

جامعة قسنطينة 1

كلية الحقوق

المسؤولية في مجال القرض البنكي

رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

عبد الوهاب بن لطرش

من إعداد الطالبة

بن لطرش منى

لجنة المناقشة:

| | |
|-----------------|---|
| رئيساً | الأستاذ الدكتور بوندير عبد الرزاق، جامعة قسنطينة 1 |
| مسترفاً ومقرراً | الأستاذ الدكتور بن لطرش عبد الوهاب، جامعة قسنطينة 1 |
| عضواً منافساً | الأستاذة الدكتورة سحري فضيلة، جامعة عنابة |
| عضواً منافساً | الأستاذ الدكتور منتري مسعود، جامعة عنابة |
| عضواً منافساً | الأستاذة الدكتورة بوالصوف نزيهة، جامعة قسنطينة 1 |

السنة الجامعية

2012 - 2011

جامعة قسنطينة 1
كلية الحقوق

المسؤولية في مجال القرض البنكي

رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذ الدكتور: عبد الوهاب بن لطرش

من إعداد الطالبة: بن لطرش منى

لجنة المناقشة

- الأستاذ الدكتور بوبندير عبد الرزاق، جامعة قسنطينة 1..... رئيسا
- الأستاذ الدكتور بن لطرش عبد الوهاب، جامعة قسنطينة 1..... مشرفا ومقرا
- الأستاذة الدكتورة سحري فضيلة، جامعة عنابة..... عضوا مناقشا
- الأستاذ الدكتور منتري مسعود، جامعة عنابة..... عضوا مناقشا
- الأستاذة الدكتورة بوالصوف نزيهة، جامعة قسنطينة 1..... عضوا مناقشا

السنة الجامعية
2012-2011

شكر و تقدير

أوجه شكري و امتناني إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء لجنة مناقشة هذه الرسالة، على قبولهم أن يكونوا أعضاء فيها، و على الوقت و المجهود الذان سيخصصانه من أجل ذلك. أتمنى أن يكون عملي بمستوى عضويتهم هذه.

شكر خاص

إلى رجل لا يعرف مقولة "انتهى دوري... من حقي أن أرتاح.." إلى رجل سايرني في كل ما تعلمته.. من كلماتي و خطواتي الأولى، إلى هذه الرسالة.

أبى، أستاذي...

كل خلية من جسمي تتحني خجلاً من تعبك معي،
تعجز كل قواميس الدنيا عن قول امتناني،
أسمى و أعلى من أي شهادة... رضاك عني.

إهداء

إلى التي جنتي تحت أقدامها،
تلك التي كانت ترعاني، كانت معلمتي، و ممرضتي، و أمينة أسراري..
تلك التي لولا تضحياتها و دعواتها ما كنت شيئاً،
تلك التي كانت و ما زالت أما لأولادي عندما أكون أنا الباحثة،
أمي، ثم أمي، ثم أمي... أبقاك الله نورا في قلبي... عساك راضية عني.

إلى رفيقي، و صديقي، و زوجي علي،
الذي صبر معي، و صبر علي...
الذي حرص على نجاحي أكثر من حرصه على نجاحه..

إلى أحبائي، إخوتي طارق، حسناء، و هاجر، أختي الصغيرة ذات القلب الكبير..
إلى فلذات كبدي، أبنائي الذين أنجبتهم و اللذين لم أنجبهم: آمنة، عبير، علاء الدين، عبد المعز، يسرا، و
لينة...

دعواتي لهم جميعا بدوام الصحة و السعادة و النجاح و التألق

إلى كل من شارك في تعليمي و تكويني، بدءا من معلمة السنة الأولى إبتدائي إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة
مناقشة هذه الرسالة. لهم مني جميعا كل الشكر و العرفان، و عساهم يجدون ما علموه لي و لغيري في ميزان
حسناتهم.

إلى كل زملائي في دفعة الماجستير، إلى صديقاتي، مع تمنياتي لهم جميعا بالنجاح و بالتوفيق.

إلى كل أساتذة و موظفي كلية الحقوق بجامعة منتوري بقسنطينة، أسرتي الثانية التي قضيت معها نصف
عمري؛ إلى موظفي مكتبة الكلية، و على رأسهم محافظة المكتبة عباس عبلة، مع شكرهم جميعا على
التسهيلات التي لاقيتها منهم، و على كل كلمة طيبة سمعتها منهم.

في هذا المقام، لا يمكن أن أنسى صديقتي نادية كحال، رحمها الله و لاقانا بها في الجنة، التي كان من بين ما
أبكاها أيام مرضها عدم حضور مناقشات "أبنائها"، طلبة الدراسات العليا.
إلى جميع طلبتي...

أهدي هذا العمل المتواضع

و أتمنى أن يكون خطوة يكمل بعدها غيري خطوات

و أسأل الله أن يكون فيه نفع لهم.

« Il est appréciable que le peuple de cette nation ne comprenne rien au système bancaire et monétaire, car si tel était le cas, je pense que nous serions confrontés à une révolution avant demain matin »

Henry FORD (1769-1821)

مقدمة

الأعمال هي أموال الغير (Les affaires, c'est l'argent des autres).

إن جملة Alexandre Dumas هذه لخصت في كلمات مكانة القرض في مجال الأعمال: فهو بحق عصب النشاط الاقتصادي و التجاري، و حتى الحياة السياسية و الاجتماعية: لا غني عنه اليوم.

الأعوان الاقتصاديون يجب ملاً حاجاتهم إلى المال ؛ الدولة و مؤسساتها تحتاج إلى أن تسد ثغرات خزينتها ؛ العائلات تقترض لتشتري معدات و تستثمر في عقارات، المقاولات تحتاج إلى سد حاجات صناديقها ؛ معظم المؤسسات، و مهما كانت قدراتها المالية، تعتمد على القرض لتوسيع نشاطها إن لم نقل لتأسيسه : أصبح اللجوء إلى القرض البنكي أمراً مألوفاً، معروفاً، شائعاً، لا تصور للحياة العامة أو الخاصة بدونه.

لكن القرض البنكي سلاح ذو حدين : على قدر الحاجة إليه اليوم، على قدر التطور و الحاجات التي تتحقق بفضلها، على قدر خطورته إن أسيء استعماله ؛ إن الخطورة من طبيعة القرض: فمفهوم الخطر له جذور عميقة في كل العمليات المصرفية ⁽¹⁾. سوء استغلال القرض قد يؤدي إلى التضخم بدل الازدهار، و فقدان الأموال المدخرة بدل زيادتها و إلى الإفلاس بدل توسيع النشاط.

إن دور البنوك المتزايد و المتضاعف في جمع الادخار حقيقة يصعب مناقشتها اليوم، فهي مؤسسات تجمع نسبة معتبرة من أموال الجمهور، و ينتظر منها أن تحسن تركيزه و جمعه و استغلاله.

إن المصدر الأساسي لأموال القرض بالنسبة للبنوك هو أموال الإدخار التي تجمعها، و تقدمها في الكثير من الأحيان لأشخاص بسطاء، قد لا يقدرون تقديراً كافياً العمليات التي يقومون بها : البنوك إذن هي من يتخذ قرارات كهذه في التصرف في الادخار، ثمرة مجهود و عمل الملايين من المودعين ؛ فهل البنكيون بالأمانة الكافية ؟ هل هم بالجدارة و الاحترافية الكافية ؟ هل يعقل أن يترك

¹) HAMEL, Préface à la première édition 1944, in petit DUTAILLIS, Le risque du crédit bancaire, Ed. Ribier, Paris 1971, p. 07, cité par Léguevaques Christophe, Droit des Défaillances bancaires, coll. "Pratique du droit", 2001, p. 06.

لهم وحدهم قرار التصرف في أموال المدخرين و المخاطرة بها (1) ؟ أن يتاجروا بالنقود كما لو كانت أي مادة أخرى ؟

إن إفلاس بنك فكرة مناقضة لتصور جد متداول، هو أن البنك لا يمكن أن يفلس (2). لكن أمام موجة الفشل التي عرفتھا البنوك على مستوى عالمي، خاصة قبيل الحرب العالمية الثانية، و التي بينت و صدمت العالم بفكرة كون البنك معرض أيضا "للموت"، لا الدولة، و لا الرأي العام سيقيان على الحياد أمام ضرورة حماية الادخار: هذا هو السبب الرئيسي الذي يفرض تنظيم و مراقبة توزيع القرض من طرف البنوك (3).

إلى هذا السبب الذي يفرض الرقابة يضاف سبب آخر متعلق بجانب ثانٍ من خطورة القرض : فالقرض يخلق النقود، و يتسبب، إذا تمت ممارسته خارج إطار الرقابة، في التضخم (4)؛ فعلا، فالقرض في هذا الإطار كما فسره الأستاذ Dupont بأسلوب ممتاز، يُمنح بطريقتين (5) :

- إما أن يُمنح مبلغ من النقود القانونية (monnaie fiduciaire) يحوزها البنك للشخص الذي استفاد من القرض، و في هذه الحالة نكون أمام مجرد تحويل لهذه النقود من شخص لآخر، مع بقاء كتلة النقود كما هي.

- إما أن يمنح البنك قرضا لمستفيد عن طريق تمكينه من التصرف في مال عن طريق وسائل دفع تتطور يوما بعد الآخر دون أن يكون هناك، في خزينة البنك، مقابل فعلي لكل هذه المبالغ : نحن هنا أمام خلق للنقود من نوع آخر، هو النقود القيدية (monnaie scripturale) (6) التي تتسبب، في حالة عدم التحكم فيها، في تضخم كبير؛ التوزيع السيئ للقرض إذن له ضرر بليغ على الاقتصاد، الأمر الذي يفرض هو الآخر تدخل الدولة للرقابة (7).

1) DUPONT, P-C., Le contrôle des banques et la direction du crédit en France, Ed. Dunod, 1952, p. 12.

2) LEGUEVAQUES Christophe, op. cit. p. 05.

3) DUPONT, P-C., op. cit. p. 12.

4) FARJAT, Gérard, Droit économique, Presses Universitaires de France, Paris, 1971, p. 219.

Voir aussi : PELTIER Frédéric, Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires, réglementation et contrôle, Juris-classeur "Banque et crédit", fasc. 60, 1990, p. 03.

Voir aussi : DUPONT, P-C., op. cit. p. 12.

5) DUPONT, P-C., op. cit. p. 13.

6) « Le procédé par lequel les banques créent de l'argent est tellement simple que l'esprit en est dégoûté » KENNETH GALBRAITH John, économiste (1908-2006).

7) PELTIER Frédéric, op. cit. p. 03.

سبب ثالث يدعو إلى التدخل لمراقبة القرض، هو ضرورة التحكم فيه و توجيهه بالشكل الذي يخدم الدولة و الاقتصاد : إن الادخار، كمصدر للقرض، يجب أن يستفاد منه : النقود "النائمة"، التي تفقد قيمتها بفعل عدم تحركها يجب أن تُصَب في استثمارات تخدم الاقتصاد و حاجات الدولة (1) ؛ فالبنوك، بفعل "دمقرطتها"، أصبحت تستقطب الادخار أكثر فأكثر بعد مرحلة سابقة كان فيها المودعون أشخاص قلائل من الأغنياء (2).

كل هذه الأموال، و الأموال الأخرى الخاصة بالبنك، يجب أن توجه توجيهها حكيمًا : سيكون فعلا من المؤسف، و من المخيف، أن يترك أمر توزيع القرض لقرارات فردية فرضوية تصدر عن كل بنك على حدى، دون إدراك أو تصور للقروض التي تمنح من البنوك الزميلة، و دون التمكن بالتالي من تصور أثر قرارات توزيع القرض على الاقتصاد (3).

