطات الإدارية المستقلة كهيئات إدارية مستقلة خاضعة للقانون العام على الشريعة العامة للعقود (القانون الخاص)، من خلال الدور الجديد للدولة باعتبارها دولة ضابطة للحياة الاقتصادية، ومن خلال هذه الدراسة سيتم توضيح جوانب التجديد وتحديد الآثار القانونية والعملية التي أفرزها والإشكالات التي قد يطرحها مثل هذا التجديد وتقييمه. إن مثل هذا الموضوع من شأنه المساهمة في تفسير عديد الوضعيات القانونية والواقعية وفهمها والتي لا يكفي التعرض لموضوع سلطات الضبط المستقلة بطريقة وصفية والبحث في العناصر المرتبطة بها دون الخروج عن دائرة قانون الضبط الاقتصادي وكأبعد تقدير علاقتها بالقانون الإداري أو التعرض لموضوع الشريعة العامة للعقود بطريقة مجردة في حدود القانون المدني، والتي يتطلب تفسيرها السليم ضرورة الربط بين الموضوعين بطريقة علمية قانونية، كما من شأنه تأكيد فكرة الترابط والتأثير والتأثر الموجود بين مختلف فروع القانون متجاوزا في ذلك التقسيم التقليدي لها إلى قانون عام وقانون خاص، وبالتالي الخروج عن الدراسات الكلاسيكية لكل واحد من الموضوعين.

أسباب اختيار الموضوع:

من خلال تحديد أهمية الموضوع تتضح أسباب اختياره، وهي أسباب موضوعية وأخرى ذاتية.

- . الأسباب ذاتية: إن الطابع الحيوي للموضوع يعد السبب الأساس في اختياره، ذلك أنه يسمح للدارس بجمعه بين الفرعين الأساسيين من القانون.
- . الأسباب موضوعية: في الجزائر وإن تعددت الدراسات المتعلقة بالسلطات الإدارية المستقلة في الأوساط الجامعية ومن طرف طلبة الحقوق بمختلف الفروع، فإن هذه الدراسات في جلها ركزت على دراسات وصفية لمختلف السلطات الإدارية المستقلة كل على حدا أو لبعض اختصاصاتها، غير أنها لم تتطرق إلى علاقة هذه السلطات الإدارية المستقلة بغيرها من فروع القانون الأخرى سيما القوانين الخاصة ومنها القانون المدني، وبالتالي نقص الدراسات المتعلقة بالتأثير والتأثر الذي تعرفه مختلف فروع القانون فيما بينها، مما شجعنا على أخذ هذه المبادرة، و اختيار هذا الموضوع و تناوله بالدراسة.

الصعوبات:

رغم أهمية الموضوع و بغض النظر عن أسباب اختياره، غير أن هناك صعوبات واجهت هذه الدراسة لعل أهمها تلك المتعلقة بندرة المراجع في هذا المجال لجدة الموضوع، وكثرة النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع و صعوبة الإحاطة بها جميعها.

الدراسات السابقة:

من خلال البحث في موضوع الدراسة لم يحصل و أن صادفتني دراسة سابقة للموضوع من طرف داسي القانون في الجزائر أو في غيرها من الدول باستثناء أطروحة دكتوراه في فرنسا من إعداد الباحثة:

Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement
Hervieu :
du droit commun des contrats, Dalloz, 2012 .

و هذا الأمر شجعتني بدوره على الخوض في الموضوع.

من هنا تكون إشكالية المذكرة على النحو التالي:

. كيف أثرت السلطات الإدارية المستقلة في الشريعة العامة للعقود إلى درجة التجديد، و ما هي

العوامل التي ساعدت على ذلك؟

. **وبعبارة أخرى:** ما هي مظاهر وأسباب تأثير السلطات الإدارية المستقلة في الشريعة

العامة للعقود؟ و هل هذا التأثير كان إيجابيا أم سلبيا؟

ويستدعي الأمر طرح التساؤلات أو الإشكالات الفرعية التالية:

. ما هي آليات السلطات الإدارية المستقلة للتأثير وتجديد الشريعة العامة للعقود؟

. هل الحديث عن التجديد يعني بالضرورة الحديث عن تأثيرات إيجابية على الشريعة العامة للعقود،

أم أن الأمر له مخاطر تهدد المنظومة القانونية و استقرارها؟

المناهج المعتمدة:

لا يمكن لمنهج قانوني وحيد وبسيط أن يسمح بدراسة موضوع بهذه الأهمية وبهذا العمق والإجابة على الإشكالات التي يطرحها، وعليه تم اعتماد عديد المناهج و المتمثلة أساسا في:

. **المنهج الوصفي:** يظهر دور هذا المنهج جليا من خلال التعرض للمفاهيم العامة النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة كآلية مؤسساتية جديدة في النظام القانوني الجزائري بخاصة، التي استلزمت وصفا لهذه السلطات سواء من حيث مفهومها، خصائصها، وكذا صلاحياتها و اختصاصاتها.

. **المنهج التاريخي:** بدي دور هذا المنهج جليا في هذه الدراسة من خلال الفصل التمهيدي، أين تم فيه التركيز على تطور الشريعة العامة للعقود في ظل التطور الاقتصادي لدور الدولة الليبرالية انطلاقا من الضبط الذاتي للسوق ووصولا إلى الضبط الاقتصادي بمفهومه المعاصر، وكذا نشأة السلطات الإدارية المستقلة، في محاولة لإيجاد ذلك الارتباط بين العنصرين المحوريين للدراسة، السلطات الإدارية المستقلة والشريعة العامة للعقود قبل تسليط الضوء على مظاهر التجديد وتقييمه.

. **المنهج التحليلي:** إن تحديد مظاهر مساهمة السلطات الإدارية المستقلة في الشريعة العامة للعقود وتقييم هذا التجديد يستدعي لا محالة اعتماد المنهج التحليلي الذي يسمح للباحث بالانطلاق من معطيات معينة وصولا إلى تفسير عديد الوضعيات القانونية والواقعية وفهما انطلاقا من الربط بين الموضوعين بطريقة علمية و قانونية.

إن دراسة هذا الموضوع تطلبت إتباع الخطة المبينة سابقا، و ذلك بتقسيمه إلى فصلين يسبقهما فصل تمهيدي، إلى جانب خاتمة تتضمن استنتاجات و مقترحات.

اعتماد الفصل التمهيدي طرحته طبيعة الموضوع المركب من محورين كبيرين: السلطات الإدارية المستقلة والشريعة العامة للعقود، ودور مضمون المحور الأول في تجديد مضمون المحور الثاني، مما استدعى ضرورة إيجاد ربط علمي منطقي بينهما بما يسهل مواصلة الدراسة والتحليل والإجابة على الإشكالية الرئيسية.

أما باقي الفصلين فقد فرضتهما إشكالية الموضوع أيضا، ذلك أن البحث في دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود يستدعي الوقوف على مظاهر هذا التجديد إن لم تكن كلها فعلى

الأقل جلها و هو ما يستدعي تخصيص الفصل الأول لها، ومن جهة أخرى خصص الفصل الثاني لتقييم هذا التجديد من خلال محاولة الإحاطة والبحث عن إيجابيات التجديد هذا سلبياته.



الفصل التمهيدي: مكانة العقد في السوق، في ظل تطور مفهوم الضبط الاقتصادي

لا أحد ينكر على العقد الأهمية الكبرى التي يحتلها في التعامل بين الناس، ويكاد عدد العقود اليومية لا يحصى، إذ أنه أداة تبادل للسلع و الأموال، و إذا كانت معظم العقود تنفذ فوراً كعقود البيع، إلا أنه كلما احتل موضوعها مكانة مالية هامة تطلب الاتفاق على شروطها و تحديد الالتزامات الناشئة عنها دقة، مما يستوجب الاستعانة بالمبادئ القانونية التي وضعها المشرع كنظام قانوني لها¹.

ولأسباب تاريخية، فإن النظرية العامة للأعمال القانونية تم وضعها انطلاقاً من مفهوم العقد، كما تسري الأحكام التي تطبق على العقود على كل الأعمال القانونية، حيث ظهر العقد كمصدر للالتزام قبل التصرف من جانب واحد².

غير أنه ومن خلال التطور الحديث الذي عرفته الدورة الاقتصادية في العالم و ما نتج عنه من عقود تبادل للسلع والخدمات والخبرات، وما تفرع عنه من عقود مستحدثة اكتسبت نظاماً قانونياً خاصاً، فإن المفهوم التقليدي للعقد لم يعد قائماً كما في السابق بل أخذ يكتسب صفة الأداة الاقتصادية والمالية الموظفة في عمليات مفيدة مالياً واقتصادياً و اجتماعياً وطنياً³.

وإذا كان العقد آلية للتبادلات الاقتصادية، وأن هذه التبادلات إنما تتم في الأسواق، فلا بد أن للعقد مكانة في السوق، و أن هذه المكانة لا بد و أن تتأثر بدور الدولة في الاقتصاد و الذي يتحدد بحسب النظام الاقتصادي الذي تنتهجه هذه الأخيرة، على اعتبار أن الربط بين النظام القانوني للقواعد الخاصة بالعقود (القانون الخاص) و النظام القانوني للدولة يفترض أن تتطابق هذه القواعد الخاصة مع الشروط التي يضعها هذا النظام القانوني للدولة.

ومن هنا جاز طرح التساؤل التالي: إلى أي مدى يؤثر النظام الاقتصادي للدولة على مكانة العقد في السوق؟

¹ - العويجي مصطفى، القانون المدني . العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية .، ج 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 04، ص 83.

² - فيلاي علي، الالتزامات . النظرية العامة للعقد .، موفم للنشر، الجزائر، ط 2013، 03، ص 42.

³ - العويجي مصطفى، المرجع السابق، ص 88.

يعرف السوق على أنه كل إطار يتم فيه التعامل والتعاقد على الصفقات التجارية، وبالتالي فإن السوق يشمل الموضع المادي الحقيقي الذي يتم فيه البيع والشراء، كما يشمل الموضع الاعتيادي الذي تتحدد فيه أسعار السلع كأسعار الذهب و أسعار النفط¹.

وعرفه الدكتور راشد البراوي بأنه: "عبارة عن منطقة يتصل بها المشترون و البائعون إما بطريقة مباشرة أو عن طريق وسطاء... بحيث أن التسعير الذي يسود في أحد أجزاء السوق يكون له تأثيره على الأسعار السائدة في أجزائه الأخرى، مما يترتب عنه وجود تجانس في أسعار السلعة الواحدة في السوق كلها بغض النظر عما يحدث من انحرافات في الثمن المتجانس ترجع إلى اعتبارات محلية أو أسباب طارئة و وقتية"².

وقد اعتبرت الفقيهة "FRISON ROCHE" أن موقف الثورة الفرنسية يتوافق تماما مع نظرية آدم سميث في تصوره للسوق المراد حمايته، و بناء على ذلك وضعت تعريفا للسوق على أنها: "هي المكان الذي يجتمع فيه الأفراد القادرون على تحمل أعمالهم (نشاطاتهم) و يلتزم فيه بعضهم تجاه بعض في إطار علاقات ثنائية، و التي تسمى العقود"³.

وجاء في المادة 03 من قانون المنافسة أن السوق هي: " كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذلك تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع والخدمات المعنية"⁴.

من خلال هذه التعريفات يمكن استخلاص ارتباط مفهوم السوق بأشياء أخرى:

_ ارتباط مفهوم السوق ارتباطا جليا بالأسعار.

_ ارتباط مفهوم السوق بحرية المنافسة من جهة و بالمستهلك من جهة أخرى.

¹ - تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هوم، الجزائر، 2013، ص 52.

² - المرجع نفسه، ص 52، 53.

³ - FRISON-ROCHE - Marie-Anne-, Les contrats et la régulation bancaire et financière, première leçon, 28 Janvier 2015, mafr, in www. mafr.fr

⁴ - أمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 2003/07/19، يتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43، الصادر في: 2003/07/20، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في: 2008/06/25، ج ر ع 36، الصادر بتاريخ: 2008/07/02 والمعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 2010/08/15، ج ر ع 46 الصادر في 2010/08/18.

- وجود علاقة بين مفهوم السوق و بين العقود، في إشارة من " FRISON ROCHE " إلى أن السوق يبني على العقود كتصرفات قانونية تعبر عن توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني. وقد ذهبت نفس الفقهية إلى أنه و بأسلوب ليبرالي حتى لو كان متطورا وبأسلوب أقل راديكالية منه في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن الاجتهاد القضائي في فرنسا رتب نتائج تقنية أساسية من خلال هذا المفهوم للسوق وارتباطه بمفهوم العقد، وهي أربعة نتائج اعتبرت الأساس التي قامت عليها آليات السوق، تتمثل في: حرية التعاقد، حرية عدم التعاقد، حرية اختيار المتعاقد معه وحرية اختيار مضمون العقد (بما يلتزم المتعاقد؟)¹.

ومن هنا كانت ضرورة البحث عن دور العقد في السوق وتطور هذا الدور في ضوء تطور دور الدولة في الاقتصاد.

¹ - FRISON-ROCHE - Marie-Anne-, Les contrats et la régulation bancaire et financière, op, cit

المبحث الأول: مكانة العقد في ظل الضبط الذاتي للسوق

إن الضبط الذاتي للسوق مفهوم مرتبط بأفكار آدم سميث و المتعلقة باليد الخفية التي تضبط السوق الخاضع لقانون العرض و الطلب، و التي تستلزم إقصاء الدولة و إعدام أي تدخل لها في الحياة الاقتصادية، هذه الأخيرة المبنية على مبدأ الحرية و أساسا الحرية التعاقدية و حرية المنافسة. ومفهوم الضبط الذاتي للسوق مرتبط أساسا بالليبرالية كنهج اقتصادي يقوم على الحرية، غير أن مفهوم الضبط الذاتي هذا لم يبق مستقرا بل عرف تغيرا تبعاً لتغير مفهوم الليبرالية، كما أن دور العقد عرف بدوره تطوراً في ظل هذه المتغيرات الاقتصادية. من خلال هذا المبحث وفي مطلبين سيتم التطرق إلى العقد كآلية للضبط الذاتي للسوق (المطلب الأول)، والعقد والضبط الاقتصادي للسوق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العقد آلية للضبط الذاتي للسوق

إن الإحاطة بعناصر هذا المطلب تتطلب التطرق إلى دراسة تطور مفهوم العقد في ظل تطور وظيفة الدولة بين الدولة الليبرالية الحارسة (الفرع الأول) و الدولة الليبرالية المتدخلة (الفرع الثاني) على اعتبار أن السوق في ظل هذه الوظيفة يخضع لقانون حرية العرض و الطلب و الحرية التعاقدية.

الفرع الأول: الدولة الحارسة وضبط السوق

تعرف الحرية الاقتصادية على أنها مذهب أو عقيدة اقتصادية تؤكد أن النظام الاقتصادي الأمثل هو النظام القائم على حرية المبادرة الفردية، و الأساس المشترك بين المدارس الليبرالية هو الاعتقاد بوجود نظام طبيعي و قانون طبيعي يحكم الحياة الاقتصادية، و أن القانون الطبيعي هو قانون المنفعة الشخصية الذي يسير النشاط الاقتصادي للأفراد و المجتمع، و النظام الطبيعي هو النظام الذي يتحقق من خلال حرية المبادرة الفردية، لذلك فإن هذه الحرية تدخل ضمن إطار القوانين الاقتصادية الطبيعية.

ويتصور أنصار الحرية الاقتصادية إنسانا اقتصاديا مجردا و يرون أن السلوك الطبيعي لهذا الفرد هو الحصول على أكبر إشباع ممكن بأقل عناء، و أن سعي الأفراد وراء مصالحهم الشخصية يقودهم إلى تحقيق المصلحة العامة، و هذا فإن المصلحة لا تتعرض مع المصالح الشخصية، فحرية المبادرة تضمن تلقائيا و عفويا ازدهار التوازن الاقتصادي¹.

وأكد أنصار المدرسة الكلاسيكية أن المنفعة الخاصة هي الدافع الذي يحكم نشاط الفرد الاقتصادي، و طور آدم سميث و آخرون مذهب الحرية الاقتصادية انطلاقا من مبدأ " دعه يعمل، دعه يمر" أي أن حرية الفرد تكون شرطا ضروريا لتطور المجتمع و على الدولة ألا تتدخل في النشاط الاقتصادي للفرد، وإنما عليها أن تهتم فقط بتوفير الأمن و حماية النظام العام بين الناس، و نتج عن نشأة النظام الرأسمالي القائم على اقتصاد السوق².

ويقوم نظام اقتصاد السوق على أساس الباعث الشخصي للأفراد والمشروعات فكل منها يبحث عن تحقق مصالحه الشخصية في جو من الحرية و المنافسة، و لكنه في هذا السعي يحقق . ربما دون أن يدري . مصلحة الجماعة بأكبر قدر من الإنتاج بأقل قدر من التكاليف، وهذا ما عرف في التاريخ الاقتصادي باليد الخفية³، و وفقا لأفكار آدم سميث فإنه يمكن تحقيق معضلة التقاء المصلحة العامة و الليبرالية⁴.

فالرأسمالية قامت على الضبطية الذاتية، بمعنى أن السوق يسير نفسه بنفسه ولا مجال لتدخل الدولة، لأنه غير نافع بل إن في تدخلها إضرار به⁵، وعلى اعتبار أن العقود أفضل وسيلة لتنظيم نشاطات الإنسان الاقتصادية والاجتماعية، فقد أكد أصحاب المذهب الاقتصادي الليبرالي أن الإرادة

¹ - طلاس جمال، الحرية الاقتصادية، مقال منشور بمنندى الاقتصاد و الأعمال، منتديات ستار تايمز، بتاريخ:

?t=www.startimes.com/29238069 الساعة 04:04، 01/10/2011

² - المرجع السابق.

³ - البيلوي حازم، دور الدولة في الاقتصاد، دار الشروق، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1998.

⁴ - SOPHIE Nicinski, Droit public des affaires, Montchrestien, ed Alpha, 2010, p 16

⁵ - نجاح عصام، قانون الضبط الاقتصادي، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة 8

ماي 1945، قالمه، 2013 . 2014.

تفرض سلطانها على المتعاقدين، و أن طبيعة العلاقات الاقتصادية بين الأفراد وبين الجماعات تستدعي استبعاد أي إعاقة لحرية التعاقد تحقيقاً للمنفعة والمصلحة العامة و العدالة الاجتماعية¹.
أي أن العلاقات التعاقدية بواسطة حرية العرض والطلب هي مناط العدالة العقدية، وهي الفكرة التي تجد تلخيصاً لها في مقولة الفقيه " فوييه " في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بأن: " كل ما هو تعاقدية فهو عادل"²

إن أفكار الفلسفة الفردانية للمذهب الاقتصادي الليبرالي كان لها أثرها المباشر على القواعد القانونية بواسطة مبدأ سلطان الإرادة الذي يسمح بتحليل وشرح النظام الكلاسيكي للعقد، فقانون حرية العرض والطلب الذي يستلزم المنافسة لا يضمن تكيف الثمن مع القيمة فقط ولكن كذلك المنتجات بالنسبة للاحتياجات، كما أن المصلحة العامة تتضمن وتحمل في طياتها جملة المصالح الفردية الخاصة، إضافة إلى أن المنافسة الحرة للمصالح الشخصية تحقق المصلحة العامة. بمعنى أن العقد نشأ نتيجة للإرادات الحرة للأطراف المتعاقدة التي لا تهدف إلا لتحقيق مصالحها، وهو ما يؤدي إلى إيجاد توازن آلي بين مصالح هؤلاء المتعاقدين، كما أن الفكرة الأساسية للحرية التعاقدية والمتواجدة أساساً في مبدأ سلطان الإرادة تعني أن الدولة ملزمة بالخضوع لمبدأ " دعه يعمل، دعه يمر، دعه يتعاقد"³.

ومن هنا فإن التوجه الليبرالي الاقتصادي يستلزم حرية العلاقات القانونية بالتعاقد والتنافس، جعل العلاقات التعاقدية تستمد قوتها الملزمة من أساس إرادي محض مناطه الحرية المطلقة للإرادة، وعلاقات اقتصادية تمتاز بحرية وقواعد خاصة في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته و في الحدود التي يريدها و بالكيفية التي يختارها⁴.

غير أن النظرية الكلاسيكية ورغم محاولاتها تعزيز مبادئ الليبرالية دفاعاً عن النظام الرأسمالي لم تفلح، تحت تأثير الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 1929 و دحضت المبدأ القائل بألية التوازن العفوي للسوق، و أن سعي الأفراد لتحقيق مصالحهم الخاصة يخدم مصلحة الجماعة، أما الانتقاد القوي فقد

¹ - غوستان جاك، ترجمة القاضي منصور، مراجعة فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني . تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، ط 02، 2008، ص 64.

² - علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها . دراسة مقارنة .، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007 / 2008 ، ص 24.

³ - المرجع نفسه، ص 24، 25.

⁴ - المرجع نفسه، ص 25.

جاء على يد " كينز" الذي قال: " أن تطور الرأسمالية يصطدم بتناقضات حادة لا يمكن أن تزول عفويا، وتظهر هذه التناقضات في البطالة و عدم كفاية الطلب الفعال على البضائع الذي يعني أن عرض البضائع لا يتطابق عفويا مع الطلب عليها"، و في هذا اعتراف بالتناقضات، و قد حاولت النظرية الكينزية إيجاد حلول لها مما ساعد على تجاوز الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 1929¹.

الفرع الثاني: الليبرالية الجديدة ودور العقد في السوق

بهدف إنقاذ الحرية الاقتصادية نشأت دعوة لليبرالية جديدة، حاول أنصارها المحافظة على جوهر الليبرالية و الأسس التي تقوم عليها من حيث الاعتقاد بالنظام الطبيعي و تأكيد الملكية الخاصة و الحرية الفردية و المنافسة الحرة، مع ضرورة تدخل الدولة في كل هذا لضمان عمل المبادرات الفردية في إطار المنافسة الحرة، أي التدخل من أجل الحرية في مواجهة الاحتكارات، و اعتبار المنافسة الحرة هي ضمان عمل الآليات العفوية لقوى السوق.

اتضح أن اقتصاد السوق ليس مجرد ترك الأمور تجري في أعنتها، بل هي ترك الحرية للأفراد والمشروعات في إطار قواعد عامة للسلوك متفق عليها، و أن السوق لا تعمل إلا في إطار دولة قوية تضع الإطار العام للنشاط الاقتصادي و تحدد الشروط المناسبة لمباشرة هذا النشاط و تحول دون الخروج عن هذا الإطار، و توقيع الجزاء على من يخالف القواعد التي تضعها، و لأنه ليس بالضرورة أن تتوافق دائما المصالح الخاصة مع المصلحة العامة، و هنا يتعين تدخل الدولة لوضع القيود و الحدود لحماية المصلحة العامة²، و هنا تحل اليد المرئية للدولة محل اليد غير المرئية للسوق³.

إن إرادة الدولة في توجيه الاقتصاد وفقا لدورها الجديد كدولة متدخلة وفقا لمتطلبات و حاجات الزمن الاقتصادي فرض ضرورة ملحة لتوجيه العقود بغرض تحقيق العدالة العقدية، مما رتب نتائج على الحرية التعاقدية و أصبح العقد يحمل أرباحا اقتصادية، و العلاقة بين القانون و الاقتصاد هي علاقة نفعية أكثر مما هي خدمة القانون للاقتصاد.

¹ - طلاس جمال، المرجع السابق، دون صفحة.

² - الببلاوي حازم، المرجع السابق، ص 68.

³ - SOPHIE Nicinski, op, cit, p 17, 18

ويعتبر قانون العقود النظام القانوني الرئيس لتوفير الحماية للمعاملات واستقرارها، لذلك فإن الدولة تتدخل لوضع نظام قانوني سليم يحمي الحقوق و يضمن العقود بما في ذلك إقامة نظام قضائي وتنفيذي سريع و فعال، ويصبح القانون أداة رئيسة في الإدارة الاقتصادية، وهو يقوم بدوره عن طريق قانون العقد¹.

غير أن الأزمة الاقتصادية التي عرفتها فرنسا و أوروبا الغربية في سبعينات القرن العشرين لم تنفع معها أفكار " كيبينز " و لا النظرية البنائية ل " فردريك هايك"².

المطلب الثاني: العقد والضبط الاقتصادي للسوق بمفهومه المعاصر

كانت الدولة تثق بمفهوم الضبط الذاتي للسوق وبالمنافسة الحرة لتحقيق العدالة التعاقدية والصالح العام في الوقت عينه، أي التكيف الأفضل و الممكن لإنتاج الأموال مع إرضاء الحاجات على الصعيد الاقتصادي، غير أن الواقع أثبت استغلال الأقوياء لمن هم أضعف، و تمت التضحية بالمصلحة العامة في الغالب لصالح المصالح الخاصة، و زاد من خطورة إنشاء مجموعات خاصة و السماح بالتنظيم الخاص للسوق الناجم عن احتكارات و أوضاع مسيطرة، و جرى تحويل كبير لقوانين العرض و الطلب³.

إن التصور السابق لنظرية العقد ووظيفتها عرف تراجعاً بسبب المعطيات الجديدة التي عرفها المجتمع في المجالين الاجتماعي والاقتصادي، إلى جانب التغير الجذري من الناحية الفكرية، فالفرد هو عضو في المجتمع، يتولى وظيفة اجتماعية فيحمله المجتمع واجبات نحو غيره، و يمنحه حقوقاً تمكنه من العيش في الجماعة فأصبح المجتمع هو مصدر حقوق الفرد و واجباته و ليس الإرادة الفردية، مما أظهر سلبيات المذهب الفردي و ما نتج عنه من مبادئ و قواعد تحكم العقد، إلى جانب تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي و تتحكم في تسييره من جهة، و

¹ - البيلوي حازم، المرجع السابق، ص 101.

² - SOPHIE Nicinski, op, cit, p 20

³ - غستان جاك، المرجع السابق، ص 131.

تكفلها بحماية المتعاقد الضعيف اجتماعيا و اقتصاديا و ثقافيا، و بروز أفكار تطالب بأكثر تضامن بين أطراف العقد إضافة إلى المستجدات التي أفرزها الواقع¹.

ومن هنا سيتم التطرق إلى تطور وظيفة الدولة نحو الضبط الاقتصادي للسوق (الفرع الأول)، وكيف حاول هذا المفهوم الجديد لدور الدولة مواجهة قصور الشريعة العامة للعقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطور وظيفة الدولة نحو مفهوم جديد للضبط الاقتصادي للسوق

منذ منتصف الثمانينات أصبح الحديث عن (التدخل الليبرالي) وذلك لتمييز الدولة عن الصورتين السابقتين (دولة حارسة ودولة متدخلة)، التي أصبحت تضمن وتعمل على استقرار وحرية السوق بدل توجيهه ونموه، وكأن هذا الدور الجديد للدولة عاود الرجوع وفقا لتصور أكثر أصالة لليبرالية التي لم ترفض كل تدخل للدولة غير أنه أصبح مصطلح جديد هو المستعمل وهو مصطلح " الدولة الضابطة"².

وقد قدم الفقه سببين رئيسيين للتوجه نحو الضبط، يتعلق الأول بكون الدولة قد تطورت بشكل لافت مما لم يعد يسمح لها بأن تقبل بعضا من التبعية للأحزاب السياسية أو بعض الممارسات السياسية التي كانت تميز الإدارة التقليدية والتي أصبح الرأي العام يرفضها، وبعبارة أخرى الانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة، هو الدافع لخلق آليات مؤسساتية للضبط بحجة أن المؤسسات الإدارية التقليدية لم تعد قادرة على تلبية الحاجة الجديدة في الضبط وحماية الحريات، كما أن البناء المؤسساتي التقليدي ليس قادرا على الاستجابة لمتطلبات التدخل الفعال السريع لمواكبة تطور العلوم والتقنية والاتصالات.

والثاني يتعلق بتنامي المطالبة " بجهة تحكيمية حيادية "، حيث أن الإفراط في تسيير الإدارة التقليدية ما عاد يسمح لها بتقديم ضمانات الحياد للمتعاملين الاقتصاديين، إضافة إلى كون الدولة تتواجد في قطاعات معينة و لها أسهم محددة فكيف يكون الوضع أمام تضارب المصالح بين الدولة المساهمة المهتمة بتقييم المؤسسة التابعة لها، و الدولة الضابطة التي تسهر على أن توفر للمستهلك أسعار جيدة وخدمات نوعية، ولذلك جاء في أحد التقارير المنشورة أن: "الفصل الواضح بين الوظيفتين

¹ - فيلالي علي، الالتزامات . النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق، ص 54، 55.

² - نجاح عصام، محاضرات في قانون الضبط الاقتصادي، المرجع السابق، دون صفحة

(دولة مساهمة و دولة ضابطة) يسهل معالجة و حل هذا التناقض"، وهذا ما يسمح بوضع تحكيم مستقل بين المصالح المتناقضة¹.

ويعبر الضبط عن تراجع دور الدولة المتدخلة أو تشكل دور الدولة في شكل جديد، و قد صرح أحد الكتاب: " أن الضبط ليس إنكار لدور الدولة في العمل الجديد في المجال الاقتصادي، و لكن هو طريقة أخرى لتحرك الدولة بفلسفة اجتماعية جديدة..."².

وفي نفس الاتجاه ذهب الأستاذ " رشيد زوايمية" عندما أكد أن الضبط ما هو إلا طريقة جديدة لتدخل الدولة التي انتقلت من ميكانيزمات الرقابة إلى أشكال جديدة من التدخل و تسمى بالضبط، فبعد أن كانت دولة حارسة أصبحت دولة ضابطة. خلافا لما يمكن فهمه من عبارة انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، فإن الانتقال من اقتصاد تديره الدولة إلى اقتصاد يديره السوق سيكون بالضرورة بخلق أساليب جديدة لتدخل الدولة الذي يمكن تلخيصه في مصطلح الضبط³.

وللضبط قطاعات يسعى للحفاظ فيها على حرية المنافسة و التعددية، و يتعلق الأمر بقطاعات المالية، الطاقة، الاتصالات والنقل...، وفي كل قطاع توجد سلطة ضبط قانونها الأساسي مختلف ولكن حيادها مضمون ودائما تحت رقابة القضاء، كما كتبت " FRISON ROCHE " في كتابها "قانون الضبط الاقتصادي" الصادر سنة 2001 في مقابل هذا التصور الذي يجعل الضبط محصورا في قطاعات كانت سابقا محتكرة من طرف الدولة، تطرح " L . BOY " تصورا آخر للضبط الاقتصادي الذي يحوي قانون المنافسة و يساهم في بناء الأسواق و إعادة صياغة العقود⁴.
ما سبق ذكره يدفعنا للبحث عن المقصود بالضبط الاقتصادي.

¹ - المرجع نفسه.

² - المرجع نفسه.

³ - حمليل نواره، النطاق القانوني للسوق المالية الجزائرية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، دون سنة، ص 21، 22.

⁴ - عصام نجاح، محاضرات في قانون الضبط الاقتصادي، المرجع السابق، دون صفحة.

يعد مصطلح "الضبط" « Régulation » مصطلح ذو استعمالات شائعة ومتعددة إذ يؤخذ به في شتى العلوم¹، السياسية، الاقتصادية والاجتماعية، إلا أنه لم يتطور، ولم يحض بقيمة أكبر إلا في ظلّ العلوم القانونية.²

إن مصطلح الضبط الاقتصادي استخدم في الميدان القانوني الاقتصادي أول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية خلال سنة 1933 مباشرة بعد أزمة 1929 و كأثر من آثارها، حيث أصدر الرئيس " روزفلت " قرارا لإنشاء مجموعة من الهيئات لرقابة السوق المالية و غيرها لضمان سيرها الحسن و منع الاحتكار بفتح المجال للمنافسة المشروعة، ويراد به تدخل الهيئات العامة لمراقبة المتعاملين الاقتصاديين في السوق، ثم ما لبث أن تأثرت به التشريعات الأخرى، لتكرسه في منظوماتها القانونية، لاسيما التشريع الفرنسي، الذي اقتبس منه المشرع الجزائري بدوره النصوص القانونية المجسدة لفكرة الضبط، إثر شروعه في أواخر الثمانينات بالقيام بمجموعة من الإصلاحات السياسية والاقتصادية³.

وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في تعريف مصطلح الضبط غير أنهم اتفقوا على أنه ضرورة حتمية يجب على الدول تبنيها لتنمية أسواقها و تفتحها على الأسواق العالمية.

ويقصد بالضبط في اللغة الانجليزية معنيين، الأول رقابة أو محافظة على سرعة متحرك ما، والثاني الرقابة عن طريق مجموعة من القواعد، و من هنا يمكن استنتاج أن عمل رقابي مساري (يساير مسار السوق و يراقبه) و ذلك عن طريق مجموعة من القواعد.

غير أنّه إذا كان مصطلح « régulation » يقصد به في اللغة الإنجليزية "التنظيم" (réglementation) الذي تمارسه الهيئات العامة، فإنّ هذا المصطلح يحمل في اللغة الفرنسية معنى الدور الجديد للدولة في المجال الاقتصادي، مجسدة بأجهزة مستحدثة غير تلك التقليدية المعهودة.

¹- L. BOY, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », J. C. P, n°41, 2004, p3.

²- J. P. MOUSSY, « Des autorités de régulation, pourquoi, comment ? », Revue de la confédération française démocratique du travail, n°57, 2003, p34.

³- شيخ أعمار يسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009/2008، ص 24.

فهذا المصطلح لا يرجع إذن من حيث مضمونه إلى "التنظيم الاقتصادي" (réglementation économique)، وإنما إلى مصطلح « Regulatory systems »، الذي يقصد به، مجموعة القواعد القانونية، والأجهزة المستحدثة لتجسيد السياسة العامة الجديدة في المجال الاقتصادي¹.

غير أنه إذا كان مصطلح « régulation » يقصد به في اللغة الإنجليزية "التنظيم" (réglementation) والذي تمارسه الهيئات العامة، فإن هذا المصطلح يحمل في اللغة الفرنسية معنى الدور الجديد للدولة في المجال الاقتصادي، مجسدة بأجهزة مستحدثة غير تلك التقليدية المعهودة.

وعرف الأستاذ " Jobart " " جوبارت" الضبط كما يلي: " الضبط هو الشكل الجديد للقانون الذي يسعى بوسائل مرنة إلى حث و توجيه و ملائمة السلوك الاجتماعي في مجال يجب فيه التوفيق بين مصالح متعارضة لضمان نوع من الاستقرار"².

وقد أعطى مجلس الدولة الفرنسي مفهوما عاما للضبط على أنه: "طرق تدخل الدولة لضمان المشروع الاجتماعي، الاقتصادي والثقافي بالنسبة للحاضر والمستقبل".

«La régulation désigne les formes d'intervention par lesquelles l'Etat garantit pour le présent et pour l'avenir le projet social, économique et culturel»³.

ومن هنا فإن الضبط الاقتصادي هو جملة القواعد القانونية التي تحكم المسار الاقتصادي أو تراقب السوق لتحقيق الاستقرار و ضمان السير الجيد له.

ويعبر الضبط الاقتصادي عن هجر الدولة للتنظيم (التشريع الفرعي) في المجال الاقتصادي وليس عن ترك القانون في ذات المجال، إذ أنه في الوقت الذي يتم فيه هجر التنظيم تقوم الدولة بالضبط، وإن كان مصطلح الضبط ومصطلح التنظيم لهما نفس المعنى تقريبا عند الإنجليز، فالضبط بالنسبة للقانونيين في العائلة الأنجلو سكسونية كثير الاستخدام و يعني أن القانون لا يكون مصدره الدولة فقط و إنما قسم كبير منه مصدره المجتمع المدني، غير أنه مصطلح جديد بالنسبة للقانونيين في العائلة اللاتينية الجرمانية القائمة على التقنين.

¹ - المرجع نفسه، ص 24، 25.

² - حمليل نوار، المرجع السابق، ص 21.

³ - Conseil d'Etat, « Les autorités administratives indépendantes », EDCE, la documentation française, n°52, 2001, p 267

وقد ذهب الفقيه " شمبو " إلى أن: " الضبط هو تصور جديد لصناعة القانون أو مسار معكوس لصناعة القواعد القانونية"، فالضبط مرتبط بإرادة فسخ المجال للمتعاملين الاقتصاديين والمجتمع المدني للمساهمة في مسار صناعة القواعد، و حسب " لوران تانوجي " فإن: " الضبط هو الشكل الجديد للتدخل العمومي في اقتصاد السوق ليضمن قريبا أكبر للحياة الاقتصادية بمنطق تبادلي، قانوني، مرئي، متصور، تعددي و احترافي"¹.

وعرف المشرع الجزائري الضبط الاقتصادي بموجب المادة 03 فقرة هـ من الأمر 03/03 المتضمن قانون المنافسة على أنه: " كل إجراء أيا كانت طبيعته، صادر عن هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم و ضمان توازن قوى السوق، و حرية المنافسة، و رفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها و سيرها المرن، و كذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أنواعها و ذلك لتطبيق أحكام هذا الأمر".

وفي جانب آخر، فإن قانون الضبط يعبر عن التغيير الذي طرأ على المجالات التقليدية لكل من القانون العام و القانون الخاص بسبب تطور وظيفة الدولة، و هو غزو القانون العام للقانون الخاص، إذ أصبحت العلاقات يحكمها القانون الخاص علاقات تنظيمية أكثر مما هي تعاقدية، كما يعني هذا التغيير أيضا خصخصة القانون العام، إذ أصبحت الدولة تباشر نشاطات اقتصادية و تجارية و تتعامل عن طريق العقد، فلم تبق حدود كل من القانون العام و القانون الخاص ثابتة و لا مستقرة².

ومن هنا أمكن القول أن قانون الضبط الاقتصادي يتجاوز التقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص، ويتعين التأكيد على نقطة مهمة وهي أن أجهزة وسلطات الضبط هي في استماع دائم للمجتمع المدني وتلاحظ الوقائع و ترصد مصالح وأهداف هذا المجتمع لتصوغ على أساس ذلك قواعد ضببية، ولكن هذه الأجهزة والسلطات توصف بأنها " إدارية" لذلك يمكن حل هذا التناقض بالقول أن قانون الضبط هو " قانون مختلط".

¹ - نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، جامعة 08 ماي 1945، قالمة يومي 13 و 14 نوفمبر 2012، ص 06.

² - فيلالي علي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 125.

الفرع الثاني: الضبط الاقتصادي بمفهومه المعاصر في مواجهة قصور الشريعة العامة للعقود

لقد تأثرت نظرية العقد بالمهام الجديدة للدولة، فاهتمام الدولة بالميدان الاقتصادي عن طريق ضبطه جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد، وذلك بتقييد إرادة الأطراف من عدة جوانب، وعبر الفقه عن هذه الظاهرة الجديدة بـ "عيممة العقد"، أي أن العقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه، و تحديد مضمونه و قد يستغني المشرع في بعض الأحيان عن فكرة العقد تماما.

ومن هذا المنطلق أصبحت السمة الأساسية للعقود في العصر الحالي تقوم على فكرة عدم المساواة في العلاقات التعاقدية إلى جانب خاصية تمذيج أو تمييط العقود، و كذا ظهور عقود الأعمال، و هو ما سيتم التعرض له فيما يلي:

أولاً: اللامساواة التعاقدية

إن مسألة عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة ليست بالجديدة، غير أنها اليوم باتت مظاهرها طاغية على العلاقات التعاقدية، مما كشف عن وجود تقسيم جديد للمتعاقدين، طرف قوي وطرف ضعيف، و هذا الوضع يبرر سيطرة الطرف القوي على الإرادة الأخرى، و هذا ما يشكك في مقولة أن العقد هو توافق إرادتين متساويتين، وأنه أصبح قائماً على الإكراه الاقتصادي¹، وهنا يتم التفرقة بين عدم المساواة بين المهنيين وعدم المساواة بين المهنيين والمستهلكين، وعندما تصبح اللامساواة ميزة العلاقات التعاقدية بين الأطراف فلا بد من التدخل فإن لم يكن بغرض القضاء عليها فعلى الأقل للتخفيف من حدتها بغرض تحقيق الحماية للطرف الضعيف و البحث عن توازن العقد.

أ - عدم المساواة بين المهنيين:

و تظهر أساساً من خلال عدم المساواة في علاقات العمل و عدم المساواة بين المنتجين و الموزعين.

¹ - نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2013، ص 35.

1- **عدم المساواة في علاقات العمل:** أول ما ظهرت مسألة عدم المساواة بين المهنيين كانت في علاقات العمل بين أرباب العمل و العمال، على اعتبار أن أرباب العمل كانوا دائما في مركز أقوى في علاقة العمل، فيفرض على الطرف الضعيف شروط عقد العمل، وبدت هذه اللامساواة جلية خلال القرن التاسع عشر، غير أن التوازن ظهر مجددا تدريجيا مع انتقال المفاوضات إلى الصعيد الجماعي و إبرام الاتفاقيات الجماعية في العمل¹.

وتعمل التشريعات اليوم على تحقيق التوازن في عقود العمل، كما تحرص الاتفاقيات الجماعية على عدمه.

2- **عدم المساواة بين المنتجين والموزعين:** أدى تركيز رؤوس الأموال و وسائل الإنتاج في أوروبا إلى التباين في القوى الاقتصادية مما خلق نوعا من عدم التوازن بين المنتجين والموزعين، واختلال التوازن العقدي هذا لم يقتصر على العقود بين المقاولين و الأفراد، بل اتسع و أصبح بين المقاولين أنفسهم، مما أثر على المنافسة و ساهم في خلق العلاقات التعاقدية التبعية بين مقاولات متميزة²، وبدلا من اكتساب ملكية أو التحكم في مقولة، أبرم التجار وأصحاب المصانع عقودا تسمى "عقود التكامل"، بمقتضاها ضمنوا توريدهم الحصري لمنتجات هذه المقاولات لمدة محددة، فعقود التوريد الحصري كلها تتميز بعدم تساوي التزامات الأطراف المتعاقدة فيها³.

وقدم السيد " VIRASSAMY " تركيبا مثيرا يطبق على هذه الاتفاقيات على أنها عقود تحكم نشاطا مهنيا يجد فيها أحد الفريقين الخاضع لها نفسه تابعا في وجوده أو بقائه للعلاقة المنتظمة المميزة أو الحصرية التي أقامها مع شريكه في التعاقد (الشريك المتمتع بامتياز)، و نتيجة لذلك وضعه في تبعية اقتصادية وتحت سيطرته، وهذه العقود لها من الناحية العملية تنوع كبير يجعلها تتدخل في قطاعات الحياة الاقتصادية كافة⁴.

¹ - غوستان جاك، المرجع السابق، ص 65.

² - المرجع نفسه، ص 66.

³ - مندي آسيا بسمينة، النظام العام و العقود، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009/2008.

⁴ - غوستان جاك، المرجع السابق، ص 67.

ب- عدم المساواة بين المنتجين والمستهلكين:

إن التنوع المعاصر للمنتجات والخدمات وتعقيدها التقني أعطى تفوقا كبيرا في العلاقات التعاقدية، كما زاد الضغط على المستهلك ضعيف الإعلام أمام التطور الهائل في شبكات التوزيع وطرق الإشهار والبيع، وزادت قوة المهنيين في مواجهة المستهلكين المتواجدين في آخر محطة للتوزيع التجاري¹. وعليه فإن الوضعية المتساوية . مبدئيا . التي يحكمها القانون المدني قد تغيرت لتصبح علاقة عدم توازن و عدم مساواة لصالح المهنيين، الذين لجأوا إلى إبرام الشروط التي تخدم مصالحهم في العقود التي يبرمونها مع المستهلكين، و التي عرفت تنوعا واتساعا في مداها وانتشارا مذهلا في مجتمعات الدول الصناعية التي تعرف إنتاجا ضخما وتوزيعا جماهريا، والتي تعارف على تسميتها بالشروط التعسفية، لتكتسح هذه الظاهرة الدول النامية التي تشهد تداولاً و توزيعاً لنفس السلع دون رادع أو رقيب². و حماية المستهلك في العقود كان يضمنها القضاء في البداية عندما كان يكيف العقد المبرم على أنه عقد إذعان³، ثم ظهرت جمعيات حماية المستهلك مع بداية ستينيات القرن العشرين كنتيجة لتراكم حركات شعبية منتالية، و غاية هذه الجمعيات هي حماية المستهلكين من خلال حماية مصالحهم الفردية والجماعية و ليس حماية مصالحهم الاقتصادية فقط بل و أيضا حماية السلامة و الصحة⁴، وقد طالبت هذه الجمعيات بالإخلاص في العقود بإرساء قواعد تحث على حسن النية عند إبرام العقود مع التثديد بعقود الإذعان و خاصة الشروط التعسفية التي تتضمنها.

¹ - مندي آسيا بسمينة، المرجع السابق، ص 25.

² - بو دالي محمود، حماية المستهلك في القانون المقارن . دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ط 2006، ص 233.

³ - مندي آسيا بسمينة، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - نجاح عصام، محاضرات في قانون المستهلك، أقيمت على طلبه الماجستير، قانون أعمال، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2014، دون صفحة.

ثانيا: تمذيج العقود (تنميط العقود)

يعتبر تمذيج العقود من العوامل التي جعلت اللامساواة هي ميزة العلاقات التعاقدية الحالية في العصر الحاضر، والتي تقود إلى توحيد معظم العمليات القانونية، ويتم التعرض هنا إلى العقود النموذجية وعقود الإذعان.

أ-العقود النموذجية:

العقود النموذجية هي عقود معدة مسبقا من أحد المتعاقدين، و يتضمن العقد النموذجي الشروط المعروضة على المتعاقد الآخر في حال الرغبة في الدخول في العقد دون أن يكون لهذا المتعاقد الحق في المساومة أو الاختيار، و يقدم هذا العقد في شكل مطبوع فيه شروط و فراغات يملأها طرفيه حتى تصبح خاصة بهم، وقد شاع هذا النوع من العقود النموذجية بشكل كبير وأخذت شروطها تحل محل القواعد القانونية المكتملة، وهذا للحاجة الماسة لسرعة المعاملات¹.

وقد عرف " Léauté " العقد النموذجي على أنه: " صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي، بحيث يستخدم عند إبرام عقود متشابهة، تنصب على نفس موضوع العقود النموذجية"، كما عرف على أنه صيغة عقدية جاهزة للاستعمال معدة بتدخل المتعاقدين و من يمثلها أو من قبل الغير لتنظيم العلاقات التعاقدية المستقبلية بطريقة موحدة².

وتقسم هذه العقود إلى عقود نموذجية لا تقبل المساومة مطلقا، وعقود نموذجية تقبل المساومة على نطاق ضيق، إذ يحق للمتعاقد أن يساوم على الثمن فقط دون باقي الشروط.

ومن هنا يمكن للعقد النموذجي أن يكون عقد إذعان إذا كانت الخدمة أو السلعة ضرورية والشروط لا تقبل المساومة، وقد يكون عقدا نموذجيا وليس بعقد إذعان إذا كان بخلاف ما ذكر³.

ب- عقود الإذعان:

إن التطور الاقتصادي الحديث والتوجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة و مؤسسات تتمتع باحتكار قانوني و فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية

¹ - مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 27.

² - نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 86.

³ - مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 28.

للمستهلك، واستطاعت هذه الوحدات الإنتاجية القوية نتيجة لسلطتها الاحتكارية أن تملّي إرادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها دون أن يملكو مناقشة هذه الشروط، و ليس أمامهم سوى الإذعان للطرف المحتكر و الاستسلام لشروطه¹، مما جعل هذه العقود المبرمة عقودا غير تفاوضية، ومن الطبيعي أن يقود ذلك إلى ميل المحترف و هو الطرف القوي إلى تضمين هذه العقود من الشروط ما يفيد و يخدم مصلحته، و التي قلما تخدم مصلحة المستهلك².

وقد عرف الفقيه " ساليي " الذي أجمع الفقه على أنه صاحب فكرة الإذعان، عقد الإذعان على أنه : "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة و يفرضها مسبقا و من جانب واحد و لا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد"³.

وعرفه الدكتور "عبد المنعم فرج" بأنه: " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها، و ذلك فيما بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محددة النطاق في شأنها"⁴.

ومن هنا يمكن استخلاص شروط و خصائص عقد الإذعان على النحو التالي⁵:

- أن يتعلق العقد بسلعة أو بخدمة أو بمرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين، بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجاتهم دون أن يلحقهم أدنى مشقة.
- أن يكون الموجب محتكرا احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل مسيطرا سيطرة تجعل المنافسة على السلع أو المرافق المحتكرة محدودة النطاق.

¹ لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 09.

² بو دالي محمود، المرجع السابق، ص 299، 230.

³ نقلا عن لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 23.

⁴ نقلا عن بو دالي محمود، المرجع السابق، ص 230.

⁵ لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 59، 61، و 62، 64 و 65.

- أن يصدر الإيجاب إلى الكافة و بشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة و غير قابل للنقاش، و الغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة، و هذا الإيجاب بات و نهائي.
 - هي عقود دائمة و توضع بشكل مستمر كعقود نموذجية و لمدة غير قصيرة.
 - عقود الإذعان تفسر تفسيراً ضيقاً لأنها عقود نموذجية تقرر شروطها مسبقاً.
 - عقود الإذعان عقود مركبة.
 - شروط عقد الإذعان هي نتاج محض لإرادة واحدة، و هي إرادة الموجب.
- إن عقد الإذعان بهذه الخصائص دفع بعض الفقه إلى إنكار صفة العقد عليه و اعتباره مركزاً قانونياً منظماً تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية وتطبيقها، وأن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحرية المفاوضة، بينما في عقد الإذعان يوجد من جهة عدم المساواة بين المتعاقدين ولا توجد مشاركة من الطرفين لوضع شروطه¹.

ثالثاً: ظهور عقود الأعمال

أمام عجز العقود الكلاسيكية عن مسايرة مجال الأعمال و حاجة المشاريع الكبرى إلى التوسع ومواكبة التطور التكنولوجي توصل المتعاملون الاقتصاديون إلى استحداث عقود جديدة تتوافق مع مختلف المصالح الاقتصادية و التطور الذي آلت إليه، اصطلاح عليها " عقود الأعمال " كعقد الفرانشيز، عقد تحويل الفاتورة، عقد التسيير...، و أغلبية هذه العقود لم تعرف عملية تقنين لها و تركتها مختلف التشريعات تخضع للأحكام المنظمة للمعاملات الاقتصادية مع الاعتراف بتدخل بعض قواعد العقود الكلاسيكية في تكوينها.

إن عقود الأعمال ما هي إلا اتفاقات تؤول جذورها إلى القانون المدني و تستبطن تطبيقاتها من الأنشطة التجارية التقليدية التي تطورت بفعل الممارسات المتعددة في عالم الأعمال، ويؤدي اختلاف أطراف هذه العقود إلى اختلاف مواضعها، فقد يجمع العقد مهنيين من تجار، قائمين بأعمال مدنية،

¹ - لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 43.

حرفيين، ممارسين لأنشطة اقتصادية و مستهلكين، مما يترتب عنه تنوعا في هذه العقود بين عقود التمويل كعقد القرض وعقد الإنتاج و عقد التوزيع¹.

وإذا كانت العقود الكلاسيكية تتسم عادة بالبساطة فبالمقابل يمتاز مجال الأعمال بالتشعب وكثرة المتعاملين الاقتصاديين، كما أن المصالح الواجب حمايتها في العقود الكلاسيكية تختلف عن تلك المراد حمايتها في مجال الأعمال، إذ أن أثر العقود المدنية الكلاسيكية لا يتعدى المتعاقد، في حين أن المصالح المراد حمايتها في مجال الأعمال تتعدى ذلك، إذ قد يتعدى الأثر الناتج عن عقود الأعمال الأطراف المتعاقدة ليشمل الاقتصاد الوطني².

إن هذه المميزات التي أصبحت تطبع العلاقات التعاقدية أثرت على دور الشريعة العامة للعقود التي كانت قائمة على المساواة، بعد أن تبين أنه وإن صح وجود تكافؤ بين أطراف العقد من الناحية القانونية، وهو تكافؤ نظري، فإنهم بعيدون عن ذلك اقتصاديا واجتماعيا وأن المتعاقد القوي هو الذي يفرض إرادته وبالتالي قانونه على الطرف الضعيف.

ومن هنا فإن الشريعة العامة للعقود والأسس والقواعد التقليدية التي تقوم عليها باتت عاجزة وقاصرة عن استيعاب المميزات الحالية للعلاقات التعاقدية، مما خلق عدم استقرار في بعض المفاهيم والتصورات الخاصة بالعقد، ودفع بالتشريعات إلى البحث عن الحلول الواجب وضعها لتحقيق العدالة في مجال العقود، سيما أن القضاء أصبح يتدخل كلما وقع شك في عدم عدالة العقد بغرض إلغاء الشروط المسببة لعدم التوازن التعاقدية مما سيؤدي إلى اضطراب المعاملات و افتقارها للاستقرار.

هذا ما يدفعنا للتساؤل عن كيفية مواجهة قانون الضبط الاقتصادي لهذا القصور في الشريعة العامة للعقود.

يعبر الضبط الاقتصادي عن هجر الدولة للتنظيم (التشريع الفرعي) في المجال الاقتصادي وليس عن ترك القانون في ذات المجال، إذ أنه في الوقت الذي يتم فيه هجر التنظيم تقوم الدولة بالضبط، و إن كان مصطلح الضبط و مصطلح التنظيم لهما نفس المعنى تقريبا عند الإنجليز،

¹ حميدي فاطيمة، الطابع الخصوصي لعقود الأعمال، الملتقى الوطني حول: عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري يومي 16 و 17 ماي 2012، جامعة بجاية، ص 17.

² عثمانى عادل، ظهور عقود الأعمال في ظل عجز العقود المدنية الكلاسيكية على تنظيم مجال الأعمال، الملتقى الوطني حول: عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري يومي 16 و 17 ماي 2012، جامعة بجاية، ص

فالضبط بالنسبة للقانونيين في العائلة الأنجلو سكسونية كثير الاستخدام و يعني أن القانون لا يكون مصدره الدولة فقط وإنما قسم كبير منه مصدره المجتمع المدني، غير أنه مصطلح جديد بالنسبة للقانونيين في العائلة اللاتينية الجرمانية القائمة على التقنين. وفي هذا الإطار ذهب الفقيه " شمبو " إلى أن: " الضبط هو تصور جديد لصناعة القانون أو مسار معكوس لصناعة القواعد القانونية"، فالضبط مرتبط بإرادة فسح المجال للمتعاملين الاقتصاديين والمجتمع المدني للمساهمة في مسار صناعة القواعد¹، وحسب "لوران تانوجي" فإن: "الضبط هو الشكل الجديد للتدخل العمومي في اقتصاد السوق ليضمن قريبا أكبر للحياة الاقتصادية بمنطق تبادلي، قانوني، مرئي، متصور، تعددي و احترافي"².

وفي جانب آخر، فإن قانون الضبط يعبر عن التغيير الذي طرأ على المجالات التقليدية لكل من القانون العام و القانون الخاص بسبب تطور وظيفة الدولة، و هو غزو القانون العام للقانون الخاص، إذ أصبحت العلاقات التي يحكمها القانون الخاص علاقات تنظيمية أكثر مما هي تعاقدية من خلال تدخل الدولة في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد و ذلك بتقييد إرادتهم من عدة جوانب، فالعقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه و تحديد مضمونه حماية للطرف الضعيف في العقد، و لعل هذا ما عبر عنه الفقيه جوسران بالقول: " إن العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف و لم يعد اتفاقا منعقدا في ظل الحرية التعاقدية و مجزء بفعل الإرادة المتساوية الحرة، و أصبح موجهها سواء من السلطة العمومية أو من أحد الأطراف الذي يفرض صيغته و شروطه على الأطراف الأخرى"³.

كما يعني هذا التغيير أيضا خصخصة القانون العام، إذ أصبحت الدولة تباشر نشاطات اقتصادية و تجارية وتتعامل عن طريق العقد لمحاسن هذه التقنية في تحقيق المصلحة العامة تماشيا مع تطور المجتمع، فلم تبق حدود كل من القانون العام و القانون الخاص ثابتة ولا مستقرة⁴.

¹ - نجاح عصام، محاضرات في قانون الضبط الاقتصادي، المرجع السابق، دون صفحة

² - نقلا عن نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 06.

³ - حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية و تطويع العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية

المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، 2013، ص 32

⁴ - فيلالي علي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 125.

ومن هنا أمكن القول بأن قانون الضبط الاقتصادي يتجاوز التقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص، ويتعين التأكيد على نقطة مهمة و هي أن أجهزة و سلطات الضبط هي في استماع دائم للمجتمع المدني وتلاحظ الوقائع و ترصد مصالح وأهداف هذا المجتمع لتصوغ على أساس ذلك قواعد ضببية، ولكن هذه الأجهزة والسلطات توصف بأنها " إدارية" لذلك يمكن حل هذا التناقض بالقول أن قانون الضبط هو " قانون مختلط"¹.

ولما كان الضبط الاقتصادي يعبر عن تيقن الدولة بأنها ليست بالضرورة الشخص المناسب لتنظيم السوق بالنظر لدقة و تعقد النشاطات و الحاجة إلى كفاءات و تخصص لا تملكه لا السلطة التشريعية و لا الإدارة التقليدية، و لما كانت للعقود أهميتها في ضبط السوق، تم تفويض هذه المهمة إلى السلطات الإدارية المستقلة التي أسندت لها صلاحيات غير اعتيادية تمكنها من تنظيم السوق و رقابة الأعوان الاقتصاديين قبل و بعد دخولهم السوق إلى جانب السلطات القمعية، فكان إنشاء هذه السلطات مظهرا من مظاهر تحول الدولة نحو الضبط الاقتصادي، و آلية قانونية مؤسسية لتجاوز ذلك القصور الذي أصبح سمة العلاقات التعاقدية.

إن البحث في دور السلطات الإدارية المستقلة كآلية للضبط الاقتصادي في تجديد الشريعة العامة يستوجب بداية الإحاطة بالنظام القانوني لهذه السلطات.

¹ - نجاح عصام، محاضرات في قانون الضبط الاقتصادي، المرجع السابق.

المبحث الثاني: السلطات الإدارية المستقلة كآلية مؤسساتية لضبط السوق

أنشأ المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة مجموعة من الهيئات أوكل لها ضبط السوق في القطاعات التي فتحت للمنافسة، و أخضعها لنظام قانوني (المطلب الأول) كما خصها بجملة من الصلاحيات و إن كانت متفاوتة من هيئة إلى أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة

إن الإحاطة بالنظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة يستلزم ضرورة تحديد مفهومها (الفرع الأول) و طبيعتها القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم السلطات الإدارية المستقلة

إن الإحاطة بمفهوم السلطات الإدارية المستقلة يستدعي التطرق إلى نشأتها (أولا) و أسباب ظهورها (ثانيا)، و كذا تعريفها (ثالثا).

أولا . نشأة السلطات الإدارية المستقلة

يعتبر البعض أن أصل السلطات الإدارية المستقلة أنجلو سكسوني في إشارة إلى "الوكالات" المستقلة " في الولايات المتحدة الأمريكية ونظام "gangs" في بريطانيا¹. إذ تم فصل أول مؤسسة مستقلة وذلك سنة 1889 وهي اللجنة التجارية بين الولايات بعد أن كانت تابعة لوزارة الداخلية منذ إنشائها سنة 1887، ليقوم الكونجرس الأمريكي منذ بداية ثلاثينيات القرن الماضي بإنشاء العديد من المكاتب والمؤسسات المستقلة²، و التي تشمل مجموعة من الميادين والقطاعات ومن أبرزها "Federal Trade Commissions" التي كلفت أساسا بمحاربة الكارتلات الاقتصادية والمعاملات

¹ - بن زيطة عبد الهادي، نطاق اختصاص السلطات الإدارية المستقلة، مجلة دراسات قانونية، ع 01، ص 22.

² - راشدي سعيدة، مفهوم السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في

المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007، ص 409

التجارية غير المشروعة و "Security and exchange commissions" التي تعمل على مراقبة السوق المالية، وذهب البعض إلى أن وجودها كان لمحاولة تطبيق الحياد السياسي لإدارة مجتاحة وترقية الاختصاصات المهنية، وضمان استقرار الهيئات المودعة تحت حماية الكونجرس¹.

وظهرت السلطات الإدارية المستقلة في بريطانيا منذ زمن طويل تحت تسمية "Quangos" التي تعني المنظمات غير الحكومية شبه المستقلة من بينهما هيئة الإذاعة البريطانية، سلطة الطيران المدني، مركز دراسات البيئة².

غير أن هذه السلطات الإدارية المستقلة ترعرعت وتطورت في ظل النظام الإداري الفرنسي نهاية سبعينيات القرن الماضي، أين تم اللجوء إليها لتنظيم ثلاث قطاعات حساسة وهي: قطاع الاتصالات، قطاع اقتصاد السوق وقطاع الإدارة اليومية³. حيث أعطى البرلمان الفرنسي لأول مرة هذه الصفة أو التكليف القانوني "السلطات الإدارية المستقلة" بمناسبة إنشائه للجنة الوطنية للإعلام الآلي والحريات بموجب قانون: 78/17 الصادر بتاريخ: 1978/01/06. ولم يستخدم المصطلح مرة أخرى إلا سنة 1984 من خلال قرار للمجلس الدستوري الذي كيّف السلطة العليا للاتصال السمعي البصري على أنها "سلطة إدارية مستقلة" معتبرا ذلك ضمانا أساسية لممارسة حرية عمومية⁴.

وكان التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي لسنة 2001 قد جرد وأحصى (34) هيئة إدارية صنفت كسلطات إدارية مستقلة، معتمدا في هذا التصنيف على معايير تشريعية وقضائية ومعايير مجلس الدولة⁵، ليلبغ العدد مؤخرا ما يتجاوز الأربعين (40) سلطة إدارية مستقلة في فرنسا⁶، لينتشر الأسلوب الفرنسي في ثوبه الجديد إلى عديد الدول و من بينها الجزائر.

ففي الجزائر لم تظهر السلطات الإدارية المستقلة أو سلطات الضبط إلا مع بداية التسعينيات والتي شملت بالأساس القطاع الاقتصادي والمالي على إثر الإصلاحات الاقتصادية والتوجه نحو اقتصاد السوق.

¹- ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes en Algérie, ed HOUMA, Alger, 2005, p 13

²- راشدي سعيدة، المرجع السابق، ص 409، 410.

³- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 22.

⁴- نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 03.

⁵- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 23.

⁶- نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 03.

ثانيا: أسباب ظهور السلطات الإدارية المستقلة

إن ظهور السلطات الإدارية المستقلة كان في إطار جو مشحون بالشك والريبة والحذر وسوء الظن في أجهزة الدولة التقليدية ومخافة طغيان السياسة على السلطة الإدارية، والبحث عن ضمانات قوية لحياد تدخل الدولة مع السعي إلى تطبيق سياسة إصلاحات الدولة من منتجة للضوابط والمقاييس إلى دولة ضابطة، كما أن متطلبات الإتحاد الأوروبي فرضت فتح قطاعات معينة على المنافسة وإقامة نظام ضبط خاص بكل قطاع¹.

هذا عن الأسباب السياسية، أما الأسباب التقنية والقانونية فيمكن تلخيصها في عدم تكيف الوسائل التقليدية للتعبير عن السلطة السياسية مع متطلبات هذه القطاعات وتطبيق أسس الضبط الاقتصادي للقطاعات الهامة في الدولة وتكريس نظام تسيير يتكيف مع التحولات الاقتصادية المعاصرة، والسماح للمشاركة الواسعة للأشخاص وخاصة المهنيين في ضبط قطاع نشاطهم وأساسا التوفيق بين ضوابط الوصايا الإدارية ومقتضيات النشاط الوظيفي للمرافق العمومية و المرافق الاقتصادية أو المتعاملين الخدمائين أو الاقتصاديين الذين يتعلق نشاطهم بحق من حقوق المواطن². إلى جانب كل هذا يضاف سبب فتح المجال لوظيفة الوساطة لتحقيق شفافية أكبر للنشاط العمومي³.

ثالثا: تعريف السلطات الإدارية المستقلة

إن وضع تعريف للسلطات الإدارية المستقلة أمر صعب لسببين يتعلق الأول بأن المشرع الفرنسي لما أعطى تكييفاً للجنة الإعلام الآلي والحريات على أنها سلطة إدارية مستقلة، لم يكن في نيته إنشاء هيئة جديدة مختلفة عن هياكل الإدارة التقليدية، ولم يهتم كثيرا بإعطائها مفهوماً جامعاً مانعاً. أما الثاني فهو وجود عدد معتبر من السلطات الإدارية المستقلة، وكل واحدة منها تقريبا لها نظاماً أساسياً

¹ - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 24.

² - المرجع نفسه، ص 21، 23 و 24.

³ - نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 03 و 04.

مختلفا عن الأخرى، وإن كان إدراج المبادئ العامة لهذه الهيئات في النظام المؤسسي و الإداري قد تم¹.

رغم هذا حاول بعض الفقه وضع تعريف للسلطات الإدارية المستقلة، ومن بينها:

- "هي سلطات إدارية مزودة بنموذج تنظيم مشترك، متحررة من السلطة التسلسلية مهمتها ضبط قطاع اقتصادي أو مالي محدد".
- "هي سلطات مكلفة بتأمين انتظام القطاعات الحساسة للحياة الاجتماعية وتشكل نمطا جديدا من التدخل السياسي".
- "هي هيئات عمومية غير قضائية استمدت من القانون مهمة ضبط قطاعات حساسة والسهر على احترام بعض حقوق مستعملي الإدارة، وهي مزودة بضمانات تنظيمية وسلطات تسمح لا بممارسة وظائفها دون أن تكون خاضعة لتأثير الحكومة".
- "هيئات إدارية غير قضائية، غير خاضعة لسلطة الحكومة أو أي تأثير خول لها القانون مهمة ضبط بعض القطاعات الحساسة اقتصاديا وماليا، وكذا ضمان احترام بعض مستعملي الإدارة"².
- كما عرفها فقهاء القانون الإداري على أنها: " أجهزة خارج الهيكلية الإدارية التقليدية ولا تتمتع بالشخصية المعنوية وعليه دون ذمة مالية فهي تتبع ماليا رئاسة الوزارة أو الوزارة حسب اختصاصها، غير أنها مزودة بضمانات قوية لاستقلاليتها وتتمتع بسلطة الضبط والتدخل في مجال محدد"³.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للسلطات الإدارية المستقلة

إن وجود عدد معتبر من السلطات الإدارية المستقلة واختلاف النظام الأساسي لكل واحدة عن الأخرى جعل لكل منها نصوصا قانونية خاصة بها، غير أن هذه النصوص القانونية لم تشر كلها إلى الطبيعة القانونية لهذه الهيئات، مما يوجي إلى وجود تردد كبير لدى المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة، ولم يدل القضاء بموقفه إلى غاية الآن بخلاف التشريعات المقارنة ففي فرنسا تدخل المجلس الدستوري في أكثر من مناسبة وحاول إعطاء تكييف للسلطات الإدارية المستقلة، من ذلك في قراره

¹ - المرجع نفسه، ص 04.

² - نقلا عن بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 24، 25.

³ - نقلا عن نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 03.

الصادر بتاريخ 1987/12/18 تحت رقم: 86/217 الذي صرح فيه بالطبيعة الإدارية للسلطات الإدارية المستقلة وكذا باستقلاليتها¹.

إن تحديد الطبيعة القانونية للسلطات الإدارية المستقلة يتطلب تحليل هذه العبارة في حد ذاتها (سلطة إدارية مستقلة).

أولاً: الطابع السلطوي

تعتبر السلطات الإدارية المستقلة "سلطات" فهي مكلفة بمهمة ضبط السوق وليس بالتسيير و إنما تراقب نشاطا معيناً في المجال الاقتصادي لتحقيق التوازن²، كما أنها ليست هيئات استشارية بل تتمتع بسلطة اتخاذ القرار³، إذ خولها القانون صلاحيات السلطة العامة، فهي تعين في بعض المجالات وتنفذ ما يصدر عن السلطة التشريعية و ما يصدر عنها بنفسها كما أنها تبت في منازعاتها أحياناً، مما يعني أن السلطات الثلاثة تمارس متشابكة من طرف السلطات الإدارية المستقلة، و في ذلك تجاوز لمبدأ الفصل بين السلطات حامي الحريات العامة. غير أن هذا التجاوز يبرره ضبط الحريات الفردية⁴، ومن هذا المنطق اتفق الفقه الفرنسي على أن المشرع الفرنسي لم ينشأ سلطة رابعة بجوار السلطات التقليدية الثلاث (تشريعية، تنفيذية، قضائية) و أن أطلق وصف السلطة على منظمة أو هيئة ما، فانه يبتغي من ذلك بيان الطبيعة الخاصة لها و إخراجها من إطار السلطات الإدارية التقليدية⁵.

