معوقات الاستثمار المصرفي قيد التأسيس في التشريع الجزائري

أ/أعميور فرحات - جامعة جيجل
باحث دكتوراه - جامعة باتنة1

ملخص:

لقد اهتم المشرع الجزائري بضبط وتنظيم الاستثمار في المجال البنكي، حيث جعله يخضع لنظام الترخيص المسبق، يمنحه مجلس النقد والقرض.

يقتضي منح الترخص المسبق العديد من الشروط والإجراءات، ذ يتميز بعضها بالتعقيد والشدة تواجه المستثمر أثناء مرحلة تأسيس الاستثمار.

Abstract:

The Algerian legislator has been interesting in regulating and organizing banking field's investment since he made it submitted to the prior authorization accorded by the money and credit council.

Henceforth, according this prior authorization is conditioned by many conditions and procedures, some of which are complicated and hard facing the investor during the banking investment creation's phase.

مقدمة:

فرض اعتماد الإصلاحات الاقتصادية، وتكريس حرية لاستثمار تسجيل نوع من المرونة والبساطة في الإجراءات التي يخضع لها إنجاز الاستثمار الخاص، حيث ألغي نظام الترخيص المسبق، وأصبحت الاستثمارات تنشأ بمجرد التصريح بها لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار. غير أنه استثنى من هذا المظهر النشاط المصرفي باعتباره نشاطا ماليا واقتصاديا هام وخطيرا في الوقت نفسه، لذلك خرج الوجه الثاني في ضبط هذا النوع من الاستثمار عن قواعد المرونة والبساطة تلك.

ومن هذا المنطلق، يقتضي تأسيس البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر، حسب التشريع المصرفي لاسيما أحكام الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل

والمتمم، ضرورة حصول المستثمر على الاعتماد تمنحه سلطة النقد والقرض بناء على توافر مجموعة من الشروط فرضت هذه الأخيرة من أجل وضع حد أمام المتطفلين على المهنة البنكية وحماية الائتمان واستقرار النشاط المصرفي من خلال ضمان سيولة البنوك ووفائها بالتزاماتها.

تلك الشروط، بعضها عام ينسحب بشكل عام على تأسيس الشركات التجارية، وبعضها الأخر شروط موضوعية وإجرائية خاصة، ميزتها الصرامة في مواجهة من يريد تأسيس بنك أو مؤسسة مالية.

لكن حتى وإن كان النشاط البنكي وما قد يترتب عن ممارسته من خطوة، فإن هذا لا يعني السماح للمشرع أن يضع من الشروط والضوابط التي تتميز بالغلو والتشدد والتي قد تتنافى مع مبدأ حرية الاستثمار المصرفي المعترف به دستوريا،[1] ومن هنا نطرح الإشكالية الآتية:

إلى أي مدى نجح المشرع البنكي الجزائري في تنظيم مرحلة تأسيس الاستثمار المصرفي من دون عوائق منفرة للمستثمرين؟

هذه الإشكالية سنحاول الإجابة عنها من خلال هذا المقال الموجز في مبحثين:

المبحث الأول: المعوقات المرتبطة بشروط منح الاعتماد.

المبحث الثاني: المعوقات المرتبطة بدراسة طلبات الاعتماد

المبحث الأول: المعوقات المرتبطة بشروط منح الاعتماد

تفاديا للمخاطر التي قد تنجر عن فتح القطاع المصرفي أمام الخواص على بدل المشرع الجزائري عناية كبيرة من خلال وضع ضوابط معينة من أجل تأسيس البنوك والمؤسسات المالية أو فروعا لها على اعتبار أن النشاط البنكي يدرج ضمن من الأنشطة المقننة

وفي سبيل ذلك ساير القانون المصرفي الجزائري العديد من القوانين المصرفية المقارنة فاعتبر الاعتماد المسبق شرط إلزامي وجوهري للاستثمار في القطاع المصرفي، وأن الحصول عليه يستوجب توافر مجموعة من الشروط الموضوعية (مطلب أول) والإجرائية، (مطلب ثان) تميز بعضها بالمعيق لإنجاز وتأسيس الاستثمار المذكور.

المطلب الأول: المعوقات المرتبطة بالشروط الموضوعية لمنح الاعتماد

كما أسلفنا تتميز بعض الشروط الموضوعية التي أقرها التشريع والتنظيم المصرفيين لإنشاء بنك أو مؤسسة مالية سواء التي تتعلق بالمشروع الاستثماري (فرع أول) أو المتعلقة بالأشخاص المسيرين لهذه المؤسسات (فرع ثان) بعدم انسجامها مع مقتضيات حرية الالتحاق بالنشاط البنكي.

الفرع الأول: العوائق المتعلقة بشروط المشروع الاستثماري

تتمثل هذه العوائق بداية بفرض المشرع اتخاذ المشروع شكل قانوني معين من أشكال عدة (أولا) وفي عدم استقرار الحد الأدنى للرأس المال المطلوب (ثانيا) وأخيرا في شرط امتلاك الدولة سهم نوعي في رأسمال المؤسسة البنكية الخاصة (ثالثا).