إن حرية مطلقة للبنوك في هذا الإطار لن تسمح بتشجيع منح قروض في مجالات تحتاجها الدولة، أو بالعكس، الحد من قروض، و بالتالي نشاطات و استثمارات، تجاوزت الحد المطلوب ؛ تدخل الدولة إذن لمراقبة توزيع القرض يجد منطقة و سببه أيضا في إجبار البنوك على احترام ما يسمى بسياسة القرض (4). فتوجيه القرض وسيلة مهمة لضبط و توجيه سلوكات المستثمرين و المستهلكين (5).

لكل هذه الأسباب فإن كان اقتصاد السوق يعني حرية النشاط و الليبرالية، فالأمر بالنسبة لعملية القرض و مؤسساته يأخذ اتجاها معاكسا مهما كان مستوى انسحاب الدولة من السياسة الاقتصادية (6) : تواجهها كسلطة في مجال القرض مسألة حياتية. لا يمكن المغامرة بالنقود، و بثقة المودعين باعتبار أن الادخار هو أهم مصدر للقرض؛ و المودعون في هذا الإطار لا يريدون مجرد بذل مجهود، بل تحقيق نتيجة الحفاظ على أموالهم، و ربما خلاصة مجهود حياة كاملة.

تدخل الدولة إذن في عملية القرض البنكي سيكون من جهة من أجل وضع سياسة تمكن من الاستفادة منه عن طريق توجيهه إلى المجالات التي تخدم الاقتصاد، و من جهة أخرى من أجل تفادي مخاطره : دور للدولة يجب أن تؤديه، التزام تحاسب على الإخلال به.

1) LEGUEVAQUES Christophe, op. cit. p. 05.

2) Idem.

3) DUPONT, P-C., op. cit. p. 14.

4) Idem.

5) FARJAT, Gérard, op. cit. p. 219.

6) "Le libéralisme est mort en matière de crédit. Aucun Etat moderne à économie privée ne laisse le crédit absolument libre". FARJAT, Gérard, op. cit. p. 220.

هكذا، إذا كانت أسباب تدخل الدولة في مجال القرض واضحة، فإن المغزى و الهدف من التدخل و مراقبة احترام قواعد توزيع القرض من طرف المؤسسات التي تمارسه لا يتحقق إلا إذا تمّ تمكين مؤسسات الدولة المتدخلة من مساهلة المؤسسات المخالفة : فالعقاب و التقويم هي سبل ضمان احترام قواعد توزيع القرض التي تفرضها الدولة.

هذا إذن هو دور الدولة، و هذا ما نظمته جانب معتبر من قانون النقد و القرض في الجزائر على مختلف التشريعات منذ 1990⁽¹⁾. و أمام ترسانة من الإمكانيات القانونية الممنوحة من طرف المشرّع لمؤسسات الدولة المتدخلة سواء للتنظيم، أو للمراقبة و العقاب، فإن عدم لعب هذه المؤسسات لدورها أمر يجب أن يؤدي إلى المساهلة عن عدم التدخل أو عن التدخل السيئ.

إن المسؤولية هي الضمان الوحيد لإرساء سياسة الدولة في مجال القرض: فإن تحققت المساهلة بطريقة متوازنة، نجحت هذه السياسة التي تفشل أيضا بفشلها. من واجب الدولة، للحفاظ على القرض و تفادي مخاطره، أن تسائل مؤسسات القرض التي لا تحترم قواعده. فإن فشلت في أداء دورها و واجبها هذا، و نتج عن فشلها ضرر ما، فمن الضروري، و ربما من الحياتي بالنسبة للنظام البنكي، أن تساعل هي عن إخلالها بدورها بالشكل الذي يستدرك الضرر المحقق.

لكن هل يكفي في هذا الإطار التوصل، عن طريق المسؤولية المبنية على قواعد القانون العام، أن يحترم البنك قواعد و أنظمة القرض التي تهدف إلى حماية المصلحة العامة و تفادي مخاطر القرض على الإقتصاد ؟ هل يكفي أن يكون محترما لما يندرج تحت رقابة الدولة حتى نكون في مأمن من كل الأضرار التي يمكن أن تنجر عن عملية توزيع القرض؟

لقد أرسى القانون وضعية ممتازة بالنسبة للبنوك و المؤسسات المالية : لقد خلق لها وضعية هيمنة قانونية بالنسبة لعملية توزيع القرض. هذه الهيمنة يجب أن يقابلها أن تجبر على لعب دورها في توزيع القرض بحذر خاص.

(1) - قانون 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد و القرض (الجريدة الرسمية رقم 16 سنة 1990).
 - الأمر 01-01، الصادر في 27 فيفري 2001 ، المعدل و المتمم لقانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض (الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2001).
 - الأمر 03-11 المؤرخ في 26 غشت (أوت) 2003، المتعلق بالنقد و القرض (الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 2003).
 - الأمر 10-04 الصادر في 26 غشت (أوت) 2010، المعدل و المتمم لأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض (الجريدة الرسمية رقم 50 لسنة 2010).

إن قانون النقد و القرض و الأنظمة الناتجة عنه لا تحمي إلا المصلحة العامة بشكل مباشر، في حين أن عملية توزيع القرض من طرف البنوك و المؤسسات المالية يمكن أيضا أن تمس بالمصالح الخاصة : مصالح لا يمكن أن تتحقق حمايتها إلا بإجبار مؤسسات القرض بصفقتها محترفة، على احترام التزامات واضحة تحت طائلة مسؤولياتها المدنية.

في فرنسا، و لمدة طويلة، لم يكن يُتصور أن القرض يمكن أن يُضر، أن يضيف للمستفيدين منه دائنين جدد، أن يضر بهؤلاء، و أن يؤدي إلى توقف النشاط و إعلان الإفلاس (1) ؛ هذا ما يبدو أنه موضوع التصور الحالي في الجزائر الذي يعتبر فيها النشاط البنكي حديث النشأة مقارنة مع نظيره الفرنسي. لكن الأمر في الواقع القضائي الفرنسي لم يستمر، إذ أنه من القواعد السارية عليها، سواء من القانون المدني أو من القوانين الأخرى، أو حتى قواعد عمل البنوك غير المكتوبة عادة لكن الأكيدة، صُقلت عن طريق القضاء المدني مجموعة من الالتزامات يجب عليها القيام بها تصب كلها في مصب واحد : تقرير المسؤولية المدنية للبنك بهدف عدم الأضرار بمجال الأعمال.

ليس هناك من بين العمليات المصرفية أو غيرها عمل يعرف و يجمع تناقضات كعملية القرض (2) : فهو عملية تفترض بالضرورة الخطر: تسليف النقود للأشخاص و المؤسسات يصاحبه دائما احتمال عدم تمكنهم من ردها ؛ لكن هو أيضا عملية تفترض الثقة : لأن مصدر القرض في أغلب الحالات هو أموال المدخرين، و لأنه عملية يمكن أن يؤدي سوء استعمالها إلى الإضرار بالغير، يجب على البنك منحه لمن يثق به. موازنة ليست بالسهلة، و قد تجر مؤسسة القرض التي تهدف إلى تحقيقها إلى أخطاء تسبب أضرارا للغير: فعلا، إن طرفي عقد القرض ليسا في مركزين متوازنين من دون شك (3). عدم التوازن هذا يسهل على مؤسسة

¹) « Longtemps, peut-être parce que clients ou créanciers de clients n'y pensaient pas, les banques ont été à peu près exemptes de toute poursuite en responsabilité à raison de leur activité même de dispensatrice de crédit ... » MARTIN , Banque, Décembre 1971, p 144, cité par PRATT Georges - La responsabilité du banquier et la « faillite » de son client – Techniques et Documentation (Lavoisier) 1983 op.cit, p 01.

²) « Comprenne qui pourra, un banquier peut tout à la fois et dans le même temps, voir sa responsabilité engagée pour avoir accordé un crédit et pour avoir refusé d'en accorder » Vasseur, note sous Paris 06 / 01 / 1977, Dalloz 1977 p144, cité par Pratt Georges, – op.cit - p 05.

³). HERVAGULT Alain – La responsabilité des banques dans leur fonction de distribution du crédit – thèse pour le Doctorat en droit – Université » de Rennes, 1973, p. 03.

القرض المساس بمصلحة طالب القرض فردا أو مؤسسة، الذي أصبح القرض دعامة في حياته.

إن الحذر المطلوب من البنك و المؤسسة المالية في وظيفة توزيع القرض قد تجره إلى "مراقبة قريبة جدا" لمآل القروض التي يمنحها خوفا من ضياعها: مراقبة قد تؤدي إلى الذهاب بحرية المقترض في تسيير أموره و أعماله.

حذر البنك أيضا قد يصل به إلى عدم منح القرض إطلاقا، أو المساس بمتانة مشروع على أمد طويل نسبيا للخوف من خطر سحب القرض في أي وقت : هذا في الوقت الذي أصبح فيه القرض عصب النشاط الاقتصادي و التجاري، و سبب لوجود الكثير من المؤسسات. لكن قد يعاب على البنك عكس ذلك ؛ فعدم الحذر في منح القرض قد يؤدي إلى تواجد أشخاص و مؤسسات في السوق لا يمكن أن يكون وجودهم إلا مضرا بمن يتعاملون معه: فالقرض، إن سمح لمؤسسات و مشاريع جدية و مفيدة بالوجود، فهو يسمح أيضا بذلك لمؤسسات فاشلة تجر المتعاملين معها إلى الفشل، و لمؤسسات مجرمة ما كانت لتوجد لولا القرض.

إن هذه التناقضات في دور مؤسسة القرض أمام عملية توزيع القرض هي التي يجب موازنتها، و التوصل إلى تعايش المصالح المتعارضة لمؤسسات القرض و المقترضين و الأشخاص المحيطين بهم، في إطار قواعد قضائية لصقل مسؤولية مدنية للبنك بصفته محترفا: فأمان القرض لا يجب أن يتحقق على حساب أمان الأعمال، و لا العكس : يجب على القضاء المدني أن يحقق هذه المعادلة.

إن مساءلة مدنية واسعة للبنك ستؤدي إلى فقدان القرض لتضييق مجاله من طرف مؤسسات القرض التي ستمنحه بصعوبة خشية الوقوع في المسؤولية (1). و بالعكس، مسؤولية ضيقة ستؤدي هي الأخرى إلى ضياع القرض بفعل عدم القدرة على رده من طرف

1) « En mettant en cause la responsabilité des banques dans la situation de certaines entreprises, les tribunaux ne commencent-ils pas à bloquer sans bruit un dispositif essentiel de notre économie : le crédit ? » Pratt Georges – op.cit – p 02.

أشخاص حصلوا عليه رغم عدم استحقاقهم، و إلى قلة الأمان في مجال الأعمال بوجود مؤسسات لا تستحق أن توجد، تضر بمن يتعامل معها (1).

المسؤولية المدنية في مجال القرض إذن هي الحاجز الذي يجب على القضاء أن يعرف أين يضعه بدقة، بين خطر تحطيم أهم غرض للنظام البنكي بسبب عدم المسؤولية، و تحطيمه بسبب مسؤولية مفرطة : بين عدم ثقة المودعين من تجار و مستثمرين و مودعين صغار في الحالة الأولى، و عدم ثقة مؤسسات القرض في طالبي القرض في الحالة الثانية، يجب أن يجد القضاء نقطة التوازن.