¹ - حدري سمير، السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الاقتصادية و المالية، مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال، جامعة أحمد بو قرّة، بو مرداس، 2006، ص 32.

² - FRISON-ROCHE - Marie-Anne -, Le droit de la régulation, Recueil Dalloz n° 07,2001, p 614

³ - جراي يمينة، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 30.

⁴ - MERRYL Hervieu, Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats, Dalloz,2012, p 186

⁵ - حدري سمير، المرجع السابق، ص 34.

غير أنه يمكن القول أن ليس كل السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا تتمتع بسلطة مباشرة لإصدار قرارات و بعضها يصدر آراء و لكن تكون ملزمة لمن وجهت له لاتخاذ قرار موافقا و هذا لا ينقص من اتصافها بالسلطة¹.

وفي القانون الجزائري، لم يضع المشرع تسمية واحدة للسلطات الإدارية المستقلة، كما أن القضاء وأساسا مجلس الدولة لم يتدخل لتحديد المقصود بالسلطة في إطار السلطات الإدارية المستقلة رغم اعترافه بمفهوم السلطات الإدارية المستقلة.

وعرف مصطلح " السلطة " في مجال السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا على أنها: " إن السلطة لا تنحصر في الآراء الاستشارية، أو تقديم آراء و إرشادات، و إنما هو تمتع السلطات الإدارية المستقلة بسلطة إصدار القرارات و التي يعود اختصاصها الأصلي للسلطة التنفيذية"².

إن أساس السلطة في إطار السلطة الإدارية المستقلة هو ضبط السوق الذي سحب من اختصاص السلطة التنفيذية والإدارات الكلاسيكية التابعة لها إلى جانب بعض اختصاصات السلطة القضائية والسلطة التشريعية.

ثانيا: الطابع الإداري

إذا كان القانون المنشأ لبعض السلطات الإدارية المستقلة قد فصل في الطبيعة الإدارية للسلطة التي ينظمها من خلال النص صراحة على طابعها الإداري كما هو الحال بالنسبة لمجلس المنافسة إذ نص الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة بأنه سلطة إدارية مستقلة، وكذا الحال بالنسبة للوكالتين المنجميتين وفقا للمادتين 44 و 45 من القانون 01/01 المؤرخ في 03/07/2001 المتضمن قانون المناجم، كذلك مجلس النقد والقروض، غير أن مثل هذا التكييف الصريح من طرف المشرع استدعى البحث في ذلك .

¹ - نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 04

² - ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, Reveu Idarra, n° 26 , vol 13, 2003, p 12

وفي الجزائر تعتبر اللجنة المصرفية سلطة إدارية مستقلة لم تحظ بتكليف قانوني صريح من المشرع يسمح بتحديد طبيعتها القانونية، و عليه سنحاول دراسة موقف القضاء الإداري (مجلس الدولة) من ذلك مع التعرض للتحليل الفقهي لهذه المسألة من جهة و لهذا الموقف القضائي من جهة أخرى.

أ . موقف القضاء (مجلس الدولة):

في قراره الصادر بتاريخ 2000/05/08 ملف رقم : 002129 غير منشور سنة 2000 بمناسبة الفصل في قضية "يونين بنك" كيف مجلس الدولة اللجنة المصرفية على أنها " هيئة إدارية مستقلة" رافضا وصفها بالقضاء الإداري المتخصص، و أكد أن قراراتها ذات طابع إداري بما في ذلك تلك المتعلقة بسلطة التأديب كتوجيه الإنذارات وسحب الاعتماد ومنع بعض العمليات واعتبرها على هذا الأساس هيئة رقابة و تأديب مسببا قراره بما يلي : " عن طبيعة اللجنة المصرفية:

- إن الجهات القضائية تفصل بين الأطراف في حين أن اللجنة المصرفية تشكل هيئة رقابية و هيئة عقابية مهنية.

- إن الإجراءات المطبقة أمام الجهات القضائية تحدد عن طريق القانون في حين أن أغلبية الإجراءات المطبقة أمام اللجنة المصرفية قد تم تحديدها عن طريق نظام داخلي .

- إن الطعن ضد قرارات اللجنة يشكل طعنا بالبطلان يجعل تصنيف قرارها ضمن القرارات الإدارية ومن ثم يتعين القول كما استقر عليه الفقه إن اللجنة المصرفية تشكل سلطة إدارية مستقلة¹.

و تجدر الإشارة أن القضاء الفرنسي اعتمد معيارين أساسيين لتقرير الطابع الإداري للسلطات الإدارية المستقلة وهما:

- طرق الطعن في قرارات السلطة الإدارية المستقلة و السلطات المخولة لها و الاعتراف بها للسلطات الإدارية التقليدية.

ب . موقف الفقه:

أنشئت اللجنة المصرفية من طرف المشرع من أجل ضبط النشاطات في المجال المالي والاقتصادي، غير أن قانون النقد والقرض سواء القانون 90/10 أو الأمر 11/03 لم يتطرقا إلى تحديد الطبيعة القانونية لهذه الهيئة. إن هذا أمر جعل من الفقه يبحث في طبيعتها القانونية، وانقسم

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ: 2000/05/08، رقم: 002129، غير منشور

إلى رأيين؛ فرأي ذهب إلى أن هذه اللجنة ذات صفة مزدوجة، وذهب رأي ثاني إلى أن لها صفة أحادية، ولكل موقف سنده.

1 . أصحاب النظرة الازدواجية: ذهب أنصار هذا الموقف إلى التأكيد على أن اللجنة المصرفية صفتين:

- الأولى إدارية، وذلك عندما تتخذ تدابير إدارية كإصدار الأوامر والتحذيرات.
- الثانية قضائية، عند ممارستها لسلمتها التأديبية عند توقيع العقوبات، و هو نفس التكيف الذي تبناه القانون الفرنسي أين تم تكيف اللجنة المصرفية على أنها هيئة إدارية قضائية¹، وقد اعتبر مجلس الدولة في الجزائر اللجنة المصرفية هيئة إدارية مستقلة على أساس معيار عدم تطبيق قانون الإجراءات المدنية، وأن هذه اللجنة تتبع الإجراءات التي تضعها وهذا في قضية "يونين بنك" (Union Bank) ضد محافظ بنك الجزائر. وقد كان هذا القرار محل اعتراض من بعض القانونيين ومنهم الأستاذ "سعيد ديب" عندما أكد انه يكفي أن يحترم النظام الداخلي للجنة مبادئ الإجراءات المدنية كالإطلاع على الملف واحترام حقوق الدفاع لاعتبار هذه اللجنة هيئة قضائية، إلى جانب تشكيلية اللجنة إذ من بين أعضائها قاضيين نفس رأي "معاشو بن عوامر" ينتدبان من طرف الرئيس الأول للمحكمة العليا بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء، و هو ما يؤكد طابعها القضائي، كما أنها تقوم بتوقيع العقوبات التأديبية والتي تدخل ضمن الاختصاص القضائي نفس ما استند إليه لشعب محفوظ وتبلغ قراراتها وفقا لقانون الإجراءات المدنية كما أن قراراتها المتعلقة بتعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو المصفي والعقوبات التأديبية هي وحدها التي تخضع للطعن القضائي؛ فلو كانت اللجنة هيئة إدارية لاستلزم ذلك.

أما غيرها من القرارات فهي قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء أمام الهيئة القضائية نفسها، وباعتبار أن القرارات الإدارية تخضع لنظام خاص ألا وهو النظام الإداري، وهذا ما لم يكرسه المشرع بالنسبة لنص المادة 107؛ والتالي فان قرارات اللجنة المصرفية في هذه الحالة عبارة عن أحكام قضائية، أي أن اللجنة عبارة عن هيئة قضاء إداري، وهو ما كرسه المشرع الفرنسي².

¹ - شيخ عبد الحق، الرقابة على البنوك التجارية، مذكرة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة أحمد بو قررة، جامعة بو دواو، بو مرداس، 2010/2009، ص 113 و 115.

² - عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، مذكرة ماجستير فرع قانون أعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005/2004، ص 52، 53، 54.

2. أصحاب النظرة الأحادية: يذهب جانب ثاني من الفقه إلى اعتبار اللجنة المصرفية سلطة مستقلة ذات

طابع إداري و قدموا العديد من الأسانيد لتأسيس موقفهم أهمها:

- إن وجود قاضيين في تشكيلة اللجنة المصرفية لا يعد دليلا حاسما على طابعها القضائي، لوجود سلطات إدارية مستقلة بصراحة النص رغم أن من ضمن تشكيلتها قضاة، كما هو الحال بالنسبة للجنة تنظم عمليات البورصة و مراقبتها، و كلك مجلس لمنافسة.

- إن لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة هي سلطة إدارية مستقلة بصراحة النص و رغم ذلك حولها المشرع السلطة التأديبية العقابية.

- أنه إذا كانت القرارات التأديبية تصدر وفق الإشكال و الإجراءات المعمول بها أمام جهات القضاء لا يجعل الجهة المصدرة لها جهات قضائية وإنما يرمي إلى تحقيق مصداقية العمل التأديبي¹.

- إن عبارة الطعن القضائي التي جاء بها المشرع في أمر 30/11 ليعوض الطعن الإداري دفع ليس له معنى فالمشرع يستعمل نفس العبارة في القانون المتعلق بالكهرباء والغاز في المادة 139، ولهذا فقرارات اللجنة يمكن أن تكون موضوع طعن قضائي أمام مجلس الدولة².

في فرنسا فإن الصبغة الإدارية لهذه الهيئات لا نقاش فيها، حتى بعد صدور قرار المجلس الدستوري رقم: 22486 الصادر بتاريخ: 23 جانفي 1987 و الذي أراد وضع حد لاعتبار تلك السلطات تتمتع بالصبغة الإدارية فبالضرورة اختصاص المنازعات التي تكون طرفا فيها يختص بالنظر فيها القضاء الإداري³.

¹- أعراب أحمد، المرجع السابق، ص 92.

² - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes en Algérie, op. cit, p 24

³- نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 05

ثالثا: الاستقلالية

تطرح استقلالية السلطات الإدارية المستقلة عن السلطة التنفيذية نقاشات لعدم وجود معايير دقيقة لتحديد هذه الاستقلالية¹.

يعرف الدكتور زوايمية رشيد الاستقلالية: "بعدم خضوع السلطات الإدارية المستقلة لكل من الرقابة السلمية و لا لرقابة وصائية على عكس المرافق العمومية، سواء كانت تتمتع بالشخصية المعنوية أم لا ما دام أن هذا العنصر لا يعتبر كمعيار لقياس درجة الاستقلالية"². وعلى اعتبار أنه ليس للسلطات الإدارية المستقلة نظام موحد، حيث أن تكوين هذه الهيئات وطريقة تعيين أعضائها وكذا الطرق التي تؤمن استقلاليتها تختلف من هيئة لأخرى، كما أن منها من يتمتع بالشخصية المعنوية ومنها من لا يتمتع بها.

اعترف المشرع الجزائري باستقلالية بعض السلطات الإدارية المستقلة صراحة، وسكت عن ذلك بالنسبة للبعض الآخر مثل مجلس النقد والقرض، اللجنة المصرفية ومجلس المنافسة، ولاستقلالية السلطات الإدارية المستقلة مظاهر يمكن تلخيصها في التالي:

- الاستقلالية العضوية، وتظهر أساسا من خلال تعدد الأعضاء واختلاف صفتهم ومراكزهم القانونية، إلى جانب تعدد واختلاف الجهات المقترحة للأعضاء، كما يعد تحديد مدة انتداب الرئيس والأعضاء من المؤشرات الهامة المعتمدة لإبراز طابع الاستقلالية، هذا إلى جانب العمل بنظام التنافس وإجراء الامتناع لضمان بقاء الأعضاء في عملهم.

- الاستقلالية الوظيفية، وتظهر في الاستقلال المالي و الاستقلال الوظيفي، و من خلال وضع السلطات الإدارية المستقلة لنظامها الداخلي وتمتعها بالشخصية المعنوية.

¹ - تواتي نصيرة، المركز القانوني للجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، 24.

² - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes en Algérie, op. cit, pp 34, 35.

المطلب الثاني: الصلاحيات المخولة للسلطات الإدارية المستقلة لضبط السوق

منحت السلطات الإدارية المستقلة مجموعة من الصلاحيات و السلطات تحقفا لفعالية الوظيفة التي السلطة الإدارية المستقلة في المنظومة القانونية لا بد وان يلاحظ ذلك التباين وتلك الأشكال المختلفة للصلاحيات و السلطات المخولة لكل واحدة منها بين الرقابة، العقاب، التحكيم و التنظيم، إذ هناك من السلطات من تجمع بين كل هذه السلطات، وهناك من تمارس البعض منها الآخر، و في هذا الإطار سيتم التطرق إلى سلطة التنظيم و سلطة التحقيق و البحث (الفرع الأول)، و سلطة القمع والتحكيم (الفرع الثاني) .

بيد أن ما يمكن ملاحظته أنه إذا كانت سلطات الدولة الثلاث تمارس نوعا واحدا من الاختصاصات، فإن السلطات الإدارية المستقلة تجمع بين مجموعة من الاختصاصات (تشريعية، تنظيمية وقضائية) وتتمتع بصلاحيات واسعة نص عليها القانون، بل وتتنافس سلطات الدولة التقليدية في اختصاصها الممنوح لها دستوريا، ولعل هذا ما عبر عنه الكاتب Bacquet-Beimamxus "بقوله: " إن هيئات الضبط هي مجموعة من الأعوان في النظام القانوني غير المتجانس، ينافس - السلطة التنفيذية - في تحضير قواعد السوق، هؤلاء الأعوان الذين تقليديا لا يمارسون قطعا السلطة التنظيمية، أما حاليا فهي تتمتع حقا في مواجهة الدولة بالسلطة التنظيمية، الرقابة والعقاب، فهي تشكل ضبطا جديدا معقدا¹.
إن فكرة الضبط الاقتصادي وحدها القادرة على استيعاب هذه الوظائف، فالضبط هو المهمة التي بموجبها يقام التوازن المراد من طرف القانون، و ذلك باحترام قواعد السوق بين الأعوان الاقتصاديين².
من أجل تحقيق ها التوازن يقتضي تجمع عدة وسائل متفرقة أصلا بين عدة هيئات في يد هيئة واحدة³.

¹ - نقلا عن: فتوس خدوجة، الاختصاص التنظيمي لسلطات الضبط الاقتصادي، مذكرة ماجستير في قانون العمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص 08.

² - حيدري سمير، المرجع السابق، ص 92.

³ - FRISON-ROCHE - Marie-Anne -, Le droit de la régulation, op .cit, p 613.

الفرع الأول: سلطة التنظيم وسلطة الرقابة والبحث (التحقيق)

أولاً: سلطة التنظيم

تعتبر سلطة التنظيم من أساليب ممارسة العمل الإداري في الدولة، وفي للتأكيد على رفض احتكار هذه السلطة من طرف السلطة الإدارية التقليدية ممثلة في كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول منحت للسلطات الإدارية المستقلة لحساسية القطاعات التي تشرف على تسييرها والرقابة عليها وتنظيمها سلطة التنظيم، غير أن هذا الاعتراف للسلطات الإدارية المستقلة بهذه السلطة كان باعتراف تشريعي لا باعتراف دستوري¹. وتتمثل الأنظمة التي تصدرها السلطات الإدارية المستقلة في وضعها لمجموعة من القواعد التي تأتي لتطبيق نصوص تشريعية وتنظيمية سابقة، لذا يسميها البعض بالسلطة التنظيمية التطبيقية²، كما أن هذه الأنظمة ليست ذات طابع عام بل هي محددة قانوناً بالقطاع الذي تنظمه و تشرف عليه³.

إن طرق تدخل السلطات الإدارية المستقلة في ممارسة الاختصاص التنظيمي متعددة، فبعضه لا تمارسه بشكل فعلي، غير أنها تساهم بكيفيات متعددة تتراوح بين الاستشارة، تقديم الآراء و التوصيات، و المشاركة في إعداد التنظيمات التطبيقية وبعضه تمارسه بشكل فعلي عن طريق إصدار أنظمة في قطاع النشاط الذي تشرف عليه⁴.

أ- سلطة التنظيم عن طريق المساهمة:

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يخول لبعض سلطات الضبط المستقلة ممارسة الاختصاص التنظيمي، غير أنه ومن خلال الصلاحيات الممنوحة لها قانوناً، فإنها تشارك نوعاً ما فيه⁵، و تتنوع الصلاحيات هذه من إبداء الآراء والملاحظات والتوصيات التي تتبع لها تحديد توجيهات في المسلك بطريقة مرنة وغير شكلية بالتأكيد، وممارسة تأثير حاسم في الواقع، فتساهم بذلك بطريقة أصلية في

¹ - فتوس خدوجة، المرجع السابق، ص 10 و 37.

² - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes en Algérie ,op. cit, p 72.

³ - فتوس خدوجة، المرجع السابق، ص 72.

⁴ - المرجع السابق، ص 10.

⁵ - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes en Algérie,op. cit, p 74

إعداد القانون¹. والهيئات التي تقوم بممارسة اختصاص التنظيم عن طريق المساهمة أو كما يسميها البعض سلطة التنظيم غير المباشرة². و هي: مجلس المنافسة، سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية واللاسلكية، سلطة ضبط الكهرباء والغاز، لجنة الإشراف على التأمينات، اللجنة الوطنية للموارد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.

1- المساهمة في الاختصاص التنظيمي في طريق الاستشارة: تعرف الاستشارة بأنها إجراء سابق عن صدور بعض القرارات من جانب واحد، و قد تكون ثابتة بنص و تعد بمثابة اقتراح خال من الأثر القانوني، كما أن مصدر القرار هو من طلبها، وليس لهذا الإجراء اثر في تقسيم الاختصاص³. و تنقسم الاستشارة التي تبديها الهيئات المساهمة في الاختصاص التنظيمي إلى: استشارة وجوبية و أخرى اختيارية.

. **الاستشارة الوجوبية:** وسميت كذلك لأن النصوص القانونية ألزمت السلطة التنفيذية باللجوء إليها، ومثالها ما جاء في قانون المنافسة (الأمر 03/03 المعدل والمتمم بالقانون (12/08) بشأن الاستشارة المسبقة لمجلس المنافسة (المادة 05 والمادة 36 منه)، ومثال ذلك المرسوم التنفيذي رقم 05/175 المؤرخ في 12/05/2005 الذي جاء في بعدياته: "بعد أخذ رأي مجلس المنافسة"، وكذلك الحال بالنسبة لقانون المحروقات الذي قدمه وزير الطاقة والمناجم إلى مجلس المنافسة لإبداء رأيه⁴، و الأمر نفسه بالنسبة للاستشارة الوجوبية لسلطة ضبط البريد والمواصلات، إذ يتعين على الوزير المكلف بالبريد والمواصلات أن يستشيرها وجوبا طبقا للمادة (13/12 من القانون 03/2000) في تحضير أية مشاريع نصوص تنظيمية تتعلق بقطاعي البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية (...). و تطبيقا لهذين المرسومين التنفيذيين: 123/01 و 03/36.

¹ - بن زيطة عبد الهادي، مداخلة حول: اختصاص السلطات الإدارية المستقلة. دراسة حالة لجنة عمليات البورصة وسلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي والاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007، ص 172.

² - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes en Algérie, op. cit, p 74.

³ - فتوس خدوجة، المرجع السابق، ص من 45 إلى 48.

⁴ - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes en Algérie, op. cit, p 75.

ونفس الصلاحيات حولها المشرع للجنة ضبط الكهرباء والغاز، إذ تقوم بالمساهمة في إعداد التنظيمات التطبيقية المنصوص عليها في هذا القانون، وفي النصوص التطبيقية المرتبطة به¹.
غير أن ما يلاحظ بشأن الاستشارة الإلزامية، أنه وإن كان لزاما على السلطة التنفيذية للقطاعات التنفيذية في طلبها من السلطة الإدارية المستقلة، غير أن الآراء التي تصدرها هذه الأخيرة ليست ملزمة، ويبقى للسلطة التنفيذية حرية الأخذ بها أو عدم الأخذ بها، كما أنه لا يمكن للسلطات الإدارية المستقلة في إطار ممارسة اختصاصها في إبداء الرأي فحص مشروعية أو تأويل أي نص تشريعي أو تنظيمي لأن ذلك من اختصاص الجهات القضائية².

. **الاستشارة الاختيارية:** وسميت هذه الاستشارة بالاختيارية كون الإدارة من طلبها من تلقاء نفسها لأنها غير مفروضة عليها بنص يعطيها صفة الإلزام، كما لا تكون الإدارة ملزمة بالرأي الذي تطلبه، غير أنها تعد تعبيراً عن مساهمة السلطات الإدارية المستقلة في الاختصاص التنظيمي، إلا أنه متى طلبت السلطة التنفيذية استشارة اختيارية توجب على سلطات الضبط الرد و إبداء رأيها الاستشاري³.

وتطبيقات الاستشارة الاختيارية متعددة منها نص المادة 35 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة و المادة 13/13/01 من القانون 03-2000 المتعلق بالاتصالات السلكية و اللاسلكية، المادة 114/02 من القانون المتعلق بلجنة ضبط الكهرباء و الغاز و في المواد: 173-17/04 من القانون 03/08 المتعلق بالوكالة الوطنية للموارد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري. وما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أنه يمكن للسلطة القضائية بدورها أن تلجأ إلى السلطات الإدارية المستقلة بغرض طلب رأيها في بعض القضايا المتصلة بممارسة صلاحياتها من ذلك المادة 38 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، والمادة 14/2 من الامر 03/11 المتعلق بالنقد والقرض، كما يمكن للجنة عمليات البورصة ومراقبتها بسلطة إبداء الرأي متى طلب منها ذلك من أي مؤسسة أو هيئة عمومية أو خاصة و دائماً يبقى الرأي غير ملزم.

¹ - المادة 115 من القانون رقم: 01/02 مؤرخ في: 05 فيفري 2002، المتعلق بالغاز و الكهرباء، ج ر ع 08 صادرة في: 05 فيفري 2002.

² - فتوس خدوجة، المرجع السابق، ص 49.

³ - المرجع نفسه، ص 49 ، 51.

2 . المساهمة في الاختصاص التنظيمي عن طريق الاقتراحات و التوصيات:

. المقترحات: تعتبر المقترحات قانونيا أكثر قوة و تأثيرا من الآراء¹، و تعد من قبيل ممارسة السلطة التنظيمية أو السلطة التشريعية غير المباشرة و تصدر التعليمات.

وبموجب المادة 34 من المرسوم التشريعي 10/93، المتعلق ببورصة القيم المنقولة حول القانون المنشئ لها صراحة سلطة تقديم مقترحات نصوص تشريعية و تنظيمية للحكومة تخص إعلام حاملي القيم المنقولة والجمهور وتنظيم بورصة القيم المنقولة وسيرها و الوضعية القانونية للوسطاء في عمليات البورصة وفي تطبيق عملي لهذه الصلاحية، قامت اللجنة بتقديم اقتراح تعديل المرسوم التشريعي 10/93 للحكومة وطلب الاعتراف للجنة بالشخصية المعنوية، ليتم إصدار القانون 04/03 الذي تضمن فعلا بعض التعديلات للقانون الأول، أهمها الاعتراف بالشخصية المعنوية²، وفي مجال المنافسة فإن مجلس المنافسة له سلطة الاقتراح بمبادرة منه للحكومة عند إعداد مشروع نص تنظيمي له علاقة بالمنافسة، و هذا بمبادرته الخاصة، ويتخذ هذا الإجراء في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في الجريدة الرسمية للمنافسة³ و هذا من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وتشجيعها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تنعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة فيها بما فيه الكفاية⁴ كما يمكن للجنة ضبط الاتصالات السلكية واللاسلكية إبداء اقتراحات في التقارير و الإحصائيات السنوية التي تعدها (المادة 11/13 من القانون 03/2000)، والأمر كذلك بالنسبة للجنة الإشراف على التأمينات (المادة 13 من المرسوم 113/08 المعدل مهام لجنة الإشراف على التأمينات)، بحيث تقترح اللجنة على وزير المالية التعديلات التي تراها ضرورية للتشريع و التنظيم في مجال التأمينات.

كما أن صلاحية تقديم اقتراح للسلطة التنفيذية معترف بها للوكالة الوطنية للموارد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري كسلطة إدارية مستقلة.

¹ - المرجع نفسه، ص 51.

² - تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص 126.

³ - فتوس خدوجة، المرجع السابق، ص 51.

⁴ - حدري سمير، المرجع السابق، ص 107.

. **التوصيات:** تتمثل هذه التوصيات في تفسير مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية والتعليق عليها. وتصدر التوصيات في المجالات التي لا تتمتع فيها السلطة الإدارية المستقلة بسلطة اتخاذ قرارات فردية و لم يسبق للسلطات الإدارية المستقلة إن أصدرت توصيات¹.

. **التعليمات:** لا تتمتع التعليمات حسب آراء الفقه بقوة إلزامية، لكنها تساعد على اتخاذ القرارات الفردية، وتعتبر التعليمات عادة نصوص تطبيقية، تسمح بتحديد الشروط العامة التي على أساسها تتخذ سلطة إدارية ما قرارا فرديا معينا، وقد قامت لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها منذ بداية عملها بإصدار تعليمات جاءت لتطبيق نصوص تنظيمية و من أجل تحديد التفاصيل²، و من أهمها التعليمات رقم 01/98 المؤرخة في 1998/04/30 المتعلقة بقبول القيم المنقولة في البورصة، التعليمات رقم 03/99 المتعلقة بإصدار البطاقات المهنية، التعليمات 01/2000 المؤرخة في 2000/03/11 تتضمن قواعد الحذر في تسيير القيم المنقولة من طرف الوسطاء في عمليات البورصة. وتصدر هذه التعليمات بعد موافقة وزير المالية لتنتشر في الجرائد الرسمية.

3 . المساهمة في الاختصاص التنظيمي عن طريق إعداد التنظيمات التطبيقية: تشارك سلطة ضبط الكهرباء والغاز في إعداد التنظيمات التطبيقية للقوانين و الأنظمة المتعلقة بقطاع الغاز و الكهرباء، فهي تشاطر السلطة التنفيذية اختصاصات تنظيمية ثانوية في مجال اختصاصها مما دفع البعض إلى القول أن الحكومة وجدت نفسها في حالة انتزعت منها بعض من سلطاتها التنظيمية لتمنح إلى سلطة إدارية تعتبر أكثر قدرة على توليها³.

إن هذا الأمر هو ما دفع بالبعض إلى قول بأن عمل الضبط لا يبتعد كثيرا عن عمل الإدارة في المفهوم التقليدي، فالوظائف المستغلة في الضبط القطاعي مثل لجنة ضبط الكهرباء و الغاز أثبت وجود طريقة أخرى لممارسة أعمال السلطة العامة وتحمل آثار التصرفات التقليدية الممنوحة للدولة، باتخاذ قرارات تتمتع بالصيغة التنفيذية كتحديد التعريفات⁴، لكن هناك اختلاف في كون اتخاذ

¹ - فتوس خدوجة، المرجع السابق، ص 52.

² - حدري سمير، المرجع السابق، ص 102.

³ - عسالي عبد القادر، لجنة ضبط الكهرباء و الغاز، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي والاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007، ص 164.

⁴ - DJAFFAR Redouane, Les compétences multiformes de la commission de régulation de l'électricité et du gaz, actes du colloque national organisé à les 23, 24 Mai 2007 par la faculté de droit de Bidjai , p 68.

القرار النهائي يكون للحكومة و لجنة ضبط الكهرباء والغاز تساهم و تشارك معها في إعداد هذه المنظمة التطبيقية، غير أنه لا يبدو أن قانون 2002 أوكل للجنة ضبط الكهرباء والغاز الاختصاص في إعداد وتحضير وإصدار الأنظمة التي بقيت من صفات الحكومة، غير أنه لو نعبر بموقف عادل فإن السلطة التنظيمية هي التي تنشأ حقوق والتزامات حول مواضيع القانون بصيغة عامة ومجردة (مراسيم، أوامر و منشورات)، فليس بخطأ تحديد تعريفات الكهرباء والغاز التي تحمل قيم إيجاد الشبكات والمتاجر إلى غاية الزبون النهائي و هو شكل من الاختصاص في مادة التنظيم فهو إذن يحمل أفضل حماية لهذه السلطة¹. من هنا يظهر الدور المهم لهذه اللجنة في إنارة الحكومة أثناء تحضيرها للأنظمة المتعلقة بمجال الكهرباء والغاز.

ب- سلطة التنظيم عن طريق الممارسة:

اعترف المشرع الجزائري بالسلطة التنظيمية للهيئات الإدارية المستقلة بصفة مباشرة، و أساسا لكل من مجلس النقد و القرض، ولجنة ضبط و تنظيم عمليات البورصة. فبالنسبة لمجلس النقد والقرض الذي أنشأه المشرع بموجب القانون 10/90 بغرض تجسيد حقيقي للاهتمام بعصرنة القطاع المالي في الجزائر بعد فشل البنك المركزي ومن بعده المجلس الوطني للقرض في تنظيم المهنة البنكية بسبب تدخلات وزارة المالية كجهة وصية للقطاع، و قد فوض المجلس له إمكانية تعيين مجالات جد هامة عن طريق إصدار أنظمة مصرفية بموجب المادة 62 منه².

ويمكن تقسيم هذه الأنظمة إلى نوعين : أنظمة تعنتي بتنظيم المهنة المصرفية، و أخرى تنظم حركة رؤوس الأموال.

. تنظيم العمليات المصرفية : وذلك من خلال تنظيم عمليات بنك الجزائر بوضع الأطر العامة للعمليات التي يتخذ فيها بنك الجزائر على المستوى المركزي، كما يقوم مجلس النقد والقرض بتحديد السياسة النقدية والإشراف عليها ومتابعتها وذلك عن طريق الأنظمة التي أصدرها تطبيقا لهذه المهام³.

كما يقوم بتأطير عمليات البنك المركزي سيما فيما يخص الخصم و السندات المتصلة بالعملة والمعادن الثمينة و حسن سير نظم الدفع و أمنها، كما يمكن لبنك الجزائر وفقا للمادة 45 من الأمر

¹ - Ibid, p 68.

² - بن لطرش منى، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي: وجه جديد لدور الدولة، مجلة إدارة، ع 24، ص 63.

³ - المرجع نفسه، ص 57.

11/03 أن يتدخل في سوق النقد وان يشتري ويبيع على الخصوص سندات عمومية وخاصة يمكن قبولها لإعادة الخصم أو لمنح التسبيقات، لكن ضمن الشروط التي يحددها مجلس النقد والقرض عن طريق البنك المركزي، لذا أصدر المجلس النظام 01/91 الذي جاء تطبيقا لأحكام المواد : 62 و 98 من الأمر 11/03، كما يقوم بوضع أنظمة لتسيير وسائل الدفع وسلامتها، فهو يقوم بدور المنظم والمسير لسوق النقد، و إعادة يتدخل عندما يفوق طلب بعض المتدخلين على النقود المركزية العروض التي يقترحها المتدخلون الآخرون¹.

تنظيم عمليات البنوك والمؤسسات المالية وتعاونيات الادخار والقرض وذلك من خلال إصدار مجلس القرض والنقد أنظمة في الميادين المتعلقة بشروط إقامة البنوك والمؤسسات المالية وكذا شروط فتح مكاتب تمثيل البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية في الجزائر؛ وكذا تحديد الحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية².

. تنظيم حركة رؤوس الأموال وسوق الصرف: يعتبر تنظيم حركة رؤوس الأموال من الداخل إلى الخارج وكذا العكس، وسيلة عملية للتدخل لتنظيم سوق الصرف من أهم العمليات المعقدة التي وضع قانون النقد والقرض الوسائل لتنظيمها وتسهيل عملياتها من طرف مجلس النقد والقرض.

أما بالنسبة لممارسة لجنة عمليات البورصة و مراقبتها للاختصاص التنظيمي، وذلك من خلال إصدار الأنظمة المتعلقة بتنظيم سير سوق القيم المنقولة، وذلك بسن ما تراه مناسبا من أنظمة من اجل تنظيم سير سوق القيم المنقولة ثم تقوم بنشرها في الجريدة الرسمية مرفقة بالنص التنظيمي الموافق عليها من طرف الوزير المكلف بالمالية³، و تتمثل هذه الأنظمة في تلك المتعلقة بالقيم المنقولة والقواعد المتعلقة بالمتدخلين في البورصة.

ثانيا: سلطة الرقابة والبحث (التحقيق)

قصد ضمان وجود منافسة شرعية وشريفة في السوق وحماية مصالح المتعاملين والمستهلكين على حد سواء، مكن المشرع سلطات الضبط من نظام رقابي دائم يشمل من الناحية المادية مدى

¹ - المرجع نفسه ، ص 58.

² - المرجع نفسه، ص 59.

³ - فتوس خدوجة، المرجع السابق، ص 65 و 66.

احترام القوانين والتنظيمات السارية المفعول، ومن الناحية العضوية كل الفاعلين في السوق متعاملين ومستهلكين والعلاقات البيئية التي تجمعهم، و تمارس هذه السلطات دورها الرقابي من خلال سلطة التحقيق التي تهدف إلى ضمان شرعية المنافسة واحترام القواعد القانونية المؤطرة للقطاع، و يعتبر هذا الاختصاص مكملا لاختصاص التنظيم، فالأول يسن القوانين والثاني يسهر على مراقبة مدى احترامها وتطبيقها¹.

تكرس سلطة التحقيق المعترف بها للسلطات الإدارية المستقلة الغاية من وجودها، بمراقبة حسن سير السوق والمنافسة واحترام القاعدة القانونية وذلك من خلال التأكد من احترام المتعامل الاقتصادي لمبادئ المرفق العام ومدى ضمان الخدمة العامة في قطاعات المرافق المفتوحة على المنافسة والتأكد من عدم وجود وضعيات منافية للمنافسة و احترام الإطار القانوني و جملة القواعد المؤطرة للقطاع وحماية النظام العام الاقتصادي².

واستقر أغلب الفقه على أن السلطات الإدارية المستقلة تقوم بمراقبة قطاع نشاط محدد فتكون على علم بكل ما يجري في ذلك القطاع³ و في مجال المنافسة، يتمتع مجلس المنافسة بسلطة رقابية عامة تشمل كل القطاعات حتى تلك التي شهدت إنشاء سجل إذ يشكل الهيئة العليا الساهرة على حسن تطبيق قانون المنافسة والذي يشمل كل قطاعات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها أشخاص عموميون⁴.

إن سلطة الرقابة مخولة للسلطات الإدارية المستقلة تسمح لها بمعرفة كل ما يجري في قطاع النشاط، فيمكن لها فتح الملفات الإدارية للمؤسسات والخواص إن كان ذلك ضروريا، كما يحق لها على الحصول على المعلومات الضرورية في إطار التحقيقات الاقتصادية التي تؤديها ولا يمكن للإدارة أن ترفض الطابع السري للوثائق التي تملكها.

ويرى الفقه الفرنسي أن سلطة الرقابة تمثل السلطة الأكثر أهمية من ضمن الوسائل التي تملكها السلطات الإدارية المستقلة، و تشمل: سلطة الإطلاع على الوثائق الرئيسية أو الحصول على الوثائق

¹ - بن زبطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 177.

² - بو جملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2006/2007، ص 161 و 162.

³ - حدري سمير، المرجع السابق، ص 108.

⁴ - بو جملين وليد، المرجع السابق، ص 162.

التي تراها ضرورية لعملها، و ممارسة رقابة على أرض الواقع إذ لها أن توفد من يمثلها للمؤسسات الخاضعة لرقابتها للإطلاع عن كثب وعلى أرض الواقع على ما تراه السلطات الإدارية المستقلة ضروريا لعملها، هذه الرقابة تتيح لها حق الإطلاع على السجلات والتقارير لدى مؤسسات الخاضعة لرقابتها أو لدى فروع هذه المؤسسات، ليصل الفقه إلى نتيجة أن سلطة الرقابة والبحث متنوعة ومختلفة من سلطة إدارية إلى أخرى، و بفضلها يمكن للسلطات الإدارية المستقلة المعنية جمع المعلومات وأدلة الإثبات و الإقناع و الحصول على شهادات بما يسمح لها بالتدخل في قضية معينة و بالتالي ممارسة السلطة المخولة لها بإتقان¹.

وقد حدد المشرع الفرنسي المبادئ الأساسية ووسائل ممارسة الرقابة، غير أن بعض السلطات الإدارية المستقلة خولت لها وسائل للرقابة و البحث معتبرة جدا مع سلطة التحقيق، و التحقيقات نوعان: إدارية بسيطة و قسرية و التميز بين النوعين والشروط الصارمة التي يجب أن تتم من خلالها التحقيقات ذات الطابع القسري هي محل اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي وذلك بدقة جدا معتبرة²، و التحقيقات القسرية التي تتم في إطار البحث عن مخالفات تمتاز بإمكانية التفتيش والحجز، و بطبعتها تمس بالحرية الفردية المنصوص عليها في المادة 66 من الدستور الفرنسي مما دفع بالمجلس الدستوري الفرنسي للتدخل لوضع الشروط الأساسية في حالة اللجوء إلى هذه الوسيلة ؛ ويصرح المجلس الدستوري ويؤسس على أساس المادة 66 من الدستور الفرنسي أن لكل إجراء يمس بالحرية الفردية بكل جوانبها يجب أن تتم تحت رقابة السلطة القضائية، وبالتالي لا يمكن أن تتم الحجز و التفتيشات إلا في إطار المتابعات القضائية وبرخصة من القاضي، وتكون تحت كامل رقابته، وعلى المشرع أن يحدد كل الشروط الواجبة لاحترام هذا المبدأ الدستوري من طرف السلطات الإدارية المستقلة التي خول لها مثل هذا النوع من الرقابة، وهذا ما توصل إليه المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ: 19/01/1998، أين وضح أن السلطات المخولة لأعوان لجنة عمليات البورصة الفرنسية (CoB) محدودة بأداء التحقيقات الإدارية، و الدخول إلى المحلات فهو محدد في المحلات ذات الطابع المهني

¹ - المرجع نفسه، ص 109.

² - المرجع نفسه، ص 109 و 110.

دون المنزل الخاص، و أن الأعوان ليس لهم صلاحيات اللجوء إلى التفتيشات و الحجز¹. أما في الجزائر فلم يتدخل المجلس الدستوري لتوضيح الأمر.

وللسلطات الإدارية المستقل وسائلها في ممارسة سلطة الرقابة و البحث، التي تمتاز باتساع مجالها، وتمارس السلطات الإدارية المستقلة رقابة سابقة من خلال مراقبة الراغبين في الانضمام للمهنة من خلال التحقق من مدى استيفاء العون الاقتصادي للشروط المطلوبة قصد السماح بانضمامهم إلى المهنة، كما تمارس رقابة لاحقه على السوق من خلال احترام الأعوان الاقتصادية للقوانين و الأنظمة المنصوص عليها في المجال المخصص لهم.

أ - الرقابة على الالتحاق بالمهنة :

اعتنق الدستور الجزائري مبدأ حرية الصناعة والتجارة بموجب المادة 37 من دستور 1996، غير أن ذات النص الدستوري قرر إمكانية إخضاع المبدأ هذا لقيود تشريعية شريطة عدم المساس بالمبدأ في مجمله. و منحت النصوص التشريعية للسلطات الإدارية المستقلة سلطة منح الاعتماد لتقييد من حرية التجارة والصناعة²، وتتعدد الأسباب التي تجعل السلطة العمومية تحتفظ بسلطة الرقابة على النشاطات بين الأهمية الاستراتيجية وارتباطها باستغلال المرافق العامة. و سلطة منح الاعتماد التي تمارسها السلطات الإدارية المستقلة تأخذ عدة أشكال: الاعتماد أو الترخيص أو الرخصة³.

بالنسبة للنشاطات المصرفية، فإنه و بالنظر لأهميتها الاستراتيجية الخاصة، فرض فيها المشرع التدخل المزدوج للسلطة العامة، إذ يمارس مجلس النقد و القرض رقابة سابقة لشروط ممارسة المهنة المصرفية، فإنشاء أي بنك أو مؤسسة مالية يخضع لرخصة المجلس، و في حال قبول الطلب يجب أن تحصل الشركة كذلك على اعتماد يمنحه محافظ بنك الجزائر الذي يتحقق من استفاء كل الشروط المتعلقة بالتأسيس حسب التشريع والتنظيم المعمول بهما، ثم يمنح الاعتماد بمقرر من محافظ البنك وينشر في الجريدة الرسمية⁴. و بعد تعديل قانون النقد و القرض لسنة 2003، فإن المشرع قام بتقويم

¹ - حدري سمير، المرجع السابق، ص 110

² - أوباية مليكة، اختصاص الاعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007، ص 201

³ - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes en Algérie, op. cit, p 65

⁴ - أوباية مليكة، المرجع السابق، ص 202 و 203.

رقابة المجلس فيما يخص الالتحاق بالمهنة، و ذلك باشتراطه إثبات مصادر الأموال المقترحة بها للاستشارة في المجال المصرفي¹.

وفي مجال البورصة، تمارس لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها نوعين من الرقابة على عمليات البورصة، بالنسبة للأولى، فإن قبول قيم منقولة للتفاوض في سوق البورصة يقرر من طرف اللجنة، فالشركة التي تضع قيما منقولة و تعلن عن الادخار العلني ملزمة بوضع مذكرة إعلامية للجمهور، و بناء على المعلومات المقدمة لها تتخذ اللجنة قرارا بقبول إصدار القيم المنقولة وقبول تداولها في البورصة من خلال التأشير على المذكرة الإعلامية المقدمة على مستواها، بالنسبة للثانية: فإن للجنة سلطة منح الاعتماد للوسطاء في عمليات البورصة، متى توافرت فيهم الشروط القانونية كما يمكن لها منح اعتماد جزئي إذا رأت أن الوسيط غير قادر على ممارسة جميع النشاطات الواردة في الطلب بصفة ملائمة و كاملة².

وفي مجال الاتصالات فان لسلطة ضبط البريد و الاتصالات السلكية واللاسلكية سلطة الرقابة وذلك إما من خلال منح الرخصة، منح الترخيص، نظام التصريح البسيط ونظام الاعتماد. على اعتبار أن النشاطات المتعلقة بإنتاج طاقة الكهرباء ونقلها وتوزيعها و نقل الغاز وتوزيعه بواسطة القنوات تمارس في إطار المرفق العام، وأن هذا النشاط مفتوح على السوق التنافسية لانجاز منشآت جديدة لإنتاج الكهرباء و استغلاله، فان المشرع ربط ذلك بضرورة الحصول على رخصة الاستغلال التي تمنح من طرف لجنة ضبط الكهرباء و الغاز³، و التي تتحقق من مدى توافر الشروط القانونية لمنح هذه الرخصة وللجنة سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض منح الرخصة، كما أن اللجنة هي المتخصصة بمنح الترخيص بالممارسة للوكيل التجاري للغاز والكهرباء باعتماد عدة مقاييس.

وفي المجال المنجمي نشاطات التنقيب، الاستكشاف والاستغلال لممارستها يفرض الحصول على سند منجمي يأخذ شكل رخصة التنقيب، ترخيص بالاستكشاف المنجمي أو ترخيص استغلال

¹ - المرجع نفسه، ص 112.

² - أنظر المادتين: 41 و 42 من المرسوم التشريعي رقم: 10/93 مؤرخ في: 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر رقم 34 الصادرة في: 23 ماي 1993 المعدل و المتمم للأمر 10/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، ج ر ع: 03 الصادرة في 14 جانفي 1996 و القانون 04/03 مؤرخ في 17 جانفي 2003، ج ر ع 11 الصادرة في 19 فيفري 2003 (استدرارك في ج ر ع 32 الصادرة في 07 ماي 2003)

³ - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes en Algérie, op. cit, p 67

منجمي، يمنح من طرف الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية، أما المنجمي فإنها عن طريق مرسوم تنفيذي¹.

- الرقابة على السوق (مراقبة السوق):

إن الاعتراف لسلطات الضبط الاقتصادي بمراقبة السوق يعتبر تجسيدا واضحا اتفق عليه الفقه على اعتبار أن هذه السلطات تقوم بمراقبة قطاع نشاط محدد كونها تكون على علم بكل ما يجري في ذلك القطاع².

تعتبر الرقابة على السوق من أهم الاختصاصات التي زودت بها اللجنة المصرفية في المجال المالي من خلال الرقابة على البنوك والمؤسسات المالية، ومن خلال التأكد والتفتيش بدقة عن مدى قانونية تصرف ما و نظاميته وسلامة الوثائق و الإطلاع عليها أي أن العمل تم بالطريقة التي حددتها الأنظمة فإذا حدث انحراف في المعايير الموضوعية فان ذلك يتطلب اتخاذ إجراءات معينة لتصحيح الانحراف³.

إذن فاللجنة المصرفية تسهر على احترام مؤسسات القرض للأحكام المنظمة للمهنة، من خلال الرقابة على مدى تطبيق الالتزامات التي منح الاعتماد لأجلها و الصحة المالية وكذا احترام قواعد حسن سير المهنة⁴، فتمارس اللجنة رقابة على أرض الواقع طبقا للمادة 105 من قانون النقد والقرض، من خلال مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها. وتفحص شروط استغلال البنوك والمؤسسات المالية والسهر على نوعية وضعياتها المالية، و هنا يخول لها أن تطلب من البنوك والمؤسسات المالية جميع المعلومات و الإيضاحات و الإثباتات اللازمة لممارسة مهمتها، كما يمكن لأي شخص معني بتليغها بأي مستند وأية معلومة دون أن يحتج

¹- Ibid, p 68

²- إرزيل الكاهنة، دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط السوق، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007، ص 108.

³- أعراب أحمد، المرجع السابق، ص 121.

⁴- المرجع نفسه، ص 122.

بالسرّ المهني تجاه اللجنة، وفي حالة معاينة وجود نقائص فإن اللجنة تملك صلاحية إعلام البنك أو المؤسسة المالية المعنية لاتخاذ الإجراءات اللازمة لإعادة التوازن المالي أو تصويب طريقة تسييرها¹. وبخصوص سجل الالتزامات المحاسبية، فوفقاً للمادة 13 من الأمر 11/03 فإنه: "يجوز للجنة المصرفية أن تأمر المؤسسات المعنية بالقيام بنشريات تصحيحية في حالة وجود بيانات غير صحيحة أو وقوع سهو في المستندات المنشورة"².

وفي مجال البورصة فإن لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها وفي إطار ممارسة مهمة حماية الادخار تسهر على ضمان الشفافية في السوق وتحقيق المساواة في المعاملة بين المساهمين، كما تتولى فحص صحة ودقة المعلومات المقدمة لها من طرف المؤسسات المالية، إلى جانب مراقبة سوق القيم المنقولة، لتحقيق السير الحسن للمعاملات القائمة على مستواها و لحماية المستثمرين في القيم المنقولة من جهة أخرى³.

كما تعتمد اللجنة على وسيلة على درجة من الأهمية للبحث عن كل فعل من شأنه الإضرار بمصالح المستثمرين و عرقلة السير الحسن لسوق القيم المنقولة و يتعلق الأمر بإجراء التحقيقات، إذ تملك إجراء تحقيقات لدى بعض المتعاملين كالشركات التي تلجأ للادخار والبنوك والمؤسسات المالية والوسطاء في عمليات البورصة ولدى الأشخاص الذين يقدمون نظراً لنشاطهم المهني مساهماتهم في العمليات الخاصة بالقيم المنقولة أو في المنتجات المالية المسعرة أو يتولون إدارة مستندات مالية⁴. ويمكن للأعوان المؤهلين في إطار ممارسة هذه التحقيقات طلب إمدادهم بأي وثائق أيا كانت دعامتها، وأن يحصلوا على نسخ منها كما يجوز لهم الوصول إلى جميع المحال ذات الاستعمال السكني (المادة 37).

كما أن اللجنة مؤهلة في هذا المجال عقب مداولة خاصة باستدعاء أي شخص من شأنه تقديم معلومات في القضايا المطروحة عليها أو تأمر أعوانها باستدعائه، وفي مجال البريد والمواصلات فإن

¹ - المادة 109 من الأمر 11/03 مؤرخ في: 26 أوت 2003، متعلق بالنقد و القرض، ج ر ع 52، صادرة في: 27 أوت 2003.

² - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, op. cit, p 32

³ - حدري سمير، المرجع السابق، ص 116.

⁴ - المرجع نفسه، ص 117.

سلطة الضبط القطاعية تتأكد من وجود خدمات نوعية في ظروف موضوعية وشفافة دون تمييز وفي مناخ تنافسي. وفي إطار منافسة مشروعة ما بين الأعوان الاقتصاديين في السوق، وكذا احترام التشريع والتنظيم المطبق، وفي هذا المجال تؤهل سلطة الضبط لتسخير المتعاملين وموفري الخدمات وكل شخص معني بالأمر لتقديم كل وثيقة أو معلومة ضرورية للقيام بالاختصاصات المخولة لها، كما تؤهل سلطة الضبط للقيام بكل المراقبات التي تدخل في إطار صلاحياتها طبقاً لدفتر الشروط (المادة 13).

إن مجلس المنافسة يتمتع بسلطة رقابية عامة تشمل كل القطاعات من خلال رقابة شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل الممارسات المقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية، مما يعني أن للمجلس اختصاص رقابي شامل يمتد إلى كل القطاعات بما فيها تلك التي شهدت إنشاء سلطات ضبط¹. وفي هذا الإطار، فإن مجلس المنافسة يضطلع بسلطة التحقيق حول شروط تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، وإذا أثبتت هذه التحقيقات أن تطبيق هذه النصوص يترتب عنه قيود على المنافسة، فإن المجلس يباشر كل العمليات لوضع حد لهذه القيود (المادة 37 من قانون المنافسة).

وقد أطر المشرع سلطة التحقيق تأطيراً إجرائياً مفصلاً من خلال الفصل الثالث من الأمر 03/03 وكذا النظام الداخلي للمجلس، و رغم تأهيله لممارسة سلطة تحقيق واسعة في رقابة الممارسات المقيدة للمنافسة إلا أن المشرع سمح بالمقابل للمجلس بترخيص بعضها و يتعلق الأمر بما يلي: الاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين الشغل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة أو المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، قبول بعض التجميعات وفق شروط من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة².

وفي القطاع المنجمي، و بمجرد الحصول على السندات والرخص المنجمية والشروع في ممارسة النشاط، تتدخل الوكالة الوطنية للجولوجيا والمراقبة المنجمية لرقابة أصحاب السندات

¹ - بو جملين وليد، المرجع السابق، ص 162.

² - المرجع نفسه، ص 163.

والرخص الذين أصبحوا من متعاملي القطاع، تمارسها أثناء وبعد ممارسة النشاط نظرا لطبيعة هذا الأخير، وذلك من أجل ضمان احترام مختلف النصوص القانونية التي يخضعون لها أثناء ممارسة النشاط، وتنفيذ الالتزامات لحمايتها و حماية مصالح و حقوق المتعاملين و تحقيق المصلحة العامة¹.
وتدخل الوكالة الوطنية الجيولوجية و المراقبة المنجمية تتدخل على مستويين:

. الأول: يدخل في إطار حماية الممتلكات المنجمية البيئية.

. الثاني: يدخل في إطار الوقاية و الحماية من الأخطار المنجمية².

الفرع الثاني: الاختصاصات التنازعية للهيئات الإدارية المستقلة

إلى جانب المهام المشار إليها أعلاه تختص السلطات الإدارية المستقلة بسلطات واختصاصات تنازعية تعود في الأصل إلى السلطات التقليدية داخل الدولة، الغرض منها هو فض منازعات قد تظهر داخل السوق، ويظهر هذا الاختصاص التنازعي في صورتين: ممارسة السلطة التحكيمية وممارسة السلطة القمعية.

أولاً: الاختصاص التحكيمي (سلطة التحكيم)

إن خصوصية وتعقيد بعض المنازعات وطول الإجراءات و ازدحام الأجهزة القضائية أدى تدريجياً إلى إعادة التفكير في الجهاز القضائي التقليدي و تبني أحكام جديدة من أجل حل النزاعات بأسلوب آخر، أين استحدث إلى جانب القضاء التقليدي هيئات جديدة و طرق حكم جديدة تعرف باسم الطرق البديلة لحل عن العدالة الرسمية، مثل الصلح و الوساطة و التحكيم.

حظيت السلطات الإدارية المستقلة باختصاص حل النزاعات بين الأعوان الاقتصاديين التي قد تثور في القطاعات المكلفة بضبطها من خلال سلطة التحكيم، و إن كان الأمر محصور في ثلاث سلطات و هي: لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و لجنة ضبط الكهرباء و الغاز.

¹ - قاسي زينب، المركز القانوني لوكالتي الضبط في القطاع المنجمي، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 133.

² - المرجع السابق، ص 134.

ويرى الأستاذ "Autin Jean" أن السلطات الإدارية المستقلة استولت على حقل اختصاص القاضي، و أصبحت أجهزة أساسية مكلفة بضبط بعض القطاعات التي لم يعد القضاء الإداري قادرا على مراقبتها¹.

ويحقق الاختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة عدة مزايا عملية، إذ يساهم في توفير الوقت والجهد والنفقات على الأطراف المتنازعة مقارنة بالهيئات القضائية، كما أن هذه السلطات الإدارية المستقلة تسمح بعرض النزاع على جهات أكثر دراية و إماما بملاسات النزاع سيما عندما يتعلق الأمر بمسألة تقنية كون سلطة الضبط أكثر إحاطة بالقطاع الذي تتولى ضبطه من القاضي الذي كثيرا ما يفترق إلى تكوين اقتصادي.

إن الاعتراف للسلطات الإدارية المستقلة بسلطة التحكيم في بعض النزاعات يترتب عليه نتائج قانونية، غير أنه لا يمكن الخروج عن إحدى الفرضيات الثلاثة التالية: وجود علاقة تكامل بين اختصاص سلطة الضبط المستقلة و اختصاص القاضي، قيام تنافس بين اختصاص الهيئتين أو أن اختصاص سلطة الضبط يقصي القاضي من نظر بعض النزاعات.

. وجود علاقة تكامل بين الاختصاصين: حددت النصوص المنشئة للسلطات الإدارية المستقلة النزاعات التي تتدخل من أجل حلها، و عليه فإن الاختصاص التحكيمي المخول لها هو اختصاص محدد، و لا يمكن لسلطة الضبط ممارسة حل نزاع استنادا إلى سلطة التحكيم إذا لم يكن النص التشريعي قد حولها ذلك و يكون الاختصاص هنا للقضاء، فمثلا تتولى غرفة التحكيم لدى لجنة ضبط الكهرباء و الغاز الفصل في النزاعات التي تنشأ بين المتعاملين الاقتصاديين ما عدا تلك المتعلقة بالحقوق و الالتزامات التعاقدية التي يؤول اختصاص النظر فيها القاضي².

. وجود علاقة تنافسية بين اختصاص سلطة الضبط و اختصاص القاضي: في هذا الإطار يطرح التساؤل حول مدى حرية الأطراف المتنازعة في عرض النزاع على سلطة الضبط أو القاضي.

إن الأطراف المتنازعة حرة في عرض نزاعها على سلطة الضبط أو القاضي، فليس هناك نص قانوني يجعل اختصاص السلطات الإدارية المستقلة في التحكيم اختصاصا مانعا باستثناء النزاعات

¹ - مخلوف باهية، الاختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص 37.

² - المادة 133 من القانون رقم: 01/02 مؤرخ في: 05 فيفري 2002، المتعلق بالغاز و الكهرباء، ج. ر. ع 08 صادرة في: 05 فيفري 2002.

المتعلقة بالتوصيل البيني التي يؤول اختصاص النظر فيها وجوبا إلى سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، غير أن هذا الأمر من شأنه أن يخلق نوعا من التنافس بين اختصاص سلطة الضبط و اختصاص القاضي¹.

. اختصاص سلطة الضبط يقصي القاضي:

إن النزاعات المتعلقة بالتوصيل البيني تخضع وجوبا في فضاها إلى التحكيم أمام سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، و هذا بالنظر إلى أن هذه الطائفة من النزاعات تتميز بطابع تقني فتكون سلطة الضبط أكثر تخصصا و دراية بهذه النزاعات من القاضي.

غير أن الملاحظ أن التحكيم كاختصاص تمارسه السلطات الإدارية المستقلة يختلف عن التحكيم التقليدي في عدة جوانب.

وعليه يتم التطرق في هذا الإطار إلى الشروط القانونية لممارسة الاختصاص التحكيمي من قبل السلطات الإدارية المستقلة، ثم خصوصية التحكيم في ظل اختصاص هذه السلطات.

أ . الشروط القانونية لممارسة الاختصاص التحكيمي من قبل السلطات الإدارية المستقلة

ممارسة السلطات الإدارية المستقلة لاختصاص التحكيم يخضع لشروط قانونية، على اعتبار أنه اختصاص محدد، و هذا التحديد يتعلق بالموضوع و كذلك بالأشخاص.

1 . من حيث الموضوع:

إن السلطات الإدارية المستقلة تتدخل باختصاصها التحكيمي عادة في النزاعات ذات الطابع التقني. وفقا للمرسوم التشريعي 10/93 في المادة 15 منه تتدخل غرفة التأديب و التحكيم التابعة للجنة ضبط عمليات البورصة و مراقبتها من أجل حل النزاعات ذات الطابع التقني الناتجة عن تفسير القوانين واللوائح المتعلقة بتنظيم بورصة القيم المنقولة².

¹ - مخلوف باهية، المرجع السابق، ص 42.

² - المرسوم التشريعي رقم: 10/93 مؤرخ في: 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر رقم 34 الصادرة في: 23 ماي 1993 المعدل و المتمم بالأمر 10/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، ج. ر. ع: 03 الصادرة في 14 جانفي 1996 و القانون 04/03 مؤرخ في 17 جانفي 2003، ج ر رقم 11 الصادرة في 19 فيفري 2003 (استندراك في ج. ر. ع 32 الصادرة في 07 ماي 2003

وبموجب المادة 07/13 من القانون 03/2000 المتعلق بالبريد و الاتصالات فإن سلطة الضبط من خلال اختصاصها التحكيمي تفصل في النزاعات التي ينصب موضوعها على مسألة التوصيل البيني¹، و أضافت الفقرة الأولى من القرار رقم: 03/SP/PC/2002 طائفة أخرى من النزاعات التي تدخل في الاختصاص التحكيمي لسلطة الضبط هذه و هي تلك المتعلقة بتقاسم منشآت المواصلات السلكية و اللاسلكية.

يكون التوصيل البيني موضوع اتفاقية بين المتعاملين المعنيين و يحدد بموجبها الشروط المالية و التقنية لهذا التوصيل، و النزاعات الناشئة عن التوصيل البيني التي تختص سلطة الضبط بفضها عن طريق التحكيم هي نزاعات ناشئة عن علاقة تعاقدية للمتعاملين تنثور بمناسبة إخلال أحد الأطراف بالبنود التعاقدية للاتفاقية سواء تعلق الأمر بشروطها المالية أو التقنية، و قد فصلت سلطة الضبط مثلا في النزاع القائم بين أوراسكوم لاتصالات الجزائر و اتصالات الجزائر المتعلق بتسديد فواتير رصيد التوصيل البيني بين المتعاملين أين ألزمت اتصالات الجزائر بتسديد المبالغ المخصومة بقيمة 30% و 10% في فواتير إنهاء المكالمات لشهر ديسمبر 2002 و الفصل الأول من سنة 2003 على الترتيب، كما ألزمت أوراسكوم لاتصالات الجزائر بتسديد المبالغ المستحقة المتبقية لاتصالات الجزائر لتكملة الفواتير التي تعدها اتصالات الجزائر على أساس ما تم إسقاطه من حسابها².

وفي مجال الكهرباء والغاز تشترط المادة 133 من القانون 01/2002 توفر شرطين لممارسة غرفة التحكيم التابعة للجنة ضبط الكهرباء والغاز الفصل في الخلافات المنشورة أمامها، الأول أن ينشأ الخلاف بين متعاملين في قطاع الكهرباء و الغاز³ رغم أن المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم: 194/02 تقضي بأن من بين الالتزامات الملقاة على عاتق الموزع توفير الطاقة الكهربائية أو الغازية في المناطق التي يوجد فيها شبكة لكل شخص يطلب ذلك، غير أن هذا الموزع غير ملزم بالتوريد إذا تبين له أن ذلك يمكن أن يتم بطريقة أقل تكلفة عن طريق الإنتاج الذاتي بالنسبة للكهرباء أو عن

¹ - قانون رقم: 03/2000 مؤرخ في: 05 أوت 2000، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج. ر. ع 48 صادرة في: 06 أوت 2000.

² - Décision N° 33/SP/PC/ARPT/05du 28/08/2005 relative au litige concernant le paiement de soldes des factures d'interconnexion entre les opérateurs ORASCOM Télécom d'Algérie et Algérie Télécom, in - www.arpt.dz

³ - قانون رقم: 01/02 مؤرخ في: 05 فيفري 2002، المتعلق بالغاز والكهرباء، ج. ر. ع 08 صادرة في: 05 فيفري 2002.

طريق استعمال وقود آخر بالنسبة للغاز، و إذا احتج الشخص طالب التوريد بالطاقة فما له سوى اللجوء إلى تحكيم لجنة الضبط¹، وهو ما يدفع للتساؤل عن قانونية هذه المادة على اعتبار أنها تحيل الخلافات المتعلقة بالإخلال بالتزامات التوريد في هذه الحالة للتحكيم في حين المادة 133 من قانون اللجنة تمنع ذلك.

والثاني، ألا يتعلق الخلاف بالحقوق و الالتزامات التعاقدية، كما تخرج عن اختصاص الغرفة الخلافات الناتجة عن تطبيق التنظيم سيما المتعلق باستخدام الشبكات و التعريفات و مكافأة المتعاملين على اعتبار أنها تخضع لإجراء المصالحة.

2 . من حيث الأشخاص:

حسب المادة 52 من المرسوم التشريعي رقم 10/93 المعدل و المتمم فإن الوسيط في عمليات البورصة يجب أن يكون طرفا في النزاع الذي يعرض على غرفة التحكيم التابعة للجنة، ولا تختص اللجنة في أي نزاع آخر لا يكون فيه الوسيط طرفا حتى و إن كان أطرافه هو من أشخاص آخرون ينشطون في البورصة و حتى لو كان النزاع يتعلق بتفسير نص قانوني أو تنظيمي ساري في مجال البورصة كأن ينشأ النزاع بين شركة تسيير القيم المنقولة و الشركة المصدرة للأسهم.

وفي مجال الاتصالات السلكية و اللاسلكية كرسست المادة 08 من القانون 03/2000 المعيار العضوي إلى جانب المعيار الموضوعي لعرض النزاع على سلطة الضبط، إذ اشترط المشرع فيها نشوب النزاع بين متعاملين في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية أو بين متعامل واحد و أحد المستعملين.

وفي مجال الكهرباء والغاز تختص الغرفة التحكيمية لدى سلطة الضبط بنظر الخلافات المنعقدة بين المتعاملين في قطاع الكهرباء والغاز، وهو ما نصت عليه المادة 133 من القانون 01/2002، و مثالها تلك النزاعات الناشئة بين منتج الكهرباء أو الغاز والموزع أو بين المنتج والوكيل التجاري أو بين الموزع و الوكيل التجاري أو بين الأطراف السابقة والزيون المؤهل، وتخرج عن اختصاصات الغرفة النزاعات التي يكون أحد أطرافها هو الزيون النهائي.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 194/02 مؤرخ في 28 ماي 2002 المتضمن دفتر الشروط المتعلقة بالتمويل بالكهرباء و الغاز بواسطة القنوات، ج. ر . ع 39 الصادرة في 02 جوان 2002.

ب . خصوصية التحكيم في ظل اختصاص السلطات الإدارية المستقلة

إذا كان اللجوء إلى التحكيم التقليدي يستلزم وجود اتفاق بين أطراف النزاع سواء كان اتفاقية تحكيم أو مشاركة تحكيم و وفقا للشروط المقررة بموجب أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (المواد من 1007 إلى 1013)، فإن التحكيم في إطار السلطات الإدارية المستقلة لم يلزم المشرع فيه وجود اتفاق بين الأطراف، فينتفي عنصر التراضي و يكون للمتعاامل الاقتصادي إخطار سلطة الضبط المختصة بالنزاع بصفة انفرادية حتى و إن لم يتم الاتفاق بينه و بين خصمه على تحكيم هذه السلطة، و من هنا يمكن القول أن مجرد التعامل في القطاعات الخاضعة لرقابة سلطات الضبط المتمتعة بسلطة التحكيم يعتبر إقرارا بقبول تحكيم هذه الهيئات.

من جانب آخر فإن الأطراف في إطار التحكيم التقليدي يستقلان بتعيين المحكم أو أعضاء هيئة التحكيم أو على الأقل يحددون شروط تعيينهم كما يستقلون بعزلهم طبقا للمواد من 1014 إلى 1017 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹، و على خلاف هذا فإنه و في مجال التحكيم الذي تمارسه السلطات الإدارية المستقلة، فإن أعضاء الهيئة التحكيمية تختص السلطة التنفيذية بتعيينهم من الفئات التي حددها المشرع و يتم عزلهم من الجهة التي عينتهم استنادا لقاعدة توازي الأشكال.

كما أن الهيئة التحكيمية لدى السلطات الإدارية المستقلة هي جهاز دائم تختص بمنازعات محددة من طرف المشرع، بعكس الهيئة التحكيمية في التحكيم التقليدي التي تنتهي مهمتها بالفصل في النزاع و تختص بمنازعات محددة في اتفاقية التحكيم، و هذا وفقا للمادة 1018 من ق إم إد.

إن الأحكام التحكيمية الصادرة بمناسبة التحكيم العادي (التقليدي) لا يمكن تنفيذها إلا بعض إ مهارها بالصيغة التنفيذية من المحكمة المختصة كما نصت على ذلك المواد من 1035 و 1037 من قانون إم إد²، أما القرارات أو الأحكام التحكيمية الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة بمناسبة إعمال اختصاصها التحكيمي فهي ليست بحاجة إلى الصيغة التنفيذية بل تتمتع بقوة تنفيذية ذاتية و هي ملزمة للطرفين رغم قابليتها للطعن.

¹ - قانون 09/08 مؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21 صادرة في: 23

أفريل 2008.

² - المرجع نفسه.

إن قرارات التحكيم الصادرة عن سلطات الإدارية المستقلة، و باستثناء تلك الصادرة عن الغرفة التحكيمية للجنة ضبط الكهرباء و الغاز التي لا تقبل الطعن فيها، يطعن فيها إما بالإلغاء أو بعدم المشروعية أمام مجلس الدولة (القضاء الإداري).

إن هذه الخصوصية التي يتمتع بها مفهوم التحكيم أو السلطة التحكيمية لدى السلطات الإدارية المستقلة دفعت بالأستاذة "Frison Roche" إلى القول: " إن اعتبار اختصاص السلطة الإدارية المستقلة في الفصل في بعض النزاعات بمثابة نظام تحكيمي مسألة تثير الشك من منطلق انعدام أي اتفاق بين طرفي النزاع يحدد و ينظم الإجراءات، و أن الاختصاص المخول لسلطة الضبط ما هو إلا اختصاص مفروض عليها بهدف تنظيم دخول المتنافسين إلى البنى التحتية للقطاع المعني بالأمر"¹.

ثانيا: السلطة القمعية للسلطات الإدارية المستقلة

السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة، هي تلك الأهلية التي يمنحها القانون لهذه الهيئات للمعاقبة على خرق القوانين والأنظمة أي لارتكاب المخالفات، وهذه السلطة القمعية تتجاوز المبدأ التقليدي القاضي بالاختصاص الاستثنائي للقضاء في مجال الردع والجزاء الذي يوقعه القضاء هو الطريق المألوف لإجبار الأفراد على الامتثال لقرارات السلطة العامة². فهذه السلطة القمعية المخولة للسلطة الإدارية المستقلة تعد تعبيراً عن رفض التدخل القضائي في القطاعات الاقتصادية لأن سلطة القضاء في هذا المجال أظهرت محدوديتها بسبب أن هذه القطاعات جدو تقنية، و أن العدالة الجنائية أظهرت تأخرها³، و مبدأ إزالتها التجريم يسمح للهيئات الإدارية المستقلة بالاستفادة من التدخل في مجالات مهمة لا يمكن ضبطها بالقنوات التقليدية، و الضبط يفسر إرادة استخلاف رقابة هيئات مكان

¹ - FRISON-ROCHE - Marie-Anne -, Arbitrage et droit de la régulation, in FRISON-ROCHE - Marie-Anne (S/dir), Les risques de la régulation, V3, séries droit et économie de la régulation, ed science po et Dalloz, Paris, 2005, p 225

² عيسوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، المرجع السابق، ص 10.

³ طباع نجاه، اللجنة المصرفية كجهة قمعية في مجال المساءلة المهنية للبنوك، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007، ص 223

هيئات أخرى والضبط يسجل في إطار السياسة الجنائية للبحث عن أحسن طريقة لمراقبة النشاطات الاقتصادية ومعاينة التصرفات الخاطئة¹.

