مجلة الاجتهاد القضائي - المجلد 13 - (العدد التسلسلي 28) - نوفمبر 2021 (ص ص: 561 - 584)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

المنافسة المصرفية بين حرية الاستثمار وتقييده: دراسة في التشريع الجزائري

Banking competition between freedom of investùent and its restriction: A study in Algerian legislation

فؤاد مخربش [1]
مخبر العقود وقانون الأعمال - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قسنطينة (الجزائر)
mekherbechefouad@gmail.com

أ. د يمينة بليمان [2]
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة قسنطينة (الجزائر)
yambelimane@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
02 أفريل 2021	22 ماي 2021	02 نوفمبر 2021

الملخص:

يعتبر الأخذ بمبدأ حرية المنافسة في القطاع المصرفي أحد أهم العوامل الأساسية لتحسين أداء نشاط البنوك والمؤسسات المالية، وذلك بفتح فرص الاستثمار في هذا القطاع لمواكبة أهم التطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي، غير أن تطبيق هذا المبدأ لا يأخذ على إطلاقه بل أخضعه المشرع لعدة قيود وضوابط نظرا لحساسية وخصوصية القطاع المصرفي.

الكلمات المفتاحية : **مبدأ حرية المنافسة – القطاع المصرفي – المنافسة المصرفية – الاستثمار –البنك – مؤسسة مالية.**

Abstract:

The introduction of the freedom principle of competition in the banking sector is one of the most important basic factors to improve the performance of banks and financial institutions, by opening investment opportunities in this sector to keep pace wih the most impartant development in the economic field. However, the application of this principle does note take its toll. Rather the legislator subjected it to serval restrictions and controls due to the sensitivity and peculiarity of the banking sector

key words: *Principle of free competition – Banking sector – Banking competition – Investement - Bank – Financial institution.*

[1] المؤلف المرسل: فؤاد مخربش ـــــــــــــ *Email: mekherbechefouad@gmail.com*

مقدمة:

شهدت الساحة المالية والمصرفية العديد من المستجدات المتلاحقة، وعرفت الكثير من التطورات التي انعكست بدورها على صياغة البيئة المالية المعاصرة، وقد بدأت هذه الملامح تتضح أكثر مع ظهور العولمة المالية التي تمثل أحد ركائزها الأساسية، لما أحدثته من انفتاح غير مسبوق على الأسواق المالية إلى جانب مجموعة أخرى من المرتكزات المتفاعلة والمترابطة فيما بينها، التي تصب في إطار تحسين جودة الخدمات والعمليات المصرفية واستقطاب أكبر عدد ممكن من الزبائن.

وقد أفرزت هذه المستجدات والتطورات وضعا جديدا، يتمثل فيما يمكن اعتباره نظام أعمال جديد سمته الأساسية «المنافسة» التي تعتبر التحدي الرئيسي الذي تواجهه البنوك والمؤسسات المالية المعاصرة، حيث وجدت البنوك نفسها تواجه متنافسين مختلفين كالمؤسسات المالية المصرفية وغير المصرفية، الأمر الذي دفعها إلى استحداث آليات واستراتيجيات عملية تنافسية تسمح لها بالاستفادة من إيجابيات المنافسة تكريسا لمبدأ حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي، فباتت المنافسة أمرا طبيعيا ومبدأ أساسيا في عالم الاقتصاد، بعد أن أصبحت – بحق– آلية معبرة عن ديمقراطية النشاط الاقتصادي،[1] وعاملا أساسيا في تحسين الكفاءة الإنتاجية خاصة بعد تأكد أهميتها وأثارها الايجابية في عالم المال والأعمال

حيث تنصرف أهمية موضوع المنافسة الحرة في ميدان البنوك للبحث في مسائل تعبر عن جانب كبير من الأهمية سواء من الناحية النظرية أو العملية.

فللموضوع أهمية بالغة من الناحية النظرية حيث أن تجسيد مبدأ حرية المنافسة في المجال المصرفي يعتبر موضوع في غاية الأهمية مما يستدعي البحث فيه لتوضيح الآليات والإجراءات المتبعة لتحقيق هذا المبدأ والحفاظ على حسن سير أداء البنوك، أما الأهمية العملية لهذا الموضوع فيعتبر موضوع المنافسة البنكية موضوعا هاما وحساسا، نظرا للدور الكبير الذي تلعبه المنافسة الحرة في تطوير القطاع البنكي، والزيادة في فعالية حركة الاقتصاد الوطني نحو الأمام، خاصة فيما يتعلق بالتعاملات التي يفرضها الاقتصاد المفتوح على السوق من سرعة وحسن الأداء.

والبنوك الجزائرية كغيرها من البنوك، هي أيضا تتواجد على نفس المحيط الاقتصادي والمصرفي العالمي، فلقد أجريت العديد من الإصلاحات البنكية لتهيئة هذه البنوك للعمل في ظل اقتصاد السوق وتدعيمها لمواجهة المنافسة المصرفية، كان أبرزها إصلاحات قانون النقد والقرض 90-10. لكن رغم ذلك، تبقى المنافسة المصرفية في الجزائر تحكمها العديد من الضوابط والقيود، خاصة تلك القواعد المتعلقة بفتح مجال الاستثمار في القطاع المصرفي، مما يجعل توجه

النظام المصرفي الجزائري نحو تبني مبدأ حرية المنافسة في هذا القطاع، غير متضح المعالم، الأمر الذي يضعنا أمام التساؤل التالي: "ما مدى مقاربة المشرع الجزائري في فتح مجال المنافسة الحرة في القطاع المصرفي بين النص التشريعي والواقع العملي في الجزائر؟".

وللإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي بغرض إجراء دراسة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة للقطاع المصرفي، إضافة إلى المنهج الوصفي للوقوف على أهم العناصر الأساسية لهذا الموضوع لمعالجته من مختلف الجوانب، بهدف تقديم إيضاحات وافية لبعض النقاط، معتمدين في ذلك على الخطة التالية:

المحور الأول: مفهوم حرية المنافسة في المجال المصرفي.

المحور الثاني: القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة في القطاع المصرفي.

المحور الأول: مفهوم حرية المنافسة في المجال المصرفي

لقد أفرزت التغيرات والتحولات التي شهدتها البيئة المالية المعاصرة وضعا جديدا، يتمثل فيما يمكن اعتباره نظام أعمال جديد سمته الأساسية هي «المنافسة» التي تعتبر التحدي الرئيسي الذي تواجهه البنوك المعاصرة والذي يمثل تحدي متزايد الخطورة، الأمر الذي يتطلب من البنوك النمو بالشكل الذي يمكنها من تخطي الحدود.

وبالتالي تعد المنافسة من التحديات الأساسية في منظمات الأعمال والبنوك بوصفها أحد القيود الإستراتيجية، وعامل مهم لتحقيق التفوق التنافسي نظرا لما تحققه من أهمية كبيرة لهذه المنظمات الهادفة إلى تحسين أداءها وتحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح وزيادة قوتها الاقتصادية في السوق المصرفية.[2]

الفرع الأول: تعريف حرية المنافسة في القطاع البنكي

إن التحديد الدقيق لتعريف مصطلح المنافسة يقتضي بنا الوقوف على مختلف التعاريف التي وضعت لهذا المصطلح سواء من الناحية اللغوية أو من الناحية الاصطلاحية.

فالمنافسة لغة تعني الرغبة في الشيء والانفراد به، أو المغالبة على الشيء، ونافسه المنافسة في الشيء أي الرغبة فيه، وتنافسوا فيه أي رغبوا فيه.[3] وفي قوله تعالى: «خِتَامُهُ مِسْكٌ وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسُ الْمُتَنَافِسُون »[4]، أي فليرغب الراغبون في طاعة الله.