إن القضاء الجزائري لا يزال فتيا، إن لم نقل منعما، في موضوع المسؤولية في مجال القرض البنكي سواء ما تعلق منها بالمسؤولية المبنية على قواعد القانون العام التي تكون فيها الدولة مسائلة أو مساءلة، أو بالمسؤولية المبنية على قواعد القانون الخاص المتعلقة بمسؤولية البنوك و المؤسسات المالية المدنية بمناسبة عملية توزيع القرض (2)؛ لكن بالمقابل، فالقضاء الفرنسي قطع في هذا المجال شوطا معتبرا؛ و لا شك في دور القضاء عموما في بناء و ازدهار الأنظمة البنكية.

أمام ضرورة الإستفادة من تجارب القضاء في الدول الأخرى، و أمام كون القضاء الفرنسي لأسباب كثيرة أصبحت معروفة و بديهية و أهمها كون القانون الفرنسي أهم مصدر للقانون الجزائري، فمن الضروري أن يتمعن القضاء الجزائري في تجربة القضاء الفرنسي في هذه المسألة للإستفادة من نجاحها أو إخفاقها؛ الأمر يستدعي الوقوف أمام موقف مجلس الدولة الفرنسي من المسؤولية في مجال القرض البنكي، و تقرير ما إذا كان سيخدم النظام المصرفي الجزائري؛ كما يستدعي الأمر الفصل فيما إذا كانت مساهمة القضاء المدني

1) « Le crédit doit-il permettre le fonctionnement d'entreprises productives, rentables, ou est-il une « allocation chômage déguisée » ? » Pratt Georges – op.cit – p 16.

2) إن موضوع المسؤولية في مجال القرض البنكي سيتناول أيضا، على عمومه، المسؤولية الجزائية بمناسبة القيام بهذه العملية. مسؤولية استبعادها من دراستنا خاصة و انها تبقى مسؤولية إستثنائية: البنكي المجرم يبقى فكرة محدودة النطاق. فغرضنا في هذه الرسالة هو التوصل إلى قيام القضاء المدني بتهديب الممارسة البنكية في مجال توزيع القرض؛ تهديب يتجاوز مفهوم خشية البنكي كشخص طبيعي من مسؤوليته الشخصية عن الجرائم التي يقوم بها في مجال توزيع القرض، إلى حرصة على عدم وقوع مؤسسته، سواء كانت بنكا أو مؤسسة مالية أمام فرضيات تحملها لأعباء تعويض بسبب مسؤوليتها المدنية. هذا هو مفهوم الإحتراف الذي نطمح إلى أن يغطي تصرفات و قرارات البنكيين.

الجزائري لنظيره الفرنسي، و كلاهما ينطلق من القواعد ذاتها المنظمة لقواعد المسؤولية المدنية، في صالح الساحة التجارية الجزائرية أو لا.

إن تناولنا لما يرد على هذه الإشكالية قد جاء في بابين: يتناول الأول كيفية تدخل الدولة في مجال القرض، و النتيجة الطبيعية لهذا التدخل من تقرير المسؤولية التأديبية للمؤسسات التي لا تحترم قواعد القرض، و مسؤولية الدولة نفسها عن عدم لعب دورها في التدخل. أما الباب الثاني، فيتناول القواعد الضرورية لصقل مسؤولية مدنية للبنوك و المؤسسات المالية بصفتها مؤسسات محترفة في الإطار الضروري لعدم إضرارها بالمؤسسات و الأشخاص؛ الأمر الذي تحتاجه حماية القرض البنكي من جهة، و حماية محيط الأعمال منه من جهة أخرى، سواء في إطار وجود القرض أو عدم وجوده.

الباب الأول: الدولة و المسؤولية في مجال القرض البنكي.

إن عملية القرض من العمليات التي يجب أن تبقى مؤطرة بضبط الدولة؛ أمر يسهل تبريره بالتمعن في تجارب دول أخرى سبقت فيها ممارسة الأعمال المصرفية، و أهمها عملية القرض، بناء الأنظمة البنكية و تدخل الدولة من خلالها: فكانت النتيجة كوارث مالية امتدت آثارها حتى خارج هذه الدول (1).

تدخل الدولة في عملية القرض إذن يكون في مجال محدد بالأشخاص الذين يمارسون هذه العملية ، و بالتصور الذي تعتمده الدولة من خلال تشريعها لما تعتبره قرصاً؛ و يتجسد التدخل من خلال مؤسسات تجسد الدولة، تنظم عملية القرض المصرفي و تراقب كيفية توزيعه.

إن هذا الإطار لتدخل الدولة هو الذي يبرر النتيجة الطبيعية له: الدولة و المسؤولية في مجال القرض ؛ فالدولة بسبب فرض تدخلها في هذا المجال تكون أحياناً مسائلة، و أحياناً أخرى مساءلة.

الفصل الأول: تدخل الدولة في مجال القرض البنكي

تتدخل الدولة في مجال حددته عن طريق تشريعاتها؛ و يكون التدخل من خلال مؤسسات كلفت بأداء عمل الدولة من تنظيم و مراقبة في مجال القرض البنكي.

المبحث الأول: مجال تدخل الدولة

إن تفصيل مجال تدخل الدولة في عملية القرض البنكي يستدعي تأطير هذا التدخل منها سواء من حيث الأشخاص، أو من حيث العمليات المعنية به.

المطلب الأول: مجال التدخل من حيث الأشخاص: البنوك و المؤسسات المالية

تعتبر البنوك و المؤسسات المالية الأشخاص التي ينظم قانون النقد و القرض نشاطها؛ فهي المؤسسات التي تمارس عملية القرض البنكي بشكل عادي. وقد عرفها القانون بمعيار موضوعي تبعاً للعمليات التي تمارسها، غير أنه لا تتمتع بصفة البنك أو المؤسسة المالية إلا المؤسسات التي تكتسب هذه الصفة بعد خضوعها للإجراءات القانونية التي يفرضها قانون النقد و القرض.

الفرع الأول: تعريف البنك والمؤسسة المالية

تعرف البنوك والمؤسسات المالية بكونها المؤسسات التي يخول لها القانون ممارسة الأعمال المصرفية (الفقرة الأولى) ولكن بشكل خاص بكل نوع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العمليات المصرفية حسب قانون النقد والقرض

تتضمن الأعمال المصرفية عملية القرض، و تلقي الأموال من الجمهور، و وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارتها(1).

أولاً: عملية القرض

" يشكل عملية قرض في تطبيق هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر إلتزاماً بالتوقيع كالضمان الإحتياطي أو الكفالة أو الضمان.

تعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار بالشراء، لا سيما عمليات القرض الإيجاري..."(2).

هكذا إذن عرف قانون النقد والقرض عملية القرض كعملية مصرفية (3).

ثانياً: تلقي الأموال من الجمهور

من المتوقع بالنسبة لمؤسسات تمتهن عملية القرض أن يكون في نشاطها عمليات تشكل مصدراً للأموال التي تمنح في إطار توزيع القرض: هنا، تعتبر عملية تلقي الأموال من الجمهور أهم عملية من دون شك.

(1) و هذا بصريح المادة 66 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض - الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 2003- التي جاء فيها:

" تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور و عمليات القرض و كذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارة هذه الوسائل".

(2) المادة 68 من أمر 03-11 التي لا تختلف عن المادة 112 من قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض الملغى بمقتضى أمر 03-11.

(3) عملية ستبرز تفاصيلها في مجال تدخل الدولة من حيث الموضوع أنظر أدناه الصفحة 18.

فعلا، فقد عنى المشرع بتنظيم إطار قانوني هدفه تفادي تجميد الأموال لدى أصحابها، وتوظيفها لفائدة مصالح عامة و خاصة.

إن تلقي الأموال من الجمهور هو استقبال هذه الأموال "...من الغير لا سيما في شكل ودائع، مع حق إستعمالها لحساب من تلقاها، شرط إعادتها" (1) هكذا، فالإطار الأساسي لتلقي الأموال من الجمهور هو عقد الوديعة.

غير أنه، إذا كان لمؤسسات القرض أن تتلقى أموالا بكل أنواعها كمنقولات على أساس عقد الوديعة، فإن الأموال المقصودة من المادة 67 من قانون النقد والقرض لا يمكن إلا أن تعني النقود: فعلا، فإذا كان المال المودع من غير النقود، لالتزمت مؤسسات القرض بإعادته بعينه حسب المادة 590 من القانون المدني؛ الأمر غير المعقول بالنسبة للنقود التي يشكل تلقيها من الغير أهم مصدر للقرض؛ على ذلك؛ فإن كون المادة 67 من قانون النقد والقرض خولت الحق لمؤسسات القرض في إستعمال الأموال المودعة لحسابها بشرط ردها يؤكد أن موضوع التلقي هو النقود(2)؛ هذا ما يجعل طبيعة العقد هنا تتحول من عقد وديعة، المصطلح المستعمل في إطار المادة 67 أعلاه، إلى عقد القرض الإستهلاكي بمفهوم المادة 450 من القانون المدني، كما نصت عليه صراحة المادة 598 من القانون المدني أيضا(3).

غير أنه، إذا كان عقد القرض الإستهلاكي هو الإطار الأساسي لتلقي الأموال من الجمهور، فإنه ليس الوحيد حسب صياغة المادة 67 من قانون النقد والقرض: فمصطلح "لاسيما" يفتح مجالا لوجود أطر أخرى.

إن هذه الطريقة في تعريف الأموال المنقاة من الجمهور، إذا كانت تتسم بعدم دقة كبيرة، الشيء غير المؤلف في القانون، فإنها مسألة حياتية للنشاط البنكي؛ فالبنوك، وهو ما يتوجه إليه قانون النقد والقرض، تهتم بالعلاقات الخارجية، وبالتالي بالنقاء القوانين والإتصال بينها؛ يجب إذن مساهمة تقنيات العمليات المصرفية بمجرد نشأتها: هذا ما يتطلبه إقتصاد السوق.

من المؤكد أنه ليس هناك أية تقنية من تقنيات التنظيم، كقيلة بضمان المرونة المطلوبة

(1) لفقرة الأولى من المادة 67 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

(2) يتأكد ذلك من خلال النص الفرنسي للمادة 67 "... fonds ..."

(3) أنظر أيضا المواد 455 و 456 من القانون المدني التي جاءت بمقتضى القانون رقم 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984 المعدل و المتمم للقانون المدني التي تنظم القرض الإستهلاكي كعمل لمؤسسات القرض

للنشاط البنكي: لا المراسيم، ولا القرارات، ولا التنظيمات؛ لا بد للبنك أحياناً أن يتخذ قرارات فورية لا تتحمل أي تأجيل في كفية إستقباله للأموال من الغير، لا يمكن إذن للقانون إلا أن يترك له مجال الحرية المطلوبة، مع رقابة القضاء إن إستدعى الأمر حالة بحالة.

غير أنه، إذا كان المقصود من مرونة المادة 67 أعلاه هو فتح المجال أمام تقنيات جديدة قد تنشأ بفعل التطور والإعلام الآلي و العلاقات مع الخارج، فإنها لا تستبعد تقنيات أخرى من القانون الجزائري، هكذا، فإن إصدار سندات الإستحقاق(1) يعتبر بمفهوم المادة 67 أعلاه عملية تلقي الأموال من الجمهور(2).