تظهر العلاقة بين السلطة الإدارية المستقلة و ظاهرة إزالة التجريم (Dépenalisation) من خلال تعريف هذه الظاهرة فهي عبارة عن إزاحة السلطة القمعية للقاضي الجنائي لصالح هيئات أخرى و استبدال العقوبات الجنائية بالعقوبات الإدارية، فهي ظاهرة تخص فقط ما يعد أصلا جنائيا²، فهي تعبر عن استبعاد التجريم الجنائي (أي الخطأ الجنائي)³، و لكن غاية السلطة القمعية لهذه الهيئات ليست الإزاحة التامة للقانون الجنائي في القطاعات المعقدة تقنيا، لكن في الحقيقة هي إعادة النظر في القمع الجنائي⁴، من خلال التحول تماما من القانون الجنائي لصالح نظام قانوني آخر، أي أن الفعل يصبح مباحا لا يشكل جريمة و لكن يبقى غير مشروع في إطار قانوني آخر سواء كان القانون المدني أو القانون الإداري، و إن كان هناك جانب من الفقه يميز بين فكرة الحد من العقاب التي تشير إلى التخلي عن القانون الجنائي لصالح قانون آخر، و فكرة الحد من التجريم التي تقيد أن المشرع تخلي كلية عن عدم مشروعية الفعل بحيث لا يخضع لأي نوع من أنواع الجزاءات⁵.

و من أسباب نقل السلطة القمعية من القاضي الجنائي إلى الهيئات الإدارية:

أن العقوبة الجنائية كالحبس لا تتلاءم مع هذه القطاعات و قمع المخالفات المرتكبة في هذه القطاعات بواسطة العقوبات الجزائية أظهر عدم فعاليتها في الردع، كما أن هناك من المخالفات ما لم يمكن أن تكون فعلا مجرما.

كما أن القمع عن طريق السلطة الإدارية المستقلة هو نتيجة لظاهرة التضخم التشريعي في مجال التجريم الجنائي وكذا كثرة عدد القضايا الجنائية، مما جعل المتهم لا يتمتع بالضمانات القانونية

¹ عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي والاقتصادي، المرجع السابق، ص 11.

² طباع نجاة، المرجع السابق، ص 223.

³ حدري سمير، المرجع السابق، ص 120، تهميش رقم: 01

⁴ عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي والاقتصادي، المرجع السابق، ص 19.

⁵ - خلفي عبد الرحمان، ظاهرة الحد من العقاب، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" يومي 07 و 08 ماي 2014، منشورة بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ع خاص 2015، ص 607

وفقدان الأثر الرادع للعقوبة للتأخر في الفصل في الدعوى. ويرى اتجاه آخر أن قداسة ونبيل القانون الجنائي لا يمكن أن توكل له مهمة قمع المخالفات في ظل اقتصاد السوق¹.

يظهر إذن أن ضبط المجالات الاقتصادية غرضه هو إيجاد حلول غير مألوفة في القانون التقليدي بالاعتماد على السلطة القمعية، إذ لا يمكن الفصل بين السلطة القمعية والضبط الاقتصادي، فالسلطات الإدارية المستقلة تتصدى مباشرة لكل خرق لقواعد القطاع المراد ضبطه بواسطة توقيع العقوبات فتسمح بعودة التوازن بين المصالح التابعة لمختلف القوى الاجتماعية وحقوق المواطنين والمصلحة العامة².

ويظهر دور إزالة التجريم (Dépénalisation) بواسطة الهيئات الإدارية المستقلة في ضبط قطاعات النشاط الاقتصادي مختلفا من هيئة لأخرى، كانت الممارسات المنافية للمنافسة يعاقب عليها في ظل القانون 1989 المتعلق بالأسعار من طرف القاضي الجزائري و أصبح اليوم اختصاص لمجلس المنافسة بصفة كلية منذ صدور الأمر 03/03، و بعد أن كان هذا الأخير يتقاسم الدور مع القاضي الجزائري في ظل الأمر 06/95، وما يدل على إزالة التجريم كلية أنه و حتى المسؤولية الشخصية للشخص الطبيعي ينظر فيها مجلس المنافسة.

وبالنسبة لمجال البورصة فإن إزالة التجريم كان جزئيا، فإذا كانت لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها تعاقب على مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالقطاع وأخلاقيات مهنة الوسيط، غير أن القاضي الجنائي يحتفظ باختصاصه إذا تعلق الأمر بنشر معلومات خاطئة، و حتى مخالفات التشريع والتنظيم يمكن للقاضي الجنائي أن ينظر فيها، و يمكن في المجال المصرفي للقاضي الجنائي أن يعاقب على المخالفات التي تعاقب عليها اللجنة المصرفية، و نفس الشأن بالنسبة لسلطات ضبط البريد والمواصلات والمناجم، غير أن الملاحظ في مجال الطاقة (لجنة ضبط الكهرباء و الغاز) فإن المشرع أخط بين العقوبات التي تتخذها سلطة الضبط و العقوبات التي يتخذها القضاء إذ يمكن لسلطة الضبط توقيع عقوبة الحبس إذا لم ينظم المشرع جزاء خاصا بالأحكام الجزائية³.

¹ - FRISON-ROCHE - Marie-Anne-, Le juge et le marché, RJC n° spécial (Le juge de L'économie), 2002, p. 49- 50

² - FRISON-ROCHE - Marie-Anne -, Le droit de la régulation, op. cit , p 613- 614

³ - أنظر: الباب الثالث من القانون رقم: 01/02 مؤرخ في: 05 فيفري 2002، المتعلق بالغاز و الكهرباء، ج ر ع 08 صادرة في: 05 فيفري 2002.

إن ظاهرة إزالة التجريم هي تقنية تخدم الضبط الاقتصادي و تسمح بتأقلم السلطة القمعية، و تبين أن القاضي الجنائي مازال يتدخل لقمع المخالفات الاقتصادية و يمكن حتى أن يتدخل في ممارسات يتدخل فيها القمع الإداري.

إن السلطات الإدارية المستقلة تكفل رقابة فعالة للقطاعات الاقتصادية و المالية و تسهل قمع أي مخالفة تقع فهي تعبر على أنها تستخلف القضاء في مجال الرقابة على الأعمال الاقتصادية و تكرر فكرة القضاء الاقتصادي، التي تسمح بالتقليص من تعسف السلطة و تعبر عن فعالية هذه الأدوات الجديدة¹.

إن مجرد منح سلطات الضبط الاقتصادي سلطة تنظيمية أو رقابية فقط أثبتت فشلها فكان لابد من خلق سلطة قمعية، على أن يتم استعمال هذه السلطة بشكل يسمح بتحقيق الغاية المرجوة منها. إن الغاية القمعية للسلطات الإدارية المستقلة من خلال الجزاءات التي توقعها لا تختلف عن الغاية من العقوبة ووفقاً للمبادئ العامة للعقاب في القضاء الجنائي إذ و إلى جانب هذه الغاية فإن لها غاية ردعية، و الردع نوعان: ردع خاص و ردع عام.

يتمثل الردع الخاص في توقيع العقوبة على العون الاقتصادي المخالف بهدف عدم تكرار الفعل المرتكب.

ويهدف الردع الخاص إلى زرع الخوف لدى باقي الأعوان الاقتصاديين الناشطين في قطاع النشاط حتى لا تسول لهم أنفسهم القيام بمثل هذه المخالفات المعاقب عليها و إلا لقوا نفس العقاب. وقد يقول قائل كيف للردع العام أن يتحقق و السلطة الإدارية المستقلة بعكس القضاء تعقد جلساتها سرية؟ يمكن الإجابة على ذلك بالقول أن غاية الردع العام تسترجع من خلال نشر القرارات المتضمنة للعقوبات و يتخذ النشر في محال المنافسة وجهين، إذ يمكن أن يأمر المجلس بنشر قراره أو مستخرج منه أو توزيعه أو تعليقه، فيكون بمثابة عقوبة تكميلية للعقوبات المالية و هي اختيارية، كما

¹ - عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، المرجع نفسه، ص

أن الوزير المكلف بالتجارة عليه نشر القرارات في مجال المنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة لزاماً، كما يمكن نشر مستخرج من القرارات عن طريق الصحف أو بأية وسيلة إعلامية أخرى¹. وفي قطاع الطاقة فإن آراء لجنة الضبط وقراراتها تنتشر، كما يمكن لهذا الإجراء أن يكون عقوبة تتخذها اللجنة².

إن هذا النشر الآلي للعقوبات وبالنظر إلى قسوته لا يوجد في قانون العقوبات، إذ أن نشر الحكم هو عقوبة تكميلية لا يمكن تنفيذه إلا إذا تضمنه الحكم، و لا يمكن للقاضي توقيعها إلا إذا نص القانون ولا تتجاوز شهر واحد، ولا يملك القضاء الجزائي إلا وسيلة وحيدة للنشر وهي الصحف في حين أن السلطة الإدارية المستقلة متاح لها وسائل عديدة لنشر قراراتها³.

تتدخل السلطة الإدارية المستقلة بسلطتها القمعية في حال وجود مخالفات غير أن هذه الهيئات تتمتع بهامش كبير في تقدير المخالفة و العقوبة المناسبة لها، فالأهداف القمعية للضبط تتطلب مرونة قواعد الاتهام (أي أركان المخالفة)، و بالتالي فإن كل تصرف يمكن أن يكون محل مراقبة و يمكن للهيئة أن تعاقب عليه.

أ. أركان المخالفات:

1. الركن المادي

يتمثل في الفعل الذي يمثل مساساً بالمصلحة المحمية، و هي مصلحة الإدارة و المتمثلة في حماية النظام الإداري بالمفهوم الضيق، فيمثل الفعل انتهاكاً للالتزام إداري في إطار علاقة خاصة بين السلطة الإدارية المستقلة و العون الاقتصادي المخالف، كالعلاقة بين اللجنة المصرفية و البنك أو المؤسسة المالية و القائمة على أساس نظام الاعتماد، فالفعل المادي يتمثل في الإخلال بقواعد حسن

¹ - أنظر: المادتين: 45 و 49 من الأمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر ع 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر ع 46 الصادر في 18 غشت 2010.

² - أنظر: المادتين 138 و 153 من القانون رقم: 01/02 مؤرخ في: 05 فيفري 2002، المتعلق بالغاز و الكهرباء، ج ر ع 08 صادرة في: 05 فيفري 2002.

³ - عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، المرجع السابق، ص

سير المهنة أو الإخلال بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالنشاط المصرفي أو عدم الاذعان لأمر أو عدم الأخذ في الحسبان التحذير الموجه له¹.

والقواعد الخاصة بحسن سير المهنة هي القواعد التي يضعها مجلس النقد والقرض طبقاً للمادة 62 من الأمر 11/03 والمتمثلة أساساً في أخلاقيات المصرفي وعدم التدخل في شؤون العميل وعدم إفشاء السر المهني، أما المخالفات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنشاط، فحسب الأستاذ " سعيد ديب"، فإنه يقصد بالتشريعية قانون النقد والقرض والقانون التجاري، سيما الأحكام المتعلقة بالشركات التجارية. أما المقصود بالأحكام التنظيمية فهي تلك الأنظمة الصادرة عن بنك الجزائر و المتخذة من مجلس النقد والقرض على شكل أنظمة و تعليمات².

وفي مجال البورصة، أين تكون العلاقة بين لجنة تنظيم عمليات البورصة و الأعوان الاقتصاديين هي علاقة سابقة تقوم على أساس نظام الاعتماد، فالأفعال التي تعاقب عليها الغرفة التأديبية هي الإخلال بالواجبات المهنية و أخلاقيات المهنة من جانب الوسطاء في عمليات البورصة و كل مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليهم، فأخلاقيات المهنة الواجب مراعاتها هي تلك القواعد التي تصدرها اللجنة في شكل لائحة³.

أما في مجال اختصاص سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، فإن المخالفات قد ذكرتها المادة 30 من القانون 2000/03 بأنها انتهاك للمقتضيات التي يتطلبها الدفاع الوطني و الأمن العمومي، و كذلك صاحب الرخصة الذي يتوانى عن الشروع في إقامة الشبكات

¹ - أنظر المادتين: 11 و 114 من الأمر 11/03 مؤرخ في: 26 أوت 2003، متعلق بالنقد و القرض، ج ر ع 52، صادرة في: 27 أوت 2003.

² - عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي المرجع السابق، ص 30

³ - أنظر: المادة 53 من المرسوم التشريعي رقم: 10/93 مؤرخ في: 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر رقم 34 الصادرة في: 23 ماي 1993 المعدل و المتمم بالأمر 10/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، ج ر ع: 03 الصادرة في 14 جانفي 1996 و القانون 04/03 مؤرخ في 17 جانفي 2003، ج ر ع 11 الصادرة في 19 فيفري 2003 (استدرارك في ج ر رقم 32 الصادرة في 07 ماي 2003)

العمومية للمواصلات السلوكية و اللاسلوكية و استغلالها و توفير الخدمة الهاتفية، ففي هذه الحالة يعتبر العون كأنه غير قادر على استغلال رخصته بطريقة فعالة¹.

ويعرف الفعل المادي في قطاع المناجم مثلا بعدم دفع الرسوم و الأتاوى خلال سنتين متتاليتين و أما النموذج الثاني، فإن التقصير لا يستوجب وجود علاقة سابقة بين الشخص المخاطب بالعقوبة و الهيئة الإدارية المستقلة.

وفي مجال اختصاص مجلس المنافسة، أين تتعدم هذه العلاقة جاء ذكر المخالفات في المواد: 06، 07، 10، 11 م 12 من الأمر: 03/03، و هذه التقصيرات عبارة عن ممارسات مقيدة للمنافسة، إلى جانب معاقبة المجلس على التجميع الذي لا يمكن إدراجه ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة الذي أدرج دون ترخيص منه.

غير أن الملاحظ بالنظر إلى طبيعة الفعل المجرم أن هناك نقصا في الدقة في المجال الإداري بمعنى انتقاصا من مبدأ الشرعية الذي أتى به "بيكاريا" و تبنته معظم الدساتير و القوانين الجنائية، ثم إن غالبية الأفعال التي لم ينص عليها القانون تحدد عن طريق التنظيم كمجال الطاقة، إذ أن الطابع العام في تعريف المخالفات بعكس القانون الجنائي يسمح باحتواء المحاولات البسيطة كما أن أغلب المخالفات تكتسي الطابع السلبي².

كما أن بعض الهيئات الإدارية المستقلة تجمع بين سلطتي التنظيم والعقاب، إذ لا تعاقب فقط على الأفعال المرتكبة في مواجهة النصوص التي نظمت هذه الهيئات، وإنما تعاقب أيضا على المخالفات المرتكبة انتهاكا للأنظمة والتعليمات التي تضعها، وهذا ما لوحظ بالنسبة للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها³.

¹ - أنظر المواد: 35، 36 و 37 قانون رقم: 03/2000 مؤرخ في: 05 أوت 2000، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد و المواصلات السلوكية و اللاسلوكية، جريدة رسمية عدد 48 صادرة في: 06 أوت 2000.

² - عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، المرجع السابق، ص 31 و 32

³ - المرجع نفسه، ص 32

2. الركن المعنوي

إذا كانت السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي جدا واسعة، على اعتبار أن الفعل المادي يأخذ صيغة مرنة، إذ بمجرد وقوع الفعل تتدخل السلطات الإدارية المستقلة للعقاب، مما يسمح بالقول أن الركن المعنوي ينقص في المخالفات الاقتصادية وينعدم أحيانا في المخالفات الإدارية¹، فلا يعتد بالظروف الشخصية في مجال الضبط الاقتصادي خلافا لما هو متعارف عليه في المسؤولية الجنائية أين لا يكفي الخطأ المادي وحده إذ يجب إلحاق الفعل لشخص يتمتع بإرادة وقت وقوع الفعل².

غير أنه في هذا المجال فإن النصوص المجرمة تكتفي فقط بمجرد الإشارة إلى المخالفة المادية ولا يثير أي تفصيل فيما يخص ركن الخطأ، بمعنى أن خرق القاعدة القانونية وحده كافي لوجود المخالفة (قرار لجنة عمليات البورصة و مراقبتها بتاريخ: 20/04/1993)³.

غير أنه و بالنسبة لمجلس المنافسة فإن فكرة الركن المعنوي تظهر بصورة كبيرة، و مثال ذلك المادة 07 من الأمر 03/03.

كما أن هناك حالات يظهر فيها العون الاقتصادي كأنه مصر على ارتكاب المخالفة، بمعنى أن الركن المعنوي ثابت في حقه، و منها حالة توقيع السلطة الإدارية المستقلة العقوبة عليه بعد اعداره بأنه ارتكب مخالفة و إعطائه مهلة لتصحيح مساره (مثل ما جاء في المواد: 35، 39 و 40 من القانون 03/2000)، و نفس الأمر في حالة العود إلى فعل سبق للسلطة الإدارية المستقلة أن سلطت عقوبة بشأنه ضد العون الاقتصادي المقصر ثم عاد هذا الأخير و ارتكب نفس الفعل، فهذه الحالة تكشف فكرة الخطأ، و مثال ذلك توقيع سلطة ضبط مستقلة عقوبة على عون اقتصادي بغرامة قدرها 3% من رقم الأعمال بالنسبة للسنة الفارطة دون أن يفوق المبلغ 05 مليون دج، ففي حالة العود ترفع العقوبة إلى 5% دون أن يفوق المبلغ 10 ملايين دج، و في نفس الاتجاه يمكن لمجلس المنافسة

¹ - المرجع نفسه، ص32، 33.

² - موكة عبد الكريم، مبدأ التناسب ضمانا أمام السلطة القمعية لسلطات الضبط، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007، ص 324.

³ - عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، المرجع السابق، ص 32، 33.

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، و تتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق قانون المنافسة، لكن في حالة العود لا يطبق هذا التخفيض مهما كانت طبيعة المخالفة. ومن هنا فإن السلطات الإدارية المستقلة تستعمل بصفة واسعة فكرة الجرائم المادية فهي تعاقب على كل تصرف منحرف، إنها تشبه فكرة المخالفات في القانون الجنائي، فإزاحة العنصر المعنوي يترك الباب واسعاً أمام الركن المادي، إن فكرة الضبط تؤدي إلى الإسراع في ظاهرة القمع العام و قمع الأفعال المادية يندرج ضمن فكرة السياسة الجنائية العامة التي تتمثل في إزالة التجريم.

ب . شروط ممارسة السلطة القمعية:

اشتراط المجلس الدستوري الفرنسي لممارسة السلطة القمعية من طرف السلطة الإدارية المستقلة شرطين رغم اعتباره أن المشرع حر في تنظيم نطاق العقوبات الإدارية، فمرونة تدخل الدولة في المجال الاقتصادي أو الاجتماعي يتطلب هذا النوع من السلطة القمعية، و يتمثل الشرطين في:

أ- ألا تكون الجزاءات سالبة للحرية، فطالما أن هذه الهيئات لا توقع عقوبات الحبس أو السجن، فإن المجلس الدستوري الفرنسي اعتبر أن السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة لا تمثل مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن القاضي وحده يستأثر بسلطة توقيع عقوبة سالبة للحرية، و فكرة العقوبات السالبة للحرية هي الحد الفاصل بين القاضي و الإدارة¹.

ب- خضوع السلطة القمعية لذات المبادئ العقابية، إذ أكد المجلس الدستوري الفرنسي في الحيثية رقم 35 من قراره المتعلق بالمجلس الأعلى للصوتيات و المرئيات (CSA)، على أن المبادئ المعترف بها بمقتضى قوانين الجمهورية لا تسمح بتوقيع أي عقوبة إلا بشرط احترام مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات، مبدأ ضرورة العقوبة، مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي الأقصى و كذا مبدأ احترام حق الدفاع، و نفس الأمر أكد عليه في قراره المتعلق بلجنة عمليات البورصة في الحيثية

¹ - عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي والاقتصادي، المرجع السابق، ص

السادسة عندما ربط ممارسة السلطة القمعية بالضمانات التي تكفل حماية الحقوق والحريات المكفولة دستوريا¹.

. خضوع السلطة القمعية للسلطات الإدارية المستقلة للضمانات القانونية والقضائية:

أولاً: الضمانات الموضوعية

. مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات: وهو مبدأ دستوري كرسته المادة الأولى من قانون العقوبات: "لا جريمة و لا عقوبة و لا تدبير أمن بغير قانون"، غير أن عناصر الجريمة في المخالفات الإدارية مرنة جداً، و بالتالي فإن السلطات الإدارية المستقلة لها حرية كبيرة في التحرك لقمع كل المخالفات المحتملة مما يفتح المجال واسعاً للمعاقبة.

فبالنسبة للمخالفات التي يعاقب عليها مجلس المنافسة، يتبين أن المشرع يحاول ذكرها و لكن يترك المجال واسعاً لمجلس المنافسة في تفسيرها و تكييفها دون الرغبة في حصر هذه التصرفات². أما بالنسبة لباقي السلطات الإدارية المستقلة فقليلاً ما ينص على الأفعال المجرمة، إذ تكفي النصوص بالإشارة إلى أن انتهاك النصوص التشريعية و التنظيمية أو الإخلال بالواجبات المهنية يشكل مخالفة تعرض مرتكبها إلى عقوبة³.

¹ - Voir : Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, 6 ème cons, in [http:// www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

Décision n°89-26à DC du 28 juillet 1989, précitée, 35 ème cons in [http:// www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

² - المادة 06 من الأمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر ع 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر ع 46 الصادر في 18 غشت 2010.

³ - أنظر مثلاً: المادتين: 111 و 114 من الأمر 11/03 مؤرخ في: 26 أوت 2003، متعلق بالنقد و القرض، ج ر ع 52، صادرة في: 27 أوت 2003. و المادة 35 من القانون رقم: 03/2000 مؤرخ في: 05 أوت 2000، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر ع 48 صادرة في: 06 أوت 2000.

كما يلاحظ أنه قلما تشير النصوص إلى المخالفات و العقوبات التي تقابلها، فهناك مجموعة من المخالفات تقابلها مجموعة من العقوبات دون أن يبين المشرع العقوبة المطبقة على مخالفة بعينها، و بالتالي تختار السلطات الإدارية المستقلة العقوبة التي تختار، و مثال ذلك العقوبات التي توقعها لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها و اللجنة المصرفية، التي تتراوح بين الإنذار و سحب الاعتماد فيما يخص العقوبات المالية، لكن المشرع لم يبين متى توقع الهيئة الإنذار أو التوبيخ أو سحب الاعتماد أو العقوبات المالية بصفة منفردة أو العقوبة المالية تكميلا للعقوبات غير المالية، و رغم أن سحب الاعتماد إجراء خطير فالمشرع لم يتدخل و يحدد حالات توقيعه كعقوبة. و من هنا فإن المشرع جعل للسلطات الإدارية المستقلة سلطات واسعة في مجال اختيار العقوبة على عكس القاضي الجزائي الذي يطبق مبدأ الشرعية بالمفهوم الضيق¹.

. مبدأ الشخصية: يقتضي مبدأ شخصية العقوبة إنزال الجزاء على مرتكب الفعل، و أن يحدد النص الشخص الذي يوقع عليه الجزاء بهدف رده، و هو مبدأ مكرس في القانون الجنائي و حتى بموجب المادة 142 من الدستور.

والفاعل قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا و في حدود الحالات المنصوص عليها قانونا، و هنا يتفق قانون الضبط الاقتصادي مع القانون الجنائي، فقد جاء في المادة 56 من قانون المنافسة (الأمر 03/03 المعدل و المتمم) أنه: " ... وإذا كان مرتكب المخالفة شخصا طبيعيا أو معنويا أو منظمة مهنية..."².

. مبدأ التناسب: بمعنى أنه يتعين على السلطة الإدارية المستقلة المختصة توقيع العقاب على الشخص المخالف على أن تختار الجزاء المناسب الضروري لمواجهة المخالفة، و قد أكد المجلس الدستوري على هذا المبدأ بالنسبة لممارسة السلطات الإدارية المستقلة لاختصاصها القمعي في قرارات، الأول يتعلق بالمجلس الأعلى للسمعي البصري 248.88 في الحثية 35، فقضى بأن مبدأ ضرورة العقوبات من بين المبادئ الواجب احترامها عند توقيع العقوبات الإدارية، والثاني رقم: 26089

¹ - حذري سمير، المرجع السابق، ص 141

² - الأمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر ع 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر ع 46 الصادر في 18 غشت 2010.

المتعلق ببورصة القيم المنقولة قضى بأن العقوبات التي توقعها لجنة عماليات البورصة يجب أن تكون بالقياس مع المخالفات المركبة و المكاسب التي تنتج عن هذه المخالفات¹.

ومن هنا وجب عند تسليط العقوبة الاهتمام بأمرين: الالتزام بالمعقولية في توقيع الجزاءات الإدارية أولاً، مع الالتزام بعدم التعدد الجزائي على مخافة واحدة ثانياً.

وإن لم يكن للمشروع الجزائري موقفاً واضحاً بشأن اعتماد مبدأ التناسب أمام السلطات الإدارية المستقلة، غير أنه و باستقراء النصوص القانونية المكرسة للسلطة القمعية تظهر بعض المعالم التي توحى بتكريس للمبدأ من خلال: تكريس الحد الأقصى للعقوبة² و الذي لا يجب تجاوزه، تكريس العقوبات التكميلية³ و النظر إلى الظروف المحيطة بمرتكب المخالفة كالعود مثلاً⁴.

. مبدأ عدم الرجعية: مفاد هذا المبدأ أنه لا يجوز تطبيق الجزاء على وقائع اكتمل وقوعها قبل صدور النص القانوني، وهو مبدأ دستوري (المادة 46 من الدستور) ومكرس قانوناً بموجب المادة 02 من قانون العقوبات: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة"، فهذا النص وضع المبدأ ووضع الاستثناء.

وقد كرس قانون المنافسة 03/03 هذا المبدأ بموجب المادة 72 منه: " يستمر التحقيق في القضايا المرفوعة أمام مجلس المنافسة و مجلس قضاء الجزائر قبل العمل بهذا الأمر طبقاً لأحكام الأمر 06/95... و النصوص المتخذة لتطبيقه"⁵.

¹ - موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 321، 322.

² - أنظر مثلاً: المادة 35 من قانون رقم: 03/2000 مؤرخ في: 05 أوت 2000، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر ع 48 صادرة في: 06 أوت 2000.

³ - أنظر مثلاً: المادة 114 من الأمر 11/03 مؤرخ في: 26 أوت 2003، متعلق بالنقد و القرض، ج ر ع 52، صادرة في: 27 أوت 2003.

⁴ - أنظر مثلاً: المادة 148 من قانون رقم: 01/02 مؤرخ في: 05 فيفري 2002، المتعلق بالغاز و الكهرباء، ج ر ع 08 صادرة في: 05 فيفري 2002.

⁵ - أمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر.ع 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج.ر.ع 46 الصادر في 18 غشت 2010.

وتُرد على مبدأ الرجعية استثناءات عند تطبيقه في المجال الجزائي، و الحال نفسه بالنسبة للسلطات الإدارية المستقلة، و يمكن تلخيص هذه الاستثناءات في التالي:

(1) وجوب رجعية القانون الجديد اعتدادا بطبيعة المخالفة: كحالة أن الفعل المخالف بدأ في ظل قانون و امتد في ظل سلطان قانون جديد، فيطبق هذا الأخير حتى و إن كان أكثر شدة من سابقه، و نفس الأمر إذا وقع الفعل في ظل قانون قديم ثم لم تعرف آثاره إلا في ظل القانون الجديد و إن كان هذا الأخير أكثر شدة، فهو المطبق.

وإعمال الاستثناءين يكون بتوفر شرطين: أن تكون القواعد الموضوعية المتعلقة بالتنكيف في القانون الجديد هي الموجودة في القانون القديم، و ألا تكون الأفعال المرتكبة في القانون القديم قد تقادمت.

(2) تطبيق الجزاء الإداري الأصلح للمخالف: يطبق مبدأ عدم رجعية القوانين إلا ما هو أصلح للمخالف سواء خفف الجزاء أو ألغاه.

(3) التقادم¹.

ثانيا: الضمانات الإجرائية

. احترام قرينة البراءة: ومفاده أن كل شخص بريء إلى غاية ثبوت إدانته أمام جهة قضائية نظامية مع احترام كل الضمانات القانونية، فقد ألغت محكمة استئناف باريس عقوبة مالية وقعتها لجنة عمليات البورصة على اعتبار أن هذه الأخيرة قامت بنشر هذه الأعمال بعد أربعة أيام من تبليغ الشخص المعني بالأفعال المنسوبة إليه، إذ خرجت اللجنة عن مبدأ قرينة البراءة و إعلام صاحب الشأن بالوقائع المنسوبة إليه في أقصر الأجل².

. احترام حقوق الدفاع: يعتبر حق الدفاع من الحقوق الدستورية طبقا للمادة 01/151 من الدستور، في الفصل الخاص بالسلطة القضائية مما يطرح الإشكال عن مدى إمكانية إعماله أمام السلطات الإدارية المستقلة عند ممارستها لسلطتها القمعية، و إن كان المجلس الدستوري الفرنسي قد فصل في

¹ عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي والاقتصادي، المرجع السابق، ص من 90 إلى 94.

² - حدري سمير، المرجع السابق، ص 149، 150.

المسألة باعتبار أن المبدأ لا يتعلق بالعقوبات التي يختص بتوقيعها القضاء الجزائي فحسب بل يمتد ليشمل كل جزاء ذي طبيعة عقابية حتى و إن أسند المشرع اتخاذه إلى سلطة غير قضائية. وهذا إلى جانب الضمانات القضائية، و المتعلقة بضرورة أن تكون القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة في إطار ممارستها لسلطتها القمعية خاضعة للرقابة القضائية، من خلال الطعن فيها أمام القضاء الإداري باستثناء بعض الحالات التي ينص القانون على أنه يؤول الاختصاص فيها للقضاء العادي¹.

¹ - عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي والاقتصادي، المرجع السابق، ص

خلاصة الفصل التمهيدي

من خلال ما سبق ذكره يتبين أن العقد كمصدر من مصادر الالتزام يحتل مكانة هامة داخل السوق باعتباره وسيلة للتبادل الاقتصادي، و أن المقتضيات الخارجية المحيطة بالعقد من مصلحة عامة و نظام و منفعة اجتماعية و ضرورة تحقيق الأمن و الاستقرار و ضرورة تحقيق العدالة كلها تفوق القيمة الاجتماعية " الحرية" التي يستند عليها التصور الذاتي (المذهب الفردي)، فضرورة ملاءمة العقد للواقع يعد من الدوافع التي أدت بالدولة إلى الانتقال من الدور التقليدي كحارس لبعض القيم إلى الدور المتدخل في المجالات الاقتصادية و الاجتماعية، أي الدور التوجيهي للاقتصاد و التبادلات الاقتصادية لتحقيق المنفعة العامة، فجانبا من تطور وظيفة الدولة كان دافعه حماية الاقتصاد و توجيهه إلى تحقيق المصلحة العامة و من هنا تغير الدور الذي يلعبه العقد بتغير دور الدولة في الاقتصاد من دولة حارسة فمتدخلة فضابطة إلى أن وصل إلى ما هو عليه اليوم، فبعد أن كان هدفه البحث عن العدالة التعاقدية التي يكفي فيها حماية إرادة المتعاقدين أصبح يبحث عن حماية العدالة الفعلية و حماية الأطراف الضعيفة و توازن العقود، و في خضم هذه التغيرات الاقتصادية و المعطيات الجديدة عرفت الشريعة العامة للعقود قصورا كبيرا انتهى بتجديد أهم المبادئ التي تقوم عليها.

إن الضبط الاقتصادي و من خلال الآليات التي اعتمدها لتحقيق الأهداف التي رصد من أجلها سيما ظهور السلطات الإدارية المستقلة شارك بشكل واسع في حملة التجديد التي عرفت الشريعة العامة للعقود من أجل تجاوز الخاصيات التي باتت تطبع هذه العلاقات و التي كان من شأنها المساس باستقرار المعاملات بين الأشخاص و هو ما سيؤثر لا محالة على الأسواق و على الاقتصاد ككل خاصة أمام الدور الجديد للدولة و الخروج من الاحتكار نحو التنافسية.

إن هذا الدور الجديد للعقد في ظل دور جديد للدولة لم يقتصر أثره على علاقة القانون بالاقتصاد فحسب، بل أيضا أثر على المنظومة القانونية ككل من خلال تجسيد فكرة أن الفروع القانونية المختلفة بغض النظر عما إذا كانت تصنف ضمن قواعد القانون العام أو ضمن قواعد القانون الخاص فإنها في كل لحظة هي في علاقة تماس تتفاعل فيما بينها فتؤثر و تتأثر و تجعلنا نتجاوز التقسيم التقليدي للقانون إلى عام و خاص، و بات للمشرع النصيب الأكبر في توجيه عملية التعاقد، فيتدخل هذا الأخير لتوجيه العقد عن طريق تنظيم العلاقات العقدية التي يحتل فيها التوازن فيسعى من خلال هذا

التنظيم إلى تحقيق العدالة العقدية، أما عن دور القاضي فيكون عند وجود نزاع في تنفيذ العقد أو إذا تعلق الأمر بصحته، و قد يكون في صورة تدخل جهة إدارية (السلطات الإدارية المستقلة) لمراقبة بعض العقود أو في صورة تحرير العقود النموذجية التي يقع على الأفراد التقيد بها.

ولعل دراسة مظاهر التجديد الذي لحق الشريعة العامة للعقود التي تعد عمود القانون المدني ككل (القانون الخاص) من خلال دور السلطات الإدارية المستقلة التي تصنف على أنها إدارية و بالتالي تخضع لقواعد القانون الإداري(القانون العام) سيعكس أكثر هذا التجاوز للتقسيم التقليدي للقانون إلى عام و خاص.

الفصل الأول:

مظاهر تجديد السلطات الإدارية المستقلة
للشريعة العامة للعقود

الفصل الأول: مظاهر تجديد السلطات الإدارية المستقلة للشرطة العامة للعقود

إن ظهور السلطات الإدارية المستقلة في المنظومة القانونية المعاصرة لمختلف الدول، ومن خلال السلطات والاختصاصات التي خولت لها أكد من جهة على تلك العلاقة الوطيدة بين الاقتصاد والقانون و من جهة ثانية رتب علاقة تأثير وتأثر بين هذه السلطات ونظامها القانوني مع باقي الفروع القانونية الأخرى.

لقد كان للنظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة تأثير على قواعد القانون المدني بل وعلى الشرطة العامة للعقود التي تعد ركيزة هذا القانون ككل، ولم يكن هذا التأثير محصوراً في جانب معين لقانون العقود بل بدت مظاهره شاملة، فقد مس التجديد مصادر الشرطة العامة للعقود، ومضمون العقد كما كانت له مظاهر برزت على مستوى القواعد التي تحكم تنفيذ العقود.

وسنحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى مظاهر هذا التجديد من خلال مبحثين، يخصص (المبحث الأول) لدراسة مظاهر تجديد المصادر، ونحاول دراسة مظاهر تجديد مضمون العقد وتنفيذه في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مظاهر تجديد المصادر

يُراد بالمصدر المنبع الذي ينبع منه القانون والكيفية التي تتولد بها قواعده، فقد يدل على تأصيل القاعدة القانونية، غير أن المصادر الجوهرية للقانون هي تلك التي يحددها المشرع رسمياً والمتمثلة في: المصادر المادية، المصادر الرسمية والمصادر الاحتياطية.

و المصادر المادية الموضوعية هي التي تنصرف إلى جوهر القاعدة حيث تتعلق بمضمون أو محتوى القاعدة القانونية وتشكل المادة الأولية التي تتكون منها، أي الحقائق التي تمنح لقواعدها مضمونها، وبعبارة أخرى هي أصل القاعدة القانونية أو جوهرها، فبهذا المعنى تشكل المصادر المادية أو الحقيقية للقانون لأنها هي التي يتكون منها.

أما المصادر الرسمية فهي السبب الذي أنشأ القاعدة القانونية كالتشريع والعرف أو القضاء...، وتعتبر الوسائل التي تتحول بها تلك المادة الأولية (المصادر المادية) إلى قواعد قانونية لها صفة الإلزام في حكمها لسلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع، ويلتزم بها القاضي عند الفصل في النزاعات المعروضة أمامه¹.

ومن هنا فإن القاعدة القانونية لها مصدرين أساسيين، مصدر مادي أو موضوعي ومصدر رسمي أو شكلي.

بالرجوع إلى العقد في القانون المدني ومن خلال ما ذكر أعلاه، فإن مصدره المادي أي المادة الأولية التي تتكون منها القواعد القانونية التي تحكمه هي مبدأ سلطان الإرادة الذي نشأ وتطور في ظل الليبرالية والمبادئ التي تقوم عليها، وأن هذا المبدأ عرف تراجعاً أدى إلى تجديد الشريعة العامة للعقود في مختلف محاورها ومن بينها مصدرها، فما هي مظاهر تجديد هذا المصدر المادي للعقد؟

تتـصـص المادة الأولى من القانون المدني على أنه: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

¹ - فيلالي علي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 154 و 155

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"¹، مما يعني أن هذه المصادر الرسمية للقانون والتي تعتبر المنفذ المعتمد الذي تنفذ منه القاعدة القانونية من دائرة قواعد السلوك إلى دائرة القانون الوضعي وتكسب بمرورها عنصر الإلزام واردة على سبيل الحصر وبهذا الترتيب وهو ترتيب بحسب قوتها الملزمة.

غير أن ما يهم في هذا المجال هو التشريع كمصدر رسمي، والذي يقصد به أحد المعنيين، الأول، كل قاعدة من القانون المكتوب، والثاني، وضع القواعد القانونية من السلطة التي يعطيها الدستور هذا الاختصاص (السلطة التشريعية).

والتشريع قد يكون عاديا، وهو الصادر عن السلطة التشريعية (البرلمان) أساسا، وقد يكون تشريعا فرعيا، وهو الصادر عن السلطة التنفيذية.

وإذا كان الأصل أن لكل سلطة من السلطات الثلاث داخل الدولة وبصورة مستقلة (السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية والسلطة القضائية) دور في إنشاء القواعد القانونية عموما، ومن بينها القواعد القانونية التي تحكم الشريعة العامة للعقود، فإن التساؤل يطرح بالنسبة لأعمال السلطات الإدارية المستقلة التي تجمع عدة اختصاصات كما سلف توضيحه في المبحث الثاني من الفصل التمهيدي، مما يستدعي الحديث عن تعدد وتمازج مصادر القواعد القانونية التي تحكم الشريعة العامة للقانون كمظهر للتجديد. وهو ما سيتم توضيحه من خلال هذا المطلب.

المطلب الأول: تجديد المصادر من الناحية الشكلية

يظهر تجديد المصادر من الناحية الشكلية في نقطتين الأولى تتعلق بتعدد هذه المصادر (الفرع الأول) والثانية تظهر في تمازجها (الفرع الثاني)، وهو ما سيتم توضيحه على النحو الآتي:

¹ - أمر 58/75 مؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، ج. ر. ع 78 مؤرخ في: 1975/09/30 معدل ومتمم بالقانون 05/07 مؤرخ في 2007/05/13، ج. ر. ع 31 مؤرخ في: 2007/05/13

الفرع الأول: تعدد ضروري للمصادر

من المستقر عليه أن سلطات الضبط تتطلب اللجوء إلى القواعد الآمرة، لكن هذه الآلية تنافسها آليات أخرى أكثر ملائمة لتنظيم العلاقات التعاقدية ذات الطابع الليبرالي، مما يجعل الضبط القانوني لاسيما ذلك الذي تمارسه السلطات الإدارية المستقلة، ضبطا مرنا، إن الطابع الأمر لسلطات الضبط الذي تتمتع به بعض السلطات الإدارية كثيرة: كسلطة الترخيص، سلطة الأمر والعقاب وإصدار القرارات¹. وسلطة التنظيم هي سلطة معترف بها لأقلية من السلطات الإدارية المستقلة (في الجزائر منحت هذه السلطة لمجلس النقد والقرض ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها)، والإشكال الذي يطرح بشأنها هو أن سلطة التنظيم في الإدارة التقليدية هي سلطة حصرية للوزير الأول دون المساس بصلاحيات رئيس الجمهورية، وإن كان المشرع وسع منح صلاحيات التنظيم، في حدود ضيقة، للوزراء، ولبعض الإدارات غير المركزية واللامركزية دون أن يثار مشكل معتبر لمدى دستورية هذا التحويل، إلا أن الإشكال طرح فيما يتعلق بتحويل السلطات الإدارية المستقلة هذه السلطة.

لقد حدد اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي وبسرعة شروط استخدام هذه السلطة باعتبارها صلاحية، لكنها تمارس في حدود ضيقة ودقيقة سواء بخصوص مدى التدابير المتخذة أو محتواها لأن السلطة التنظيمية الوطنية هي من تحدد الأمور الجوهرية، أما السلطات الإدارية المستقلة فلا تتصدى إلا للتفاصيل لأن سلطتها الضبطية تبعية وثانوية، لكن هذه السلطة يمكن أن تكون عامة إذا حصلت على موافقة الحكومة، فتكون عندئذ ممارسة تحت غطاء حكومي².

وعن سلطة توقيع الجزاء ومختلف السلطات الثانوية الأخرى التي سبق التعرض لها بشيء من التفصيل، فهي سلطات ضرورية بالنسبة للسلطات الإدارية المستقلة التي تمارس مهمة المراقبة والإشراف، ومن خلال تتبع القرارات الصادرة عن هذه الهيئات فيستنتج أنها ليست سلطة استثنائية وإنما عادية ولا تحتاج لتبريرها إلا طبيعة نشاط الهيئة.

¹ - MERRYL Hervieu, op. cit, p 174

² - Ibid, p 175 , 176

تمتلك السلطات الإدارية المستقلة سلطات إكراه كثيرة تميزها عن الهيئات المشابهة، بالاستناد إلى هذه السلطات، فإن هذه الهيئات تجمع نوعين من سلطات التدخل في العقد: تدخل سابق (*ex ante*) وتدخل لاحق (*ex post*)، الأول يتعلق بتخطيط التصرفات مسبقا والثاني يتعلق بالمعاقبة عليها، هذا الترابط بين هذين النوعين من السلطات هو ترابط خاص بالاقتصاد السياسي من خلال إجراء تقابل أو توازن ما بين قواعد تم وضعها من طرف الحكومة أو من طرف هيئة ضابطة لضبط تصرفات متعاملين بحسب التزامات عامة أو فردية، وهذا ما ينطبق على التدخل السابق، أو رد فعل آني من طرف هيئة ذات طابع قضائي ترتب عواقب على حرية المتعاملين في التصرف إذا ما خالفوا الالتزامات العامة أو الفردية، وهذا ما ينطبق على التدخل اللاحق¹.

ففي مجال الضبط الاقتصادي، تتعلق السلطات السابقة واللاحقة بإطار منظم مسبقا مشفوع بقواعد جزائية عامة وفردية، من جهة، ومن جهة أخرى بنظام يتطور آخذا بعين الاعتبار حرية المتعاملين الاقتصاديين في السعي إلى تحقيق مصالحهم مع خضوعهم للمحاسبة بصورة فردية ودقيقة. الضبط السابق هو أداة للسلطة الإدارية المستقلة تسمح لها بالحصول على سلطة تتعلق بتنظيم و عمل الأسواق، أي التدخل الفوقي للسلطات العامة وذلك في المجالات التي لا يكون التنافس فيها منعما أو غير كاف من دون تدخل السلطات العامة، أما الضبط اللاحق فيتعلق بمجال النزاعات والمعاقبة على الخروقات المثبتة والتي تمس بالصالح العام².

إن وظيفة ضبط الأسواق تبرر إسناد سلطات غير مترابطة للسلطات الإدارية المستقلة، من سلطة إصدار قواعد عامة إلى سلطة الرقابة، العقاب و حل النزاعات من خلال اتخاذ القرارات الفردية. يحيل مصطلح الضبط من الناحية المؤسساتية والمادية إلى الهيئة المكلفة به ومدى توفرها على صلاحيات وأدوات تدخل كافية من أجل ممارسة دورها الضبطي، ومن هذه الزاوية فإن المدلول المؤسساتي للضبط لا بد وأن يترجم في هيئة تتمتع بنظام قانوني خاص وتتوفر على صلاحيات وسلطات نوعية.

ويعتبر النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة في هذا المجال طريقة جديدة لممارسة وتوزيع السلطة، إذ أدى هذا المفهوم إلى إعادة النظر في مفهوم السلطة ذاته وتقليص حجم سلطة الدولة لصالح هذه الهيئات الجديدة.

¹ - MERRYL Hervieu, op. cit, p 183

² - ibid, p 184

جميع القواعد التي تضعها الهيئات العامة لضبط السوق تدخل كلها في التسلسل القانوني للقواعد في الدولة، فرغم أن هذه القواعد لا تنتج من هيئات تتمتع بسلطة سن قواعد قانونية ولم يدرج الدستور هذه الهيئات ضمن السلطات المخولة لها وضع القواعد، ولا يمكن تصور تفويض في الاختصاص إلا لصالح الوزراء، فمثلا كان ضبط القطاع المصرفي قبل القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض في يد وزير المالية، ثم بدأ التحضير لنقل الاختصاص في مجال التنظيم لصالح هيئات جديدة ويتعلق الأمر بمجلس النقد والقرض كهيئة نقدية¹.

وفي هذا الإطار يرى البروفسور " GerardTimsit " أن وجود السلطات الإدارية المستقلة يخضع إلى منطق قانوني، فهي تساهم أيضا في بناء القانون مثلها مثل السلطات الإدارية الكلاسيكية وذلك عن طريق وسائل ليست حتما نفس الوسائل الكلاسيكية المعروفة في اتخاذ القرار والإكراه، لكن هي لا تقل أهمية وفعالية: كالإعلام، التحقيق، الاقتراحات والحكم².

إن السلطات الآمرة التي تتمتع بها السلطات الإدارية المستقلة متعددة، فهي مخولة بأن تتدخل في العقود باعتبارها سلطات إدارية وباعتبارها مشرعا وقاضيا. إن تدخلها في العقود يترجم تراكم لسلطات هي بالأساس منفصلة وتشهد على تعدد مصادر الشرطة العامة للعقود. وعليه فإن هيئات الضبط لا بد وأن تتطوي على سلطة حقيقية هي نتاج تحويل جزء من السلطات الثلاث لصالحها.

- من الناحية التشريعية، فقد تم الاعتراف بوظيفة تشريعية معيارية لبعض هذه السلطات من خلال سلطة تنظيمية تمكن من تقليل التضخم التشريعي الواضح في نصوص القانون الاقتصادي و إرساء قواعد جديدة أكثر مرونة وللتكيف مع مستجدات السوق، كما تعرف هذه الهيئات سلطة استشارية واسعة تجاه السلطات العمومية في إعداد القواعد القانونية³.

¹ عيساوي عز الدين، العقد كوسيلة لضبط السوق، مقال منشور بمجلة المفكر العدد الثالث، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 207، 208، ص 208

² آيت وازو زابينة، دراسة نقدية في سلطات الضبط المستقلة، في شرعية سلطات الضبط المستقلة، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي، 2007، ص 353 و 354

³ بو جملين وليد، المرجع السابق، ص 138

وفي هذا الإطار اعتبر البعض أن مجلس النقد والقرض مثلا يعد بثابتة سلطة تشريعية في المجال البنكي، إذ خولت المادة 44 من القانون 10/90 المتعلق بالنقد والنقد الملغى سلطات واسعة تشمل كل الأنظمة المصرفية التي لها علاقة بالنشاط البنكي، فهي سلطة تشريعية في المجال البنكي وما يزيد في التأكيد على هذا القول مجموعة الأنظمة والقرارات التي أصدرتها منذ نشأتها، وأن الدولة إذا أصبحت تمنح صلاحية التشريع في المجال البنكي للمجلس فذلك أنها أصبحت تتركس استقلالية هذه الهيئات في اتخاذ القرارات وتكريس اقتصاد السوق والعدول عن الدولة المتدخلة، سيما أن النشاطات البنكية تعرف تطورات كبيرة يستحسن سن قواعدها عن طريق الأنظمة لا التشريع الذي يمتاز بالبطء¹.

- من ناحية السلطة التنفيذية، تم نقل جزء كبير من سلطة القرار من المستوى الوزاري التنفيذي إلى هذه الهيئات الجديدة، خصوصا تلك المتعلقة بمنح الرخص والاعتمادات، إذ في اقتصاد السوق تكون الدولة مساهما في المؤسسات الاقتصادية العمومية على قدم المساواة مع القطاع الخاص فمن غير المعقول ترك مسألة المبادرة الاقتصادية لصالح الإدارة المركزية الممثل المباشر للدولة. ومن ثم فإن هذه الهيئات في إطار روح المادة 23 من الدستور المتعلقة بحياد الإدارة تعبر عن نقلة نوعية في مفهوم السلطة العمومية وسلطة القرار².

ويذكر J. Chevalier " أن هذه السلطات تحظى بتشريع ذاتي بحيث سحبت من التبعية الإدارية والتدرج الرئاسي، فهي سلطات إدارية معزولة و لها منطقتها الخاص في العمل³.

من ناحية السلطة القضائية: تم الاعتراف لمعظم السلطات الإدارية المستقلة باختصاصات شبه قضائية تتمثل في سلطة توقيع العقوبات الإدارية عند الإخلال بالقاعدة القانونية من طرف المتعاملين، وفي ذلك تجريد للسلطة القضائية من جزء كبير من صلاحياتها، غير أن دواعي السرعة والمرونة بالنسبة

¹ - أحمان عمر، النشاط البنكي كمنشأ اقتصادي منظم، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص 33

² - دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج ر ع 76، صادرة في 08 ديسمبر 1996، المتمم بالقانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر ع 25، صادر في 14 أبريل 2002، المعدل بموجب قانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر ع 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.

³ - نقلا عن آيت وازو زابنة، المرجع السابق، ص 357

للسلطات الإدارية المستقلة وتقل الإجراءات القضائية هو ما أدى بالمشرع إلى الاعتراف بهذا الاختصاص القمعي لسلطات الضبط تلبية لمتطلبات اقتصاد السوق¹.

ومن هنا لكي تقوم السلطات الإدارية المستقلة بوظيفتها الضبطية على أكمل وجه، تزوج بين نوعين من التدخلات في العقد: تدخل سابق وتدخل لاحق، الأول يتعلق بقواعد عامة وهذا ما يرجعنا إلى العمل التشريعي مثل الأنظمة التي تصدرها لجنة عمليات البورصة و مراقبتها أو تلك الصادرة عن مجلس النقد والقرض، أو بقواعد خصوصية وهذا ما يعيدنا إلى أعمال السلطة التنفيذية، التدخل الآخر اللاحق يأخذ شكل تدخلات فردية ودقيقة جزاء لتصرفات حدثت بالفعل وهذا من خلال الجزاء، حل النزاعات واتخاذ تدابير تحفظية، كتدخل مجلس المنافسة في ظل محاربة الممارسات المنافسة للمنافسة. وكانعكاس لتدخل السلطات الإدارية المستقلة في العقد، يعتبر تراكم السلطات هذا مناقضا للتقاليد السياسية الفرنسية المتعلقة بالفصل بين السلطات إذ لا يمكن اختصار هذه السلطات في سلطة الضبط التقليدية².

وتعرف السلطة على أنها القدرة أو القوة التي يمارسها شخص على شخص آخر للحصول على أمر معين، كما تعرف على أنها مجموعة الاختصاصات أو الصلاحيات الدستورية و القانونية لهيئة ما³. مع الإشارة إلى أن مصطلح السلطة الإدارية يقابله باللغة الفرنسية مصطلح " Autorité Administrative "، وتختلط كلمة " Autorité " في اللغة الفرنسية بكلمة أخرى تحمل نفس المعنى وهي " Pouvoir " والتي يقصد بها السلطة العامة⁴.

ففي مجال الضبط، لا يمكن تحديد أو فصل السلطات لأن إنشاء قطاع والحفاظ على توازنه، من خلال القانون، لا يمكن اختصاره في عملية ضبطه فقط. إن عملية الضبط التي يفرضها قانون تزداد تعقيدا وتقنية، تتطلب شكلا جديدا من التدخل العمومي الذي يزوج بين سلطات منفصلة لأجل عمل فعال لا يتحقق من خلال احترام الفصل بين السلطات، فدمج السلطات إذن يبرره مبدأ واحد هو الفعالية والملائمة خاص بعملية الضبط: " إذا كان هدف الضبط هو الأساس الذي يبرر الحصول على كل السلطات، إذا كانت جميعها ضرورية لتحقيق هدف الضبط، فإن هذا يكفي كمبرر"⁵.

¹ - بو جملين وليد، المرجع السابق، ص 134

² - MERRYL Hervieu, op. cit, p 186

³ - معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1999، ص 26

⁴ - آيت وازو زابينة، المرجع السابق، ص 353.

⁵ MERRYL Hervieu, op. cit, p 186, 187

وفي الأخير يمكن القول أنه إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات كرس من أجل الحفاظ على الحريات العامة، فإن ضبط الحريات الفردية يبرر تجاوزه. إذا كانت ممارسة السلطات الثلاث تتم في شكل "كتل" متميزة من خلال المشرع، الحكومة والقاضي، فإنها اليوم تمارس متشابكة من طرف سلطات ضبط متخصصة و ذلك على هامش الدستور، ولا اعتبارات تقنية، اقتصادية، اجتماعية وأساسية. لأجل ذلك فإن تدخل السلطات الإدارية المستقلة في العقد يتخذ شكل التشريع والتنفيذ والقضاء بمجرد تلاقي الإيرادات (إبرام العقد)¹.

الفرع الثاني: تمازج المصادر

إن الأمر لم يتوقف عند تعدد المصادر بل تجاوز ذلك إلى تمازجها، ذلك أن انسحاب الدولة من تنظيم الأسواق وظهور نوع جديد من القواعد القانونية المنظمة لها، لا هي صادرة عن البرلمان ولا هي صادرة عن الحكومة، بل هي قواعد مهنية تنظيمية تدخل في إطار الضبط الاقتصادي تطورت بشكل لا متناهي، رغم بقاء القواعد القانونية بمفهومها التشريعي محتفظة بمكانتها في تنظيم الأسواق، خلق ازدواجية في القواعد القانونية وتشعب في مصادر قواعد السوق وعدم مطابقتها لهرم القاعدة القانونية الذي تعود عليه القانون مما أدى إلى ارتباك لدى دارسيه.

إن هذا الارتباك في حقيقة الأمر مرده تمازج مصادر القاعدة القانونية بالأساس، فالمتعارف عليه أن القاعدة القانونية تصدر مثلا عن السلطة التنظيمية التقليدية بصفتها سلطة تنفيذية لا غير، ويسهر القضاء على تطبيقها بصفته سلطة قضائية يفصل في النزاعات التي قد تطرح أمامه بمناسبة تنفيذ هذه القاعدة و هو في سبيل ذلك قد يسعى إلى تفسيرها، في حين أنه وبالنسبة للسلطة الإدارية المستقلة فإن هذه السلطة قد تصدر النص القانوني وهي من تنظر في المنازعات المتعلقة بتطبيقه وهي من تفسرها، كما قد تقوم السلطة الإدارية المستقلة (مثلا مجلس المنافسة) بتقديم رأيها بشأن مشاريع القوانين لصالح السلطة التشريعية (البرلمان) وبعد إصدار النص من هذه الأخيرة فإن السلطة الإدارية هي من تسهر على تنفيذه من خلال الرقابة السابقة كما تصدر العقوبات المترتبة عن مخالفته، مما يخلق تمازجا في هذه المصادر (المساهمة في السلطة التشريعية، السلطة الرقابية، السلطة القمعية).

¹ - Ibid, p 187

وهذا ما جعل الفقه يذهب إلى أن الأمر يتعلق بإدماج وظائف متفرقة في سير الإدارة الكلاسيكية مما يستدعي ضرورة تعدد وظائف هذه الهيئات (تنظيمية، رقابية، استشارية وعقابية)، وبالتالي فإن فكرة الضبط الاقتصادي وحدها الكافية لاستيعاب هذه الوظائف، الضبط هو المهمة التي بموجبها يقام التوازن المراد من طرف القانون دور الدولة وذلك باحترام قواعد السوق بين الأعوان الاقتصاديين، من أجل تحقيق هذا التوازن يقتضي تجمع عدة وسائل متفرقة أصلا بين عدة هيئات في يد واحدة¹. وعلى حد تعبير الفقيهة

Frison Roche :

« Cet objectif d'équilibre est ce qui rende les pouvoirs qui sont utiles à sa : réalisation... l'autorité en charge de l'office de régulation doit avoir tous les pouvoirs nécessaires à la régulation mais pas plus que cela »

هذا التجمع في المهام يسمح للسلطة الإدارية المستقلة بمراقبة كل القطاعات المكلفة بضبطها، عكس الرقابة القضائية أو الإدارة التقليدية، في الحالتين الأخيرتين، فإن فكرة الفصل بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، والفصل بين مهام المتابعة والتحقيق والحكم تتطلب تدخل عدة هيئات وباختصاصات مختلفة، وفي ضوء هذه الاختصاصات وتحت غطاء الفعالية، منح القانون لهذه السلطة اختصاصات متنوعة، فيتمتع بعضها باختصاصات تنظيمية ورقابية والبعض الآخر باختصاصات عقابية².

إن السلطات الإدارية المستقلة المكلفة بضبط السوق تتمتع بسلطة سن قواعد عامة مجردة غير موجهة إلى شخص بعينه، وهذه القواعد تنشئ التزامات على عاتق الأعوان الاقتصاديين كما تمنح لهم حقوقا، غير أن نقل الاختصاص لهذه السلطات ليس مطلقا إذ قد يوجب المشرع ضرورة خضوع الأنظمة الصادرة عنها إلى مصادقة وزير معين، كما هو الحال بالنسبة للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها كما سلف توضيحه.

من الواضح أنه لا مجال للمقارنة بين ما يصدر عن السلطات الإدارية المستقلة من أنظمة أي قواعد قانونية و بين تلك القواعد الناتجة عن العقد، إذ أنه متى وجدت قواعد السوق التي تضعها هذه السلطات المكلفة بالضبط الاقتصادي للسوق يكون اللجوء إلى قانون العقد مستبعدا، ومرد سمو قواعد السوق على قواعد العقد هو أن المرجعية التعاقدية تستلزم وجود اتفاق إرادي عملا بالمادة 54 من القانون المدني، فالعقد عادة ما يقصد به عملية محددة، في حين أن قواعد السوق تكشف عن قواعد مجردة غير

¹ - حدرى سمير، المرجع السابق، ص 93

² - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

موجهة لشخص محدد بذاته، فهي عامة وموجهة لمجموعة من العمليات والنشاطات الممكن إجراءها في السوق.

ومن هنا تكون قواعد السوق عبارة عن قواعد عمومية ذات طابع تنظيمي تدخل ضمن التدرج القانوني للنظام القانوني للدولة و تتصف بالإلزامية، ويجب احترامها ولو في غياب تعبير عن الإرادة، فهي ملزمة للأعوان الاقتصاديين المخاطبين بها و كذا القاضي الذي ينظر في النزاعات باستثناء القاضي المختص بفحص المشروعية.

وتجدر الإشارة في هذا المجال أن سلطة القاضي في فحص مشروعية الأنظمة التي يسنها مجلس النقد والقرض تتمتع بنوع من الحصانة، إذ لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء إلا من طرف وزير المالية، أما الأشخاص المعنيين ليس لهم الحق في ذلك إلا إذا وجد نزاع معروض أمام القضاء.

ومن هنا فإن القواعد القانونية للعقد تتدخل خصوصا في الأسواق غير المنظمة، أي تلك التي لا تخضع للضبط من طرف هيئة عمومية مكلفة بذلك، فيمكن تصور ضبط يقوم به أعوان القطاع أنفسهم كالتنظيمات المهنية، أين يتفق أعوان القطاع على وضع أنظمة خاصة بهم تكون عقدا جماعيا لجميع الأطراف، فتشكل قواعد سير قطاعية ملزمة حتى بالنسبة للأعوان الذين سيدخلون السوق في المستقبل، في هذه الحالة فإن قواعد السوق تملئها مؤسسات السوق وهي مخولة بمهمة تحقيق النفع العام وما تتخذه هذه المؤسسات من أنظمة تعتبر ذات طبيعة خاصة.

هذه القواعد الخاصة عدم احترامها يستدعي أعمال قواعد المسؤولية المدنية ولا يمكن أن تكون قواعد قانونية مثل القواعد العمومية الملزمة والتي يعاقب على مخالفتها، كما أن الربط بين النظام القانوني لهذه القواعد الخاصة والنظام القانوني للدولة يفترض أن تتطابق هذه القواعد الخاصة مع هذا النظام القانوني للدولة، ويراقب القاضي هذه المطابقة وله في ذلك إقصاء القواعد التي تخالف قواعد السوق أو إسقاط أي بند في العقد.

المطلب الثاني: تجديد المصادر من الناحية الموضوعية (تراجع مبدأ سلطان الإرادة لصالح الضبط الاقتصادي)

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة الذي تلازم في نشأته مع النظام الرأسمالي بل واعتبر دعامة أساسية له، أساس النظرية التقليدية للعقد والقائمة على الحرية المطلقة للإرادة، بالنظر إلى أن العقد من خلق إرادة

المتعاقدين، وبالتالي فإن أطرافه أحرار في إبرام ما يشاءون من العقود وتضمينها ما يشاءون من الشروط التي تحقق مصالحهم، وبالتالي فإن العقد يمثل مصالح أطرافه ولا يمكن أن تتصرف إرادة أحدهم إلى شيء لا مصلحة له فيه، مما يؤدي بصفة تلقائية إلى التوازن بين مصالح المتعاقدين وهذا ما أكده الفقيه " Fouillée " فويي بقوله: " أن كل عدالة هي تعاقدية، و أن كل ما هو تعاقدى فهو عادل".

غير أنه وكما سلف الذكر فإن مبدأ سلطان الإرادة سرعان ما اصطدم بتطور المجتمع المدني وانتقال الأفراد من وضع لآخر أكثر تطوراً اقتصادياً و اجتماعياً وسياسياً وعلمياً وتكنولوجياً، وتؤكد أن هذا المبدأ هو ذاته الذي أدى إلى جعل العلاقات التعاقدية تقوم على عدم التوازن بين أطرافها وأن الطرف القوي يفرض إرادته على الطرف الضعيف مما أثر سلباً على الإرادة المتعاقدة، فأصبح من الضروري تقرير سياسة تهدف إلى تحقيق المساواة الفعلية أو الواقعية بدل المساواة المجردة.

ومن هنا كان لزاماً الابتعاد عن الفكرة التعاقدية التقليدية المبنية على مبدأ سلطان الإرادة باعتبارها نظرية جامدة، لتحل محلها القواعد الخاصة ذات الطابع الاجتماعي والتي تركز الحماية الجدية لفئات معينة وتوجيه العقد لخدمة المصالح العام والاستقرار القانوني للمعاملات المدنية وتحقيقاً للعدالة العقدية التي أصبحت مع تطور نظام التعاقد الحديث هي التي تحدد مشروعية القوة الملزمة للعقد¹.

إن تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية للأفراد وذلك بتقييد إرادتهم من جوانب عدة، وأن العقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه²، وهذا التدخل إنما يتم من خلال آليات قانونية من أهمها السلطات الإدارية المستقلة، كما تكفلت الدولة بحماية الطرف الضعيف اقتصادياً أو اجتماعياً وثقافياً، مما جعل العقد يخرج من نزعة الفردية إلى نزعة جماعية، وأصبح لا يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم بل يهم المجتمع ككل، فالعقد أصبح وسيلة من وسائل الحياة الجماعية وأداة لتحقيق النفع العام.

فتتدخل الدولة عن طريق السلطات الإدارية المستقلة في إطار توجيه العقد أي العلاقة العقدية وذلك بفرض بعض القواعد القانونية في صورة قواعد أمر لا يجوز مخالفتها، حماية للاقتصاد من جهة و للطرف الضعيف في العقد من جهة أخرى و هذه الغاية لن تتحقق ببطان العقد.

¹ - نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 278، 279.

² - فيلالى علي، الالتزامات . النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، 55.

ففي ميدان تكوين العقد و خروجاً عن القواعد العامة في القانون المدني أين يحق لكل شخص إلى جانب حرية التعاقد أو الامتناع عن التعاقد في أي مجال، حرية اختيار المتعاقد معه، تتدخل السلطات الإدارية المستقلة لتقييد ممارسة النشاطات المبنية على علاقات تعاقدية بشروط صارمة، إذ تختص بتحديد الأشخاص المسموح لهم بدخول السوق و إبرام العقود و إجراء المعاملات المختلفة داخله، كما تتدخل في بعض المجالات لتتخذ القرار بشأن السماح بالتعاقد أو بعدم التعاقد من خلال مجموعة من التقنيات المبررة بالنظام العام و يتعلق الأمر بتقنية منح الترخيص أو تقنية منح الاعتماد لمن تتوفر فيه الشروط القانونية لدخول قطاع النشاط (الفرع الأول).

و لم يتوقف دورها عند التحكم في تحديد الأعوان الاقتصاديين الذين يحق لهم قانوناً دخول السوق و إجراء المعاملات التعاقدية المختلفة و تأطير إرادتهم من خلال السماح لهم بالتعاقد من عدمه، بل امتد الأمر إلى تقييد حرية هؤلاء و المتعلقة بحرية اختيار المتعاقد معه و منع الأعوان الاقتصاديين الناشطين في قطاع النشاط من الامتناع عن التعاقد كنتيجة قانونية لممارسة حرية التعاقد وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تأطير اقتران الإيرادات التعاقدية من خلال تقنيتي الترخيص و الاعتماد

علاوة على سلطات أخرى كسلطة الأمر أو العقاب، تتمتع السلطات الإدارية المستقلة بسلطة إصدار قرار أحادي الجانب إما بالترخيص أو عدم الترخيص بمزاولة نشاط و ذلك في إطار اختصاصها، إذا كانت ممارسة هذه السلطة لا تطرح إشكالا لما تكون في إطار تطبيق القانون ولا تمس أية حرية يضمنها الدستور وأطرها المشرع، إذ في الحالة المخالفة، فإن المجلس الدستوري يقتضي من المشرع أن يحاول التوفيق بين المتطلبات التقنية وضرورة حماية الحريات المضمونة دستورياً، فهذا الشرط فقط يمكن تخويل السلطات الإدارية المستقلة سلطة الترخيص في المجالات الحساسة¹.

تمارس السلطة الإدارية المستقلة هذه السلطة بغرض وقائي، بمعنى أن الترخيص هو إجراء قبلي و ملزم تسمح من خلاله السلطات الإدارية المستقلة بالتعاقد أو تقرر عدم السماح بالتعاقد، والهدف من الترخيص هو السماح للسلطات الإدارية المستقلة بمراقبة إبرام العقد من البداية إلى النهاية لأسباب تتعلق

¹ - MERYL Hervieu, op. cit, p 174

بحماية السوق، ومن هنا فهي تراقب عمليا الدخول إلى السوق وكذا ممارسة النشاط داخل السوق، والترخيص بالتعاقد قد يكون مباشرا أو غير مباشر.

أولا. تأطير اقتران الإيرادات التعاقدية من خلال تقنية الترخيص غير المباشر (تحديد الأطراف المسموح لها بالتعاقد)

توجد قطاعات اقتصادية منظمة حول شبكة واحدة للنقل، والتي تمثل منشأة أساسية وهي محتكرة لصالح المتعامل العمومي التاريخي، ولا يمكن للأعوان الاقتصاديين في هذا النوع من القطاعات الولوج إلى السوق و إنشاء شبكة خاصة بهم وبإمكاناتهم الخاصة، وعمل الشبكة لا يطرح أي مشاكل قانونية ما دام التنظيم الاقتصادي يقوم على نظام الاحتكار، أي أن مؤسسة وحيدة تقوم بعملية الإنتاج والنقل والتوزيع في ذات الوقت¹، مثل حالة مؤسسة سونلغاز قبل فتح قطاع الغاز والكهرباء على المنافسة. غير أن توجه الدولة الجزائرية نحو نظام اقتصاد السوق، وتحرير القطاعات الشبكية خاصة وعرضها على المنافسة، خلق انفجارا و توزعا في المهام والأنشطة، فمثلا منذ سنة 2001 تم فتح نشاطات إنتاج ونقل الكهرباء للاستثمار، و إن كان تسيير شبكة النقل بقي محل احتكار من طرف المتعامل التاريخي².

هذا الجمع بين الطابع الاحتكاري للمنشآت الأساسية وكذا الانفتاح على المنافسة لتلك الأنشطة الذي يتم طبيعيا بالعقد يستدعي ضبط هذه القطاعات.

