مفهوم المؤسسة ومعايير تكييفها ضمن قانون المنافسة

The concept of the Enterprise and its adaptation criteria within the competition law

تاريخ الاستلام : 2021/04/22 ؛ تاريخ القبول : 2021/05/23

كريمة عزوز

مخبر العقود وقانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على مفهوم المؤسسة ومعايير تكييفها في ظل قانون المنافسة حيث نجد أن تشريعات المنافسة الحديثة وسعت من هذا المفهوم معتمدة في ذلك على النشاط الاقتصادي الذي يمارسه المتدخل في السوق بغض النظر عن صنفه وشكله القانوني، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري فأخضع كل الأشخاص الطبيعية والمعنوية إلى جانب المنظمات والنقابات والجمعيات وكذا الأشخاص العمومية إلى أحكام قانون المنافسة، متى مارس الكيان نشاطا اقتصاديا، وهذا من أجل حماية مبدأ المنافسة في السوق، فالمؤسسة تعتبر الركيزة الأولى في السوق التنافسية ومن دونها لا يوجد سوق بمعنى قانون المنافسة، كما وسع المشرع أيضا من مفهوم النشاط الاقتصادي الممارس من قبلها فأخضع كل النشاطات التي تظهر في السوق إلى قانون المنافسة بما فيها الصفقات العمومية .

الكلمات المفتاحية: مبدأ المنافسة؛ قانون المنافسة؛ مؤسسة؛ نشاط اقتصادي؛ سوق تنافسية.

Abstract

This study aims to identify the concept of the enterprise and the criteria for its adaptation under the competition law, as we find that modern competition legislation has expanded this concept depending on the economic activity practiced by the intervener in the market, regardless of its class and legal form.

This is what the Algerian legislator went to, so he subjected all natural and moral persons, as well as organizations, unions and associations, beside public persons to the provisions of the competition law, whenever the entity practiced economic activity, and this was in order to protect the principle of competition in the market, so the institution is considered the first pillar in the competitive market and without it there is no Market in the sense of competition law. The legislator has also expanded the concept of economic activity practiced by it, thus subjecting all activities that appear in the market to the competition law, including public deals.

Keywords: The principle of competition; competition law ; Enterprise; Economic activity; , Competitive market.

Résumé

L'objectif de cette étude vise à identifier la définition de l'entreprise et ses normes d'adaptation selon le droit de la concurrence ; ou on trouve les législations sur ce, élargie la définition, en s'appuyant sur l'activité économique que les intervenants dans le marché pratiquent indépendamment de sa forme ou de sa catégorie. Ce que le législateur algérien à adopter ou il a soumis la totalité des personnes physiques et morales, les organisations, les syndicats, les associations, et les personnes publiques aux dispositions du droit de la concurrence quand cet organisme exerce une activité économique, pour protéger le principe de concurrence dans le marché. L'entreprise est considérée comme premier fondement essentiel du marché selon les normes du droit de la concurrence.

Le législateur a aussi élargi la définition de l'activité économique que ces derniers exercent et il a soumit toutes les activités qui apparaissent sur le marché ainsi que celles des marchés publiques aux droit de la concurrence.

Mots clés: Le principe de la concurrence; droit de la concurrence; Entreprise; Activité économique;

* Corresponding author, e-mail: karima2azzouz@gmail.com

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2021.

I - مقدمة

نتيجة للعولمة اقتصادية ، التي أفرزها النظام الاقتصادي الجديد ، المبني على نمط اقتصاد السوق ، وتحرير المبادرات الفردية،التي تهدف إلى تطور الأسواق وانفتاحها وظهور التكتلات الاقتصادية، والتي لم تعد النصوص والقوانين التقليدية كفيلة بمسايرتها ،ما دفع بالمشرعين إلى وضع تشريعات حديثة تلاءم هذا الواقع الحديث ، ومن بين هاته التشريعات ظهور ما يعرف بقانون المنافسة في الدول اليبيرالية والتي استلهمت من تجربتها الدولة الجزائرية خاصة بعد التحول في الإيديولوجية السياسية والاقتصادية أواخر الثمانيات وبداية التسعينات ، بتخليها عن النظام الاشتراكي وإتباع النظام الرأسمالي ، مما استدعى إلى إحداث تغيير في منظومتها القانونية تتلاءم مع هذا الواقع الجديد ، فكان ذلك بالنص على القانون رقم 88-01 والمتعلق بالقانون التوجيهي الخاص بالمؤسسات العمومية الاقتصادية ،وعلى قانون الأسعار لسنة 1989 ثم على قانون المنافسة لسنة 1995 بموجب الأمر 95-06 والذي ألغي بموجب الأمر 03-03 سنة 2003 والذي عدل و تمم بموجب الأمر 08-12 ثم بموجب القانون10-05.

فقانون المنافسة يهدف إلى حماية النظام العام الاقتصادي في الدولة لكونه يتضمن أحكاما لحماية المنافسة وكذلك لحماية المتدخلين في السوق من خلال تحسين القدرة التنافسية بينهم ، معتدا في ذلك بطابع النشاط الاقتصادي الذي تمارسه المؤسسة، مهما كان شكلها القانوني وطريقة تمويلها ، وعليه ستتمحور دراستنا في هذا المقال حول البحث عن مفهوم المؤسسة والمعايير المعتمدة في تكييفها في ظل قانون المنافسة ،وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى أخذ المشرع الجزائري بمفهوم المؤسسة وماهي معايير تكييفها في ظل قانون المنافسة ؟

وقد اعتمدنا في هذه الدراسة على عدة مناهج : أهمها المنهج الوصفي من أجل توضيح بعض المفاهيم المتعلقة بالموضوع إلى جانب المنهج التحليلي المناسب لتحليل النصوص القانونية وموقف المشرع الجزائري في هذا الموضوع كذلك، كما اعتمدنا على المنهج المقارن بدراسة أوجه التشابه والاختلاف بين ما أورده المشرع الجزائري وما تضمنته الأنظمة المقارنة وخاصة التشريع الفرنسي والأوروبي

وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول :ماهية المؤسسة

أما المبحث الثاني فسندرس فيه : معايير تكييف المؤسسة في قانون المنافسة .

المبحث الأول : ماهية المؤسسة

سعت الجزائر منذ الاستقلال لبناء نظام اقتصادي وفق إستراتيجية وإيديولوجية متكاملة تضطلع إلى تحقيق تنمية اقتصادية شاملة، والتي لا تتحقق أهدافها إلا عن طريق ممارسة نشاط اقتصادي منظم ، فظهر مفهوم المؤسسة كمحرك فعال للعملية الاقتصادية والتي عرفت تطورا في النظام القانوني الجزائري خاصة بعد تبنيها للنظام الرأسمالي والذي تضمنته دساتيره المتعاقبة ابتداء من دستور 1989 وأكده دستور 1996 وكذا دستور 2016 ودستور 2020 والتي أقرت مبادئ حرية الصناعة والتجارة والاستثمار والمنافسة وعليه في هذا الصدد سنحدد مفاهيم المؤسسة والتطرق

إلى أنواعها التي نص عليها المشرع الجزائري .

المطلب الأول : تعدد مفاهيم المؤسسة

تعتبر المؤسسة النواة الأساسية في النشاط الاقتصادي[1] ،كما تعتبر مفهوم أساسي في قانون الأعمال[2]

ونظرا لذلك فقد تعددت التعاريف الواردة بشأنها سواء من طرف الفقهاء والاقتصاديين و حتى رجال القانون .