من جهة أخرى، فإن المادة 67 تطرح مفهوم " الغير " الذي يتم التلقي منه: فبمفهوم قانوني، يعتبر من الغير كل شخص له شخصية قانونية مستقلة عن شخصية مؤسسة القرض (3)؛ غير أنه على هذا المبدأ، أورد القانون إستثناءين :

* من جهة أولى، فقد قررت المادة 67 أن " الأموال المتلقاة، أو المتقبة في الحساب، والعائدة لمساهمين يملكون على الأقل خمسة في المائة من الرأسمال، ولأعضاء مجلس الإدارة وللمديرين " لا تعتبر أموالاً متلقاة من الجمهور رغم الوجود القانوني المستقل لهؤلاء الأشخاص عن مؤسسات القرض التي يعدون شركاء فيها، فإن الأموال التي تتلقاها منهم هذه المؤسسات، بشروط هذه الفقرة، لا تعتبر تلقي للأموال من الجمهور.

نعتقد أن القانون هنا أخذ بعين الإعتبار " قرابة " هؤلاء الأشخاص من مؤسسة القرض، شرط أن يملكوا أكثر من 5 % من رأسمال الشركة، لأنه، دائماً حسب رأينا، يرى المشرع في هذه النسبة فاصلاً بين شريك إستثمر بقدر كبير في هذه الشركة، الشيء الذي يخرج من زمرة الغير، وشريك إستثمر بنسبة ضئيلة، تبقي عليه صفة الغير.

* من جهة ثانية، فقد قررت المادة 67 أن الأموال الناتجة عن قروض المساهمة لا تعتبر أموالاً متلقاة من الجمهور. و قروض المساهمة معروفة بكونها نوع من القروض طويلة المدى تلجأ إليه المؤسسات لتمويل نفسها. لكن خصوصية هذه القروض هو أنها شرّعت لتعزيز الأموال الخاصة للمؤسسة المستفيدة منها(4)، بشكل يمكنها من استعادة توازنها المالي على مستوى وثائقها

1) سنرى تباعاً أن مؤسسات القرض تنشأ في شكل شركات مساهمة. ص 65 .

2) VERGE, RIPERT – répertoire de droit commercial et des sociétés – Tome I DALLOZ 1956 – p 270.

3) RIVES-LANGES , CONTAMINE-RAYNAUD – Droit bancaire – Dalloz 1995 – P 28.

4) Dekeuwer-DEFOSSEZ Françoise – droit bancaire – Dalloz 2001 – p 122.

المحاسبية أيضا.

إن كل استثناء من هذين هو طريقة معروفة في تمويل المؤسسات؛ على ذلك، فاستثناء المشرع لها هو لتمكين المؤسسات غير البنوك من تمويل نفسها بهذه الطرق، لأنها لو لم تستثن من عملية تلقي الأموال من الجمهور و بقيت تعتبر كذلك، لما أمكن لغير البنوك اللجوء إليها لكون هذه العملية حكرا على هذه الأخيرة كما سنرى (1).

ثالثا: وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارتها

من الطبيعي، أمام كون كل من تلقى الأموال من الجمهور، وعملية القرض عملية مصرفية، أن تتبعها عملية وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارتها في إكتساب هذه الصفة؛ فسواء تعلق الأمر بأموال متلقاة من الجمهور، أو كانت موضوعة تحت تصرف زبون في إطار عملية قرض، فلا بد من أن يمكن هذا الأخير، أي مودع الأموال من التصرف فيها؛ هكذا، فإن مؤسسات القرض تقوم أيضا في إطار نشاطها بإدارة " الوسائل التي تمكن من تحويل أموال، مهما كان الشكل أو الأسلوب التقني المستعمل" (2).

إن مصطلح تحويل الأموال المستعمل في إطار المادة 69 من قانون النقد والقرض مصطلح يترك المجال واسعا أمام ما يمكن أن يعتبر وسيلة دفع؛ وإن كان من الواضح أن غاية المشرع في ذلك هي دائما التفتح على أية وسيلة تقنية جديدة لتحريك الأموال، فإن القانون الجزائري ينظم الكثير من هذه الوسائل أهمها:

* السفنجة والسند لأمر: إن هذه الوسائل تمكن حتما، سواء كانت غايتها الدفع أو القرض، من تحريك أموال بالمفهوم المقصود في المادة 69 أعلاه، وهي وسائل تستعملها البنوك والمؤسسات المالية،

غير أنه، إن كانت هذه الوسائل، حسب تنظيم القانون التجاري لها، ليست حكرا على مؤسسات القرض، فإنه عادة ما تنتهي بتوظيفها لدى بنك عن طريق إدراج ما يسمى بشرط التوطين فيها؛ الشيء الذي يجعلها، حتى إن نشأت بين أشخاص غير مؤسسات القرض، تنتهي كوسيلة دفع.

1 (سنرى أنها في الحقيقة حكرا على البنوك فقط كما يفرض قانون النقد و القرض؛ على ذلك، فالمؤسسة المالية مستفيدة هي الأخرى، شأنها شأن المؤسسات الأخرى، من الاستثناءين أعلاه.

2 (حسب المادة 69 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض : "تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"

* الشيك: من بين الأوراق التجارية، فإن أكثرها تجسيدا لوسيلة الدفع هو الشيك، وهذا راجع إلى طبيعة المسحوب عليه في هذا السند الذي عادة ما يكون بنكا أو مؤسسة مالية (1).

* التحويل المصرفي : إن هذه العملية تمكن من تحويل أموال، عن طريق حركة كتابة: فأمر التحويل المصرفي هو نوع من أنواع الوكالة (2)، يقوم بمقتضاه بنكي الأمر بالتحويل، على أساس محتوى الأمر، بتسجيل مبلغ التحويل في الجانب المدين من حساب الأمر، والجانب الدائن لحساب المستفيد من أمر التحويل؛ هذا إن كان التحويل داخليا، أي بين حسابين لدى نفس المؤسسة.

أما إن كان خارجيا، فيتم تسجيل العمليتين الأولى من قبل بنكي الأمر، والثانية من قبل بنكي المستفيد.

إن غاية وسائل الدفع، المتمثلة في تحريك الأموال، لا تستلزم طبعا التحريك المادي لها، بل أن معظم جوانب التأطير للوسائل المقننة كالشيك والسفتجة والسند لأمر تهدف إلى الحد من الحركة المادية للنفود التي تسبب التضخم، لذلك، فرغم بقاء نص المادة 69 جد مرن من حيث تحديد الوسائل، فعبارة مهما كان الأسلوب التقني المستعمل، تُوحي بطموح المشرع إلى التفتح، مع تشجيع الوسائل التي لا تزيد من خطر التضخم.

يُميز الفقه بين عملية وضع وسائل الدفع في متناول الجمهور، و إدارة هذه الوسائل: فوضع وسائل الدفع في متناول الجمهور يتحقق عندما تقوم مؤسسة القرض بإنشاء الوسيلة المعنية أو خلقها: الأمر يتعلق مثلا ببطاقات الدفع. بينما إدارة وسائل الدفع، فيقصد بها تمكين الغير من تحويل أموال عن طريق عمليات على الصندوق: عمليات وفاء، أو عمليات استقبال أموال(3).

الفقرة الثانية: خصوصيات البنك والمؤسسة المالية :

أعطى قانون النقد والقرض لكل نوع من مؤسسات القرض تعريفا خاصا بالنظر إلى العمليات التي تقوم بها.

فالبنك هو شخص معنوي مهمته العادية إجراء العمليات المصرفية بكافة أنواعها،

(1) تفضلوا بالإطلاع لى ما جاء في المادة 474 من القانون التجاري، و إن كانت هذه المادة قد تجاوزتها القوانين، وأقلمتها مع أمر 03-11 وحده ستؤدي إلى حذف معظم الأشخاص الواردين بها.

2) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin – Banques et bourses – Montchrestien 1991 – p 515.

3) BONNEAU Thierry – droit bancaire – Montchrestien – 2003 – p 55.

وهي تلقي الأموال من الجمهور، القرض، ووضع وسائل الدفع في متناول الجمهور(1).

أما المؤسسة المالية، فهي شخص معنوي مهمته العادية القيام بالأعمال المصرفية ماعدا تلقي الأموال من الجمهور أو وضع وسائل الدفع في متناول الزبائن أو إدارة هذه الوسائل(2).

هكذا، فالفرق بين البنك والمؤسسة المالية، الذي يستدعي نظاما تشريعيًا وتنظيميًا خاصًا بكل منهما، هو أن البنك وحده له أهلية وضع وسائل الدفع في متناول زبائنه وإدارتها، كما يمكنه وحده إستقبال الأموال من الجمهور. وربما كان هذا ما يجعل دوره أهم وأخطر، ومسؤوليته إذن أهم في مجال القرض، على إعتبار أنه ينشط بأموال المدخرين، بعكس المؤسسة المالية التي لا يمكنها إلا الإعتماد على أموالها الخاصة في تمويل قروضها. (أو أموال الشركاء فيها الذين يملكون 5% على الأقل من رأسمالها، أو الأموال الناتجة عن قروض المساهمة؛ فهذه تبقى مصادر تمويل للمؤسسات المالية).

إلا أنه مع هذا، فجوانب التشابه بين نوعي مؤسسات القرض تبرز من عدة نواح أهمها أن القانون يشترط لإكتساب صفة البنك والمؤسسة المالية مزاولة الأعمال المصرفية حسب كل صنف، وجعلها المهمة العادية للمؤسسة.

لا يمكن أن تطمح مؤسسة لأن تصبح مؤسسة قرض(بنك أو مؤسسة مالية)، إلا إذا كان غرضها ممارسة العمليات المصرفية (حسب كل نوع) بشكل عادي؛ هذا مع الإشارة إلى أن المشرع إستعمل أيضا معيار الإعتياد من أجل منع أي شخص آخر من مزاولة نشاط مؤسسات القرض في المادة 70 من أمر 03-11.

إن المشرع قد إستعمل معيار المهنة المعتادة ، نفس المعيار الذي إستعمله في تحديد صفة التاجر (المادة 1 قانون تجاري)؛ لذلك يمكن الإعتماد على ما توصل إليه الفقه والقضاء في تعريف هذا المعيار بالنسبة لهذه المهنة (3).

(1) أنظر في هذا الإطار المادة 70 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض ، و أن كنا هنا نتساءل عن اكتفاء المشرع عند تعيين المواد التي تشير إلى العمليات التي يحق لها القيام بها قانونا بالأرقام من 66 إلى 68، بدل مدها إلى المادة 69 التي تناولت عملية وضع وسائل الدفع في متناول الجمهور؛ صحيح أن المادة 66 تشير إلى هذه العملية، بحيث لا شك في إمكانية البنك مزاولتها بصفة عادية، لكن من الواضح أن هناك خطأ في صياغة المادة.

(2) المادة 71 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

فقها، تعرف الحرفة (المهنة حسب حرفية النص) بأنها " تخصيص النشاط بشكل عادي ورئيسي لمزاولة مهام من شأنها إنتاج أرباح " (1) ؛ كما أنها " مزاولة نشاط من شأنه إشباع حاجة صاحبه " (2) كما عرفت المهنة قضاء بأنها " إهتمام جدّي من طبيعته تحقيق أرباح، و إشباع الحاجات " (3).

هكذا، فالقضاء والفقهاء يتفقان على ضرورة إجتماع عنصرين لتشكيل معيار المهنة: مزاولة نشاط بشكل عادي، مع نية إشباع حاجات صاحبه منه. لهذا، فإن إنتقاد معيار الحرفة المعتادة، قد طرح على مستوى الفقه الذي يرى العادة عنصرا ضروريا وطبيعيا في الحرفة (4).