أولا: بشكل المؤسسة المصرفية

وفقا لما يقضي به نص المادة 1/83 من الأمر رقم 03-11، يجب أن تتأسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة، ويدرس المجلس جدوى اتخاذ بنك أو مؤسسة مالية شكل تعاضديه.[2]

على ضوء هذا النص، يتضح أن المشرع الجزائري قيد من مبدئي حرية الاتجار والتعاقد، من خلال فرض نموذج أو شكل قانوني معين لممارسة النشاط المصرفي، شكل شركة مساهمة كأصل أو شكل تعاضديه كاستثناء دون باقي أشكال الشركات التجارية الأخرى المتاحة في القانون التجاري، على عكس بعض التشريعات المقارنة كالتشريع النقدي والمالي اللبناني،[3] حيث منح نص المادة 511 الفقرة الأولى منه لمؤسسات القرض حرية اختيار أحد نماذج الشركات التجارية المرخص إنشاؤها، وعلى غرار ذلك يقضي التشريع الفرنسي[4] بإمكانية تأسيس مؤسسات القرض في شكل شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة أو شركة ذات أسهم...

إن اشتراط المشرع الجزائري إفراغ مشروع مؤسسة قرض في شكل شركة مساهمة، يؤدي إلى استبعاد المستثمرين الصغار من الاستثمار في القطاع المصرفي. وجعله مجالا خصبا للهيمنة والاحتكار من طرف فئة صغيرة من أصحاب رؤوس الأموال الكبيرة.

ثانيا، عدم استقرار الحد الأدنى لرأسمال المؤسسة المصرفية

منذ تحرير القطاع المصرفي تم تعديل الحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية عدة مرات في فترات غير متباعدة، حيث قدر في البداية بخمسمائة مليون دينار جزائري بالنسبة للبنوك، وبمائة مليون دينار جزائري بالنسبة للمؤسسات المالية،[5] ثم رفع في سنة 2004 إلى حدود 5,2 مليار بالنسبة للبنك و خمسمائة مليون بالنسبة للمؤسسة المالية.[6] ليرفع مرة أخرى بموجب النظام رقم 08-04 المؤرخ في 23 ديسمبر 2008، حيث أصبح الحد الأدنى المطلوب لتأسيس البنوك لا يقل عن 10 مليار دينار و 53, مليار دينار بالنسبة للمؤسسات المالية.[7]

إن في تدخل المشرع في كل مرة لرفع الحد الأدنى بمبالغ كبيرة وفي فترات متقاربة يبدو أنه غير معقول ومبالغ فيه، وأنه غير مشجع للاستثمار المصرفي، ومن جهة أخرى، فإنه يطرح أكثر من سؤال، لمادا نجد المشرع في كل مرة يعمد إلى رفع الحد الأدنى للرأس المال المطلوب لتأسيس مؤسسات القرض؟

في حقيقة الأمر أن هذا التنظيم غير المستقر بشأن الرفع المتكرر والمبلغ المالية الخيالية المفروضة، سوف لا يكون مؤثرا فقط على حرية الراغبين في الدخول إلى المهنة البنكية فحسب، بل تسبب في طرد العديد من المؤسسات البنكية المعتمدة، إذ واجهت هذه الأخيرة صعوبات كبيرة في رفع رأسمالها الأدنى، ويتعلق الأمر على وجه الخصوص ب: "منى بنك" و"أركو بنك" اللتان سحب اعتمادهما على التوالي من قبل اللجنة المصرفية[8] بسبب عدم قدرتهما على تكوين الرأس المال المنصوص عليه في النظام رقم 04-01 السالف الذكر.

ثالثا: تأسيس سهم نوعي للدولة في رأسمال المؤسسات البنكية الخاصة

لا يزال يشهد القطاع البنكي تدخلا حادا من طرف الدولة، ذلك أن بعض التدابير والإجراءات التي اتخذتها الحكومة بداية من 2008، منها إنشاء سهم نوعي[9] في رأسمال البنوك والمؤسسات المالية الخاصة، كانت معيقة للاستثمار في هذا القطاع.

خلق هذا السهم جدلا فقهيا واسعا حول ضرورة تكريسه، حيث استند الاتجاه المؤيد له في تبريره على أساس أنه يسمح للدولة بالسهر على استقرار النظام البنكي،

من خلال التأكد من مدى امتثال مؤسسات القرض للقواعد الاحترازية والتسيير السليم وكذا لقواعد حسن السلوك والأخلاق،[10] وإن كانت هذه الصلاحيات تدخل في إطار الاختصاص الرقابي للجنة المصرفية لعمل هذه المؤسسات.[11]

في حين يرى معارضو السهم النوعي، أن مالك السهم يتمتع بسلطات واسعة تسمح له بالتعرف الكامل على مسار المؤسسة المصرفية الخاصة وأسرارها، ومن ثمة إمكانية استفادة البنوك العامة من المعلومات الموصولة إليها من قبل ممثلي الدولة في المصاريف الخاصة.[12] وهذا يتنافى مع مقتضى السرية المطلوبة في عالم الأعمال.[13] ومن ناحية أخرى قد يؤدي بمسيري المؤسسة للتحايل على القانون، بتنظيم مجالس سرية يتم فيها مناقشة المسائل المهمة التي لها علاقة بتسييرها.