إن العقود المتعلقة بالربط ليست عقودا عادية، فقيام نظام الربط على مبدأ الحرية التعاقدية سوف يؤدي إلى مشاكل وصعوبات، إذ أن الربط ليس أمرا ثانويا في نظام الضبط بل بالعكس يقع في قلب الضبط، و لهذه العقود خصوصية بأنها عقود انضمام أو إذعان تخضع للقانون الخاص لتزامنها مع تحرر القطاعات الاقتصادية، و إن كانت النصوص القانونية تمنح سلطة استثنائية لمسير الشبكة، و لما كانت هذه العقود من هذه الطبيعة وجب مراقبتها، و هذه الرقابة تقوم بها هيئة الضبط القطاعية لأنه على عاتقها يقع عبء السير الحسن للربط، و لا يمكن أن تكون بعيدة عن العقود، و أي حركة تقع على العقد تراقبها فتتحول الهيئة إلى قاضي العقد و تتأكد من عدم وجود وضعية الهيمنة³.

¹ - FRISON-ROCHE - Marie-Anne -, Contrat, concurrence, régulation, RTD civ.2004, p 466

² - عيساوي عز الدين، العقد كوسيلة لضبط السوق، المرجع السابق، ص 212

³ - FRISON-ROCHE - Marie-Anne -, Contrat, concurrence, régulation, op, cit, p 467

ولكن كيف تراقب سلطات الضبط القطاعية و كذا مجلس المنافسة مثل هذه العقود؟ إن الرقابة التي تمارسها السلطات الإدارية المستقلة على العقود التي تخضع للقانون الخاص قد تكون سابقة عن إبرام العقد و دخول السوق أو قد تكون لاحقة عن ذلك.

والمقصود بالرقابة السابقة، مراقبة الراغبين في الانضمام إلى المهنة، وتبرز مظاهر هذه الرقابة خاصة في التأكد والتحقق من استفاء الشروط المطلوبة قانونا لدى هؤلاء الراغبين، قصد السماح لهم بالانضمام إلى المهنة، وذلك بهدف تكريس حماية فعالة للمستهلك من خلال انتقاء أنجح الأعوان الاقتصاديين وبتوافر كافة الشروط الضرورية لممارسة المهنة، وتجنب كل ما من شأنه المساس بقواعد السوق قبل وقوعه فهو دور وقائي، وتتم هذه الرقابة عن طريق ما يعرف بنظام الرخص والاعتماد.

أما الرقابة اللاحقة وهي رقابة على السوق تتمثل مدى احترام الأعوان الاقتصاديين للقوانين والأنظمة المنصوص عليها في المجال المخصص لهم بهدف حماية السوق وحماية المستهلك.

تمارس عديد سلطات الضبط سلطة الترخيص للدخول إلى السوق بغرض ممارسة رقابة صارمة على نشاطات محددة وحساسة وتخضعها لشروط دقيقة ودراسة شاملة ومفصلة وبناء على ذلك تقوم بمنح الترخيص أو رفض ذلك، مما يعني أن حرية الأشخاص في الانخراط في سوق معينة مقيدة بهذا الترخيص، مما يترتب نتيجة منطقية أنه ليس لكل شخص حق إبرام عقد في إطار شبكات الربط ما لم يقبل كعون اقتصادي من طرف سلطة الضبط القطاعية المختصة بعد أن يستوفي الشروط المقررة لذلك.

ولسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية سلطة تقديرية واسعة من خلال وضع الشروط اللازم توافرها والتأكد من تحققها في طالب الترخيص، ثم تصدر قرارا إما بالموافقة أو بالرفض مع الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد أسباب الرفض بنص قانوني و كل ما على سلطة الضبط هو التسبب، وهذه التراخيص تمنح بصفة شخصية و لا يمكن التنازل عنها¹.

وحددت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 01 / 123 الشبكات و الخدمات الخاضعة للترخيص و

هي:

- الشبكات الخاصة التي تستعمل الأملاك العمومية بما فيها الأملاك الهيرتزية.
- الشبكات التي لا تستعمل إلا طاقات مستأجرة من طرف متعاملين حاصلين على رخص.

¹ زعاتري كريمة، المركز القانوني لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، مذكرة ماجستير تخصص إدارة ومالية، جامعة محمد بو قرّة، بو مرداس، 2011/2012، ص 88.

- خدمات النفاذ إلى الأنترنت.

- خدمة تحويل الصوت عبر الأنترنت.

مع ضرورة الإشارة إلى ضرورة تمييز نظام الترخيص عن نظام الرخصة في مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية، هذه الأخيرة التي يشرف عليها الوزير المكلف بالاتصالات بإعلان المناقصة قصد منح الرخصة و في حالة الموافقة على الفائز بالرخصة في جلسة علنية برسو المزاد.

بمعنى أن السلطة التنفيذية هي المعنية بتقديم الرخصة، و إن كان المشرع منح سلطة الضبط وحدها مكنة إصدار قرار مدى ملائمة انضمام متعاملين جدد للسوق من عدمها، لأنها وحدها المختصة والأقرب للسوق و الأكثر دراية بما يقع فيه و ما يناسبه.

ولا يختلف الأمر كثيرا في مجال الطاقة إذ بموجب القانون 01/02 المؤرخ في: 05/02/2002 المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، وجاء في المادة 06 منه أنه: "تفتح نشاطات إنتاج الكهرباء على المنافسة طبقا للتشريع المعمول به وأحكام هذا القانون"¹، وتختص لجنة ضبط الكهرباء والغاز بإنشاء وكلاء تجاريين لسوق الكهرباء و السوق الوطنية للغاز وظيفتها الإشراف على سير نشاط مسير سوق الكهرباء وعلى مسير شبكة نقل الغاز، وكذا تحضير التدابير الكفيلة بتحسين سير هذين السوقين، و تتكون مجموعة الوكلاء التجاريين من جميع المتعاملين المستعملين لسوق الكهرباء والسوق الوطنية للغاز (المادة 83 من القانون 01/02).

وطبقا للمادة 82 من نفس القانون فإنه يخضع نشاط الوكيل التجاري للغاز والكهرباء للترخيص تمنحه لجنة الضبط، وطبقا لهذه الفقرة فإن الدخول لهذه السوق مقيد بالحصول على رخصة من سلطة الضبط، مع العلم أنه وفقا للمادة 02 من نفس القانون فإن المقصود بالوكيل التجاري: "كل شخص طبيعي أو معنوي، غير منتج أو موزع يشتري الكهرباء أو الغاز بهدف إعادة بيعها"²، ولم يكتف المشرع بالنص على وجوب الحصول على الرخصة من طرف سلطة الضبط بل و حدد المعايير التي يجب على هذه الأخيرة مراعاتها عند منح الترخيص والمتمثلة في: سمعة المرشح و تجربته و مؤهلاته المهنية، القدرة التقنية والمالية و جودة التنظيم، واجبات المرفق العام من انتظام التموين بالكهرباء والغاز و جودته.

¹ قانون رقم: 01/02 مؤرخ في: 05 فيفري 2002، المتعلق بالغاز و الكهرباء، ج. ر.ع 08 صادرة في: 05 فيفري

2002

² - المرجع نفسه.

ففي جانب آخر بالنسبة لنشاطات المصرفية، و للأهمية الاستراتيجية التي تتمتع بها أخضع المشرع أي استثمار في هذا المجال إلى وجوب الحصول على الترخيص المسبق من طرف مجلس النقد والقرض، و بالتالي لا يمكن إنشاء أي بنك أو مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري إلا بعد الحصول على هذا الترخيص المسبق، و كذا الحال بالنسبة للبنوك الأجنبية الراغبة في فتح فروع لها أو مكاتب تمثيل في الجزائر فيجب الحصول على ترخيص مسبق من سلطة الضبط¹.

غير أن الترخيص الذي يمنحه مجلس النقد و القرض غير كاف لوحده للدخول إلى السوق المصرفية بل إن المتحصل على الرخصة يقوم بإجراء لاحق، وهو طلب الحصول على الاعتماد ولكن هذه المرة من السلطة التنفيذية ممثلة في محافظ بنك الجزائر وليس من سلطة الضبط.

بالتوجه إلى مجال لا يقل أهمية، وبالنسبة للأسواق المالية، فإن لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها تمارس رقابة على الأعوان الاقتصاديين قبل انضمامهم إلى السوق المالية عن طريق إجراء الاعتماد المسبق، كما تجري رقابة سابقة على المنتجات المالية قبل طرحها في السوق الأولية عن طريق إجراء التأشير على المذكرة الإعلامية التي تلتزم بإعدادها الشركة المصدرة.

إذ تسهر اللجنة على انتقاء هذه الفئة بفرض شروط الالتحاق بمهنة الوسيط في عمليات البورصة و كذا هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة، حيث أن حماية السوق تتحقق بنوعية المهنيين المنخرطين فيها. و خول المرسوم التشريعي 10/93 للجنة صلاحية تحديد شروط الالتحاق بهذه المهن عن طريق أنظمتها، إذ تنص المادة 05 منه على أنه: "لا يجوز إجراء أي مفاوضات تتناول قيما منقولة مقبولة في البورصة إلا داخل البورصة ذاتها وعن طريق وسطاء في عمليات البورصة... تحدد لائحة اللجنة شروط تحقيق عمليات التداول هذه وكذلك صفة المتدخلين"²، وفي هذا الإطار صدر النظام 03/96 المؤرخ في: 1993/07/03 المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم³، ونظام

¹ - أوباية مليكة، اختصاص منح الاعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات

الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007، ص 202

² - مرسوم تشريعي رقم: 10/93، مؤرخ في: 1993/05/23 يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج. ر. ع 34، صادرة في: 1993/05/23 معدل و متمم

³ - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، رقم 03/96 مؤرخ في: 1996/07/03 يتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة في رأسمال شركة إدارة البورصة للقيم المنقولة، ج. ر. ع 87، صادرة في 1997/12/29.

تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم: 04/97 المؤرخ في: 1997/11/25 المتعلق بهيئات التوظيف الجماعي في القيم المنقولة¹.

وهذه الشروط يجب أن تتوفر في كل من يرغب في الحصول على اعتماد اللجنة والذي دونه لا يتسنى له دخول السوق المالية ولا للاستثمار فيها. وقد يكون قرار الاعتماد لممارسة نشاط الوساطة بصفة محددة أو غير محددة. كما يجب على الوسطاء في عمليات البورصة ولدخول السوق المالية أن يقدموا ضمانات كافية لاسيما فيما يخص تكوين رأسمالهم و مبلغه و تنظيمهم ووسائلهم التقنية والمالية، وما يجب عليهم تقديمه من ضمانات و كفاءات و شرف و مسؤولية و أعوانهم و خبرتهم وأمن عمليات زبائنهم.

كما تضمنت المادة 03 من النظام 02/03 المتعلق بمسك الحسابات وحفظ السندات ضرورة حصول ماسك الحسابات الحافظ على الاعتماد من اللجنة.

ومن هنا يظهر و بصورة جلية أن ممارسة الأعوان الاقتصاديين لأي نشاط في أي قطاع خاضع لنظام الضبط الاقتصادي عن طريق سلطات الضبط المستقلة تقيد فيه الحرية التعاقدية، ولا يجوز الدخول في النشاط إلا بموافقة السلطة الإدارية المستقلة، كما أن ممارسة مثل هذه النشاطات مقيد بشروط يجب توافرها في هذا العون الاقتصادي حماية للقطاع، إذ قيدها النظام العام للمؤتمن و الصادر عن سلطة الضبط بوجوب أن يودع العون الراغب في الانضمام لدى المؤتمن المركزي على السندات ملفا يطلب فيه الانخراط، و أن يتضمن الملف: طلب قبول الانخراط، أسماء الأشخاص المؤهلين للتعامل مع المؤتمن المركزي، نسخة محينة من القانون الأساسي.

كما أن لقبول المؤتمن للانخراط خصوصيته، إذ يجب عليه أن يتخذ القرار و يبلغه لصاحب الطلب (الموجب) في أجل الشهرين اللذين يليان تاريخ استلام مجموع السندات المكونة للملف.

ونصت المادة 09 من النظام العام للمؤتمن المركزي²، على حالتين لشطب المنخرط (فسخ الاتفاقية) والذي يكون بطلب المنخرط ذاته، أو بطلب من الهيئة المانحة للاعتماد، ولا يمكن للمؤتمن إصدار قرار فردي بشطب المنخرط كعقوبة، وهو ما يقلل من استقلالية المؤتمن ويجعله في حالة تبعية

¹ نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، رقم 04/97 مؤرخ في: 1997/11/25 يتعلق بهيئات التوظيف الجماعي في القيم المنقولة، ج ر ع 87، صادرة في 1997/12/29.

² نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، رقم: 01/03 المؤرخ في: 2003/03/18، المتعلق بالنظام العام للمؤتمن المركزي على السندات، ج ر ع 73، صادرة في: 2003/11/30

سلطة ضبط البورصة التي تتمتع بهذا الحق¹، وهو ما يجعل هذه الأخيرة وكأنها طرف ثالث في العلاقة الاتفاقية.

ثانيا . سلطة الترخيص المباشر (السماح بالتعاقد أو حظره)

يظهر اختلاف قانون المنافسة على قانون الضبط الاقتصادي، في أن هذا الأخير هو الذي يخلق المنافسة و يحافظ عليها و ليس قانونا يحكم السوق كما هو في حالته، فإذا كان قانون المنافسة يهدف إلى إزالة كل الحواجز للدخول في السوق، فإن قانون الضبط الاقتصادي يراقب السوق قبل الدخول إليه و أثناء الممارسة، فقواعد السوق تراقب السوق بصفة دائمة و ليس فقط بالنظر إلى قواعد اللعبة لكن كذلك مراقبة من يمارس اللعبة. كما يكون الحفاظ على هذا التوازن بمراقبة فعليه للسوق القطاعي، و هذا يفترض رقابة دائمة، و ذلك بتحويل السلطة الضبطية: سلطة التحقيق و القمع، سلطة اتخاذ القرارات الفردية و السلطة التنظيمية².

تتدخل السلطات الإدارية المستقلة في هذا المجال للسماح للأعوان الاقتصاديين و بصورة مباشرة بإبرام العقد أو بعدم التعاقد، وتعتبر عملية مراقبة التجميعات الاقتصادية التي يمارسها مجلس المنافسة مثالا على ذلك.

غير أن لمراقبة التجميعات الاقتصادية أهداف تتعلق بحماية المنافسة، إذ قد يؤدي التجميع إلى احتكار السوق أو القضاء على مؤسسات أخرى، و ينتج عن ذلك انعدام المنافسة، لذا تعد المراقبة إجراء احتياطي يهدف إلى تقادي بروز وضعيات هيمنة على السوق يصعب تجاوز آثارها فيما بعد، وعلى أساس ذلك لا تكفي قواعد السوق الحر لضمان وجود منافسة نزيهة بل يفترض الأمر تدخل الدولة وبقواعد وهيئات تعمل على تهذيب المنافسة³.

كما قد يكون الهدف من مراقبة التجميعات توجيه المنافسة نحو سياسة اقتصادية واجتماعية معينة، إذ قد يؤدي التنظيم و الدور الجديد للمؤسسات إلى تحقيق أهداف تراها الدولة ضرورية أو توافق على التجميع مقابل تعهد المؤسسات بتنفيذ سياسة معينة من خلال المشروع.

¹ - حمليل نورة، المرجع السابق، ص 164.

² - FRISON-ROCHE - Marie-Anne -,Contrat, concurrence, régulation, op, cit, p 467

³ - عيساوي عز الدين، العقد كوسيلة لضبط السوق، ص 207، 208

جاء في المادة 11 من قانون المنافسة 06/95 أن : " كل مشروع تجميع أو تجميع ناتج عن أي عقد مهما كان شكله يتضمن تحويل الملكية لكل جزء من ممتلكات أو حقوق و سندات عون اقتصادي، قصد تمكين عون اقتصادي من مراقبة عون اقتصادي آخر أو ممارسة النفوذ الأكيد عليه و الذي من شأنه المساس بالمنافسة و تعزيز وضعية الهيمنة على السوق ..."¹.

وقد كان هذا النص محل انتقاد على اعتبار أن المشرع حصر عملية التجميع في عملية العقود فقط، كما يمكن أن يكون هناك تحويل للملكية لمراقبة مؤسسة لأخرى، في حين أن التجميع يمكن أن يكون بمجرد التحويل الكلي أو الجزئي للملكية دون ممارسة النفوذ، بالإضافة إلى أنه يمكن ممارسة التجميع دون تحويل الملكية، إلى جانب تجاهله حقوق الانتفاع كصورة للتجميع².

على عكس المشرع الفرنسي الذي استعمل في المادة 39 من أمر 1986/12/31 بأن: "التمركز ناتج عن أي تصرف مهما كان شكله يتضمن تحويل الملكية أو الانتفاع لكل أو لجزء الأملك وحقوق والتزامات مؤسسة أو تلك التي تهدف إلى السماح لمؤسسة أو مجموعة من المؤسسات من ممارسة النفوذ الأكيد"³. ومن هنا فإن المشرع الفرنسي استعمل مصطلح " تصرف " والذي يشمل العقد وغيره.

غير أنه وبصدور قانون المنافسة 03/03 تدارك المشرع الجزائري الوضع واستعمل مصطلح " تصرف " بموجب المادة 15 منه، غير أن ما يهم في هذه الدراسة هو التجميع الذي يكون بموجب العقد، إذ بينت النظرية الاقتصادية أن التجميع يمكن أن ينجم عن تنظيم هيكل للمؤسسات كالاندماج كما قد يكون ناتجا عن تنظيم عقدي اتفاقي، وعليه فإن العقد الذي يخضع مؤسسة معينة لتبعية مؤسسة أخرى يمنح للمؤسسة المتبوعة حق ممارسة النفوذ الأكيد على المؤسسة في حالة تبعية وهذا ما يحدث خاصة في عقود الفراننتشيز، حيث يعد عقد الترخيص التجاري من عقود الأعمال التي يمكن أن تتضمن بنوده اعتداء على المنافسة، مما يستدعي إخضاعها للرقابة، لأن الآليات القانونية تشكل تقييدا للمنافسة في بعض الحالات نظرا لكون المؤسسة المانحة للامتياز أو حق التوزيع أو الترخيص التجاري ترفض البيع و التوزيع لأن التاجر خارج سلسلة التجار الذين يكونون الشبكة التي تباع أو توزع من خلالها، كما يمكن أن تملي على التجار الذين يتعاملون معها أثمان بيع المنتج أو الخدمة حيث يمكن النظر إلى تلك العقود

¹ - أمر رقم: 06/95 مؤرخ في: 14 أبريل 1990، متعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 09 صادرة في: 1995/02/22، (ملغى)

² - عدوان سامية، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010/2011، ص 13 و 14

³ - المرجع السابق، ص 14.

كنوع من التجميعات بالمعنى الواسع و تخضع بالتالي لقوانين الرقابة على التمرکزات و التجميعات الاقتصادية.

إن عقود التجميع لا تخضع لإرادة الأطراف المتعاقدة فحسب بل إن مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة يتدخل من خلال سلطة الترخيص المباشر بالتجميع فيؤطر الإرادة التعاقدية و يقيدھا بمراقبة مدى توفر الشروط اللازمة للسماح بالتجميع أم لا.

أ - مجلس المنافسة والترخيص بعمليات التجميع:

إن عملية التجميع قد تسمح باتحاد أكثر من عونين اقتصاديين من أجل تعزيز وضعية الهيمنة و التحكم في السوق كله أو في جزء جوهري منه، مما شجع على تقييد حرية هؤلاء الأعوان الاقتصاديين في القيام به، وأكد المشرع الجزائري من خلال قانون المنافسة أن كل عملية تجميع من شأنها المساس بالمنافسة توجب على المعنيين بها التقدم أمام مجلس المنافسة و تقديم طلب الترخيص بذلك، وأنه على سلطة الضبط أن تبت في هذا الطلب في أجل أقصاه 03 أشهر إما بالقبول أو بالرفض.

وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم: 219/05 المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع الإجراءات والشروط القانونية اللازمة لذلك.

وكل عملية تجميع تتم دون الحصول على الترخيص المسبق أو دون احترام إجراءاته تعرض صاحبها للمساءلة الجزائية أمام مجلس المنافسة، مما يعني أن عملية الترخيص إجبارية وهو ما نصت عليه المادة 17 من قانون المنافسة 03/03، وأكدت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 219/05 بنصها: "يجب أن تكون عمليات التجميع المذكورة في المادة 02 أعلاه موضوع طلب ترخيص من أصحابه لدى مجلس المنافسة طبقاً للأحكام المحددة في هذا المرسوم"¹.

يجب أن يكون الطلب مقدماً من أصحاب التجميع المعنيين بذلك مجتمعين ومشاركين أو عن طريق ممثل عنهم بموجب وكالة مكتوبة بذلك من قبل المؤسسات المعنية بالتجميع، و هذا ما نصت عليه المادتين 04 و 05 من المرسوم التنفيذي 219/05.

يقوم مجلس المنافسة بدراسة الملف المقدم والقيام بمختلف التحقيقات اللازمة ليصدر في الأخير قراره إما بقبول عملية التجميع أو برفضها.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم: 219/05 مؤرخ في: 06 جوان 2005، المتعلق بالترخيص بعمليات التجميع، ج.ر.ع 43، الصادرة بتاريخ: 22 جوان 2005

. صدور قرار بالترخيص بعملية التجميع: ويكون في أحد الشكلين: إما الترخيص بالعملية دون التزام الأطراف بأي شرط أو تعهدات، وإما الترخيص مع التحفظ بتقييد الترخيص ببعض الشروط التي يملئها المجلس أو التعهدات التي يقترحها أصحاب التجميع.

. الترخيص بالتجميع دون الالتزام بشروط أو بتعهدات:

ففي حالة ما إذا تبين لمجلس المنافسة من خلال التحقيق أن العملية لا تؤدي إلى المساس بالمنافسة وأنها لم تتجاوز معايير تقدير المساس بالمنافسة فإن المجلس يرخص بعملية التجميع مباشرة دون وضع شروط أو التزامات، و يجب أن يكون قرار المجلس معللاً بسبب قبول العملية.

. قرار الترخيص مع الالتزام ببعض الشروط و التعهدات:

وهو ما جاء في المادة 02/19 من القانون 03/03، إذ أنه متى رأى مجلس المنافسة أن من شأن عملية التجميع التقييد و الإخلال بالمنافسة، و عوض رفض طلب الترخيص بالتجميع، أن يملئ على الأطراف كحل بديل بعض الالتزامات لممارسة عملية التجميع، كما يمكن أن يوافق على التجميع مقابل التزام الأطراف بالتعهدات التي اقترحوها تلقائياً والتي من شأنها التخفيف من آثار المنافسة، وعلى الأطراف التقيد بهذه التعهدات أو الالتزامات.

ويوجد نوعان من التعهدات والالتزامات، يتعلق النوع الأول بتلك الالتزامات التي تمس هيكل المؤسسة، كالتعهد بتحويل بعض نشاطات المؤسسة المعنية، أو محاولة الاستثمار في بعض المشاريع و تحويل مساهمتها إلى مؤسسة أخرى، والثاني يشمل الالتزامات أو التعهدات التي تمس سلوك و أعمال المؤسسات المعنية، هدفها تغيير طبيعة المؤسسة وأعمال المؤسسات، كالتزام مثلاً بالشراء من بعض الأعران الاقتصاديين مع منع البيع المرتبط بالخدمات وعموماً يكون موضوع هذا النوع من الالتزام بفعل شيء أو الامتناع عن عمل.

وعلى العموم فإن التعهدات يجب أن تخضع لبعض الشروط المتعلقة باحترام مجموعة من المبادئ، كاحترام مبدأ الحياد بأن تتخذ التعهدات وفق حماية المنافسة وليس المتنافسين وكذا مبدأ الشفافية والنزاهة بما يكفل تحسين المنافسة ومعالجة الآثار الناتجة عن عملية التجميع، مع إلزامية التعهدات وإخضاعها للرقابة بغية التأكد من مدى فعاليتها في المدة المتفق عليها و ذلك قبل الترخيص بها إن اقتضى الأمر.

. صدور قرار برفض الترخيص المسبق بالتجميع: إذا لاحظ مجلس المنافسة أن من شأن عملية التجميع محل طلب الترخيص أن تمس بالمنافسة أو القضاء عليها كتعزيز وضعية الهيمنة، أصدر قرار بالرفض.

ولمجلس المنافسة توقيع عقوبات على عمليات التجميع التي أنجزت دون ترخيص بعقوبات مالية، إذ وبموجب المادة 61 من الأمر 03/03 يعاقب بغرامة تصل إلى 7% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مختتمة ضد كل طرف في التجميع. ووفقاً للمادة 62 من نفس الأمر فإن عدم احترام التعهدات والالتزامات المنصوص عليها في المادة 19 من ذات الأمر تعرض كل طرف في التجميع إلى عقوبة مالية تقدر ب 5% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة. ومن هنا فإن المشرع خول لمجلس المنافسة سلطة قمعية بغرض إعادة التوازن في العلاقات التعاقدية.

ب . دور بعض سلطات الضبط القطاعية في مراقبة عمليات التجميع الاقتصادي:

تتضمن بعض القوانين المتعلقة بسلطات الضبط القطاعية قواعد تمنح الاختصاص لسلطة ضبط القطاع في مجال عمليات التجميع، ومن بينها مجال التأمين و مجال توزيع الغاز والكهرباء. وإذا كان مجلس المنافسة يهتم بمراقبة التجميعات التي تتوافر فيها أحكام المواد من 15 إلى 18 من الأمر 03/03، فإن سلطات الضبط القطاعية تتضمن قوانينها شروطاً أخرى، فيقوم المجلس بمراقبة حرية المنافسة في السوق، بينما تهتم السلطات القطاعية بالمراقبة التقنية و الفنية و مدى تماشي التجميع مع الأهداف التي يقوم عليها النشاط، كالمراقبة التي تمارسها لجنة الإشراف على التأمينات حيث تتحقق من الجانب الفني ومدى مساهمة التجميع للسياسة المالية.

من خلال ما سلف ذكره يظهر وبصورة جلية تراجع مبدأ سلطان الإرادة كمصدر مادي للعقد أمام الاختصاصات و الصلاحيات المخولة للسلطات الإدارية المستقلة (مجلس المنافسة وبعض السلطات القطاعية) بالرقابة بل و بتقييد حرية إبرام عقود (التجميع) من خلال تحديد الأشخاص المسموح لهم بالتعاقد و بمراقبة مدى تأثير عمليات التجميع على السوق من أجل إبرام العقود التي تسمح بذلك من عدمه و كذا مدى إمكانية تقييد حرية الأطراف المتعاقدة في إطار عملية تجميع من خلال فرض بعض التعهدات و الالتزامات إلى جانب الالتزامات التعاقدية الناتجة عن اقتران إرادتهم و مراقبة سلطة الضبط

لما احترامهم لها حماية للسوق و للمنافسة من الآثار التي قد تترتب عن عملية التجميع الاقتصادي، و هو ما لم تشر إليه القواعد العامة في القانون المدني، و في هذا خروج عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فتصبح الإجراءات التي تفرضها سلطة الضبط و كذا التعهدات و الالتزامات التي تقررها جزء من العقد و لا يجوز للأطراف المتعاقدة الخروج عنها و تجاوزها تحت طائلة العقوبات الجزائية المقررة قانونا و التي تتولى سلطة الضبط تسليطها في إطار ممارسة اختصاصاتها التنازعية (السلطة القمعية)، مما يبرز أن لهذه السلطات الإدارية المستقلة دورا في تجديد الشريعة العامة للعقود في هذا الشأن.

الفرع الثاني: تأطير الإرادة التعاقدية بالتدخل في اختيار المتعاقد معه

قد تتدخل السلطات الإدارية المستقلة من أجل الحظر على متعامل اقتصادي ما الامتناع عن التعامل مع عون اقتصادي آخر، رغم أن المبدأ وفقا للشريعة العامة للعقود أن كل شخص حر في اختيار مع من يتعاقد و من حقه أيضا رفض التعاقد مع شخص آخر بعينه، و هذا لأسباب تتعلق أساسا بحماية الاقتصاد و السوق (أولا)، كما قد تفرض هذه السلطات الإدارية نفسها على العلاقة التعاقدية و تفرض التزامات يتعين على العون الاقتصادي التقيد بها نحو هذه السلطة الإدارية المستقلة و إلا كان مصيره الخروج من السوق، فتظهر و كأنها طرف آخر في العقد إلى جانب الأطراف المتعاقدة (ثانيا).

أولا - تقييد الإرادة التعاقدية بحظر رفض التعامل و رفض البيع

القاعدة العامة في المعاملات المدنية عموما و في التجارة بصفة خاصة هي حرية المعاملات التجارية، فيحق لكل مؤسسة التعامل مع من تريد من المؤسسات الأخرى و بالمقابل لها حق رفض التعامل مع من لا تريد التعامل معه من المؤسسات طالما أن هذا الرفض لم يكن مبعثه خلق احتكار جديد أو المحافظة على احتكار قائم في السوق، بالإضافة إلى وجوب أن يكون هذا الرفض مؤثرا أو فعالا بحيث يؤثر على المنافسة و يقيدھا.

تعد المقاطعة أو رفض التعامل من أخطر الممارسات الإستيعادية المرتبطة بالاتفاقات المحظورة، وتعد الحرية التجارية من القواعد الأصلية التي أكدتها معظم التشريعات القانونية فلكل شخص الحق في أن يتعامل في أي شيء و مع من يحب طالما كان ذلك في إطار النصوص القانونية ووفقا للعادات

والأعراف التجارية السائدة، و في المقابل له الحق في رفض التعامل مع من لا يريد التعامل معه طالما كان ذلك وفقا لآليات السوق و وفقا لقواعد و أصول المنافسة الحرة والنزيهة.

إن رفض التعامل قد يبدو بمثابة حق أصلي إذ أن البائع هو الوحيد . من الناحية النظرية . الذي يتأثر برفضه البيع أو الشراء، و مع ذلك فإن دوافع رفض التعامل في الواقع قد تكون متعددة و كثيرا ما تستخدمها المؤسسات لتنفيذ ممارسات ترمي إلى الحد من الدخول إلى السوق فالاتفاق على رفض التوريد لمشتري سواء إلى مشتري محلي أو مستورد يمثل أيضا رفضا للتعامل، و عادة ما تكون حالات رفض التوريد إلى مستوردين محتملين هي نتيجة لتواطؤ و تأمر حيث يتفق الموردون بموجبه على عدم التوريد إلا لمشتريين معينين، كما أنها قد تكون أيضا نتيجة لترتيبات عمودية جماعية بين المشتريين و البائعين، كأن تقوم بعض المؤسسات بالاتفاق على منع تدفق و بيع بضائعها إلى غيرها من التجار أو المؤسسات بهدف إقصاء هؤلاء من سوق المنافسة، مما يؤدي إلى إعاقة التجارة و تعطيل أو تقييد المنافسة، بهدف وضع عراقيل للدخول إلى السوق¹.

تظهر ممارسة رفض التعامل في شكل رفض الشراء أو رفض البيع أو رفض التعاقد، و لا يمكن المعاقبة عليه إلا إذا تم تقريره بشكل مدبر و دون أي مبرر قانوني من طرف مؤسسات مختلفة ضد مؤسسة أو مؤسسات معينة للإضرار بها و منعها من الدخول إلى السوق، لذلك يقصد برفض التعامل أو المقاطعة، الاتفاق الذي يبرم بين منتجين معينين و مشتريين معينين من أجل منع المنافسة بينهم مثلا: يتفق المنتجون مع المشتريين على امتناع المشتريين عن التعامل بسلع المنافسين الآخرين و تكون هذه الترتيبات في شكل اتفاقات يوافق فيها كل مشتري على شراء المنتجات أو الخدمات من بائعين معينين حيث يكون محلها الاقتصار على التعامل بين أطراف الاتفاق دون أن يكون أي منهم تابعا أو نائبا عن الآخر، فهي تقييد حرية المشتري في البحث عن مصادر تموين بديلة للتزويد و يترتب على المقاطعة أو التعامل الحصري منع كل أو بعض المؤسسات في السوق من منافسة البائعين وبالتالي منعها من الدخول إلى السوق لأنها (المؤسسات التي قوطعت) لن تجد منافذ بيع كافية أو متاحة لمنتجاتها فتضطر إلى

¹ - جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/12/06، ص 80.

الانسحاب من السوق وهكذا تكون قدرة هؤلاء المشتريين على المنافسة حول الجودة والسعر قد قيدت وعلى أية حال، فإبقاء المشترون على هذه العقود يجعل التسعير التنافسي غير موجود¹. وعليه سواء اتخذت المقاطعة شكل الاتفاق على رفض الشراء أو الاتفاق على رفض البيع دون أي مبرر معقول فإن اللجوء إلى المقاطعة المدبرة سلوك معاقب عليه في قانون المنافسة بشكل صارم فقد وصفت أجهزة المنافسة هذا السلوك على أنه ممارسة خطيرة خطيرة خاصة و أكثر من ذلك فقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي المقاطعة من أحد الممارسات الأشد تقييدا للمنافسة وقد أعطت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية تعريفا للمقاطعة على أنها: "ممارسة عمدية لإبعاد متعامل من السوق"، لهذا السبب تم منع هذه الممارسة بحد ذاتها دون الأخذ في عين الاعتبار الآثار التي قد تنجم عنها وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف باريس في قرارها المؤرخ في: 1998/12/03 وهو الأمر الذي أقرت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في: 1998/03/10 حيث اعتبرت أن سياسة المقاطعة بالنظر إلى خطورتها سياسة يجب المعاقبة عليها حتى وإن كان لها تأثير محدود².

ومن بين الوسائل والآليات التي تلجأ إليها المؤسسة المهيمنة للإيقاع من السلطة السوقية التي يتمتع بها المنافسون أو لغلق السوق و منع دخول منافسين جدد إلى هذه السوق رفض البيع، و لقد عبر المشرع عن هذه الممارسة بنصه: "... يحظر كل تعسف... قصد: الحد... في ممارسة النشاطات التجارية"، ولا يعد الامتناع عن إبرام عقود مع أي مؤسسة أو وقف التعامل معها محظورا إذا وجدت لها مبررات تتعلق بعدم قدرة هذه المؤسسة على الوفاء بالتزاماتها الناشئة عن العقد، و من هذه الالتزامات مدة وفاء قصيرة، طلب ضمان مالي.

أما من جانب المشرع الأوروبي فهو يقرر قيام التعسف من طرف المؤسسة التي تتحكم في سوق المواد الأولية لإنتاج سلعة معينة إذا احتفظت بهذه المواد للقيام بإنتاج هذه السلعة وحدها، و رفض إمداد عميل يقوم هو الآخر بإنتاج هذه السلعة بهدف استبعاد أية منافسة من جانب هذا العميل³.

يبدو أنه من ناحية أخرى، قد يكون لرفض بيع المنتج أو الخدمة ما يبرره، كما لو كان يتجاوز تلبية طلب البيع المقدم إليه قدرته الإنتاجية بأن لم يكن لديه مخزونا أو كان المخزون غير كاف لتلبية طلب عميل جديد، و بالتالي فالرفض الذي يشكل تعسف في استغلال وضعه المهيمنة هو الرفض غير المبرر

¹ - المرجع نفسه، ص 81.

² - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ - المرجع نفسه، ص 150.

بأسباب موضوعية. و بناء على ذلك لا يجوز مثلا للمؤسسة المهيمنة أن تبرر الرفض بقيامها بتغيير سياستها التجارية أو التوزيعية هذا من جهة، و من جهة أخرى، إذا أمكن الحصول على بديل المنتج أو الخدمة محل الهيمنة من منافس آخر فلا يعد رفض البيع في هذه الحالة من جانب المؤسسة المسيطرة، تعسفا في استغلال وضعيتها المهيمنة.

و في إطار التعسف في استعمال وضعية الهيمنة الاقتصادية، فمن بين الوسائل والآليات التي تلجأ إليها المؤسسة المهيمنة للإنقاص من السلطة السوقية التي يتمتع بها المنافسون أو لغلق السوق و منع دخول منافسين جدد إلى هذه السوق ما يتعلق منها برفض البيع، و لقد عبر المشرع عن هذه الممارسة بنصه: "... يحظر كل تعسف... قصد: الحد... في ممارسة النشاطات التجارية"، ولا يعد الامتناع عن إبرام عقود مع أي مؤسسة أو وقف التعامل معها محظورا إذا وجدت لها مبررات تتعلق بعدم قدرة هذه المؤسسة على الوفاء بالتزاماتها الناشئة عن العقد، و من هذه الالتزامات مدة وفاء قصيرة، طلب ضمان مالي...

أما من جانب المشرع الأوروبي فهو يقرر قيام التعسف من طرف المؤسسة التي تتحكم في سوق المواد الأولية لإنتاج سلعة معينة إذا احتفظت بهذه المواد للقيام بإنتاج هذه السلعة وحدها، و رفض إمداد عميل يقوم هو الآخر بإنتاج هذه السلعة بهدف استبعاد أية منافسة من جانب هذا العميل¹.

يبدو أنه من ناحية أخرى، قد يكون لرفض بيع المنتج أو الخدمة ما يبرره، كما لو كان يتجاوز تلبية طلب البيع المقدم إليه قدرته الإنتاجية بأن لم يكن لديه مخزونا أو كان المخزون غير كاف لتلبية طلب عميل جديد، و بالتالي فالرفض الذي يشكل تعسف في استغلال وضعية الهيمنة هو الرفض غير المبرر بأسباب موضوعية. و بناء على ذلك لا يجوز مثلا للمؤسسة المهيمنة أن تبرر الرفض بقيامها بتغيير سياستها التجارية أو التوزيعية هذا من جهة، و من جهة أخرى، إذا أمكن الحصول على بديل المنتج أو الخدمة محل الهيمنة من منافس آخر فلا يعد رفض البيع في هذه الحالة من جانب المؤسسة المسيطرة، تعسفا في استغلال وضعيتها المهيمنة².

¹ - المرجع نفسه ، نفس الصفحة.

² - المرجع نفسه، ص 151.

وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن مجلس المنافسة الجزائري أنه: "اعتباراً أنه يعاب على المؤسسة المشتكى منها هو التمييز بين الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم إذ لا تستجيب لطلبات البعض بحجة عدم توفر المنتجات و تسلم البعض الآخر كميات تفوق طلباتهم. اعتباراً أن هذه المؤسسة تنكر القيام بمثل هذه التصرفات وتؤكد استجابتها لكل الطلبات بما فيها طلبات المسمى " ش . ي " الذي يتمون لديها بصفة منتظمة¹.

ولكن اعتباراً أنه يستخلص من تفحص طلبات البضاعة المودعة سنة 1996 ومقارنتها مع الكميات المسلمة فعلاً لبعض الزبائن، أن كلا من السيدين " ب . ي . م " و " م . ب " قد استفادا بحصص تفوق بكثير حصص باقي الزبائن من حيث الكم.

اعتباراً أنه يتضح من الوثائق الملحقة بالملف أن المسمى " ش . ي " الذي أودع طلبات يومي 6 جانفي 1996 و 17 أبريل 1996 لاقتناء خمسين تلفازاً وسبعمئة هوائية أشعر بعدم توفرها بينما استجيب كلية يومي 7 جانفي و 17 أبريل 1996 لطلبات المسمى " م . ب " من نفس المنتجات.

اعتباراً والحال هذه أن التذرع بعدم توفر المنتجات لتبرير عدم تلبية طلبات زبون في الوقت الذي تسلم فيه زبون آخر تعد رفضاً مقنعاً للبيع".

ومن هنا يظهر بصورة جلية تدخل مجلس المنافسة في العلاقات التعاقدية من خلال تقييد حرية الأطراف في اختيار الأطراف الذين تتعاقد معهم، من خلال إجبار أحد طرفي العقد على التعاقد مع طرف ثاني ما دام لا توجد أسباب جدية تحول دون ذلك، و هذا ما لا نجده في الشريعة العامة للعقود أين تترك للأطراف الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد مع من شاؤوا احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة.

ثانياً . تقييد الحرية التعاقدية، وسلطة الضبط طرف في العقد (مجال البورصة: اتفاقية فتح الحساب نموذجاً)

بموجب النظام 05/97 منحت لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها صلاحية إبرام اتفاقية فتح الحساب مع الزبائن للوسطاء في عمليات البورصة، غير أن هذا النظام تم إلغائه و منحت هذه الصلاحية لماسك الحسابات بموجب النظام 02/03².

¹ - قرار مجلس المنافسة الجزائري رقم: 99 ق 01 الصادر بتاريخ: 13 جوان 1999، غير منشور.

² - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، رقم 02/03 مؤرخ في: 18/03/2003 يتعلق بمسك الحسابات و حفظ السندات، ج. ر. ع 73، صادرة في 30/11/2003.

يرتبط ماسك الحسابات حافظ السندات بالمستثمر مصدر الأوامر بموجب اتفاقية فتح الحساب، التي يبرمها الطرفان وفقا للنموذج الذي حددته اللجنة في التعليمية 03/03. وتتضمن الاتفاقية مجموعة من البنود تتعلق أساسا بهوية الشخص أو الأشخاص (مع من تم إعداد الاتفاقية والتوقيع عليها)، الخدمات موضوع الاتفاقية وكذا أصناف السندات التي تنصب عليها الخدمات، تحديد أسعار الخدمات التي يقدمها المكلف بأداء الخدمة المؤهل، مدة صلاحية الاتفاقية، خصائص الأوامر التي من شأنها أن ترسل إلى المكلف بأداء الخدمة المؤهل و طريقة إرسالها و كذا محتوى و كفاءات إعلام مصدر الأوامر بشروط تنفيذها...، و تعتبر اتفاقية فتح الحساب بمثابة عقد يربط ماسك الحسابات حافظ السندات المؤهل بزيونه، يلتزم الطرفان باحترامها و تنفيذ الالتزامات المترتبة عنها، و العقد هنا هو عقد إذعان، لكنه من نوع خاص غير ذلك المعروف في القانون المدني، كونه عقد إذعان للطرفين إذ لا يساهم أي من طرفيه في وضعه أو تحديد شروطه، فالذي يحدد شروط العقد هو طرف أجنبي عن أطرافه، و هو لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها¹.

غير أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد بل إن هذه السلطات الإدارية المستقلة قد حدثت من الحرية التعاقدية في جوانب أخرى، إذ أنها قد تتدخل لتقييد الإرادة التعاقدية و بتعبير أقل حده لتأطير هذه الإرادة التعاقدية، و يمكن سرد بعض الأحكام في هذا الإطار:

- في مجال ضبط الأسواق المالية، كانت لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، وبموجب المادة 04 من النظام 03/96 تشترط أن تتخذ الشركات الراغبة في الحصول على اعتماد اللجنة لممارسة نشاط الوساطة في البورصة الشكل الوحيد و هو "شركة أسهم" بنصها: " لا يمكن ممارسة الوساطة في عمليات البورصة إلا من طرف أشخاص طبيعيين أو شركات أسهم معتمدة من طرف اللجنة"²، ثم تراجع المشرع عن هذا الموقف بالقانون 04/03 بموجب المادة 04 المعدلة والمتممة للمادة 06 من المرسوم التشريعي 10/93، إذ نصت على التالي: " يمارس نشاط الوسيط في عمليات البورصة بعد اعتماد من لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها من طرف الشركات التجارية التي تنشأ خصيصا لهذا الغرض والبنوك والمؤسسات المالية"، فمن خلال عبارة "الشركات التجارية" يكون

¹ - حمليل نواره، المرجع السابق، ص 183 و 184.

² - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 03/96 مؤرخ في: 1996/07/03 يتعلق بشروط اعتماد الوسيط في عمليات البورصة في رأسمال شركة إدارة البورصة للقيم المنقولة، ج. ر. ع 87، صادرة في 1997/12/29.

المجال قد فتح لحرية اختيار الوطاء لشكل الشركة التجارية التي يرغبون، من جهة أخرى فقد منع الشخص الطبيعي من ممارسة هذا النشاط.

- شركة المؤتمن المركزي هي شخص من أشخاص القانون الخاص بنص قانوني صريح وإن كان خضوعها للقانون الخاص ليس مطلقاً، لاحتواء تشكيلتها على أشخاص عامة تتمتع بامتياز السلطة العامة وأخرى خاصة، مما خلق علاقات قانونية متشعبة ومن طبيعة قانونية مزدوجة ومختلفة باختلاف الشخص المتعامل معه على اعتبار أن كل متدخل في السوق المالية سواء مستثمر أو إدارة في حاجة إلى خدمات المؤتمن المركزي، لأنه يضمن النهاية الجيدة للعمليات المنجزة فيه، وما يهم في هذه الدراسة هو تلك العلاقات الخاضعة للقانون الخاص وسيتم التركيز أساساً على علاقة المؤتمن المركزي على السندات بالمنخرطين¹.

علاقة المؤتمن المركزي للسندات (وهو شركة تجارية) بالمنخرط هي علاقة تعاقدية، إذ يتم قبول منخرط ما في المؤتمن المركزي على السندات بموجب اتفاقية انخراط تربطه بالمؤتمن المركزي، وتحدد هذه العلاقة الاتفاقية على الخصوص واجبات ومسؤوليات كل طرف و كذا التعريفات والخدمات وكيفية التسديد، وهذا ما نصت عليه المادة 03 من النظام العام للمؤتمن 201/03².

ومجال الانخراط طبقاً للمادة 06 من هذا النظام العام مفتوح لكل من يمارس نشاطاً له علاقة بالاستثمار في السوق المالية و الأوراق المالية، و سردت هذه المادة الأشخاص الذين يمكنهم الانخراط، و يقتصر الأمر على الأشخاص المعنوية دون الأشخاص الطبيعية³.

والملاحظ في هذا المجال هو خصوصية تبادل الإيجاب و القبول في هذه العلاقة التعاقدية، و لا يعرف القانون المدني ولا القانون التجاري وضعاً كهذا، بل هما قائمان على أساس مبدأ سلطان الإرادة و أن العقد شريعة المتعاقدين و لا يمكن لشخص أجنبي أن يفرض إرادته فوق إرادة الأفراد⁴.

¹ - حمليل نواره، المرجع السابق، ص 160.

² - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 01/03 مؤرخ في: 2003/03/18 يتعلق بالنظام العام للمؤتمن المركزي على السندات، ج. ر. ع 73، صادرة في 2003/11/30.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - حمليل نواره، المرجع السابق، ص 184.

حاول الفقه إيجاد مقارنة بين هذا العقد والعقود المسماة الكلاسيكية التي يعرفها القانون المدني، فتوجهت غالبيته إلى اعتباره عقد وكالة بالعمولة، غير أن اللجنة رفضت اعتباره كذلك عندما نصت صراحة في ديباجة التعلية 03/03 أن اتفاقية فتح الحسابات لا تعتبر بمثابة وكالة تسيير.

والدليل على ذلك أن الحسابات التي يفتحها ماسك الحسابات كما هو متعارف عليه في قواعد القانون المدني المنظم لعقد الوكالة، أين يتصرف النائب باسمه ولحساب الأصيل طبقاً للمادة 74 من القانون المدني، أي أن التصرف يبرم باسم النائب وتسري آثاره في ذمة الأصيل، كما أن إدارة تلك الحسابات تكون باسم صاحبها مباشرة و ليس باسم ماسك الحسابات الحافظ، طبقاً للمادة 11 من النظام 03/03، مما يعني أن العقد المبرم بين ماسك الحسابات الحافظ وزبونه هو عقد خاضع لنظام قانوني خاص هو النظام الذي وضعته اللجنة بصفتها الضابطة للسوق المالية المتمتعة بسلطة واسعة في تنظيم السوق بسن ما يناسب السوق من تنظيمات و تعليمات.

كما أن ممارسة اللجنة للرقابة على ماسك الحسابات الحافظ حجة أخرى على أن العقد خاضع لنظام قانوني خاص لأن العقود في القانون الخاص لا تعترف بتدخل أي شخص مهما كان مركزه القانوني لممارسة أية رقابة على أطراف العقد، و أن أي إخلال بالتزامات العقد من أي طرف من أطراف العقد يترتب عليه مسؤولية عقدية تكون محل دعوى قضائية¹.

¹ - المرجع نفسه، ص 187.

المبحث الثاني: تجديد الشريعة العامة للعقود من حيث مضمون العقد وتنفيذه

إن التجديد الذي لحق الشريعة العامة للعقود بفعل السلطات الإدارية المستقلة لم يتوقف عند المصادر بل تجاوز ذلك إلى مضمون العقد وما يتعلق بتنفيذه، ومن خلال هذا المبحث سنحاول رصد مظاهر هذا التجديد من خلال مضمون العقد في (المطلب الأول) و تنفيذه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التجديد يمس مضمون العقد

تنص المادة 106 من القانون المدني أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"، ففي النظرية العامة للالتزامات تعتبر الإرادة محل اعتبار بحيث أنها تشكل مصدرا لكل الالتزامات التعاقدية، على أساس أنها واعية وحررة.

وما ينتج عن هذا النهج أن الأطراف حين يقدمون على التعاقد يتولون حماية مصالحهم بأنفسهم، ويتحرى كل طرف عن محل التعاقد وكل الظروف المحيطة بالعقد و يحددون مضمونه في إطار القانون، فإن اقتضت المصلحة العامة في بعض الأحوال إنشاء التزامات تفرض عليهم فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، لأن تقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء، وهذا لم يكن سوى نتيجة حتمية لتقارب ميزان القوى بين أطراف العلاقة التعاقدية.

غير أن هذه القاعدة عرفت تراجعا أمام تطور الحياة الاقتصادية و تطور فكرة النظام العام الاقتصادي التي تهدف بالأساس إلى حماية بعض الفئات الضعيفة اقتصاديا و اجتماعيا على إثر اختلال ميزان القوى بين منتجي السلع و الخدمات و البائع و المهني من جهة و بين المستهلك من جهة أخرى، وذلك من خلال التدخل في تنظيم العلاقات العقدية و حماية التوازن العقدي و فرض بعض الأحكام والقواعد على المتعاقدين، فلم يبق هناك مجال لتطبيق القواعد التقليدية في هذا الإطار، وللسلطات الإدارية المستقلة دور في هذا المجال سواء بتنظيم العقد أو بضبط سلوك المتعاقد بالتزامات إضافية تستدعي طبيعة العقد وجودها وصل إلى حد مساهمتها في تجديد هذه القواعد العامة بتعزيز بعض الالتزامات التعاقدية التقليدية من جهة (الفرع الأول) و إنشاء التزامات تعاقدية جديدة تسهر ومن خلال ممارستها لصلاحياتها على احترامها من طرف المتعاقدين من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعزيز السلطات الإدارية المستقلة لبعض الالتزامات التعاقدية التقليدية

للسلطات الإدارية المستقلة دور في تعزيز بعض الالتزامات التعاقدية المعروفة سواء في القانون المدني أو تلك التي برزت في إطار العقود الخاصة خارج هذا القانون في إطار تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية و الفكرية كقانون المستهلك مثلا، ومن بينها الالتزام بالإعلام (أولا)، أو من خلال التدخل المباشر في تنظيم العلاقة التعاقدية برمتها من خلال فرض نماذج العقود في إطار تحديد البنود الإجبارية المتعلقة بالحقوق و الالتزامات (ثانيا)، وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال هذا الفرع.

أولا: الالتزام بالإعلام في خدمة التوازن العقدي

ففي ظل القواعد العامة للعقود لا يوجد من حيث المبدأ التزاما عاما بإعلام الطرف الآخر، حيث يتعين على كل طرف أن يتحرى بنفسه عن ظروف العقد، فالإرادة تتولى الدفاع عن مصالحها الخاصة في العملية التعاقدية، وهذا الرأي يتفق مع المبادئ التقليدية والتي تسود القوانين المدنية التي تقدر حرية الفرد، وتكرس الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، وإن تضمنت بعض النصوص في إطار تنظيم بعض العقود المسماة مثل هذا الالتزام كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع بموجب المادة 352 من القانون المدني التي جاء في فقرتها الأولى: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه"، إلا أن الأمر لم يبق على ما هو عليه بل أدت مجموعة من التطورات إلى تنظيم الالتزام بالإعلام من خلال جملة من المبررات و لعل منها:

- التطورات الاقتصادية وما أفرزته من اختلاف المراكز القانونية والاقتصادية، بحيث أصبحنا نتحدث عن احتكارات كبرى وشركات، وبالتالي وجود الأطراف في أوضاع غير متكافئة يصعب معها الأخذ بالقواعد التقليدية للقانون المدني بخصوص التعاقد.
- تطور منظومة العقود بظهور أنماط جديدة من الممارسات التعاقدية التي تتميز بطابعها الفني والتقني، الشيء الذي لا يسمح للطرف غير المهني بالإلمام بها، مما يستدعي حماية رضاه، ليس باعتماد القواعد التقليدية إنما بقواعد تخدم مصلحته.

والغرض من الالتزام بالإعلام هو حماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف الآخر وذلك بتمكينه من الاستفادة الحقيقية من العقد، غير أن هذا الالتزام لا يضاف للعقد إلا بشروط ووفقا لحالات معينة و كذلك بالنظر إلى صفة المتعاقد الآخر¹.

ويعتبر قانون حماية المستهلك الميدان الخصب للالتزام بالإعلام لحماية للطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية نظرا للاختلاف الفاحش لميزان القوى بين المستهلكين و المهنيين خاصة، فهو من قبيل الالتزامات الإضافية التي وضعت على عاتق المهني باعتباره غالبا الطرف القوي في العلاقة العقدية على أساس مبدأ حسن النية الذي عرف اهتماما واسعا في السنوات الأخيرة فيتحمل من الالتزامات ما يلزمه بإخبار أو إعلام أو تحذير الطرف الآخر الضعيف بكل ما يخص العقد من معلومات قد يجهلها الطرف الضعيف لعدم الدراية بها أو لغموضها².

أ - الالتزام بالإعلام في أنظمة لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها:

تسهر لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها على حماية المدخرين من خلال حماية الإدخار المستثمر في مجال القيم المنقولة أو المنتجات المالية الأخرى التي تتم في إطار اللجوء العلني للإدخار، حيث يخرج من مجال اختصاص اللجنة المنتجات المالية المتداولة في السوق و التي هي تحت سلطة بنك الجزائر. وهذه الحماية لا تأتي إلا من بضمن الشفافية الكافية عن طريق نشر المعلومات الضرورية، إذ تضطلع اللجنة بوضع مقاييس صارمة و مراجعة دقيقة في هذا الميدان.

كما أنها تحرص على تنفيذ الالتزام بنشر البيانات اللازمة و تقديم الشروحات الوافية والكافية والدقيقة والواضحة الخاصة بمشاريع الشركات التي تطلب الدخول في البورصة، فقبول المؤسسة في البورصة يتوقف على مدى قدرتها على مسايرة الشفافية على أساس تقديم المعلومة التي ينبغي أن تكون دقيقة، حقيقية مسلمة بسرعة للجميع و بسعر معقول³.

¹ - نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 254 .

² - المرجع نفسه، ص 256.

³ - زوار حفيظة، المرجع السابق، ص 52.

وهذه المعلومات يمكن تقسيمها إلى صنفين رئيسيين:

- المعلومات الواجب نشرها من طرف الشركات و الهيئات التي تلجأ علانية للادخار عند إصدارها قيما منقولة أو ما يمكن الاصطلاح عليه بالإعلام القبلي أو السابق.
- المعلومات الواجب نشرها من قبل المؤسسات التي تكون قيمها مسعرة في البورصة، أي الإعلام البعدي أو اللاحق.

1. الإعلام القبلي (السابق):

ويعرف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأنه التزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم متطور على علم بكافة تفاصيل العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله. كما عرف على أنه الإدلاء المعاصر لتكوين العقد والسابق على إبرامه بكافة المعلومات و البيانات الجوهرية والمؤثرة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد والتي يجهلها الدائن ويتعذر حصوله عليها عن غير طريق المدين، وذلك بهدف تكوين رضا حر وسليم لديه حال إقباله على التعاقد¹.

وبالتالي فإن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ينشأ مستقلا عن العقد في المرحلة السابقة للتعاقد وذلك حتى يتسنى للمدين به أن يقدم رضا حرا يستطيع من خلاله أن يبرم العقد أو يرفض إبرامه. إن من بين أهم شروط قبول القيم المنقولة للتداول في بورصة القيم هو قيام المؤسسة المصدرة بالخضوع للواجبات الإعلامية التي ينص عليها التشريع المفعول، حيث أنه يقع على كل شركة أو مؤسسة عمومية تصدر قيما منقولة بالتجائها إلى الادخار علنا أن تقوم قبل ذلك بنشر مذكرة لإعلام الجمهور تخضع لتأشيرة لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها²، فاختصاص اللجنة إذن مرتبط بمفهوم النداء العام للادخار، هذا المفهوم الذي تم توضيحه من خلال المادة 17 من القانون 04/03 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 10/93 و المادة 02 من النظام رقم 02/96 المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علانية للادخار عند إصدارها قيما منقولة أين حددت أربع حالات يكفي توفر أحدها لتعد قرينة على اللجوء من طرف الشركات للادخار العلني وحددت المادة 03 من النظام 02/96 المؤسسات التي يمكنها القيام بعمليات النداء العمومي للادخار.

¹ نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 258.

² حمليل نواره، المرجع السابق، ص 87.

وتتمثل الواجبات الإعلامية التي تشرف اللجنة على تنفيذها في:

. **نشر مذكرة إعلامية:** تم النص على وجوب نشر هذه المذكرة الإعلامية بموجب المادتين: 41 و 42 من المرسوم التشريعي رقم: 10/93 ضمن الفصل الثاني المتعلق بمهام وصلاحيات اللجنة، وتم تحديد شروط هذه المذكرة والإجراءات المتعلقة بها من طرف اللجنة بموجب نظامها رقم 02/96 وتم توضيح محتوى و شكل هذه المذكرة بموجب تعليمة اللجنة رقم 03/97 المؤرخة في: 30/11/1997 المتضمنة تطبيق النظام رقم: 02/96.

والغاية من فرض هذه المذكرة هي حماية المستثمرين المحتملين في مجال القيم المنقولة من كل التلاعب الممكن و التعسف الناتج عن عدم معرفة المدخرين المحتملين لحقوقهم في مجال استثمار القيم المنقولة، و منه يقع على كل شركة أو مؤسسة عمومية تقوم بإصدار قيم منقولة عن طريق اللجوء العام للادخار أو عرض عمومي لبيع قيم منقولة أو شرائها أو تبادلها، أن تقوم بنشر مذكرة إعلامية تتضمن بالإضافة إلى العناصر الإجبارية المنصوص عليها في القانون التجاري مجموعة من المعلومات و البيانات الإعلامية المحددة بموجب النصوص السالفة الذكر بصفة دقيقة¹.

. **التأشير على المذكرة الإعلامية:** تتجلى رقابة اللجنة على الإعلام المتداول في سوق القيم من خلال تأشيرتها على المذكرة الإعلامية قبل توزيعها في وسط الجمهور، و للحصول على التأشير يودع المصدر " مشروع المذكرة" لدى مصالح اللجنة في مدة شهرين على الأقل قبل التاريخ المقرر لإصدارها مرفقا بالوثائق اللازمة، و للجنة أن تطلب من المصدر أي وثيقة تسمح لها بالتأكد من حقيقة الضمانات المتعلقة بالأصول المالية المصدرة، كما يمكن لها و بغرض حماية المستثمرين أن تضع شروطا إضافية لمنح تأشيرتها، و تتعلق هذه الشروط أساسا بطلب توضيح المعلومات المقدمة أو تعديلها أو إتمامها أو تحيينها طبقا نصت المادة 05 من النظام رقم 02/96.

وقد يكون قرار اللجنة إما بالقبول أو بالرفض، و إن كانت المادة 06 من النظام 02/96 حددت أسباب الرفض حصرا من جهة، لتمنح للجنة سلطة تقديرية من خلال السبب الأخير المتمثل في: حالة ما إذا كانت حماية المدخرين تقتضي الرفض.

¹ - زوار حفيظة، المرجع السابق، ص 55.

وفي حالة حصول تغيير هام بالمقارنة مع المعلومات المقدمة في المذكرة يقع على المصدر أن يقوم بإجراء تعديل على المذكرة يتناسب و التغيير الحاصل و يودعه لدى مصالح اللجنة دون أجل، وعندها يكون للجنة أجل عشرة أيام عمل ابتداء من تاريخ استلام التعديل للتأشير على المذكرة المعدلة، أما إذا رفضت اللجنة منح تأشيرتها على التعديل، فإن عملية التوظيف تتوقف مباشرة و لا يمكن أن تستأنف إلا بعد الحصول على ترخيص من اللجنة¹.

. نشر بيان إعلامي: تفرض المادة 07 من النظام رقم 02/96 على كل مصدر للقيم المنقولة أن يقوم بطبع بيان إعلامي و نشره، و البيان الإعلامي عبارة عن وثيقة إعلامية مختصرة تلخص المعلومات الأكثر أهمية و دلالة الواردة في المذكرة الإعلامية والمتعلقة بالمصدر والعملية المزمع إنجازها، و يوجه هذا البيان الإعلامي للوسطاء و ممثليهم و للجمهور.

2. الإعلام البعدي:

بعكس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، فإن الالتزام بالإعلام البعدي منشأ العقد، يكرس فكرة ضرورة التعاون بين الأفراد و ذلك بضرورة الإفضاء بكل ما يخص العقد و ذلك أثناء تنفيذ العقد. لا يتوقف دور اللجنة عند التأشير على المذكرة الإعلامية لإصدار القيم المنقولة، بل تتبع مسار القيم المصدرة داخل السوق و العمليات الواردة عليها، من حيث مدى نزاهتها وشفافيتها من جهة، و من جهة أخرى تراقب مدى احترام و تطبيق الإجراءات القانونية من قبل الشركات المصدرة و جميع الفاعلين والمتدخلين داخل السوق، يأتي ذلك كله للجنة من اشتراطها على هذه الشركات إعلاما دوريا صحيحا ودقيقا يوجه للجنة و الجمهور على حد سواء.

ألزمت اللجنة بموجب النظام رقم 02/2000، مصدر القيم المنقولة بإعلام الجمهور على الفور بكل تغيير أو واقعة مهمة، قد تؤثر بصفة ملموسة في سعر القيم المنقولة، شريطة أن تكون المعلومة الموجهة للجمهور صحيحة، دقيقة و صادقة. فكل معلومة يتضح أنها خاطئة أو غير محددة أو مغرضة، تعرض صاحبها لعقوبة. يمكن للجنة إذا اقتضت حماية المستثمرين أو حسن سير السوق ذلك، مطالبة المصدر بنشر بعض المعلومات حسب الشكل و الأجل اللذين تحددهما، و في حالة عدم التزام المصدر بواجباته يمكن للجنة القيام بنشر هذه المعلومات على نفقة المصدر.

¹ - المرجع نفسه، ص58.

تراقب اللجنة نشاط الشركة المصدرة للقيم المنقولة ذاتها، إضافة إلى الرقابة على المعلومات الخاصة بالقيم المنقولة، عن طريق نشر تقارير دورية سنوية تحتوي على الجداول المالية السنوية، وتقرير مندوب أو مندوبي الحسابات والمعلومات الأخرى التي تتطلبها تعليمة اللجنة، وذلك خلال 30 يوما على الأكثر قبل اجتماع الجمعية العامة العادية للمساهمين. تحتوي هذه الجداول على ميزانية الشركة، جدول حسابات النتائج، مشروع تخصيص النتائج، المذكرات الملحقة بالجداول المالية. كما تتضمن تقريرا عن السنة المالية الأخيرة، و تقريرا يقارن نتائج السنة المالية الحالية للسنة الفارطة، تودع هذه التقارير لدى اللجنة ولدى شركة إدارة بورصة القيم، كما تنشر في جريدة أو عدة جرائد ذات توزيع وطني، تلزم اللجنة الشركة المصدرة بإيداع وثيقة موجهة للمساهمين وشركة إدارة بورصة القيم قبل تاريخ إرسالها كأقصى أجل¹.

يجب أن يودع المصدر لدى اللجنة و شركة تسيير بورصة القيم المنقولة تقريرا سداسيا عن تسيير الشركة إلى جانب التقرير السنوي، يحتوي ها التقرير على الجداول المحاسبة السداسية، المتمثلة في جدول حسابات النتائج، مذكرات ملحقة بجدول الحسابات السداسية، و تشمل هذه المذكرات كل أعمال الشركة منذ اختتام السنة المالية المنصرمة إلى غاية نهاية السداسي الأول، مع إجراء مقارنة بين نتائج السداسي الحالي والسداسي السابق، تخضع جداول المحاسبة السداسية إلى تدقيق مندوبي الحسابات الذي يحرر شهادة مدى مطابقتها لقواعد المحاسبة أو التحفظ عليها. يتعرض المصدرون الذين لا يحترمون قواعد هذا النظام إلى عقوبات صارمة سواء تأخروا في إيداع مثل هذه التقارير والجداول السنوية أو السداسية، أو أودعوها لكنها أنجزت على نحو يخالف ما أقرته اللجنة من خلال المادة 21 من النظام رقم 02/2000². ودائما و في مجال البورصة، فإن الالتزام بالإعلام يظهر كذلك كالتزام تعاقدى في عقد إدارة محفظة القيم المنقولة، إذ يقع على الوسيط في عمليات البورصة التزام بإعلام الزبون، و يتضمن هذا الالتزام شقان، أحدهما هو إعلام الزبون قبل التعاقد أي قبل إبرام اتفاقية فتح الحساب أو بعد إبرام الاتفاقية لكن قبل إبداء أوامر البورصة، أما الشق الثاني فهو التزام الوسيط بإعلام زبونه بعد تنفيذ أوامر البورصة و تقديم الحسابات و كل التفاصيل عن العملية.

¹ - المادة 14 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 02/2000 مؤرخ في: 2000/01/02 يتعلق بالمعلومات الواجب نشرها من طرف المؤسسات التي تكون قيمتها في البورصة، ج. ر. ع 50، صادرة في

2000/08/16.

² - المرجع نفسه.

يقترن الالتزام قبل التعاقد غالبا بالالتزام بالنصيحة، مما دفع بعض الفقه إلى القول بانصرار الالتزامين في التزام واحد، حينما يعلم الوسيط زيونه بأنظمة السوق، العمليات التي يمكن إنجازها، سبل إنجازها، المخاطر التي يمكن التعرض لها، كيفية تجنبها، يكون قد قدم نصائح تفيد زيونه في اتخاذ القرار الاستثماري.

أما الالتزام بالإعلام بعد التعاقد هو ما يلتزم الوسيط بتقديم معلومات، بيانات، كشوفات وحسابات عن العمليات المنجزة بالتفصيل، وقد جعلت بعض التشريعات هذا الالتزام مقترنا بمدة محددة، وجعل المشرع الجزائري التزام الوسيط بتنفيذ العمليات فوراً، أو أن يتم خلال يومي العمل التاليين تطبيقاً للمادة 32 من النظام 03/96 المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وبواجباتهم ومراقبتهم، وكذا المادة 06 من تعليمة اللجنة رقم 02/98. كما يلتزم الوسيط بإرسال كشف بالحساب مرة كل ثلاثة أشهر على الأقل أو في أجل أقل إذا تم الاتفاق على ذلك بين الطرفين طبقاً للمادة 33 من النظام 03/96 و يكون ذلك من خلال البيانات الإلزامية التي تتضمنها اتفاقية فتح الحساب حسب المادة 03 من النظام 05/97 المتعلقة باتفاقيات فتح الحساب بين الوسطاء في عمليات البورصة وزبائنهم¹.

ثانياً: السلطات الإدارية المستقلة تنظم مضمون العقد من خلال تحديد البنود الإلزامية

وفق المبادئ العامة للعقد فإن كلا المتعاقدين يشاركان في صياغة العقد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، ومع التطور أصبحنا أمام عدم مساواة بين الأفراد في ممارسة الحقوق، وما ظهر العقد النموذجي لإبرهنة عن تراجع المبدأ المذكور سواء كان التنظيم من طرف المشرع أو من طرف الأفراد، فتحديد إرادة أحد المتعاقدين وارد في كلتا الحالتين، إضافة إلى ذلك وجود العقد النموذجي لا يعني دائماً أن ثمة تعسفاً أو استغلالاً.

فالعقد النموذجي يعد صورة جديدة للتعاقد ودليل على أن العقد لم يعد شأن المتعاقدين بل أصبح المشرع يتدخل وينظم العقد كلياً خاصة إذا تعلق الأمر بتحقيق العدالة الاجتماعية أو الأهداف الاقتصادية، فهذا النوع من العقود يعتبر قيدياً على إرادة المتعاقدين أحدهما أو كلاهما، فعن طريقها تم التحديد مسبقاً للمضمون العقدي دون مشاركة أحدهما، فتأتي في شكل بنود أو قواعد كلية تحكم بعض

¹ - زوار حفيظة، المرجع السابق، ص 323، 324.

المعاملات والتصرفات والتي يقع على عاتق المتعاقدين عدم المساس بها، فهي عقود موجهة لإرادة المتعاقدين على إتباع هذا النموذج¹.