لا بد إذن على مؤسسة القرض أن تزاوّل الأعمال المصرفية حسب نوعها بشكل عادي، لا في أحوال منفردة (isolées). وللقضاء السلطة التقديرية في تقرير الوضع العادي من عدمه.

بخلاف هذا الوضع إذن، يمكن لأي شخص غير البنك أو المؤسسة المالية أن يقوم بعمل مصرفي، لكن عرضيا، وليس بشكل إعتيادي (5)؛ على ذلك، يجوز لشركات الأسهم إصدار سندات إستحقاق دون أن يرقى ذلك إلى مستوى العادة، لكون إصدار هذه السندات تجسيدا لعملية تلقي الأموال من الجمهور.

إن قانون النقد والقرض 90-10 كان يشترط صراحة في المواد 114 و 115 منه لإكتساب مؤسسة صفة إحدى مؤسسات القرض أن تكون مزاولتها للعمليات المصرفية ليس كمهنة عادية فحسب، بل أن يكون ذلك بشكل رئيسي أيضا. ومزاولة نشاط ما بشكل رئيسي هي أن تكون أهم نشاط يزاوله الشخص من بين أنشطته: أي أن يحقق منه أكبر عائد (6).

يجب ملاحظة أن النشاط المصرفي كان منذ قانون 90-10 (7) حكرا على مؤسسات القرض من جهة، كما لا يجوز لها أن تمارس غيره من جهة أخرى؛ لكن المواد 116، 117، 118

1) RIPERT, ROBLLOT – n° 136 – cités par JAUFFRET, Commerçant – Dalloz commercial 1996 – P 03.

2) HAMEL ET LAGARDE – T I , n° 336, cités par JAUFFRET, op.cit, P 03.

3) Paris, 30 Avril 1906 – cité par JAUFFRET, op.cit – P 03.

4) JAUFFRET – op.cit – p 03.

5) GAVALDA, STOUFFLET – Droit bancaire – troisième édition – Litec 1997 – p 21.

6)JAUFFRET – op.cit – p 04.

من قانون النقد والقرض 90-10 سردت بعض الأعمال التي يمكن للبنوك والمؤسسات المالية القيام بها فضلا عن نشاطها العادي في إطار العمليات المصرفية الأساسية (تلقي الأموال من الجمهور، عملية القرض، وضع وسائل الدفع في متناول الجمهور و إدارتها)، كعمليات الصرف وتوظيف القيم المنقولة.. الخ.

على ذلك، فإن إشتراط قانون 90-10 أن تكون مزاولة البنوك والمؤسسات المالية للعمليات المصرفية حسب أهليتها يجب أن يكون بشكل رئيسي، فإن ذلك لا يمكن إلا أن يكون بالمقارنة مع الأعمال المصرفية التي تكتسب إذن صفة التبعية المنصوص عليها في المواد من 116 إلى 118 من قانون النقد والقرض 90-10.

إن هذا يتأكد من تقرير قانون 90-10 أن يحدد في نظام يصدره مجلس النقد والقرض جميع النشاطات التابعة أو المتممة لأعمال البنوك والمؤسسات المالية، و وجوب أن تبقى هذه النشاطات محصورة الأهمية بالنسبة للنشاطات العادية (تلقي الأموال من الجمهور، القرض، وسائل الدفع) (1).

بصدور أمر 03-11، أصبح لمؤسسات القرض مزاولة الأعمال المصرفية حسب ما يسمح به القانون كمهنة عادية فقط، دون اشتراط أن تكون مهنة رئيسية: يبدو أن المشرع الجزائري قد حذى حذو المشرع الفرنسي في قانون 24 جانفي 1984 الذي يسمح لمؤسسات القرض أن تزاول الأعمال المصرفية بشكل عادي، و ليس بالضرورة رئيسي مقارنة مع أعمالها الأخرى(2)؛ لكن عند تعديل أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض بالأمر 04-10 المعدل و المتمم له، تم تعديل المادة 72، و العودة من جديد إلى فرض المشرع عدم تجاوز مؤسسات القرض عند ممارستها للأعمال التبعية حدودا يضعها مجلس النقد و القرض (3)؛ يبدو أن المشرع رجع إلى فرض أن تكون ممارسة الأعمال المصرفية من قبل البنوك و المؤسسات المالية بشكل رئيسي مقارنة مع ممارستها للأعمال التبعية.

الفرع الثاني : الإطار الإجرائي للبنوك والمؤسسات المالية

إن ممارسة الأعمال المصرفية بشكل عادي من قبل مؤسسة ما لا يكفي لإكسابها صفة

(1) الفقرة 03 من المادة 119 من القانون 90-10.

2) PELTER Frédéric – structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires, structures et conditions d'accès – juris-classeur banque et crédit – Fasc 50 – 1990 – p07.

3) تعديل المادة 72 من أمر 03-11 بمقتضى المادة 06 من أمر 04-10.

البنك أو المؤسسة المالية: لا تكتسب صفة إحدى هاتين المؤسستين وفق القانون الجزائري إلا المؤسسات التي تحترم إجراءات يفرضها قانون النقد و القرض، أي بعد الترخيص بتأسيسها كبنك أو كمؤسسة مالية (1)، وإعتمادها كذلك أيضا.

الإعتماد يمنح بقرار من محافظ بنك الجزائر (2)؛ ويبدو أن هدف المشرع من إشتراط هذه المرحلة الشكلية التالية لمنح الترخيص أن يتمكن المحافظ من التأكد من إحترام الشركة لجميع الشروط الخاصة و التحفظات التي يمكن أن يتضمنها الترخيص؛ هكذا يمكن أن يتم الإستمرار في تحقيق مشاريع بنوك ومؤسسات مالية، كان بالإمكان رفضها مباشرة عند طلب الترخيص دون إمكانية تحفظ مجلس النقد والقرض لولا تنظيم المشرع لمرحلة قرار الإعتماد.

بعد أن يتم إعتماد الشركة كبنك أو كمؤسسة مالية، يتم نشرها ضمن قائمة البنوك، أو قائمة المؤسسات المالية، التان تنشران سنويا من قبل المحافظ في الجريدة الرسمية (3). بهذا يتم وجودها القانوني.

المطلب الثاني : مجال التدخل من حيث الموضوع : مفهوم القرض البنكي

كل منّا "يشعر" بمفهوم القرض؛ فهو يجمع بين عنصرين أساسيين هما الأجل، والثقة. فالقرض يفترض فعلا مرور وقت بين التزامين : الأول هو التزام البنك بتحرير أموال يسبق التزام المستفيد من القرض بردها ؛ لا يهم عمر الفترة الزمنية بينهما، لكن من الضروري أن توجد (4): هذا ما يجعل عنصر الثقة أمر لا غنى عنه في القرض (5)، نظرا لخطر عدم استرداد البنك لما قدمه بعد الأجل المتفق عليه (6).

(1) أنظر لاحقا الصفحة 61.

(2) المادة 92 من أمر 03-11 " بعد الحصول على الترخيص طبقا للمادة 91 أعلاه، يمكن تأسيس الشركة الخاضعة للقانون الجزائري و يمكنها أن تطلب اعتمادها كبنك أو مؤسسة مالية حسب الحالة.

يمنح الإعتماد إذا استوفت الشركة جميع الشروط التي حددها هذا الأمر و الأنظمة المتخذة لتطبيقه، للبنك أو للمؤسسة المالية و كذا الشروط الخاصة التي يمكن أن تكون مقترنة بالترخيص عند الإقتضاء.

يمنح الإعتماد لفروع البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية المرخص لها بموجب أحكام المادة 88 أعلاه بعد أن تستوفي الشروط نفسها.

يمنح الإعتماد بمقرر من المحافظ و ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

(3) المادة 92 من أمر 03-11.

(4) علي جمال الدين عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية - المكتبة القانونية - طبعة 1993 الصفحة 490.

5) RIVES-LANGE Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, *Droit bancaire*, op.cit, p. 375.

6) DEKEUWER DOFOSSEZ Françoise, *op.cit*, p. 85.

إن عملية القرض عموماً ليست حكراً على البنوك و المؤسسات المالية ؛ فإن كان قانون النقد و القرض قد خصها بوضعية هيمنة قانونية لممارسة هذه العملية⁽¹⁾، فإن نفس القانون سمح صراحة لمؤسسات أخرى بممارستها في أطر معينة : الأمر المتعلق مثلاً بالخبزينة العمومية، و كذلك بعض المؤسسات الأخرى التي يسمح لها بممارسة عملية القرض لأسباب اجتماعية أساساً⁽²⁾. لكن عملية القرض البنكي، التي تصدر عن البنوك و المؤسسات المالية، و رغم أنها يمكن أن تأخذ أشكالاً جد متعددة و مختلفة، فإن ذلك لا يحول دون وحدة مفهوم هذا العمل المصرفي⁽³⁾ التي لا يكفي عنصر الأجل و الثقة لإعطاء مفهوم شامل لها.

(1) فقد جاء في المادة 76 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض أنه : « يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي من غير البنوك أو المؤسسات المالية حسب الحالة، القيام بالعمليات التي تجريها تلك البنوك و المؤسسات بشكل اعتيادي بموجب المواد من 72 إلى 74 أعلاه، باستثناء عمليات الصرف التي تجريها طبقاً لنظام المجلس».

يجب التوقف هنا أمام خطأ تحوية هذه المادة فيما يتعلق برقم المواد المشار إليها : فإن كانت حسب النص هي المواد من 72 إلى 74 من أمر 03-11، تلك المتعلقة بالعمليات التبعية التي يمكن للبنوك و المؤسسات المالية مزاولتها، فإننا نعتقد أن الإشارة كانت من المفروض أن تذهب إلى المادتين 70 و 71 من أمر 03-11، بنفس منطق المادة 120 من قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض الملغى، التي كانت تمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي القيام بالأعمال المصرفية الأساسية التي تزاولها البنوك و المؤسسات المالية : إننا نرى أن منع مزاوله الأعمال المصرفية الأساسية الثلاثة، و هي عملية القرض، تلقي الأموال من الجمهور، و وضع وسائل الدفع في متناول الجمهور و إدارتها، هو الغرض الحقيقي للمشرع.

- فعلاً، من جهة أولى، فالمادة 76 تشير إلى المواد من 72 إلى 74 من قانون النقد و القرض التي تتناول الأعمال التبعية التي يجوز للبنوك و المؤسسات المالية مزاولتها بنفس الطريقة : لا معنى إذن لاستخدام المشرع لعبارة «... من غير البنوك أو المؤسسات المالية حسب الحالة...» التي تحويها المادة إلا إذا كان المشرع يقصد عمليات لا تمارسها مؤسسات القرض هذه بنفس الطريقة : هذا هو شأن الأعمال المصرفية الأصلية التي منها عملية القرض.

- من جهة ثانية، فالمواد 77، 78، 79 من أمر 03-11 تقدم استثناءات على المنع المنصوص عليه في المادة 76، بالإشارة صراحة إلى هذه المادة، لكن العمليات المستثناة تشكل أعمالاً مصرفية أصلية، لا تبعية، منها عملية القرض. يؤكد ذلك أيضاً أن المشرع قصد المنع من ممارسة هذه الأعمال في المادة 76.