ونخلص إلى معنى المنافسة لغة انه يدور بين ارتفاع القيمة والمبالغة في الشيء والترغيب فيه، والتسابق إليه، لذلك لا يتصور إلا أن يكون بين طرفين على الأقل.[5]

أما من الناحية الاصطلاحية فقد تعددت التعاريف التي وضعت للمنافسة بتعدد نظرة الفقهاء إليها، فقد عرفها البعض على أنها: « تزاحم التجار والصناع على ترويج أكبر قدر ممكن من منتجاتهم أو خدماتهم من خلال جذب أكبر عدد ممكن من العملاء».[6]

أما في القاموس القانوني فقد تم تعريف المنافسة على أنها:« عملية التنافس الاقتصادي أو العرض المقدم من طرف عدة مؤسسات مختلفة ومتزاحمة لسلع وخدمات محاولة بذلك إشباع حاجات متشابهة، مع وجود حظوظ متقاربة وعكسية لدى هذه المؤسسات أو خسارة امتياز الزبائن» .[7]

وبالرغم من تعدد التعريفات الفقهية للمنافسة إلا أن جميعها تصب في قالب موحد مفاده أن المنافسة كظاهرة إنسانية عموما وتجارية خصوصا تعني السعي لتقديم الأفضل من قبل الآخرين،[8] وذلك عن طريق مزاحمة المشروعات لبعضها البعض بحثا عن التفوق وسعيا لتحقيق الربح، فهي عبارة عن لعبة اقتصاد يسعى إليها كل المتدخلين في الحياة الاقتصادية، بحيث لا يمكن تحقيق الربح والرفاهية الاقتصادية دون وجود منافسة[9].

أولا - تعريف المنافسة البنكية:

إذا كانت المنافسة كما رأينا سابقا تعني تنافس المصالح بين التجار أو الصناع ومحاولة جذب الزبائن إليهم بأفضل الأسعار وأحسن جودة لتحقيق أكبر عدد ممكن من الأرباح فإن تحقيق هذه الغاية لا يأتي إلا بالاعتماد على حرية المنافسة بين الممارسين لنفس النشاط الاقتصادي لان الحرية هي جوهر المنافسة والمنافسة هي أساس رفاهية النظام الاقتصادي.

ومنه فالمنافسة الحرة في النظام الاقتصادي تعبر عن مزاحمة بين المنتجين والمصنعين دون تدخل من طرف الدولة، لان مبدأ حرية المنافسة يفترض أن يلعب كل متنافس دوره دون عوائق أو حواجز.

وبالنسبة للصناعة البنكية،[10] فقد ظهر مصطلح المنافسة البنكية مع التطورات المالية العالمية في فترة السبعينات، والذي نشأ نتيجة تعدد وتنوع المنتجات البنكية من جهة، وضرورة انفتاح القطاع المصرفي على الليبرالية الاقتصادية والانتقال إلى سياسة اقتصاد السوق، وبالتالي تغيير المحيط المالي بصفة عامة والمحيط البنكي بصفة خاصة، حيث يعتبر الاقتصاديين أن المنافسة البنكية هي أحسن طريقة لتنظيم النظام البنكي وزيادة كفاءته واستقراره.

وبالتالي يمكن تعريف المنافسة البنكية على أنها عبارة عن عملية أو تصرف تسلكه مجموعة من المؤسسات المالية والتي تقدم منتجات وخدمات بنكية أو منتجات بديلة لها[11].

أو هي الوضع الذي يتيح للبنك التعامل مع مختلف الأسواق المصرفية ومع العناصر المحيطة به بأفضل صورة للمنافسة. معنى ذلك، البنك الذي له القدرة على التنافس أي له «الميزة التنافسية» التي تعبر عن مدى قدرته وجاهزيته لأداء أعماله بطريقة يعجز منافسيه عن القيام بها.

والهدف من هذا التصرف هو التسابق نحو الحصول على أكبر حصة في السوق المصرفي، بحيث تسعى كل مؤسسة بنكية لجلب أكبر عدد من العملاء لصالحها، ويتجسد هذا التنافس من خلال عدة أدوات كتحسين جودة المنتجات والخدمات، وتخفيض التكاليف واستعمال التكنولوجيا العالية، وحسن معاملة العملاء بأفضل طريقة تنافسية ممكنة.

وبالتالي لا يمكن أن تقتصر الأعمال المصرفية على البنوك العمومية فقط، بل يجب تكريس المنافسة الحرة في القطاع المصرفي، وذلك من خلال الانفتاح على الاستثمار في هذا القطاع بالاستناد على مبدأين مكملين هما:

- حرية إنشاء البنوك والمؤسسات المالية الخاصة، والتحرر من كافة أشكال العرقلة والتقييد « مبدأ حرية الإنشاء أو حرية الإقامة[12] ».

- كما يقتضي مبدأ حرية المنافسة عدم التمييز والتفرقة بين مختلف البنوك والمؤسسات المالية سواء العامة أو الخاصة، الوطنية أو الأجنبية، وإخضاعها وإلزامها لنفس الأحكام والإجراءات « مبدأ عدم التمييز» .

ثانيا – نطاق المنافسة البنكية:

إن نطاق تطبيق مبدأ حرية المنافسة لا يأخذ على إطلاقه في القطاع البنكي، فحرية المنافسة البنكية لا تضبطها قواعد السوق فقط، بل تتحدد كذلك وفق أهداف السياسة النقدية، وهي حدود قد تتسع لتشمل قواعد المنافسة – وهذا هو الأصل– كما قد تضيق عنها عند الضرورة، عندما يتعلق الأمر بحماية الادخار العام كون معظم أموال البنوك عبارة عن ودائع، والمحافظة على المال العام ولو على حساب حساب قواعد المنافسة، لذلك يمكن حصر نطاق المنافسة البنكية في عدة أشكال وفق عدة اعتبارات، وذلك حسب طريقة التنافس (سعرية، غير سعرية)، أو حسب حالة السوق (تامة، احتكارية،...).

1– حسب طريقة التنافس:

وتنقسم في هذه الحالة الى منافسة سعرية ومنافسة غير سعرية:

(أ) المنافسة السعرية:

وهي ترتكز على السعر كسلاح يستخدم في مواجهة المنافسين الآخرين، وتتجلى في سعي المتنافسين إلى كسب حصص أكبر في السوق البنكي عن طريق تخفيض الأسعار[13]. وذلك من خلال ما يلي:

- أسعار الفائدة المدنية، أي الفوائد على الودائع والقروض.
- أسعار أو تكلفة التحصيل، التحويل، أو عمليات أخرى.
- عمولات تسيير الأموال أو غيرها.

- علاوات عن عمليات الهندسة المالية: ضمانات عن عمليات الإصدار أو الاكتتاب في السندات وغيرها من العمليات المصرفية[14].

وبالرغم من أن عنصر المنافسة السعرية فاعلا ومؤثرا في مختلف الأنشطة الاقتصادية، إلا أنه يتعرض إلى بعض المحددات في مجال العمل المصرفي، وذلك أن بعض التشريعات لبعض الدول لا تسمح بدفع فوائد على الودائع الجارية، وكذلك بوضع حدود لمعدلات الفائدة على القروض والودائع، مما يقلل من أهمية هذه الإستراتيجية.

(ب) المنافسة غير السعرية:

وهي لا ترتكز على السعر، بل على تقديم مجموعة من الخدمات المصرفية التي تساعد وتساهم في جذب العميل، وتحفيزه لإيداع أمواله لدى البنك، والجدير بالذكر أن هذه الخدمات تتنافس عليها البنوك في السرعة والدقة وانخفاض التكاليف، وتستعمل في ذلك أدوات أخرى كالإعلان والترويج للخدمات المقدمة وجودها، وكذا توفير وسائل أخرى كالراحة للعملاء، بهدف جذبهم.

والجدير بالذكر أن هذه الخدمات تتنافس عليها البنوك في السرعة والدقة وانخفاض التكاليف وتتمثل هذه الإستراتجية بتقديم مجموعة من الخدمات يمكن تحديدها بما يلي:

- تحصيل مستحقات العميل.
- سداد المدفوعات نيابة عن العميل.
- إستحداث أنواع جديدة من الودائع.
- سرعة أداء الخدمة.