الفرع الأول : التعريف الفقهي والاقتصادي للمؤسسة

ألهم مصطلح المؤسسة العديد من الفقهاء، مما ساهم في تعدد وتنوع تعريفاتها بالنظر للتوجه الإيديولوجي لكل فقيه ،فعرفها M .lebrton على أنها:" كل تنظيم اقتصادي مستقل ماليا والذي يقترح نفسه لإنتاج سلع أو خدمات للسوق".

في حين عرفها الفقيه François peroux على أنها:" منظمة تجمع أشخاصا ذوي كفاءات متنوعة تستعمل رؤوس الأموال وقدرات من اجل إنتاج سلعة يمكن أن تباع بسعر أعلى من التكلفة "[3].

أما البعض فاعتبرها مشروعا اقتصاديا من خلال كونها الوحدة الإنتاجية السائدة في النظام الرأسمالي [4] وهو ماذهب إليه الاقتصادي جاك جينرو في كتابه سياسة الاقتصاد في تعريفه للمشروع على أنه :" مؤسسة تجمع فيها عددا معينا من عوامل الإنتاج من اجل إنتاج السلع والخدمات"[5]

كما تعتبر المؤسسة حقيقة في عالم الاقتصاد ،هذه الحقيقة التي تظهر في أشكال متنوعة ليس فقط في مؤسسات حرفية ، تجارة التجزئة ، شركات كبرى صناعية ، مؤسسات عمومية ، تجمع شركات دولية وإنما أيضا مؤسسات فلاحية ، مهن حرة أو جمعيات وحسب الاقتصاديون فالمؤسسة تشكل رغم هذا التنوع في الأشكال والوسائل مفهوم أساسي في علم الاقتصاد [6]، في حين يعتبرها البعض بأنها:" منظمة مستقلة تتضمن مجموعة من العوامل بهدف إنتاج بعض المنتوجات أو الخدمات للسوق"، فالمؤسسة تعد وحدة مستقلة تمارس نشاطا اقتصاديا.

وعلى الرغم من كون مفهوم المؤسسة هو اقتصادي أكثر منه قانوني ، وهذا من أجل الدلالة على مفهوم الوحدة الاقتصادية بالرغم من الطابع القانوني لمعنى المؤسسة فهي تعد محرك الاقتصاد في السوق ، كونها وحدة تشمل على عوامل بشرية ومادية من اجل إنتاج وبيع منتوجات أو الخدمات في السوق .

فضلا عن ذلك فقد أكدت محكمة العدل للمجموعة الأوروبية على أنه:"تتمثل المؤسسة من هيئة مكونة من عناصر شخصية مادية وغير مادية، مرتبطة بموضوع مستقل قانونيا، وتتبع بصورة مستمرة هدفا اقتصاديا معينا".

الفرع الثاني: التعريف القانوني للمؤسسة

ظهر مفهوم المؤسسة في وقت متأخر في عالم القانون[7] ، رغم أن القانون التجاري الفرنسي لم يكن غافلًا عن احتفاظه بمصطلح شركة لتأهيل بعض الأعمال التجارية التي أدرجتها على سبيل المثال في المادة 632 من المدونة من عام 1834 بحيث يعتبر من ضمن الأعمال التجارية كل :"مؤسسة تصنيع ؛ عمولة ؛ نقل" فهذا النص كان يشير صراحة إلى المؤسسة ولكن بعد ذلك اختفى المصطلح من المفردات القانونية لمدة قرن ونصف وتجاهله الفقهاء ليتم الرجوع إليه بعد الحرب العالمية الثانية وذلك ضمن قانون العمل ومنه استخدم في باقي القوانين .

وقد عرف القانون الأوروبي المؤسسة على أنها:"كيان يمارس نشاطا اقتصاديا مستقلا

عن الوضع القانوني لهذا الكيان وطريقة تمويله"

أما المشرع الجزائري لقد استحدث مصطلح المؤسسة بمقتضى الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة[8] ، بعدما كان يستعمل مصطلح " العون الاقتصادي" ضمن أحكام القانون 95-06 الملغى وذلك بالنسبة للأحكام الخاصة بالمنافسة والأسعار وبالنسبة للأحكام المتعلقة بالممارسات التجارية على حد سواء [9] ، لكن بعد فصلين هذين القانونين استبدل مصطلح العون الاقتصادي بالمؤسسة ضمن أحكام قانون المنافسة في حين عاود النص على مصطلح العون الاقتصادي ضمن أحكام الأمر 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية [10].

وعليه ، فقد عّرف المشرع الجزائري المؤسسة ضمن أحكام المادة 03 من الأمر 03-03 في الفقرة الأولى على أنها:" كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات".

ليعدلها بمقتضى المادة 03 من القانون 08-12 المعدل والمتمم لقانون المنافسة فعرفها على أنها:" كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد " وضمن هذا التعديل أدرج كذلك الصفقات العمومية من إعلانها إلى غاية المنح النهائي لها.

ليوسع مرة أخرى من مفهوم المؤسسة من خلال تعديل 10-05 حيث أدرج النشاطات الفلاحية ونشاطات تربية المواشي وعمليات استيراد السلع لإعادة بيعها على حالها والنشاطات التي يقوم بها الوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعوا اللحوم بالجملة والصناعات التقليدية ونشاطات الصيد البحري ,فالملاحظ من خلال هذه النصوص أن المشرع الجزائري قد مزج بين المفهومين القانوني والاقتصادي في تعريفه للمؤسسة والتي تعتبر مناط تطبيق قانون المنافسة[11] ، وهو في ذلك حذا حذو المحكمة الأوروبية في أحد قراراتها حول المؤسسة في ظل قانون المنافسة على أنها :" وحدة اقتصادية من وجهة نظر موضوع الاتفاق المعني ، حتى ولو كانت هذه الوحدة الاقتصادية مكونة من الناحية القانونية من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية "[12]

هذا التوسع في مفهوم المؤسسة مهما كان شكلها القانوني ، والذي لا يشترط تمتعها بالشخصية المعنوية ، إنما فقط يعتمد على النشاط الاقتصادي الذي تمارسه في السوق بغض النظر عن صفتها وطبيعتها ، فقد تظهر في صورة مؤسسة عمومية أو شركة تجارية أو مدنية ، تعاونية ، جمعية ، نقابة ، تجمع لأشخاص طبيعية يمارسون نشاط اقتصادي أو مهنة حرة أو منظمة ، فالمهم يكمن في أن الشخص يمارس النشاط الاقتصادي بصورة دائمة ويتدخل بعرض منتجاته وخدماته في السوق[13].

لذلك تعتبر المؤسسة كموضوع لقانون المنافسة ولدت من الاقتصاد وضبطت بموجب القانون[14] على اعتبار أن النشاط الاقتصادي هو المعيار المادي لتحديد المؤسسة دون الأخذ بمفهوم الشخصية القانونية , فالعبرة إذا تتعلق بممارسة النشاط الاقتصادي لا الشكل القانوني للكيان .