- إن المادة 70 من أمر 03-11 قد خولت البنوك «... دون سواها...» القيام بالعمليات المصرفية الأساسية، ثم أضافت المادة 71 إمكانية مزاوله المؤسسات المالية لعملية القرض : و عبارة "دون سواها" تفيد المنع هي الأخرى.

إن إشكال الخطأ في الإشارة إلى أرقام المواد في المادة 76 يمتد إلى مستى آخر: فالمادة 134 من نفس الأمر التي تقرر عقوبة جزائية لمن يمارس عملاً مصرفياً أصلياً فيما عدا البنوك و المؤسسات المالية أصبحت تحمي العمليات المصرفية التبعية في حرفيتها، و ليس الأعمال المصرفية الأساسية، و ذلك لكونها تشير في التجريم إلى مخالفة المادة 76 ؛ لكن مبادئ تفسير النصوص الجزائية تفرض البحث في قصد المشرع بالإستعانة بكل أساليب التفسير. فإن كان هذا الغرض واضحاً كما يبدو لنا في هذه الحالة، و جب التقيد بالغرض و تطبيقه. أنظر في ذلك محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان - 1998، ص 137.

(2) المواد 77، 78، 79 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

إن أمر 11-03 قد عرف عملية القرض بكونها كل عمل لقاء عوض يمنح بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان؛ و قد اعتبر هذا الأمر عمليات القرض الإجباري كعمليات قرض⁽¹⁾.

من هذا المفهوم الذي يشكل إطارا عاما لعملية القرض، يمكن تصور عدة أشكال له : فمنها ما يكون مرفوقا بوضع أموال تحت تصرف المستفيد من القرض، ومنها القروض عن طريق التوقيع و منها عقد الإيجار المرفوق بحق خيار الشراء.

الفرع الأول : القرض مع وضع أموال تحت تصرف المستفيد

إن التصور المباشر لعملية القرض تكون بكونه مرفوقا بوضع أموال تحت تصرف الزبون المقترض، سواء كان ذلك بشكل مستقبلي، أو فوري.

الفقرة الأولى : القرض مع وضع أموال تحت تصرف المستفيد مستقبلا : عقد فتح الاعتماد

عقد فتح الاعتماد هو عملية قرض يلتزم فيها البنك أو المؤسسة المالية بتحرير الأموال المتفق عليها في المستقبل، تبعا لتحقيق واقعة أو تصرف قانوني يتفق عليه بين مؤسسة القرض و المقترض⁽²⁾؛ فتح الاعتماد إذن هو وعد البنك أو المؤسسة المالية بقبول منح قرض معين. القرض بذلك يكون موضوع وعد⁽³⁾: فهو لم يمنح بعد. لكن الأمر سيكون كذلك إذا طلبه المستفيد⁽⁴⁾. لا شك في أن قانون النقد و القرض، سواء في إطار قانون 10-90 الملغى، أو أمر 11-03 يجعل من الوعد بالقرض المتجسد في فتح الاعتماد عقد قرض تام، على اعتبار أنه يتجسد بمجرد طلب المقترض لجزء أو لكل المال الموعود به⁽⁵⁾. و لأنه عملية قرض حقيقي، فإن الوعد بالقرض، أو عقد فتح الاعتماد يخضع أيضا وجوبا للقواعد الاحترازية التي تراقب اللجنة المصرفية احترام مؤسسات القرض لها⁽⁶⁾. إن ضرورة خضوع هذا الاتفاق للقواعد الاحترازية، و عموما كل القواعد

1) المادة 68 من أمر 11-03 المتعلق بالنقد و القرض.

2) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 349.

3) علي جمال الدين عوض - المرجع السابق - الصفحة 499.

4) DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, op. cit. p. 85

5) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, Droit du crédit, tome I : Les institutions, Ed. Litec, 1990, p. 72.

6) سنرى ذلك تباعا، الصفحة 87، 88.

التي يخضع لها عقد القرض نابع من كون مؤسسة القرض تكون ملتزمة به تجاه المستفيد (1).

إن أشكال عقد فتح الاعتماد تختلف باختلاف أشكال القرض ذاته : فقد يكون موضوع العقد وعدا بخصم أوراق تجارية، أو بمنح ضمان أو كفالة (2)؛ كما يمكن حتى أن يتناول فتح اعتماد واحد عدة أنواع من القرض: الأمر يتعلق بفتح الاعتماد MOF (Multi option financing facility) الذي يمنح للمستفيد منه إمكانية الحصول على الأموال المتفق عليها في إطار عدة أشكال للقرض (3). لكن المؤكد أن عقد فتح الإعتدال سيكون مستقلا من حيث الصحة و البطلان عن عقود القرض التي تأتي تنفيذًا له (4).

عادة في عقد فتح الاعتماد، لا تقوم مؤسسة القرض بمنح مبلغ مالي يتم إرجاعه دفعة واحدة، و إنما يمكن زيونه من استغلال مبلغ متفق عليه عن طريق شيكات أو أوامر دفع أخرى تقدم في إطار حساب جاري بينهما يصبح مدينا، أي على المكشوف، إلى الحد المتفق عليه : كل عملية تسديد أو رد من طرف المستفيد من عقد فتح الاعتماد تجدد إمكانية الاقتراض (5)؛ هذا ما يعرف على مستوى الواقع العملي بالقرض المتجدد أو المستمر ("Crédit "revolving" ou "permanent")، الذي يمكن من عدم استغلال المبلغ إلا حسب الحاجة الحقيقية للمستفيد له، التي قد تكون حاجة خاصة بعملية معينة، أو حاجة عامة متعلقة بالمصاريف العامة لمؤسسته. كما أن هذا النوع من القروض

1) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 445.

2) Idem.

3) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 349.

4) علي جمال الدين عوض - المرجع السابق - الصفحة 498.

5) يجب هنا أن نتوقف أمام إشكالية أخرى جاءت بمقتضى أمر 03-11، و لم يفتن للأسف المشرع لتداركها بمقتضى أمر 10-04 الذي عدل و تم قانون النقد و القرض : فالمؤسسة المالية حسب أمر 03-11 ليست مخولة سوى بالقيام بعملية القرض من بين العمليات المصرفية الأخرى؛ فلا يحق لها قانونا لا استقبال الأموال من الجمهور، و لا وضع وسائل الدفع في متناول الجمهور أو إدارتها. فإن كان من السهل الإحاطة بموقف المشرع كم حيث منع المؤسسة المالية من استقبال أموال الادخار، جاعلا منها مؤسسات تنشط و تمنح قروضا من أموالها الخاصة، فإنه من الصعب، بل في المستحيل تصور إمكانية قيام المؤسسة المالية بالعمل الوحيد الذي يخولها القانون القيام به، و هو القرض، دون أن تضع وسائل الدفع في متناول الجمهور: فوسائل الدفع تعرف قانونا و بمقتضى أمر 03-11 دائما بأنها كل وسيلة تمكن من تحريك أموال من جهة إلى أخرى، مهما كان الأساس التقني و القانوني المستعمل: فكيف إذن ستمكن المؤسسة المالية من منح قرض دون تحريك أموال لوضعها في متناول المستفيد منه، و كيف ستمكن من استردادها دون استعمال وسيلة دفع ما ؟

نشير إلى أنه في قانون 90-10 كانت المؤسسة المالية مؤهلة للقيام بعملية الدفع، أو وضع وسائل الدفع في متناول الجمهور. من هذه الناحية أيضا، شكل أمر 03-11 تقهقرا واضحا، يفرض ترك المؤسسات المالية في إطاره تنشط خارج القانون، مع سكوت مؤسسات الدولة.

العملية، عادة ما يسبق العقد الثاني العقد الأول (1).

إن أشكال عقود الإقراض كثيرة، يمكن تقديم اثنين منها لها مكانتها في الممارسة العملية الجزائرية: القرض الاستهلاكي و الخصم.

أولا : القرض الاستهلاكي

يجد عقد القرض الاستهلاكي مجالا له في عمليات القرض البنكي عندما يقوم الاتفاق بين مؤسسة القرض و شخص ما على أن تنقل الأولى إلى الثاني ملكية مبلغ من النقود، على أن يرده إليها المقترض عند نهاية القرض (2).

إن الإطار العام لعقد القرض الاستهلاكي منظم في القانون المدني؛ و هو عقد يمكن أن يكون مستمرا أو عرضيا، مكتوبا أو شفاهيا (3). غير أنه، إذا كان عدم اشتراط الكتابة لانعقاد عقد القرض الاستهلاكي أمر لا شك فيه، فإنه يختلف عندما يتعلق بنوع آخر من الشكلية.

فعلا، فإن عقد القرض الاستهلاكي، حسب النصوص الجزائرية، غير واضح من حيث كونه عقدا رضائيا أو عينيا : هل يجب أن يتم تسليم المبلغ المقترض من طرف مؤسسة القرض حتى يكون العقد منعقدا و ملزما ؟ إن الإشكال يطرح خاصة لكون المشرع نفسه يعترف بنوع من "التشابه" بين عقد الوديعة و عقد القرض الاستهلاكي، عندما يقول بمناسبة تنظيمه لأنواع الوديعة أنه عندما تكون الوديعة مبلغا من النقود أو شيء آخر مما يستهلك و كان المودع لديه مأذونا له في استعماله، اعتبر العقد قرضا (4).

إن الأمر في غاية الأهمية لما له من تأثير في علاقة مؤسسة القرض بالمستفيد منه : فعلا، فالقول أن عقد القرض الاستهلاكي هو عقد عيني سيجعل المقترض في وضع صعب، يسهل معه تعسف المؤسسة المقرضة في حقه : يكفي تصور فرضية اتفاق بنك أو مؤسسة مالية مع شخص ما على إبرام عقد قرض استهلاكي و منحه مبلغا ما: هذا العقد سيكون عقدا عينيا ينعقد ليس بمجرد تبادل الإرادتين، بل بتسليم المال موضوع الاتفاق ؛ ماذا سيحدث في حالة إنكار مؤسسة القرض

1) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 460.

(2) أنظر المادة 450 من القانون المدني الجزائري.

هكذا، رغم أن اسمه قد يوحي أن هذا النوع من القروض خاص بمجال الإستهلاك، إلا أن التعريف القانوني له يذهب إلى أبعد من ذلك.

3) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 359.

(4) أنظر المادة 598 من القانون المدني الجزائري.

سيحرم بشكل أقل مؤسسة القرض من أموالها (1). هذا ما يجعل المكشوف يتم أحيانا بناءً على التزام عقدي واقع على مؤسسة القرض، و أحيانا أخرى لا يشكل من طرفها إلا مجرد تسامح مع بعض زبائنها، الأمر الذي لا يمكن إجبارها على القيام به (2).

من المنفق عليه أن عقد فتح الاعتماد أو الوعد بالقرض عقد ملزم لجانب واحد (3): فهو لا يلزم إلا مؤسسة القرض التي وعدت في إطاره المستفيد بأن تضع تحت تصرفه مبلغا معيناً بشروط محددة. فلا يقع مبدئياً على المستفيد أي التزام قبل استقافته من الأموال، و يبقى حرّاً في استعمالها أو عدم استعمالها؛ الأمر إذا متعلق بوعد بالتعاقد من جهة واحدة، يمكن أن لا يكون لها أي أثر إذا تنازل المستفيد عن حقه فيها (4)؛ لكن العقد قد يصبح ملزماً للجانبين إذا اتفق الطرفان على أن يدفع المستفيد عمولة تأكيد، مقابل تخصيص مؤسسة القرض له مبلغاً ما (5).