وتعتبر المنافسة غير السعرية أكثر فعالية، وهي أحسن طريقة لجذب العملاء، حيث تبدي التباين الكبير بين البنوك على مستوى جودة الخدمات البنكية وتكلفتها وأنواعها، وهذا ما يجعل المنافسة غير السعرية ممكنة وغير محدودة[15].

2- حسب حالة السوق:

هناك أربعة أشكال رئيسية يمكن أن تأخذها المنافسة بشكل عام حسب وضعية السوق وعدد المتعاملين فيه، وتنطبق هذه الأشكال على السوق البنكي أيضا:

(أ) المنافسة التامة:

تتميز المنافسة التامة في السوق البنكي، بوجود عدد كبير من البنوك والعملاء، بحيث تكون المنتجات والخدمات المصرفية متماثلة بشكل تام ومتجانسة (أي أن المنتوج المعروض من أي منتج هو مطابق ومماثل لأي منتوج أخر) مما يستبعد أي شكل من أشكال الدعاية والإعلان، وطالما أن السلعة متجانسة يترتب عن ذلك وجود سعر واحد في السوق، أي أن المنتجون لا

يستطيعون التأثير على السعر السائد في السوق، وإنما يتحدد هذا السعر عن طريق العرض والطلب[16].

كما تتصف أيضا المنافسة التامة بحرية الدخول والخروج من السوق، حيث يفترض عدم وجود عراقيل أو موانع أو صعوبات مهما كان نوعها تمنع المنتجين من الدخول إلى السوق في حالة وجود ربح وسطي أو الخروج منه في حالة وجود خسارة، ويعتبر هذا النوع من المنافسة نادر التحقق في الحياة الاقتصادية، وهي نظرية مثالية جاء بها الكلاسيكيون.

(ب) الاحتكار الكامل "التام":

الاحتكار التام أو الكامل هو الذي تكون فيه المنافسة منعدمة، ولهذا يمكن اعتباره شكل من أشكال المنافسة المنعدمة.

ويعتبر الاحتكار الكامل الحالة النقيضة لحالة المنافسة التامة، حيث يتميز هذا النوع من المنافسة بوجود منتج واحد فقط، وتتميز السلعة التي ينتجها المنتج المحتكر بعدم وجود بدائل قرينة لها. وهذا يعني أن المنتج يمثل السوق كله لأنه يسيطر على مجموع الإنتاج، ومن خلال سيطرته على الإنتاج يمكنه التحكم في الأسعار. كما يتميز الاحتكار الكامل بوجود صعوبات وموانع (قانونية، تكنولوجية، مالية،...وغيرها) تمنع المنتجين الآخرين من الدخول إلى السوق[17].

(ج) منافسة القلة:

منافسة القلة تعني تلك الصناعة التي تتكون من منشأتين أو أكثر بحيث تسيطر واحدة على الأقل من تلك المنشآت على نسبة كبيرة من الإنتاج الكلي للصناعة، ويقصد بالمنشآت هنا المؤسسات الاقتصادية.

ومن ذلك يمكن أن نستنتج بأن منافسة القلة في الصناعة البنكية تعني الحالة التي يسيطر فيها عدد قليل من البنوك الضخمة على حصص كبيرة من السوق البنكي[18].

ويقوم هذا النوع أساسا على مدى سيطرة عدد من المؤسسات في صناعة ما، بغض النظر عن عدد المؤسسات الموجودة في السوق.

(د) المنافسة الاحتكارية:

تعتبر هذه الحالة وسيطا بين حالة المنافسة التامة من جهة، والاحتكار من جهة أخرى، وتتميز بوجود عدد كبير من المنتجين في السوق، ففي حالة السوق البنكي يكون هناك عدد كبير من البنوك والعملاء المصرفيين، كما تكون المنتجات والخدمات متشابهة لكنها ليست متجانسة. أي أن السلع التي يتعامل بها المتنافسون الاحتكاريين هي سلع بعضها بديل للأخر ولكنه بديل غير تام[19].

وكنتيجة لهذا التمايز في المنتجات المتشابهة، فإن المنافسة الاحتكارية تتميز بوجود درجة محدودة من التحكم في الأسعار كما أن الدخول إلى السوق أو الخروج منها ممكن، إلا أنه قد يكون صعبا وهو حتما أقل سهولة منه في حالة المنافسة التامة. ويتم التنافس في هذا السوق بوسائل أخرى غير سعرية، وتكون الوسيلة الأساسية في هذا التنافس هي إبراز الصفات والخواص الثانوية التي تتميز بها السلع وذلك باستعمال وسال التسويق الحديثة كالدعاية والإعلان مثلا.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لتطبيق حرية المنافسة في القطاع البنكي

إن تبني مبدأ حرية المنافسة كأحد أهم المبادئ الأساسية لممارسة النشاط الاقتصادي يعد انعكاسا واضحا للأفكار التي انتهجتها الجزائر وأكدت عليها، وذلك من خلال التكريس الدستوري لمبدأ حرية المنافسة، وأيضا من خلال نصوص التشريع العادي التي لها علاقة بممارسة النشاط المصرفي.

أولا - التكريس الدستوري لمبدأ حرية المنافسة:

إن الضغوطات الدولية التي مورست على الجزائر في ميدان الاقتصادي، خاصة بعد المصادقة على اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي،[20] وكذا سعيها الحثيث للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، أدى بالدولة الجزائرية إلى تبني سياسة الانفتاح الاقتصادي كبديل للمبادئ التقليدية الموروثة على النظام الاشتراكي، وتم تكريس هذا التوجه دستوريا بنص المادة 43 من التعديل الدستوري 2016[21] التي جاء فيها: «حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الاحتكارات والمنافسة غير النزيهة».

على عكس المادة 37 من الدستور 1996 التي تنص على تشجيع المنافسة وفتح المبادرة للخواص وكذا تحرير التجارة الخارجية، إلا أنها لم تخضع المؤسسات العمومية لقانون المنافسة بطريقة مباشرة إلا بعد التعديل الدستوري لسنة 2016.

وبالتالي تعتبر المادة الحالية أكثر وضوحا عن سابقتها، حيث تم تكريس مبدأ عدم الاحتكار والمنافسة غير النزيهة وعزز حقوق المستهلك، إضافة إلى ذلك تم النص صراحة على عدم التمييز بين المؤسسات في الحصول على دعم الدولة مما يعني وضع المؤسسات الاقتصادية في مركز واحد سواء كانت خاصة أو عامة.

ومنه فإن الدولة هيمنت لفترة من الزمن على الحقل الاقتصادي عن طريق نظام الاحتكار الذي كانت المؤسسات العمومية الاقتصادية هي المسيطرة فيه على مجمل النشاط الاقتصادي،[22] ولهذا فتاريخيا لم يكن للقطاع المصرفي مجالا مفتوحا للمنافسة في العديد من تشريعات الدول، حيث شكل وإلى عهد قريب جزء من القطاع العام الذي تسيطر عليه وتسيره الدولة، حتى بالنسبة لبعض الدول الليبرالية كفرنسا[23].

لكن بعد دخول الجزائر مرحلة الإصلاحات الاقتصادية شهدت العديد من القطاعات انسحاب الدولة كمؤشر على تحرير الاقتصاد ورفع الاحتكار العمومي، إلا أن الملاحظ أن درجة انسحاب الدولة تختلف من قطاع لأخر حسب أهمية وحساسية القطاع، ولعل القطاع البنكي يشكل أحد أهم القطاعات الاقتصادية والتي رغم تحريرها فإنها تستدعي حضور ومرافقة الدولة بشكل أو بآخر.

ثانيا – تطبيق مبدأ حرية المنافسة في القطاع المصرفي من خلال التشريعات العادية:

خصص المشرع الجزائري عبر مختلف القوانين التي نظمت مجال الاستثمار في القطاع المصرفي جزءا هاما من المواد لتشجيعه وحمايته، وذلك من خلال منحه وبصفة مباشرة عدة ضمانات للمستثمرين وعيا منه أن لهذه الضمانات دورا في توفير جوا تنافسيا ملائم في القطاع المصرفي والمالي.