المطلب الثاني : الأشخاص الأخرى الخاضعة لقانون المنافسة

إن المؤسسة هي مجموعة مشخصة "entité" تمارس نشاطات اقتصادية ، فإذا غابت المؤسسة عن السوق ، فلا يوجد سوق بمفهوم قانون المنافسة ، لهذا السبب يقل الاهتمام بالصفة القانونية للمؤسسة من حيث المبدأ ، وعليه تعتبر – مؤسسة – الشركات التي فقدت شخصيتها المعنوية ، فلا يمكن أن تعترض على تطبيق قانون المنافسة في حالة حلها ، مثلا بعد عملية إعادة الهيكلة ، لان المؤسسة عبارة عن

مجموعة موحدة تتمتع باستقلاليتها في ممارسة النشاط الاقتصادي [15]، سواء كانت خاصة أو عامة تجارية أو غير تجارية تتدخل في السوق وتحركه ، لكن ومن اجل الحفاظ على توازن النظام التنافسي هناك أشخاص أخرى أخضعت لقانون المنافسة طالما أن سلوكها يؤثر على السوق ، وعليه سنتطرق لكيفية خضوع الأشخاص العمومية والكيانات الأخرى التي في الأصل لا تعد مؤسسة بمفهومها الدقيق .

الفرع الأول : الأشخاص المعنوية العمومية

حسب المادة 02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والتي تنص على أنه :"

يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العمومية إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام "[16].

من خلال استقراء هذا النص فإن الأشخاص العمومية لا يمكن اعتبارهم من الأعوان الاقتصاديين إلا إذا ما زاولوا إلى جانب نشاطهم الإداري نشاطا اقتصاديا ، كما انه لا يطبق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية التي تؤدي نشاطا اقتصاديا تنفيذا لمهام المرفق العام ، أو في إطار تسيير المرافق العامة التي تقدم خدمات للمواطنين أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة ،وهذا ما يتعلق باحتكار الدولة لبعض القطاعات الحساسة[17].

أما من خلال تعديل 2008، والذي استبدل فيها المشرع عبارة "ألا يندرج" بعبارة"ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية"[18].

وبالتالي فالمشرع الجزائري وسع من مفهوم المتدخل إلى فئة الأشخاص العمومية إلى جانب أصحاب المشروعات الاقتصادية، فأصبحت الوزارات، البلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري تخضع لقانون المنافسة ما لم يعيق أداء مهام المرفق العام.

فقانون المنافسة لا يعتد بالتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، وإنما يعتد بالطابع الاقتصادي للنشاط[19]، وبالتالي وبمفهوم المخالفة يقصى من مفهوم المؤسسة ، الدولة والهيئات العامة والجماعات المحلية طالما أنها تمارس فقط مهام السلطة العامة.

هذا وقد تم طرح صلاحيات السلطة العامة كمعيار يستبعد فيه وصف المؤسسة في حكم EUROCONTROLالصادر في 19 يناير 1994 من قبل محكمة العدل الأوروبية[20]

إلا أنه وحسب رأي الأستاذ François Curan أن الدولة يمكن أن تلحق ضررا بالنظام التنافسي من خلال خلق عدم توازن في المنافسة بين المؤسسات ،فعلى سبيل المثال ، فإن الإعانات التي تقدمها الدولة لمؤسسة ما لدعم إنتاجها تقلل من تكاليفها وبالتالي تسمح لها بإنتاج نفس الكمية بتكلفة أقل[21] ، وبالتالي تكون لها ميزة مقارنة بباقي المتدخلين في السوق ، لذلك على الدولة أن تتوخى الحذر في مثل هاته الحالات حتى لا تكون نفسها من يلحق الضرر بالنظام التنافسي الذي يفترض أنها تعمل على حمايته .

الفرع الثاني :الجمعيات والمنظمات المهنية .

يعتبر مفهوم المؤسسة من المفاهيم التي تستمر في تأجيج دعاوى المنافسة ، الأوروبية والفرنسية من أجل تحديد نطاق قانون المنافسة أو لتقييم استقلاليته الاقتصادية من أجل توجيه الاتهام في حالة انتهاك قواعد المنافسة وحساب الغرامة عند تطبيق العقوبات،هذا المفهوم الذي خاض معارك أمام سلطات المنافسة والقضاء أفلت من العدالة الدستورية إلى أن تم ضبطه في نهاية عام 2015 وبداية عام 2016 [22]عندما

أصدر المجلس الدستوري الفرنسي في7 جانفي 2016 قرارا مهما بشكل خاص فيما يتعلق بنطاق قانون المنافسة بحيث اعتبر المؤسسة ليست هي الموضوع الوحيد لقانون المنافسة ، ولكن توجد إلى جانبها المنظمة ،هذا وقد وضع قانون المنافسة الفرنسي صنفين لتمييز بين المؤسسة من جهة والمنظمة أو رابطات المؤسسات من جهة أخرى[23]،والتي تتمثل في منظمات بإمكانها التأثير على النشاط الاقتصادي للمؤسسات التي تجمعها من خلال قراراتها والتي تظهر في شكل القانوني للنقابات والمنظمات المهنية ،وبالتالي هناك ازدواجية في موضوع قانون المنافسة إلا انه في الأخير يعتد بالنشاط الاقتصادي الذي تمارسه المؤسسة أو المنظمة في السوق ، بغض النظر عن وضعه القانوني وطريقة تمويله كما أنه ليس من الضروري أن تكون مهمة هذا الكيان هي تحقيق الأرباح بمفهوم قانون المنافسة.

ولعل هذا الجدل القائم حول مفهوم المؤسسة في فرنسا يكمن في أن المشرع الفرنسي لم يورد تعريفا للمؤسسة ،بل اكتفى بتحديد النشاطات التي تمارسها والتي تخضع لتطبيق قانون المنافسة وهي نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي تقوم بها السلطات العمومية[24]، وقد تضمنت المادة 420- 2 من قانون التجارة الفرنسي حظر الممارسات المنافية للمنافسة الممارسة من قبل عدة مؤسسات.

على عكس المشرع الجزائري الذي حدد مفهوم المؤسسة ، كما نص في المادة 02 من القانون رقم 10-05 المعدل والمتمم للأمر 03-03 على إخضاع الجمعيات والمنظمات المهنية لأحكام قانون المنافسة بقوله: ",,, وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها ".

وبالرجوع إلى القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات25 ، اعتبر الجمعية تجمعا لأشخاص طبيعية و / أو معنوية على أساس تعاقدي لمدة محددة أو غير محددة ولغرض غير مربح لكن قد تمارس نشاطات مربحة تحقيقا للهدف الذي أنشئت من أجله فان كان هذا الأمر على سبيل الاستمرار ما يستوجب إخضاعها لقانون المنافسة ،ونفس الأمر بالنسبة للمنظمات المهنية والاتحادات والتعاونيات

متى مارست نشاطا اقتصاديا لأن هذه الكيانات قد تقوم بممارسات منافية للمنافسة من شأنها المساس بالمنافسة في السوق خاصة ما يظهر في الاتفاقات واستغلال الوضع المهيمن.

،وبذلك نجد أن المشرع الجزائري كذلك أخذ بالتعريف الوظيفي والاقتصادي لا القانوني لمفهوم المؤسسة عن طريق استبعاد التكييف أو المركز القانوني للكيان المتدخل في السوق[26]، وبالتالي يمكن القول أن قانون المنافسة هو قانون عملي pragmatiqueلأنه لا يهتم بشكل الكيان المستهدف ولكنه يسعى إلى فهم السلوكيات التي تؤثر على السوق[27].