إن عقد فتح الاعتماد يمكن أن يكون مكتوباً أو غير مكتوب : أمر قد يطرح عدة إشكالات على مستوى الإثبات، و على مستوى التأكد من عناصر العقد، كنسبة الفوائد مثلاً (6). كما يمكن أن يكون محدد المدة أو غير محدد المدة. الأمر الذي يحمل تأثيراً مباشراً حول إمكانية فسخه من عدمها (7)؛ المؤكد هنا أن عقد فتح الاعتماد، كأى عقد قرض آخر، هو عقد يغلب عليه الطابع الشخصي: فمؤسسة القرض لا تلتزم في إطار هذا النوع من القروض إلا إذا كانت لديها ثقة كافية في المستفيد؛ ثقة لها مفهوم نسبي بسبب الضمانات التي تطالب بها مؤسسة القرض (8)، و التي اعتبر الجانب العملي أن المبالغة فيها دليل على عدم ثقة مؤسسة القرض في قدرة المستفيد من عقد فتح الاعتماد على رد المبلغ الذي استقاده منه (9).

الفقرة الثانية : القرض مع وضع أموال تحت تصرف المستفيد فوراً : الإقراض

في هذا النوع من القرض، فإن وضع أموال تحت تصرف المستفيد يكون آنياً مع عقد القرض، و لا يتعلق بتحقيق أمر لاحق : هي قروض تختلف إذن عن فتح الاعتماد. لكن من الناحية

1 DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, op. cit. p. 92

2) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 269.

3) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 445.

4) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 269.

5) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 350.

6) Idem.

7) سنرى ذلك تباعاً في الصفحة 311.

8) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 350.

9) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p 301.

لإلزامها متزعة أنها ليست ملزمة بشيء على اعتبار أن عقد القرض الاستهلاكي عقد عيني، لا يعقد قبل تسليم المبلغ محل العقد؛ يجب الانتباه إلى أنه حتى وإن تمكن المستفيد من إثبات الاتفاق الذي جمعه بمؤسسة القرض فعلا، فإنه لا يمكن إجبارها على تسليمه المبلغ المتفق عليه على اعتبار أن العقد لم يتم بعدم تسليم الأموال، وأن البنك في الأخير ليس مازما بشيء (1).

إن هذا الوضع غير المنطقي في وضعية طرفي عقد القرض الاستهلاكي هي التي أملت على مجلس النقض الفرنسي أن يغير اجتهاده: فعلا، قبل تاريخ 28 مارس 2000، كان الاجتهاد المدني الفرنسي مستقر على اعتبار عقد القرض عقدا عينيا. لكن في هذا التاريخ، صدر قرار جاء فيه أن القرض المقدم من طرف محترفي القرض ليس عقدا عينيا (2). بذلك، يصبح هذا العقد عقدا رضائيا يعقد بمجرد تبادل إرادتين، و يصبح تسليم المبلغ للمقترض من طرف مؤسسة القرض ليس شرطا لانعقاد عقد القرض، بل التزام يقع على البنك أو المؤسسة المالية نابع عن عقد القرض.

إن عقد القرض الاستهلاكي يؤدي إلى نقل ملكية النقود إلى المقترض (3) : فهو لا يلزم برد النقود عينها، وإنما برد مثلها.

إذا كان عقد القرض الاستهلاكي يحدد غرضا ما للأموال موضوعه، فإنه يجب احترام هذا المال من طرف المقترض. فإن لم يحترمها، يكون من حق مؤسسة القرض طلب إرجاع المبلغ قبل الأجل المتفق عليه؛ لكن في حالة سكوت العقد عن مال الأموال، فالمبدأ أن المقترض حر في استعمالها؛ هذا مع الإشارة أن الالتزام باحترام المال المتفق عليه قد يقع على البنك أيضا، إذا تم الاتفاق في عقد القرض الاستهلاكي على تمويل عملية معينة، كالبيع مثلا، مباشرة بإيداع المال بين يدي دائن المقترض: لا يحق للبنك استعمال المال لغرض آخر في حالة هذا الاتفاق، حتى ولو كان لتسديد دين سابق على المقترض تجاهه (4).

إذا كان من الجائز الاتفاق على مال الأموال، بين مؤسسة القرض و المقترض، فإن ذلك لا يعني أن عقد القرض والعقد الذي طلب القرض من أجل تمويله (شراء، استثمار .. الخ) ليسا مستقلان عن بعضهما: فهما كذلك تماما من حيث الشروط والآثار؛ لا يمكن إذن للمقترض التذرع بسوء تنفيذ عقد البيع مثلا للتملص من التزامه برد المبلغ المقترض (5).

1) RIBEYRE Marie-Anne, "Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel", Revue *Lamy Droit des affaires*, janvier 2002, p. 46.

2) "Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel", cass. civ. 28 mars 2000, voir RIBEYRE Marie-Anne, op. cit. p. 45.

(3) أنظر المادة 450 من القانون المدني.

4) RIVES-LANGE Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 460.

5) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 360.

إن الممارسة البنكية تميز عادة في إطار هذا النوع من القروض بين القروض قصيرة المدى، القروض متوسطة المدى و القروض طويلة المدى : قروض تأخذ تسميات عدة حسب الإطار الذي تأتي فيه.

هكذا، عندما يتعلق الأمر بقروض قصيرة المدى، نجدتها تتجسد في التسبيقات والتسهيلات على الصندوق، المكشوف.. الخ؛ فإذا كان التسبيق عبارة تأخذ معنى القروض قصيرة المدى بوجه عام، فالتسهيلات على الصندوق هي قروض مدتها أيام، بينما أجل المكشوف يمتد عادة إلى أشهر؛ فمدة القرض تبرر بالغرض من الأموال المقترضة : القروض قصيرة المدى تمكن المقترض من مواجهة صعوبات مالية على مستوى خزينته، بينما القروض متوسطة أو طويلة المدى فهي تمكنه من القيام بعمليات شراء، أو باستثمارات (1).

يمكن أن يبرم عقد القرض الاستهلاكي لأجل محدد أو دون تحديد الأجل. في الحالة الأخيرة، يمكن أن يطالب البنك باسترجاع أمواله في أي وقت شرط إعدار المقترض. بينما في الحالة الأولى، فلا يمكنه المطالبة بالأموال إلا عند نهاية الأجل (2). لكن النظرية العامة لانقضاء عقد القرض، و القواعد التي يجب على مؤسسة القرض احترامها لتفادي مسؤوليتها العقدية أو التقصيرية عن إنهاء قرض تنطبق هنا أيضا (3). غير أنه إذا كان الأجل المتفق عليه يفرض على مؤسسة القرض احترامه، فهو من حق المدين المقترض؛ وعليه، يحق لهذا الأخير أن يسدد القرض بشكل مسبق (4).

ثانيا : عقد الخصم

لم يعرف القانون التجاري بمناسبة تناوله للأوراق التجارية عملية الخصم : فهي وليدة الممارسة البنكية. لكن مع ذلك، فهي عملية معروفة بكونها تتجسد عندما يقوم حامل ورقة تجارية بتظهيرها لمؤسسة قرض تظهيرا ناقلا للملكية، حيث تقوم الأخيرة فورا بتسديد مبلغ الورقة لزبونها مخصصا منه بعض النسب، و تحت تحفظ الحصول على قيمتها في تاريخ الاستحقاق (5).

يعتبر الخصم عقد قرض قصير المدى، على اعتبار أن الأوراق التجارية تسحب عادة بتواريخ استحقاق على المدى القصير: لذلك، فكثر ما يلجأ حاملوا الأوراق التجارية إلى خصمها من

1) Idem.

(2) أنظر المادتين 451 و 457 من القانون المدني.

(3) سنرى ذلك تباعا، الصفحة 311.

4) RIVES-LANGE Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 461

5) GROSLIERE, Jean-Claude, Escompte, Dalloz commercial, 1988, p. 1.

أجل سد الحاجة إلى أموال بسبب صعوبات على مستوى خزينتهم (1).

إن ميزة الخصم عالية جدا بالنسبة لطرفيه : بالنسبة للزبون، فهي تمكنه من الحصول فورا على أموال، لا أن يبقى بالضرورة حبيسا لتاريخ الاستحقاق؛ بالنسبة للبنك، فالخصم وسيلة سهلة لاستعمال الأموال المودعة لديها، مع ضمانات عالية جدا لاستردادها مرتبطة بقواعد الأوراق التجارية عامة.

بالإضافة إلى ذلك، فإن عملية الخصم عملية لها إيجابياتها من حيث ربحيتها أيضا: إذ يعرف سعر الخصم بأهميته: بالإضافة إلى سعر فائدة يحسب على أساس مبلغ الورقة، و الوقت المتبقي لحلول أجل الاستحقاق، تضاف للبنك عدة عمولات (عمولة التقديم للقبول، عمولة التقديم للوفاء .. الخ) (2). فالخصم عادة عملية مكلفة بالنسبة لحاملي الأوراق التجارية.

ضف إلى ذلك أن البنك أو المؤسسة المالية التي تقوم بخصم الأوراق التجارية ليست مجبرة على انتظار تاريخ استحقاقها لاستيفاء مبلغها : يمكنها اللجوء إلى تمويل نفسها عن طريق إعادة خصمها لدى البنك المركزي (المسمى في الجزائر "بنك الجزائر") بنفس آلية الخصم، لكن بسعر فائدة أقل من سعر فائدة الخصم ؛ فيكسب بالتالي الفرق بين السعرين.

من جهة أخرى، فإن عقد الخصم مبني على آليات القانون المصرفي: فهو يرتكز على تظهير ناقل للملكية من حامل الورقة التجارية المقترض، إلى مؤسسة القرض. فالبنك يسدد فورا مبلغ الورقة التجارية مخصوما منه سعر الفائدة و العمولات، مقابل استغادته من ضمانات القانون المصرفي عن طريق التظهير الناقل للملكية (3)؛ فالتظهير الناقل للملكية مبني على فكرة حوالة الحق في القانون المدني، لكن بضمانات أقوى بكثير تعتبر أقوى ضمان رتبته القانون كأثر لأوراق عرفية: فعلا، فالالتزام محيل الحق في القانون المدني بالضمان منعدم قانونا، و يجب الاتفاق عليه (4)؛ عكس الحال في القانون المصرفي، أين يلتزم المظهر بأقصى حدود الضمان بمجرد تظهير الورقة التجارية تظهيرا ناقل للملكية (5)؛ من جهة ثانية يسري في القانون المصرفي مبدأ مهم جدا، يعد من أهم ضمانات

1) PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit bancaire*, PUF Droit, 2003, p. 383.

2) DEKEUWER-DEFOSSEZ, op. cit. p. 96.

3) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 339.

4) فالمادة 245 من القانون المدني الجزائري تنص صراحة على أن المحيل لا يضمن يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص بهذا الضمان ؛ و حتى في حالة وجود هذا الاتفاق، فإن ضمان المحيل لا ينصرف إلا إلى يسار المدين وقت الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك.

5) فالمادة 398 من القانون التجاري تجعل المظهر، بمجرد تظهيره السفتجة تظهيرا ناقل للملكية، ملتزما تجاه حامل

مؤسسة القرض في عقد الخصم، هو مبدأ تطهير الدفع. فلا يمكن للمدينين بمقتضى الورقة التجارية عند مطالبة البنك الخاص لهم بمبلغ السند بحلول أجل الاستحقاق، أن يحتجوا تجاهه بحجج مبنية على علاقاتهم ببعضهم : ما لم تكن الحجة مبنية على علاقة المطالب بالدفع بالبنك الخاص، فهي حجة مرفوضة؛ الأمر غير المعروف في حوالة الحق في القانون المدني (1).