وبين هذا الاتجاه الفقهي وذاك فإن موقفنا يميل نحو الاتجاه المعارض لامتلاك الدولة للسهم النوعي في المؤسسات البنكية الخاصة، على أساس أن هذا الشرط، يشكل نوعا من الوصاية على هذه المؤسسات. كما لا يؤتمن على عدم نقل ممثلو الدولة الأسرار المصرفية إلى البنوك العامة؛ فهذه الأسرار هي التي تخلق جو المنافسة بين جميع البنوك العامة والخاصة، وفضلا عن ذلك فلو كان هذا الشرط اختياريا لرفضه غالبية مؤسسي البنوك الخاصة.

الفرع الثاني: المعوقات المتعلقة بالشروط الواجب توفرها في المسيرين

حرصا من المشرع الجزائري على ضمان الممارسة السليمة للنشاط المصرفي اشترط، من خلال ما تضمنته المادتين الثالثة في فقرتها الثالثة ولخامسة في فقرتها الأخيرة من النظام رقم 92-05،[14] ضرورة توفر في مسيري البنوك قيد التأسيس صفات ومؤهلات من حيث الكفاءة والتقنية ومن حيث القدرة على التسيير. كما اشترط قانون النقد والقرض في تعديله بموجب الأمر رقم 10-04 من خلال المادة 3/91 ضرورة أن يثبتوا ملتمسو الترخيص أمام مجلس النقد والقرض نزاهة المسيرين وأهليتهم وتجربتهم في المجال المصرفي.

غير أن الأحكام التي تشترط عنصر الكفاءة في المسيرين يكتنفها بعض العموم والغموض،[15] فهي لم تحدد بدقة درجة هذه الكفاءة أو طبيعة المؤهلات التي يجب أن

يمتلكها الأشخاص المرشحين لتسيير البنوك، أضف إلى ذلك أنها لم تقيد الخبرة المطلوبة بمدة زمنية معينة.

في ضل هذه المعطيات يمكن تمييع عنصر الكفاءة المهنية فيلج إلى المهنة البنكية من لا يمتلك كفاءة تنسجم مع تقتضيه هذه المهنة، وفضلا عن ذلك فإن يمنح الغموض المذكور قد يمنح لمجلس النقد والقرض سلطة واسعة في تقدير وتقيم شرط كفاءة وخبرة الطاقم المسير، وبالنتيجة لذلك ففي حالة إساءة استعمالها فيعنى ذلك المساس بحرية الاستثمار المصرفي.

المطلب الثاني: المعوقات المرتبطة بالشروط الشكلية لمنح الاعتماد

لا تكفي الشروط الموضوعية لوحدها في حصول المشروع الاستثماري البنكي على الاعتماد، بل يتطلب مجموعة أخرى من الشروط الشكلية، لا يخلوا بعضها من العوائق التي تحد من حرية الاستثمار المصرفي.

وتتعلق تلك العقبات أساسا باشتراط ازدواجية الترخيص، (فرع أول) أو بالمبالغة في المهلة القانونية التي فرضها المشرع إذا أراد المستثمر لتقديم طلب ترخيص جديد في حالة رفض طلبه الأول. (فرع ثان)

الفرع الأول: شرط ازدواجية الترخيص لممارسة النشاط المصرفي

على خلاف العديد من القوانين المصرفية المقارنة، يتضح أن الأمر المتعلق النقد والقرض الجزائري قد عقد المسار الإجرائي لإنجاز الاستثمار المصرفي، حيث اشترط، الترخيص كإجراء لتأسيس البنوك والمؤسسات المالية (أولا) ثم بعده الحصول على الاعتماد لممارسة النشاط المصرفي (ثانيا).

أولا: شرط الترخيص لإنشاء الشركة البنكية

حسب التشريع المصرفي رقم 03-11 السالف الذكر، يخضع تأسيس أي استثمار جديد في القطاع البنكي، بصورتيه وطني أو أجنبي إلى موافقة مسبقة من مجلس النقد والقرض وأطلق على هذه الموافقة تسمية الترخيص، يتخذ أنواعا متباينة، تختلف باختلاف نوع الاستثمار المراد إنجازه في القطاع المصرفي. لذلك ينبغي أن يحدد ملف الطلب بدقة نوع الترخيص المراد الحصول عليه، والذي سيكون إما ترخيص بتأسيس

بنك أو مؤسسة مالية يحكمها القانون الجزائري، أو ترخيص بالإقامة وهو الذي يمنح بمقتضاه المجلس الإذن للبنوك والمؤسسات المالية الأجنبية للاستثمار عن طريق إقامة فروع لها، أو فتح مكاتب تمثيل لها في الجزائر أما الصورة الأخيرة، فتتعلق بالترخيص بالتعديل، الذي يسمح بكل تعديل يطرأ على البنوك والمؤسسات المالية أو فروعها قبل أو بعد حصولها على الاعتماد[16].