المبحث الثاني : معايير تكييف المؤسسة في قانون المنافسة

لقد بين المشرع الجزائري من خلال قانون المنافسة مفهوم المؤسسة التي تتدخل في السوق ، بحيث تشمل كل الأصناف والفئات والأعوان الاقتصاديين مهما كانت طبيعتها ، وبغض النظر عن وضعها القانوني معتمدا فقط على النشاط الاقتصادي الذي تمارسه هذه الأخيرة في السوق سواء كان هذا النشاط إنتاجا أو توزيعا أو خدمات أو استيراد ، فضلا على إخضاعه للصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة ابتداء من الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي لها ، وهذا وفقا لشروط سندرسها في

المطلب الأول ، ثم نعرج على دراسة بعض النشاطات الاقتصادية في المطلب الثاني

المطلب الأول : شروط تطبيق قانون المنافسة على المؤسسة

لقد استلزم المشرع الجزائري لخضوع المؤسسة لقانون المنافسة شروطا تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول : شرط استقلالية المؤسسة

والمقصود بهذا الشرط استقلاليتها في اتخاذ قراراتها والأخذ بالمخاطر المالية وفرضية التوزيع الانتقائي للسلع ، كما تتمتع باستقلالية في تحديد تصرفها ووصفها في السوق[28] ، فيجب أن تكون المؤسسة مستقلة قانونيا واقتصاديا ، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل بخصوص وضعية المؤسسات التي تندرج ضمن وحدة اقتصادية واحدة تجمعها مصالح مشتركة أو التي تتمتع من خلالها الشركة الأم بسلطة على باقي الفروع وممارسة الرقابة عليها، وبالتالي تضمن وحدة القرار ، وفي هذا الإطار أكد الفقه عندما يستحيل على المؤسسة البحث عن مصلحتها الخاصة و تكون تصرفاتها مجرد تنفيذ تعليمات مؤسسة أخرى فنكون بصدد التعامل مع كيان واحد[29] .

وللإشارة فان الفرع عندما يتمتع باستقلالية فعلية في تحديد سياسيته التجارية ، وظهوره في وضعية تنافسية مع الشركة الأم نظرا لانعدام التبعية بينهما نكون بصدد منافسة فعلية , لكن قد لا يكون للفرع الحرية المطلقة في التصرف دون أي رقابة من الشركة الأم وما يدل على وجود علاقة تبعية بينهما ، التي من الضروري إثباتها من قبل سلطة المنافسة بالبحث عن قرينة امتلاك الشركة الأم لرأس مال الكلي أو الشبه كلي للفرع فضلا عن ممارسة الرقابة.

أولا : الامتلاك الكلي أو الجزئي لرأسمال الفرع

كما سبق ذكره آنفا إذا كانت الشركة الأم تمتلك رأس المال الكلي للفرع فهذا دليل وقرينة قاطعة على عدم استقلالية الفرع ،وقد اعتبرت محكمة العدل للمجموعة الأوروبية ، أن الفرع يتبع سياسة الشركة الأم ، وبالتالي هذه تعد قرينة على إعفاء اللجنة من إثبات وجود رقابة من جهة ، وعلى أنها تمارس من قبل الشركة الأم من جهة أخرى.

في حين يرى آخرون انه وبمجرد امتلاك جزء من رأس المال حتى ولو كانت نسبة ضئيلة فتعد قرينة على عدم الاستقلالية ، حتى ولو كان الفرع يتمتع بالشخصية القانونية، وهذا تطبيقا للسوابق القضائية التي بموجبها عندما تمتلك الشركة الأم كل رأسمال الفرع ، فهناك افتراض بان الشركة الأم تمارس تأثيرا حاسما على سلوك شركتها الفرعية [30]، كما اعتبرت المحكمة الأوروبية في مرات عديدة انه يجب تحليل مفهوم المؤسسة عند تطبيق المادة 101 من المعاهدة الأوروبية من منظور قانون المنافسة وليس من خلال القانون المدني أو القانون التجاري الأضيق من ذلك ، فذهبت إلى التفسير الواسع فيما يتعلق بمفهوم المؤسسة من خلال النظر إلى الواقع الاقتصادي للروابط التي أقيمت بين العديد من الشركات ، ولا يهم ما إذا كانت هذه الشركة ، شركة من الناحية القانونية ، كما أوضحت المحكمة انه عندما تشكل الشركة الأم والشركة التابعة جزءا من نفس الوحدة الاقتصادية ، فإنهما يشكلان هيكلا واحدا بالمعنى المقصود في نص المادة 101 من المعاهدة الأوروبية

ثانيا : ممارسة الرقابة

للرقابة مفهوم واسع ، لأنها قد تنجم عن مصادر أخرى كامتلاك حقوق في المشروع ، أو عن طريق إبرام عقود أو أية وسيلة أخرى بصفة منفردة أو مشتركة ، إمكانية ممارسة سيطرة حاسمة على نشاط شركة[31]، فمثلا قد يدرج شروط بعدم منافسة

لصالح الشركة الأم أو العكس ، فهذا البند قرينة إضافية على أن الشركة الأم والفرع في وضعية تنافسية وبالتالي قرينة على استقلاليتها وبذلك خضوعها لأحكام قانون المنافسة[32].

هذا وقد أشار المشرع الجزائري ضمن نصي المادتين 15 و16 على التوالي من قانون المنافسة إلى مصادر السيطرة الحاسمة سواء المتعلقة برأسمال الشركة أو بفعل عمليات امتلاك أصول الشركة أو إبرام العقود أو أي تصرف ينتج عنه السيطرة الحاسمة [33]، إلا انه لم يبين حجم هذه المساهمات التي تترتب عنها السيطرة الحاسمة وطبيعتها ،فبمقتضى المادة 15 نص على انه: "...مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق اخذ أسهم في راسماها أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأية وسيلة أخرى"

أما بمقتضى المادة 16 فقد بينت ما يلي :"يقصد بالمراقبة المذكورة في الحالة 2 من المادة 15 أعلاه، المراقبة الناتجة عن قانون العقود أو عن طرق أخرى تعطي بصفة فردية أو جماعية حسب الظروف الواقعة إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط المؤسسة ..ّ

الفرع الثاني : شرط ممارسة المؤسسة للنشاط الاقتصادي

يمكن أن يكون التمييز بين النشاط الاقتصادي والنشاط غير الاقتصادي معقدًا ،فإن كان الأمر واضحا بالنسبة للمؤسسات الخاصة المتدخلة في السوق في وجوب امتثالها لأحكام لقانون المنافسة لكونها تمثل إحصائيا هدفا مفضلا له[34] ،أما بالنسبة للشخص العام أو النقابات والمنظمات المهنية والأوامر المهنية في حالة الكيانات العامة ، فهي تخضع بنفس الطريقة التي يخضع لها الأشخاص الخاصة لقانون المنافسة ، شريطة أن تمارس الأنشطة الاقتصادية وليس المهام السيادية أو الأنشطة الاجتماعية القائمة على مبدأ التضامن، كما في حالة صناديق الضمان الاجتماعي[35].

يتجلى الطابع الاقتصادي لقانون المنافسة في خضوع جميع النشاطات الاقتصادية لأحكامه لذلك فإن قانون المنافسة يهدف إلى حماية المنافسة في جميع القطاعات الاقتصادية مهما كانت طبيعة النشاطات الاقتصادية [36]، حيث أخذ بالمعنى الواسع لمفهوم النشاط الاقتصادي فيما يتعلق بجمعيات وشركات المهنيين،فقد ، اعتبر القانون الفرنسي أن نشاط البائع بالمزاد يشكل نشاطًا اقتصاديًا يقع في نطاق النظام المتعلق بالمنافسة، ثم تبني نفس الحل في حالة المهن الحرة الأخرى، لكن بالنسبة للهيئات المهنية أو النقابات المهنية ، إذا لم تمارس نشاطًا اقتصاديًا تظل تخضع لأحكام المرسوم لأن الممارسات المنسوبة إليها مرتبطة بأعضائها. الذين يقومون بنشاط من هذا القبيل. وهكذا اختار المشرع معيارًا ماديًا لتطبيق أحكام المرسوم ورفض المفهوم العضوي للمؤسسة[37].