1 – قانون النقد والقرض:

بعد صدور القانون رقم90-10[24] المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، والذي أسس لتحرير القطاع المصرفي، وفتح المجال أمام رؤوس الأموال الخاصة للنشاط في هذا القطاع، وهو ما كان له بالغ الأثر في تجسيد حرية المنافسة بين البنوك.

إذ أن هذه النصوص القانونية حملت في طياتها مبادئ النظام الليبرالي وتجسيدها في القطاع المصرفي، خاصة أن الإصلاحات التي جاءت بعد القانون رقم 90-10 لم تأتي بجديد يذكر على مستوى تكريس مبدأ حرية المنافسة في القطاع المصرفي رغم صياغته المختلفة، إذا ما استثنينا بعض الصلاحيات التي استعادها رئيس الجمهورية بعدما كانت من صلاحيات رئيس الحكومة وهذا ما يجعل أسباب صدور الأمر 03-11[25] المتعلق بالنقد والقرض غير واضحة بما أن معظم أحكامه الموضوعية لا تختلف في جوهرها عن تلك الملغاة في قانون 90-10 وفي ظل الإصلاح الكبير الذي مس القطاع المصرفي الجزائري من خلال القانون رقم 90-10، تم تغيير الكثير من آليات عمل هذا الجهاز، سواء تعلق الأمر بالشكل القانوني للبنوك أو أعمالها أو معايير تسييرها في ظل جو من المنافسة الحرة، حيث تم تعزيز هيكل هذا القطاع الحيوي بإقامة وإنشاء بنوك ومؤسسات مالية سواء وطنية أو أجنبية أو مختلطة، ويظهر هذا جليا من خلال استقراء

المادة 83[26] من قانون النقد والقرض والتي نصت على حرية إنشاء وإقامة البنوك والمؤسسات المالية وفقا للشروط التي يوجبها القانون.[27]

ولذلك اعتبر مبدأ حرية الإنشاء من بين أهم الركائز التي تدعم وتكرس المنافسة الحرة في القطاع المصرفي، وتشجع اقتحام القطاع الخاص للمهنة المصرفية سواء كان وطني أو أجنبي[28]، خاصة وأن القطاع المصرفي الجزائري يعتبر نشاطا محليا ومحدودا يتطلب تطويره جهودا جبارة لمجابهة المنافسة الدولية، وذلك من خلال اللجوء، إلى الشراكة كخطوة أولى، إذ أن الشركاء الأجانب لا يستثمرون رؤوس أموالهم إلا إذا تيقنو من قدرة منتجاتهم وخدماتهم على التنافس، على اعتبار أن الميزة التنافسية هي الضامن الوحيد لتحقيق الربح، وذلك بعد تجسيد أول عنصر من عناصر المنافسة الحرة ألا وهو حرية الدخول للقطاع المصرفي دون عوائق أو عرقلة من الدولة أو الخواص، والذي من شأنه أن يسمح بتعدد الأعوان الاقتصاديين في هذا القطاع الحيوي.[29]

وهذا ما تم تحقيقه فعلا من خلال إتاحة قانون النقد والقرض إمكانية إنشاء مؤسسات مصرفية تستجيب إلى المقاييس والشروط التي تتحدد بطبيعة النشاط والأهداف المسطرة له.

2- قانون الاستثمار:

الاستثمار الأجنبي في القطاع المصرفي يشكل أحد أهم أنواع الاستثمارات التي شهدت تطورا في العقود الأخيرة، نظرا للدور المهم والحيوي الذي يلعبه في فتح مجال المنافسة النزيهة ورفع وتيرة الاقتصاد بشكل عام، وتحسين جودة خدمات القطاع المصرفي بشكل خاص، ومن أجل الظفر بهذه المزايا، تحاول الجزائر جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إليها وذلك من خلال إتباع سياسات اقتصادية مناسبة واستخدام العديد من الحوافز والامتيازات لدفع وتيرة تطور المناخ الاستثماري لها.

حيث خصص المشرع الجزائري عبر مختلف القوانين التي نظمت مجال الاستثمار في القطاع المصرفي جزءا هاما من المواد لحمايته وتحفيزه، ومحاولته منه للحفاظ على بقاء الاستثمار الأجنبي في القطاع المصرفي وحرصا منه على ديمومة نشاطه، وضع جملة من المبادئ أهمها مبدأ عدم التمييز بين المستثمر الأجنبي والوطني وتكريس مبدأ استقرار التشريع.

(أ) مبدأ عدم التمييز بين المستثمر الأجنبي والوطني:

استلهم المشرع الجزائري الجزء الخاص بضمانات معاملة الاستثمار من القانون الدولي وبالفعل فقد نصت المادة 14 من الأمر 01-03[30] المتعلق بالاستثمار على ما يلي: « يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار.

ويعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع دولهم الأصلية».

وبالتالي فإن المادة 14 من الأمر 01-03 نصت على مبدأ عام نجده مكرس في معظم الاتفاقيات الثنائية،[31] فأول ضمان يعترف به للمستثمر الأجنبي هو أن يحظى بنفس معاملة المستثمر الوطني، ومن خلاله يحق للمستثمر الأجنبي الدخول في منافسة نزيهة مع باقي المتعاملين الاقتصاديين في نفس السوق، ويعطي ارتياحا له بأن الدولة تحترم الآمال والطموحات التي يصبو إليها المستثمر[32].

وكباقي القطاعات طبق نفس المبدأ على الإستثمار في القطاع المصرفي الجزائري، حيث نص على المعاملة بالمثل في المادة 85 من الأمر 03-11[33]، لكن هذا المبدأ له استثناء نظرا لخصوصية هذا القطاع، حيث أن المستثمر الأجنبي ملزم بتقديم تصريح على مشروعه الاستثماري أما المستثمر الوطني يقدم تصريح فقط إذا أراد الحصول على مزايا الممنوحة من الوكالة.

(ب) تكريس مبدأ الاستقرار التشريعي:

إن المستثمر الأجنبي يولي أهمية بالغة للنظام القانوني الذي يسود في الدولة المضيفة للاستثمار، خاصة وأن الاستثمار في القطاع المصرفي مهم، لأنه يبقى دائما متخوفا من تغيير الإطار التشريعي الذي يخص مشروعه الاستثماري، ولإزالة هذه المخاوف استلزم الأمر إعطاء المستثمر ضمان استقرار التشريع، ويقوم هذا المبدأ على فكرة تثبيت النظام القانوني للاستثمار في المجال المصرفي[34].

وبالتالي نص المشرع الجزائري في المادة 15 من الأمر 01-03 على: «لا تطبق المراجعة أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة».

ومنه تبقى الجزائر محتفظة بحقها السيادي في إلغاء هذا القانون أو تعديل بعض أحكامه إذا اقتضت الضرورة، لكن هذا التعديل أو الإلغاء الذي قد تقوم به في المستقبل، تلتزم بعدم تطبيقه على المستثمر الذي شرع في إنجاز مشروعه في ظل قانون الإستثمار الحالي، وبهذا قد تكون الدولة قد رفعت الحواجز القانونية وقدمت الضمانات الكافية لتشجيع الإستثمار الأجنبي في القطاع المصرفي وخلق جو من المنافسة النزيهة بين البنوك، كما يعطي ارتياحا للمستثمر بعدم قيام الدولة بممارسات قد تعرقل أو تقيد من منافسته لباقي البنوك الموجودة في السوق المالية.

المحور الثاني: القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة في القطاع المصرفي

رغم أن مبدأ حرية المنافسة يفرض على السلطة العامة عدم الانحياز أو تفضيل منافس على غيره، ويوجب السلطة العامة الانسحاب من الحياة الاقتصادية نظرا لما تحكمه قواعد السوق إلا أن حساسية وخصوصية القطاع البنكي جعلت منه مجالا حذرا فيما يخص تطبيق المنافسة الحرة حتى بالنسبة للدول الليبرالية، حيث لا تجد هذه الأخيرة حرجا في بقائها ممسكة بخيوط اللعبة التي تبقيها قريبة من هذا القطاع لحمايته والتدخل متى اقتضت الضرورة ذلك[35]. وهذا من خلال وضع شروط مسبقة قبل الدخول في ممارسة النشاط البنكي ووضع إجراءات تضبط القطاع أثناء ممارسة النشاط.