إذا قد تتدخل السلطات الإدارية المستقلة في العقود و تشارك في تحديد بنود العقد، لتنظيمه تنظيمًا مسبقًا بموجب العقود النموذجية، أين تستبعد فكرة التعسف التي تكون مقترنة غالبًا مع وجود الطرف القوي في العقد والذي يتمتع باحتكار فعلي مما يفتح الباب للاستغلال، و وجود هذا التنظيم المسبق للعقد يؤكد لا محالة تحديد أو تقييد إرادة المتعاقدين من جهة و يستبعد فكرة التعسف من جهة أخرى على اعتبار أن سلطات الضبط تمثل الصالح العام و تحقق مصلحة الطرفين المتعاقدين، و ذلك بفرض بنود إجبارية على أطرافه، فغاية العقود النموذجية المحررة من طرف السلطة العامة ممثلة في السلطات الإدارية المستقلة غايتها توجيه النشاط التعاقدى بغية تحقيق المصلحة العامة وتحقيق الحماية الاجتماعية للطرف في العقد جزء من المصلحة العامة.

ولعل من أهم تطبيقات ذلك العلاقات العقدية بين الوسطاء في عمليات البورصة و الزبائن.

تعتبر مهنة الوساطة أو السمسرة مهنة عريقة ذات قيمة كبيرة في كل المجتمعات، حيث يعنى الوسيط عميله مشقة ترصد الأسعار المناسبة للسلع المناسبة، ويرتبط الوسيط بزبونه بعقد تحدد فيه حقوق والتزامات كلا الطرفين.

غير أن هذا العقد الذي يربط الوسيط بزبونه هو من قبيل العقود النموذجية المحددة بنودها مسبقًا، تتولى لجنة عمليات البورصة و مراقبتها وضع هذه البنود الإجبارية الواجب توافرها في العقود، وفي هذا الإطار صدر النظام رقم: 05/97 و التعليمات 02/98 المؤرخة في: 10/05/1998 المتضمنان نموذج اتفاقية فتح الحساب بين الوسطاء في عمليات البورصة و زبائنهم، و من هنا تشارك اللجنة في العلاقة العقدية بغرض تنظيمها و ضبطها من جهة و تحديد إرادة المتعاقدين من جهة أخرى في محاولة منها لدفع العلاقة التعاقدية في الاتجاه الذي يبدو من وجهة نظرها أنه أكثر نفعًا في السوق المالية، فلم يعد الأمر متوقفًا عند حماية فئة معينة من الأشخاص و لكنه يتعلق بفرض مفهوم معين للمنفعة العامة.

ورغم أن مهنة الوساطة في البورصة مهنة مقننة تحتكرها فئة من الأشخاص المعتمدين لهذا الغرض، غير أن العقد الذي يربط الوسيط بزبونه يبقى عقدًا رضائيًا أباح فيه المشرع للوسيط تلقي أوامر من زبونه بالبيع أو بالشراء بأي وسيلة و ترك تحديدها لإرادة الطرفين، كما أن هذا العقد هو عقد

¹ - نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 90.

معاوضة، فمن أجل دفع عجلة التنافس بين المتدخلين في السوق المالية لم يحدد المشرع لا الحد الأدنى و لا الحد الأقصى للعمولات التي يقبضها العميل لقاء خدماته، بل جعلها خاضعة للإرادة المنفردة للوسيط الذي يحدد سلماً أو جدولاً بالعمولات و يلتزم بإطلاع العميل عليها قبل إبرام اتفاقية فتح الحساب، كما تطلع عليها اللجنة مسبقاً و هو ما نصت عليه المادة 06 من النظام 03/96 و كذا المادة 03 من نظام اللجنة 05/97 المؤرخ في: 1997/12/29.

ومن هنا فإنه وبمجرد التوقيع على العقد النموذجي فإن كلا المتعاقدين قد اتفقا على إعطاء هذه الصيغة القانونية، و بالتالي فإن الأخذ بالنموذج المقترح يجعل أحكامه جزءاً من العقد المراد إبرامه، فهي بذلك عقود مقيدة لإرادة المتعاقدين، و ليس لهما التراجع عن النموذج والبنود الواردة فيه.

ومن هنا فإن تدخل السلطات الإدارية المستقلة في توجيه العقد خاصة في تحديد مضمونه لتحقيق الحماية الجدية للطرف الضعيف كان واضحاً و امتد حتى إلى فرض نماذج عقدية تسطر مسبقاً المضمون العقدي، فوضعت بنفسها ما يجب أن يتوفر في العقد من بنود و ذلك تحقيقاً لمصلحة كلا طرفي العقد و موازنة بين أطراف العلاقة العقدية منعا لتعسف أحدهما على الآخر.

الفرع الثاني: تراجع مبدأ القوة الملزمة للعقد في ظل صلاحيات السلطات الإدارية المستقلة

من المظاهر الأساسية التي تبرز مدى تأثير السلطات الإدارية المستقلة على الشريعة العامة للعقود، تراجع مبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث أن العقد كما يعبر عنه شراح القانون المدني شريعة المتعاقدين إذ ينتج آثاره بين أطرافه، غير أن الأمر ليس كذلك في مجال المنافسة، فحماية النظام العام الاقتصادي و ضمان المنافسة الشريفة بين الفاعلين الاقتصاديين أدى بالمشرع إلى سن قواعد تمنع كل الاتفاقات التي تنافي أو تقيد المنافسة، وفي هذا تعارض بين عدالتين، العدالة التعاقدية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة، والعدالة التنافسية التي تسعى لتحقيق المصلحة العامة.

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة، فالأفراد لهم مطلق الحرية في إبرام ما شاعوا من العقود في حدود النظام العام والآداب العامة، يتجلى الأساس القانوني لهذا المبدأ في ما نص المادة 106 من القانون المدني المذكورة أعلاه. فمتى نشأ العقد بناء على التراضي بين أطرافه فإنه يقوم مقام القانون بالنسبة لهم في حدود موضوعه، بحيث متى انعقد العقد صحيحاً كان شريعة لعاقديه والتزما به وخضعا له كما يخضعان للقانون، و معنى ذلك أن كلا المتعاقدين يلتزم بما يوجبه العقد

كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي¹، فلا يجوز نقضه أو تعديله من طرف القاضي ولو لداعي تحقيق العدالة.

وبالرجوع إلى المواد 6 و7 و9 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم يتجلى أنه خرج صراحة عن القوة الملزمة للعقد، حيث حظر مجموعة من الاتفاقات والعقود التي نشأت بشكل صحيح وبرضا الأطراف مما جعل مبدأ سلطان الإرادة منكسرا أمام قواعد المنافسة، و الذي يقول بأن الإرادة وحدها مصدر الالتزامات التعاقدية وما ينتج عنها من آثار.

بالاستناد إلى هذه النصوص القانونية يستنتج أن هذا الخروج الصريح على مبدأ سلطان الإرادة من زاوية القوة الملزمة للعقد على الرغم من نشوء تلك الاتفاقات صحيحة و بتوافق إرادتين أو أكثر، يبقى مشروعاً لا يلحقه جزاء البطلان وفقاً لأحكام النظرية العامة للعقود، غير أن إخلاله بقواعد المنافسة واعتداء ذلك الاتفاق على العدالة التنافسية يجعله محل الحظر والمنع.

إن الدارس لمجلس المنافسة بصفته سلطة إدارية مستقلة سيلاحظ لا محالة أنه من أوكلت له هذه المهمة، من خلال تلك الصلاحيات التنافسية التي يمارسها والتي تسمح له بمراقبة مضامين العقود المبرمة في إطار النشاطات الاقتصادية داخل السوق، و تسليط العقوبة القانونية على كل مساس بها. وهذه الصلاحيات التنافسية يبررها الدور الذي يلعبه في حماية المنافسة الحرة وتعطيه الحق في التدخل في العلاقات التعاقدية داخل السوق ومحاربة الممارسات المنافية للمنافسة والمتمثلة في الاتفاقات المحظورة، الممارسات التعسفية إلى جانب التجميعات الاقتصادية غير المرخص بها.

ومن خلال هذا العنصر سيتم تجاوز التعرض إلى الرقابة على التجميعات الاقتصادية لسبق التطرق لها عند دراسة المبحث الأول أعلاه، و الاكتفاء بالتعرض إلى الاتفاقات المحظورة (أولاً) والتعسف في استغلال الوضعيات الاقتصادية، وضعية الهيمنة الاقتصادية و وضعية التبعية الاقتصادية، (ثانياً).

¹ - حسن فرج توفيق، النظرية العامة للالتزام . في مصادر الالتزام .، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط01، 2008، ص 09 و 10.

أولاً: قمع الاتفاقات المحظورة وأثره على القوة الملزمة للعقد

تعتبر قاعدة منع الاتفاقات المقيدة للمنافسة أقدم وأهم وسائل محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة، وتكمن أهميتها في أنها الركيزة الأساسية التي يستند عليها وجود المنافسة، فهي تعمل على تحقيق استقلالية المنافسين وعدم خضوعهم لأحدهم.

وتترجم الأهمية التي منحت لقاعدة الاتفاقات المحظورة في سننها في المواد الأولى لقانون المنافسة سواء في القانون الدولي أو القانون الداخلي وأحسن مثال على ذلك هو القانون الأمريكي باعتباره أول قانون جاء ليحارب هذه الاتفاقات و ليحمي المنافسة حيث أنه يعتبر أن حرية المنافسة هي أفضل وسيلة لضمان التقدم الاقتصادي، يمثل "قانون شيرمان" الصادر سنة 1890 أول محاولة من جانب الحكومة الفيدرالية لتقييد الاحتكار في الوم أ، حيث يعتبر عملاً غير قانوني ما يلي:

- كل عقد أو تجمع أو تأمر بغرض تقييد التجارة سواء بين الولايات أو في التجارة الخارجية.
- كل احتكار أو تجارة أو تأمر مع آخرين في محاولة احتكار أي جزء من التجارة بين الولايات أو في التجارة الخارجية¹.

ولقد نص المشرع الجزائري على مبدأ حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة في المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة. وإثر صدور قانون 2008 المعدل والمتمم لقانون المنافسة لسنة 2003 عدلت المادة 06 و أضيفت لها الفقرة التالية: "... السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة."² ولا يمكن حصر كل أنواع الاتفاقات المحظورة التي تبرم بين المؤسسات الاقتصادية لكنه مفهوم ينطوي على شكل من أشكال الاتفاقات التي من شأنها عرقلة حرية المنافسة، أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لذلك اعتبرها القانون من بين الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة و عليه قام بمنعها.

¹ - كتو محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الإدارة، عدد 23، سنة 2002، ص 55.
² - أمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر ع 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 و المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج. ر. ع 46 الصادر في 18 غشت 2010.

. مفهوم الاتفاق المحظور: هو ممارسة جماعية مقيدة للمنافسة ترتكبها مؤسسات عديدة مستقلة ضد منافسيها من أجل الحد من الدخول إلى السوق أو تقييد ممارسة النشاط التجاري فيه والقضاء على المنافسين.

. العناصر المكونة للاتفاق: الاتفاق هو العقد المبرم بين عدة أطراف مستقلة وهو كذلك عقد يبرم بين مؤسسات متنافسة (اتفاقيات أفقية) أو بين مؤسسات غير متنافسة (اتفاقيات عمودية مثل اتفاق التوزيع)، وعليه ليس مهما أن يكتسي الاتفاق شكل العقد المدني طالما يتعلق الأمر بالشروط العامة للعقد المقبولة من الأطراف المعنية أو شكل الإعلان الموجه للموزعين من طرف المنتج¹.

لا يشترط أن يتخذ الاتفاق شكل العقد الملزم لأطرافه، بمعنى ليس ضروريا أن يتم إبرام عقد ينتج عنه التزامات مختلفة مثل ما هو متعارف عليه في العقود المدنية²، فيكفي أن يتبع أطراف الاتفاق سياسة مشتركة من شأنها تقييد المنافسة دون الالتزام قانونا إذ يحتفظ أطراف الاتفاق بسياسة مشتركة من شأنها تقييد المنافسة دون الالتزام قانونا، شريطة أن يكون موضوعها أو أثرها هو تقييد المنافسة.

وما يميز الاتفاق في قانون المنافسة عن العقد في القانون المدني هو الاعتداد باتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني في القانون المدني، على خلاف الأمر بالنسبة لقانون المنافسة أين يعتد في هذه الحالة بأثر الاتفاق على السوق حتى وإن لم تنتج إرادة الأطراف إلى ذلك، بما في ذلك اتجاه الاتفاق نحو عرقلة السوق³.

مما تقدم يتبين أن للاتفاق عناصر أساسية تدور كلها حول محور استقلالية المؤسسات وهي ثلاث عناصر: عنصر توافق الإرادات بين مؤسسات مستقلة، عنصر حرية التراضي، عنصر حرية اتخاذ القرار⁴.

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 46.

² - ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 و الأمر 03/03، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003/2004، ص 65.

³ - شفار نبية، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، تخصص علاقات الأعوان الاقتصاديين/المستهلكين، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2012/2013، ص 34.

⁴ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 46.

. عنصر توافق الإرادات: افترض المشرع وجود حرية إرادة في التواطؤ بين مؤسسات تتمتع باستقلالية في اتخاذ قراراتها المتعلقة بسلوكها في السوق¹.

يقصد بتوافق الإرادات قيام مؤسستين أو أكثر بالتعبير عن إرادتها المشتركة بإتباع سلوك معين وبشكل محدد في السوق، دون الأخذ في الاعتبار الشكل الذي سيتخذه هذا الاتفاق حيث يمكن أن يكون هذا التوافق صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا بالانضمام الصريح أو الضمني لمؤسستين أو أكثر إلى سلوك يحقق نفس الغاية شريطة أن تكون نيتها هي الحد أو التقييد من المنافسة.

إن وجود عنصر توافق الإرادات لا يشترط إبرام عقد حقيقي بمفهوم قانون الالتزامات كما سلف الذكر، ولا يشترط الأمر اتخاذ قرار مع و بشكل جماعي، من بين الشروط الأساسية للسير الحسن لمسار المنافسة، الإبقاء على التصرف المستقل للأعوان الاقتصاديين في السوق و قيامهم بشكل مستقل، بتحديد السياسة التي سيتبعها كل واحد منهم على حدا في السوق، و عليه يغطي الاتفاق جميع التصرفات الثنائية والجماعية التي تقوم بها المؤسسات و التي تقلص و بشكل إرادي من حريتها في تحديد السياسة التي ستتبناها في السوق. فالعنصر الأساسي للاتفاق يتمثل في التقييد الإرادي لحرية اتخاذ القرار الذي ينبغي أن تحتفظ بها المؤسسات بالنسبة لاتخاذ السلوك الحر الواجب اتخاذه في السوق².

وقد قررت محكمة استئناف باريس في قرار "BAJUS" الصادر بتاريخ: 18 ديسمبر 2001 أنه لا كيف التصرف على أنه اتفاقية منافية للمنافسة إلا إذا كانت المؤسسات تهدف بحرية و إرادة المساهمة في التواطؤ³.

وعليه فالإقتراح أو المحاولة غير المقبولة لا تكفي للقول أننا أمام اتفاق بمفهوم نص المادة 06 للأمر 03/03 المذكور، مثلا يعاقب قانون المنافسة على إبرام عقود توزيع نموذجية مختلفة تم إعدادها من طرف مؤسسة منتجة مع موزعيها و أدرجت هذه الأخيرة بندا لفرض أسعارها عند بيع منتجاتها ويقوم الموزعين بقبول العقود عن طريق الإمضاء عليها، والملاحظ في هذا المثال هو اتخاذ قرار فرض أسعار المنتج بصورة انفرادية من طرف المنتج، لكن بإتباع الموزعين لهذا الشرط و قبولهم له أصبح اتفاقا يعاقب عليه القانون و يدخل في إطار تطبيق المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

¹ - شفار نبيهة، المرجع السابق، ص 34.

² - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 49.

³ - شفار نبيهة، المرجع السابق، ص 34.

مثال آخر قضية اتهمت فيها شركة "سالومون" بفرض أسعار لبيع منتوجاتها لممونيها وادعت هذه الشركة أنها لم تقم بارتكاب اتفاق يعاقب عليه القانون لأن وجود الاتفاق يستلزم وجود توفر عنصر توافق الإيرادات و أنه بالعكس فقد قامت باتخاذ القرار بشكل انفرادي، قامت محكمة النقض الفرنسية برفض هذا الدفع باعتبار أن الممارسة المرتكبة التي يحظرها القانون تخص بنود العقود النموذجية التي تم إعدادها و اقتراحها من طرف الشركة والتي قبلها الموزعون المعتمدون، لذلك يدخل في إطار تطبيق المادة 07 من الأمر المؤرخ في: 1986/12/01 الاتفاقات التي تربط مجموعة من الموزعين بممون بموجب عقد نموذجي فالحضور في اجتماع يكفي لتشكيل اتفاق محظور¹.

. **عنصر حرية التراضي:** يجب أن يكون الرضا الصادر من الأطراف حراً وإذا لوحظ عيب من عيوب الرضا المنصوص عليها في القانون المدني، يجب حماية المتعاقد الذي كانت إرادته معيبة أثناء إبرامه للعقد، إذا كان الاتفاق قد اتخذ شكل العقد بمفهوم القانون المذكور آنفاً، تعتبر الموافقة على الاتفاق المحظور في قانون المنافسة، عمل يعاقب عليه القانون ويعتبر غياب الرضا في هذه الحالة سبباً للإعفاء من المسؤولية، وعليه يعتبر من أرغم على إعطاء موافقته في الاتفاق المقيد للمنافسة غير مسؤول، فلا ينسب الخطأ لمن أعطى موافقته مكرهاً هذا من جهة ومن جهة أخرى، فمن يشتكي أنه أكره على إعطاء موافقته قد يبحث عن التهرب من العقاب لهذا السبب تقوم سلطات ضبط السوق بتضييق التقييم في هذا المجال.

. **لا وجود لاتفاق دون حرية الرضا:** بمناسبة عملية تجميع حقيقتها مجموعة توزيع . شركة رالي، قامت هذه الأخيرة بإعلام مجموعة من ممونيها أنها تعترزم من أجل مواصلة معاملاتها معهم إضافة مجموعة جديدة من الشروط وهذا سيمس باستقلالية قراراتهم . في هذه القضية قامت محكمة النقض الفرنسية بنقض القرار الصادر من محكمة الاستئناف التي قضت بتعديل القرار رقم 34 . D . 95 المؤرخ في 1995/05/09 الصادر عن مجلس المنافسة الذي يقضي بفرض غرامة مالية على شركة . رالي . في حين اعتبرت محكمة استئناف باريس الفرنسية أن العمل الذي قامت به مجموعة التوزيع و الذي من خلاله فرضت شروطاً إضافية على ممونيها يدخل تحت طائلة المادة 07 من الأمر المؤرخ في : 1986/12 /01 بمعنى أن الأمر يتعلق باتفاق محظور المعاقب عليه وفقاً للأمر المذكور و باعتبار أن هذا العمل لا

¹ - Conseil de la concurrence déc, du 29 Novembre 1994, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la production et de la commercialisation du veau, citée par GUEDIA, p 27

يمكن أن يشكل عملا مدبرا أو اتفاقا بمفهوم نص المادة 07 المذكور أعلاه وأن قرار إضافة شروط أخرى سيعرض من لا يقبلها للمقاطعة وعدم مواصلة العلاقة التجارية معه، حيث يعتبر هذا القرار مبادرة من شركة . رالي . و الغرض منه هو انضمام المومنين إلى سلوك هذه الشركة وقبولهم للشروط الإضافية و هم غير راضين بذلك وهو شيء سيؤدي إلى المساس والإنقاص من حرية اتخاذ القرار من طرف المومنين حيث سيكونون تحت سلطة هذه الشركة . رالي . و لهذه الأسباب فإن محكمة الاستئناف قد خالفت النصوص القانونية المذكورة بما أنه كان بالإمكان معاقبة ممارسة شركة . رالي . تحت تكييف آخر بمعنى أنه تم ارتكاب ممارسة التعسف في الهيمنة على السوق، لأن غاية الشركة هو التحكم و احتكار سوق التوزيع و التحكم في قرارات المومنين كذلك، عن طريق الضغط عليهم و تهديدهم بالمقاطعة¹.

. **عنصر حرية اتخاذ القرار:** يمكن أن يطرح الإشكال بين الشركة الأم و فروعها في غياب شرط حرية اتخاذ القرار والاستقلالية لدى مؤسسة، لا يمكن أن يكون هناك اتفاق حيث يتم تحديد وتقييم مدى استقلالية فرع في علاقته مع الشركة الأم، بالنظر إلى نسبة استقلاليته التجارية والمالية إذ لا توجد أية استقلالية إذا كنا أمام فرع تابع للشركة الأم حيث تملك هذه الأخيرة 100% أو 50% و حتى 30% من رأسمال هذا الفرع و ذلك بالنظر إلى الاعتبارات الهيكلية، بمعنى الاستقلالية في التسيير التي يحتفظ بها الفرع مع الأخذ بعين الاعتبار مؤشرات السوق و المكانة التي يحوزها الفرع فيه. في الواقع أن جميع سلوكات الفرع في علاقته مع الشركة الأم ستؤخذ بعين الاعتبار، و نجد أن سلطات المراقبة الفرنسية تعطي أهمية كبرى لمعيار الحرية في اتخاذ القرار، لا يجب على المؤسسات المرتبطة فيما بينها أن تتظاهر أنها متنافسة فيما بينها إذ بينت محكمة استئناف باريس في قرارها الخاص بقضية شركة . Herlicq Société بتاريخ: 1990/12/19 أنه:

- باعتبار أن المؤسسات تنتمي إلى نفس المجموعة، وأن أعضاء هذه المجموعة قدموا عروضاً مستقلة بعضها عن البعض و باعتبار أن ملفات العروض قد تم إعدادها من طرف مصالح تقنية ومكاتب دراسات تابعة للمجموعة حيث ادعى العارضون أن صاحب الصفة على دراية تامة بالعلاقات الموجودة بين أعضاء المجموعة.

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 50 و 51.

- باعتبار أنه يسمح للمؤسسات التي تجمعها علاقات قانونية ومالية لكنها تتمتع بحرية تقنية وتجارية، و أن تتقدم بعروض مستقلة على أن تقوم بذلك في إطار احترام قواعد قانون المنافسة وأنه لا توجد أية خطورة في علم صاحب الصفقة بالعلاقات القانونية التي تجمع الشركات المعنية إذا كان مجهل أنها تشكل مؤسسة مجتمعة أو أن العروض قد قدمت بعد تواطؤ أصحابها¹.

نستخلص أن الاتفاق عقد يتضمن بند أو بنود تستهدف تقييد المنافسة في السوق، و هذا ما لا نجده في العقد المدني وبالتالي يختلف الاتفاق المحظور عن العقد المدني في الآثار المترتبة عنها.

. أشكال الاتفاق: لا يمكن الإلمام بكل أنواع الاتفاق لكن يمكن القول أن مفهوم الاتفاق بصفة عامة، ينطوي على كل شكل من أشكال الاتفاقات التي تبرم بين المؤسسات الاقتصادية، مهما اختلفت طبيعتها القانونية.

تهدف الاتفاقات إما إلى تنظيم المنافسة أو إلى عرقلتها، وتتم الاتفاقات إما بين المنتجين أو بين الموزعين أو بين الاثنين مع المنتجين والموزعين بغية تنظيم الإنتاج والأسعار وتنظيم طريقة تسويق البضائع.

من خلال المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلقة بالمنافسة يتبين أن القانون يمنع مجموعة من الاتفاقات، و هي بالتحديد تلك التي تهدف إلى تقييد المنافسة أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه دون غيرها و أن المشرع لم يجعل من مفهوم الاتفاق المحظور مفهوما محصورا في عدد معين من الاتفاقات، فالأهمية تكمن خاصة في مدى سعي هذه الممارسات أو محاولتها السعي نحو عرقلة أو القضاء على المنافسة الحرة و بالتالي يمكن للاتفاق المحظور أن يكتسي طابعا عضويا ومنظما كما قد يتجسد في عمل مدبر يتم الكشف عنه فيما بعد للاتفاق الضمني غير المنظم.

ويمكن أن تأخذ شكل الاتفاقات العضوية أو شكل الاتفاقات التعاقدية، و ما يهم هنا هو الاتفاقات التعاقدية.

نصت المادة 06 من الأمر المتعلق بالمنافسة 03/03 على الاتفاقات المبرمة بين عدة أطراف أو مؤسسات، وتنتج الاتفاقات التعاقدية عن التصرفات القانونية المولدة للالتزامات مهما اختلف شكل الاتفاقية أو اختلف هدفها، ومهما كانت صفة أطرافها ولا يهم إذا كانت مكتوبة أو شفوية، صريحة أو

¹ - المرجع نفسه، ص 51 و 52.

ضمنية فهي تخضع كلها للحظر المنصوص عليه في المادة 06 السالفة الذكر إذا أدت إلى تقييد المنافسة.

اتسع مفهوم الاتفاقات التعاقدية ليطال شروط البيع التي يقترحها الممون لموزعيه وامتد إلى عقود التعاون التجاري، عقود الضمان وشروط الشراء المحددة من طرف الموزع في مواجهة عدد كبير ومهم من المومنين، فالاتفاقات التعاقدية هي عقود تبرم وفقا لما هو معمول به في القانون المدني وتنتج التزامات على عاتق أطرافها¹، وتتخذ الاتفاقات التعاقدية شكلين هما: الاتفاقات الأفقية والاتفاقات العمودية.

وتقع تحت طائلة المادة 06 من الأمر 03/03 جميع الممارسات أو الاتفاقات أو الاتفاقيات مهما كان شكلها إذا كان محلها هو تقييد المنافسة أو إذا نجم عنها هذا الأثر، ويلاحظ على هذه المادة أنها لم تقم بحصر جميع الممارسات و الاتفاقات المقيدة للمنافسة بل أوردت مجموعة من الممارسات والأعمال الأكثر شيوعا في عالم الأعمال والأكثر انتشارا بين المنافسين التي قد ينجم عنها خطر المساس بالاقتصاد العام للدولة.

تهدف بعض الاتفاقيات المحظورة إلى تخفيض عدد المنافسين و ذلك عن طريق الحد من الدخول إلى السوق أو منع المنافسين من الدخول إلى السوق أو إبعاد منافسين يعملون بالفعل في ذلك السوق، إلى جانب الاتفاقات المقيدة لممارسة النشاطات التجارية.

بالنسبة للاتفاقات المقيدة لممارسة النشاطات التجارية، فإن القيود التي تتضمنها قد ترمي أحيانا إلى الحد من قدرة المنافسين أطراف الاتفاق على المنافسة، سواء فيما يتعلق بتحديد أسعار بيع السلع أو الخدمات أو فيما يتعلق بتحديد حجم الإنتاج أو مراقبة عمليات التوزيع، وسوف يتم التعرض إلى حرية المتنافسين في تحديد الأسعار ثم حالة تقييد المتنافسين في مجال مراقبة أو تقليص التوزيع.

1- الاتفاقات التي تهدف إلى تحديد الأسعار:

وهي جميع أشكال الممارسات التجارية التقييدية المتعلقة برفع أو خفض أو تثبيت الأسعار المحققة لهذه النتيجة بصرف النظر عما إذا كان الاتفاق يتضمن سلعا أو خدمات.

يقصد باتفاق تحديد الأسعار العقد أو التفاهم المشترك المبرم بين مجموعة من المؤسسات، يرمي إلى تعطيل قوى السوق المنوط بها تحديد الأسعار أي تعطيل قوى العرض والطلب على أن يتنازل التجار

¹ - المرجع نفسه، ص 59.

عن استقلالهم و سلطاتهم التقديرية في وضع الأسعار المناسبة¹، وإذا تم إثبات ذلك فتكون المخالفة محققة و لا تكون هناك حاجة إلى النظر في الأثر الذي يحدثه هذا الاتفاق على الأسعار أي سواء حقق التجار باتفاقهم النتيجة التي يسعون إليها أم باء اتفاقهم بالإخفاق طالما كان غرض الاتفاق تحديد الأسعار²، و في هذا الإطار تؤكد المحكمة العليا في الو. م. أ في دعوى United states v soconyvacuum oil بأنه " لا يلزم حتى تتحقق مخالفة تحديد الأسعار أن يتفق المتواطئون على سعر جامد و موحد للسلعة لأنه تتحقق مخالفة تحديد الأسعار بأقل من ذلك، إذ أن السلوك يكون محظورا بصفة مطلقة حتى و إن كان أثره على الأسعار غير مباشر، فيكفي حتى تتحقق المخالفة إعاقه قوى السوق الحرة في تحديد الأسعار"³.

و من هنا يتضح أن تحديد السعر يتضمن أكثر من الاتفاقات البسيطة المعلنة فقد صرحت المحكمة العليا الأمريكية في ذات الدعوى أنه: "وفقا لقانون شيرمان، يعتبر الاتفاق الذي يتم بغرض التأثير على رفع أو خفض أو تثبيت سعر سلعة ما في التجارة بين الولايات، أو في التجارة الخارجية، غير قانوني بحد ذاته"⁴.

كما يتضح أن المحكمة قدمت تعريفا واسعا لتحديد السعر فلم تقصره على رفع الأسعار كما يتبادر إلى الذهن بل أيضا تحديدها وخفضها ولو كان السعر معقولا واعتبرته غير قانوني بحد ذاته، وقد أضافت أنه: " وعلى مدى أربعين عاما تعتبر المحكمة . بثبات و دون انحراف أن الالتزام بالمبدأ أن اتفاق تحديد السعر غير قانوني بحد ذاته طبقا لقانون شيرمان و أنه لا تبرير لما يسمى بالإساءات التنافسية التي تنشأها الاتفاقات سواء كانت الأسعار المتفق عليها معقولة أم لا"⁵.

و قد منع القانون الجزائري بدوره هذا النوع من الممارسات بموجب المادة 05/ 06 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم.

إن اتفاق تثبيت و تحديد الأسعار يتم على مستويين الأول أفقي و الآخر رأسي عمودي، و ما يهم في مجال دراستنا هو تحديد الأسعار على المستوى العمودي.

¹ - ناصري نبيل، المرجع السابق، ص 72.

² - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 89.

³ - ناصري نبيل، المرجع السابق، تهميش (114)، ص 72.

⁴ - المرجع نفسه، ص 90.

⁵ - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

تهدف المادة 06 من الأمر 03/03 التي تقابلها المادة 1 . 420 . L من التقنين التجاري الفرنسي، إلى منع اتفاقات الأسعار التي تضم شركات في مستويات مختلفة في تركيبة السوق بين منتجين وموزعين وهي اتفاقات تحد من الحرية التجارية للموزعين وكثيرا ما تتجسد في شكل فرض تحديد سعر أو إعادة البيع أو اقتراح سعر إعادة البيع.

1. تحديد سعر إعادة البيع: إن تحديد سعر إعادة البيع يشير إلى الاتفاقات بين مؤسسات في مستويات مختلفة في تركيبة السوق، بحيث تفرض هذه الأخيرة على الموزعين سعر إعادة البيع للمنتجات التي تنتهجها و الخدمات التي تقدمها.

قد يتخذ تحديد سعر إعادة البيع شكل وضع سعر محدد والذي غالبا ما يكون من خلال وضع حد أدنى لسعر إعادة البيع، يجب على الموزعين التقيد به ويتحدد هذا النوع من الممارسات فيما يلي:

أ . الحد الأدنى لسعر إعادة البيع: يقصد بالحد الأدنى لسعر إعادة البيع، الحالة التي يفرض فيها المنتج سعر معين لسلعة ما و يطلب من الموزع أن يلتزم به و ألا يبيع بسعر أدنى منه.

يمكن التعرف على هذه الحالة من مناقشة دعوى " Dr Miles Médical Co v John Park & sons Co "، حيث كان المدعى عليه منتج للأدوية دخل في اتفاق مع عملائه على أن يتقيدوا بحد أدنى لسعر إعادة البيع. صرحت المحكمة العليا الأمريكية: " أن هذا الاتفاق يخالف المادة الأولى من قانون شيرمان"، وقررت أنه بمجرد قيام " Dr Miles " ببيع منتوجه يكون قد تخلى عن أي حق له على هذا المنتج و لا يستطيع أن يمنع أي فائدة للمشتريين تنتج من المنافسة نتيجة دوران السلعة اللاحقة ونتيجة بيع السلعة فيما بعد، أضافت المحكمة أن تحديد سعر إعادة البيع قيد حرية التصرف من جانب التجار الذين يملكون ما يبيعون ورفضت المحكمة جدال " Dr Miles " من أن الحد الأدنى لسعر إعادة البيع كان ضروريا لحمايته من تنظيمات عملائه لخفض الأسعار وأيضا من اتفاقات تحديد السعر الأفقية بين التجار. كررت المحكمة تأكيدها أن تحديد الحد الأدنى لسعر إعادة البيع يعتبر غير قانوني بحد ذاته بموجب المادة الأولى من "قانون شيرمان الأمريكي"¹.

لقد اعتبر القانون الفرنسي من جهته أن هذه الممارسة تدخل في إطار تطبيق المادة 1 . 420 . L من التقنين التجاري الفرنسي والتي تقابلها المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة الجزائري سيما الفقرة الخامسة منها.

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 95.

ب . اقتراح سعر إعادة البيع: يقصد باقتراح أسعار إعادة البيع أن تقوم المنظمات المهنية باقتراح أسعار معينة على الموزعين، و هذا الأمر ليس فيه مخالفة للقانون إذا اكتسى الاقتراح طابع النصح أو العرض أو الإقناع لحث الموزعين على الالتزام بالسعر المقترح، فالموزعين الحرية في الالتزام بهذا السعر أو عدم التقيد به، واعتبر القضاء الأمريكي أنه من حق المومنين أو المنتجين أن يرفضوا التعامل مع الموزعين الذين يرفضون الالتزام بهذا السعر، فالمنتجون لا يعتبرون متهمين بارتكاب فعل منسق مخالف للقانون عندما يعلن كل واحد منهم عن تسعيرة بشكل منفرد و يرفض التعامل مع الموزع الذي لا يلتزم بهذه السياسة، أما إذا اتجه المنتجون إلى الإكراه و إلزام الموزعين بتطبيق سياسة تسعير مفروضة فهو أمر يدخل في دائرة الحظر المنصوص عليها في قانون المنافسة¹.

2- الأسعار العدوانية:

قد تلجأ المؤسسات المنتجة إلى الاتفاق من أجل إتباع سياسة التسعير العدواني، وهي ممارسة منعتها قوانين المنافسة و بهذا فقد يتجسد الاتفاق في شكل تواطؤ المؤسسات على فرض سياسة التسعير العدواني فتبيع منتجاتها بسعر يقل عن تكلفتها الحقيقية من أجل إخراج مؤسسات منافسة أو منع منافسين محتملين من الدخول إلى السوق. تعرض قانون المنافسة الجزائري في المادة 12 لما يعتبر من قبيل الممارسات الاحتكارية الضارة بالمنافسة التي تم منعها كممارسة مستقلة وليس في إطار اتفاق إذا كانت تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد المنتجين من الدخول إلى السوق. يتفق هذا المبدأ إلى حد كبير مع ما ذهب إليه القضاء الأمريكي الحديث و القضاء الفرنسي، وهو اعتبار المؤسسات تمارس تسعيرا عدوانيا إذا خفضت سعر منتجاتها إلى أقل من سعر التكلفة شريطة أن يكون الهدف أو أثر التخفيض هو عرقلة المنافسة أو الحد منها أو استغلال المستهلكين، أما التخفيض إلى سعر التكلفة أو أعلى منه فإن ذلك لا يعد من قبيل التسعير العدواني وإنما قد يعد من قبيل المنافسة المشروعة خاصة إذا كان يقصد منه المنافسة والتفوق أو يهدف إلى تحقيق مصلحة المستهلكين².

¹ - المرجع نفسه، ص 96.

² - المرجع نفسه، ص 97.

وقد نص المشرع الجزائري على منع ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين كممارسة مقيدة للمنافسة مستقلة عن قاعدة منع الاتفاقات التي ترمي إلى التشجيع المصطنع لانخفاض الأسعار أو لارتفاعها المنصوص عليها في المادة 12 من أمر 2003¹.

3- صفقات الربط واتفاقات القصر:

عمدت قوانين حماية المنافسة ومحاربة الاحتكار إلى حظر مجموعة من الاتفاقات والممارسات التي تقيد وتحد من المنافسة ومن بين هذه الاتفاقات صفقات الربط واتفاقات القصر.

أ. صفقات الربط:

يشار إلى هذا التصرف عادة بالبيع المتلازم وقد يكون المنتج المتلازم لا صلة له البتة بالمنتج المطلوب. ولقد عرفت المحكمة العليا في الو. م. أ صفقات الربط بأنها: "مواقفة طرف ما على بيع أحد المنتجات شريطة أن يشتري المشتري أيضا منتوجا مختلفا أو متلازما أو على الأقل أن يوافق على أنه لن يشتري ذلك المنتج من أي مورد آخر". ويعرف العقد الرابط على أنه: "رفض بيع المنتج أو الخدمة التجارية إذا لم يتم شراء منتج آخر أو خدمة تجارية أخرى"، وتعرف اتفاقية الربط بأنها تتحقق عندما يشترط بائع المنتج الذي يريده المشتري (المنتج الرابط) البيع بناء على شراء المشتري لمنتج آخر (المنتج المربوط) حيث يتم بيع المنتج الثاني ليس على أساس الجودة أو الكمية ولكن على أساس رغبة المشتري شراء المنتج الرابط و يمثل هذا السلوك عبء على المشتري الذي لا يريد شراء المنتج المربوط، كما أن هذا السلوك يدمر المنافسة بالنسبة للمنتج المربوط²، و في نفس السياق تنص المادة 06 فقرة أخيرة من الأمر المتعلق بالمنافسة 03/03 على: " تحظر الممارسات ... و الاتفاقات ... التي ترمي إلى: إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليست لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية"³.

¹ - أمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج. ر. ع 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج. ر. ع 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج. ر. ع 46 الصادر في 18 غشت 2010.

² - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 98.

³ - أمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج. ر. ع 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج. ر. ع 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008

أكدت المحكمة العليا الأمريكية أن الصفة الأساسية للاتفاق الرابط لإجبار المشتري على شراء المنتج المربوط الذي ربما لا يريد شراءه أو على المحتمل أنه يفضل شراءه من مكان آخر بأسعار أقل وبمواصفات مختلفة، وفي هذا الصدد وجدت المحكمة أن "ميكروسوفت"، بداية من الاتفاقات الأولى التي أبرمتها بشأن "الويندوز 95" قد اشترطت تقديم الرخصة لتوزيع "الويندوز" على من يشتري "الأنترنت اكسبلور" وهذه الشروط منعت الحاصلين على تلك الرخصة من تعديل أي جزء من "الويندوز" أو إلغائه على الرغم من رغبة المشتري في القيام بذلك¹.

ب. عقود القصر أو التعامل الحصري:

وهي الاتفاقات التي تبرم بين مصنع يتقدم بعقد بيع مشروط بقبول المشتري بأن يتمتع عن التعامل بسلع المنافسين الآخرين وتكون هذه العقود في شكل اتفاقات يوافق فيها مشتري على شراء منتجات أو خدمات من بائع معين ولفترة محددة من الوقت على سبيل القصر والحصر، حيث أن يكون محلها الاقتصار في التعامل بين طرفي الاتفاق على التعامل مع بعضهم البعض في سلعة معينة و في منطقة محددة خلال فترة زمنية دون أن يكون أي منهم تابعا أو نائبا عن الآخر فهي عقود تقيد حرية المشتري في البحث عن مصادر تموين و تمويل بديلة للتزويد².

يترتب على التعامل الحصري منع كل أو بعض العاملين في السوق من منافسة البائعين، فالمنتج الذي منع من مواصلة تجارته مع بعض تجار الجملة أو تجار التجزئة بسبب أنهم قبلوا تعاملًا قصريا مع منتج آخر منافس، قد لا يجد منافذ بيع كافية أو متاحة لمنتجاته أما المشتري في تعامل حصري فإن العقد يلزمه بشراء بضائع من منتج معين و هكذا تكون قدرة هذا المشتري حول المنافسة عن الجودة والسعر قد قيدت وعليه فبقاء المشتريين في هذه العقود يجعل التسعير التنافسي غير موجود³.

تجدر الإشارة أن اتفاق التعامل الحصري المحظور هو ذلك الاتفاق الذي ينطوي على عنصر الإلزام لإبرامه، أما عندما يعلن المشتري من جانبه فقط قرار الشراء بشكل حصري من البائع لمدة معينة من الوقت فلا تكون فيه مخالفة لأنه في هذه الحالة لم تفرض عليه شروطا بموجب اتفاق تم التوصل إليه،

والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج.ر.ع 46 الصادر في 18 غشت 2010.

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 99.

² - المرجع نفسه، ص 99 و 100.

³ - المرجع نفسه، ص 100.

ويكون لهذا المشتري الحرية في تغيير رأيه و الشراء من منافس لهذا البائع في أي وقت، وهو ما استقر عليه العمل في النظام القانوني الأمريكي¹.

تمثل عقود التعامل الحصري مجموعة من الممارسات التمييزية والانتقائية التي تبرم بشأنها اتفاقات ترمي أساسا إلى إخراج المنافسين الفعليين والمحتملين من السوق و هي عديدة لا يمكن الإلمام بها كلها حيث اعتبرت قوانين المنافسة من قبيل الاتفاقات المحظورة لما تسببه من مساس بالمنافسة، إذ تنص المادة 06 فقرة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة: "تحظر ... الممارسات ... والاتفاقات ... لا سيما عندما ترمي إلى تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة..."²، فهي اتفاقات تقصر معاملاتها مع عدد من المؤسسات يتم الاتفاق فيها على انتقاء المنتجين لمموليهم بتطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين الآخرين مما يحرم بعضهم من منافع المنافسة كإبرام عقود التوزيع الانتقائي وعقود التوزيع الحصري.

. عقود التوزيع الانتقائية: تتميز وتتحدد شبكات التوزيع الانتقائية بعنصرين أساسيين: انتقاء معيدي البيع أو الموزعين ومدى تعاونهم التجاري حيث يقوم الممون في إطار هذه الشبكات بالامتناع عن بيع منتوجاته لموزعين لم يخترهم و هذا أمر يؤدي إلى تقييد المنافسة لكنه تقييد تم السماح به وتبريره بالنظر إلى طبيعة وصفات بعض المنتجات الرفيعة الجودة و التقنية العالية التي تفرض عملية انتقاء خاصة على الموزعين الذين لديهم كفاء مهنية و تخصص في مجال توزيع نوع معين من المنتجات، غير أن اللجنة الأوروبية تحتفظ بحق رفض هذا التبرير و سحب الإعفاء المتحصل عليه، من أعضاء شبكة توزيع انتقائية معينة، عندما تقرر هذه اللجنة أن طبيعة المنتج لا يحتاج إلى اللجوء إلى مثل هذه الشبكات لتوزيعه³.

بناء على ما تقدم يلاحظ أن مجلس المنافسة الفرنسي سابقا أقل تشددا في هذا الشأن من اللجنة الأوروبية بحيث قرر هذا المجلس سنة 1998: " بما أن أنظمة التوزيع الانتقائية تبقى على قدر معين من المنافسة في السوق فهي لا تخالف قانون المنافسة إذا:

¹ - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

² - أمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 12-08، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر.ع 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج.ر.ع 46 الصادر في 18 غشت 2010.

³ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 101.

- كانت معايير اختيار وانتقاء الموزعين مبنية على أسس موضوعية ونوعية، بمعنى أن هذه المعايير تركز على الكفاءة المهنية للموزعين ومستخدميهم وعلى القيمة الحقيقية لإمكاناتهم الترتيبية لعرض المنتج المعني بشكل ملائم.

- إذا لم تكن هذه المعايير مطبقة بصورة تمييزية، و إذا لم ينجم عنها هدف أو أثر استبعاد نوع من أنواع التوزيع التي لها القدرة على توزيع المنتجات المعنية دون خلق أي نزاع.

- إذا كانت أنظمة التوزيع الانتقائية لا تشكل و لا تنشئ حواجز للدخول إلى سوق توزيع المنتجات المعنية.

- إذا كانت عقود التوزيع الانتقائية تبقى على الحرية التجارية للموزعين لاسيما فيما يتعلق بالأسعار المطبقة على المستهلكين و دون أن يقوم الممون بفرض سياسته التجارية على الموزعين كشرط لقبول اختيارهم لتوزيع منتجاته¹.

. **عقود التوزيع الحصرية:** يحدث في عقود التوزيع الحصرية أن يلتزم الموزع أو المشتري ببيع المنتجات في إقليم معين أو لعملاء معينين ومحددون دون سواهم. إن الحصر بطبيعته يؤدي إلى الحد من المنافسة بين البائعين ولا تعد مثل هذه العقود مخالفة للقانون إلا إذا شكلت تقييدا إقليميا مطلقا أو إذا أنشأت تقييدا مطلقا بالنسبة للعمالء عن طريق وضع حواجز أمام البائعين المنافسين في نفس الإقليم و أمام نفس العمالء و ينجم عن ذلك انسداد الأسواق و هذا يعطي لأعضاء شبكات التوزيع الحصرية إمكانية تحديد الأسعار إلى أعلى من مستوى المنافسة. لقد تم حظر عقود التوزيع الحصرية التي تتضمن بند يمنع من خلاله البائع العضو في شبكة التوزيع الحصرية من المتاجرة بشكل مباشر أو غير مباشر في بضاعة خارج الإقليم الوطني حيث يعتبر هذا النوع من البنود مناف للمنافسة².

ثانيا: قمع الممارسات التعسفية المقيدة للمنافسة و أثره على القوة الملزمة للعقد

ويتعلق الأمر هنا بتلك الممارسات التي تمارس في إطار استغلال وضعية الهيمنة الاقتصادية من جهة والممارسات الرامية إلى استغلال وضعية التبعية الاقتصادية من جهة ثانية.

¹- المرجع نفسه، ص 101 و 102.

²- المرجع نفسه، ص 102.

أ- الممارسات الاستيعادية المجسدة للتعسف في استخدام وضعية الهيمنة:

إن الهيمنة ميزة مهمة من مزايا التنافس في السوق كونها تخلق ديناميكية فيه، و بالتالي فإنه ليس محظورا أن تهيمن مؤسسة ما على السوق، و لكن ما يحظر هو التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، ولعل ذلك يعود إلى تميز الممارسات التجارية بالحركية والتغير، هو ما أكدته المادة 07 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة¹.

تكون في وضعية هيمنة كل مؤسسة تتواجد في موضع يسمح لها بأن تلعب دورا رئيسيا في سوق ما للسلع والخدمات دون أن يكون بمقدور أي منافس آخر توفير بدائل معتبرة سواء لزبائن أو موردي المؤسسة المتواجدة في هذه الوضعية².

وقد عرفت المادة 03 من الأمر 03/03 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 و تعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها"³.

تسعى المؤسسة المهيمنة من وراء هذه التصرفات إلى تحجيم منافسيها الحاليين و إبعادهم من السوق أو منع دخول منافسين جدد إليه، وللوصول إلى هذه الغايات غالبا ما تلجأ المؤسسة المهيمنة إلى استخدام بعض الآليات والفنيات التي يكون الغرض منها إما غلق السوق في مواجهة المنافسين أو الاستئثار بالعملاء و لموردين.

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التعسف في وضعية الهيمنة.

والحكمة من حظر التعسف في استخدام وضعية الهيمنة على السوق أو احتكار له، هو رغبة المشرع في حماية الجانب الضعيف في العقود التي تكون أطرافها غير متكافئة في القوة التفاوضية، سيما و أن نصوص القانون المدني لا يمكنها حماية الطرف الضعيف في العقد إلا في حالات محددة (نقص

¹ لعور بدر، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013، ص 56.

² ناصري نبيل، المرجع السابق، ص 81.

³ أمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر.ع 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج.ر.ع 46 الصادر في 18 غشت 2010.

الأهلية، عيوب الرضا، حالة عدم التمييز والغبن..)، وأن التعسف في استعمال الحق في القانون المدني يشترط فيه أن يقع بقصد الإضرار بالغير وهو ما لا يشترط في حالة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، كما أن القاضي لا يمكنه التدخل لتصحيح عقد في العلاقات التجارية حتى تتحقق عدالة تعاقدية وذلك نظرا لوجوب استقرار المعاملات، و بالتالي فإن المفهوم التقليدي للتعسف غير كاف للحماية من إساءة استخدام السلطة الاقتصادية لذا يقوم قانون المنافسة بالحماية من التعسف الصادر عن المؤسسة أو العون الاقتصادي خاصة الهيمنة على السوق، ومن هنا فإن القضاء يتجه نحو إعادة التوازن للعلاقات التعاقدية كلما كان أحد أطراف العقد ضعيفا لا سيما بعد ظهور مؤسسات قوية في مجال التوزيع و غيره قادرة على فرض شروطها على المتعاقد معها، ولهذا كان لزوما حظر التعسف في استخدام وضعية الهيمنة حسب ما حدده قانون المنافسة¹.

وقد تهدف هذه الممارسات إما إلى غلق السوق في مواجهة المنافسين، والممارسات الهادفة إلى الاستئثار بالعملاء و الموردين.

1 . الممارسات الهادفة إلى غلق السوق في مواجهة المنافسين:

ومن بين الوسائل والآليات التي تلجأ إليها المؤسسة المهيمنة للإيقاع من السلطة السوقية التي يتمتع بها المنافسون أو لغلق السوق و منع دخول منافسين جدد إلى هذه السوق، بند عدم المنافسة الذي يعرف على أنه شرط من خلاله يلتزم أحد المتعاقدين بعدم ممارسة نشاط مهني منافس للطرف الآخر. وهو شرط ليس محظور بصورة آلية، فلا يمنع أن تلتزم مؤسسة بعدم منافسة مؤسسة أخرى إذا كان من شأنه أن يساهم في التطور التقني، فيجب النظر إلى البند من خلال تأثيره على السوق، فيكون محظورا لما لا يستجيب فعليا مع موضوع العقد بأن يكون غير متناسب مع محل العقد أو أن تكون القيود مبالغ فيها بالنظر إلى الحدود المتعارف عليها في الزمان و المكان أو أن يكون محل العقد هو عدم المنافسة، فيكون هدف التعاقد منع المنافسة في السوق².

كثيرا ما تفرض المؤسسة المهيمنة على عملائها المنافسين شروط عدم المنافسة وذلك بهدف منعهم من تنمية وزيادة حصصهم في السوق، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى عدم زيادة سلطتهم السوقية، وهذا من شأنه أن يعزز وضعية المؤسسة المهيمنة في السوق، و قد اعتبرت محكمة استئناف باريس قيام هذه

¹ - كثر محمد الشريف، المرجع السابق، ص 64.

² - شفار نبيهة، المرجع السابق، ص 48 و 49.

المؤسسة بفرض بند عدم المنافسة في العقود التي تبرمها مع عملائها من قبيل الممارسات الاحتكارية التي تشكل تعسفا في استخدام وضعية الهيمنة، وقد أيدتها في ذلك محكمة النقض الفرنسية¹.

رغم أن بند عدم المنافسة يعد مخالفة لمبدأ حرية التجارة و الصناعة، الذي يتفرع عنه مبدأ المنافسة الحرة، إلا أنه شرط مفيد إلى حد ما لأنه يضمن الحفاظ على العملاء و بقائهم، كما يسهل إبرام العقد الرئيسي، فعلى سبيل المثال أي تاجر سيقبل بشراء المحل التجاري، إذا علم أن بائعه سيواصل نشاطه و بالتالي سينافسه خاصة أن عملاء البائع سيظلون مرتبطين به؟².

ويشترط لصحة بند عدم المنافسة أن يكون محددًا من حيث المدة والمكان أو من ناحية الأنشطة التي يحظر على الملتزم بهذا البند القيام بها، و هو ما يطلق عليه بشرط التكافؤ و هو شرط يهدف إلى إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة لكل من طرفي الشرط³.

2. الممارسات الهادفة إلى الاستئثار بالعملاء و الموردین:

تلجأ المؤسسة المهيمنة من أجل بلوغ هذا الهدف إلى إحدى الوسيلتين:

. الوسيلة الأولى: للوصول إلى إلزام العملاء والمشتريين بالتعامل مع المؤسسة المهيمنة وحدها فإن هذه الأخيرة غالبا ما تفرض عليهم شروطا تسمى بالشروط الحصرية، أو تلجأ إلى قطع علاقاتها التجارية مع شركائها التجاريين، و الشروط الحصرية هي الشروط التي تفرضها المؤسسة المهيمنة على الموزعين المتعاملين معها لإجبارهم على شراء نسبة محددة من حاجاتهم منها هي وحدها وهذا ما يطلق عليه شروط الشراء الحصرية، و الواقع أن مثل هذه الشروط تؤدي إلى غلق السوق في وجه أي منافس مادامت تلزم الموزع بعدم الشراء إلا من المؤسسة المهيمنة دون غيرها، علما أن الشروط الحصرية بالبيع لا تشكل تعسفا في استخدام وضعية الهيمنة إذا تم اختيار أعضاء شبكة التوزيع بنا على معايير موضوعية، يتم تطبيقها على كل الموزعين دون تمييز، أما إذا تم اختيارهم على أساس معايير ذاتية و بناء على توفر شروط تمييزية و تسمى هذه الشروط كذلك بالشروط الانتقائية، فذلك يعتبر تعسفا لأنها تؤدي نفس الدور الذي تؤديه الشروط الحصرية، وقد أطلقت هذه التسمية على الشروط التي فرضها اتحاد منتجي الجبن

¹ - المرجع نفسه، ص 69.

² - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 153.

³ - شفار نبية، المرجع السابق، ص 69.

"روكفور" الذي يمتلك وضعية هيمنة في السوق على الموزعين لها في السوق الفرنسية مثل: "Carrefour, Casino et Promodés"¹.

. الوسيلة الثانية: التي تحاول المؤسسة المهيمنة من خلالها الاستئثار بالعملاء والموردين فهي تكمن في تقرير تخفيضات لصالح بعض العملاء، ويعد منح مثل هذه التخفيضات من طرف المؤسسة المهيمنة وفقا للقوانين الأوروبية والفرنسية والجزائرية المنظمة للمنافسة من قبيل الممارسات الاحتكارية المجسدة للتعسف في استغلال وضعية الهيمنة، ولكن بشرط أن يكون الهدف منها دفع العملاء إلى التعامل مع المؤسسة المهيمنة دون غيرها فإذا غاب هذا الشرط فإن هذه التخفيضات لا يكون لها أي تأثير في إعاقه المنافسة. لقد قررت محكمة العدل الأوروبية أن هذه التخفيضات لا تمثل إساءة أو تعسفا إلا إذا كان الهدف منها هو الاستئثار بالعملاء ودفعهم للتعامل مع المؤسسة المهيمنة دون غيرها، لذلك سميت بالتخفيضات المرتبطة بهدف جذب العملاء للشراء واحتكار التعامل معهم و انتهت هذه المحكمة إلى أن هذه مخالفة للمادة 82 من اتفاقية روما، إذا كانت التخفيضات الهادفة التي تمنحها المؤسسة المهيمنة لصالح العملاء الذين يحققون رقم مشتريات معين خلال مدة معينة لا تمثل أي مخالفة فإنه يجب أن ترتبط بهدف جذب العملاء إلى الشراء من المؤسسة المهيمنة وحدها دون غيرها لكي تشكل تعسفا إلى جانب ذلك، فإن محكمة العدل الأوروبية تشترط كذلك لكي تشكل التخفيضات الكمية و هي تلك التخفيضات التي تمنحها المؤسسة في وضعية هيمنة كلما ارتفع رقم أعمالها تعسفا في استغلال هذه الوضعية، ألا تستند التخفيضات إلى مقابل مبرر اقتصاديا و هذا هو المبدأ الذي تبناه مجلس المنافسة الفرنسي².

3 . ممارسات المؤسسة المهيمنة المجسدة للتعسف والمرتبطة بعلاقاتها التجارية مع غيرها من المؤسسات:

تسعى المؤسسة المهيمنة إلى تحقيق أكبر قدر من الأرباح و لبلوغ هذا الهدف فإنها تلجأ إلى إقامة علاقات تجارية واقتصادية مع غيرها من المؤسسات التي تعمل في السوق، وعندما تمتلك المؤسسة إمكانيات مادية مالية واقتصادية تتعدى بكثير الإمكانيات التي تتمتع بها المؤسسات الأخرى المنافسة لها فإن هذا قد يدفعها بطبيعة الحال إلى توظيف هذه الإمكانيات في القيام بفرض ممارسات احتكارية تعسفية ضد بعض المؤسسات دون البعض الآخر، و نصت المادة 07 من الأمر المتعلق بالمنافسة الجزائري

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 155.

² - المرجع نفسه، ص 155 و 156.

03/03 صراحة على حظر تطبيق شروط غير متكافئة و غير عادلة في العقود التي تبرمها المؤسسة المهيمنة مع شركائها التجاريين، وهذه الممارسات قد تتمثل في رفض البيع أو قطع العلاقات التجارية و التعاقدية بطريقة تعسفية، وقد تكمن في البيع المرتبط أو فرض أسعار تمييزية، كما قد تتمثل في فرض شروط خاصة على الموزعين، ومن أمثلة هذه الممارسات:

. ممارسة الأسعار التمييزية:

تقوم المؤسسة المهيمنة بموجب هذه الممارسة بفرض أسعار مختلفة ومتفاوتة على الموردين والعملاء الذين يتعاملون معها، لقد أقرت محكمة العدل الأوروبية القرار الصادر عن اللجنة الأوروبية الذي كانت قد أيدته أيضا محكمة أول درجة فيما ذهبت إليه من إدانة مطار باريس بارتكابه تعسفا في استغلال وضعيه الهيمنة بسبب قيامه بفرض رسومات و إتاوات على شركة " Flight Alpha " أكثر ارتفاعا من تلك المفروضة على أحد فروع شركة طيران فرنسا، و في هذا الصدد تنص المادة 05/07 من أمر 2003 المعدل و المتمم على حظر كل تعسف ناتج عن هيمنة السوق... قصد... تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة. وقد جاء في قرار لمجلس المنافسة الجزائري: " حول التخفيضات في الأسعار:

- اعتبارا أنه يستفاد من معاينات المحققين أن المؤسسة المشتكى منها تمنح الزبائن الذين يقتنون كميات هامة من المنتجات تخفيضات معتبرة.
- اعتبارا أن المؤسسة تبرر ذلك بالسياسة التجارية التي تنتهجها و التي تهدف إلى تسويق أكبر كمية ممكنة من المنتجات لتغطية الأجرور.
- لكن اعتبارا أن ما يعاب على المؤسسة ليس توخي سياسة تجارية معينة و لكن تطبيقها بصفة انتقائية، و ذلك بتفضيل بعض الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم مما يجعلهم يحصلون على تخفيضات لا يستهان بها.
- اعتبارا أنه إذا كان للمؤسسة كامل الحرية في تحديد السياسة التجارية التي تخدم مصالحها فإنه لا يجوز لها من منظور قانون المنافسة استعمال هذه الحرية للحد من المنافسة بين مختلف البائعين أو لإضعاف قدرة البعض على منافسة البعض الآخر.

- اعتبارا و الحالة هذه أن الممارسات التي أقدمت المؤسسة على ارتكابها قائمة و تشكل في حد ذاتها تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة طالما أنها من فعل مؤسسة في وضعية هيمنة مما يستوجب معه الأخذ بأحكام المادة 07 من الأمر المتعلق بالمنافسة¹ (الأمر 06/95 الملغى).
. الأسعار العدوانية أو الإفتراضية:

تعهد هذه الأسعار من قبيل الممارسات الاحتكارية التي يتجسد فيها التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، وتقع هذه الممارسات عندما تقوم المؤسسة المهيمنة بالبيع بأسعار لا تغطي التكلفة الكلية لإنتاج السلعة وذلك بغرض استبعاد المنافسين من السوق، فالمؤسسة تبيع بأسعار مخفضة عن سعر التكلفة بمعنى أنه بيع بخسارة و يقابلها الأسعار المرتفعة و كليهما يشكل تعسفا في استخدام وضعية الهيمنة، تتمثل هذه الممارسة في البيع بسعر غير عادل و تكون الأسعار افتراضية عندما لا يوجد تناسب بين السعر والتكلفة التي أنفقتها المؤسسة المهيمنة لإنتاج السلعة المعنية فالتكلفة تكون أكبر من السعر وبالعكس تكون الأسعار مرتفعة عندما لا يوجد تناسبا بين قيمة المنتج وسعره حيث يجب أن يصل انخفاض السعر إلى درجة كبيرة تعكس نية الشركة في تدمير منافسيها، وبالتالي يكون السعر مخفضا بصورة كبيرة عن قيمة المنتج و هذا ما نص عليه قانون المنافسة في الجزائر عندما منع عرقلة الأسعار لاسيما عن طريق ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي بقصد إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق².

. البيوع المرتبطة:

يتمثل هذا النوع من البيوع في قيام المؤسسة المهيمنة بربط إبرام العقد بقبول المتعاقد الآخر المنافس لها، فالالتزام بأداءات أخرى لا تربط بينها و بين موضوع العقد أية رابطة، بعبارة أخرى لا يجوز للمؤسسة المهيمنة ربط بيع منتج معين أو أداء خدمة محددة ببيع منتج آخر أو أداء خدمة أخرى على الرغم من غياب أي علاقة بين المنتجين أو الخدمتين من حيث الطبيعة أو بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية³.

¹ - قرار مجلس المنافسة الجزائري رقم: 99 ق 01 الصادر بتاريخ: 13 جوان 1999، غير منشور.

² - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 158 و 159.

³ - المرجع نفسه، ص 159.

وهذا ما منعه المشرع الجزائري عندما نص على حظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة إذا كان القصد منه هو إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات ليس لها أية علاقة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو وفقا للأعراف التجارية. وإذا كانت هذه الممارسات و غيرها تجسد التعسف في استخدام وضعية الهيمنة على السوق فهناك ممارسات تخل بالحرية العقدية بين طرفي العقد و تمس بتوازن مصالحهما بحيث يتعسف أحد أطراف العقد على الآخر بإخضاعه لشروطه.

ب - التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية:

لا تنشأ حالة التبعية الاقتصادية بمناسبة العلاقات الاقتصادية الأفقية، أي العلاقات التي يمكن أن تنشأ بين متنافسين على نفس المستوى من العملية الإنتاجية أو التسويقية، وإنما تنشأ بمناسبة العلاقات الاقتصادية الرأسية التي تربط بين أعوان اقتصاديين يقفون عند مستويين مختلفين من العملية الاقتصادية كالعلاقة بين منتج أو عدة منتجين من جهة وموزع أو أكثر من ناحية أخرى، بحيث تنشأ حالة التبعية الاقتصادية بين المنتج و/ أو المورد وموزعيه أو بالعكس بين الموزع ومورديه (كحالة مراكز الشراء العملاقة)، وبالتالي فالتعسف في استخدام التبعية الاقتصادية يتسم بالنسبية كما سلف الذكر. إذا كان إثبات إساءة استخدام وضعية الهيمنة يتم بالنظر للسوق ككل فإن قياس حالة التبعية الاقتصادية لا بد أن يتم بإثبات قيامها بين طرفين أي لا بد أن يتم بشكل نسبي، وإثبات قيام حالة التبعية في هذه الحالة، يتطلب إثبات أن أحد الطرفين في العقد يقع في مركز ضعيف بالنسبة للطرف الآخر، إذ يكون الطرف الضعيف مجبرا على الرضوخ للشروط التي يفرضها الطرف القوي في الشراكة الاقتصادية التي تقوم بينهما¹.

نصت المادة 11 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة أنه: " يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة، يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع دون مبرر شرعي.
- البيع الملازم أو التمييزي.
- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا.

¹ - لينا حسن ذكي، الممارسات المقيدة للمنافسة و الوسائل القانونية لمواجهتها، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، كلية الحقوق، مصر، 2004، ص 224.

- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى.

- قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.

- كل عمل من شأنه أن يقلل من منافع المنافسة داخل السوق¹.

وعرفت المادة 03 من ذات الأمر وضعية التبعية الاقتصادية كالتالي: "وضعية التبعية الاقتصادية هي العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زيونا أو ممونا"².

وتجدر الإشارة إلى أن قانون المجموعة الأوروبية لا يعرف ولا ينص على منع الاستغلال التعسفي لحالة التبعية على أساس أنه يهتم أكثر بغاية قانون المنافسة ويعتبر أنها تتمثل في الحفاظ على التسيير الجيد للسوق وليس حماية المؤسسات الضعيفة اقتصاديا، ولا يبحث عن تحقيق التوازن والعدالة العقدية بين المؤسسات وينتج عن هذا المنطق عدم تجريم الممارسات إلا إذا وفقط نجم عنها آثارا تضر بلعبة المنافسة الحرة و بالتالي لا يهتم قانون المنافسة الأوروبي إلا بظاهرة احتكار السوق دون الظواهر والممارسات التي تستهدف مؤسسات أخرى³.

ويقضي تطبيق المادة 11 من الأمر 03/03 المذكورة أعلاه توفر ثلاثة شروط و هي: قيام ووجود حالة التبعية الاقتصادية، غياب الحل البديل المعادل للمؤسسة في حالة التبعية الاقتصادية وارتكاب ممارسات تعسفية من شأنها تقييد المنافسة.

1. وجود حالة التبعية الاقتصادية:

كانت فكرة التبعية الاقتصادية في فرنسا تعتبر بمثابة الظرف المشدد لارتكاب الممارسات التمييزية للبيع، غير أنه تم إدراجها كممارسة منافية للمنافسة بصورة مستقلة بطلب من لجنة المنافسة الفرنسية التي نيهت إلى عدم إمكانية معاقبة الممارسات التعسفية التي من خلالها يهيمن الشريك التجاري على آخر في علاقتهما الثنائية في منع الاستغلال التعسفي لحالة التبعية الاقتصادية حالها حال الاتفاقات والاستغلال

¹ - أمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر.ع 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج.ر.ع 46 الصادر في 18 غشت 2010.

² - المرجع نفسه.

³ - REINHARD Yves, CHAZAL Jean-Pascal, Droit commercial, ed Litec, Paris, 2001, p 146

التعسفي لوضعية الهيمنة، وهذا الانشغال مبني أساسا على الخلافات التي تقع بين كل من الشبكات الضخمة للشراء التي فتحها وأنشأها الموزعون، إذ رأت لجنة المنافسة الفرنسية أنه من المستحسن أن يزود المشرع الفرنسي بوسائل قانونية تسمح بمراقبة تصرفات مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات تعتبر شريكا إلزاميا بسبب وزنها في السوق سواء في مواجهة مموليها أو في مواجهة عملائها¹.

وتنشأ حالة التبعية عند وجود مؤسسة في مركز قوة يسمح لها بفرض شروط التعاقد على الآخرين من منطلق افتقاد هؤلاء لحل بديل، أي أن أحد الطرفين في العقد يقع في مركز ضعيف بالنسبة للطرف الآخر، بحيث يكون هذا الطرف الضعيف مجبرا على الرضوخ للشروط التي يفرضها الطرف القوي.

وأوضح مجلس المنافسة الفرنسي في تقرير له لعام 1987 أنه لإثبات وجود حالة التبعية الاقتصادية يشترط توفر عدة معايير وإن كان لا يشترط أن توجد هذه المعايير مجتمعة، وقرر المجلس أن هذه المعايير هي تراكمية أي يجب أن يتوفر العدد الكافي منها حتى يمكن الحكم بوجود حالة التبعية الاقتصادية².

وعلى خلاف المشرع الفرنسي جاء المشرع الجزائري بتعريف لوضعية التبعية الاقتصادية بموجب المادة 03/03 من الأمر 03/03، حيث اعتبرها تلك العلاقة التجارية التي تربط المؤسسة صاحبة القوة الاقتصادية والمؤسسة المتعاملة سواء كانت زبونا أو ممونا معها حيث تكون هذه الأخيرة في وضعية ضعف إذ لا تملك حلا بديلا في حالة إذا ما أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها المؤسسة الأولى³.

تقوم حالة التبعية الاقتصادية بقيام المبادئ العامة التالية:

- إن المؤسسة التي تدعي وجودها في حالة تبعية اقتصادية، لا يمكن أن تتمسك بوجودها في تلك الحالة مع مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات الأخرى ما لم تدخل بعد في علاقة تجارية معها.
- عدم جواز ادعاء حالة التبعية الاقتصادية الجماعية في مواجهة عدة موردين مستقلين، إذ رفض مجلس المنافسة الفرنسي الطلب الذي تقدمت به مجموعة "شابيل" وهي مجموعة شركات تتولى توزيع الأجهزة الكهربائية والذي كانت تطالب فيه باعتبارها في وضعية تبعية اقتصادية في مواجهة عدد كبير من منتجي الأجهزة الكهربائية مجتمعين.

¹- جلال مسعد، المرجع السابق، ص 162 و 163.

²- المرجع نفسه، ص 163.