وقد أدرج قانون المنافسة في نص المادة 03 فقرة 01 من الأمر 03 -03 التي شهدت تعديلا بموجب القانون 08-12 بحيث أضاف نشاط الاستيراد لنشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات،كما أخضع كذلك بمقتضى هذا القانون الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة بدءا من إعلان الصفقة إلى غاية المنح النهائي لها .

كما أدخل المشرع الجزائري تعديلا آخر في 2010 بموجب القانون 10-05 النشاطات الفلاحية ،وتربية المواشي وعمليات استيراد السلع وإعادة بيعها على حالها والنشاطات التي يقوم بها الوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعوا اللحوم وبالجملة الصناعات التقليدية ونشاطات الصيد البحري .

هذا ويتحدد معيارين لتعريف النشاط الاقتصادي :

أولا : المعيار الأول

بحيث يعتمد على النشاط الممارس في السوق مهما كان صنفه مدني أو تجاري،أو حتى هدفه ما إذا كان ربحي ،أو اعتبر من النشاطات الحرة أو الجماعية ، فهذا المعيار يكتفي بالتدخل في السوق و يكفي لتأهيله على انه اقتصادي بمعنى المنافسة وبالتالي تطبيق قانون المنافسة عليه ، دون البحث عن عرض السلع والخدمات رغم أن الصلة بين النشاط الاقتصادي والسوق لا يمكن إنكارها، وهكذا قررت محكمة الاستئناف في باريس أن الأنشطة التي تقوم بها إدارة الأرصاد الجوية الوطنية تتم في سوقين مختليتين ، الأول وهو سوق الأرصاد الجوية ليستخدمه عامة الناس ولا يناقش واقعه الاقتصادي وبالتالي لا يخضع لقانون المنافسة أما إذا كان يمارس هذا النشاط في السوق لتحقيق ربح فيجب أن يخضع لقانون المنافسة[38].

ثانيا : المعيار الثاني

ويتعلق بأشكال ممارسة النشاط ، وقد اعتمدت الجهات القضائية الأوروبية في عدة قضايا وخصوصا في حكمها في قضية Hofner و Elser ضدMacrotron Gmbh الصادر بتاريخ 23 أفريل 1991 من أجل التفرقة بين النشاط إذا كان حصريا اجتماعي أو نشاط اقتصادي ، بحيث اعتبر النشاط الممارس من قبل مؤسسة خاصة نشاط اقتصادي معتمدا في ذلك على المعيار العضوي ،لكن هذا الرأي انتقد وأصبح يعتد بالمعيار المادي وهو ممارسة النشاط الاقتصادي دون النظر إلى الشخصية القانونية للكيان المعني ، سواء كان شخصا معنويا أو طبيعيا عام أو خاص ، المهم ممارسة هذا النشاط بصفة دائمة ومستمرة[39].

والجدير بالذكر انه في 4مارس 2003 ومن خلال حكم Fenin وضعت محكمة العدل الأوروبية تعريف للنشاط الاقتصادي بأنه:" عرض سلع وخدمات في سوق معين "[40] . فهذه الأحكام من المؤكد أنها ستجد حلولا للصعوبات التي قد تظهر في بعض الحالات، بما في ذلك عند التعامل مع القطاعات المنظمة، مثل المهن الحرة، أو حتى الأنشطة التي أصبحت في الواقع قابلة للتسويق، مثل الرياضة[41]

وعليه يتضح من خلال هذا الحكم أن النشاط الاقتصادي يشمل السلع والخدمات على حد سواء بمختلف مراحل عرضها في السوق المعني بمفهوم قانون المنافسة.

المطلب الثاني : الأنشطة الاقتصادية للمؤسسة

يشكل النشاط الاقتصادي معيارا ضروريا في تكييف المؤسسة في كل من القانون الجزائري ، وهذا على غرار القانونين الفرنسي و الأوروبي وخضوعها بالتالي لقانون المنافسة ، ومن بين الأنشطة الاقتصادية التي تضمنها القانون الجزائري والتي نص عليها في قانون المنافسة ضمن أحكام المادة 03 حيث عرف المؤسسة على أنها :" كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته ، يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات "

وكذلك المادة 02 من القانون 04-02 [42]:" يطبق هذا القانون على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يمارسها أي عون اقتصادي مهما كانت طبيعته القانونية "

وكما سبق ذكره آنفا فقد وسع المشرع الجزائري من قائمة النشاطات الاقتصادية من خلال تعديل المادة 02 في كل من القانونين 08-12 و10-05 ،كما اشترط الذيمومة والاستمرارية في ممارستها وليس القيام بها بصفة عرضية ، وعليه سندرس بعض هذه النشاطات .

الفرع الأول : الإنتاج والتوزيع

سنتناول أولا نشاطات الإنتاج ثم نشاطات التوزيع ثانيا :

أولا : نشاطات الإنتاج :

حسب الكلاسيكيين فإن الإنتاج production" :"هو العمل الذي يولد أو يضيف منفعة أو يشبع حاجة إنسانية ، وهو حاصل فكري أو مادي من صنع الإنسان يساهم بصورة مباشرة أو غير مباشرة في تلبية احتياجات الإنسان ورغباته "[43].

أما من الناحية القانونية فقد ورد تعريفه ضمن المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[44] بأنه:" جميع العمليات التي تتمثل في تربية المواشي ، وصنع المنتج وجنيه وتحويله وتوضيبه وتخزينه في أثناء صنعه وقبل أول تسويق له".

كما عرفته المادة 03 ضمن فقرتها التاسعة من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[45] على أنه :" العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركيب وتوضيب المنتوج بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول ".

فالإنتاج هو عملية تحويل المواد الطبيعية إلى خيرات اقتصادية ، أو عملية إنشاء سلع وخدمات موجهة لإشباع الحاجات ، وبالتالي أخذ رجال القانون نفس مفهوم الإنتاج لدى رجال الاقتصاد .

كما نصت المادة 03 فقرة 10 من القانون 09-03 على تعريف المنتوج بأنه :" كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع للتنازل بمقابل أو مجانا " فهذا النص حصر المنتج في المنقولات وهي الأشياء غير المستقرة وغير الثابتة ، وعليه تخرج من دائرة هذا المفهوم العقارات[46].

ثانيا : نشاطات التوزيع

في علم الاقتصاد تكون الأنشطة الاقتصادية مترابطة ومكملة لبعضها البعض ،وعليه نجد أن عملية الإنتاج تستتبع بعملية لا تقل أهمية عنها وتلحقها بالضرورة وهي عملية التوزيع والتي تتمثل في الإجابة عن السؤال : كيف يتوزع ناتج العملية الإنتاجية ؟ فإذا كان الإنتاج هو محور الاقتصاد فالتوزيع هدفه وغايته[47] ، فيعرف من الناحية الاقتصادية على أنه المرحلة من النشاط الاقتصادي التي تقع بين الإنتاج والاستهلاك ، فهي عملية متسلسلة ومتتابعة ، كما أنه المرحلة التي تلي إنتاج السلع والحاجيات انطلاقا من وقت وضعها في السوق إلى تسليمها للمستهلك النهائي ، وتشمل مختلف النشاطات والأعمال التي تؤمن للمشترين توفير السلع والخدمات[48]، فالتوزيع بهذا المعنى يمثل وظيفة أساسية للتسويق.