الفرع الأول: شروط ممارسة النشاط المصرفي

في ظل تكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة، فإن حرية إنشاء البنوك والمؤسسات المالية وفتح القطاع المصرفي أمام المبادرات الفردية لا تأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، بل يخضع الالتحاق أو الدخول للمهنة البنكية لجملة من الشروط يمكن القول عنها أنها تخرج عن القواعد المألوفة والعادية في النشاط التجاري، وتتنوع هذه الشروط إلى شروط شكلية، تتمثل في الحصول على الترخيص والاعتماد، وشروط موضوعية تتعلق بعضها بالمؤسسات المصرفية والبعض الآخر بالمساهمين والمسيرين.

أولا - الشروط الشكلية:

تتلخص الشروط الشكلية لتأسيس بنك أو مؤسسة مصرفية أو لإقامة فرع لبنك أجنبي في الجزائر في وجوب الحصول على الترخيص والاعتماد.

1 - الحصول على الترخيص:

حتى تتمكن الأشخاص المعنوية الراغبة في احتراف النشاط المصرفي، لابد لها أولا من الحصول على ترخيص بتأسيس بنك أو مؤسسة مالية من مجلس النقد والقرض شريطة استيفائها للشروط المقررة لذلك.

(أ) إجراءات وشروط طلب الترخيص:

إن الترخيص يجب أن تتوفر فيه الشروط التي استجوبها قانون النقد والقرض ولاسيما المادتين 135 و136، والتي تم التأكيد عليها وتوضيحها أكثر من قبل مجلس النقد والقرض بواسطة النظام 93-01 المحدد لشروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية، المعدل والمتمم بموجب النظام رقم 200-02[36]، وفقا لنص المادة 03 منه التي بينت بالتفصيل الوثائق المطلوبة، حيث يجب أن يتوفر ملف طلب رخصة على العناصر التالية:

- برنامج النشاط.

- الوسائل المالية والتقنية المرتقبة.
- صفة وملاءة المساهمين وضماناتهم إذا اقتضى الأمر.
- قائمة المسيرين الرئيسين.
- مشاريع القوانين الأساسية إذا تعلق الأمر بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية.
- القانون الأساسي للبنك والمؤسسة المالية إذا تعلق الأمر بأجنبي، التنظيم الداخلي.

(ب) دراسة طلب الترخيص:

بعد إيداع طلب الحصول على الترخيص من طرف المعني لمجلس النقد والقرض، واستيفاءه كل العناصر المشترطة قانونا فإن للمجلس[37] أجل أقصاه شهرين لدراسة هذا الطلب، بمعنى أنه يمنح قراره بالترخيص في أجل شهرين ولا يدخل الترخيص حيز التنفيذ إلا من تاريخ تبليغه.

وبعد دراسة مجلس النقد والقرض لطلب الترخيص المقدم إليه، يتخذ قرار بشأنه إما بالقبول أو الرفض، وبعد الحصول على الترخيص[38] يمكن للمعني بالأمر أن يقدم طلبا الاعتماد أمام محافظ بنك الجزائر في أجل أقصاه 12 شهرا للحصول على الاعتماد.

2- الحصول على الاعتماد:

إن الحصول على ترخيص بتأسيس بنك أو إقامة فرع لبنك أجنبي في الجزائر، لا يعد كافيا للبدء في ممارسة النشاط المصرفي، إذ أوجب القانون المباشرة في إلتماس الحصول على الاعتماد لدى الجهة المختصة وفق شروط وإجراءات معنية.

(أ) شروط وإجراءات منح الاعتماد:

على البنك المتحصل على الترخيص من مجلس النقد والقرض أن يطلب الاعتماد في أجل أقصاه 12 شهرا لدى محافظ بنك الجزائري، بعد أن يستوفي الشروط والإجراءات المبنية فيما يلي:

- يجب أن تكون قد تحصلت على ترخيص من مجلس النقد والقرض، إما ترخيص بالإنشاء أو بالإقامة، أو بالتعديل.
- يجب أن تكون هذه المؤسسة قد استوفت جميع الشروط التي حددها القانون والأنظمة المتعلقة بالبنك والمسيرين.
- استيفاء الشروط الخاصة التي يمكن أن تكون مقترنة بالترخيص، كالتحقيق من قيام البنك بأعمال الشهر والنشر المنصوص عليها قانونا.
- الحصول على ترخيص مسبق من طرف محافظ بنك الجزائر عند إجراء أي تعديل على القانون الأساسي للبنك أو غرضه أو رأس ماله أو المساهمين فيه[39].

- إرسال طلب الاعتماد مرفقا بالمستندات والمعلومات المطلوبة حسب القوانين والأنظمة إلى محافظ بنك الجزائر في أجل أقصاه 12 شهرا من تاريخ منح الترخيص.

- يجب إرسال قائمة أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة المعينين من قبل الجمعية العامة التأسيسية للبنوك والمؤسسات المالية مرفقة ببيان مسارهم المهني، قصد المصادقة عليها من طرف محافظ بنك الجزائر.

(ب) الجهة المختصة بمنح الاعتماد:

يمنح محافظ بنك الجزائر قرار تبعا للمادة 92 من الأمر03-11[40] المتعلق بالنقد والقرض بالإيجاب أو بالرفض، ففي حالة استيفاء الملف كل شروط التأسيس أو شروط الإقامة بمنح الاعتماد وإن لم تتوفر هذه الشروط المطلوبة فيصدر بشأن الطلب قرار بالرفض[41].

أما بالنسبة للآثار المترتبة عن منح الاعتماد من قبل محافظ بنك الجزائر فتتمثل في:

- الاعتماد بمنح صفة الوسيط المعتمد للمستفيد منه، غير أن ممارسة عمليات الصرف والتجارة تخضع إلى التسجيل من طرف المديرية العامة للصرف.

- كما يخول الاعتماد للبنوك ممارسة مختلف العمليات المصرفية المرخص بها وفق القوانين والأنظمة كالسماح بممارسة النشاطات الثانوية المتعلقة بنشاطات البنوك والمؤسسات المالية.

ثانيا - الشروط الموضوعية:

أوجب المشرع الجزائري على أن تتخذ البنوك شكلا معينا من الشركات، كما وضع شروط تتعلق ببيان المساهمة وأشكالها، وأن تكون مالكة لمقدار معين من الرأس المال الأدنى، ونظرا للخطورة التي ينطوي عليها النشاط الذي تمارسه، وباعتبارها تتاجر بأموال المدخرين، رأى المشرع وجوب وضع ضوابط تقف أمام المغامرين وذوي النوايا السيئة في اقتحام القطاع المصرفي، من خلال مجموعة ضوابط تتعلق بالمؤسسة المصرفية وأخرى تتعلق بمساهمي ومسيري المؤسسة.

1- الشكل القانوني للمؤسسة:

طبقا لما تنص عليه المادة 83 الفقرة الأولى من قانون النقد والقرض، تتخذ البنوك والمؤسسات المالية شكل شركات المساهمة[42]، وهي من شركات الأموال التي تقوم على الاعتبار المالي وما يساهم به الشركاء من الأموال[43]، والتي يتم تأسيسها إما باللجوء للادخار العلني أو دون اللجوء للادخار العلني[44].

وعليه فإن كل بنك أو مؤسسة مالية تخضع للقانون الجزائري، لابد من تأسيسه في شكل شركة مساهمة وبالتالي خضوعها لأحكام القانون التجاري المتعلقة بهذا النوع من الشركات[45].