ولا يسلم الترخيص من طرف مجلس النقد والقرض إلا بعد تلقيه طلب بذلك، مرفقا بملف إداري يتضمن مجموعة من الوثائق والمعطيات المطلوبة قانونا[17]، حيث تسمح له بتقدير مدى توافر طلب التأسيس على شروط لينتهي بعد دراسته وتقييمه بقرار يتضمن إما منح الترخيص أو رفض منحه.

وفي هذا الصدد يتمتع مجلس النقد والقرض بسلطة تقديرية واسعة في تقييم ملف طلب الترخيص وتقدير مدى احترامه للشروط المفروضة قانونا، لأنه وإن كان البعض منها واضح وسهل التقييم، فإنه من جهة أخرى ترك المشرع في البعض الأخر مجالا واسعا للمجلس في تقييمها وتقدير احترامها، كاشتراط ملائمة النشاط المصرفي مع أهداف التنمية الوطنية والمحلية.[18] وعليه يمكن لمجلس النقد والقرض أن يرفض منح الترخيص بشكل تعسفي، وبالنتيجة لذلك الاعتداء على حرية الاستثمار المصرفي.

ثانيا: شرط الاعتماد لممارسة النشاط البنكي

إن الحق في ممارسة النشاط البنكي، لا يتوقف عند حد حصول المستثمر على الترخيص من مجلس النقد والقرض، الذي يسمح له بتأسيس الشركة الخاضعة للقانون الجزائري بل يتعدى ذلك إلى ضرورة حصوله على مقرر الاعتماد من محافظ بنك الجزائر[19].

إذا باشتراط لاعتماد كثاني إجراء بعد الحصول على الترخيص لتأسيس بنك أو مؤسسة مالية، يكون المشرع الجزائري قد أطال وعقد من الشروط الشكلية للاستثمار المصرفي المطلوبة، لأن ازدواجية الترخيص، وكثرة إجراءات التأسيس لا يتجاوب مع السرعة والمرونة التي يقتضيها هذا الاستثمار، ومن هنا نتساءل ما الداعي

إلى إلزام المؤسسة التي تحصلت على الترخيص من أن تعيد الإجراءات ثانية لطلب الاعتماد؟ علما أن مكونات ملف الاعتماد تشيه إلى حد كبير ملف طلب الترخيص.[20]

أضف إلى ذلك، أن قرار منح أو رفض الاعتماد يتخذه المحافظ بصفة انفرادية، عكس الترخيص الذي يخضع لإجراء المداولة والتصويت في الجلسة التي يعقدها مجلس النقد والقرض مما قد يضمن للمستثمر المصداقية والموضوعية في القرار الذي سيصدره المجلس سواء كان بالقبول أو الرفض، على عكس القرار الذي يتخذه المحافظ.

الفرع الثاني: طول المدة الواجب انتظارها لتقديم طلب ترخيص جديد

إذا كان من واجب مجلس النقد والقرض في إطار اختصاصه أن يصدر قراره برفض منح الترخيص إذا لم يستجمع ملف الترخيص محل الطلب الوثائق والبيانات التي نص عليها القانون، فإنه من غير المعقول أن يشترط على صاحب الشأن أن ينتظر مهلة قانونية تزيد عن عشرة (10) أشهر لتقديم طلب ترخيص ثان بعد رفض الطلب الأول. وفقا للمادة 87 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

ففي اعتقادنا، حتى وإن كان المشرع يهدف إلى تمكين المستثمر من إعادة تقديم طلب جديد يستدرك الشرط أو الشروط التي تأسس على غيابها قرار رفض الترخيص الأول، فإن هذا الميعاد المقرر قانونا يبقى مداه طويلا بشكل مبالغ فيه ولا يتلاءم مع مقتضى حرية الدخول إلى المهنة البنكية، إذ يمكن للمستثمر أن يتدارك النقائص التي طالت طلبه الأول في مدة شهرين أو أقل من ذلك، فلماذا عليه الانتظار كل هذه المدة المتبقية لتقديم طلب ثان؟ فالفترة المتبقية قد يغتنمها المستثمر لاستكمال بقية إجراءات التأسيس المتمثلة في إجرائي طلب القيد في السجل التجاري وبعده طلب الاعتماد، الذي سبق الإشارة إليه.

المبحث الثاني: المعوقات المرتبطة بدراسة طلبات الترخيص و الاعتماد

إذا كانت سلطة النقد والقرض غير ملزمة بالموافقة على طلبات الترخيص و الاعتماد لتأسيس بك أو مؤسسة مالية، فإنه في القابل يتعين عليها أن تجيب على

الطلبات المقدمة أمامها وأن تقوم بتبليغ القرارات المتخذة بشأنها مهما كانت طبيعتها خلال آجال معقولة، فمن حق أي مستثمر العلم بمصير الطلب الذي قدمه (فرع أول).