والمشرع الجزائري نص ضمن قانون المنافسة على هذا النشاط أيضا ضمن المادة 03 منه فجعله من النشاطات التي تخضع لهذا القانون، وللإشارة فان عملية التوزيع يمكن أن تأخذ شكلين سواء التوزيع الانتقائي أو التوزيع الحصري :

1- التوزيع الانتقائي:

هو ذلك العقد الذي يقوم بموجبه الممون بانتقاء واختيار مجموعة من الموزعين دون سواهم[49] ،فهو يعتمد على تقنية خاصة في التعاقد ، والتي تتمثل في الانتقاء المحكم للموزعين المنظمين إلى الشبكة بموجب عقد اتفاقات مع مجموعة معينة تعمل على تحديد الموزعين والمستهلكين النهائيين ، لكن في هذا الصدد لابد من مراعاة أحكام قانون المنافسة لان هذه العقود تقيد المنافسة وتساهم في إبعاد متعاملين الاقتصاديين من المنافسة في السوق.

2- التوزيع الحصري:

هو العملية التي تجمع بين منتجين وعدد معين من الموزعين ، بحيث يتعهد المنتج بالتعامل مع هؤلاء الموزعين ورفض التعامل مع آخرين ، ويعتبر هذا العقد من أخطر العقود التجارية لإمكانية استعماله من طرف مؤسسة مهيمنة لأجل إبعاد بعض المتعاملين من السوق أو الحد من دخولهم إلى السوق، وفي هذا الإطار نصت المادة 10[50] من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على حظر البيوع الإستثنارية التي تؤدي إلى المساس بالمنافسة في السوق ، دون أن يقصد عقود التوزيع الحصري التي تستجيب لقواعد المنافسة ،والتي تستند إلى معايير موضوعية في انتقاء الموزعين وخاصة تحديد شرط القصر من حيث الزمان والمكان [51].

الفرع الثاني : الخدمات والاستيراد

سندرس في هذا الإطار نشاطات الخدمات أولا ثم نشاطات الاستيراد ثانيا:

أولا : نشاطات الخدمات

وردت عدة تعريفات للخدمة عند الاقتصاديين فعرفها Philip Kotter على أنها :" أي نشاط أو منفعة يستطيع طرف ما تقديمها للآخر، وتكون غير ملموسة ، أي غير مادية ولا ينتج عنها تملك أي شيء ، لا يرتبط توفيرها بإنتاج مادي "[52].

فالخدمات هي نشاط اقتصادي تمارسه الدولة أو القطاع الخاص لتوفير منافع معينة لإشباع حاجات ورغبات السكان دون تحقيق مكاسب مادية ملموسة لهم ، أي تحقق منافع علمية وصحية وعقلية ونفسية وذهنية وبيئية وتقنية للإنسان، والتي تسهم في ذيمومة عطاءه ورفع كفاءة أداءه من خلال توفير مستلزمات الحياة الأساسية بتوفير سبل العيش الكريم وتحسين مستويات معيشته[53].

أما المشرع الجزائري فقد عرف نشاط الخدمات في الفقرة الرابعة من المادة 02 ضمن المرسوم التنفيذي 90-39 على أنها :" كل مجهود يقدم ماعدا تسليم منتوج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له "[54].

كما عرفتها الفقرة 19 من المادة 03 من القانون 09-03 [55]على أنها:" كل عمل مقدم ،غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا ومدعما للخدمة المقدمة ".

فالخدمة هي النظير غير المادي للسلعة ، وبالتالي تتنوع وتعدد أشكالها فنجد خدمات النقل بكل أصنافها إما للسلع أو المسافرين ، خدمات الإيداع والحراسة كمخازن السلع ،فضلا عن الخدمات المصرفية وغيرها مما يتعلق بالحياة المدنية للزبائن كالخدمات الفندقية، والمطاعم والمقاهي والسينما.... الخ[56] ، فيدخل في مفهوم الخدمة كل عمل من شأنه أن يفيد المستهلك ، ويكون نتاج جهد يبذله المهني سواء كان العمل ماديا أو فكريا أو ماليا، وعليه أن نجد المشرع الجزائري قد أخذ كذلك في تعريفه القانوني للخدمة بالمفهوم الاقتصادي لها.

ثانيا : نشاطات الاستيراد

يعتبر الاستيراد من النشاطات الاقتصادية الهامة التي تقوم بها الدول في منظومة الاقتصاد العالمي ، فمهما كان حجم التطور الاقتصادي للدولة فإنها لا تستغن عن عملية الاستيراد سواء كان ذلك راجع إلى انعدام الموارد الطبيعية أو نقص الإمكانيات والخبرات أو عدم تحقيق الاكتفاء الذاتي للدولة بخصوص منتوج ما ، فهو بالتالي عملية إدخال سلع وخدمات أجنبية للسوق الوطنية عبر حدودها الجمركية من خلال القيام بإجراءات وكيفيات يحكمها القانون .

وقد اعتبر المشرع الجزائري الاستيراد من عمليات التسويق وهذا حسب المادة 02 في فقرتها 07 من المرسوم التنفيذي 90-39 السالف الذكر بقولها :" مجموع العمليات

التي تشمل خزن كل المنتوجات بالجملة ونصف الجملة ونقلها وحيازتها وعرضها قصد البيع أو التنازل عنها مجانا ومنها الاستيراد والتصدير وتقديم الخدمات"[57].
وللإشارة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف هذه النشاطات الاقتصادية في ظل قانون المنافسة وهو الأمر الذي من المفروض أن يتداركه المشرع من خلال تعديلاته، أو على الأقل من خلال نصوص تنظيمية تتضمن هذه المفاهيم حتى يتم تحديديها بدقة[58] ، خاصة وأمام اتساع الأنشطة الاقتصادية التي من الممكن أن تؤدي إلى ممارسات تمس بالمنافسة وبالتالي تفلت من تطبيق قانون المنافسة عليها .
هذا ونجد في المقابل أن هناك قبول عالمي في استبعاد بعض الأنشطة بكونها لا تعتبر أنشطة اقتصادية ولا تؤدي إلى تبادلات في السوق المعطى59 وتتمثل أساسا في الأنشطة الاجتماعية والثقافية ، ويكمن أن نذكر في هذا الشأن بعض الأمثلة عن الاجتهاد القضائي الأوروبي :
إن الهيئات الاجتماعية المؤسسة على مبدأ التضامن ليست بمؤسسات ، وهذا ما تم القضاء به في قضية POUCET وPISTER، حيث اعتبرت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية إن الهيئة المكلفة بتسيير مصلحة الضمان الاجتماعي ليست بمؤسسة وفقا للمواد 85 و86 من المعاهدة الأوروبية حاليا المادتان 101 و102 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي TFEU، كما أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت في نفس اتجاه هاته السوابق القضائية ،حيث اعتبرت أن المنظمة المكلفة بموجب القانون بتسيير نظام التأمينات ضد حوادث العمل والأمراض المهنية لا تعتبر مؤسسة .
أما بالنسبة للأنشطة الثقافية فلا يتعلق الأمر بالأفلام باستثناء الأفلام التعليمية ، لكن يكمن تحديد الكتب التي توضع في متناول الجمهور وخاصة الفئات الشابة بسعر متميز وكان هذا المعنى المقصود في قرار المجلس الأوروبي في فيفري 2001 ، وكذلك القانون الفرنسي رقم 81 -776 بتاريخ 10 أوت 1981 المتعلق بأسعار الكتب ، كما تسمح المادة 87- 3 د من المعاهدة بمساعدة الدولة للمؤسسات التي تهدف إلى تعزيز الثقافة والحفاظ على التراث 60
أما المشرع الجزائري وكما سبق ذكره آنفا فهو وسع من الأنشطة الاقتصادية التي تخضع لقانون المنافسة وبالتالي فبمفهوم المخالفة فإن الأنشطة غير المذكورة ضمن هذا الأخير لا تعتبر أنشطة اقتصادية بمفهوم قانون المنافسة على غرار الأنشطة الاجتماعية والثقافية ، لكن كان من الأجدر استبعادها بنص قانوني لتفادي أي إشكال في هذا الصدد .