وبالتالي فإن شركة المساهمة بدورها تخضع لعدة شروط من أجل تأسيسها يمكن تطبيقها أيضا على البنوك والمؤسسات المالية، فالشركة تخضع لشروط موضوعية عامة وهي الشروط

التي يجب توافرها في كل عقد من رضا ومحل وسبب، فبغياب أحدهما يؤدي إلى بطلان عقد الشركة[46].

وتخضع أيضا لشروط موضوعية خاصة طبقا لنص المادة 116 من القانون التجاري تتمثل في الأركان الخاصة لعقد الشركة وهي تعدد الشركاء،[47] وتقديم الحصص، واقتسام الأرباح والخسائر، ونية الاشتراك، كما أنها تخضع للشروط الشكلية المتعلقة بالكتابة[48] والشهر[49].

2- الشروط المتعلقة بالمساهمين والمسيرين:

نظرا لأهمية وحساسية القطاع المصرفي كونه يضم مؤسسات ائتمان تقوم بتوظيف أموال الجمهور وكذا أموال الدولة وكونها تساهم بطريقة مباشرة في تمويل المشاريع الاقتصادية، فالمشرع أقر شروطا ينبغي أن تتوفر في مساهمي ومسيري المؤسسات المصرفية.

(أ) المسيرين:

مسيري البنوك والمؤسسات المالية يخضعون للشروط المحددة بموجب القانون التجاري والمتعلقة بمسيري الشركات عموما، إضافة إلى مجموعة من الشروط الخاصة إلى اشترطها قانون النقد والقرض.

- **عدد المسيرين:** لقد وجب قانون النقد والقرض أن لا يقل عدد المسيرين عن شخصين اثنين حسب ما تنص عليه المادة 90 من قانون النقد والقرض 03-11: «يجب أن يتولى شخصان على الأقل تحديد الاتجاهات الفعلية لنشاط البنوك والمؤسسات المالية ويتحملان أعباء تسييرها».

فالمشرع اشترط هذا الشرط الذي من شأنه أن يضمن التسيير الأحسن والأنجع للمؤسسات للابتعاد عن التسيير الأحادي الذي لا يضمن التسيير الأحسن والشفاف[50].

- **الخبرة والنزاهة:** ومفاد ذلك التأكد من كفاءة وأهلية مسيري المؤسسات المصرفية على تأدية ووظائفهم بكيفية تجنب زبائن البنك ولاسيما أصحاب الودائع أية خسارة وتحمي مصالحهم.

وبالتالي على المستخدمين والمؤسسين المقبلين على التسيير لدى تأسيس مؤسسة مالية أن يثبتوا أنهم يستوفون كل الشروط القانونية، لاسيما الشروط المنصوص عليها في المادة 82 من القانون 03-11 والشروط المتضمنة في القانون التجاري الذي يتعلق بالمؤسسين والمستخدمين المسيرين للشركات، خاصة ذوي السوابق القضائية الذين صدر في حقهم أحكاما تتعلق بجرائم الصرف والأموال، أو تعرضوا لعقوبات جنائية تتعلق بجرائم القانون العام كالاختلاس والرشوة.

كما يجب أن تتوفر في المسير دائما متطلبات الشرف والأخلاق، سواء قبل تعيينه أو أثناء ممارسة وظائفه، ويخضع لهذه الشروط المستخدمون المسيرون الأجانب وممثلي البنوك وفروعها والمؤسسات الأجنبية بالجزائر.

(ب) المساهمين:

تجدر الإشارة إلى أن قانون النقد والقرض لم يفصل في بيان الشروط المتطلبة في مساهمي البنوك على خلاف الشروط المتعلقة بالمسيرين، ولهذا يمكن أن نجمل هذه الضوابط الخاصة فيما يلي:

- تمتع المساهمين بسلطة الرقابة والتوجه بغية ضمان التسيير السديد والحذر للمؤسسة.
- تمتع المساهمين بالملاءة المالية من أجل إثبات قدرتهم على تغطية العجز المتوقع على مستوى البنك أو تعرضه لصعوبات مالية[51].

فبالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالمسيرين هناك بعض القوانين المصرفية التي تضيف شرطا آخر وذلك المتعلق بنوعية المساهم في رأسمال المؤسسة المصرفية أو المؤسسة المالية نتيجة أهمية المساهمة في رأسمال البنوك والمؤسسات المالية، لأن المساهم يجب أن يكون ضمانا ومسؤولا عن معالجة العجز المصرفي إذا وقع، هذا عكس الشركات التجارية الأخرى التي تفرض مسؤولية المساهم إلا في حدود قيمة أسهمه.

الفرع الثاني: تدخل الدولة في ضبط النشاط المصرفي

تعتبر الرقابة على نشاط القطاع المصرفي، أحد أهم الركائز الأساسية التي تقوم عليها المنظومة المصرفية في الجزائر، وذلك راجع إلى صرامة وخصوصية النظام المصرفي، فمن جهة نجد أن المشرع يفتح المجال لدخول رؤوس الأموال إلى الجزائر، ومن جهة أخرى يضع قواعد وضوابط جد صارمة من خلال رقابة البنوك والمؤسسات المالية، رغم أن قواعد المنافسة الحرة تنص على عدم تدخل الدولة أو السلطة العامة وانسحابها تدريجيا من الحقل الاقتصادي.

أولا - رقابة البنوك والمؤسسات المالية:

تعتبر رقابة البنوك والمؤسسات المالية أمر بالغ الأهمية وذلك من أجل الحفاظ على استقرار النشاط الاقتصادي، فهي تعتبر في مجملها مجموعة الإجراءات المتبعة بغرض تفادي سؤ الاستعمال والاستغلال للنشاط الاقتصادي[52]، وهذا من خلال الرقابة على احترام القوانين والتنظيمات المصرفية، والرقابة على حركة رأس المال، والتعديلات الطارئة على البنوك والمؤسسات المالية.

1- الرقابة على احترام القوانين والتنظيمات المصرفية:

ينص قانون النقد والقرض على أن اللجنة المصرفية تكلف بمراقبة احترام البنوك والمؤسسات المالية للنصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، ترتيب الجزاء على مخالفتها وتكون هذه الرقابة ضمن إطار النصوص التشريعية والتنظيمية للقطاع المصرفي[53]، كما يمكن لبنك الجزائر أن يكلف وحدة إدارية من مستخدميه لحساب اللجنة المصرفية لتقوم بتنفيذ مهامها، وكما يمكن للجنة المصرفية أن تطلب توضيحات إضافية لتسهيل عملية المراقبة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال الاحتجاج في مواجهتها بالسر المهني، ويمكن أن تمتد رقابة اللجنة إلى الشركات التابعة لبنوك ومؤسسات مالية متواجدة على الإقليم الوطني[54].

2- الرقابة على حركة رؤوس الأموال:

إن القيام بأي عملية استثمارية دولية يستلزم الأمر القيام بتحويل لرؤوس الأموال نحو الدولة المستضيفة للاستثمار إلا أن هذه الحركية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون دون قواعد تحكمها حتى لا ينعكس ذلك سلبا على اقتصاد الدولة المضيفة، ليظهر ذلك في شكل رقابة تمارسها هذه الأخيرة من خلال مجموعة القوانين التي تفرضها[55].

(أ) الرقابة على دخول رؤوس الأموال إلى الجزائر:

بعد إلغاء القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض[56]، وكذلك النصوص التطبيقية له، الذي يستلزم الحصول على بيان المطابقة بتحويل رؤوس الأموال نحو الجزائر، بشرط أن يوجه طلب التحويل إلى بنك الجزائر مباشرة أو بواسطة بنك أو مؤسسة مالية قصد الإعلان أن تحويله مطابق لأحكام النقد والقرض.

إذ تنص المادة 03 من نظام رقم 07-01[57] المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية من الخارج والحسابات بالعملة الصعبة على انه: «تعد التسديدات والتحويلات الخاصة بالعملات الدولية الجارية حرة وتتم عبر الوسطاء المعتمدين، وبذلك أسندت مهمة الرقابة لبنك الجزائر بالتأكد من أن عملية التحويل تتم بالعملة الصعبة».