ومما لا شك فيه أن قرارات رفض منح الترخيص و الاعتماد قد تضر بالمستثمرين وذلك من خلال حرمانهم من ممارسة النشاط المصرفي، لذا يتعين على السلطة المشار إليها تعليل قرارات الرفض بوضوح، فهي ضمانة إجرائية جوهرية للمستثمرين (فرع ثان).

المطلب الأول: العوائق المتعلقة بآجال الرد على طلبات الترخيص و الاعتماد

تتميز المرحلة الممتدة ما بين تقديم طلبات منح الترخيص و الاعتماد إلى غاية البث فيها بالمرحلة الحاسمة بالنسبة للمستثمر المصرفي التي قد تتوج إما بتمكنه من إنجاز استثماره في أجل معقول أو غير معقول أو برفض استثماره في أجل مقبول أو غير مقبول، ونفس الشيء ينطبق على تبليغ قرارات رفض منحهما.

وعلى الرغم من إمكانية عرقلة تأسيس الاستثمار البنكي في هذه المرحلة الحساسة والمهمة، إلا أن المستثمر لم يحصن تجاه السلطة المعنية بضمانات إجرائية تتعلق بإلزام هذه الأخيرة بدراسة طلبات الترخيص و الاعتماد المقدمة أمامها (فرع أول)، أو بتبليغها في حالة الرفض في آجال محددة (فرع ثان).

الفرع الأول: عدم تحديد آجال الرد على طلبات الترخيص و الاعتماد

إن تراجع المشرع في النظام رقم 06-02 السالف الذكر عن المهلة القانونية التي كانت تلزم مجلس النقد والقرض بالرد على طلب الترخيص خلالها والمقدرة بشهرين[21] قد يؤدي إلى تراخي المجلس عن البث في هذا الطلب، بينما سكت فيما يخص طلبات الاعتماد.

خلافا لذلك نص المشرع في قانون المنافسة على أجل الرد على طلبات الترخيص بالتجميع[22] أمام مجلس المنافسة، حيث نصت المادة 17 منه على: " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبث فيه في أجل ثلاثة (3) أشهر".

نفس الشيء بالنسبة لبعض التشريعات المقارنة، ففي فرنسا يقدم طلب الترخيص لإنشاء مؤسسات القرض أمام لجنة مؤسسات القرض، التي يجب عليها أن تتخذ قرارا سواء بمنح الترخيص أو بعدم منحه في أجل سنة من تلقي الطلب،[23] وفي العراق فإن قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997، قد اشترط على مسجل شركات البنوك أن يقوم بإصدار قراره بالموافقة على طلب التأسيس أو رفضه خلال ستين يوما من تأريخ تقديمه.[24]

الفرع الثاني: عدم تحديد آجال تبليغ قرار رفض الترخيص و الاعتماد

يبدأ سريان ميعاد الطعن القضائي، ضد قرارات سلطة النقد والقرض المتضمنة رفض منح الترخيص أو الاعتماد لتأسيس بنك أو مؤسسة مالية حسب نص المادة 65 الفقرة الأخيرة من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض من تاريخ إعلام أصحاب الشأن بصدورها[25].

فباعتبار مدة الطعن محددة قانونا، فسيسمح للمستثمر بأن يكون على دراية بالميعاد القانوني للجوء إلى الطعن القضائي، بمعنى آخر أن ميعاد الطعن يبتدئ من تاريخ تبليغ قرار رفض الترخيص أو رفض الاعتماد. وإذا كانت مسألة العلم بقرارات الرفض سواء كانت إيجابية أو سلبية لإنشاء بنك أو مؤسسة مالية مهمة جدا، فإن المشرع لم يحدد أجلا لذلك وإن كان في النص المشار إليه ما يلزم مجلس النقد والقرض بتبليغها.

إذا ففي حالة تقاعس أو تأخر المجلس في تبليغ قرار رفض الترخيص أو الاعتماد في ضل غياب ميعاد قانوني محدد يلزمه بذلك، فإن المستثمر سوف يواجه صعوبة كبيرة إن أراد حماية حقه عن طريق الطعن أمام القضاء.

وعلى خلاف التشريع المصري الجزائري، لم يقتصر نظيره الفرنسي فقط على إلزام الهيئات الإدارية على تبليغ قراراتها في أجل معين، بل ذهب أبعد من ذلك، حيث أوجب أن يحتوي القرار الإداري الذي تصدره على كل العناصر التي تمكن المعنيين من معرفة شكله ومضمونه وأن يتضمن شروط ومواعيد الطعن القضائي فيه[26].

بناءا على الفراغ القانوني المشار إليه أعلاه، نستنتج أن تشريع النقد والقرض الجزائري، قد منح لمجلس النقد والقرض سلطة تقديرية غير مبررة، تمنح له حرية اختيار الوقت الذي يبلغ فيه قرارات رفض الاعتماد، فإذا أساء استعمالها فلا شك أنه سوف يعيق حرية تأسيس بنك أو مؤسسة مالية.