³- شفار نبية، المرجع السابق، ص 77.

- عدم جواز قيام حالة التبعية الاقتصادية على الشركات المرتبطة معا، إذ قضى مجلس المنافسة الفرنسي بأن شركة " SICACclairval " لا يمكن لها الإدعاء بوجود حالة تبعية اقتصادية بينها وبين " Solaval " نظرا أن لكون الأولى من الشركات المساهمة في الشركة الثانية كما أنها تشارك في إدارتها وكانت شركة " SICA Clairval " قد ادعت قيام شركة " Gervais Danone " بمخالفة نص الفقرة الثانية من المادة 08 من قانون المنافسة الفرنسي لسنة 1986 وذلك من خلال ممارسة أسعار تمييزية بواسطة شركة " Solaval " في حين أن هذه الشركة مدارة إدارة جماعية إذ تديرها كل من " SICA Clairval " و " Gervais Danone " وبكونهما يديران " Solaval " فإن " SICA Clairval " لا يمكنها أن تدعي أنها في حالة تبعية في مواجهة الشركة الأم " Gervais Danone"¹.
وتتطبق أحكام التبعية الاقتصادية سواء على الموزع في مواجهة ممونه أو على الممون في مواجهة عميله.

(أ) **تبعية الموزع في مواجهة ممونه:** ومؤدى هذه الحالة أن يكون الموزع أو بائع السلعة أو منلقي الخدمة تابعا لمورد أو منتج السلعة أو مقدم الخدمة في السوق المعنية، و تطبيقا لهذه الحالة قضت محكمة استئناف باريس و مجلس المنافسة الفرنسي بأن يتم تقدير تبعية الموزع للمورد باجتماع أربع معايير: على ضوء حصة المورد في رقم أعمال الموزع وشهرة العلامة التجارية للمورد وحجم نصيب المؤسسة الموردة من السوق وإمكانية حصول الموزع على منتجات معادلة وبديلة من ذات السوق من موردين آخرين².
ويندرج ضمن حالة التبعية الاقتصادية ما يعرف بتبعية التزود، التي يقصد بها تواجد الموزع في وضعية لا تسمح له بالاستغناء عن منتجات ذات علامة تجارية مشهورة.

(ب) **تبعية المورد لموزعيه أو عملائه:** وتتمثل في اعتبار المورد أو المنتج تابعا لموزعيه نظرا لقدرة الموزع الاقتصادية بالمقارنة مع القدرة الاقتصادية للممون، وتتجسد حالة التبعية الاقتصادية بين المورد و عملائه في مراكز الشراء العملاقة التي تقوم بتجميع منتجات الموردين في مراكز كبيرة للبيع، حيث يتعامل معها عدد ضخم من المستهلكين مما يجعلها في مركز قوي بالنسبة للموردين الذين يبتغون بلا شك الاستفادة من تلك الأعداد الهائلة من المستهلكين الذين يتعاملون مع هذه الأسواق العملاقة، وفي هذه

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 164 و 165.

² - شفار نبية، المرجع السابق، ص 78.

الحالة تلجأ مراكز الشراء إلى فرض شروط تعاقدية جائرة على عملائها من المنتجين¹. ففي قضية تتعلق بمجموعة توزيع تدعى "كورا" لم يستبعد مجلس المنافسة الفرنسي أن يكون عدد كبير من موردي السلع الاستهلاكية في تبعية اقتصادية في مواجهة هذه المجموعة التي تقوم باستغلال مجموعة من أسواق الشراء الكبيرة ومجموعة من أسواق الشراء العملاقة، وقد تضمنت حيثيات القرار أن تلك الشركات الموردة تتسم كلها بأنها مؤسسات ذات حجم صغير أو متوسط وبأن منتجاتها لا تتميز بكونها منتجات ذات علامة تجارية مشهورة وكذلك لأن تلك الشركات تتعرض لمنافسة شديدة في السوق من شركات تنتج منتجات تتميز بعلامات تجارية مشهورة، كما أن نفقات النقل لمسافات بعيدة تعد شديدة و ذلك إذا ما رغبت تلك الشركات الموردة في التعامل مع مراكز الشراء الأخرى، التي تبعد عن الإقليم الذي تعمل فيه. كما أن العلاقات التجارية القائمة بين تلك الشركات الموردة و بين مجموعة "كورا" تتميز بالقدم حيث تتراوح فترات التعامل التي تجمعهم ما بين عشرة أعوام إلى أربعين عاما، ثم إن نصيب مجموعة "كورا" من رقم أعمال تلك الشركات الصغيرة يتراوح ما بين 22% و 67% وهي نسب ذات أهمية في تقدير حالة التبعية الاقتصادية².

وهذه كلها معايير اعتد بها المجلس في تقرير وجود حالة التبعية الاقتصادية.

غير أن جميع أنواع الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية تشترك في خاصية واحدة وهي انعدام الحال البديل أو المعادل لدى المؤسسة التابعة يغنيها على أن تصبح شريكا إجباريا للمؤسسة المتبوعة.

. الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية: يتمثل الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية في فرض شروط غير عادلة على الشريك التجاري الذي ما كان ليقبلها إذا كان متمتعا باستقلاليتة، ويمكن أن تفرض هذه الشروط الضارة أثناء إبرام العقود كما يمكن أن تظهر أثناء فسخ هذه العقود أو أثناء رفض تجديدها.

¹ - لينا حسن ذكي، المرجع السابق، ص 233

² - المرجع نفسه، نفس الصفحة

وتكمن الفائدة من الاهتمام بالاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية في كون هذه الممارسة قانونية ومشروعة بنظر القانون المدني و مجرمة و معاقب عليها في قانون المنافسة إذا توفرت بعض الشروط¹.

إذا كان كل شخص حر في ألا يتعاقد مع من لا يريد أو أنه حر في أن يتفاوض بشكل يحقق له أكبر قدر من المصالح، من حيث المبدأ، فإن المؤسسة تكون متعسفة في استخدام وضعية التبعية الاقتصادية التي يوجد فيها شريكها الاقتصادي، إذا رفضت أن تتبع له مواد ذات شهرة تجارية معروفة أو إذا استغلت هذه التبعية لتفرض شروطا مالية أو تجارية جائرة بشكل مفرط في حق الشريك التابع أو أن تقوم بقطع العلاقات التعاقدية لمعاقبة متعاقد رفض أن يخضع لشروط عقدية غير مبررة و تمييزية. وعليه فإن قانون المنافسة لا يعاقب على وضعية التبعية الاقتصادية في حد ذاتها ولكنها تحظر الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية، أي لوصف هذا السلوك بالتعسفي لا بد من أن يساهم في عرقلة واختلال بالمنافسة.

تحظر المادة 11 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية.

وقد كان القانون الفرنسي لا يعاقب على هذه الممارسة إلا إذا كانت تهدف أو ينتج عنها أثر منع أو الإخلال بالمنافسة في السوق، لكنه فيما بعد اعتبر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية نوع من أنواع الممارسات المقيدة للمنافسة، فمن المنطقي إذن أن تتم الإحالة إلى شرط المساس المحسوس بالمنافسة في السوق المفروض على حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة بغرض الاقتصار على منع الممارسات التي لها آثار مضرّة و محسوسة على السوق دون سواها، وبالتالي لا يجب التوقع من قاعدة حظر الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية أن تحمي جميع المؤسسات المتواجدة في حالة ضعف وتبعية اقتصادية كما هو الحال بالنسبة للاتفاقات، إذ يستغرب هذا الأمر إذا ما احترم الهدف الرئيسي لقانون المنافسة الذي يتمثل في السهر على السير الحسن للسوق وليس حماية المؤسسات التابعة ولا إيجاد حلول للعلاقات العقدية غير المتكافئة والمختلفة التوازن فهذه المهمة متروكة للقانون المدني².

¹ - GUYON Yves, Droit des affaires, 8ème ed ECONOMICA, Paris, 1994, p 937

² - REINHARD Yves, CHAZAL Jean-Pascal, op. cit, p 148

من خلال ما سبق يمكن القول أن العقد هو الوسيلة الأكثر شيوعا في الاتفاق المقيد للمنافسة وحتى التعسف في وضع القوة الاقتصادية يمكن أن يعبر عنه من خلال البنود التعاقدية¹، ولا يمكن الفصل بين المنافسة و العقد لأن السوق التنافسي يقتضي حصة من الملكية الخاصة وحركة السلع والخدمات بمقابل نقدي من خلال إبرام عقد إلزامي بين صاحب العرض وصاحب الطلب، وعليه لا يمكن أن يكون هناك سوق تنافسي من دون عقد².

نصت المادة 13 من قانون المنافسة المعدل و المتمم على الجزاء المترتب على الجزاء المترتب عن أي ممارسة من الممارسات المقيدة للمنافسة، إذ جاء فيها: " دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6، 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه".

من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري رتب البطلان على كل اتفاق أو التزام منافي للمنافسة، و الأكثر من ذلك أنه أقر ببطلان كل شرط تعاقدية منافي للمنافسة دون إبطال كل الاتفاق. و يعود الاختصاص إلى القضاء العادي في الحكم بالبطلان.

إن التعرض لمبدأ القوة الملزمة للعقد والممارسات المقيدة للمنافسة كمظهر لتجديد مضمون العقد أظهر أن لمجلس المنافسة سلطة واسعة في إطار ممارسته للسلطة التنازعية ومحاربة الممارسات المقيدة للمنافسة بتسليط عقوبات وجزاءات على كل متعامل اقتصادي يقوم بإبرام عقود واتفاقات تتضمن إحدى هذه الممارسات و من شأنها أن تحد من حرية المنافسة، رغم أن هذه العقود قد تكون بمفهوم القانون المدني عقودا صحيحة ولا يمكن للقاضي العادي إبطالها لإحدى أسباب البطلان المقررة قانونا وفقا للقواعد العامة للعقود، غير أنه يمكنه بالاستناد إلى قرار مجلس المنافسة أن يبطل مثل هذه العقود على أساس فكرة المساس بالنظام العام الاقتصادي، وهو الأمر الذي من شأنه أن يؤثر على استقرار المعاملات و عدم الثقة في العقود.

من هنا يمكن القول أنه إذا كان قانون المنافسة قد رتب عقوبات جزائية على كل من أبرم عقدا يكون الغرض منه أو من شأنه أن يؤدي إلى المساس بمبدأ حرية المنافسة، فإنه أصبغ عليها طابع النظام

¹ - FRISON-ROCHE - Marie-Anne -, Contrat, concurrence, régulation, RTD civ n° 3, Juillet Septembre 2004, pp 451, 470

² - مختور دليلا، حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" يومي 07 و 08 ماي 2014، منشورة بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ع خاص 2015، ص 535

العام، مما يجعل بطلان التصرف (العقد) وهو الأثر الأكثر تماشياً مع مقتضيات القانون، على اعتبار أنه ليس من الضروري النص صراحة على البطلان، إذ يمكن للقاضي النطق به متى تم التحقق من خرق قاعدة من النظام العام.

و بالرجوع للمادة 13 من قانون المنافسة المشار إليها أعلاه يتضح أن المشرع لم يحدد طبيعة البطلان ما إذا كان بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً.

يقع التمييز بصدد نظام البطلان بين ذلك الذي يقر بمقتضاه المشرع المبادئ الأساسية العامة التي يهدف من خلالها لتوجيه الاقتصاد لما يحقق مصالح الجماعة، كحرية التجارة، بما اصطلح عليه بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي، والذي عده البعض نظاماً عاماً ضابطاً والمتعلق بمجموع القواعد التي تعتمد عليها الدولة لتأطير النشاط التعاقدية بما يتلاءم والمصالح العامة، و من بين تطبيقاته القوانين المتعلقة بالمنافسة، ويعرف في النظرية العامة للبطلان بالبطلان المطلق، و يقابله النظام العام الحمائي الذي يعرف في النظرية التقليدية للعقد بالبطلان النسبي، حيث تكون الغاية من إقراره حماية المصلحة الخاصة لأحد المتعاقدين لوجوده في مركز تعاقدية أضعف في مقابل المتعاقد الآخر مثلما هو الحال بالنسبة لقوانين حماية المستهلك، و الذي يقتضي عدم ترتيب البطلان عن خرقه إلا في الوضع الذي يطالب فيه المتعاقد الذي قررت الحماية لمصلحته التمسك بمقتضيات القانون¹.

وممن هنا فإن من شأن أعمال هذه القواعد التأثير على الأمن القانوني، على اعتبار أن العقد ووفقاً للقواعد العامة للعقود هو عقد كامل الأركان وصحيح ولا يتضمن أي عيب من عيوب الرضا و لا يتضمن أي سبب من أسباب البطلان كعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب، في حين أنه و من منظور قانون المنافسة يعد من العقود التي تخل بمبدأ المنافسة الحرة و من شأنه أن يؤدي إلى تقييدها و الإخلال بعمل السوق مهما كان الغرض منها، و بالتالي فإنه يمس بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي أي أن الدولة تعتمد مثل هذه العقود من أجل تأطير النظام الاقتصادي بما يتلاءم والمصلحة العامة، والمساس بالمنافسة هنا فيه مساس بالمصلحة العامة وبالاقتصاد الوطني ككل، وبالتالي فإن الأولى أن يكون البطلان هنا بطلاناً مطلقاً.

¹ - ساسان رشيد، عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز)، محاولة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 155 و 156.

غير أن السير في هذا الاتجاه بصورة مطلقة وبهذا المنطق من شأنه أيضا التأثير على استقرار الحياة الاقتصادية وعدم استقرار المعاملات التعاقدية التي تعد وسيلة تطوير النظام الاقتصادي ككل، فتطرح مسألة الأمن القانوني والتنبؤ واليقين القانوني بحدّة.

المطلب الثاني: تجديد الشريعة العامة للعقود من حيث القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد

إن التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد يمثل الوجه الثاني لمبدأ القوة الملزمة للعقد وفقا للشروط التي يتضمنها أي بما التزم به حسب ما ورد فيه صراحة من حقوق و واجبات و أيضا بما يعد من مستلزماته¹. كما يجب على المتعاقدين التحلي بحسن النية في تنفيذ العقد، و لحسن النية هنا مظهران:

- الالتزام بالنزاهة في تنفيذ العقد: بمعنى أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا، وفي هذا تنص المادة 361 من القانون المدني: " يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا"²، كما قضت المحاكم الفرنسية بأن المتعهد الذي التزم بمد أسلاك كهربائية و يجب عليه أن يمدها من أقصر طريق ممكن³.

- الالتزام بالتعاون في التنفيذ: و يقتضي هذا الالتزام الإيجابي القيام بعمل يتمثل في إطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل الأحداث التي تهم تنفيذ العقد و قد أوجبت محكمة التمييز الفرنسية التعاون بين المتعاقدين بهدف الوصول إلى تحقيق النتيجة المرجوة من العقد⁴، ولا يقتصر هذا الالتزام بالإفضاء أو بالإعلام على مرحلة تنفيذ العقد، بل يشمل أيضا مرحلة تكوينه. ويستند هذا الالتزام بالتعاون إلى التطورات الجديدة للعلاقات العقدية وما يقضيه أيضا مذهب التكافل التعاقدية، فهي علاقة تعاون وليست

¹ - فيلالي علي، الالتزامات. النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 386.

² - أمر رقم: 58/75 مؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، ج ر ع 78 مؤرخ في: 1975/09/30 معدل و متمم بالقانون 05/07 مؤرخ في 2007/05/13، ج ر ع 31 مؤرخ في: 2007/05/13

³ - دغمان محمد رياض، إلزامية العقد. دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط 01، 2010، لبنان، ص 54

⁴ - نفس المرجع، نفس الصفحة

علاقة خصام أو مجابهة كما كان يعتقد، فتضارب المصالح لا يمنع من تعاون المتعاقدين بل هناك بعض العقود تقوم أساسا على التعاون¹.

وإذا كانت أحكام القانون المدني قد تضمنت جملة من ضمانات التنفيذ للعقود و الآليات القانونية لتجاوز صعوبات التنفيذ، فإن للسلطات الإدارية المستقلة ومن خلال سلطة التنظيم دورها في تعزيز هذه الضمانات إلى جانب بعض الأحكام الأخرى المتعلقة بضمان التنفيذ غير مألوفة في الشريعة العامة للعقود.

و عليه و من خلال هذا المطلب و في فرعين نتعرض لضمانات التنفيذ (فرع أول) و الآليات القانونية لتجاوز صعوبات التنفيذ (فرع ثاني).

الفرع الأول: الحق في ضمانات التنفيذ

وفي هذا الإطار سيتم عرض نموذجين لضمانات التنفيذ، الأول من خلال ما جاءت به أنظمة لجنة عمليات البورصة، و الثاني من خلال الضمانات التي توفرها أنظمة مجلس النقد و القرض.

أولاً: مجال البورصة (نموذج 01)

يكون للوسيط في عمليات البورصة الحق في الحصول على ما يضمنه وفاء الزبون بالتزاماته، إما بتسديد ثمن الصفقة إذا كان الزبون مشترياً أو تسليم القيم المباعة إذا كان الزبون بائعاً، ومن هذه الضمانات ما يستتبط من القواعد العامة في علاقة الدائن بمدينه و منها ما هو خاص بقواعد البورصة والمحددة عن طريق السلطة الإدارية المستقلة².

أ- ضمانات التنفيذ العامة:

ويتعلق الأمر أساساً بالحق في الحبس المقرر بموجب المادة 200 من القانون المدني وكذا الحق في الامتياز.

¹ - فيلالي علي، الالتزامات . النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 386.

² - حمليل نواره، المرجع السابق، ص 433

1. الحق في الحبس:

يعتبر الحق في الحبس إحدى وسائل الضمان العام المقررة في القانون المدني و ذلك في المادة 200 منه والتي تنص: " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه و له علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين. أو ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع"¹.

إذا فمضمون هذا الحق هو قيام شركة السمسرة باستيفاء حقوقها المستحقة من ثمن الأوراق المالية المشتراة لحساب العميل، وذلك متى امتنع هذا الأخير عن سداد هذه الحقوق، فيجوز لها ممارسة هذا الحق لاستيفاء العمولة المقررة أو المصروفات التي تم إنفاقها في سبيل تنفيذ أوامر الزبون، وينقضي حق الحبس متى قام العميل بسداد مستحقات الوسيط².

2. الحق في الامتياز:

محل حق الامتياز هو الأوراق المالية التي تم تسليمها إلى الوسيط، وقد اشترطت بعض التشريعات حيابة الوسيط للأوراق المالية ليتمكن من ممارسة حق الامتياز عليها، أما إذا انتقلت الأوراق المالية من حيابة الوسيط إلى حيابة البائع، فإن حق الامتياز ينتقل من الأوراق المالية إلى ثمنها، فيستوفي الوسيط حقوقه من هذا الثمن بالأولوية والتقدم على بقية دائني الزبون، و في هذا الإطار جاء في المادة 160 فقرة أولى من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 أنه: " لا يكون للوكيل الامتياز المشار إليه في المادة السابقة إلا إذا كان حائزاً لبضائع أو لأشياء الموكل ..."³.

¹ - أمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78 الصادرة بتاريخ: 1975/09/30، المعدل و المتمم.

² - حمليل نواره، المرجع السابق، ص 433 و 434.

³ - المرجع السابق، ص 434.

ب- ضمانات التنفيذ الخاصة بأنظمة البورصة:

وتتمثل هذه الضمانات أساسا في الحق في الغطاء و الحق في التنفيذ داخل البورصة.

1. الحق في الغطاء:

هو أحد الضمانات المقررة للوسطاء في عمليات البورصة، وهو عبارة عن مبلغ من النقود أو أوراق مالية قابلة للتحويل إلى نقود، يستلمها الوسيط من زبونه قبل البدء في تنفيذ العملية، وهناك من اعتبره وفاء مسبقا في حالة الغطاء النقدي، ومنهم من اعتبره وفاء عينيا في حالة تقديم أوراق مالية ومنهم من اعتبره رهنا حيازيا¹.

سمحت لجنة عمليات البورصة ومراقبتها للوسطاء في عمليات البورصة طلب الغطاء من زبائنهم على سبيل الضمان، وهذا ما نصت عليه المادة 119 من النظام 03/97: " يحق للوسيط في عمليات البورصة أن يشترط من زبونه تسليم الأموال أو السندات قبل إرسال أمره إلى السوق"²، فالأصل في عمليات البورصة أن ينفذ الأمر التزماتهم بمجرد تنفيذ الأمر، فيدفع مشتري السندات مبلغ المعاملة التي أنجزها لدى الوسيط في عمليات البورصة، ويسلم البائع السندات التي تنازل عنها في السوق إلى وسيطه في عمليات البورصة.

تستعمل النقود والسندات المودعة لدى الوسطاء في عمليات البورصة لحساب الزبون بقوة القانون في تسديد النقود و/ أو تسليم السندات الناتجة عن التعهدات التي عقدها في السوق، كما تختص بقوة القانون كل السندات أو القيم المحتفظ بها تحت حساب أو حسابات الأمرين لتسوية و/ أو الوفاء بتعهداته، يمكن للوسيط في عمليات البورصة استعمالها دون إشعار مسبق لتسوية أو تسليم عمليات الزبون) المادتين: 120 و 121 من النظام 03/97)³.

2. الحق في التنفيذ داخل البورصة:

هو حق يمارسه الوسيط في عمليات البورصة في حالة ما إذا قام بتنفيذ أوامر زبونه ولم يتم هذا الأخير بالوفاء بالتزاماته ولم يقدم غطاء مسبقا للوسيط.

¹ - De Vauplane Hubert et Bornet Jean- Pierre, Droit de la bourse Litec, Paris, 1994, p 260

² - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم: 03/97 مؤرخ في: 1997/11/18، يتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة، ج. ر. ع 87، الصادرة في: 1997/12/29

³ - المرجع السابق.

ويقصد بالتنفيذ داخل البورصة قيام الوسيط بعملية عكسية للعملية التي قام بها داخل البورصة لحساب العميل، فإذا كانت العملية المنجزة تتمثل في شراء القيم المنقولة لحساب العميل ولم يتم هذا الأخير بالوفاء بئمنها، فللوسيط إعادة بيعها مرة أخرى داخل البورصة ومن ثمنها يوفي الالتزام الأول مع الوسيط الذي باعه تلك القيم، على أن يتحمل الزبون فارق الأسعار وكل المصاريف، في حال كانت قيمة الأوراق المباعة أكبر من ثمن شرائها و لا يستفيد الزبون من فارق الأسعار¹.

3. صندوق الضمان آلية لجنة تنظيم عمليات البورصة لتنفيذ العقد:

لا يقتصر دور الوسيط في عمليات البورصة على التوسط في إبرام الصفقة باسمه الشخصي ولحساب العميل، إنما عليه أن يضمن لعميله تنفيذ هذه العملية من جهته ومن جهة الطرف الثاني في الصفقة، علماً أن الزبون لا تربطه أي علاقة قانونية بالطرف الثاني لأن الوسيط ضامن لتنفيذ العملية، فهو مسؤول في مواجهة عميله من عدم تنفيذها أو تنفيذها بشكل يخالف ما تم الاتفاق عليه، وفي حالة عجز الوسيط عن تنفيذ العملية على أحسن وجه لسبب عدم كفاية رصيده أو بسبب ضياع السندات مثلاً فما هو ضمان التنفيذ؟

نصت المادة 64 من المرسوم التشريعي رقم 10/93 على إنشاء صندوق الضمان: "ينشأ صندوق قصد ضمان التزامات الوسطاء في عمليات البورصة حيال زبائنهم، و يمون بمساهمات إجبارية يقدمها الوسطاء في عمليات البورصة و بحاصل الغرامات المنصوص عليها في المادة 55 أعلاه"². وتأسس هذا الصندوق بموجب النظام رقم: 03/04، وحددت المادة الثالثة منه التزامات الوسطاء التي يضمنها الصندوق بالتالي: "تتعلق الالتزامات التي يغطيها الصندوق برد السندات والأموال التي يحوزها الوسطاء في عمليات البورصة بصفتهن ماسكي الحسابات إلى المستثمرين، عندما تكون متصلة بالنشاطات المنصوص عليها في المادة 07 من المرسوم التشريعي 10/03 المؤرخ في 23 مايو 1993 المعدل والمتمم والمذكور أعلاه، ولا تكون مندرجة ضمن مجال تطبيق ضمان الودائع المصرفية المؤسس بموجب المادة 118 من الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003..."³.

¹ - حمليل نورة، المرجع السابق، ص 435.

² - مرسوم تشريعي، 10/93، مؤرخ في: 1993/05/23، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج. ر. ع 34، الصادرة في: 1993/05/23، معدل و متمم.

³ - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، رقم: 03/04 مؤرخ في: 2005/09/09، يتعلق بنظام بصندوق الضمان، ج. ر. ع 22، صادرة في: 2005/03/27.

ويتعيّن على الوسيط أن يدفع للصندوق كل ستة أشهر اشتراكا يحتسب على أساس وضعية الزبون من حيث النقود والسندات. وفيما يخص النقود يساوي الاشتراك 0,2 % من متوسط 06 أشهر من وضعيات آخر يوم من النقود التي يحتفظ بها كل وسيط لحساب زبائنه، أما فيما يخص السندات، يساوي الاشتراك 0,04% من متوسط 06 أشهر من وضعية آخر ثلاثة أشهر من السندات التي يحتفظ بها الوسيط لحساب زبائنه.

ثانيا: مجال النقد و القرض (نموذج 02)

ورد تعريف وشروط ممارسة العمليات المصرفية في الباب الأول و الثاني من الكتاب الخامس من الأمر 11/03 و الذي حدد ماهية العمليات المصرفية في المواد 66، 67، 68 و 69، إذ جاء في المادة 66 منه: " تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور و عملية القرض، و كذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارة هذه الوسائل¹، و اعتبرت المادة الثانية من القانون التجاري العمليات المصرفية عملا تجاريا بحسب الموضوع، و بالتالي فإن غالبية أحكامه تطبق على هذه العمليات، في حين أن العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين البنك و الزبون في عمليات الإيداع و الاقتراض تنظمها عقود سواء كتابية أو ضمنية خاضعة للقواعد العامة في القانون المدني، كما تتدخل جهات أخرى وهي السلطات الإدارية المستقلة و أساسا مجلس النقد والقرض وبموجب الأنظمة الصادرة عنه في وضع بعض الأحكام التي تمس العلاقات التعاقدية في مجال العمليات المصرفية، و لعل من أهمها تلك الأحكام المتعلقة بضمان تنفيذ البنوك لالتزاماتها على اعتبار أنها الطرف القوي في الرابطة وذلك من خلال نظام ضمان الودائع المصرفية من أجل مواجهة مخاطر عدم التنفيذ.

الهدف الحقيقي الذي يحكم العقد الخاص بالودائع النقدية هو الاستعمال المطمئن لهذه النقود فينفقها بواسطة البنك لأن هذا الأخير يعفي المودع من حمل النقود ويهيئ له أسهل وأسرع طرق استعمالها وذلك عن طريق فتح حساب الوديعة النقدية بكل أنواعه².

تحقيقا لهدف الاستعمال المطمئن للنقود المودعة تدخل المشرع بقوانين متلاحقة وهامة تهدف إلى ضمان الودائع النقدية المصرفية لدى البنوك، لأن الحرية التي تتمتع بها البنوك في نظام الاقتصاد الحر

¹ - الأمر 11/03 مؤرخ في: 2003/08/26، المتعلق بالنقد و القرض، ج. ر. ع 52، صادرة في: 2003/08/27

² - نبيل سهام، الودائع المصرفية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، دون سنة، ص

يمكن أن تعرض المودعين للمخاطر، كأن يلجأ أحد المسؤولين في أحد هذه البنوك إلى القيام بمغامرات خطيرة في الميدان المصرفي فتزعزع الثقة و من ثم تتخفف الودائع النقدية¹.

لهذا يعد تبني نظام الودائع المصرفية تطورا معتبرا في النظام المصرفي الجزائري، حيث تسمح مواد صندوق ضمان الودائع المصرفية في حالة إفسار أحد تعويض المودعين، وهذا ما يقلص من حدة أثر التعثر المصرفي المفاجئ و بالتالي يساهم في ازدهار النظام المصرفي.

نصت المادة 118 من الأمر 11/03 على إنشاء صندوق ضمان الودائع المصرفية، وبناء على هذا صدر النظام 03/04 المؤرخ في: 2004/03/04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، الذي ألزمت المادة الثانية منه كل بنك و فروع البنوك الأجنبية أن ينخرطوا في هذا النظام².

وبحسب المادة الثالثة من نفس النظام فإن الغاية من هذا النظام هو تعويض المودعين في حالة عدم توفر ودائعهم و المبالغ الأخرى الشبيهة القابلة للاسترداد، و يقصد بالودائع و المبالغ الأخرى القابلة للاسترداد كل رصيد دائن ناتج عن الأموال المتبقية في حساب أو أموال متواجدة في وضعية انتقالية ناتجة عن عمليات مصرفية عادية ينبغي استردادها طبقا للشروط القانونية و التعاقدية المطبقة لاسيما في مجال المقاصة، كما تتدرج ضمن هذا التعريف، ودائع الضمان عندما تصبح مستحقة و الودائع المرتبطة بالعمليات على السندات، باستثناء الأموال المنصوص عليها في المادة 73 من الأمر 11/03 و المبالغ المستحقة الدفع التي تمثل سندات الصندوق و وسائل الدفع الأخرى التي تصدرها البنوك، و هذا ما جاء في نص المادة 04 من النظام 03/04، كما حددت المادة 05 من نفس النظام على الودائع و المبالغ التي لا تعتبر ودائع و مبالغ أخرى شبيهة بودائع قابلة للاسترداد.

. صندوق ضمان الودائع المصرفية: يعمل نظام الضمان عن طريق صندوق ضمان الودائع المصرفية والذي يسير عن طريق شركة مساهمة تسمى " شركة ضمان الودائع المصرفية"، وتتكون حصص هذه الشركة عن طريق الاكتتاب في رأس مالها من طرف البنوك و الذي يوزع بينها بحصص متساوية، وعالجت المادة 06 من النظام 03/04 كل ما يتعلق برأسمال هذه الشركة، كما تلتزم البنوك بدفع علاوة سنوية تحسب حسب المبلغ الإجمالي للودائع بالعملة الوطنية المسجلة بتاريخ 31 ديسمبر من كل سنة، ويختص مجلس النقد والقرض بتحديد نسبة هذه العلاوة في حدود 01% على الأكثر، وتسهر شركة

¹ - المرجع نفسه، نفس الصفحة

² - نظام مجلس النقد و القرض رقم: 03/04 مؤرخ في: 2004/03/04، يتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، ج. ر.

ضمان الودائع المصرفية المكلفة بتسيير الصندوق على تحصيل هذه العلاوات والتحقق من توظيف هذه الموارد في أصول مضمونة. (المادة 07 من النظام 03/04).

وطبقا للمادة 17 من ذات النظام فإنه يجب على البنوك أن توفى بالتزاماتها لاسيما فيما يتعلق بدفع علاوتها، و تعلم شركة ضمان الودائع المصرفية للجنة المصرفية بأي إخلال بهذه الالتزامات من طرف أي البنوك كما تقدم لها كل المعلومات التي تساعد على تقدير الإخلال المبلغ به و اتخاذ العقوبات القانونية عند اللزوم.

وحدد ذات النظام شروط التعويض، إذ تعتبر حالة التوقف عن الدفع الشرط الأساسي لاستخدام ضمان الودائع المصرفية، وهنا تصرح اللجنة المصرفية بأن الودائع لدى البنك أصبحت غير متوفرة عندما لا يقوم البنك بدفع ودائع مستحقة لأسباب مرتبطة بوضعيته المالية و عندما تعتبر اللجنة المصرفية أن السداد مشكوك فيه، و هذا في أجل 21 يوما بعد أن تكون قد أثبتت للمرة الأولى بأن البنك لم يدفع وديعة مستحقة لأسباب قد ترتبط بوضعيته المالية وتشعر اللجنة المصرفية شركة ضمان الودائع المصرفية بعملية توفر الودائع، وتعفى اللجنة من هذا الإجراء في حال كان البنك في حالة تسوية قضائية أو إفلاسه المادة 13 من النظام: 03/04).

ويقع على البنك المعني اتخاذ الإجراءات اللازمة لإعلام الزبائن المودعين من أجل مباشرة حقهم في التعويض، إذ يجب على البنك أن يعلم فورا و بواسطة رسالة مسجلة كل من المودعين بعدم توفر ودائعهم، و يبين له الإجراءات التي يجب أن يقوم بها والمستندات الثبوتية التي يجب أن يقدمها إلى شركة ضمان الودائع المصرفية للاستفادة من تعويض الصندوق.

تختص شركة ضمان الودائع المصرفية بمراجعة مستحقات المودعين المدرجة ضمن فئة الودائع غير المتوفرة وتدفعها في أجل أقصاه 06 أشهر ابتداء من التاريخ الذي صرحت فيه اللجنة المصرفية بعدم توفر الودائع أو في غياب ذلك اعتبارا من تاريخ حكم المحكمة المختصة إقليميا التي تحكم بالتسوية القضائية أو بإفلاس البنك، ويمكن للجنة المصرفية أن تجدد استثنائيا هذا الأجل مرة واحدة.

أما عن التعويض، فقد حددت المادة 08 من ذات النظام الحد الأقصى للتعويض الممنوح لكل مودع بمبلغ 600.000 دج، مع التأكيد على أن هذا السقف يطبق على مجموع ودائع نفس المودع لدى نفس البنك مهما كان عدد الودائع والعملة الصعبة المعنية طبقا لمفهوم الوديعة الوحيدة، كما يطبق على الرصيد بين مبلغ الوديعة الوحيدة والقروض والمبالغ الأخرى الشبيهة بالودائع المستحقة للبنك على

صاحب الوديعة ، وفي حال تجاوز مجموع المبالغ المستحقة على المودع مجموع وديعته، يبقى المودع مدينا بالرصيد وفقا للتشريع المعمول به، و في حال تجاوز مبلغ الوديعة الوحيدة مجموع القروض والمبالغ الأخرى الشبيهة المستحقة للبنك على المودع، يتم تعويض هذا الأخير في حدود السقف ذاته أي 600.000 دج.

وفي جميع الحالات يتم تعويض المودع بالعملة الوطنية، وفي حالة كانت الوديعة بالعملة الصعبة فإنه يتم تحويل هذه الودائع إلى العملة الوطنية بالسعر المعمول به في التاريخ الذي أعلنت فيه اللجنة المصرفية عن عدم توفر الودائع أو في غياب ذلك، من تاريخ حكم المحكمة المستحقة إقليميا التي تحكم بالتسوية القضائية أو بإفلاس البنك.

ويتم التعويض لصالح صاحب الوديعة، ومتى تعلق الأمر بحساب مشترك، فإن هذا الحساب يوزع بالتساوي بين الشركاء المودعين ما لم يتم النص على خلاف ذلك، و يستفيد كل واحد من الشركاء المودعين من ضمان في حدود السقف المحدد بموجب المادة 08 من النظام: 03/04 السالفة الذكر. وإذا لم يكن المودع صاحب الحق في المبالغ المودعة في الحساب فإن صاحب الحق هو الذي يستفيد من الضمان بشرط أن يكون قد تم التعرف على هويته أو يمكن الإطلاع على هويته قبل معاينة عدم توفر الودائع.

وفي حالة تعدد ذوي الحقوق يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار الحصة العائدة لكل واحد منهم وفقا للأحكام القانونية وكذا تلك الأحكام التي تنظم تسيير المبالغ المودعة.

الفرع الثاني: السلطات الإدارية المستقلة آلية لتجاوز صعوبات تنفيذ العقود (مجال التأمينات نموذجاً)

تلعب بعض السلطات الإدارية المستقلة من خلال ما تتمتع به من اختصاصات دورا مهما لتجاوز بعض صعوبات التنفيذ التي قد تطرأ على إثر تنفيذ الأطراف المتعاقدة في العلاقة التعاقدية سيما الطرف الضعيف للالتزاماتهم التعاقدية، و هنا تمثل عقود التأمين نموذجا لذلك.

تبرز عقود التأمين كعقود منظمة أو عقود جبرية تتجاوز تنظيم بعض بنود العقد إلى محتوى العقد بإجماله، فهي لم تعد محصورة في فرض التعاقد أو المتعاقد وإنما تجاوزت ذلك إلى فرض أساس العقد و مضمونه، و الدليل على ذلك النص صراحة على مشتملات العقد و إلزام الطرفين بالتوقيع عليه و إلا تم اللجوء إلى صيغة البطلان و الذي يؤكد على عدم تطبيق القواعد العامة في التقنين المدني التي تنص

على اتفاق الأطراف على العناصر الجوهرية للعقد دون تحديدها قانوناً، و يمتد الأمر حتى إلى تنفيذ العقد أين يجبر أطرافه على احترام بنوده و في حالة المخالفة يتم توقيع الجزاءات خاصة على المؤمنين من شركات التأمين و إعادة التأمين في الحالة التي يتم التأكد فيها من تعرض مصالح المؤمن لهم للخطر أو لجوء هذه الشركات إلى أساليب التحايل و التدليس في التنفيذ لعقود التأمين.

غير أن الإخلال بالالتزامات التعاقدية واتخاذ التدابير التصحيحية لذلك وكذا تنفيذ الالتزامات التعاقدية والتعويض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بها هو اختصاص أصيل للقضاء العادي الذي يراقب العقود وليس من اختصاص السلطات الإدارية المستقلة، فالرقابة على حسن تنفيذ العقود يكشف عن اختصاص القضاء العادي فيها، بمعنى أن السلطات الإدارية المستقلة حرمت من القدرة على تسوية مثل هذه المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود في القانون الخاص، ومع ذلك سمح لهذه السلطات بمنع و تصحيح فشل الفعالية الاقتصادية من خلال اتخاذ جملة من التدابير لضمان التنفيذ الجيد للعقود المبرمة إلى جانب تلك التي يملكها القاضي العادي.

ومن هذه المنطلقات عمدت التشريعات إلى فرض الرقابة على نشاط التأمين، و كان للسلطات الإدارية المستقلة دور فيها سواء عن طريق لجنة الإشراف على التأمينات أو عن طريق مجلس المنافسة. يظهر الدور الرقابي للجنة الإشراف على التأمينات من خلال سلطتها في اتخاذ التدابير المنصوص عليها بموجب المادة 210 من القانون 04/06 المؤرخ في: 2006/02/20 المعدل والمتمم للأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات، إذ جاء فيها : " تكلف لجنة الإشراف على التأمينات بما يلي:

- السهر على احترام شركات و وسطاء التأمين المعتمدين، الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالتأمين و إعادة التأمين.

- التأكد من أن هذه الشركات تفي بالالتزامات التي تعاقدت عليها تجاه المؤمن لهم ولازالت قادرة على الوفاء...¹.

و بالتالي فإن الدور الرقابي للجنة الإشراف على التأمينات يمكن تلخيصه فيما يلي:

¹ - قانون رقم: 10/06 مؤرخ في: 20 فيفري 2006، يعدل ويتمم الأمر: 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج. ر. ع. 15 صادرة في: 12 مارس 2006

- مراقبة خصائص عقد التأمين المبرم من طرف شركات التأمين و مدى مطابقتها الوثائق المكتتب فيها للمواصفات القانونية للعقود من أجل تسهيل عملية المقارنة بين متغيري العملية الإنتاجية السعر و الجودة، ضمانا للقدرة على الوفاء.

- مراقبة الملاءة المالية لشركات التأمين حيث يجب على هذه الأخيرة تكوين هامش معين من السيولة النقدية لتوجيهها إلى حماية نشاطها من مختلف المخاطر خاصة تلك المتعلقة بارتفاع مبالغ التعويضات و تسديد التزاماتها المختلفة، بالإضافة إلى مراقبة الميزانية و التي تتضمن مراقبة عملية تكوين المخصصات التقنية و تقييم جميع مكونات أصول الشركة و مردودية استثماراتها، و تتدخل اللجنة من خلال مراقبة شركات التأمين و إعادة التأمين و وسطاء التأمين للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتأمين و إعادة التأمين و كذا التحقق من المعلومات حول مصدر الأموال التي أنشئت بها هذه الشركات و كذا تلك التي زادت من أرباحها، و منح المشرع للجنة صلاحية التدخل لإلزام محافظي شركات التأمين و إعادة التأمين أو أحد فروعها بتقديم المعلومات الضرورية حول هذه الهيئات التي يعملون بها.

- ضمان شفافية سوق التأمين وقوانين المنافسة و تكيفها مع الاتجاهات الحديثة لتسويق الخدمات التأمينية إقليميا و دوليا و توضيح و تنظيم دور الوطاء، و هذا من خلال تدخل اللجنة لترقية وتطوير السوق الوطنية للتأمين قصد إدماجها في النشاط الاقتصادي و الاجتماعي.

و هنا يظهر جليا أن المشرع خول للجنة الإشراف على التأمينات سلطة الرقابة على شركات التأمين وشركات إعادة التأمين للتحقق من مدى احترامها لالتزاماتها التعاقدية وملاءتها المالية بما يسمح لها بالوفاء بالالتزامات المستقبلية نحو المؤمن لهم، تجنبا لأي صعوبات قد تلحق العقد وقت التنفيذ مستقبلا. إن هذه السلطة الرقابية تسمح للجنة الإشراف على التأمينات بالتحكم في سلوك شركات التأمين وشركات إعادة التأمين للحيلولة دون تعريض الالتزام بتنفيذ العقد المبرم بين المهنيين والمؤمن لهم للخطر وضمان حماية لحملة الوثائق، إذ يجب أن تكون هذه الشركات قادرة على الوفاء بالالتزامات التي تعهدت بها، بحيث يمكن للجنة طلب كل المعلومات والوثائق الضرورية من شركات التأمين وإعادة التأمين وفروع الشركات لتفحصها وتستنعين اللجنة في مثل هذه الحالات بخبراء للقيام بالخبرة والتأكد من أن العملاء يحترمون قواعد الحذر والوفاء بالالتزامات وتقوم بتقييم كلي أو جزئي للأصول والخصوم المتعلقة

بالالتزامات المقننة لشركات التأمين وشركات إعادة التأمين، وتتجزأ هذه الخبرات على حساب شركات التأمين.

وبالتالي فإن رصد العقود القائمة هو جزء لا يتجزأ من الدور الرقابي الحصييف الذي تمارسه لجنة الإشراف على التأمينات من أجل الاستجابة لمتطلبات التكيف و العلاجات المقدمة لضمان الحماية الفعالة لجملة وثائق التأمين سيما من خلال البحث عن الحلول المثلى لتجاوز صعوبات تنفيذ العقد، و بالتالي فإن هذه التدابير التي تتخذها لجنة الإشراف على التأمينات إنما تعزز الدور الذي يلعبه القضاء الذي يعد صاحب الاختصاص الأصيل في ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية و التعويض عن أي إخلال بالتزام حسن التنفيذ¹.

¹ - MERYL Hervieu, op. cit, p187

خلاصة الفصل الأول:

من خلال هذا الفصل تم الوقوف عند أهم مظاهر التجديد الذي لحق الشريعة العامة للعقود في إطار الدور الذي تلعبه السلطات الإدارية المستقلة، ليتضح أن هذا التجديد لحق مصادر العقد، مضمونه وما يتعلق بتنفيذه.

تجديد المصادر أملت أسباب تتركز بالأساس على المزوجة بين سلطات منفصلة لأجل عمل فعال وملائم ومواجهة معطيات تزداد تعقيدا وتقنية متجاوزة بذلك مبدأ الفصل بين السلطات تحقيقا لأهداف الضبط الاقتصادي، فعلى حد تعبير أحد القانونيين فإنه إذا كان هدف الضبط هو الأساس الذي يبرر الحصول على كل السلطات، إذا كانت جميعها ضرورية لتحقيق هدف الضبط، فإن هذا يكفي كمبرر لقبول هذا التجديد.

تجديد المصادر لوحظ على مستويين، الأول يتعلق بالمصادر الشكلية أين أصبح الحديث عن تعدد ضروري لمصادر القاعدة القانونية المنشأة لأحكام و قواعد العقود، مع تمازج في المصادر أين تملك هذه السلطات المستقلة اختصاصات في أصلها موزعة بين السلطات التقليدية المعروفة (تشريعية، تنفيذية وقضائية)، والمستوى الثاني يتعلق بالمصادر الموضوعية للقواعد التي تحكم العقود في القانون الخاص، أين لوحظ تراجع دور مبدأ سلطان الإرادة أمام الدور الذي باتت تلعبه السلطات الإدارية المستقلة من خلال تدخلها في تأطير اقتران الإرادات المتعاقدة سواء عن طريق تقنية الترخيص المخولة لغالبية السلطات الإدارية المستقلة سواء كان هذا الترخيص للتعاقد مباشرة أو ترخيصا غير مباشر.

تجديد مضمون العقد سمح بتعزيز بعض الالتزامات التعاقدية التي كانت معروفة و لكن بلمسة خاصة، سيما ما يتعلق بالالتزام بالإعلام، كما سمحت السلطات الإدارية المستقلة لنفسها بالتدخل في العقود وكأنها طرف فيها وفرض بنود إجبارية على أحد التعاقدين أو على كليهما حماية للنظام العام الاقتصادي أو حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

التجديد الذي لحق مضمون العقد مس أهم المبادئ التي تقوم عليها الشريعة العامة للعقود و هو مبدأ القوة الملزمة للعقد وما يترتب عنه من نتائج، فحماية النظام العام الاقتصادي، وضمان المنافسة الشريفة بين الفاعلين الاقتصاديين أدى إلى تجاوز هذا المبدأ في كثير من الأحيان.

تجديد الأحكام المتعلقة بتنفيذ العقود ظهر خاصة من خلال تدخل السلطات الإدارية المستقلة وتأكيداً على ضرورة توفير الضمانات اللازمة لتنفيذ العقود وفقاً لما اشتملت عليه في إطار دور وقائي قبلي، وإن كانت هذه السلطات لا يمكن لها التدخل باتخاذ تدابير لإلزام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية في مرحلة التنفيذ أو في حال نشوب نزاع على اعتبار أنه يبقى دور أصيل للقضاء.

ومن هنا فإن التجديد الذي عرفته الشريعة العامة للعقود كان واسعاً إلى درجة الشمولية، وهذا الأمر مرده السلطات الواسعة والمتشعبة التي منحت للسلطات الإدارية المستقلة تحقيقاً لأهداف اقتصادية.

الفصل الثاني:

تقييم دور السلطات الإدارية المستقلة في
تجديد الشريعة العامة للعقود

الفصل الثاني: تقييم دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود

بتبني الدولة السلطات الإدارية المستقلة في منظومتها القانونية برزت أفكار تؤكد أن النصوص القانونية و إن اختلفت مضامينها فإنه لا يمكن لأحد إنكار ذلك التفاعل الذي قد يحدث فيما بينها فتؤثر و تتأثر فيما بين مختلف فروع القانون من جهة و من جهة أخرى في علاقتها مع باقي العلوم الإنسانية ذات الصلة سيما ما تعلق منها بالاقتصاد من جهة ثانية، كما ظهرت بوضوح معادلة أن القانون يعبر عن واقع المجتمع و يحاول التأقلم معه.

كما تم توضيحه من خلال الفصل الأول، فإن من بين فروع القانون التي تأثرت بالنظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة القانون المدني و بتعبير أدق نظرية العقد التي لحقها تجديد مس نواتها و هو مبدأ القوة الملزمة للعقد إلى جانب عناصر أخرى لا تقل أهمية، فكانت لهذا التجديد مظاهره. هذا التجديد الذي لحق الشريعة العامة للعقود بفضل الدور الذي لعبته السلطات الإدارية المستقلة رتب نتائج قانونية مهمة، و هي نتائج إيجابية لحقت القواعد القانونية بل و النظام القانوني ككل (المبحث الأول)، كما تمخض عنها مخاطر لا يستهان بها باتت تطرح عديد التساؤلات القانونية (المبحث الثاني) و هو ما سيتم التطرق إليه من خلال هذا الفصل.

المبحث الأول: الإيجابيات المترتبة عن التجديد

ككل جديد ساهمت السلطات الإدارية المستقلة من خلال المهام المسندة إليها في تطوير المنظومة القانونية بالجزائر في تعبير عن التأثير والتأثر المتبادل بين القواعد القانونية، ولم يقتصر الأمر على فروع القانون العام على اعتبار أنها سلطات إدارية مستقلة، بل امتد ذلك إلى فروع القانون الخاص بل وإلى عصبته " الشريعة العامة للعقود"، متجاوزة بذلك التقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص، ويظهر هذا التطور أساسا في تلك الإيجابيات التي لحقت نظرية العقد فبات الحديث عن قانون مرن وفعال (المطلب الأول)، وكذا المساهمة في تحقيق التوازن العقدي كمطلب أساسي لتحقيق العدالة التعاقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التجديد نحو إنشاء قانون فعال ومرن

إن لظهور السلطات الإدارية المستقلة أثر إيجابي كبير على طبيعة القواعد القانونية المطبقة في السوق سيما ما تعلق منها بالعقود، من خلال جعلها أكثر فعالية و مرونة من تلك القواعد التي كانت السلطة التنفيذية تتولى وضعها، مما يسمح بالقول بأن التجديد الذي لحق الشريعة العامة للعقود سيسمح بإنشاء قانون فعال (الفرع الأول) و قانون مرن (الفرع الثاني) و هو ما سيتم تناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: التجديد و فعالية القواعد القانونية الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة

على اعتبار أن القاعدة القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، فهي تؤثر على الكيان العام له سلبا أو إيجابا حسب طبيعة التفاعل الموجود بينهما، وعلى هذا الأساس يقاس مدى ملائمة القانون للمجتمع تبعا لاستجابة الأول لمتطلبات وطموح الثاني، الأمر الذي يستدعي من الفقه دراسة فكرة فعالية هذه القواعد في الواقع العملي.

إن البحث في فعالية القاعدة القانونية يدفع للبحث في مسألة فعاليتها وواقعيتها ومن ثم نجاعتها، فالفعالية تدل على النجاح والإيجابية، كما ترمز إلى مدلول المردودية بالمفهوم الاقتصادي، أما الواقعية فتدل على التطابق بين الجانب النظري للقاعدة القانونية والميدان الذي تجسد فيه، وبصفة عامة فإن الفقه ينظر إلى مسألة فعالية القاعدة القانونية من خلال كيفية استقبالها من قبل المخاطبين بأحكامها¹.

بالإضافة إلى الوظيفة الحكومية تعد القاعدة القانونية وسيلة ضبط تستعملها الإدارة لتأطير مختلف أقطاب الحياة العامة بصفة شاملة، والحياة الخاصة بصفة خاصة، وقد أدى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي وخصوصة الكثير من القطاعات الاقتصادية إلى انتشار القواعد القانونية الضبطية خاصة تلك التي تتبع من السلطات الإدارية المستقلة التي تتمتع باختصاص وضع التنظيمات في المجالات المرتبطة بنشاطاتها كمجلس النقد والقرض ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، يتسم الضبط بكونه يستعمل أدوات مختلفة عن تلك التي كانت مستعملة سابقا بحيث يتميز بالهيمنة والتخصص والواقعية، مما يجعله يشكل قانونا يتسم بالقانونية الذاتية، فكان لقانون الضبط تأثيرا على المنظومة القانونية للدولة بإضفاء المرونة والسرعة والنجاعة في معالجة القضايا المطروحة².

يتفق الفقهاء على أن عامل السرعة و الفعالية هي من المميزات التقليدية للقواعد المنظمة للقانون التجاري، و قد ورث قانون الأعمال هذه الخصيصة التي لا غنى عنها، و التي رغم قدمها و رجوعها للقانون الروماني فإن الوسائل المستعملة منذ القرن العشرين أكثر تجاوبا بحكم تقدم المواصلات و المراسلات ... غير أن الاستجابة إليها تبقى مرتبطة بعامل الثقة³.

إن البحث في علاقة السلطة التشريعية بالسلطة التنفيذية يظهر عدم التوازن بينهما نتيجة اختلاط الأدوار التي تقوم بها كل سلطة، فباستقراء المادة 85 من الدستور يظهر أن السلطة التنظيمية تحتكرها السلطة التنفيذية مجسدة في رئيس الجمهورية والوزير الأول، وهذا الأخير يسهر على تنفيذ القوانين والأنظمة، ولهذا توصف بالسلطة التنظيمية العامة أو الأصلية. أما البرلمان فيصدر نصوصا تشريعية ذات طابع توجيهي، والسلطة التنفيذية تملك سلطة التعجيل أو التأخير في تطبيقها، كأن تتماطل في اتخاذ

¹ - كاييس شريف، عدم فعالية القواعد القانونية و أثرها على الأمن القانوني، مداخلة أقيمت بملتقى الأمن القانوني، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، 05 و 06 ديسمبر 2012، ص 114.

² - المرجع نفسه، ص 115.

³ - لعشب محفوظ، الوجيز في القانون الاقتصادي . النظرية العامة و تطبيقاتها في الجزائر، د م ج، 1993، ص 33

المراسيم التطبيقية لإدخال القوانين حيز التنفيذ، فالقانون يحدد المبادئ وتتولى السلطة التنفيذية التفصيل في كيفية تجسيدها، و هذا كله يؤدي إلى عدم فعالية النص القانوني.

ومن هنا تبين عجز الإدارة التقليدية في الاستجابة لمتطلبات السوق و وضع القواعد اللازمة لذلك بصورة فعالة تستجيب للمستجدات الاقتصادية كونها لا تمتاز بالسرعة في التدخل خاصة أمام وجود السلطة الرئاسية و الوصائية ذات الطابع البيروقراطي و المرتبطة بالحياة السياسية مما يجعل الاقتصاد عرضة للخطر نتيجة للتقلبات الشديدة في التسيير.

و بظهور السلطات الإدارية المستقلة تم السماح بنوع من الفاصل بين السلطة التنفيذية و القطاع المراد ضبطه مما يعطي شعورا بنقص تدخل الدولة¹، غير أن ذلك لا يعني نفي دورها في ضبط السوق بصفة مطلقة.

إذا كانت السلطة التنظيمية تمارس أصلا من طرف السلطة التنفيذية، إلا أن هذه الأخيرة تتقاسمها مع سلطات الضبط القطاعية، كمجلس النقد والقرض و لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، فهي بمثابة سلطة ضبطية تقنية، وتبرير ذلك أن القطاعات التي عرفت تطورا لا يمكن أن تكون القواعد المطبقة عليها من وضع المشرع فقط وعن طريق القوانين، بل يجب أن تستجيب للتغيرات السريعة التي تعرفها السوق، مع الأخذ بعين الاعتبار تعدد الأعوان الاقتصاديين وكذا مصلحة المستهلكين².

و تجد فعالية القواعد القانونية الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة مصدرها في تشكيلة هذه السلطات، إذ أن تعدد الأعضاء و اختلاف صفاتهم و احتوائها على مختصين و خبراء في القطاع الذي تشرف عليه، يجعلها تعطي حولا متناسبا مع واقع القطاع و انشغالات و تطلعات المتعاملين الاقتصاديين بناء على دراسات و تحاليل علمية و ميدانية، كما أنها تملك مكنة إصدار توجيهات و توصيات يمكن الاستهداء بها عند وضع القواعد التشريعية و التنظيمية³.

¹ - أعراب أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 17

² - عبدش ليلة، المرجع السابق، ص 41.

³ - ZOUAIMIA Rachid, Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en Algérie, colloque national sur les autorités de régulation indépendantes, Université de Guelma 13 et 14 Novembre 2012 , p 04

كما تعد خاصية الاستقلالية التي يفترض أن السلطات الإدارية المستقلة تتمتع بها عاملا يساعد على إيجاد توازن بين المصالح المتناقضة للأطراف لعدم خضوعها لرقابة الحكومة و التدرج الرئاسي فهي لا تخضع لا لسلطة سلمية و لا وصائية و بالتالي تتحرر من التبعية السياسية للحكومة و تضمن حيادها. إن من الأهداف المتوخاة من تزويد المشرع السلطات الإدارية المستقلة بالسلطة التنظيمية، هو إدخال نظام مرن و متطور يتلاءم مع الوضع الاقتصادي و المالي الذي يتطلب الخبرة و التخصص، و الخبراء و المختصين و حدهم يملكون القدرات الكافية لوضع أنظمة دقيقة و مناسبة، فتكون الأنظمة التي تضعها سلطة الضبط أكثر فعالية مقارنة بالأنظمة التي قد تضعها السلطة التنفيذية و يسمح لها بالاستجابة لكل المستجدات التي قد تحدث باتخاذ التدابير اللازمة باعتبار أنها على اطلاع تام بكل ما يحدث أو يتوقع حدوثه في القطاع، و هذا ما عبر عنه الأستاذ " Jean- Jacques DAIGRE " بقوله: " ... بالنظر إلى المعايير القانونية التقليدية فإن هذه الأنظمة استثنائية، تتوسط النص العام و القرار الفردي، فهي مهنية، دقيقة و مضبوطة...".

"... au regard des normes juridique traditionnelles, les normes sont particulières : elles sont intermédiaires entre le texte de portée générale et astreinte et la décision individuelle, elle sont professionnelles précise et correctes,...¹".

إذا كان للسلطات الإدارية المستقلة تأثير على الشريعة العامة للعقود مما جعل البعض يتحدث عن التوجه نحو قانون أكثر فعالية و تفاعلا مع واقع السوق، غير أنه و في الجزائر يعترض هذا التوجه بعض الإشكالات التي تثيرها هذه السلطات الإدارية المستقلة، سيما ما يتعلق بإشكالية الاستقلالية التي تطرحها النصوص القانونية التي تحكم هذه السلطات الإدارية المستقلة و التي تعطي هامشا للسلطة التنفيذية لتقييد عمل و نشاط هذه السلطات، و الأمثلة على ذلك كثيرة، فلمجلس المنافسة مثلا سلطة اتخاذ القرار المتعلق بقبول عمليات التجميع أو رفض ذلك بموجب قرار معلل بعد دراسة الملف المقدم من الأطراف المعنية، غير أن قرار الرفض هذا يمكن تجاوزه بلجوء الأطراف من جديد إلى السلطة التنفيذية (وزارة التجارة) بذات الطلب و الذي قد ينتهي بالقبول. كما أن الأنظمة الصادرة عن لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها لا يمكن أن تدخل حيز التنفيذ ما لم تلق موافقة و مصادقة من وزارة المالية، و بالتالي

¹ - نقلا عن: أعراب أحمد، المرجع السابق، ص 44

فإن لهذه الأخيرة الحق في تعديل مشاريع هذه الأنظمة و هذا التعديل قد لا يتناسب مع الواقع الاقتصادي للأسواق و يتعارض مع مصالح الأعوان الاقتصاديين الناشطين في القطاع، مما يعني أن القواعد القانونية التي تأتي بها هذه الأنظمة قد تفتقد للفعالية اللازمة و المرجوة منها.

الفرع الثاني: التجديد و مرونة القواعد القانونية الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة

إذا كان غير القانونيين يعتقدون بأن من الصفات الأساسية للقانون هو الجمود، فإن رجال القانون يبرهنون كل يوم عن قابليته للتشكل و المرونة، و قد أدى ببعض عمداء القانون في العصر الحديث إلى الكتابة حول المرونة القانونية¹، إذ أكد الفقيه "كربوني" "Carbonnier" أن القانون الجامد وحده الذي يجب أن يؤخذ على محمل الجد، لأنه يجسد القانون الناضج، وبالمقابل فإن القانون المرن يبقى قانونا فنيا غير مكتمل النضج، و المرونة ستكون سريعة الزوال وسيستمر فقط القانون الجامد، وقد ذهب إلى القول أن: " الكبار يعرفون جيدا أنه يوجد وقت واحد فقط للتدخل، وقرىبا تصبح الالتزامات الثابتة وحدها متأصلة عن مهن القانون الوضعي"، أمام هذا الوضع سيصعب القول أن القانون المرن قانون أصيل، سيما أنه يتكيف تماما مع احتياجات نظام في تغيير دائم²، فالقانون المرن يعد أكبر دليل على أن هناك تغيير وتحول مستمر في المجتمع فهو قانون الأزمات و قانون تفاعلي.

غير أن المرونة في قانون الأعمال ليس لها مثل في قانون آخر، فهو قد ولد مع قانون رجال الأعمال و بالتالي يتحول مع حياة الأعمال و توظفه القوى الاجتماعية و الثقافية و الاقتصادية بطريقة تتلاءم مع الأعمال الصناعية و التجارية. و باعتباره يسير ميدانيا تتلاقى فيه مختلف القوى المتميزة بالحركية و بدورات اقتصادية تتأرجح بين القوة و الضعف، فإن قواعده القانونية قابلة للتغيير بطريقة سريعة و أحيانا بطريقة جذرية كي تستجيب للعلاقات الجديدة التي يخلقها الأعوان العموميون، إذ أن مرونة قانون الأعمال هي التي تمكن نفس المؤسسة أو المؤسسات من التلاؤم مع أوضاع اقتصادية و اجتماعية مختلفة مع ما كان متفق عليه و دون اللجوء إلى تعديل عميق في مصادره التشريعية³.

¹- لعشب محفوظ، الوجيز في القانون الاقتصادي . النظرية العامة و تطبيقاتها في الجزائر، المرجع السابق، ص 32

²- Mustapha Mekki , propos introductifs sur le droit souple, in, thème et commentaire, Association Henri Capitant, journée national, Tome XIII Boulogne sur-mer, Dalloz, P1.

³- لعشب محفوظ، الوجيز في القانون الاقتصادي . النظرية العامة و تطبيقاتها في الجزائر، المرجع السابق، ص 32، 33

و قد تظهر المرونة كعلامة للاستقرار بعكس ما يؤخذ عليها، إذ أن الفرد قد يحس بالاستقرار إذا تقبل تطبيق القانون الملزم له، فهذا وجه آخر للاستقرار فلا يتصور استقرار أشخاص القانون في الوقت الذي يستوجب عليهم احترام أو تحمل التزامات تتماشى و واقعهم الحقيقي و احتياجاتهم الجديدة من الحماية أو درجة الحرية أو الضبط المعقولة والكافية الضرورية لكي يطمئنوا لقانونهم ولمشروعهم، فالتحليل الاقتصادي يحدد أيضا لو كان العقد كعلاقة أكثر مرونة قادرا على التصدي لآثار الزمان وأن ينحني أيضا له، دون أن ينكسر تحت ضغط التغيرات الاقتصادية. فبالرغم من أن العقد أفضل وسيلة لحماية توقعات أشخاص القانون عبر الزمان لأن الأطراف يفترض بهم أن يكونوا على دراية تامة بما يحويه العقد من حقوق والتزامات يلتزم الأطراف باحترامها، لكن القانون الاقتصادي يطمح لأن يصبح هذا العقد قابلا للتغير وفق الظروف التي تحل بأحد الأطراف أو كلاهما لكي لا تجعل الالتزام مرهقا لأحدهما.

فالقانون المرن يتميز بأنه مزود بنسيج لين ومطاطي، وهذه الليونة تسمح له بتجاوز الصعوبات الناتجة عن التعددية القانونية¹ Le pluralisme juridique والثقافية لأن طبيعة القاعدة المرنة تعد أحيانا وسيلة " للتوجيه بالإقناع"، في الكثير من الأحيان تستسلم السلطات العامة لإجراءات القانون الفضفاض (معتدل ولين)² من أجل تسهيل الوصول للقانون، ويمكن للقانون الجامد أن يتجه إلى المرونة من أجل أن يترك للخواص إمكانية المشاركة في وضع القاعدة القانونية بغرض زيادة إمكانية توقع القانون واستقراره ووضوحه لأنه في هذه الحالة لن يتحمل المشرع مسؤولية توفير الأمن القانوني والتي ستقع على عاتق من طالب به مسؤولية توفيره لنفسه بنفسه، " هذا التعاون بين المشرع والخواص أعطى قانونا هجيناً (un droit Hybride) يدعى "قانون الضبط" « droit de régulation »"³.

وهكذا يصبح القانون الجامد أكثر قابلية للوصول إليه ماديا وفكريا، ولا شك أن هذا النوع من القانون الذي يلجأ إليه القانون الاقتصادي بصفة مستمرة ومتكررة يمس بالأمن القانوني وبالتالي يجب أن يحترم عتبة معينة من العدالة، كذلك يجب أن يبذل جهدا في تحريره من أجل تقييد أن يكون بدوره مصدرا لقانون تقني ومعقد، أيضا من جهة أخرى يجب تأمين الحد المعقول واحترام تدرج القوانين، لأنه وبالرغم من أنه يساهم في العملية التشريعية إلا أنه لا يمكن أن يتصدى ويناقض قواعد رسمية للقانون، يجب أن يبقى في دور المناوب أو البديل. إن الحركية والمرونة المطلوبة من النصوص التنظيمية للسلطات

¹ - voir ,L Boy J. Bracine; pluralisme juridique et effectivité du droit économique , sov- dir : J. J sueur,larcier Bruxelles ,2011.

² - Mustapha makki ,op- cit, P 13 .

³ - Ibid , p17 .

والمتعيرة باستمرار أمر تفرضه عليها حركية نظام الإنتاج والبيع المتغير في الأسواق، ومن هنا تبدو خاصية المرونة التي يتسم بها القانون الاقتصادي مضادة للأمن القانوني التقليدي، فالقانون المرن يتميز بكثرتة وعدم استقراره وعدم إمكانية توقعه المطلقة إلا أنه مرافق لا غنى عنه للقانون الاقتصادي والحياة التجارية، وهذا ما يبرر اختيار القانون الاقتصادي للتخلي عن الأمن القانوني المطلق والتقليدي.

أيضاً إلى جانب المرونة القانونية التي يستعملها القانون الاقتصادي، فقد يلجأ إلى المرونة في بعض المفاهيم مثلاً: حرية المنافسة إذ قد يتم اللجوء إلى تعزيزها من جهة ومن جهة أخرى فقد يكون السعي إلى الحد منها، أو الإعفاءات التي يمكن أن تقرر لممارسات في الأصل مقيدة للمنافسة مثل التجميعات.

وجه آخر من المرونة في القانون الاقتصادي تكمن في تنوع القواعد التي يتم بها التدخل، فهي تتراوح بين قواعد متساهلة أقل ما يمكن القول عنها أنها ليبرالية، وبين قواعد ذات مضمون إلزامي صارم. ومنه فإن إزالة التنظيم لا تعني نهاية النصوص ذات المصدر السلطوي، بل يجب وضع قواعد تحدد الإطار العام للنشاطات الاقتصادية، إذا فهو ليس بعملية مطلقة بل نسبية، وترد عملية التفصيل في كيفية تطبيقها لسلطات الضبط المستقلة باعتبارها تتمتع بسلطة تنظيمية ثانوية وتقنية، وهي سلطة تقنية محصورة، تحقق فعالية وسرعة أكثر في تنظيم النشاط الاقتصادي ومسايرة حركيته بعيداً عن الضغوطات السياسية، غير أنه يبقى للسلطة التنفيذية مجال واسع للتأثير على السلطات الإدارية المستقلة ونجاحها¹. إذا كان قانون الضبط الاقتصادي بالفعل يعبر عن تصور جديد لصناعة القانون كما ذهب إلى ذلك الفقيه " شمبو"²، و الدولة قد أسندت للسلطات الإدارية المستقلة مهمة الضبط الاقتصادي، فلا بد أن لظهور هذه السلطات و تدخلها القوي و المتزايد في ضبط السوق أثرها على مختلف فروع القانون سواء تلك المصنفة ضمن قواعد القانون العام أو تلك المصنفة ضمن قواعد القانون الخاص، و من بينها تلك القواعد التي تحكم العقود المدنية كما تم إبرازه من خلال مظاهر التجديد، و إن كان إنشاء مثل هذه الهيئات الإدارية المستقلة لم يكن بغرض التأثير على الشريعة العامة للعقود أو على قانون بذاته بل جاء لتحقيق أغراض اقتصادية و تجاوز عجز عرفته الإدارة التقليدية أمام التحولات الاقتصادية.

¹ - عبديش ليلة، المرجع السابق، ص 41

² - نجاح عصام، محاضرات في قانون الضبط الاقتصادي، المرجع السابق .

إن تكريس مبدأ حرية الاستثمار يتطلب منظومة قانونية مرنة، غير أن الملاحظ على التشريع الجزائري هو خضوع النشاطات الاقتصادية لغزارة في النصوص القانونية المؤطرة له إن لم يكن إفراطاً، مما أثر سلباً على المبدأ القائم على حرية الصناعة والتجارة كمبدأ دستوري.