(ب) الرقابة على إعادة التحويل إلى الخارج:

إن القيام بأي عملية استثمارية يستلزم الأمر القيام بتحويل رؤوس الأموال من الجزائر وإعادة تحويلها إلى الخارج، فإن أي تحويل إلى الخارج يهدف لترحيل الأموال من الجزائر متوقف على تأشيرة بنك الجزائر، بعد إجراء المطابقة الذي يقوم به مجلس النقد والقرض، وبعد الحصول على التأشيرة يسمح بنقل الأموال وتحويلها بواسطة البنك أو المؤسسة المالية مكان فتح الحساب، ويعد حرية تحويل الأموال أهم الضمانات التي تعتبر حجر الأساس لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، وذلك أنه على الرغم من الجهود المبذولة من طرف الدولة

النامية من أجل إصلاح نظامها المالي، إلا أنها وعلى خلاف الدول المتقدمة لازالت تعاني من نظام مراقبة سعر الصرف ووضع شروط صارمة في مجال تحويل الأموال،[58] ولكن هذا النظام يمثل عائقا أمام سياستها التحفيزية للاستثمار في هذا القطاع وهذا ما يقيد حرية المستثمر في دخول واحتراف النشاط المصرفي.

3- رقابة التعديلات الطارئة على البنوك والمؤسسات المالية:

يتولى الرقابة على حركة رؤوس الأموال للبنوك والمؤسسات المالية، كل من مجلس النقد والقرض، وبنك الجزائر وهذا باعتباره من الأجهزة التي تتدخل إما بشكل مباشر أو غير مباشر لإتمام عملية الرقابة، ويجب أن يرخص محافظ بنك الجزائر مسبقا بكل تعديل في القوانين الأساسية للبنوك والمؤسسات المالية دون المساس بغرض الشركة ورأسمالها أو المساهمين فيها، كما يجب أن تعرض تعديلات القوانين الأساسية للبنوك الأجنبية في الجزائر على مجلس الإدارة إذا كانت تتعلق بغرض الشركة، وهذا من أجل تفادي أي تلاعب في ممارسة النشاط، وضرورة التقيد بالأحكام التي تم على أساسها اعتماد المؤسسة المصرفية.

ثانيا - الدور التدخلي للدولة:

أصبح الدور التدخلي للدولة يظهر جليا وبوضوح خاصة في مجال الاستثمار الأجنبي في القطاع المصرفي، ويجد هذا التدخل مبرراته في حماية الاقتصاد الوطني، حيث استحدث المشرع الجزائري، إجراءين جديدين في مجال الاستثمار المصرفي، ويتمثل ذلك في امتلاك الدولة سهما نوعيا في البنوك ذات رأس المال الخاص وتتمتع الدولة بحق الشفعة على كافة المشاريع الاستثمارية.

1- آلية السهم النوعي:

استحدث المشرع الجزائري بموجب تعديل الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض آلية جديدة للرقابة على مستوى البنوك والمؤسسات المالية الخاصة، حيث تنص المادة 83 منه على أنه: "زيادة على ذلك تمتلك الدولة سهما نوعيا في رأسمال البنوك والمؤسسات المالية ذات رؤوس الأموال الخاصة"، ولا تعتبر هذه الآلية غريبة في التشريع الجزائري، حيث اعتمدها المشرع سابقا في خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية، وبالرجوع إلى نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 01-352[59] الذي يحدد شروط ممارسة السهم النوعي، فإنه يقصد بالسهم النوعي سهم رأسمال الشركة، ناتج عن خوصصة مؤسسة عمومية اقتصادية تحتفظ به الدولة مؤقتا، ويخولها حق التدخل بموجبه لأسباب ذات مصلحة وطنية.

2 – حق الشفعة:

تتجلى الحماية الدستورية للاستثمار الأجنبي، في تقرير مبدأ احترام الملكية الخاصة، مهما كانت جنسية صاحبها، وعدم المساس بها إلا بالقانون وهذا في حالة ما إذا استدعت المنفعة ذلك مقابل تعويض.

لكن بعد تعديل الدولة لقانون النقد والقرض، أصبحت للدولة كذلك تملك حق الشفعة على كل تنازل لأسهم أو سندات لكل بنك أو مؤسسة مالية تمارس نشاطها على الإقليم الجزائري، ونفس الإجراء جاء به تعديل قانون الاستثمار لسنة 2009 فيما يخص الاستثمار الأجنبي[60].

لا يمكن التنازل على أسهم البنوك والمؤسسات المالية العاملة بالجزائر أو بيعها، إلا بعد الحصول على شهادة التنازل عن ممارسة حق الشفعة من قبل الدولة وذلك أمام الموثق في أجل أقصاه شهر من تقديم الطلب إلى السلطات المعنية، مع بقاء الدولة محتفظة بدورها في ممارسة حق الشفعة لمدة سنة بعد تسليم الشهادة، إذا ما تبين لها عدم الموازنة بين الثمن والقيمة المتنازل عنها وأمام غياب نص تطبيقي لهذا الإجراء.

وبالتالي فإن ممارسة الدولة لهذا الإجراء سينقص من الضمانات المكرسة في مجال حرية الاستثمار، وتضييق مجال المنافسة الحرة في القطاع المصرفي أمام المستثمرين الأجانب، باعتبار أن حق الشفعة يمارس جبرا في حق البائع والمشتري الذي اختاره، لذلك يعتبر إجراء استثنائي يجب التضييق من نطاقه بدل الأخذ به[61].

ومنه فإن حق الشفعة يتعارض تماما مع أحكام القانون التجاري الذي تأخذ بمقتضاه المؤسسة المالية أو البنك شكل شركة مساهمة. والتي تكون أسهمها حرة التداول والتنازل، إلا أن مثل هذا الإجراء سيوجه تحذيرا للسلطات الجزائرية في حالة تنفيذه لانعكاساته الوخيمة، سواء على مناخ الأعمال في الجزائر أو من جراء اعتماد منظومة قانونية تتماشى وفق رغبات المشرع.

خاتمة:

ختاما لما سبق استعراضه في دراستنا هاته يتضح لنا أن مبدأ حرية المنافسة يعد الوسيلة الأنجع لضمان حسن تسيير القطاع المصرفي من أجل مواكبة النمو الاقتصادي الذي تشهده المنظومة الاقتصادية العالمية، كما تعد المنافسة الحرة أحد أهم الشروط اللازمة للاحتراف والاستثمار في النشاط الاقتصادي، كون أن هذا المبدأ له أساس دستوري وأيضا في القوانين الأخرى ذات العلاقة لاسيما قانون النقد والقرض وقانون الاستثمار.

غير أن هذا المبدأ لا يأخذ على إطلاقه بل أخضعه المشرع إلى جملة من الضوابط لعدة اعتبارات، وذلك كون أن القطاع المصرفي يعتبر العمود الفقري لكل اقتصاد دولة ما والمرافق الدائم لكل نشاط اقتصادي، ما يدعو لإحاطته بقواعد صارمة ورقابة دائمة وفعالة، لكن يبدو أن المشرع الجزائري بالغ في خوفه وحذره على هذا القطاع من خلال السياسة التي يتبعها المتمثلة في الشروط التي وضعها المشرع على المستثمرين في هذا القطاع خاصة الأجانب منهم، مما يعرقل العديد من البنوك والمؤسسات المالية دخولهم السوق المصرفية واحتراف النشاط البنكي في الجزائر، لدرجة أن المنافسة بين البنوك والمؤسسات المالية تكاد تكون منعدمة.

هذا ما يجعلنا نقترح بعض التوصيات من بينها ما يلي:

- ضرورة انفتاح القطاع المصرفي على الاستثمار الأجنبي مع توفير الآليات الفعالة لتحقيق ذلك.
- تعزيز التفاعل والتنسيق بين مجلس المنافسة وسلطات ضبط القطاع المصرفي.
- المقاربة والتنسيق الجيد بين النصوص المتعلقة بالنشاط المصرفي وقواعد تحفيز وحماية المنافسة.