المطلب الثاني: مدى احترام مبدأ تسبيب قرارات الاعتماد وأهميته

بالرجوع إلى أحكام قانون النقد والقرض المتعلقة بضبط المهنة البنكية، يتضح أنها قد خلت من ضمانة إجرائية لمصلحة المستثمرين، تتعلق بإلزام مجلس النقد والقرض بتعليل قرارات رفض الاعتماد لإنشاء مؤسسات القرض (فرع أول) على الرغم من أهمية هذه الضمانة في حماية حرية الاستثمار المصرفي (فرع ثان).

الفرع الأول: عدم تكريس مبدأ تسبيب قرارات رفض والاعتماد

نعني بتسبيب قرارات رفض الاعتماد بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بنى عليها مجلس النقد والقرض قرار منع المستثمر من تأسيس مؤسسات القرض وممارسة العمليات المصرفية.

وكما سلف ذكره، لم يقيد مجلس النقد والقرض بمبدأ تسبيب قرارات رفض اعتماد المؤسسات المصرفية سواء كان الرفض صريحا (أولا) أو ضمنيا (ثانيا)

أولا: عدم تكريس مبدأ تسبيب قرارات رفض الاعتماد الصريحة

على الرغم من أهمية الآثار المترتبة على آلية تعليل القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية إلا أن الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض لم يلزم مجلس النقد والقرض بتعليل القرارات الصريحة المتعلقة برفض اعتماد بنك أو مؤسسة مالية.

وعلى عكس قانون النقد والقرض الجزائري، كرس التشريع الفرنسي ضمانة التسبيب الإلزامي في المجال البنكي، حيث اشترطت المادة 5/15 من القانون الصادر في 24/01/ 1984، المعدل والمتمم، أن تكون قرارات بث لجنة مؤسسات القرض في طلبات الاعتماد مسببة[27].

وعلى الرغم من غياب نص خاص يلزم مجلس النقد والقرض على تبرير قرارات الرفض الصريحة، غير أنه من الناحية العملية فقد استند مجلس الدولة الجزائري، في

إلغاء بعض القرارات في مجال المنازعات البنكية على عيب عدم التسبيب، حيث قضى في قضية يونين بنك بما يلي[28]: "إن المقرر المتضمن وقف الاعتماد جاء غير مسبب، مخالفا بذلك المبادئ العامة للقانون، التي تشترط في هذه الحالة تسبيب القرار الذي يضر بالطرف الآخر".

ثانيا: عدم تكريس مبدأ تسبيب قرارات رفض الاعتماد الضمنية

في ضل غياب نص خاص أو عام يلزم مجلس النقد والقرض بتعليل قرارات الرفض الضمنية للاعتماد لتأسيس مؤسسة بنكية، فبإمكان المجلس أن يتحجج بقاعدة "لا تعليل إلا بنص". فيكفيه الالتزام بالسكوت حتى يتهرب من مبدأ التسبيب، مما يؤدي إلى إهدار حق المؤسسين في معرفة الأسباب أو الدوافع التي أدت بالسلطة المذكورة إلى عدم الاستجابة لطلبات التأسيس.

إن ما تجدر الإشارة إليه أن مشكل تعليل القرارات الإدارية الضمنية لم يظهر في النظام القانوني الإجرائي الجزائري فحسب، بل كان محل جدال فقهي وتشريعي وقضائي في فرنسا قبل عام 1979. لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي جملة وتفصيلا الاتجاه المنكر لإمكانية الطعن في عدم مشروعية القرار الضمني على أساس عدم التسبيب، بل عمل على تقريب النظام القانوني للقرار الضمني من القرار الصريح، وقرر إلغاء القرار الضمني في حالة عدم الحصول على رأي سابق من الأقسام الإدارية لمجلس الدولة التي يكون فيها أخذ الرأي وجوبا. ناهيك عما جاء في إحدى أحكامه، حيث أكد على أنه في حالة اشتراط المشرع التسبيب يصبح القرار الضمني غير مشروع[29].

لكن الحل الذي جاء به هذا المجلس لم يكن كافيا و لا ينطبق إلا على القرارات الصريحة ولا يحل مشكلة القرارات الضمنية طالما أن التشريع الفرنسي لا يمنع هذا النوع من القرارات، ولا يلزم الإدارة أن تصدر قراراتها بشكل صريح.

وفي خضم هذا التخبط وانعكاساته السلبية على حقوق الأفراد وحرياتهم، صدر القانون رقم 587 مؤرخ في 11 يوليو 1979 لمعالجة هذه الإشكالية جذريا، حيث جاء في نص المادة الخامسة منه ما يلي: " في الحالة التي يجب فيها صدور قرار صريح

مسبب، فإن القرار الضمني لا يعتبر قرارا غير مشروع - لأنه لا يمكن تسبيبه - إذ يستطيع ذوو الشأن طلب معرفة الأسباب الحقيقية للقرارات الضمنية خلال شهرين من صدورها، وعلى الإدارة أن تستجيب إلى طلبهم بتوضيح أسبابها خلال الشهر التالي لتقديم الطلب، فإن تخلفت الإدارة أو تقاعست كان لذي الشأن الحق في الطعن القضائي في هذه القرارات لعدم مشروعية الأسباب التي تستند إليها"[30].