ويظهر الأثر الإيجابي لدور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود من حيث المرونة والفعالية كهدف مرجو تحقيقه في المنظومة القانونية ككل، من خلال بعض المبادئ التي أصبحت تطبع العلاقات التعاقدية والتي حلت محل مبادئ تقليدية كانت مقدسة في الفكر القانوني الليبرالي ومنها:

- الحد من الحرية التعاقدية بطرق مختلفة، كالتعاقد الإجباري أو فرض مضمون العقد أو فرض بعض أحكامه و شروطه.
- الحد من مبدأ الأثر النسبي للعقد، بحيث أصبح التعاقد يباشر بواسطة جماعات، فتتصرف آثاره إلى أطراف كثيرة.
- فرض بعض الشكليات لمراقبة المعاملات.
- التصور الحقيقي للأمور عوض التصور المجرد، كالاعتداد بالمساواة الحقيقية بدل المساواة المجردة.
- ظهور نظام عام اقتصادي حمائي يدير الاقتصاد و يحمي الفئات الضعيفة.
- إقرار جزاء جديد يتناسب مع المبادئ الجديدة.
- اشتراط حسن نية المتعاقد في مرحلة تكوين العقد و تنفيذه.
- تعزيز التزام واجب إعلام المتعاقد.

المطلب الثاني: التجديد و دوره في حماية توازن العقد و النظام العام الاقتصادي

إن لتجديد الشريعة العامة للعقود، و الذي كان للسلطات الإدارية المستقلة دور فيه، تأثير كبير من خلال الكشف عن آليات جديدة من شأنها المساهمة في توازن العقود و حماية النظام العام الاقتصادي الذي أصبح هاجس القانونيين، سيما في ظل التحولات الاقتصادية الكبرى التي عرفها العالم و التي أثرت على طبيعة العلاقات التعاقدية التي تجمع الأطراف المتعاقدة.

ومن خلال هذا المطلب وفي فرعين نحاول إظهار هذا التأثير: المساهمة في الكشف عن آليات جديدة لحماية التوازن العقدي (الفرع الأول) و فكرة التجديد و النظام العام الاقتصادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التجديد نحو مفهوم جديد لحماية التوازن العقدي

إن التحولات الحاصلة في المجتمع من تطور و تغير و وجود تفاوت بين الأفراد أثر على ممارسة الحقوق الممنوحة لهم، فكان لا بد من إعادة النظر في المبادئ التي تحكم العلاقة العقدية أي العقد، على أساس أن القانون إذا لم يتغير فهو قانون ظالم، فانتقل المشرع من دور المحايد إلى دور المتدخل في العقد بغرض إعادة توازنه و تحقيق العدالة العقدية.

إذ لم تمنع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من تسلل السلطة العامة في العلاقة العقدية سعياً منها لتحقيق التوازن العقدي، فلها التدخل في العقد قبل إبرامه و في مرحلة التكوين و حتى في مرحلة التنفيذ، وهذا التدخل لا يمس بصحة العقد أي أن العقد صحيح لكن هناك اختلال في توازنه و هذا الوضع يتنافى مع مفهوم العدالة العقدية.

إن الاهتمام بفكرة توازن العقد يعني أنها أصبحت من مستلزماته و لا يمكن القول أنها مسألة وردت بنص قانوني، و لتحقيق هذا التوازن كان لا بد من الخروج من النظرية التقليدية للعقد التي تجعل منه يساوي الإرادة إلى النظرة العامة التي ترى في العقد جوا للتعاون و التضامن بين أطرافه وهذا هو التصور الحديث للعقد¹.

تظهر أهمية العقد في أنه وسيلة الدخول إلى السوق من أجل خلق سوق تنافسية حرة، حتى لو كانت تلك السوق تخضع للضبط من طرف سلطة الضبط، و لما كانت السوق تقوم على مبدأ التوازن بين المنافسة الحرة و مبدأ آخر، فيمكن أن يكون العقد وسيلة لتحقيق التوازن.

إن قانون المنافسة مثلاً . في فرنسا . لا يعتني بالأشخاص بل بالوضعيات داخل السوق، فينظر إلى نموذج العقد، خاصة على ضوء الأنظمة أو اتفاقات التوزيع، سواء تعلق الأمر بالامتياز أو بالتنازل، في هذه الحالة ينظر إلى البنود التي يحتويها العقد، السوداء أو البيضاء من هذا المنطلق يظهر الصراع بين قانون العقود و قانون المنافسة.

حقيقة أن المشرع لم يشترط أن يكون العقد متوازناً لكن هذا لا يفي أنه اهتم بعدم توازن العقد، بل إنه و في القواعد المنظمة للعقد سواء العامة أو الخاصة وضع الآليات التي يسعى من خلالها لإعادة توازن العقد، و تدخله لإعادة توازنه لا يصطدم بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين من منطلق أن العقد لم يعد فقط

¹ - نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 279.

من اهتمامات الفرد بل من اهتمامات المشرع، و هذا التصور يتعارض مع الاتجاه الفردي الذي يرى ضرورة الالتزام بما جاء في العقد و لا يجوز تعديله و لو كان من باب إعادة توازنه¹.

إن العقد المبرم الذي يختل توازنه هو عقد صحيح فالمشكل ليس في صحة العقد، و إنما في اختلاله الناتج عن وجود ظاهرة التفاوت بين الأفراد مثلما هو بين المنتج أو الموزع و بين جمهور المستهلكين للسلع و الخدمات، و يترتب عن عدم التوازن وجود إيجاب دائم موحد موجه للجمهور فيتحقق بذلك التعاقد بمجرد تسليم و إذعان الأفراد لهذه الأسعار و الشروط على نحو تتعدم معه المساومة في الأصل.

إن محاربة عدم التوازن العقدي كان ينظر إليه بأنه ينحصر في مجال العلاقات بين المحترفين و المستهلكين أو بين الأشخاص الطبيعية و الأشخاص المعنوية في معاملاتها مع الأشخاص الطبيعية أو في إطار العلاقات المهنية، غير أنه ظهرت علاقات تبعية بين الأعوان الاقتصاديين.

إن هؤلاء المهنيين لا يمكنهم طلب الحماية عن طريق قانون الاستهلاك، إذ لا يتمتعون بصفة المستهلك، كما لا يمكن إعمال قواعد قانون العقود باستعمال نظرية عيوب الإرادة لغياب العنصر المعنوي وغياب الغلط والتدليس والإكراه، لأن المتعاقد يعلم مسبقاً بأن شروط العقد لا تلائمه، لكن بالضغط الممارس عليه من طرف المتعاقد الآخر يلجأ للتعاقد، و في هذه الحالة فإن المحترف التابع ملزم بالبحث عن الحماية في قانون المنافسة، و من هنا فإن قانون المنافسة يمكن أن يحد من الحرية التعاقدية استناداً إلى النظام العام، و بالتالي فإن قواعد السوق يمكن أن تنقص من الحرية التعاقدية من أجل حماية التوازن المراد إيجادها في السوق و من أجل ضرورة التنظيم الاقتصادي، و في قطاع الشبكات حيث السوق أكثر سرعة يتحقق التوازن بين الحركة التنافسية و استقرار الشبكات كغاية للضبط.

إذا كان هناك خلاف حول تدخل الدولة في العقود بين من يراه ضرورياً و من يرى فيه مساساً بالحرية على اعتبار أن كل تنظيم تشريعي يلغي جزءاً من الحرية، فإن قواعد النظام العام الحمائي تكمل ما لم تستطع الإرادة الضعيفة أن تحققه بمفردها، فأصبح توجيه العقد و معالجة اختلال توازنه من الأولويات التي لا بد من تحقيقها أكثر من السعي إلى تكريس الإرادة و الحرية، فتوجيه السلطات الإدارية المستقلة لبعض العقود يسمو على إرادة المتعاقدين و على العقد في آن واحد بغرض تحقيق التوازن الذي لن يتحقق إلا بإدراج قواعد النظام العام في العلاقة العقدية.

¹ - Baraud Alexandre, Contribution a l'étude de la socialisation du droit des contrats, thèse, université de Lille II, 04 Juillet 2001, p 28

و وجود الإرادات الضعيفة يعتبر من أسباب تطور مبادئ معاصرة تتماشى مع التعاقد الحديث، خاصة مع تطور مفهوم فكرة النظام العام إلى مفهوم اجتماعي حمائي و بمقتضاه ظهرت عدة تشريعات كرسست للطرف الضعيف في العقد جملة من الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها، و هذا هو الطريق الآخر الذي اعتمد عليه المشرع لإعادة توازن العقد¹.

إن الجديد الذي جاء به القانون وفق القواعد الخاصة في مسألة الشرط التعسفي يتمثل في أن المشرع أصبح يحدد مسبقا الشرط التعسفي، خلافا لما كان عليه الحال في القواعد العامة حيث ترك المشرع تقدير الشرط التعسفي للقاضي².

و من هنا باتت إعادة تحقيق التوازن العقدي تتركز على مضمون العقد، فمنعت شروطا باعتبارها شروطا تعسفية وضبطت سلوك الطرف القوي في العقد بإلزامه بالتزامات إضافية بنصوص قانونية (الأنظمة الصادرة عن سلطات الضبط) خدمة للطرف الضعيف، كما بدأ الاهتمام أكثر بالشكلية في العقود من خلال وضع السلطات الإدارية المستقلة لعقود نموذجية.

و في هذا المجال ولتأكيد الفكرة يمكن التطرق إلى عقد التأمين ومحاولة إبراز دور لجنة الإشراف على التأمينات كسلطة إدارية مستقلة في حماية التوازن العقدي بمفهوم مخالف للمفهوم التقليدي. من أجل حماية عقود التأمين من أشكال التحايل والتعسف التي قد تلجأ لها شركات التأمين أو إعادة التأمين و الذي يعد في الحقيقة حماية للحريات والحقوق من جهة وفي بعض الأحيان تقييد لهذه الحريات من جهة أخرى، و يتعلق الأمر بحماية مبدأ سلطان الإرادة للطرف الضعيف في عقد التأمين من عدم قدرته على التفاوض حول شروط العقد والبيانات التي تعرضها شركات التأمين أو إعادة التأمين كون تلك الشروط قد تكون متعسف فيها مما يرهق المؤمن لهم من الناحية المالية والاقتصادية والذي يعتبر تعديا على الحرية التعاقدية وخرقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، تدخل المشرع لفرض النظام العام في مجال التأمين لفائدة الطرف الضعيف في العقد و لو أنه من جهة أخرى يعتبر تقييدا لحرية المؤمن في مجال وضع الشروط المناسبة لعقد التأمين مادام هو صاحب المبادرة إلى إبرام العقد كونه المحترف والمالك للخبرة التقنية والفنية في هذا المجال.

¹ - نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 157 و 158.

² - أنظر المرسوم التنفيذي رقم: 306/06 المؤرخ في: 10 سبتمبر 2006 المعدل بالمرسوم 44/08 المؤرخ في: 30 فيفري 2008 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. ع. 56 الصادرة 11 سبتمبر 2006.

ومن هنا يمكن القول أن عقد التأمين أصبح يستمد الزاميته من إرادة المشرع لا من إرادة الأطراف، وبالتالي إذا كان الخواص يسعون لتحقيق الأهداف الشخصية و يتمسكون بالحرية التعاقدية فإن المتطلبات الاجتماعية تدعو إلى تدخل الدولة لمنع أي تعسف في المجال التعاقدية، و بناء على هذا فإن عقد التأمين يعد من عقود الإذعان و هو مركز قانوني منظم تتقدم فيه المصلحة العامة على مصالح كل طرف فيه.

الفرع الثاني: التجديد و أثره في تطور فكرة النظام العام الاقتصادي

يعتبر العقد المبرم بشكل صحيح قانونا للمتعاقدين، وتعتبر الحرية الأصل في التعاقد، فيلتزم الطرفين بتنفيذ ما التزما به إلا ما كان منه مخالفا للنظام العام.

و لكن يبقى النظام العام مفهوما فضفاضا مرنا ومتغيرا، إذ يعتبر من المفاهيم التي اختلف الفقه كثيرا في تحديد مضمونه خاصة مع التطور الحاصل في مختلف العلاقات القانونية و تداخل الروابط الاجتماعية والمهنية والاقتصادية في تحديده.

لقد وجد النظام العام كمفهوم في القانون المدني ليبقى وسيلة يتمكن من خلالها القاضي للتصدي لبعض العقود التي تشكل خطرا على العلاقات القانونية، و بالتالي يقضي ببطالها و لا يسمح بتنفيذها، إذ تنعدم هذه التصرفات و لن يسمح حتى بإنشائها، فالنظام العام هو نقيض الحرية التعاقدية.

مع التطور الحاصل في العلاقات التعاقدية لم يعد للعقد وظيفة تحقيق العدالة التعاقدية التي يتغنى بها رجال القانون، إذ أصبح أحد الطرفين في العقد يتمتع بقوة نتيجة ظروف خارجة عنه، فأصبح جدير بحمايته تحقيقا لمصلحة المجتمع، لذا ظهر أن تحقيق مصالح خاصة للأفراد يمكن من خلاله حماية مصلحة المجتمع كله.

و بالتالي إذا كان الهدف و المبدأ الأساسي في العلاقات التعاقدية هو الحرية، فإن هذه الأخيرة تجد أبرز ضوابطها في القيام بالحرية الأخرى المتعلقة بالحرية التنافسية، و عمليا فإن هذا الدور الذي تنهض به قواعد المنافسة للحد من الحرية التعاقدية يجد أساسه في قواعد تكيف على أنها من النظام العام.

و قد أخذ مجال النظام العام يتسع ليضم مجالات جديدة في ظل تزايد المشكلات الاقتصادية و ارتباطها بالتطور العام، ومن هنا ظهرت فكرة النظام العام الاقتصادي الذي يقصد به تزايد تدخل الدولة في القطاعات الاقتصادية لأن ترك النشاط الاقتصادي للأفراد والسماح بحرية مطلقة في هذا المجال يعرض المجتمع في مجموعه لمخاطر اقتصادية و اجتماعية كبيرة، فأصبح هذا النوع الجديد للنظام العام يوصف بأنه إيجابي إذ يهدف إلى تحديد ما يجب أن يتضمنه العقد من أحكام، فلا يكفي للقانون أن يتضمن ما يجب على الأفراد الامتناع عنه بل وعلى ما يجب القيام به أيضا كما عبر عن ذلك "Ripert" و هو أول من تطرق إلى هذا الفرع للنظام العام حين سماه النظام العام الاقتصادي¹.

في نطاق هذه المهمة، وعلى اعتبار أن العقد هو المصدر الرئيسي للالتزامات، و لاعتبارات النظام العام هذه، وجدت نصوصا و قواعد قانونية آمرة تهدف إلى تأكيد مبدأ الحرية التعاقدية و في ذات الوقت تحقيق التوازن بين المصالح الفردية و الجماعية، كما فرضت الحاجات الاقتصادية و الاجتماعية الراهنة تغييرا أساسيا على حساب حرية التعاقد يتجلى في توسيع مفهومي النظام العام و عيوب الرضا، و في هذا المجال يقول الفقيه " René Savatier ": " يجب أن نحتفظ بعبارة النظام العام الاقتصادي للضغوطات المفروضة من جانب المذهب الاقتصادي على حرية التعاقد"، أي أن النظام العام الاقتصادي يؤول أساسا إلى قيود معينة تفرض على الحرية التعاقدية، بحيث أن إرادة الأطراف يجب أن تحترم هذه الفكرة مهما اختلف مضمونها و الأغراض التي تستهدفها على اعتبار أن الأسلوب القانوني الذي تسلكه واحد، إذ يتعلق الأمر بقواعد مقيدة للحرية الفردية و يتجلى ذلك خاصة عندما يتدخل القانون ليحدد حرية الاتفاقات بقواعد آمرة أو ناهية².

و من هنا فإن النظام العام باعتباره مفهوما ملازما للقانون لم يعد يتوقف عند ذلك المفهوم التقليدي، ولم يعد دوره ينحصر في تقييد الحرية التعاقدية حماية للمصلحة العامة العليا للأفراد في المجتمع على اعتبار أن قانون المتعاقدين لم يكرس إلا مساواة قانونية دون تحقيق العدالة التعاقدية مما أنتج مراكز غير متكافئة في العقد و ولد ضعف أحد الطرفين مقارنة بالقوة التي يتمتع بها الطرف الآخر

¹ - بلميهور عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي حول "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" يومي 07 و 08 ماي 2014، منشورة بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، ص 382.

² - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 304، 305.

فهناك حاجة لحماية مصلحة أحد الطرفين، و إلى جانب التطور الحاصل في دور الدولة الحديثة التي لم تعد الفاعل في الحياة الاقتصادية بل انتقلت إلى مرحلة جديدة لتكون الموجه للحياة الاقتصادية، برزت ضرورة وضع قواعد قانونية جديدة أمرت على الجميع احترامها هدفها أساسا حماية مصالح خاصة، و من هنا جاء شكل آخر للنظام العام و هو النظام العام الاقتصادي¹.

و يقسم الفقه النظام العام الاقتصادي إلى نظام عام اقتصادي توجيهي ونظام عام اقتصادي حمائي، يكون الهدف من قواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي توجيه العلاقات الاقتصادية من أجل تحقيق المنفعة العامة، فتتدخل الدولة من أجل الحفاظ على تناغم الأفراد في المجتمع بتحقيق رخاء اقتصادي، و هذا التدخل يكون بشكل مباشر في تنظيم المعاملات من أجل حماية المنفعة العامة للأمة ومن أجل المحافظة على التوازنات الاقتصادية للدولة.

وتهدف قواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي إلى توفير حماية للفرد من تسلط طرف آخر في العقد نتيجة تمتعه بقوة اقتصادية، فهي قواعد تهدف إلى ترقية و الدفاع على حرية تعاقدية حقيقية لمصلحة متعاقد من المفروض أنه ضعيف في العقد، نظرا لتمكن الطرف الآخر من قوة اقتصادية من شأنه التأثير على رضا المتعاقد الضعيف بتقبل شروط تعاقدية أقل ما يقال عنها أنها غير عادلة.

وصف قانون المنافسة بالقانون العام الاقتصادي لا يثير أي جدل، لكن اعتباره نظام عام اقتصادي توجيهي لم يعد واضحا خاصة بسبب ربط قانون المنافسة بالعقد، و خاصة و أنه لا يقتصر التعامل والتبادل التجاري بين المتعاملين الاقتصاديين على استعمال تقنية العقد، بل أن المنافسة يمكن أن تجد تنظيمها جديدا من خلال العقد المبرم بين المؤسسات، و يندرج حظر الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن النظام العام و هذا ما يحد من حرية التعاقد، فحرية التعاقد لم تكن أبدا مطلقة فهي تصطدم بقواعد عامة، دون أن يتوقف النظام الاقتصادي عن كونه ليبرالي:

« La liberté contractuelle peut se heurter à des règles générales sans que l'économie cesse d'être libérale. »².

قواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي أكثر وضوحا في مجال حماية المستهلك أو حماية العامل، أما في مجال المنافسة هناك تردد بين النظام العام الحمائي والنظام العام التوجيهي ويميز بينهما بالنظر إلى المصلحة المحمية، المصلحة العامة بالنسبة للنظام العام التوجيهي، وحماية المصالح

¹ - بلميهوب عبد الناصر، المرجع السابق، ص 379، 383 و 384.

² - FRISON-ROCHE - Marie-Anne -, Contrat, concurrence, régulation, op, cit, p 457.

المشروعة لمجموعة من الأشخاص التي لا تملك القدرة لحماية مصالحها بمفردها بالنسبة للنظام العام الحمائي، و لكن بما أن قانون المنافسة لا يحمي المتنافسين بل المنافسة، أي السوق، باستعمال معايير التحليل التي يستند عليها القانون العام، فقانون المنافسة يؤكد أنه قانون النظام العام التوجيهي، لكنه في تطور مستمر فبالنظر مثلا في مخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية يطرح التساؤل: أليس هناك نظام عام حمائي؟ مع العلم أنه في حالة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية تستغل المؤسسة قوتها الاقتصادية النسبية، أي قوتها في إطار العقد مع المتعاقد الثاني و المتواجد في وضعية حرجة، فتفرض امتيازات و بنود تعسفية و غير مبررة، نفس الشيء مثلا بالنسبة لبعض بنود العقد الملزمة في عقد التوزيع كشرط الإعلام المسبق الواجب توافره في بعض عقود التوزيع تطبيقا لنص المادة الأولى من قانون "Doubin" التي تم إدماجها في القانون التجاري الفرنسي بموجب المادة 3 - 330¹L.

المبدأ العام هو أن قانون المنافسة لا يهدف و لا يمكن أن يهدف إلى إعادة التوازن في العقود، بل أن قانون المنافسة يهدف إلى تنظيم السوق، فالمعاملون الاقتصاديون بالنسبة لهذا القانون مؤسسات من المفروض أنها حرة في تحديد سياستها التجارية في السوق، ولا يهم أن يكون العقد المبرم بين الموزع والمموم قد احترم التوازن في الحقوق و الالتزامات المتبادلة لطرفي العقد، ومع ذلك يمكن لبعض البنود المخلة بالتوازن في العلاقة التعاقدية أن تؤثر على السوق، و على هذا الأساس فقط يمكن لقانون المنافسة أن يسمح بصفة غير مباشرة بتنظيم العقد لحماية السوق²، ومن الأمثلة التي يمكن تقديمها في مجال تنظيم العقد لحماية السوق أنظمة الإعفاءات الأوروبية التي تحولت إلى وسيلة فعلية لإعادة التوازن في العقود وهذا ما يلاحظ مثلا في نظام الإعفاءات التي يستفيد منها توزيع السيارات، فيعتبر هذا النظام نوعا ما عقد إطار لتنظيم توزيع السيارات، لأنه يعالج عدة بنود في العقد لأجل تحقيق نوع من التوازن في عقد التوزيع، فمثلا النقطتين السابعة عشر و الثامنة عشر من النظام تتصان على هذه الحماية من خلال منع المنتج من إلزام مصلح السيارات المعتمد باستعمال بصفة حصرية قطع غيار من صنع منتج السيارة للقيام بعملية التصليح في حالة وجود خلل، بما أن للمصلح إمكانية الحصول على قطع غيار مناسبة و قد تكون أقل تكلفة، كما لا يحق لمنتج السيارة أن يمنع منتج قطع الغيار المستعملة في السيارة، أو منتج جزء من السيارة قبل تركيبها (كصانع العجلات الذي قد يكون منتج آخر متميز عن منتج السيارة) من وضع

¹ - مختور دلييلة، المرجع السابق، ص 536.

² - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

علامته التجارية على هذا الجزء الخاص من السيارة أو في قطع الغيار المستعملة عند تركيب السيارة...¹.

عموماً يمكن القول أن تنظيم السوق يعتبر الهدف الأول و الأساسي في قانون المنافسة أما تنظيم العقد ما هو إلا هدف ثانوي²، كما يمكن القول أن النظام العام التنافسي يستجيب لفكرة النظام العام الاقتصادي بصفة عامة لأنه:

- من جهة النظام العام التوجيهي، لأنه يهدف للبحث عن الفعالية الاقتصادية.

- من جهة ثانية النظام العام الحمائي، لأنه يهدف إلى خلق التوازن من خلال تحقيق أهداف المصلحة العامة.

إن المشرع وفق القواعد العامة المنظمة للعقد لم يكيف الإكراه الاقتصادي كعييب من عيوب الإرادة، بل حدد العيوب المؤثرة على الإرادة في أربعة (الإكراه، التدليس، الغلط و الاستغلال)، لذلك " الاحتياج أو عدم الخبرة لا يعتبران في حد ذاتهما من عيوب الإرادة"³، و من هنا فإن الإكراه الاقتصادي يعيب الإرادة الفردية من الناحية الواقعية (ضعف اقتصادي فقط) أما من الناحية القانونية فإنه لا يعتبر عيباً من عيوب الرضا التي يستند إليها القضاء للتدخل لإبطال العقد و إنصاف المتضرر، فالإرادة هنا صحيحة لكنها بحاجة للحماية.

¹- المرجع نفسه، ص 536، 537.

²- المرجع نفسه، ص 537

³-الجميبي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، 1996، ص 59.

المبحث الثاني: مخاطر التجديد

إن السلطات الإدارية المستقلة من خلال دورها في تجديد الشريعة العامة للعقود بالقدر الذي ساهمت في تحقيق بعض المكاسب للمنظومة القانونية ككل و لنظرية العقد بصورة خاصة، غير أنها و من جانب آخر رتبت مخاطر على الشريعة العامة للعقود أدت بالبعض إلى التأكيد أن هذا التجديد بات يهدد بانهيار الشريعة العامة للعقود بسبب أزمة العقد والمساس بالأمن القانوني (المطلب الأول) ومن جانب آخر فإن التجديد هذا في حقيقته مبني على نظام خاص بالسلطات الإدارية المستقلة غير مكتمل المعالم سيما في الجزائر (المطلب ثاني).

المطلب الأول: التجديد نحو لا أمن قانوني و أزمة تهدد الشريعة العامة للعقود بالانهيار

إن التطورات الاقتصادية التي عرفها النظام الليبرالي و التي أثرت على مبدأ سلطان الإرادة الذي كان المصدر المادي دون منازع للشريعة العامة للعقود، أدت إلى التخلي تدريجيا عن المبادئ التي قامت عليها هذه الأخيرة، فباتت العقود تعبر عن علاقة منظمة بعد أن كانت علاقة تعاقدية قائمة على حرية الإرادة، مما أدى بالبعض إلى التأكيد على أن تدخل هذه السلطات قد أثر على استقرار العلاقات التعاقدية والأمن القانوني عموما وأصبحت الأمور متجهة نحو لا أمن قانوني من جهة والتوجه نحو تنظيم العقود يعبر عن الهشاشة التي باتت تصبغ مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" وأدخلت العقد في أزمة تهدد بانهياره من جهة ثانية.

الفرع الأول: التجديد، انزلاق نحو لا أمن قانوني

يعتبر مبدأ الأمن القانوني أحد أهم مقومات الدولة القانونية الحديثة القائمة على مبدأ سيادة القانون، ومؤدى هذا المبدأ أن تلتزم السلطات العامة في الدولة بضمان قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحدا أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية، كي يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من

القواعد والأنظمة القانونية القائمة بإعمالها و ترتيب أوضاعهم على ضوءها دون التعرض لتصرفات مباغته تهدم توقعاتهم المشروعة و تززع استقرار أوضاعهم القانونية¹.

يعد مبدأ استقرار المعاملات من ضروريات الإنتاج والتوزيع عن طريق الإقبال على إبرام العقود، وضرورة الاستقرار في التعامل وما يولده من ثقة في نفوس المتعاقدين تقتضي أن يلتزم العاقد بتعاقدته². ترسخ مبدأ الأمن القانوني في ألمانيا منذ سنة 1961، أين أكدت المحكمة الدستورية الفدرالية على دستورية المبدأ، واعترف به دوليا من قبل محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها سنة 1962 وفي قرارات أخرى لهذه المحكمة فيما يخص الثقة المشروعة التي تقترب كثيرا من هذا المبدأ، كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومنذ سنة 1981 أكدت على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني³. وتجعل العديد من الدساتير من مبدأ الأمن القانوني قاعدة دستورية، تنفر عنه متطلبات استقرار النظام القانوني وتوقعية تصرفات الدولة.

وتطرح عملية وضع تعريف لهذا المبدأ صعوبة مردها أنه مبدأ متعدد المظاهر، متنوع الدلالات كثير الأبعاد فضلا عن حضوره الدائم في عديد المجالات. وممن بين التعريفات التي وضعت لهذا المبدأ أنه: " كل ضمانات، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين، ودون مفاجآت، حسن تنفيذ الالتزامات، وتلافي أو على الأقل، الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون"⁴.

¹ - حساني محمد منير، آليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الأمن القانوني، مداخلة ألقيت بملتقى " الأمن القانوني"، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 05 و 06 ديسمبر 2012، ص 84.

² - محمد الصديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2012، ص 285.

³ - غميحة عيد المجيد، مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي، المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، المغرب، 28/03/2008، ص 03.

⁴ - المرجع السابق، ص 06.

وعرفه مجلس الدولة الفرنسي بقوله: " مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون، دون كبير عناء، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق. وللوصول إلى هذه النتيجة، يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة و مفهومة، وألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة"¹.

ومن هنا فإن مبدأ الأمن القانوني يقوم على جودة و معيارية القانون و مدى استقراره، بمعنى أنه يترجم المتطلبات اللازمة لجودة القانون و قابليته للتوقع.

وفي إطار البحث في مجال الأمن القانوني يبرز الأمن التعاقدي، فالعقد آلية قانونية لإجراء مختلف تصرفات الأفراد والمقاولات، وترتيب الحقوق والالتزامات فيما بينهم، وبذلك تعتبر العقود أدوات عملية متحركة على مستوى الحياة الاقتصادية، و يعتبر الأمن التعاقدي من أهم المبادئ الموجهة لقانون العقود، إلى جانب كل من الحرية التعاقدية، العدالة التعاقدية والنزاهة التعاقدية.

ويقصد بالأمن التعاقدي توقع المخاطر التعاقدية وتلافيها، وذلك بإتباع إجراءات محددة عند التعاقد خاصة ما تعلق بالتنفيذ و المسؤولية، و تتجلى المرتكزات التي يبنى عليها على عدة مستويات: مبدأ القوة الملزمة للعقد، الحق في تنفيذ الالتزام و تنفيذ العقد بحسن نية، احترام الأطراف للمراكز القانونية الناشئة عن العقد، الإبقاء على العقد ما أمكن، سواء في حالة كون العقد محل تأويل، أو في حالة وجود ما يهدد صحته أو تنفيذه، إذ تقتضي فعالية العقد الإبقاء عليه لاسيما إذا كان في فسحه ضرر للمصالح المشروعة للمتعاقدين، حيث يثار هنا مبدأ استقرار العقد الذي يؤدي إلى القول بأمن التصرفات، و بالتالي اعتبار استقرار العقد و الحفاظ عليه من باب الأمن القانوني، و بالتالي فإن هاجس توفير الأمن التعاقدي ينطلق من مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه².

¹ - أنظر التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي لسنة 2006، حيث جاء فيه:

- Le contenu du principe":Le Principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles "

² - غميجة عبد المجيد، أبعاد الأمن التعاقدي و ارتباطاته، اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدي وتحديات التنمية، الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات، المغرب، 18 و 19 أبريل 2014، ص 02 و 03.

وإذا كان مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم مرتكزات الأمن القانوني، فذلك لكون هذا المرتكز يترتب عنه ما يلي:

- ما تم بالإرادة لا يمكن أن ينتفي إلا بالإرادة.
- حجية العقد تجاه القاضي، ولذلك يقال أن القاضي خادم العقد، وعليه البحث عن مقصود الأطراف منه.

- العقد له حجيته كذلك تجاه المشرع، بحيث لا تؤثر التعديلات التشريعية على العقود النافذة و الجارية، ففي المادة التعاقدية، الأصل هو عدم النفاذ الفوري في الزمان للقانون الجديد، بحيث يبقى القانون القديم الذي عقد في ظله سارياً بشأنه¹. ومن هنا يبدو أن الأمن التعاقدى يتعلق بضمان تحقيق القوة الملزمة للعقد، فيثور التساؤل فيما إذا كانت مبادئ أخرى تسود في المجال التعاقدى تؤثر على القوة الملزمة للعقد أم لا.

إن المميزات التي يوحى بها مبدأ الأمن القانوني يجب ألا تحجب مسألة استعمال مبرر الأمن القانوني لتبرير أمر أو عكسه، كحماية العقد باسم الأمن القانوني، لكن كذلك و باسم الأمن القانوني يتم تعديل مقتضيات العقد لضرورات النظام العام الاقتصادي، ذلك أن دواعي الأمن القانوني و متطلبات السرعة دفعت بمبدأ سلطان الإرادة نحو الظل، و هو ما قلب رأساً على عقب مكونات القانون و مفهوم أشخاص القانون التجاري مثلاً، كما أن دليل الإثبات يتحول من الدليل المجسد إلى الدليل الرقمي بما لذلك من آثار على نظام التعاقد الذي ظل ساكناً طوال عدة عهود.

ومن ثم فإن علاقة الأمن القانوني بالأمن التعاقدى، تستوجب قيامها على ضمان استقرار العلاقات التعاقدية وعدم رجعية القانون تلافياً لإلحاق الضرر بمراكز تعاقدية سابقة، و بهذا يتحقق للقاعدة القانونية طابعها الأمنى بمعنى تحقيق الأمن في المعاملات و التصرفات التعاقدية.

إن اهتمام المشرع بإعادة توازن العقد أمر لا جدال فيه سواء وفق القواعد العامة أو القواعد الخاصة المنظمة للعقد، و غرض المشرع من اهتمامه بمسألة توازن العقد تحقيق المصلحة العامة و ذلك عن طريق استقرار العقود المدنية و يكون ذلك بإعادة توازن العقد عوض إبطاله، فالأمن القانوني في مجال العقود يتحقق بطمأنة الأفراد على العقود التي أبرموها و بالتالي عدم مفاجأتهم ببطانها هذا من جانب، و

¹-المرجع نفسه، ص 03.

من جانب آخر اهتمام المشرع بتوازن العقد أساسه تحقيق الحماية لأحد أطراف العلاقة العقدية أي سعيًا منه لتحقيق العدالة العقدية¹.

إن العدالة التعاقدية أو الإنصاف التعاقدية يهدف إلى إيجاد عدالة متبادلة و حماية التوازن الذي كان قائما قبل العقد، و هنا ينظر للإنصاف كقيمة من حيث أنه يعتد بالغاية المرغوبة من القانون و هي العدالة و التوازن.

لكن الإنصاف بهذا المعنى قلما نجده في المجال التعاقدية، لأنه مهما كانت ظروف إنشاء العقد أو نتائجه، فإن العقد يبقى دائما هو شريعة المتعاقدين، تبعا لمبدأ سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية. ومن هنا فإنه لم يكن بيد القضاة إلا إمكانية قليلة للتخفيف من صرامة العقود (عيوب الرضا) إلى أن تدخل المشرع بواسطة القوانين المتعلقة بحماية المستهلك أثر على القواعد التقليدية الواردة في القانون المدني.

وبذلك فإن العدالة التعاقدية تهدف إلى حماية الالتزام الوارد بالعقد، و هي في النهاية ليست مضادة لمبدأ الأمن التعاقدية، بل هي شرط لشرعية مبدأ القوة الملزمة للعقد، و هي واجهة لحسن النية، هدفها يتحقق على عدة مستويات مثل إبطال العقد بسبب عيوب الإرادة تحت مراقبة القاضي، و تدخل القضاء في الشروط التعسفية في ميدان حماية المستهلك، و منع التعسف في استعمال الحق و تأويل العقد لصالح المستهلك و هي توجهات أصبحت تهز المبادئ التقليدية المؤسسة للعقد و تؤثر بالتالي على مبدأ الأمن التعاقدية، و هذا كله رغبة في إنقاذ التوازن التعاقدية من الانهيار التام.

حيث أصبحت التطورات الأخيرة في ميدان قانون العقود تذهب في اتجاه ترسيخ التوازن العفدي، وقد ساهم كل من قانون الاستهلاك و قانون المنافسة بشكل كبير في جعل العقود أكثر عدلا و إنصافا، ومن ذلك حق الطرف الآخر في الإعلام، حق التراجع المتروك للزبون باستثناء النظام التقليدي للعقود، إمكانية إبطال القاضي للشروط التعسفية.

إذا كان يعاب على القانون الاقتصادي عموما غياب الأمن القانوني فيه نتيجة تغير مقتضياته بسرعة، فإن مساهمته عن طريق السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود يعني أنه سيؤثر على فكرة الأمن القانوني فيها و الأمن التعاقدية أساسا.

¹ - نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 136.

إن أهمية قانون الضبط الاقتصادي لا تقبل الجدل لكن لا يجب التغاضي عن مخاطره لأن ذلك من شأنه أن يؤدي لاستئجار كامل فوائد هذا القانون المرن القابل للتكيف و الذي يستجيب للتطور الحديث للبرالية، في الوقت الذي يبذل فيه جهدا من أجل الحفاظ على اليقين القانوني و محاربة التعقيد و عدم الاستقرار و انتشار مثل هذه القواعد و تدهور الجودة ، إذ إلى جانب هذه المزايا للضبط فإن له نقاط ضعف ينبغي معالجتها، في الواقع إن هذا القانون سيكون مصدرا لقانون معقد، تكنوقراطي، و يخلق أحيانا صعوبات للتوجه نحو عملية توحيد تدريجية، و من هنا سيكون قانون العقود (و القانون بشكل عام) سلبيا و ستكون القواعد التي تنشأ عن السلطات الإدارية المستقلة لا يمكن التنبؤ بها و قواعد عشوائية¹.
بمعنى أن وظيفة الضبط المخصصة للسلطات الإدارية المستقلة هي امتداد للتطورات السابقة، وسوف تؤدي إلى عدم اليقين القانوني، وسوف تمس بالتناسق والجودة اللذين سيتضرران بصورة مضاعفة، في الحقيقة فإن هذه الوظيفة ستؤدي إلى إثارة مسألة قانون لا يمكن التنبؤ به وغير مستقر و بعيد المنال وهو ما يخالف متطلبات اليقين القانوني و بصفة عامة مبدأ الأمن القانوني².
إن الأمن القانوني هو أحد دعائم حماية المجتمع من الأحكام الجائرة و غير المتوقعة والتي تفضي إلى اضطراب مجريات الحياة، و اشتراط اليقين القانوني قد يتعارض أحيانا مع تطبيق فكرة العدالة على الحالات الفردية، ذلك أنه كي يتوافر هذا اليقين، يجب أن تتسم قواعد القانون بالوضوح و التحديد، وأن تتأى بذلك عن الغموض و الإبهام، و هو أمر لا يتحقق إلا بالأخذ في الاعتبار المصالح الضرورية والأمور العادية، دون الخوض أو التعمق في سائر الحالات الاستثنائية غير المألوفة، الأمر الذي أدى إلى تجاهل مصلحة الأفراد في بعض الحالات³.
إن عدم اليقين القانوني يتجلى من خلال بعض المظاهر، فالارتباك، الضباب المعيارى و عدم الاستيعاب القانوني لآراء قانونية ملزمة إلى جانب إمكانية إعادة التكييف القضائي للآراء تعد كلها مصدرا لعدم اليقين القانوني.

¹ - MERYL Hervieu, op. cit, p 642، 643

² - Idem

³ - محمد الصديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 269.

إن عدم اليقين الذي يثيره نشاط السلطات الإدارية المستقلة ينشأ من صعوبة التحديد الدقيق للنطاق التشريعي لآراء هذه السلطات، بل إن سلطة إبداء الرأي الممنوحة لهذه السلطات غير مؤكدة، و ما يزيد من الإشكالية أن قانون الضبط الاقتصادي عاجز، و قد صدرت عدة آراء من هذه السلطات بعنوان وظيفة الضبط غير أن من يتلقونها يميلون إلى الخلط بين هذه الآراء و بين الشروط الشكلية أو المتطلبات الرسمية التي تسنها هذه السلطات، مما يعني أن هناك تعدي على شرط العمومية و سهولة الوصول للقواعد القانونية و هو ما يخلق الارتباك الذي يميز نشاط السلطات الإدارية المستقلة¹.

إن القدرة على التنبؤ القانوني تنتمي رسمياً إلى الثلاثي المتعلق باليقين القانوني (إمكانية الوصول للقانون، الاستقرار القانوني إمكانية التوقع أو التنبؤ القانوني)، لذلك ينبغي النظر إليه باعتباره شرطاً رئيسياً و موجهاً إلى كل المشاركين في صناعة و إنشاء القانون، غير أن عدم القدرة على التنبؤ تبدو صارخة في القوانين التي أنشأتها السلطات الإدارية المستقلة، تتعلق أساساً بحجمها المعياري و بسرعة تطبيقها².

تتخذ فكرة اليقين القانوني من كفاية القاعدة القانونية قواماً لها، فمتى كانت هذه القاعدة كافية لحكم الرابطة القانونية، يتهياً لها اليقين عن طريق اعتماد الأفراد عليها، و هو أمر ضروري جداً في مجتمع سريع التطور، إذ يكون الاعتماد على كفاية القاعدة القانونية أداة فعالة لضمان تنفيذ الالتزامات التي يفرضها القانون، والأحكام التي تصدرها المحاكم³.

ويمكن في هذا المجال التطرق إلى مسألة مهمة من شأنها أن تعكس انزلاق قانون العقود نحو فكرة عدم الأمن القانوني نتيجة تدخل السلطات الإدارية المستقلة في مجالين: الأول، مراقبة تحويل محفظة العقود في إطار لجنة الإشراف على التأمينات و الثاني، مراقبة التجميعات الاقتصادية (يهمننا في هذا المجال التجميع المبني على أساس العقود.

¹ - MERRYL Hervieu, op. cit, p 652

² - Ibid, p 653

³ - محمد الصديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 269.

أولاً: فيما يخص مراقبة محفظة العقود بالنسبة للجنة الإشراف على التأمينات

تتـص المادة 229 من الأمر المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم أنه يمكن لشركة التأمين أو إعادة التأمين أو فرع شركات التأمين الأجنبية أن تقوم بتحويل عقودها لشركة أخرى أو عدة شركات أخرى معتمدة بعد أن تعرض الأمر على لجنة الإشراف على التأمينات و توافق هذه الأخيرة على ذلك و ضرورة إطلاع المدينين بطلب التحويل عن طريق إشعار في نشرة الإعلانات القانونية و في يوميتين وطنيتين أحدهما باللغة العربية و يمنح لهم مهلة شهرين لإبداء ملاحظاتهم، و توافق اللجنة في نفس الأجل (شهرين) إذا رأت أنه مطابق لمصالح المؤمن لهم و تقوم بنشر إشعار التحويل في نشرة الإعلانات القانونية و في يوميتين وطنيتين أحدهما باللغة العربية، في حين لم يشر المشرع إلى حالة رفض اللجنة للتحويل؟

كما أن هذا الإجراء من شأنه أن يمس بمبدأ استقرار المعاملات التعاقدية، فقد يتعاقد أحد المؤمن لهم مع إحدى شركات التأمين لاعتبارات شخصية، في حين أن هذه الشركات تقرر تحويل هذه العقود إلى شركة أخرى دون الأخذ بعين الاعتبار موقف المتعاقدين معها و يكفي في هذا الشأن إطلاع المعنيين.

ثانياً: فيما يخص مراقبة التجميعات بين سلطات الضبط القطاعية و مجلس المنافسة

يعرض مشروع إجراء التجميع الذي قد تقرر أكثر من شركة تأمين وشركة إعادة التأمين على لجنة الإشراف على التأمينات، و التي لها أن توافق على ذلك إن لم يتعارض مع قانون المنافسة، في حين أنه و حسب رأي العديد من القانونيين فإنه كان على المشرع أن يعطي للجنة حق إبداء الرأي فقط و ليس الموافقة على التجميع باعتبار أن مجلس المنافسة هو المختص بإعطاء الموافقة على إجراء التجميع و هو الأقدر أيضاً بالقول بإعطاء هذا الاختصاص للجنة الإشراف على التأمينات قد يحصل تعارض بين الهيئتين، و الأصح هو أن مجلس المنافسة هو المختص مع أخذه بعين الاعتبار رأي الهيئة المختصة في المجال طبقاً للمادة 39 من قانون المنافسة.

الفرع الثاني: التجديد أنتج أزمة حقيقية للعقد

تساهم السلطات الإدارية المستقلة كما سبق توضيحه في تنظيم هذه العلاقات التعاقدية في المجال الذي تنشط فيه من خلال الصلاحيات و الاختصاصات المخولة لها، مما يعني أن لهذه السلطات دور في أزمة العقد.

وإن كان البعض من الفقه قد حاول تبرير هذه الوضعية و إيجاد صيغة جديدة لها من خلال التأكيد على أن الأمر ليس بهذا السوء من خلال محاولة البحث عن مبادئ تتماشى مع المستجدات الاقتصادية والفلسفية.

ظهرت معطيات وعوامل جديدة سمحت للسلطة العامة بالتدخل في العقود وأخضعت إرادة المتعاقدين لفكرة النظام العام فباتت العقود ذات طابع نظامي أكثر منه تعاقدية مبني على حرية الإرادة، في ظل هذا التراجع الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة و تضاعف دوره برزت أزمة عقدية، و هي بالأساس أزمة القوة الملزمة للعقد فلم يعد العقد شريعة المتعاقدين ما دامت الدولة و من خلال سلطاتها تتدخل في العلاقات التعاقدية بقواعد أمره بعد أن كانت تضع قواعد مكملة، و في هذا الإطار ظهرت عدة اتجاهات. الاتجاه الراديكالي الذي يرتكز على الإقصاء الكلي لمبدأ القوة الملزمة للعقد و تجاهل وجوده، وهنا ذهب الفقيه "Rouhette" إلى القول بأن: " ... العقد ليس باتفاق إرادتين،... القوة الملزمة للعقد لم تؤسس عند محرري التقنين على احترام الإرادة ولكن على الضرورة الاجتماعية لاستقرار التعهدات التعاقدية، ... وإعمالا بسنة التطور الحاصل في العالم منذ 1804 فقد اندثرت الفردانية، ولم تعد الإرادة ملزمة إلا لأنها تحت سلطة القانون..."¹.

أما الاتجاه الثاني، و هو أكثر اعتدالا، فقد أكد أنصاره بأنه: "... علينا الإبقاء على المبدأ، مع ملاحظتنا بأن قوة الإرادة ليست مطلقة: إنها تصطدم بحقائق خارجة عنها، و بضرورات التنظيم الاجتماعي، و هذا ما يسميه فرانسوا جيني François Geny حرية البحث العلمي..."².

وهناك اتجاه ثالث ينتقد أيضا الأساس الفردي لقوة العقد بتأكيد على أن: "... احترام القوة الملزمة للعقد قد ينتج عنه اللاعدل، القوة الملزمة يجب أن تكون محدودة بفكرة التضامن التعاقدية أو

¹ - نقلا عن: علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 95.

² - نقلا عن: حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 29

أيضا بالنظرية الاجتماعية للعقد. إن الرفض المعاصر لهذه النظرية هو مصدر الأزمة الجديدة للعقد... تطبيق هذه النظرية يتطلب تدخلا قضائيا كثيفا و مركزا...¹.

ومن هنا فإن مبدأ سلطان الإرادة ومعه مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي تراجع في ظل المعطيات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية الجديدة، نتج عنه أزمة العقد.

وقد ساهمت السلطات الإدارية المستقلة في هذه الأزمة، إذ باتت البنود التعاقدية التي هي صحيحة في القانون المدني سببا أحيانا في تسليط عقوبات جزائية ضد الطرف القوي في العلاقة التعاقدية حماية للطرف الضعيف من جهة و حماية للسوق و للنظام الاقتصادي ككل و تحت غطاء النظام العام بمفهومه التوجيهي و الحمائي.

إن إفساد الحرية العقدية خاصة بوجود ما يسمى بالقواعد الآمرة التي بمقتضاها تم منع بعض العقود وبالضبط تحديدا لإرادة المتعاقدين أو بعض الشروط المخالفة للنظام العام، فالكثير من الشروط العقدية صارت غير مشروعة بعدما أصبح القانون ينظم بنفسه و بطريقة ملزمة مركز الطرفين.

إن تدخل السلطات الإدارية المستقلة تحت ستار تحقيق المصلحة العامة وإن كانت مبررا كافييا سواء في تنظيم بعض العقود أو في وضع النماذج العقدية، إلا أنه يعتبر مساسا بمبدأ الحرية العقدية، فهي لم تعد تتدخل لحماية الإرادة الفردية ضد التعسف لكن أصبحت تتدخل لتحطيم الإرادة تحت ستار المصلحة العامة. فبعدما كان العمل على تحديد ما هو من الحريات الفردية خاصة بعد تدخل الدولة و توجيه الاقتصاد، أصبح اليوم التحديد لما هو من المصلحة العامة و ما بقي للإرادة الفردية إلا الخضوع لهذه الفلسفة التدخلية.

من جهة أخرى فإن تزايد القواعد القانونية الصادرة عن هذه السلطات الإدارية المستقلة و كذا عن السلطات التقليدية وتزايد التشريعات الخاصة التي اعتبرها البعض هجر للعقد قد عمقت الأزمة و باتت تهدد الشريعة العامة للعقد بالانهيار.

إن القواعد العامة عجزت عجزا تاما عن احتضان العقود الجديدة و مسايرة الظاهرة الاقتصادية، إذ وفي إطار مقارنة مدى ثبات العقد ظهرت العقود الإلزامية المفروضة على الأطراف بقوة القانون، كما يعد قانون المنافسة شاهدا آخر على هذه الهشاشة، ذلك أنه قانون متعدد التخصصات فهو يتضمن امتداد وتقاطع القوانين بين القانون الجنائي والقانون المدني وأخيرا القانون الإداري وهذا الارتباط هو ارتباط وثيق

¹ - نقلا عن علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 95

بين هذه القوانين يستعصي معه تصنيفه في خانة محددة لتجانسها في قالب قانون المنافسة متوخيا من ورائه تحقيق تنافس شريف إلى جانب تعاقد يتجه نحو الإنصاف وكفالة سلامة الرضا وحرية الإرادة والاختيار المتبصر تفاديا للوقوع في حبال الغش والاستغلال.

ورغم محاولات العقد الثبات والاندماج مع هذه التطورات إلا أن هذا لا يفي أنه مازال عاجزا عن مواجهة و مقارنة بعض المجالات الحيوية الاقتصادية بهذا الخصوص بالرغم من الترسانة القانونية المتزايدة .

إن هذه التغيرات المقصود منها التحولات الاقتصادية بمعناها الواسع والتي أثرت على العقد بشكل جلي وإن كان يصعب ضبطها ووضع تعريف أو تحديد لها لأن أي محاولة من قبيل ذلك ستتعرض بدورها للتحول سواء في الحال أو في المستقبل، و إن كان هذا التأثير إيجابي من حيث التطورات الحاصلة في مجال العقود، إلا أن هذه العقود تحمل في طياتها اختلال التوازن العقدي إذ أصبحت التشريعات تضع قواعد أمره منظمة لهذه العقود بعد أن كانت تكتفي بوضع قواعد مكملة لإرادة الأطراف فقط، و أصبح بذلك دور الإرادة في إنشاء الالتزامات و ترتيب الآثار يتقلص فتمخض الفكر الاقتصادي عن صياغة عقود نموذجية تبرم بالإذعان و هذه الأخيرة توجد على النقيض تماما مع العقد بمفهومه التقليدي المشبع بمبدأ سلطان الإرادة لأنه لا مجال فيها للتراضي، و مضمون العقد لا يعده إلا طرف واحد و ما على الطرف الآخر إلا الانقياد و الانضمام للعقد، بل و قد يكون هذا المضمون مفروضا من السلطة الإدارية المستقلة ذاتها على الطرفين، فكلاهما ملزم بقبول التعاقد وفق النموذج الذي تضعه هذه الأخيرة و كأن الطرفين مذعنين.

فالعقد النموذجي لم يعد عقدا تقليديا يمكن التعرف عليه انطلاقا من أطرافه ومحله وسببه وإنما عقد يقف موقفا مناقضا لكل القواعد العامة، بل وحتى الخاصة، ذو طبيعة تتكفل الدولة من خلال سلطاتها بتنظيمه من البداية إلى النهاية. وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول أننا أمام انهيار للعقد وأنه لم يبق لهذا الأخير إلا الاسم فقط " أزمة العقد" وهذا أصدق تعبير يمكن أن يطلق على الحالة التي وصل إليها هذا الأخير، فكل المحاولات التي تم نهجها لإنقاذ مؤسسة العقد من الانهيار باءت بالفشل و لم تأت بأوكلها فلا التعديلات المتلاحقة على القوانين المدنية نجحت ولا الاستثناءات التي تم إيرادها على المبدأ أفلحت.

غير أنه وفي التشريعات المقارنة وفرنسا أساسا، حاول عديد الفقهاء التهوين من هذه الأزمة التي تهدد الشريعة العامة للعقود باعتبار أن النظريات الأكثر استقرارا هي نظرية الالتزامات، ولم يكن ذلك ممكنا إلا بفضل التكييف المتواصل للقواعد القانونية مع تطور الوقائع، و من هنا فإن هذه التطورات لا تعد تحولا جذريا لنظرية العقد إنما هي تكييف حتمي لهذه النظرية مع المستجدات الاجتماعية¹. وقد أكد البعض أن انهيار الشريعة العامة للعقود يعني انهيار كافة المعاملات لذلك يجب البحث الجاد عن وسيلة جديدة لحماية العلاقات التعاقدية عن طريق نظام قانوني جديد يصلح لضبطها وتنظيمها.

فمثلا، وضع الفقيه " P . Catala " مشروعا لمراجعة نظرية الالتزامات، ويرى هذا الفقيه أن القانون المقترح ليس قطيعة مع القانون السابق، إنما يسعى لتحقيق بعض الانسجام، علما أن تقنين 1804 يظل نموذجا مثاليا للتشريع، فالمطلوب هو مراجعة دقيقة للكتاب الثالث من الفصل الثاني المتعلق بـ " الالتزامات " على ضوء التشريعات الخاصة والاجتهاد القضائي والآراء الفقهية، مع الأخذ بعين الاعتبار القوانين الأوروبية، فالمطلوب هو تجديد الأحكام التي تصبح أكثر انسجاما مع المحافظة على تركيبية و شكل النص، و يجب على العموم البحث عن الانسجام ما بين التمسك بسلطة الإرادة في المجال العقدي والمسؤولية المدنية وانسجامها مع شرط النزاهة، حسن النية، التضامن و حماية الطرف الضعيف مع الإبقاء على منع القاضي من مراجعة العقد². وفي نفس السياق، يستند المشروع الذي وضعه الأستاذ " F. Terré " إلى ثلاث قواعد رئيسية وهي:

- الحرية العقدية باعتبارها مبدأ أساسيا تقليديا بالنسبة للعقد.
- مبدأ النزاهة و هو في الحقيقة مبدأ تقليدي غير منصوص عليه في القانون المدني.
- انسجام العلاقة العقدية التي هي في الحقيقة مبدأ من مبادئ العقد، و مفادها احترام القوة الملزمة الإلزامية للعقد و التضامن العقدي و منه مراجعة العقد عند الحاجة³.

¹- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 62.

²- المرجع نفسه، ص 62، 63.

³- المرجع نفسه، نفس الصفحة.

إن العقد في الحياة المعاصرة أصبح يتطلب مسايرة التحولات الاقتصادية و يستدعي من المتعاقدين حسن النية في التعامل و الأمانة و التي تفرض عليهما الثقة في تنفيذ التزاماتهم في جو يطبعه الصدق و التعاون، كما أن المشرع تدخل بتنظيم عقود خاصة في محاولة منه لمسايرة هذه التحولات لحفظ الثبات للعقود.

المطلب الثاني: تجديد مبني على نظام قانوني غير مكتمل المعالم للسلطات الإدارية المستقلة

من خلال دراسة مظاهر التجديد و دراسة النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة اتضح أن هذا التجديد الذي لحق الشريعة العامة للعقود ليس هدفا بذاته للسلطات الإدارية المستقلة، وإنما هو نتيجة طبيعية للتأثير والتأثر المتبادل بين مختلف الفروع القانونية من جهة و نتيجة لتأثير الاقتصاد على القانون من جهة أخرى، إذ أن تغير وظيفة الدولة من الناحية الاقتصادية فرض ضرورة إعادة النظر في المنظومة القانونية ككل.

غير أن النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة لم تكتمل معالمه في الجزائر بالنظر إلى الإشكالات القانونية التي يطرحها و التي لم يجد لها الفقه إجابة فاصلة، كما لم يتدخل المؤسس الدستوري ولا المشرع و لا حتى القضاء للفصل فيها، و لعل من أهم هذه الإشكالات تلك المتعلقة بمسألة الدستورية (الفرع الأول) واستقلالية هذه السلطات الإدارية (الفرع الثاني)، وهذه الإشكالات ستدفع إلى التساؤل عن مدى مشروعية هذا التجديد الذي لحق الشريعة العامة للعقود.

الفرع الأول: دستورية السلطات الإدارية المستقلة

يحدد الدستور السلطات في الدولة ويقسمها إلى ثلاث سلطات: تشريعية تضع القوانين، تنفيذية تتولى حسن تنفيذ هذه القوانين و قضائية تنطق بالعدالة، والدستور لا يعترف بسلطة أخرى غير السلطات الثلاث، فكيف للمشرع و دون أن يخرق الدستور أن يضع هيئات لا تخضع للرقابة و تتمتع بسلطات تنظيمية و قضائية؟

ثار نقاش فقهي في فرنسا بشأن إمكانية اعتبار السلطات الإدارية المستقلة سلطة رابعة، ما دام المشرع أطلق على تسمية بعضها " سلطة" و ما دام لا يوجد أي مبدأ دستوري يقف أمام الاعتراف بدستوريتها، غير أن هذا الرأي وجهت له عدة انتقادات أهمها:

. إنشاء سلطة جديدة يتطلب أكثر من مجرد صدور قانون عادي، بل يحتاج إلى وسيلة دستورية و هي السلطة التأسيسية، بمعنى أن اعتبار هذه السلطات الإدارية المستقلة سلطة رابعة يقود إلى البحث عن وجود نص دستوري لإنشاء هذه السلطة.

. ليس من المنطقي إدراج هذه السلطات ضمن سلطات الدولة التقليدية المعروفة لمجرد إطلاق المشرع اسم " سلطة" على بعض هذه السلطات.

. إذا كان بعض الفقهاء يساندون وجود سلطة رابعة، إلا أنهم لم يحددوا مما تتألف هذه السلطة، إذ لا يمكن إنشاء سلطة رابعة متجانسة تسمح باستيعاب كل الهيئات التي تدخل تحت غطائها و التي لا يمكن إلحاقها بالسلطات الثلاث التقليدية¹.

الحقيقة أن وجود نص دستوري يسمح بإنشاء السلطات الإدارية المستقلة لن يقضي حتما على المشكل، كون الدستور لا يوجد فيه أي نص يمنع أو يعارض إنشاء هذه السلطات، لأن المهم هو كيف يمكن وضع سلطات دون أن تمس أو تتدخل في اختصاصات هيئات أخرى، غير أنه في الواقع سواء وجد نص دستوري يسمح بإنشاء السلطات الإدارية المستقلة أم لا تمس باختصاصات السلطات الأخرى التقليدية ليس هو المشكل لأن المبدأ ليس ثلاثية السلطات لكن هو مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقتضي عدم تدخل أي سلطة في اختصاصات السلطات الأخرى².

من هنا يطرح الإشكال بأي حق تمارس السلطات الإدارية المستقلة السلطة التنظيمية والسلطة القمعية؟

¹ - كسال سامية، مدى شرعية السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، يومي 13 و 14 نوفمبر 2014، ص 15 و 16.

² - عيساوي عز الدين، المكانة الدستورية للسلطات الإدارية المستقلة . مآل الفصل بين السلطات، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع 04، ص 206.

أولاً: إدخال السلطات الإدارية المستقلة في النظام الإداري

لقد حاول البعض تبرير تكريس السلطات الإدارية المستقلة، فهناك من يقول أن هذه السلطات تتمتع بمشروعية خاصة هي مشروعية الحكماء، فمن جهة من حيث تشكيلتها أين تكون مركز نقاشات ومواجهة و بعدها يكون إجماع الآراء، و من جهة أخرى بالنظر إلى طريقة تدخلها المرن. إن هذه الفكرة قريبة جدا من فكرة توازن السلطات وفقا للمفهوم الذي أتى به الدستور الإنجليزي أي توزيع السلطة بين القوى الاجتماعية التي تمثل المجتمع، و ذلك لتفادي التعسف، فحسب الأستاذ "TeitgenColly C" فإن هذه الفكرة إذا كانت حاضرة في تأسيس هذه الهيئات الضبطية المستقلة تكون كافية لإيجاد توازن آخر غير الذي بينه "مونتسكيو" كون هذه الهيئات لا تمارس السلطة التشريعية، لكن رغم هذا فإن فكرة السلطات الإدارية المستقلة لقيت نفس المشكل في إنجلترا، حيث يراقب البرلمان أعمال السلطة التنفيذية، فاستقلالية هذه السلطات يقلل من المسؤولية الوزارية و يؤدي إلى تخوف البرلمانين¹.

الحل في الولايات المتحدة الأمريكية جاء بقبول فكرة الرقابة السياسية على هذه السلطات من طرف الكونجرس عن طريق تعيين أعضاء فيها و تحديد ميزانيتها وإمكانية تعديل بعض القرارات التنظيمية التي يعتبرها غير مشروعة عن طريق التشريع. و في نفس النهج جاء قرار المجلس الدستوري الفرنسي في: 1986/09/18 في قضية اللجنة الوطنية للاتصالات و الحريات، حيث أكد على استقلالية هذه الهيئة ثم خضوعها للرقابة القضائية و على مسؤولية الحكومة أمام البرلمان على نشاطات إدارات الدولة، فالمجلس الدستوري أدخل هذه الهيئات في الجهاز السياسي الإداري².

ثانياً: مطابقة السلطات الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة لأحكام الدستور

بغرض السماح للسلطات الإدارية المستقلة بأداء مهامها زودها المشرع بسلطات واسعة كسلطة التنظيم و سلطات تشبه السلطات التي يتمتع بها القضاء، ومناقشة مدى دستورية هذه السلطات الإدارية المستقلة تتحدد من خلال مناقشة اختصاصاتها وكيفية ممارستها وما إذا كانت تمس بالشرعية الدستورية ومبدأ الفصل بين السلطات المكرسان في دولة القانون.

¹ - المرجع السابق، ص 207.

² - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

أ- مطابقة السلطة التنظيمية لأحكام الدستور:

السلطات الإدارية المستقلة المكلفة بضبط السوق تتمتع بسلطة سن قواعد عامة مجردة غير موجهة إلى شخص محدد، هذه القواعد تنشأ التزامات على عاتق الأعوان الاقتصاديين كما تمنح لهم حقوقاً، نقل الاختصاص إلى هذه الهيئات ليس مطلقاً، ففي بعض الأحيان تخضع وجوباً لمصادقة وزير معين، فالأنظمة التي تصدرها لجنة عمليات البورصة و مراقبتها تخضع لإجراء المصادقة¹.

السلطة التنفيذية لا يمكن أن تقوم بمهمة الضبط لأن هذه السلطة ليس لها موقع جيد من أجل أن تتدخل في المجال الاقتصادي، فبظهور هذه الهيئات تم السماح بوجود نوع من الفاصل بين السلطة التنفيذية والقطاع المراد ضبطه مما يعطي شعوراً بنقص تدخل الدولة².

اعتُرف المجلس الدستوري الفرنسي بهذه السلطة التنظيمية للسلطات الإدارية المستقلة في العديد من المرات، حيث استبعد الدفوع المثارة بشأن المادة 21 من الدستور الفرنسي و التي تخول السلطة التنظيمية التنفيذية لرئيس الحكومة³.

كما أن المجلس الدستوري أقر أن سلطة إصدار القرارات التي خولها المشرع لهذه الهيئات لا تتعارض مع أحكام الدستور، لأن المشرع لم يتنازل عن صلاحياته في التشريع و لم ينزع صلاحية السلطة التنظيمية العامة للسلطة التنفيذية، بل سمح لهذه الهيئات بممارسة التنظيم في مجالات معينة وفي حدود معينة و بشروط معينة حددها القانون ذاته⁴.

هذا الإطار الذي يحدد السلطة التنظيمية يتمثل في الأساس بالمجال التقني السريع التحول، الذي يصعب فيه على الإدارة التقليدية التعامل معه حيث قد تفتقد للخبرة اللازمة لذلك، و عليه فمنح سلطة التنظيم لتلك السلطات يبرره أن التنظيم يستدعي تكيف الضبط المتعلق بالمجالات التقنية السريعة التطور، و هذا المنح لا يتعارض مع الدستور⁵.

¹ - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 96/102 المؤرخ في: 11 مارس 1996 المتعلق بتطبيق المادة 32 من المرسوم التشريعي 10/93 المؤرخ في: 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج. ر. ع 18.

² - عيساوي عز الدين، المكانة الدستورية للسلطات الإدارية المستقلة . مآل الفصل بين السلطات، المرجع السابق، ص 207.

³ - آيت وازو زائينة، المرجع السابق، 360.

⁴ - المرجع السابق، نفس الصفحة.

⁵ - نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، مرجع سبق ذكره، ص 07

أما المعيار العام الذي يمكن استخدامه للفصل بين مجال التنظيم الخاص بالسلطات الإدارية المستقلة و الإدارة التقليدية، هو أن هذه الأخيرة تحتفظ دائما باختصاص تنظيمي حصري لما يتعلق الأمر بمصالح خارجة عن القطاع الذي تمارس فيه تلك السلطات ضبطها، في حين السلطات الإدارية المستقلة يكون لها الاختصاص لتحديد القواعد التنظيمية التي تكون مضامينها القانونية، الاقتصادية و الاجتماعية محدودة أو متعلقة بالمصالح التي هي ضابطة لها سواء تعلق الأمر بعلاقات المتعاملين فيما بينهم أو علاقتهم بالجمهور¹.

ففي الجزائر، فإن تحويل هذه الهيئات سلطة التنظيم عوض السلطة التنفيذية يطرح مشاكل دستورية بالنظر إلى المادة 02/125 من دستور 1996.

إذا يطرح التساؤل عن مدى دستورية هذه السلطة التنظيمية في الجزائر، لأن الدستور لم يخول أي اختصاص تنظيمي لغير الوزير الأول، سيما أن أنظمة مجلس النقد والقرض لا تخضع لعملية التصديق من طرف الوزير. حسب أحد الأساتذة فإنه لا يمكن تبرير الاختصاص التنظيمي للسلطات الإدارية المستقلة إلا باسترجاع فكرة التنازل عن السلطة².

كما تطرح علاقة السلطات الإدارية المستقلة فيما بينها إشكالات تتمثل في وجود أكثر من سلطة مستقلة في قطاع واحد، مثلا في مجال المالية توجد اللجنة المصرفية و مجلس النقد و القرض، إلى جانب تداخل صلاحيات بعض السلطات الإدارية المستقلة مع صلاحيات مجلس المنافسة مثل صلاحية الترخيص بالتجميعات، إذ يختص بمنح هذا الترخيص في مجال التأمين لجنة الإشراف على التأمينات على اعتبار أن السلطة الإدارية المستقلة التي تضبط قطاع النشاط إلى جانب مجلس المنافسة.

في فرنسا حاول القضاء و كذا المشرع إيجاد حلول لمثل هذه المشاكل غير أنها ليست حولا جذرية، فقد صدر قرار عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ: 19 ماي 1983 قسم من خلاله الاختصاصات بين اللجنة الوطنية للإعلام و الحريات و لجنة الدخول للوثائق الإدارية فيما يتعلق بحصول الأفراد على معلومات اسمية التي يتضمنها ملف في إدارة ما و هذا قبل صدور القانون رقم: 2000. 321 الصادر بتاريخ: 12 أبريل 2000 المتعلق بحقوق المواطنين و علاقتهم بالإدارة، كما صدر قانون

¹ - المرجع نفسه، نفس الصفحة

² - ZOUAIMIA Rachid, op, cit, p 92 et 93

رقم: 65996 ل بتاريخ: 26 جويلية 1996 و الذي أنشأ مجلس الصفقات المالية حرص المشرع من خلاله على تحديد بشكل دقيق مجالات اختصاص هذا المجلس و مجلس المنافسة¹.

ب- مطابقة سلطة التحقيق لأحكام الدستور:

تملك غالبية السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي وسائل تحقيق تسمح لها بالحصول على معلومات حول القطاع الذي تتولى ضبطه، في هذه النقطة يجب التفرقة بين التحقيقات غير القسرية و بين التحقيقات القسرية، في هذا الإطار أخضع القانون الفرنسي هذه السلطة إلى شروط تتضمن حماية الحقوق الأساسية للشخص المعني، فالتحقيقات التي يقوم بها أعوان مجلس المنافسة أو الأعوان المكلفين بذلك مرخصة من طرف القاضي و تكون محددة في الزمان والمكان والأشخاص ويجب كذلك أن تكون مبررة².

ففي الجزائر، سلطة التحقيق القسرية الممنوحة لمجلس المنافسة بمقتضى المادة 51 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة لم تقابلها أي ضمانات من بين تلك التي أحاطت هذا الإجراء في القانون الفرنسي، فالمقرر الذي يعينه مجلس المنافسة يمكنه فحص أي وثيقة أو استلامها حيثما وجدت و مهما تكن طبيعتها و حجز المستندات، هذه السلطات الاستثنائية تتم خارج رقابة القاضي العادي، إنها تمس مباشرة الضمانات الأساسية للشخص.

ج- سلطة توقيع العقاب ومبدأ الفصل بين السلطات:

مبدئياً سلطة قمع المخالفات من اختصاص القاضي الجنائي، فقد كان قمع المخالفات المنافية للمنافسة الحرة في ظل قانون الأسعار لسنة 1989 يعود للقاضي الجنائي ثم تم نقل هذا الاختصاص إلى السلطات الإدارية المستقلة، وبالنظر إلى المؤسس الدستوري اعتمد مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ أساسي لتنظيم السلطة العامة، وقد عمد إلى تحديد اختصاص كل منها، إذا فإن هذا المبدأ ذو قيمة دستورية في النظام القانوني الجزائري، فالسلطات في الدولة ثلاثة وهذا المبدأ يقتضي عدم تدخل أي سلطة في اختصاص سلطة أخرى³.