الهوامش:

[1] – بوالخضرة نورة، مبدأ حرية المنافسة في القطاع المصرفي الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون إصلاحات اقتصادية، جامعة جيجل، 2006، ص 10.

[2] – آسية محجوب، البنوك التجارية والمنافسة في ظل بيئة مالية معاصرة، حالة البنوك الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص إستراتجية مالية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2011/2010، ص 80.

[3] – عارف صالح مختلف وعلي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، الإيثار القانونية والسياسية، العدد 05، سنة 2005، ص 258.

[4] – الآية 26 من سورة المطففين.

[5] – محمد تيروسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 25.

[6] – معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة (في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية) ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 25.

[7] – قد تم تعريف مصطلح المنافسة من طرف مجلس الدولة الفرنسي، راجع في ذلك: محمد تيروسي، المرجع السابق، ص 31.

[8] – عارف صالح مخلف وعلي مخلف حماد، المرجع السابق، ص 258.

[9] – أرزقي الزوبير، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 10.

[10] – يقصد بصناعة البنكية: تقديم الخدمات ومنح القروض والقيام بمختلف العمليات المصرفية التي يقوم بها البنك والمؤسسات المالية تجاه العملاء.

[11] – آسية محجوب، مرجع سابق، ص 81.

[12] – بوالخضرة نورة، مرجع سابق، ص 66.

[13] – طارق عبد العال حماد، التحليل الفني والأساسي للأوراق المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 60.

[14] – سامر جلدة، البنوك التجارية والتسويق المصرفي، دار أسامة، عمان، 2009، ص 122.

[15] – المرجع نفسه، ص 124.

[16] – عمر صخري، مبادئ الاقتصاد الجزئي الوحدوي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 88.

[17] – المرجع نفسه، ص 112.

[18] – محمد علي الليثي، محمد فوزي أبو السعود، مقدمة في الاقتصاد الجزئي، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 297.

[19] – عمر صخري، مرجع سابق، ص 112.

[20] – تم التوقيع على هذا الاتفاق أثناء القمة الأورومتوسطية بمدينة فالنسيا الاسبانية، بتاريخ 22 أفريل 2002، وتمت المصادقة عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 أفريل 2005، جريدة رسمية، عدد 31، الصادر بتاريخ 30 أفريل 2005.

[21] – القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم 14، المؤرخة في 7 مارس 2016.

[22] – كسال سامية، مبدأ حرية الصناعة والتجارة أساس قانوني للمنافسة الحرة، مداخلة مقدمة ضمن ملتقى وطني حول: المنافسة في القانون الجزائري، 03-04 أفريل 2013 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص 13.

[23] – بن مختار إبراهيم، مبدأ حرية المنافسة في القطاع المصرفي والمالي، مجلة دفاتر السياسة والقانون العدد 16، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2016، ص 02.

[24] – القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض، الملغى بموجب الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 جريدة رسمية، عدد 52، الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

[25] – الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية، عدد 52 الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

[26] – تنص المادة 83 على: «يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة، ويدرس المجلس جدوى إتحاد بنك أو مؤسسة مالية في شكل تعاضدية» .

[27] – أنظر المادة80 والمادة 81 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

[28] – تنص المادة 85 من نفس الأمر على: «يمكن أن يرخص المجلس بفتح فروع في الجزائر للبنوك والمؤسسات المالية الأجنبية مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل».

[29] – بوالخضرة نورة، مرجع سابق، ص 68.

[30] – الأمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بالاستثمار، جريدة رسمية عدد 47 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006 جريدة رسمية عدد 47 لسنة 2006.

[31] – مثال عن الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والحكومة الفرنسية تتعلق بشراكة بين الحكومتين ود ور بروتوكولاتها الإداري المالي المتعلق بوسائل التعاون، الموقعة في الجزائر بتاريخ 09 ديسمبر 2007 جريدة رسمية، عدد 15 صادرة في 16 مارس 2008.

[32] – عميروش فتحي، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2016، ص 36.

[33] – تنص المادة 85 من الأمر03-11 على:«يمكن أن يرخص المجلس بفتح فروع الجزائر للبنوك والمؤسسات المالية الأجنبية مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل».

[34] – صبيات كريمة، المعاملة القانونية للاستثمار الأجنبي، «في ظل الأمر06-08 »، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا، دفعة 17، 2009، ص 60.

[35] – بن مختار إبراهيم، مرجع سابق، ص 04.

[36] – نظام رقم 2000-02 المؤرخ في 02 أفريل 2000 يعدل ويتمم نظام رقم 93-01 مؤرخ في 03 يناير 1993 يحدد شروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية، جريدة رسمية، عدد 27.

[37] – حسب المادة 62 من قانون النقد والقرض: فالجهة المكلفة بمنح الترخيص هي مجلس النقد والقرض.

[38] – تجدر الإشارة: انطلاقا من المادة 62 إلى أن الترخيص يتنوع حسب الغرض الذي يراد تحقيقه من وراء الحصول الترخيص فهناك. الترخيص بالإنشاء، والترخيص بالإقامة والترخيص بالتعديل.

[39] – أنظر المواد: المادة 94 من القانون 11/03 تقابلها المادة 139 من القانون 10/90، المادة 10 من نظام 01/93 المعدل والمتمم بموجب نظام رقم 02/2000.

[40] – أنظر المادة 92 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

[41] – يمنح القانون محافظ بنك الجزائر كامل السلطة التقديرية في منح الاعتماد أو عدم منحه كما له أيضا سلطة سحب الاعتماد وفقا للشروط المحددة قانونا.

[42] – تعرف المادة 592 من القانون التجاري شركة المساهمة بأنها:« الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم، ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن 07».

[43] – على عكس شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء، وبناءا على هذا الفرق فإن شركات المساهمة تعتبر أداة للتقدم الاقتصادي لقدرتها الهائلة على استقطاب رؤوس الأموال.

[44] – راجع المواد من 595 إلى 609 من الأمر رقم 59/75 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

[45] – راجع المواد من 592 إلى 799 مكرر 4 من نفس الأمر.

[46] – المادة 416 من القانون المدني الجزائري.

[47] – راجع المادة 592 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

[48] – المادة 418 من القانون المدني الجزائري: «يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا.»

[49] – المادة 417 من نفس القانون: « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية المعنوي لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون.»

[50] – تدريست كريمة، النظام القانوني للبنوك في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون« فرع قانون الأعمال» ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2003، ص 101.

[51] – راجع المادة 03 من النظام رقم 93-01، السالف الذكر.

[52] – شكلاط رحمة، الأجهزة الرقابية على الجهاز المصرفي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 02، جامعة تيزي وزو، 2006، ص116.

[53] – محرزي جلال، نحو تطوير وعصرنة القطاع المصرفي في الجزائر،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، 2006، ص 52.

[54] – راجع المواد 109، 108 و110 من الأمر رقم 03-11، سابق الذكر.

[55] – عوض الله رقيب حسن، الإقتصاد الدولي، نظرة عامة على بعض القضايا، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 1999، ص 103.

[56] – بموجب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، سابق الذكر.

[57] – نظام رقم 07-01 مؤرخ في 03 فبراير2007، يتعلق بقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية، عدد 31، ص ادر في 13 ماي 2007، معدل ومتمم بنظام رقم 11-06 مؤرخ في 19 أكتوبر2011، جريدة رسمية عدد 8، ص ادرة بتاريخ 15 فيفري 2012.

[58] – حنا في آسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2008، ص 77.

[59] – المرسوم التنفيذي رقم 01-352، المؤرخ في 10 نوفمبر 2001، يحدد شروط ممارسة حقوق السهم النوعي وكيفيات ذلك، جريدة رسمية عدد 67، ص ادرة في 11 نوفمبر 2001.

[60] – راجع المادة 94 من الأمر رقم 03-11، سابق الذكر.

[61] – خالدي أحمد، الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اعتمادات المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 20.