الفرع الثالث : الصفقات العمومية

لقد تضمن المشرع في تعديله لقانون المنافسة أيضا لسنة 2010 بمقتضى القانون 10-05 المعدل والمتمم للأمر 03-03 والذي اخضع فيه الصفقات العمومية لتطبيق قانون المنافسة بدء من نشر الصفقة إلى غاية المنح النهائي لها وهذا ما تضمنته المادة 02 منه .
وتعتبر الصفقات العمومية من أهم المواضيع التي شغلت فكر رجال القانون والاقتصاد، نظرا للأهمية التي تحتلها فهي الوسيلة القانونية لتنفيذ البرامج الاقتصادية التي تتطلب اعتمادات مالية ضخمة كما تعد من الوسائل إنفاق المال العام ، و يعرف النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر بعدم الاستقرار القانوني حيث في كل مرة يشهد تعديلات منذ الاستقلال إلى يومنا هذا ، كما تصدر هذه النصوص في غالب الأمر في شكل مراسيم رئاسية كان آخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[61] ،

حيث عرف الصفقة العمومية في المادة الثانية منه على أنها:" عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات" والجدير بالذكر أن هذا التعريف يختلف عما ورد في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 10 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى حيث نص على أن :"الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"[62]، فالملاحظ من خلال هذين التعريفين أن المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 كانت أكثر دقة بحيث اشتملت على مجموعة من العناصر تتمل في :

- الطابع الشكلي للصفقة أنها عبارة عن عقد مكتوب .
- إجراءاتها تخضع للتشريع المعمول به.
- تبرم الصفقة العمومية نظير مقابل مالي .
- تبرم الصفقة العمومية مع متعاملين اقتصاديين وفقا للشروط المحددة قانونا[63].

كما تضمن هذا المرسوم أيضا شروط إبرام الصفقات وإجراءاتها من اجل ضمان الشفافية والمساواة بين المترشحين ، إلا انه في الواقع العملي لا زال هذا القانون يحتاج إلى المزيد من التنقيح والتعديل .

ومن خلال استقراء نص المادة الثانية كذلك نجد أنها تضمنت عبارة – المتعاملين الاقتصاديين – وهو إشارة من المشرع إلى توحيد المصطلحات بين قانون الصفقات العمومية وغيرها من القوانين خاصة قانون المنافسة الذي أخضعها لتطبيقه كما سبق التطرق إليه آنفا .

ويتحدد نطاق تطبيقها على الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات والهيئات العمومية الإدارية ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري[64] .

أما عن كيفيات إبرام الصفقات العمومية فيكون بطريقتين إما وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي[65].

1- **إجراء طلب العروض**: ما يعرف "بالمناقصة "وهو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء[66]

كما نصت المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أشكال المناقصة فيمكن أن تكون المناقصة وطنية أو دولية مفتوحة أو محدودة فضلا عن الاستشارة الانتقائية والمسابقة، كما تمر بعدة مراحل وهي:

- مرحلة الإعلان عن طلب العروض ويكون محرر بالغة العربية وبلغة أجنبية واحدة كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني[67].
- مرحلة إيداع العروض، والتي تكون في شكل ملف وتشتمل على عرض تقني وعرض مالي.

- مرحلة فحص العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بحيث تنتقي أحسن العروض من الناحية الاقتصادية وفق شروط معينة كما يمكن للمصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول ، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني ، بأي طريقة كانت على أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط[68].
- مرحلة إرساء الصفقة بعد فتح الأظرفة والتي تكون بطريقة علنية .
- مرحلة اعتماد الصفقة ،وهي المرحلة التي يتم فيها مباشرة إجراءات التعاقد واعتماد المناقصة مع مراقبة المنح المؤقت ليصبح المنح نهائيا[69]، ففي كل هذه المراحل تخضع الصفقة العمومية لقانون المنافسة .

2- إجراء التراضي :

إن التراضي هو الاستثناء في مجال التعاقد بالنسبة الإدارات العمومية وبالرجوع إلى نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 عرفته على أنه:" إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة ، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة " ،ويتخذ إجراء التراضي شكلين هما :

أ- **التراضي البسيط:** هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود ويكون في حالات حددتها المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 حصرا من بينها حالات الاستعجال الملح المعلل أو حالة التموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، لذا وجب على الإدارة التغاضي عن الإجراءات الشكلية لاختيار المتعاقد معها وتنفيذ العقد في زمن معقول.

ب- **التراضي بعد الاستشارة:** يطبق عندما يتضح للإدارة أن الدعوة للمنافسة غير مجدية للمرة الثانية، أو عند الإعلان عن صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض كالمناقصات في إطار إستراتيجية تعاون حكومي، أوفي إطار اتفاقية ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات[70].

إذن تخضع الصفقات العمومية مهما كانت طبيعتها إلى قانون الصفقات العمومية أولا وكذا لقانون المنافسة، وعليه فكل مؤسسة تخضع لقانون الصفقات العمومية فهي بدورها تخضع لقانون المنافسة ما عدا تلك التي تمارس صلاحيات السلطة العامة[71] .

الخاتمة:

يتضح مما سبق إن المشرع الجزائري وسع من مفهوم المؤسسة في السوق، هذا المفهوم الاقتصادي الذي انتقل إلى عالم القانون بحيث يشمل كل من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية خاصة أو عامة معتمدا على معيار النشاط الاقتصادي الممارس من قبل المتدخلين الذين خصهم قانون المنافسة بحماية من كل ما يمس بقدرتهم التنافسية في السوق . وعليه يمكن أن يتدخل في السوق كل من أصحاب المهن الحرة ، المنظمات ، النقابات ، الشركات وغيرها بصفتها مؤسسة مادامت تمارس نشاطا اقتصاديا بصفة دائمة.

كما وسع من دائرة النشاطات الاقتصادية في مفهوم قانون المنافسة بحيث أخضع نشاطات الإنتاج والتوزيع، الخدمات والاستيراد إلى جانب النشاطات الفلاحية والصناعات التقليدية والصيد البحري لتطبيق قانون المنافسة ، أما الصفقات العمومية و رغم انتمائها للقانون العام فقد أخضعها لهذا الأمر أيضا ، وهذا لا لشيء إلا

للمحافظة على المنافسة في السوق وحماية المتدخلين فيه وبصفة أدق إلى حماية مبادئ النظام الليبرالي المبني على حرية التجارة والصناعة والاستثمار وما تتضمنه من مبدأ حرية المنافسة الذي يضمن بدوره تحقيق الفعالية الاقتصادية.

الهوامش:

[1]- رشيد واضح : المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، بوزيعة ، الجزائر ،2013، ص 23 .

2 -Jean –Bernard Blaise : Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution ,7 Edition , l'extenso édition LGDJ . PARIS , 2013 , P 163 .

3- رشيد واضح : المرجع السابق ،ص 24

4- محمد فريد العريني، هاني محمد دويدار : قانون الأعمال ، ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2002 ، ص 05.