¹ - نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 07 و 08

² - عيساوي عز الدين، المكانة الدستورية للسلطات الإدارية المستقلة. مآل الفصل بين السلطات، المرجع السابق، ص 207.

³ - المرجع السابق، ص 209.

إن اختصاص القمع تمارسه السلطة القضائية حسب المادة 146 من الدستور التي تقتضي بأن القضاة يختصون بإصدار الأحكام، والسلطة القضائية حسب نص المادة 139 من الدستور نفسه تهدف إلى حماية المجتمع و الحريات، وتضمن للجميع و لكل واحد المحافظة على حقوقه الأساسية، إذا فمن أين أتت هذه السلطة القمعية، وبأي حق تمارس هذه السلطة و هي لا تتعد باسم الشعب؟.

تخرق هذه السلطات مبدأ الفصل بين السلطات مرتين: من جهة فهي لها سلطة تنظيمية وسلطة توقيع العقوبات ومن جهة أخرى فهي تتدخل في اختصاصات هيئات أخرى (السلطة القضائية).

إن مبدأ الفصل بين السلطات له مفهومان: أولاً، مبدأ تخصص السلطات، فهذه السلطات الإدارية المستقلة هي هيئات إدارية وليست قضائية، وثانياً، يحمل المبدأ فكرة عدم الجمع بين سلطتين، إذ لا يمكن للسلطة التي تضع القاعدة القانونية أن تعاقب على مخالفتها، حيث لا يمكن للشخص أن يوقع العقوبة التي يتولى بنفسه تفسير أنظمتها¹.

السلطات الإدارية المستقلة ليست هيئات قضائية و تكييفها القانوني ليس قابلاً للتغيير، حتى و إن قرر مجلس الدولة و محكمة النقض اعتبار أن السلطة الإدارية المستقلة لما تمارس سلطة توجيه العقاب لا بد أن تعتبر كجهة اتهام في المسائل الجزائية، وفقاً لما جاءت به المادة 06 من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية².

المجلس الدستوري الفرنسي، رأى أن تخويل المشرع لهذه الصلاحية لا يخالف الدستور بالنظر لوظيفتها ولضرورات تقنية ما دام الجزاء لا يؤدي إلى الحرمان من الحرية وأن الصلاحية مصحوبة بتدابير تؤدي إلى حماية الحقوق والحريات المضمونة دستورياً، و لعل المجلس الدستوري يكرس دون تحفظ ظهور "الإدارة القاضية"، في هذه الظروف لا بد أن تخضع الجزاءات إلى المبادئ الأساسية مثل عدم رجعية الجزاءات الجزائية و مبدأ تناسب العقوبات، كذلك يثور التساؤل حول خضوع هذه السلطات لمتطلبات المحاكمة العادلة التي من بينها مبدأ الاستقلالية و مبدأ الحياد، علاوة على سلطة توقيع الجزاء يخول المشرع سلطات مكملة كسلطة تسوية بعض النزاعات بعد القيام بتحقيق مضاد، هذه السلطة منحت أولاً لمجلس المنافسة ثم إلى سلطات قطاعية أخرى، كما أقر لها القانون سلطة الأمر بتدابير تحفظية³.

¹ - المرجع السابق، ص 210.

² - نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 06

³ - MERYL Hervieu, op. cit, pp 179, 181

و من هنا فإن السلطات الإدارية المستقلة و الأجهزة القضائية مطالبة بتكثيف التعاون، و هكذا يمكن لبعض تلك السلطات أن تلجأ إلى القضاء الاستعجالي لأن يوجه أوامر ضد متعاملين اقتصاديين، و بالمقابل فإنه يمكن أن تطلب الهيئات القضائية من السلطات الإدارية المستقلة خبرة في قضية ما، و كذلك أن تستخدم وسائلها و ذلك في مرحلة القرار القضائي و وضعها لحل للنزاع الذي تنظر فيه¹.

الفرع الثاني: استقلالية السلطات الإدارية المستقلة

تعترض السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا مشكلات و صعوبات متعلقة بالظروف و الشروط العامة لسيرها و ممارسة نشاطها و هي من أعقد الصعوبات على اعتبار أنها تمس تبرير و سبب وجود تلك السلطات ألا و هو مدى استقلالية هذه السلطات في مواجهة السلطة التنفيذية، حيث تبين أن بعضا من الصعوبات مردها إلى مدى جدية الاستقلالية في شقها العضوي و شقها الوظيفي، كما أن الوسائل المستخدمة ليست دائما متكيفة مع طبيعتها الخاصة².

تـرى الأستاذة " Maris – Jose Guédon " أن القواعد التي ترتب استقلالية هذه الهيئات تشكل منطقيا عاملا هاما في طبيعة هذه الهيئات، لأن هذه الاستقلالية في حد ذاتها هي التي تعطي خصوصية وتفريدا لهذه الهيئات ضمن جهاز الدولة، فسلطتها ومصادقيتها مرهونة بمدى استقلاليتها عن السلطات الأخرى، فهي سلطات غير عادية، إذ ليست لها شرعية ديمقراطية مباشرة، ... ولم تكرسها الدساتير³.

إن مشكل الاستقلالية يطرح من كون هذه السلطات الإدارية المستقلة تفتقد إلى أساس دستوري، حيث أن وجودها مستمد من القانون الذي يعتبر مصدر قيامها وإنشائها، ويترتب عن ذلك أن وضعية السلطات الإدارية المستقلة غير مضمونة ولا مستقرة لأن ما ينشئه قانون قد يلغيه آخر، و في هذا المجال يمكن في حالة صدور قانون جديد يعيد النظر في قواعد الاستقلال المقررة للسلطة في إطار القانون القديم، و لعل هذا ما دفع الأستاذ " ميزل " إلى القول بأن استقلالية السلطات الإدارية المستقلة تعتبر استقلالية هشة و قابلة للنقاش، فالمشرع الذي استحدثها يمكنه أن يلغي وجودها القانوني إن رأى انتفاء سبب وجودها،

¹ - نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 06

² - نجاح عصام، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، المرجع السابق، ص 08

³ - آيت واز زابينة، المرجع السابق، ص 356.

في حين أننا لا نتصور إمكانية ذلك بالنسبة للسلطات التقليدية المكرسة في الدستور، إنها هيئات موجودة في الإدارة و لكن في معزل عن تنازع المصالح و الاختلافات التي تعرفها الإدارة¹.

لحل هذه الإشكالات رأى غالبية الفقه الفرنسي أن الحل هو الدفاع عن فكرة الطابع الإداري لهذه السلطات لأنه سيترتب عليها إلحاقها بالسلطة التنفيذية، مما لا يسبب تصادما مع مبدأ الديمقراطية ودولة القانون، كما أقر القاضي الدستوري إدراج السلطات الإدارية المستقلة في النظام السياسي الإداري². كما عمد المجلس الدستوري الفرنسي إلى إعطاء السلطات الإدارية المستقلة مركزا مختلطا حتى تتماشى مع البناء المؤسساتي للدولة ولا تتعارض مع الدستور، وذلك عندما تخضع السلطة الإدارية المستقلة للقانون وإلى الاختصاصات المحددة لها، التي لا تتعدى الصلاحيات التنظيمية إلى السلطة التنظيمية العامة المخصصة للحكومة³.

إن التمعن في بعض النصوص القانونية المتعلقة بالسلطات الإدارية المستقلة يجعل بعض المحللين القانونيين كيف هذه الاستقلالية بوصفها استقلالية افتراضية أو نظرية، ومن مظاهر ذلك احتفاظ السلطة التنفيذية ببعض وسائل التأثير، حيث رغم تنازلها عن بعض صلاحياتها في ممارسة الوظيفة الضبطية لهذه السلطات، إلا أنها مازالت تمارس الرقابة عليها بطرق مختلفة.

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنشئة لسلطات الضبط الاقتصادي، يستشف بعض القيود التي تجعل من هذه الاستقلالية المكّسة لها نسبية، وهناك معيارين يمكن من خلالهما الوقوف على هذه القيود المعيار العضوي و المعيار الوظيفي.

أولا: وفقا للمعيار العضوي

أ- احتكار السلطة التنفيذية لصلاحيات التعيين:

تعدّ جهات تعيين أعضاء سلطات الضبط الاقتصادي يشكّل إحدى الدعامات الأساسية لتجسيد استقلالية هذه السلطات وهو ما المعمول به في التشريعات المقارنة، أين يتم تعيين هؤلاء الأعضاء فيها غالبا من طرف البرلمان وفي أحيان أخرى من طرف لجنة خاصة داخله، مما يؤدي إلى تجريد السلطة

¹ - المرجع نفسه، ص 357.

² - كسال سامية، المرجع السابق، ص 17.

³ - المرجع نفسه، ص 18.

التنفيذية من هذه الصلاحية وإن حدث وأن خولت لها سلطة التعيين فإن ذلك يكون تحت رقابة هذا البرلمان مثلما نجده في التشريع الإسباني، حيث يمكن لغرفة النواب أن تعارض باستعمالها لحق "الفيتو" على التعيين الصادر من الحكومة بشرط تبريرها لذلك الاعتراض، وكذلك في التشريع الإيطالي أين يستوجب المصادقة بموجب قانون على تعيين رؤساء السلطات الإدارية المستقلة من طرف رئيس الجمهورية، أو أن يتم تقاسم صلاحية التعيين بين كل من السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، كما هو معمول به في التشريع الفرنسي¹.

أما في التشريع الجزائري ورغم اختلاف جهات اقتراح أعضاء سلطات الضبط الاقتصادي، كما هو الحال مثلا في مجال البورصة، حيث يشترك في اقتراح أعضاء لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها كل من وزير العدل، الوزير المكلف بالمالية الوزير المكلف بالتعليم العالي، محافظ بنك الجزائر والمصفي الوطني للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين²، فإنه مع ذلك سلطة تعيينهم تحتكرها السلطة التنفيذية.

فباستقراء جُلّ النصوص القانونية المتعلقة بسلطات الضبط الاقتصادي، يلاحظ أن سلطة تعيين أعضاء كل من مجلس المنافسة والسلطات القطاعية قد ركّزت في أيدي رئيس الجمهورية ما يستدعي التساؤل حول ما إذا كان يراد فعلا استقلالية هذه السلطات، مثلما نصت عليه النصوص القانونية المنشئة لها أم لا. تتمتع السلطة التنفيذية بسلطة تعيين أعضاء السلطات الإدارية المستقلة، فمثلا كل رؤساء السلطات الإدارية المستقلة وباقي الأعضاء يتم تعيينهم من طرف رئيس الجمهورية بمقتضى مرسوم رئاسي، باستثناء رئيس وباقي أعضاء لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها الذي يعين من طرف الحكومة بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالمالية، وكذلك الحال بالنسبة لأعضاء غرفة التحكيم للجنة ضبط الكهرباء والغاز، وهو ما يقلص من استقلاليتهم.

وفي الحقيقة الإجابة عن هذا التساؤل تكون بطرح تساؤل آخر يفرض نفسه في هذا الصدد: لماذا لا يتقاسم رئيس الجمهورية سلطة التعيين مع البرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة)، مع العلم أنّ احتكاره لهذه السلطة يجعل هذه السلطات في تبعية دائمة له؟

¹ - شيخ أحمد يسمينة، المرجع السابق، ص 55.

² - أنظر المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03-04، المرجع السابق.

وهذا الاحتكار لسلطة التعيين من طرف رئيس الجمهورية يجعل من السلطات الإدارية المستقلة مجرد أداة تابعة للسلطة التنفيذية.

إن استقلالية السلطات الإدارية المستقلة يجعلها تتموقع خارج السلطة الرئاسية والوصائية، أي خارج السلطة التنفيذية و بالتالي فهي تعمل حسب منطقتها¹.

ب- ظروف إنهاء مهام أعضاء السلطات الإدارية المستقلة

تتهى مهام أعضاء هذه السلطات وفقا لما نصت عليه القوانين المنشئة لها بنفس أشكال وإجراءات تعيينهم، و لما كانوا يعينون بموجب مرسوم رئاسي فإن صلاحية إنهاء مهامهم ترجع إلى رئيس الجمهورية المحتكر الوحيد لها، مما يسفر عن محدودية استقلالية تلك السلطات عضويا عن السلطة التنفيذية.

وإذا كنا نلمس تقييدا لاستقلالية أعضاء هذه السلطات في عدم تحديد مدة انتدابهم مما يجعلهم عرضة للعزل في أي لحظة من رئيس الجمهورية مثل: سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، لجنة ضبط الكهرباء و الغاز، الوكالتين المنجميتين، مجلس النقد والقرض، وحتى الأعضاء الذين يمارسون وظائفهم خلال فترة محددة قانونا كأعضاء مجلس المنافسة وأعضاء اللجنة المصرفية لم يسلموا من هذا التقييد، كون المشرع لم يحميهم بذكر الأسباب أو الظروف التي يؤدي تحققها إلى إنهاء عهدتهم قبل إتمامها كالعزل مثلا لخطأ جسيم أو العزل لظروف استثنائية، مما يخول سلطة تقديرها لرئيس الجمهورية الذي بإمكانه التعسف فيها بل وحتى إن كان القانون قد نص عليها، فلا يتم احترامه ويتم التعدي عليه بصورة صارخة. في حين أنه و في التشريع الفرنسي لا يمكن إنهاء مهام أعضاء السلطات الإدارية المستقلة قبل إتمامهم لعهدتهم، حتى إذا لم يوجد نص قانوني يتضمن أسباب إنهاء تلك العهدة، حسب ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له سنة 1998 والشهير "بقرار أوردونو" (Arrêt Ordonneau) والذي جاء فيه عدم إمكانية إنهاء مهام أعضاء السلطات الإدارية المستقلة قبل إتمام عهدتهم، حتى وإن كانوا قد بلغوا سن التقاعد القانونية².

¹ عيساوي عز الدين، المكانة الدستورية للسلطات الإدارية المستقلة . مآل مبدأ الفصل بين السلطات .، المرجع السابق، ص 205.

² - شيخ أعمار يسمينة، المرجع السابق، ص 56 و 57.

ثانيا: وفقا للمعيار الوظيفي

بالرجوع إلى معظم النصوص القانونية المنشئة لسلطات الضبط الاقتصادي، يتبين أنها قد كرّست صراحة استقلاليتها الإدارية والمالية التي تجعلها في منأى عن رقابة وتبعية للسلطة التنفيذية، إلا أنه باستقراء البعض منها يتبين أنها تترجم تردّد المشرع في إضفاء الاستقلالية الوظيفية المطلقة على هذه السلطات.

أ- الاستقلال الإداري النسبي عن السلطة التنفيذية

رغم أن المادة 23 من قانون المنافسة المعدّل والمتمّم قد اعتبرت صراحة مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة، غير أنها في الوقت ذاته نصت على ما يهدّم ذلك، وهذا وفقا لعبارة: "توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة"، ما يجعل الحديث عن استقلاليتها إداريا أمرا يعترضه الغموض، لأنّه و حسب ما جاء في هذه المادة لا يمكن اعتباره إلا جهازا إداريا خاضعا مباشرة لوصاية وزير التجارة، كغيره من الأجهزة الإدارية التابعة لهذا الأخير.

ضف إلى ذلك تجريد المجلس من صلاحية وضع نظامه الداخلي بنفسه بصدور أمر رقم 03-03 حيث آلت هذه الصلاحية بموجب المادة 31 منه إلى السلطة التنفيذية بعدما كان هذا الاختصاص يعود إليه في ظل أمر رقم 95-06، ليوقف العمل بالتالي بالمرسوم الرئاسي رقم 96-44، المحدّد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة. غير أن الجدير بالملاحظة هو أن المرسوم التنفيذي الذي كان من المفروض أن يصدر تطبيقا لأحكام الأمر رقم 03-03 لم يعرف الوجود أبدا.

وبصدور القانون رقم 08-12، أبقى المشرع على اختصاص السلطة التنفيذية في تحديد هذا النظام بموجب المادة 31 منه، مع العلم أن هذا المرسوم لم يتم إصداره إلى غاية الوقت الحالي. كما أن المجلس يخضع زيادة على ذلك إلى رقابة سنوية من طرف كل من الهيئة التشريعية، رئيس الحكومة والوزير المكلف بالتجارة من خلال رفعه إليهم تقريرًا سنويا عن نشاطه.¹

¹ - المادة 2/27 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 08-12، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

وأكثر من ذلك، فإنه يمكن للحكومة أن تحل محل مجلس المنافسة في اتخاذ القرار المتعلق بالتجميعات، تطبيقاً لنص المادة 21 من قانون المنافسة المعدل الذي يخولها صلاحية الترخيص تلقائياً إذا ما دعت إلى ذلك المصلحة العامة بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني بالقطاع محل التجميع.

وفيما يخص سلطات الضبط القطاعية، فإن تبعيتها للسلطة التنفيذية تظهر من خلال وضع هذه الأخيرة لأنظمتها الداخلية كما هو الحال في القطاع المنجمي أين يتم تحديد النظام الداخلي لكل من الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية والوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية بموجب مرسوم¹، كما يلاحظ تبعيتها أيضاً من خلال التقرير السنوي الذي تقدمه هذه الهيئات للسلطة المختصة كما هو الشأن بالنسبة لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، لجنة ضبط الكهرباء والغاز والوكالتين الضابطين للقطاع المنجمي.

ضف إلى ذلك، تظهر لنا رقابة هذه السلطة على الهيئات القطاعية من خلال تدخلها في اختصاصات هذه الأخيرة، فمثلاً في المجال المصرفي نجد أن الاختصاص التنظيمي المخول لمجلس النقد والقرض نسبي كون القرارات التنظيمية الصادرة عنه لا تدخل حيز التنفيذ بمجرد موافقة المجلس عليها، بل تخضع لمداولة ثانية من طرف الوزير المكلف بالمالية، حيث تعرض عليه خلال اليومين المواليين لتلك الموافقة، و لديه مهلة عشرة (10) أيام لطلب تعديلها، وفي هذه الحالة يقوم المحافظ باستدعاء أعضاء المجلس للانعقاد خلال 5 أيام للقيام بالتعديلات المقترحة، ليكون بذلك القرار الجديد نافذا مهما كان مضمونه. و الشأن ذاته بالنسبة لقطاع البورصة، حيث تم تقييد السلطة التنظيمية المخولة

¹ - أنظر: المادة 51 من القانون رقم 01-10، المؤرخ في 03 جويلية 2001، المتضمن قانون المناجم، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-07، المرجع السابق.

- مرسوم تنفيذي رقم 04-93، مؤرخ في 1 أبريل 2004، يتضمن النظام الداخلي للوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية، ج. ر. ع. 20، صادر في 04 أبريل 2004.

- مرسوم تنفيذي رقم 04-93، مؤرخ في 1 أبريل 2004، يتضمن النظام الداخلي للوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية، ج. ر. ع. 20، صادر في 04 أبريل 2004.

للجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، إذ الأنظمة التي تصدرها لا تدخل حيز التنفيذ بنشرها في الجريدة الرسمية، إلا بعد أن تكون مشفوعة بنص الموافقة من وزير المالية.¹

ب- محدودية الاستقلال المالي:

رغم أن الاستقلال المالي مكرس قانونا لمعظم سلطات الضبط الاقتصادي بصورة صريحة، إلا أنه مع ذلك يظل غير مطلق لخضوعها لرقابة الدولة أو الوزير المختص من هذا الجانب. ففيمّا يخص مجلس المنافسة، بالرجوع إلى المادة 33 المعدلة بموجب قانون رقم 08-12 فإن ميزانية المجلس تسجل ضمن أبواب ميزانية وزارة التجارة، في حين كانت تسجل قبل التعديل الذي مس هذه المادة (في ظلّ أمر رقم 03-03)، ضمن أبواب ميزانية رئيس الحكومة، كما أن ميزانيتها هذه، تخضع زيادة على ذلك للقواعد العامة للتسيير المطبقة على ميزانية الدولة.

أمّا فيما يتعلق بسلطات الضبط القطاعية، ففي المجال المنجمي إلى جانب تمويل اللجنتين المكلفتين بضبطه من الناتج المرتبط بنشاطهما، كالحصة الناتجة من إتاوة الاستخراج أو ناتج حق إعداد الوثائق المرتبطة بالسندات المنجمية فإنّهما تستفيدان علاوة على ذلك من اعتمادات مالية أولية تمنحها لهما الدولة، كما يمكنهما اقتراح اعتمادات تكميلية ضرورية لأداء مهامهما إذا استدعت الحاجة إلى ذلك على الوزير المكلف بالمناجم أثناء إعداد مشروع قانون المالية السنوي،² و في مجال البريد والمواصلات فإنّه بالإضافة إلى تمويل سلطة ضبطه من مواردها كالمكافآت المقدمة مقابل أداء الخدمات، الأتاوى و مساهمات المتعاملين، فإنّها تستفيد من اعتمادات إضافية وضرورية لتمكينها من أدائها لمهامها من الميزانية العامة للدولة.

ومن هنا فإن السلطة التنفيذية تتوفر من خلال عنصر الاعتمادات المالية المخصصة لهذه السلطات على ورقة للتأثير عليها، خاصة وأنها تتولى تحديد أجور وعلاوات الأعضاء المشرفين على أجهزتها مما يمكنها من التحكم فيها.

¹ - أنظر المادة 32 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03-04، المرجع السابق.

² - المادتان 52 و 154 من القانون رقم 01-10، المؤرخ في 3 جويلية 2001، المتضمن قانون المناجم، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 07-02، المرجع السابق.

خلاصة الفصل الثاني

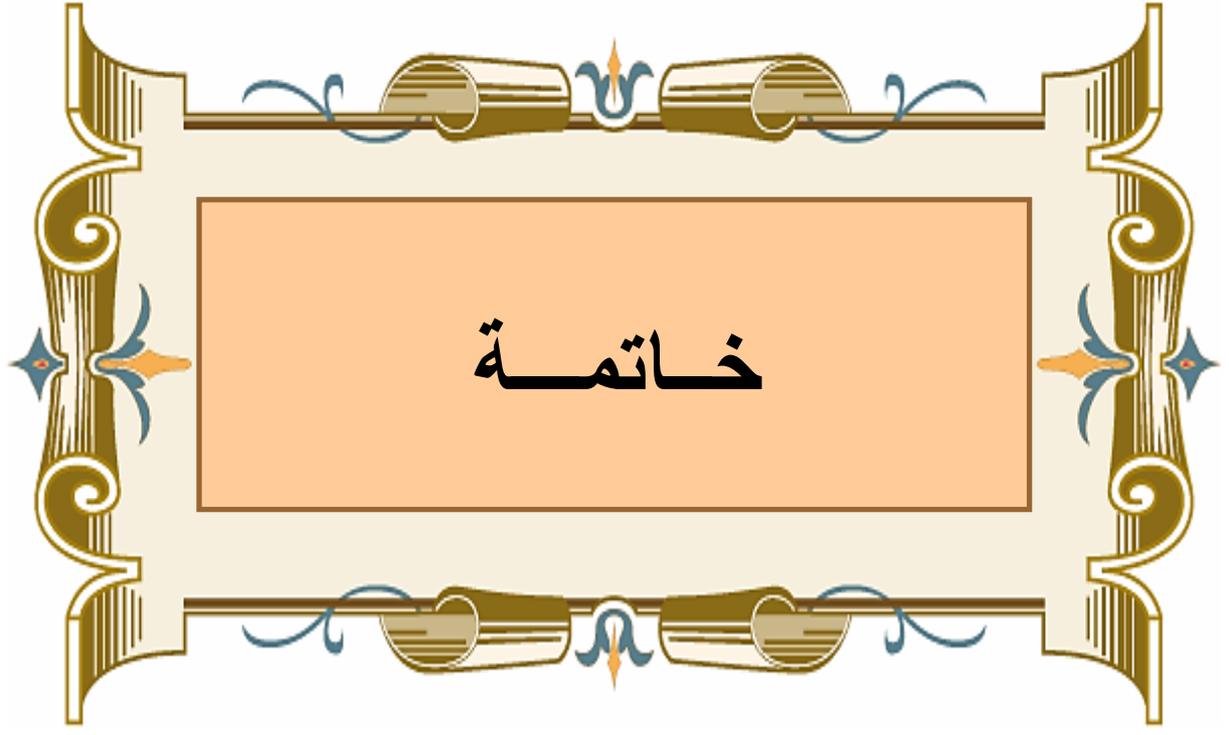
من خلال هذا الفصل يمكن القول أن دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود وإن كان له آثار إيجابية عديدة على المنظومة القانونية من خلال مساهمة هذه السلطات في حماية النظام العام الاقتصادي و الطرف الضعيف في العقد و منه المساهمة في إيجاد مفهوم جديد لتوازن العقود أكثر عدالة عقديّة فعلية، كما ساهم في جعل قانون العقود أكثر مرونة و فعالية تماشياً مع المتغيرات الاقتصادية، غير أنه و في نفس الوقت حمل معه عديد المخاطر.

إن النظام القانوني الذي تقوم عليه السلطات الإدارية المستقلة لم تكتمل معالمه و لم تتضح و ما زال يطرح العديد من الإشكالات النظرية و العملية يهدد البعض منها شرعية هذه السلطات في حد ذاتها، سيما مسألة الدستورية و مسألة الاستقلالية، مما يجعل مناقشة البعض لمدى شرعية التجديد الذي تعرفه الشريعة العامة للقانون مبرراً.

إذ أن كثرة هذه السلطات الإدارية المستقلة و تزويدها بسلطات كثيرة و إن كان قد أدى إلى خلق قواعد جديدة و متخصصة تختلف من هيئة لأخرى و تمارس تحت غطاء المرونة و السرعة لضمان فعالية الضبط الاقتصادي، غير أنه طرح صعوبة في التعامل مع هذه القواعد حتى من طرف المتخصصين بسبب عدم تمتع هذه السلطات الإدارية المستقلة بنظام قانوني موحد يحكمها على الأقل فيما يخص المبادئ العامة.

كما أدى التجديد إلى زعزعة مبدأ الأمن القانوني عموماً و الأمن التعاقدية بصفة خاصة، مما صعب على الأعوان الاقتصاديين مسألة التوقع و اليقين القانوني كما مس باستقرار المعاملات التعاقدية، و يعود السبب في ذلك بالأساس إلى إشكالية استقلالية هذه السلطات الإدارية المستقلة أمام السلطة التنفيذية التي ما تزال مترددة في الانسحاب من سلطة اتخاذ القرارات، مما يهدد حقوق الأعوان الاقتصاديين.

إن التجديد و ما ترتب عنه من مخاطر أدى إلى أزمة العقد التي باتت تهدد بانهيار الشريعة العامة للعقود، على اعتبار أنها مست أهم الأسس التي يقوم عليها و أدت إلى تغيير كبير في المفاهيم القانونية لاسيما ما تعلق منها بالقوة الملزمة للعقد.



خاتمة:

إن تطور دور الدولة وانتقالها من الدولة الحارسة فالمتدخلة فالضابطة أدى إلى فتح العديد من النشاطات التي كانت تحتكرها على المبادرة الخاصة و إخضاعها لقانون السوق كنظام للتبادل يحيل إلى المبادئ الليبرالية (حرية المنافسة، حرية الدخول إلى السوق و الحرية التعاقدية)، غير أن هذا الأمر لم يعف الدولة من التدخل من أجل تأطير آليات السوق حماية للمصلحة العامة الاقتصادية.

غير أن البناء المؤسساتي التقليدي للدولة وقف عاجزا عن مواجهة و استيعاب هذا الدور الجديد، فكان قانون الضبط الاقتصادي هو من منح وسائل خاصة لتحقيق التوازن من خلال الإبداع القانوني لهيئات مهمتها مراقبة السوق، و هي الهيئات التي اصطلح على تسميتها بالسلطات الإدارية المستقلة.

إن اكتساح السلطات الإدارية المستقلة لأغلب القطاعات دفع البعض إلى التأكيد على أن العقد قد نقصت قيمته في ضبط السوق على اعتبار أن اللجوء إلى قانون العقد لضبط السوق مستبعد في حال وجود قواعد السوق، غير أن البعض الآخر أكد أن مصطلح الضبط يوحي إلى التطور الجديد لكيفيات تدخل العقد.

من خلال هذه التسمية يتضح جليا أن هذه السلطات، على العموم، لها صفة الهيئات الإدارية، وبالتالي فإنها تخضع للقانون العام، غير أنه في الآن نفسه لوحظ تأثيرها الكبير على القانون الخاص، وبشكل أكبر على الشريعة العامة للعقود من خلال الوظائف التي تمارسها، مما جعل القانون الذي يحكم العقود التي تحتك بهذه السلطات الإدارية المستقلة، أي العقود التي تبرم بمناسبة الدخول إلى السوق أو العقود المبرمة في إطار ممارسة الحياة التنافسية الحرة بين المتعاملين الاقتصاديين بمناسبة ممارسة هذه السلطات لوظائفها والبحث عن تحقيق أهدافها الضبطية وتحت تأثير فكرة حماية النظام العام الاقتصادي، تتصف بالتفرد من خلال المساهمة في تجديد قانون العقود سواء في شكلها أو في جوهرها.

وهذا التجديد مس مصادر الشريعة العامة للعقود، محتوى العقد و كذا الأحكام المتعلقة بتنفيذه، ولا شك أن لفكرة النظام العام الاقتصادي دورها.

ومن هنا أمكن القول أن تأثير السلطات الإدارية المستقلة على الشريعة العامة للعقود كان شاملا فرضته أسباب اقتصادية و قانونية و سياسية و تغيير كبير في دور الدولة، و ساهم في تحقيق ذلك ظروف أخرى تتعلق بالشريعة العامة للعقود في حد ذاتها التي باتت مطالبة بمسايرة التغيرات و البحث

عن مفاهيم جديدة تضمن صمودها أمام قاعدة مفادها أن القانون ليس ثابت بل هو متغير بتغير الظروف والمجتمع الذي تطبق فيه تجنباً للانهييار الذي بات وشيكاً في نظر بعض القانونيين.

إن ظاهرة تجديد الشريعة العامة للعقود بتأثير من سلطات الضبط المستقلة و مهامها، و إن كانت قد جاءت استجابة لتطلعات معينة في القوانين الحديثة طرحت بالتأكيد فكرة تقييم هذا التجديد بالبحث في فوائده دون إهمال ما انجر عنه من مخاطر، سيما و أن شرعية هذه السلطات و المهام التي تمارسها ما زالت موضع شك و تسيل الكثير من حبر فقهاء القانون.

إن تغير مفهوم الضبط الاقتصادي من ضبط ذاتي للسوق إلى بروز مفهوم جديد في صناعة القاعدة القانونية من خلال تدخل فاعلين آخرين في إنشائها جعل من هذه القواعد قريبة أكثر إلى الواقع العملي فأصبحت تتسم بمرونة و فعالية أكبر مقارنة بالوضع الذي كانت عليه مما ساهم في تجاوز عديد الصعوبات التي كانت تطرحها الشريعة العامة بقواعدها التقليدية في سبيل احترام مبادئ أسسها أنصار مبدأ سلطان الإرادة و كرسها القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 (قانون نابليون)، و أعطى دفعا جديدا لحماية الطرف الضعيف في العقود في مواجهة الطرف القوي بجعل تحقيق التوازن الفعلي لها هدفا للقواعد الجديدة التي تحكم العقد استنادا إلى فكرة النظام العام الاقتصادي الحماي من جهة، ومتطلبات الضبط الاقتصادي حماية للمصلحة العامة من جهة أخرى.

غير أن التجديد الذي لحق الشريعة العامة للعقود رتب في الآن نفسه عديد السلبيات سيما تلك التي مست استقرار المعاملات و الأمن القانوني عموما كنتيجة منطقية سببها أن القانون الاقتصادي في حد ذاته مصدر لعدم الأمن القانوني إذ يصعب معه تحقيق فكرة اليقين القانوني، ثم أن التغير الجذري الذي لحق بعض المبادئ التي كانت عمود الشريعة العامة للعقد سيما مبدأ القوة الملزمة للعقد و ما ارتبط به من مفاهيم ذات علاقة، بتداخل عدة عوامل من بينها تغير دور الدولة وظهور السلطات الإدارية المستقلة جعل البعض يؤكد على أن هذا التغير بات يهدد الشريعة العامة للعقود بالانهيار نافرين أن يكون تعبيرا عن مواكبة لتطور المنظومة القانونية ككل، بالإضافة إلى أن النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة الذي لم تكتمل معالمه و لم تتضح بعد لوجود عدة نقاط قانونية و عملية ما زالت محل جدل حاد في أوساط رجال القانون والاقتصاد على حد سواء خاصة فيما يتعلق بمسألة الدستورية و الاستقلالية اللتين تطرحان بحدة بالنظر لأثرهما على قانونية الصلاحيات و الاختصاصات الممنوحة لهذه السلطات و التي سيجد فيها القانونيين المهتمين بهذه المسألة سندا ل طرح التساؤل حول شرعيتها و بالنتيجة شرعية كل تجديد و أثر سيلحق بالشريعة العامة للعقود بل و لمختلف فروع القانون الأخرى.

ومهما يكن من أمر فإن الشريعة العامة للعقود مازالت قائمة و ما زالت تتمتع بذلك المركز المستمد من مبدأ الحرية التعاقدية و إن كان ذلك ببعض المفاهيم الجديدة و المعاصرة و هو أمر منطقي على اعتبار أنها تعبر عن قواعد قانونية، و الأصل في القانون هو تغير و تطور قواعده بتطور الظروف و حالة المجتمع الذي أنشأه و تبناه و يطبق فيه.

إن هذه الدراسة و إن حاولت الإمام بأهم عناصر الموضوع إلا أنها لم تخل من النقص لصعوبة الإحاطة بكل مهم فيه، و يرجع السبب لاتساعه من جهة و عمقه من جهة أخرى إلى جانب ندرة الدراسات السابقة بشأنه، كما أننا قد تجاوزنا في كثير من الأحيان محاولة المقارنة بين الجديد الذي طرحته السلطات الإدارية المستقلة و القواعد المتعارف عليها وفقا للشريعة العامة للقانون اعتقادا منا أن هذه القواعد باتت راسخة لدى دارسي القانون و المهتمين بالموضوع، على أمل ألا تنقص من قيمة هذا البحث.

ولكن و بالمقابل فإننا نعتقد أن هذه الدراسة لا بد أنها ستكون منطلقا يفتح المجال مستقبلا لدراسات تسمح بالتدقيق فيه أكثر أو من خلال دراسة أحد عناصره بتخصص أكبر، كما أنها ستفتح المجال للبحث في مواضيع ذات صلة كعلاقة السلطات الإدارية المستقلة بفروع أخرى من القانون سواء تلك المصنفة ضمن قواعد القانون الخاص أو تلك المصنفة ضمن قواعد القانون العام أو تلك الفروع التي تجاوزت هذا التقسيم أي فروع القانون المختلط كما يفضل البعض نعتها، و كذا دراسات تعنى بالبحث في علاقة السلطات الإدارية المستقلة ببعض العقود سواء تلك المنظمة بموجب قواعد القانون المدني أو بموجب قوانين خاصة كعقود التوزيع أو عقود التأمين... في إطار معادلة التأثير و التأثير المتبادل داخل المنظومة القانونية و بين القانون و غيره من العلوم الإنسانية، كما قد تكون منطلقا لدراسة إحدى هذه السلطات الإدارية المستقلة أو بعضها و علاقتها بالشريعة العامة للعقود و بالقانون المدني ككل.



أولاً: المصادر

أ . المعاجم:

- معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة.

ب . النصوص القانونية:

. الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المؤرخ في: 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج ر ع 76، صادرة في 08 ديسمبر 1996، المتمم بالقانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر ع: 25، صادر في 14 أبريل 2002، المعدل بموجب قانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر ع: 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.

. الأوامر:

1. الأمر رقم: 58/75 مؤرخ في: 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ع 78 مؤرخ في: 30/09/1975 معدل و متمم بالقانون 05/07 مؤرخ في 13/05/2007، ج ر ع: 31 مؤرخ في: 13/05/2007
2. الأمر رقم: 06/95 مؤرخ في: 14 أبريل 1990، متعلق بالمنافسة، ج ر ع: 09 صادرة في: 22/02/1995، (ملغى).
3. الأمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ع: 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر ع: 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر ع: 46 الصادر في 18 غشت 2010.
4. الأمر 11/03 مؤرخ في: 26 أوت 2003، متعلق بالنقد و القرض، ج ر ع: 52، صادرة في: 27 أوت 2003.

. القوانين:

1. القانون رقم: 10/90 مؤرخ في: 14 أبريل 1990، المتعلق بالنقد و القرض، ج ر ع: 16 صادرة في: 18 أبريل 1990، (ملغى).
2. القانون رقم: 03/2000 مؤرخ في: 05 أوت 2000، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر ع: 48 صادرة في: 06 أوت 2000.
3. القانون رقم: 01/02 مؤرخ في: 05 فيفري 2002، المتعلق بالغاز و الكهرباء، ج ر ع: 08 صادرة في: 05 فيفري 2002.
4. القانون رقم: 12/05 مؤرخ في: 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، ج ر ع: 60 صادرة في: 04 سبتمبر 2005.
5. القانون رقم: 0410/06 مؤرخ في: 20 فيفري 2006، يعدل و يتم الأمر: 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج ر ع: 15 صادرة في: 12 مارس 2006.
6. القانون 09/08 مؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ع: 21 صادرة في: 23 أبريل 2008
7. القانون رقم: 05/10 مؤرخ في: 15 أوت 2010، يعدل و يتم الأمر 03/03 المؤرخ في: 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر ع: 46 صادرة في: 18 أوت 2010.

. المراسيم:

1. المرسوم التشريعي رقم: 10/93 مؤرخ في: 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر ع: 34 الصادرة في: 23 ماي 1993 المعدل و المتمم للأمر 10/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، ج ر ع: 03 الصادرة في 14 جانفي 1996 و القانون 04/03 مؤرخ في 17 جانفي 2003، ج ر ع: 11 الصادرة في 19 فيفري 2003 (استدرارك في ج ر ع: 32 الصادرة في 07 ماي 2003)
2. المرسوم التنفيذي رقم 96/102 المؤرخ في: 11 مارس 1996 المتعلق بتطبيق المادة 32 من المرسوم التشريعي 10/93 المؤرخ في: 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر ع: 18.

3. المرسوم التنفيذي رقم 194/02 مؤرخ في 28 ماي 2002 المتضمن دفتر الشروط المتعلقة بالتموين بالكهرباء و الغاز بواسطة القنوات، ج ر ع: 39 الصادرة في 02 جوان 2002
4. المرسوم التنفيذي رقم 93-04، مؤرخ في 1 أبريل 2004، يتضمن النظام الداخلي للوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية، ج ر ع: 20، صادر في 04 أبريل 2004.
5. المرسوم التنفيذي رقم 93-04، مؤرخ في 1 أبريل 2004، يتضمن النظام الداخلي للوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية، ج. ر، ع: 20، صادر في 04 أبريل 2004.
6. المرسوم التنفيذي رقم: 219/05 مؤرخ في: 06 جوان 2005، المتعلق بالترخيص بعمليات التجميع، ج ر ع: 43، الصادرة بتاريخ: 22 جوان 2005.
7. المرسوم التنفيذي رقم: 306/06 المؤرخ في: 10 سبتمبر 2006 المعدل بالمرسوم 44/08 المؤرخ في: 30 فيفري 2008 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج ر ع: 56 الصادرة 11 سبتمبر 2006
8. المرسوم التنفيذي رقم: 241/11 مؤرخ في: 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة و سيره، ج ر ع: 39، الصادرة بتاريخ: 13 جويلية 2011.

. الأنظمة والتعليمات:

1. نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 02/96 مؤرخ في: 22/06/1996 يتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات و الهيئات التي تلجأ علانية إلى الإدخار عند إصدارها قيما منقولة، ج ر ع: 36، صادرة في 01/06/1997.
2. نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 03/96 مؤرخ في: 03/07/1996 يتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة في رأسمال شركة إدارة البورصة للقيم المنقولة، ج ر ع: 87، صادرة في 29/12/1997.
3. نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 02/97 مؤرخ في: 18/11/1997 يتعلق بشروط تسجيل الأعوان المؤهلين للقيام بتداول القيم المنقولة في البورصة، ج ر ع: 87، صادرة في 29/12/1997.

4. نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم: 03/97 مؤرخ في: 1997/11/18، يتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة، ج ر ع: 87، الصادرة في: 1997/12/29
5. نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 04/97 مؤرخ في: 1997/11/25 يتعلق بهيئات التوظيف الجماعي في القيم المنقولة، ج ر ع: 87، صادرة في 1997/12/29.
6. نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 05/97 مؤرخ في: 1997/11/25 يتعلق باتفاقيات فتح الحساب بين الوسطاء في عمليات البورصة و زبائنهم، ج ر ع: 87، صادرة في 1997/12/29.
7. نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 02/2000 مؤرخ في: 2000/01/02 يتعلق بالمعلومات الواجب نشرها من طرف المؤسسات التي تكون قيمتها في البورصة، ج ر ع: 50، صادرة في 2000/08/16.
8. نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 01/03 مؤرخ في: 2003/03/18 يتعلق بالنظام العام للمؤتمن المركزي على السندات، ج ر ع: 73، صادرة في 2003/11/30.
9. نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 02/03 مؤرخ في: 2003/03/18 يتعلق بمسك الحسابات و حفظ السندات، ج ر ع: 73، صادرة في 2003/11/30.
10. نظام مجلس النقد و القرض رقم: 03/04 مؤرخ في: 2004/03/04، يتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، ج ر ع: 35، صادرة في: 2004/06/02

ثانيا: المراجع

أ. المراجع باللغة العربية:

. الكتب:

1. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام . في مصادر الالتزام . منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2008
2. جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني، " تكوين العقد"، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة 02، 2008، بيروت، لبنان.
3. حازم الببلاوي، دور الدولة في الاقتصاد، دار الشروق، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1998.
4. حسن عبد الباسط الجميحي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، 1996
5. رشيد ساسان، عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز)، محاولة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013
6. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 03، 2011.
7. علي فيلاي:
 - الالتزامات: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، 2013، الجزائر.
 - مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010
8. محفوظ لشعب بن حامد:
 - عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- الوجيز في القانون الاقتصادي . النظرية العامة و تطبيقاتها في الجزائر. د. م. ج. 1993.
9. محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2013.

10. محمد رياض دغمان، إلزامية العقد . دراسة مقارنة .، منشورات زين الحقوقية، ط 01، 2010، لبنان.
11. محمد عبد الله محمد الصديق، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، الإمارات، 2012
12. محمود بو دالي، حماية المستهلك في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، طبعة 2006.
13. مصطفى العويجي، القانون المدني: العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، 2008، بيروت، لبنان.

. الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسائل دكتوراه:

1. بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013
2. حسن ذكي لينا، الممارسات المقيدة للمنافسة و الوسائل القانونية لمواجهتها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة حلوان، كلية الحقوق، مصر، 2004
3. فاطمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، 2013/2012.
4. مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/12/06.
5. نورة حمليل، النطاق القانوني للسوق المالية الجزائرية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، دون سنة.

ب- مذكرات ماجستير:

1. آسيا يسمينة مندي، النظام العام و العقود، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009/2008.
2. أحمد أعراب، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة أحمد بو قرّة، بومرداس، جامعة بو دواو، 2006 . 2007.
3. أحمد حدي لالة ، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية و تطويع العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، 2012، 2013
4. باهية مخلوف، الاختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010
5. حفيظة زوار، لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة كسلطة إدارية مستقلة، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع الإدارة و المالية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004/2003.
6. خدوجة فتوس، الاختصاص التنظيمي لسلطات الضبط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، جامعة بجاية، 2010.
7. زينب قاسي، المركز القانوني لوكالتي الضبط في القطاع المنجمي، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013
8. سامية عدوان، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011/2010
9. سمير حدري، السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الاقتصادية و المالية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، جامعة أحمد بو قرّة، بو مرداس، 2006.
10. سهام نبيل، الودائع المصرفية، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، دون سنة.
11. عبد الحق شيخ، الرقابة على البنوك التجارية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة أحمد بو قرّة، بومرداس، جامعة بو دواو، 2009 . 2010.
12. عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها . دراسة مقارنة .، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008 /2007

13. عز الدين عيساوي، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، مذكرة ماجستير فرع قانون أعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004/2005.
14. عمر أحمان، النشاط البنكي كنشاط اقتصادي منظم، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2001 . 2002.
15. كريمة زعاتري، المركز القانوني لسلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، مذكرة ماجستير، تخصص إدارة و مالية، جامعة امحمد بو قرّة، جامعة بو مرداس، 2011/2012.
16. محمد منير حساني، آليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الأمن القانوني، مداخلة أقيمت بملتقى " الأمن القانوني"، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 05 و 06 ديسمبر 2012
17. نبية شفار، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري و القانون المقارن، تخصص علاقات الأعوان الاقتصاديين / المستهلكين، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2012/2013
18. نبيل ناصري، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 و الأمر 03/03، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003/2004
19. نصيرة تواتي، المركز القانوني للجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، مذكرة ماجستير، قانون أعمال، جامعة مولود معمري، جامعة تيزي وزو، 2007.
20. وليد بو جملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2006 . 2007.
21. يسمينة شيخ أعمار، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة و سلطات الضبط القطاعية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2008/2009
22. يمينة جراوي، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007/11/20.

. مقالات و مداخلات:

- 1 . الكاهنة إرزيل، دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط السوق، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007.

- 2 . حميدي فاطيمة، الطابع الخصوص لعقود الأعمال، الملتقى الوطني حول: عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري يومي 16 و 17 ماي 2012، جامعة بجاية
- 3 . دليلة مختور، حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" يومي 07 و 08 ماي 2014، منشورة بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015
- 4 . زينة آيت وازو، دراسة نقدية في سلطات الضبط المستقلة في شرعية سلطات الضبط المستقلة، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007.
- 5 . سامية كسال، مدى شرعية السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، جامعة 08 ماي 1945، قالمة يومي 13 و 14 نوفمبر 2012.
- 6 . سعيدة راشدي، مفهوم السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007.
- 7 . شريف كايس، عدم فعالية القواعد القانونية و أثرها على الأمن القانوني، مداخلة أقيمت بملتقى الأمن القانوني، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 05 و 06 ديسمبر 2012.
- 8 . عادل عثمان، ظهور عقود الأعمال في ظل عجز العقود المدنية الكلاسيكية على تنظيم مجال الأعمال، الملتقى الوطني حول: عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري يومي 16 و 17 ماي 2012، جامعة بجاية
- 9 . عبد الرحمان خلفي، ظاهرة الحد من العقاب، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" يومي 07 و 08 ماي 2014، منشورة بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015

- 10 . عبد الكريم عسالي، لجنة ضبط الكهرباء و الغاز، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007.
- 11 . عبد الكريم موكة، مبدأ التناسب: ضمانات أمام السلطة القمعية لسلطات الضبط، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007.
- 12 . عبد المجيد غجيمة:
- مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي، المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، المغرب، 2008/03/28
- أبعاد الأمن التعاقدية و ارتباطاته، اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدية و تحديات التنمية، الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات، المغرب، 18 و 19 أبريل 2014
- 13 . عبد الناصر بلميهوب، النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير و متطور، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة" يومي 07 و 08 ماي 2014، منشورة بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015
- 14 . عبد الهادي بن زيطة، نطاق اختصاص السلطات الإدارية المستقلة (دراسة حالة لجنة تنظيم عمليات البورصة و سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية)، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007.
- 15 . عبد الهادي بن زيطة، نطاق اختصاص السلطات الإدارية المستقلة في القانون الجزائري . دراسة حالة لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة و سلطة الضبط للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية . مجلة دراسات قانونية، العدد الأول، مركز بصيرة للبحوث، 2008.
- 16 . عز الدين عيساوي:
- العقد كوسيلة لضبط السوق، مقال منشور بمجلة المفكر العدد الثالث، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

- المكانة الدستورية للسلطات الإدارية المستقلة . مآل الفصل بين السلطات .، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، عدد 04، ص 206
- 17 . عصام نجاح، السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، جامعة 08 ماي 1945، قالمة يومي 13 و 14 نوفمبر 2012.
- 18 . محمد الشريف كتو، "حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة"، مجلة إدارة، عدد 23، 2002.
- 19 . مليكة أوباية، اختصاص الاعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007.
- 20 . منى بن لطرش، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي: وجه جديد لدور الدولة، مجلة إدارة، عدد 24، 2002
- 21 . نجاة طباع، اللجنة المصرفية كجهة قمعية في مجال المساءلة المهنية للبنوك، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال المالي و الاقتصادي، جامعة بجاية يومي: 23 و 24 ماي 2007.

. محاضرات:

. عصام نجاح:

- قانون الضبط الاقتصادي، محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2013 . 2014.
- قانون المستهلك، محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2013 . 2014.

. مراجع مختلفة:

أ. قرارات قضائية:

1. قرار مجلس الدولة الجزائري، تحت رقم: 002129، صادر بتاريخ: 2000/05/08، غير منشور.

2. التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي لسنة 2006.

ب. قرارات مجلس المنافسة:

1. قرار مجلس المنافسة الجزائري رقم: 98 ق 03 الصادر بتاريخ: 13 ديسمبر 1998، غير منشور.

2. قرار مجلس المنافسة الجزائري رقم: 99 ق 01 الصادر بتاريخ: 13 جوان 1999، غير منشور.

ج. مواقع إلكترونية:

1 - [http:// www.arpt.dz](http://www.arpt.dz)

2 - [http:// www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

3 - [http:// www.mafr.fr](http://www.mafr.fr).

4 - [http:// www.startimes.com](http://www.startimes.com)

المراجع باللغة الأجنبية:

A - Ouvrages :

- 1 - Blaise Jean – Bernard, Droit des affaires, 3^e éme ed, LGDJ, Paris, 2002
- 2 - De Vauplane Hubert et Bornet Jean- Piere, Droit de la bourse Litec, Paris, 1994
- 3- MERRYL Hervieu, Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats, Dalloz,2012
- 4 - GUYON Yves, Droit des affaires, 8^eme ed ECONOMICA, Paris, 1994
- 5 - REINHARD Yves, CHAZAL Jean-Pascal, Droit commercial, ed Litec, Paris, 2001
- 6 - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes en Algérie, ed HOUMA, Alger, 2005

B - Articles :

- 1- Conseil de concurrence déc, du 29 Novembre 1994, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la production et de la commercialisation du veau, citée par GUEDIA.
 - 2 - Conseil d'Etat, « Les autorités administratives indépendantes », EDCE, la documentation française, n°52, 2001.
 - 3 - FRISON-ROCHE - Marie-Anne:
 - Le juge et le marché, RJC n° spécial (Le juge de L'économie), 2002.
 - Le droit de la régulation, Recueil Dalloz n° 07,2001
- Contrat, concurrence, régulation, RTD civ n° 3, Juillet Septembre 2004.

- Arbitrage et droit de la régulation, in FRISON-ROCHE - Marie-Anne (S/dir), Les risques de la régulation, V3, séries droit et économie de la régulation, ed science po et Dalloz, Paris, 2005.

4 - L. BOY J. Bracine:

- Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence, J. C. P, n°41, 2004.

- pluralisme juridique et effectivité du droit économique ,sov- dir : J. J sueur, larcier Bruxelles ,2011.

5 - J. P. MOUSSY, Des autorités de régulation, pourquoi, comment ?, Revue de la confédération française démocratique du travail, n°57.

6 - Mustapha Mekki , propos introductifs sur le droit souple, in, thème et commentaire, Association Henri Capitant, journée national, Tome XIII Boulogne sur-mer, Dalloz, 2009.

7 - ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, Reveu Idarra, n° 26 , vol 13, 2003.

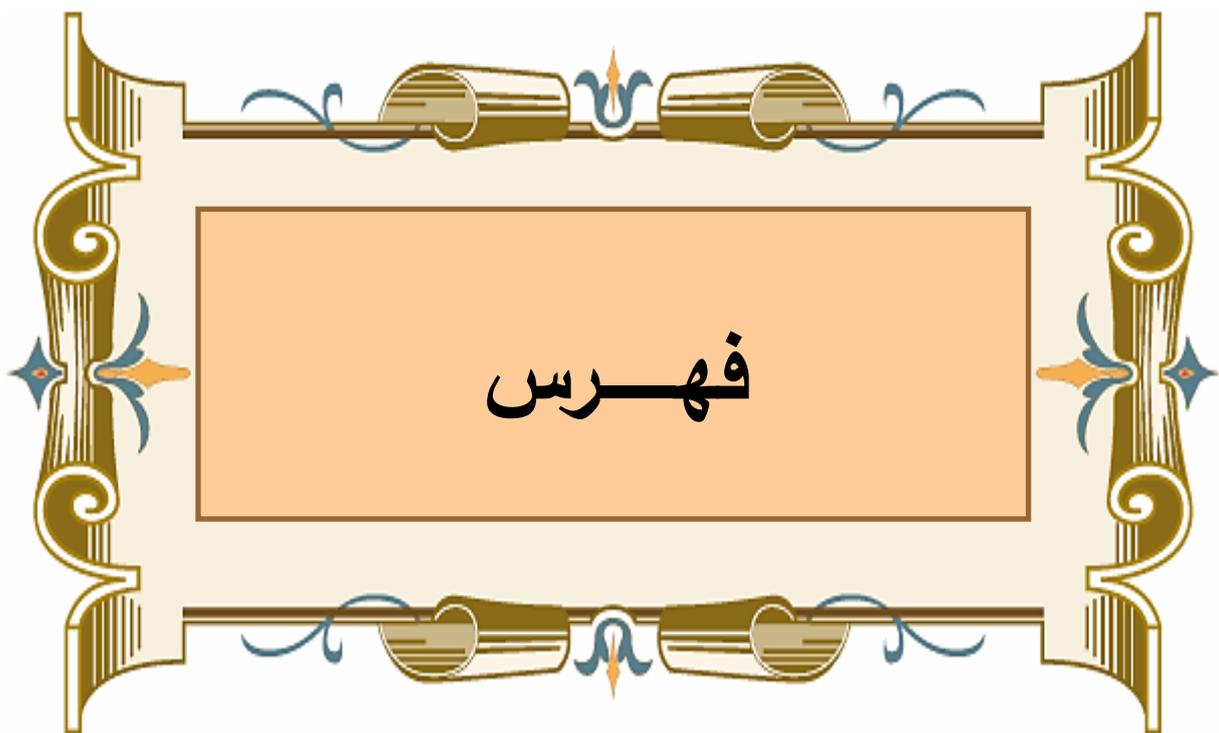
C - Thèses:

- Baraud Alexandre, Contribution a l'étude de la socialisation du droit des contrats, thèse, université de Lille II, 04 Juillet 2001.

D – Communications :

1- DJAFFAR Redouane, Les compétences multiformes de la commission de régulation de l'électricité et du gaz, colloque national organisé à les 23, 24 Mai 2007 par la faculté de droit de Bidjai.

2- ZOUAIMIA Rachid, Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en Algérie, colloque national sur les autorités de régulation indépendantes, Université de Guelma 13 et 14 Novembre 2012.



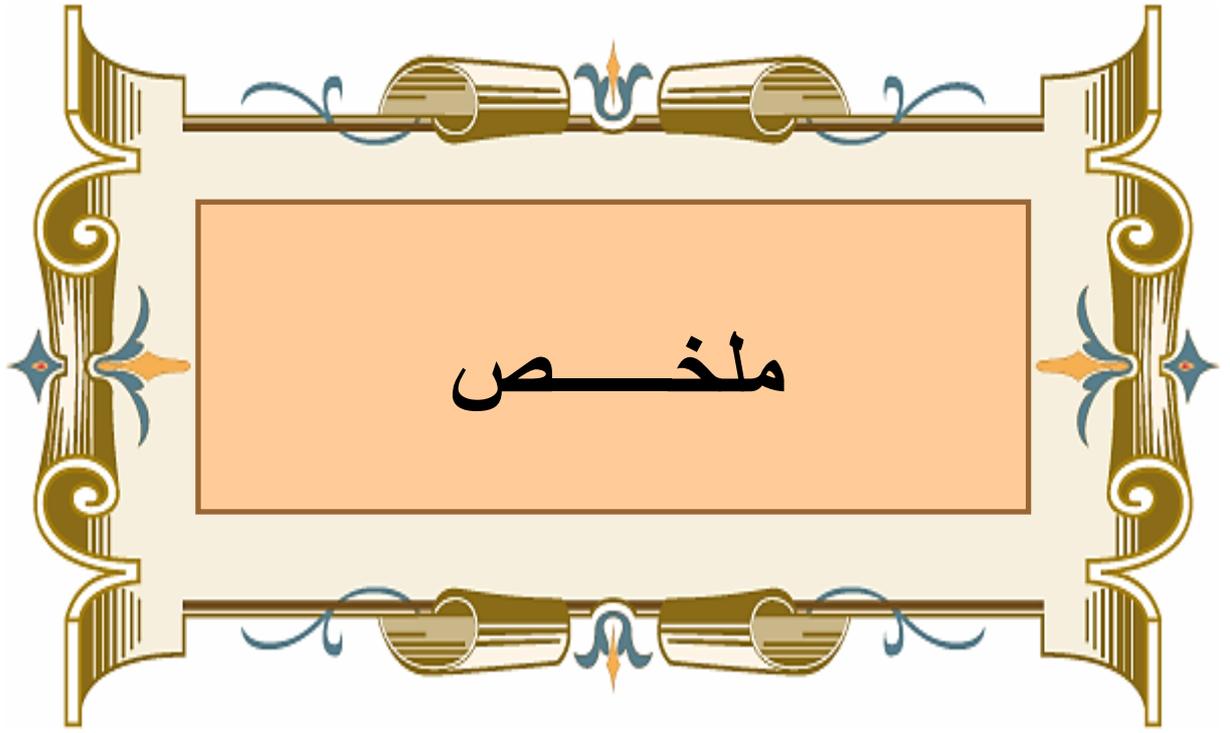
الصفحة	الموضوع
02	مقدمة
11	الفصل التمهيدي: مكانة العقد في السوق، في ظل تطور مفهوم الضبط الاقتصادي
14	المبحث الأول: مكانة العقد في ظل الضبط الذاتي للسوق
14	المطلب الأول: العقد آلية للضبط الذاتي للسوق
14	الفرع الأول: الدولة الحارسة و ضبط السوق
17	الفرع الثاني: الليبرالية الجديدة و دور العقد في السوق
18	المطلب الثاني: العقد و الضبط الاقتصادي للسوق بمفهومه المعاصر
19	الفرع الأول: تطور وظيفة الدولة نحو مفهوم جديد للضبط الاقتصادي للسوق
24	الفرع الثاني: الضبط الاقتصادي في مواجهة قصور الشريعة العامة للعقود
33	المبحث الثاني: السلطات الإدارية المستقلة كآلية مؤسساتية لضبط السوق
33	المطلب الأول: النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة
33	الفرع الأول: مفهوم السلطات الإدارية المستقلة
33	أولاً: نشأة السلطات الإدارية المستقلة
35	ثانياً: أسباب ظهور السلطات الإدارية المستقلة
35	ثالثاً: تعريف السلطات الإدارية المستقلة
36	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للسلطات الإدارية المستقلة
37	أولاً: الطابع السلطوي
38	ثانياً: الطابع الإداري
39	أ . موقف القضاء (مجلس الدولة)
39	ب . موقف الفقه
40	1 . أصحاب النظرة الازدواجية
41	2 . أصحاب النظرة الأحادية
42	ثالثاً: الاستقلالية
43	المطلب الثاني : الصلاحيات المخولة للسلطات الإدارية المستقلة و دورها في ضبط

	السوق
44	الفرع الأول : سلطة التنظيم و سلطة الرقابة و البحث (التحقيق)
44	أولاً: سلطة التنظيم
44	أ . سلطة التنظيم عن طريق المساهمة
49	ب . سلطة التنظيم عن طريق الممارسة
50	ثانياً: سلطة الرقابة و البحث (التحقيق)
53	أ . الرقابة على الالتحاق بالمهنة
55	ب . الرقابة على السوق (مراقبة السوق)
58	الفرع الثاني: الاختصاصات التنازعية للسلطات الإدارية المستقلة
58	أولاً: الاختصاص التحكيمي (سلطة التحكيم)
60	أ . الشروط القانونية لممارسة الاختصاص التحكيمي
63	ب . خصوصية التحكيم في ظل اختصاص السلطات الإدارية المستقلة
64	ثانياً: السلطة القمعية للسلطات الإدارية المستقلة
68	أ . أركان المخالفات
72	ب . شروط ممارسة السلطة القمعية
78	خلاصة الفصل التمهيدي
81	الفصل الأول: مظاهر تجديد السلطات الإدارية المستقلة للشريعة العامة للعقود
82	المبحث الأول: تجديد الشريعة العامة للعقود من حيث مصادرها
83	المطلب الأول: تجديد المصادر من الناحية الشكلية
84	الفرع الأول: تعدد ضروري للمصادر
89	الفرع الثاني: تمازج المصادر
91	المطلب الثاني: تجديد المصادر من الناحية الموضوعية (تراجع مبدأ سلطان الإرادة لصالح الضبط الاقتصادي)
93	الفرع الأول: تأطير اقتران الإيرادات التعاقدية من خلال تقنيتي الترخيص و الاعتماد

94	أولاً: من خلال تقنية الترخيص غير المباشر (تحديد الأطراف المسموح لهم بالتعاقد)
99	ثانياً: من خلال الترخيص المباشر (السماح بالتعاقد أو حظره)
104	الفرع الثاني: تأطير اقتران الإرادات التعاقدية بالتدخل في اختيار المتعاقد معه
104	أولاً: تقييد الإرادة التعاقدية بحظر رفض التعامل و رفض البيع
108	ثانياً: تقييد الإرادة التعاقدية وسلطة الضبط طرف في العقد
112	المبحث الثاني: تجديد الشريعة العامة للعقود من حيث مضمون العقد و تنفيذه
112	المطلب الأول: التجديد يمس مضمون العقد
113	الفرع الأول: تعزيز السلطات الإدارية المستقلة لبعض الالتزامات التعاقدية التقليدية
113	أولاً: الالتزام بالإعلام في خدمة التوازن العقدي
119	ثانياً: السلطات الإدارية المستقلة تنظم مضمون العقد من خلال تحديد البنود الإجبارية
121	الفرع الثاني: تراجع مبدأ القوة الملزمة للعقد في ظل صلاحيات السلطات الإدارية المستقلة
123	أولاً: قمع الاتفاقات المحظورة و أثره على القوة الملزمة للعقد
136	ثانياً: قمع الممارسات التعسفية المقيدة للمنافسة و أثره على القوة الملزمة للعقد
151	المطلب الثاني: تجديد الشريعة العامة للعقود من حيث القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد
152	الفرع الأول: الحق في ضمانات التنفيذ
152	أولاً: مجال البورصة (نموذج 01)
156	ثانياً: مجال النقد و القرض (نموذج 02)
159	الفرع الثاني: السلطات الإدارية المستقلة آلية لتجاوز صعوبات تنفيذ العقود (مجال التأمينات نموذجاً)
163	خلاصة الفصل الأول

166	الفصل الثاني: تقييم دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود
167	المبحث الأول: الإيجابيات المترتبة عن التجديد
167	المطلب الأول: التجديد نحو إنشاء قانون فعال و مرن
167	الفرع الأول: التجديد و فعالية القواعد القانونية الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة
171	الفرع الثاني: التجديد و مرونة القواعد القانونية الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة
174	المطلب الثاني: التجديد و دوره في حماية توازن العقد و النظام العام الاقتصادي
175	الفرع الأول: التجديد نحو مفهوم جديد لحماية التوازن العقدي
178	الفرع الثاني: التجديد و أثره في تطور فكرة النظام العام الاقتصادي
183	المبحث الثاني: مخاطر التجديد
183	المطلب الأول: التجديد نحو لا أمن قانوني و أزمة تهدد الشريعة العامة للعقود بالانهيار
183	الفرع الأول: التجديد: انزلاق نحو لا أمن قانوني
191	الفرع الثاني: التجديد أنتج أزمة حقيقية للعقد
195	المطلب الثاني: تجديد مبني على نظام قانوني غير مكتمل المعالم للسلطات الإدارية المستقلة
195	الفرع الأول: دستورية السلطات الإدارية المستقلة
197	أولاً: إدخال السلطات الإدارية المستقلة في النظام الإداري
197	ثانياً: مطابقة السلطات الإدارية المستقلة لأحكام الدستور
198	أ . مطابقة السلطة التنظيمية لأحكام الدستور
200	ب . مطابقة سلطة التحقيق للدستور
200	ج . سلطة توقيع العقاب و مبدأ الفصل بين السلطات
202	الفرع الثاني: استقلالية السلطات الإدارية المستقلة
203	أولاً: وفقاً للمعيار العضوي
203	أ . احتكار السلطة التنفيذية لسلطة التعيين

205	ب . ظروف إنهاء مهام أعضاء السلطات الإدارية المستقلة
206	ثانيا: وفقا للمعيار الوظيفي
206	أ . الاستقلال الإداري النسبي عن السلطة التنفيذية
208	ب . محدودية الاستقلال المالي
209	خلاصة الفصل الثاني
211	خاتمة
215	المراجع
230	فهرس



ملخص:

عموماً يلاحظ أن السلطات الإدارية المستقلة من حيث التسمية لها صفة الهيئات الإدارية وتصنف ضمن القانون العام ومع ذلك يكون لها تأثير كبير على القانون الخاص وعلى وجه الخصوص وبشكل ملحوظ على الشريعة العامة للعقود في تعبير عن هشاشة تقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص، وهذه السلطات هي إدارية ومستقلة تطرح حتى في التسمية تناقضاً، و أول علامات التفرد في المجال التعاقدى واضح ومؤكداً جداً. والتي تحددها الوظيفة المشتركة للضبط، ويتم التعبير عن هذا التفرد في تجديد شامل للشريعة العامة للعقود، وتغيير في شكلها و موضوعها، و يلاحظ توسع الظاهرة بطبيعة الحال باستثناء الإيجابيات، و بحياد، الدراسة المقترحة تمجد الفوائد دون حجب المخاطر. إذا كانت هذه الظاهرة هي استجابة لتطلعات و طموحات معينة في القانون الحديث، فإن ذلك يقلل من العيوب. تجديد الشريعة العامة للعقود من قبل السلطات الإدارية المستقلة أدى إلى انحراف العديد من المبادئ الأساسية لصالح القيم المعاصرة المتعلقة بتطوير و تعزيز الحريات. و من المرجح أن يثير جميع القانونيون مسألة شرعية مصادر القانون هذه و تأثيرها على الشريعة العامة للعقود التي تظل محل شك و طلب في نهاية المطاف.

Résumé

Généralement observées sous l'angle du droit public, les autorités administratives indépendantes exercent pourtant une influence majeure sur le droit privé et de façon particulièrement remarquable, sur le droit commun privé des contrats. Expriment la fragilité de la *summa divisio* droit public/droit privé, ces autorités à la fois administratives et indépendantes laissent encore poindre, par leur appellation oxymorique, les premiers signes de leur singularité qui, dans la sphère contractuelle, est très nettement affirmée. Déterminée par une fonction commune de régulation, cette singularité s'exprime par un renouvellement global du droit commun des contrats, transformé tant dans la forme que dans le fond. Remarquable, l'ampleur du phénomène suppose naturellement d'être appréciée. Avec neutralité, l'étude propose d'en vanter les bienfaits sans en occulter les dangers. Si ce phénomène apporte une réponse à certaines aspirations du droit moderne, il n'en aggrave pas moins les travers. Le renouvellement du droit commun des contrats par les autorités administratives indépendantes consacre la dérive de nombreux principes fondamentaux au profit de valeurs contemporaines liées à l'essor et à la promotion des libertés. Susceptible d'intéresser l'ensemble des juristes, la question de la légitimité de ces sources du droit dont l'influence, encore peu reconnue, reste contestable, se trouve finalement posée.

Summary :

Generally observed in terms of public law, independent administrative authorities nevertheless have a major influence on private law and particularly remarkably, the private contract law. Expressing the fragility of the summa divisio public law / private law, these authorities both administrative and independent break even leave by their oxymoronic name, the first signs of their singularity in the contractual sphere, is very clearly stated. Determined by a common regulatory function, this uniqueness is expressed in a comprehensive renewal of contract law, changed in form and in substance. Remarkably, the extent of naturally assumed to be appreciated. With neutrality, the study proposes to extol the benefits without obscuring the dangers. If this phenomenon is a response to certain aspirations of modern law, it does not aggravate least through. The renewal of contract law by independent administrative authorities spent adrift many fundamental principles in favor of contemporary values related to the development and promotion of freedoms. Likely to interest all the lawyers, the question of the legitimacy of these sources of law whose influence, yet little known, remains questionable, is finally asked.

تم بحمد الله...