على أية حال إذا كان المشرع الجزائري لم يفرض على مجلس النقد والقرض تعليل قرارات الرفض الضمنية على غرار الصريحة على الرغم من أهمية ذلك بالنسبة للمستثمرين، فإنه لا يجوز للجهاز المعني رفض منح الاعتماد دون سبب حقيقي مستخلص استخلاصا قانونيا من التشريع البنكي.

الفرع الثاني: أهمية تعليل لقرار رفض الاعتماد

يحظى تعليل قرار مجلس النقد والقرض بأهمية بالغة، بالنسبة لإنشاء بنك أو مؤسسة مالية، حيث يمثل ضمانة هامة لأصحاب الشأن لفهم أسباب قرارا رفض الاعتماد بشأن الطلب الذي قدموه (أولا).

ومن ناحية أخرى، يمثل التعليل الوجوبي عنصرا هاما للرقابة القضائية على جدية الجهاز المذكور في فحص وتقييم طلب الاعتماد ومدى موافقة قرار رفض الاعتماد للأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض (ثانيا).

أولا: أهمية التعليل الوجوبي بالنسبة للمستثمرين

إن تعليل قرارات السلطة النقدية لقرارات المتضمنة رفض اعتماد البنوك يمثل ضمانة هامة لتفهم أسباب قرار الرفض ومن ثم تحديد المركز القانوني للمعنيين على وجه يقيني، وتحديد موقفهم منه، فإما أن يقتنعوا به إذا تبين لهم صوابه من وجهة نظرهم، أو إما أن يسلكوا سبيل القانون للتخلص منه عن طريق الطعن القضائي. و يعتبر التعليل من أهم الوسائل التي يمكن أن تقنع طالبي التأسيس بمشروعية هذه القرارات، كما أن الالتزام بالتعليل يهدف أساسا إلى إطلاع هؤلاء على أسباب رفض الحصول على الاعتماد، إذ يجعل القرار عندهم واضحا ومفهوما، لأنه لا يمكن في الواقع أن يمتثل أيا كان لقرار ما وهو جاهلا لأسبابه.

وعلى غرار ما تقدم، يجب أن تكون قرارات الرفض سواء كانت صريحة أو ضمنية معللة، لأن مجلس النقد والقرض لا يعيد النظر في طلب رفض الترخيص إلا بتقديم طلب جديد يأخذ فيه المستثمر بعين الاعتبار أسباب الرفض المبينة في طلب الترخيص الأول، فيتدارك النقائص السابقة وبالتالي يحصل على الترخيص لإنجاز استثماره، متفاديا بذلك اللجوء إلى للطعن أمام القضاء الإداري.

ثانيا: أهمية التعليل الوجوبي بالنسبة للقاضي الإداري

لا تنحصر أهمية تعليل قرارات مجلس النقد والقرض المتعلقة برفض الاستثمار المصرفي فيما يمنحه للأشخاص الخاضعين لها، بل تمتد إلى المساهمة في فعالية الرقابة القضائية على تلك القرارات؛ فتعليل مقررات رفض الاعتماد لتأسيس المؤسسات المصرفية يعتبر أيضا وسيلة ذات أهمية لإقناع القاضي الإداري بمشروعيتها، وفي الوقت نفسه، يحد من التعسف في استعمال السلطة التقديرية من قبل المجلس.

فمن الناحية العملية يسمح التعليل بإعطاء القاضي الإداري سلطة رقابة مدى مشروعية القرارات الصادرة عن السلطة التقديرية لمجلس النقد والقرض، فعندما يعلل هذا الأخير قراراته، يكون قد قيد سلطته، حينئذ تصبح هذه السلطة خاضعة لرقابة القاضي بشكل أوسع. وهذا ما أكد عليه اجتهاد القضاء المغربي، إذ قضت المحكمة الإدارية بمكناس بما يلي: [31] "وإن كان يدخل في صميم السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي من مراقبة تصرف الإدارة في حالة تعليل قرارها".

خاتمة:

بعد دراستنا للإطار التشريعي المنظم للاستثمار المصرفي في مرحلة التأسيس يتضح لنا بأنه لا يتماشى مع مقتضيات حرية هذا الاستثمار، نظرا للعديد من القيود والتعقيدات التي تواجه المستثمرين في هذه المرحلة والتي تتمثل في:

- المبالغة في بعض الضوابط الإجرائية المطلوبة قانونا، كاشتراط ازدواجية الترخيص لتأسيس بنك أو مؤسسة مالية.

- رفع الحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية بشكل مبالغ فيه وعدم استقراره.