5 -Francois curan :LE DROIT DE LA CONCURRENCE , UN DROIT RESERVE AUX GROSSES MULTINATIONALES ,2017.WWW .WORD PRESS .COM vu le 10 /03/2021 à 10 :30

6 -Jean –Bernard Blaise : op.cit .p163

7- Jean –Bernard Blaise : op.cit. P 165 .

8 -الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة ، ج ر ، عدد 43 ، سنة 2003,المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 ، ج ر ، عدد 36 ، الصادر في 02 جويلية 2008 المعدل والمتمم بموجب القانون 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010 ، ج ر ، عدد 46 ن الصادر في 18 أوت 2010.

9- بوحلايس الهام :الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ،2017/2016,ص 106.

10- الأمر 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر، عدد 41 سنة 2004 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 25اوت 2010 ، ج ر عدد 46 سنة 2010.

11- بن حملة سامي : قانون المنافسة ،دراسة في ضوء التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ومقارنة تشريعات المنافسة الحديثة ،منشورات نوميديا للطباعة والنشر ،2016،ص 47.

12- لاكلي نادية : مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة ، المرجع السابق ،ص 172

13- محمد الشريف كتو : قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02 منشورات بغدادي ، الجزائر ،2011، ص38

14 - بن حملة سامي : قانون المنافسة ،دراسة في ضوء التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ومقارنة تشريعات المنافسة الحديثة، المرجع السابق ،ص 48.

15- جلال مسعد : مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2012، ص15,

16- المادة 02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ، المرجع السابق.

17- بن يسعد عذراء : سلطة مجلس المنافسة في ضبط الاتفاقات المقيدة للمنافسة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون ،تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ،2016/2015 ،ص 53.

18-المادة 02 من القانون 08-12 المعدل والمتمم للأمر 03-03 ، المرجع السابق
19-- بن حملة سامي : المرجع السابق ،ص 49.

20 -- Francois curan :LE DROIT DE LA CONCURRENCE . UN DROIT RESERVE AUX GROSSES MULTINATIONALES. .WWW .WORD PRESS .COM .op.cit.

21 - Francois curan :LE DROIT DE LA CONCURRENCE ; UN DROIT RESERVE AUX GROSSES MULTINATIONALES .WWW .WORD PRESS .COM .op.cit.

22- Linda ARCELIN : LES notions d'entreprise en droit de la concurrence français , Revue Lamy de la concurrence n°48 MARS , 2016,p 18 .
23 -linda ARCELIN :op.cit . P19 .
24 - Jean –Bernard Blaise : OP ,CIT ,p365
25- المادة 02 من القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات ، ج، ر عدد 02 الصادر في 15 جانفي 2012
26 - Rachid ZOUAIMIA : LE RIGIME DES ENTENTES EN DROIT ALGERIEN DE LA CONCURRENCE .REVUE CRITIQUE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES ;Faculté de droit, université Mouloud MAMMERI ,TIZI OUZOU ,N° 1 /2012 P 11.

27 -jean Christophe rada :DROIT DE LA CONCURRENCE .1EDITION, DALLOZ. 2019.p 42 .

28- بن يسعد عذراء : المرجع السابق ،ص 47.

29- لاكلي نادية : مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة : المرجع السابق ،ص 178.

30 -Stéphane Bénard : la notion d'entreprise au regard des rapports entre société mère et filiale le 03 octobre 2013 www.village justice .com. vu le 10/04/2021 à 12 :00

31-- بن حملة سامي : قانون المنافسة ،دراسة في ضوء التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ومقارنة تشريعات المنافسة الحديثة، المرجع السابق ،ص 118.

32- لاكلي نادية : مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة ، المرجع السابق ،ص 180.
33- بن حملة سامي : الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون : فرع قانون الأعمال ، جامعة منتوري ، قسنطينة ،2010/2009 ،ص 171 .
34 - jean Christophe rada : op .cit .p 42.

35 - Rachid Zouaimia :le droit de la concurrence ,maison d'édition Belkis ,Alger,2012,p23 .
36-بن حملة سامي : قانون المنافسة ،دراسة في ضوء التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ومقارنة تشريعات المنافسة الحديثة، المرجع السابق ، ص 46.

37 -Rachid Zouaimia : le droit de la concurrence .op.cit .p24
38- Elsa Bernard : L' ACTIVITE ECONOMIQUE UN CRITERE D'APPLICABILITE DU DROIT DE LA CONCURRENCE REBELLE A LA CONCEPTUALISATION ,Revue internationale de droit économique ,2009-3 ,P364

39- بن يسعد عذراء : المرجع السابق، ص47

40 -Francois curan :LE DROIT DE LA CONCURRENCE ; UN DROIT RESERVE AUX GROSSES MULTINATIONALES.2017 .WWW .WORD PRESS .COM op.cit

41 -LAURAENCE IDOT :LA notion d'entreprise en droit de la concurrencer , révélateur de l'ordre concurrentiel , concurrence , compétition Law journal , concurrence n°2 -2006 , p 02 .

42- المادة 02 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية ، المرجع السابق .

43-محسن حسن المعموري : مبادئ علم الاقتصاد ،دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن،2019،ص68

44-المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 ، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، ج ر ، عدد صادر في 31 جانفي 1990 ، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-15 ، المؤرخ في 16 أكتوبر 2001 ، ج ر ، عدد61 ، صادر في 21 أكتوبر 2001.

45- القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، المؤرخ في 25 فبراير 2009 ، ج ر ، عدد 15 صادر في 15 مارس 2009 ، معدل ومتمم بالقانون 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018 ، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، ج ر ، عدد 35 ، صادر في 13 يونيو 2018

46- باطلي غنية : : نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر ، مجلة الفكر ، المجلد 10 ، العدد 01 ، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015، ص 341

47- طاهر قانة: علم الاقتصاد ، لطلبة العلوم الاقتصادية ، دار الخليج للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ،2020 ،ص 28

48- بوحلايس الهام : المرجع السابق ، ص94

49- مختور دليلة: تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون ، جامعة مولد معمري ، تيزي وزو ، 2015، ص 209

50 -المادة 10 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم: "يحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر"

51- مختور دليلة : المرجع السابق ،ص233

52-- فؤاد بن غضبان : جغرافية الخدمات ، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، 2020 ،ص 62.

53- فؤاد بن غضبان : المرجع نفسه ،ص 62.

54- المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش : المرجع السابق .

55- المادة 03 فقرة 19 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: المرجع السابق .

56- بوجميل عادل : مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية جامعة مولود معمري ، تيزي وزو 2012 ، ص29

57- المادة 02 فقرة 07 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش : المرجع السابق .

58- بوحلايس الهام : المرجع السابق ،ص 94.

59 -MENOUER Mustapha :Droit de la Concurrence ,BERTI Editions, Alger,2013.P97

60 --MENOUER Mustapha : op.cit .P 98 .

61- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر، العدد 50 ، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

62- المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 10 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ، العدد 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010(الملغى).

63- غانس حبيب الرحمان : تحديث مفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي15-247 استجابة لتحديات الدولة الراهنة ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد الثاني ، جوان 2016،ص43.

64-- باطلي غنية : المرجع السابق ،ص 345.

65- المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

66- المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق

67- المادة 65فقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق

68- المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق .

69- بن يسعد عذراء : المرجع السابق ،ص 73.

70- المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق .

71- باطلي غنية : المرجع السابق ،ص 346.