- عدم دقة بعض الشروط، مثل المتعلقة بدرجة الكفاءة والخبرة التي يجب أن تتوفر في مسيري هذه المؤسسات، مما قد يفتح الباب أمام مجلس النقد والقرض للتعسف في تقديرها وتقيمها.

- إغفال المشرع لأهم ضمانة إجرائية التي يجب أن تتقرر لمصلحة المستثمرين، وتتعلق أساسا بميعاد دراسة طلبات الترخيص والاعتماد أو تبليغها.

- عدم إلزام مجلس النقد والقرض بتسبيب قرارات رفض الترخيص أو الاعتماد.

وعليه نرى بضرورة تعديل أحكام قانون النقد والقرض التي تضمنت العوائق المذكورة اقتداء ببعض التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي، بحيث يجب إزالة تلك العقبات التي تواجه أي مستثمر يرغب في تأسيس بنك أو مؤسسة مالية لامتهان النشاط البنكي، خاصة في ضل الانفتاح الاقتصادي القائم على مبدأ حرية الاستثمار الذي كرسه الدستور الجزائري.

الهوامش:

(1)- انظر المادة 43 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس2016، يتضمن تعديل دستور 1996، الجريدة الرسمية، عدد 14، صادر في 07 مارس 2016.

(2)- المادة 83 من أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 سبتمبر 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية عدد، 51، الصادر في 27 أوت 2003، المعدل بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010.

(3)- المادة الثانية من القانون رقم 2001- 347 المتعلق بتنظيم مهنة الصرافة في لبنان 2001/08/06.

(4)- Théry Bonneau, Droit bancaire, Edition, Montchretien, Paris, 2001, P 91.

(5)- المادة الأولى من النظام رقم 90-01، مؤرخ في 04 يونيو 1990، يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، الجريدة الرسمية، عدد 39، الصادر في 21 أوت 1990، ملغى.

(6)- المادة الثانية من نظام 04-01 المؤرخ في 04 مارس 2004، يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، الجريدة الرسمية عدد 27، الصادرة في 28 أفريل 2004، ملغى.

(7)- المادة الثانية من النظام رقم 08-04 مؤرخ في 23 ديسمبر 2008، المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، الجريدة الرسمية عدد72، الصادرة في 2008/12/24.

(8)- www.bank_of_Algria.dz

(9)- المادة 83 بفقرة ثالثة من الأمر 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم.

(10)- Rachid Zouaimia, «Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie». R.A.S.J.E.P, n°2, 2011, p17.

(11)- أنظر المادة 105 من الأمر 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم.

(12)- Rachid Zouaimia, la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie».op-cit, p17.

(13)- Nore-dine Terki, «La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie», R.A.S.J.E.P, vol 39, n°2, 2001, p13.

(14)- نظام رقم 92-05، يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيرها وممثليها، الجريدة الرسمية، عدد 08، صادر في 07 فيفري1993.

(15)- انظر المادة 4 و5 من النظام رقم 92-05ا يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك...

(16)- انظر المواد 82، 2/83، 84، 85 و94 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

(17)- المادة 3 من النظام رقم 06-02 المحدد لشروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، الجريدة الرسمية، عدد 77، صادر في 02 ديسمبر 2006.

(18)- انظر المادة 91/ الفقرة الأخيرة من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

(19)- أنظر المادة 92/ الفقرة الرابعة من الأمر03-11.

(20)- مليكة أوباية، المعاملة الإدارية للاستثمار في النشاطات المالية وفقا للقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملود معمري- تيزي وزو، 2016، ص320.

(21)- المادة 05 من النظام رقم 93-01، يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، الجريدة الرسمية، عدد 17، صادر في 14 مارس 1993، ملغى.

(22)- انظر المادة 15 من الأمر 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43، المؤرخة في 20يوليو 2003، المعدل بالقانون 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010.

(23)- Rives- Lange Jean- Louis et Contamine- Raynaud Monique, droit bancaire, 6 édition, Dalloz, Paris, 1995, p105.

(24)- مؤيد أحمد محي الدين عبيدات، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان الأردن، 2007، ص 341.

(25)- الأمر 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم.

(26)- Pacteau, B, Contentieux administratif, 4eme Edition, P.U.F, Paris,1990, p166.

(27)- Juris classeur, Banque- Crédit- Bourse, 1997, p38.

(28)- قرار رقم 13، مؤرخ في 1999/02/09، قضية اتحاد البنك المؤسسة المالية في شكل شركة المساهمة " يونين بنك' ضد محافظ بنك الجزائر، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد الأول، 1999، ص 193.

(29)- أنيس فوزي عبد المجيد، "الاستثناءات الواردة على مبدأ التسبيب الوجوبي للقرارات الإدارية الفردية في فرنسا " مجلة الشريعة والقانون، العدد. الخمسون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أفريل 2012، ص ص 341، 342.

(30)- أنظر المادة 87 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم.

(31)- صفيان بوفراش، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملود معمري- تيزي وزو، 2015، ص147.