من أجل انعقاد عقد الخصم، لا بد من تبادل إرادتي مؤسسة القرض، و حامل الورقة التجارية : كل طرف حر في إبرام هذا العقد؛ فإن كانت عملية الخصم مسبقة بعقد فتح اعتماد موضوعها عمليات خصم لعدد معين من الأوراق التجارية، فإن مؤسسة القرض تحتفظ رغم هذا الاتفاق بحقها في رفض خصم الأوراق التي تبدو لها مشبوهة أو غير آمنة (2)؛ عمليا، تتجسد عملية الخصم بتلقي مؤسسة القرض للورقة المطلوب خصومها موقعة عليها من الحامل طالب الخصم. لكن هذا الاستلام من طرف البنك لا يعتبر قبولا مشكلا للعقد بشكل مباشر، فهو يكون مرفوقا بشرط فاسخ ضمني، هو عدم رد الورقة التجارية في أجل معقول لسبب تحويه يجعل البنك يرفض عقد الخصم. في حالة انعدام الرد، يعتبر الخصم تم يوم تسليم الورقة لمؤسسة القرض (3). هكذا، فإن رضا البنك له خصوصياته في عقد الخصم : استيلاء الورقة التجارية من طرفه لا يعبر إلا عن قبوله دراستها، مع احتفاظه بحق ردها (4).

إن الشكل الشائع في عملية الخصم هو الخصم للساحب في الورقة التجارية (5)؛ إذ يقوم الساحب بسحب سفائح على مدينيه، يقدمها بعد ذلك لبنكه من أجل خصمها؛ الخصم يمكن أيضا أن يتم للمستفيد من الورقة، أو أي حامل شرعي لها : يكفي أن يكون المعني هو صاحب الحق الثابت في السند، و أن يكون السند قابلا للتداول عن طريق التطهير الناقل للملكية (6).

الجديد بضمان القبول، الذي يقابل الالتزام بضمان يسار المدين وقت الحوالة، و ملتزما أيضا بضمان الوفاء، الذي يقابل الالتزام بضمان يسار المدين وقت حلول أجل الدين في حوالة الحق.

1 (المادة 400 من القانون التجاري تؤكد أنه لا يمكن للأشخاص المدعى عليهم بمقتضى السفتجة أن يحتجوا على الحامل بالدفع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد عند اكتسابه السفتجة الإضرار بالمدين.

2) DEKEUWER-DEFOSSEZ, op. cit. p. 96.

3) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 333.

4) PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit bancaire*, PUF Droit, 2003, p. 385.

5 (إن المادة 391 من القانون التجاري الجزائري، تجيز أن تسحب سفتجة لأمر الساحب نفسه.

6 (فعلا، و حسب المادة 396 من القانون التجاري، يجوز للساحب أن يدرج في السفتجة عبارة تفيد عدم تطهيرها، وبالتالي عدم خصمها، مصحوبة بتوقيعه : في هذه الحالة، لا يكون لأي تطهير ناقل للملكية إلا أثر حوالة الحق المدنية.

إن موضوع عقد الخصم هو عادة سفتجة، أو سند لأمر، لأن هذه الأوراق تصدر في الواقع مؤجلة إلى تاريخ ما؛ وقد قام الشك حول إمكانية كون الشيك موضوعا لعقد خصم : فالإشكال يطرح لكونه وسيلة وفاء لا يؤجل فيها تاريخ استحقاق معين من جهة، و من جهة أخرى بسبب منع وتجريم التعامل بالشيك على وجه الضمان (1). يجب هنا أن نشير إلى أن الغرفة الجنائية لمجلس النقض الفرنسي قد كيفت عقد الخصم على أنه قرض مع استعمال الورقة المخصومة كضمان للبنك (2).

استقر القضاء الفرنسي على موقف في هذا الشأن بمناسبة عدة قضايا، منها قضية تتلخص وقائعها في سرقة زبون بنك لشيك مسطر، و موقع على بياض من طرف رئيس مجلس إدارة شركة زبونة ؛ فأكمل السارق الشيك بوضع بياناته عليه، ثم قام بخصمه لدى بنك آخر. خلال هذه الفترة، فقد انتبه الساحب إلى السرقة و قام بالمعارضة على وفاء الشيك أمام بنكه. هكذا، عندما تقدم البنك الخاصم إلى البنك المسحوب عليه لاستيفاء مبلغ الشيك، تم رفض الوفاء بسبب المعارضة.

بصفته حاملا حسن النية، قام البنك الخاصم باستغلال دعاوى الرجوع التي يسمح له بها القانون المصرفي، فرجع على الساحب مطالبا إياه بمبلغ الشيك؛ بناء على دفع هذا الأخير، فقد قضى مجلس الاستئناف بأن رجوع البنك الخاصم غير مؤسس. لكن عند الطعن بالنقض في هذا القرار، فقد قرر مجلس النقض، بالعكس بأن رجوع البنك مؤسس قانونا، بصفته حامل حسن النية ولم يقترب خطأ عند اكتسابه لهذا الشيك، لكونه اكتسبه عن طريق تظهيره من أحد زبائنه كما يفرض ذلك القانون فيما يتعلق بالشيكات المسطرة؛ كل ذلك بمقتضى قرار صادر في 15 جوان 1976 (3).

عن طريق اجتهاده إذن، بين مجلس النقض الفرنسي موقفه من حيث الاعتراف بإمكانية خصم شيك؛ عمليا، يحدث ذلك بتقديم شخص شيكا لبنكه بعد تظهيره على بياض حتى يقوم هذا الأخير بتقديمه للوفاء، و استيفاء مبلغه بدلا منه: الأمر يجد منطقه إذا كان التقديم للوفاء متعب للزبون بسبب بعد البنك المسحوب عليه مثلا؛ مقابل ذلك، يقدم البنك الخاصم مبلغ الشيك فورا، مخصوما منه عمولته.

يمكن أن يثور إشكال حول معرفة ما إذا كان تسليم الأوراق التجارية من صاحب الحق فيها إلى مؤسسة القرض كان على وجه الوكالة لاستيفاء قيمتها لحسابه، أو من أجل خصمها:

1) SARASSORO Hyacinthe, "L'escompte de chèque en Côte d'Ivoire (étude de droit bancaire)", *RADIC*, n° 2, 1990, p. 203.

2) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 332.

3) SARASSORO Hyacinthe, "L'escompte de chèque en Côte d'Ivoire (étude de droit bancaire)", op. cit. p. 203.

في الحالة الثانية، فمؤسسة القرض تصبح مالكة الحق الثابت في الورقة؛ لكن في الحالة الأولى، فقد اكتسبت الأوراق كوكيل عن صاحبها، لتقوم بإجراءات استيفائها باسم موكلها و لحسابه : الأمر في غاية الأهمية مثلا في حالة إفلاس الزبون: هل تبقى الأوراق من حق البنك، أو تدخل في التفليسة لتوزيع قيمتها على دائني الزبون المفلس ؟ (1)

من الناحية الواقعية، يثور هذا الإشكال لأنه في كلتا الحالتين، يكتفي الزبون عند تسليم الأوراق التجارية بالتوقيع على ظهر الورقة (2). في هذه الحالة، فالقانون الجزائري واضح من حيث كون مجرد توقيع المستفيد أو الحامل على ظهر الورقة التجارية هو أحد أشكال التظهير الناقل للملكية، و هو التظهير على بياض (3). أما التظهير على وجه الوكالة، أو التظهير التوكيلي، فيجب أن يكون مصحوبا بعبارة تفيد الوكالة كعبارة "القيمة للتحويل" (4) : يبدو الأمر محسوما إذن من الناحية القانونية.

لكن القضاء الفرنسي، وعيا منه بأن الأخذ بحرفية النصوص سيضر بالمستفيد غير الملم بالقانون الصرفي الذي يكتفي بالتوقيع على ظهر الورقة التجارية عندما تكون نيته توكيل بنكه لاستيفائها، فقد قضى بإمكانيته إثبات أن التظهير على بياض كان في الحقيقة تظهير على وجه الوكالة، و ليس لنقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية، غير أن هذا الإثبات يمكن أن يقوم فقط بين الزبون و مؤسسة القرض و لا يمكن أن يسري على غيرهما (5)؛ و الحقيقة أن هذا الموقف من القضاء الفرنسي لا يتعارض مع النصوص القانونية الفرنسية و الجزائرية في مجال الشيك : فمجال تظهير الدفوع يسمح فعلا بتقديم دفع كون التوقيع كان بغرض الوكالة فيما بين طرفي عملية الخصم، دون السماح بتقديمه في مواجهة غيرهما حسن النية (6).

بعد عملية خصم الورقة التجارية، يصبح البنك مالكا للحق الثابت فيها؛ في هذا الإطار إذا تم وفاء الورقة التجارية من طرف المدين الأصلي فيها بحلول أجل الاستحقاق، لا تطرح إشكاليات خاصة؛ لكن الأمر يكون بعكس ذلك في حالة رفض الوفاء الكلي أو الجزئي.

1) DEKEUWER-DEFOSSEZ, op. cit. p. 97. DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 332.

2) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 332.

3) و ذلك حسب المادة 397 من القانون التجاري.

4) و ذلك حسب المادة 401 من القانون التجاري.

5) DEKEUWER-DEFOSSEZ, op. cit. p. 97.

6) المادة 400 من القانون التجاري.

من خصوصيات القانون المصرفي أنه في هذه الحالة، يكون للبنك بصفته حاملا للورقة التجارية التي لم يتم وفاؤها نوعان من دعاوى الرجوع التي يمكن له في إطارها المطالبة بالمبلغ الذي يدين به : الأولى هي الدعوى المصرفية التي تسمح له بالرجوع وديا أو قضائيا على كل موقع من الموقعين على الورقة التجارية، سواء تعلق الأمر بالمسحوب عليه القابل الذي سبق و أن رفض الوفاء، أو الساحب، أو المظهرين إن وُجدوا بمن فيهم زبونه الذي قام بتظهير الأوراق له على سبيل الخصم، إن هذه الدعوى التي يوظفها القانون المصرفي لها ضمانات عالية نسبيا، تبعا للتوقعات التي تحويها الورقة، لكن تقادمها قصير (1)، خاصة إذا ما قورنت مع تقادم الدعوى الثانية التي يمكن للبنك الخاصم انتهاجها لاستفاء حقه، و هي دعوى مبنية على عقد الخصم، بمقتضاها يمكن له أن يرجع على زبونه، و هي دعوى تتقادم بمدة أطول هي 15 سنة (2).

في أغلب الأحيان، تبرم مؤسسات القرض عقود الخصم مع زبائن لها، فتقوم في حالة عدم وفاء الأوراق التجارية بقيد مبلغ هذه الأوراق في الجانب المدين من الحساب الجاري لزبونها، على اعتبار أن القيد العكسي (إذا سبق و أن وضعت المبلغ الذي اكتسبه المقترض عن طريق الخصم في الجانب الدائن من الحساب الجاري) يعتبر وفاءً من طرف العميل (3)؛ على ذلك، وجب عليها إرجاع السند له ليتمكن هو نفسه من الرجوع على مدينه في الورقة التجارية (4).

يمكن للبنك الخاصم أيضا أن يستوفي حقه على أساس دعوى أخرى أساسها القانون المصرفي، هي دعوى مقابل الوفاء : فعلا، و لأنه أصبح حاملا للسفتجة، يصبح البنك بعد تظهيرها له تظهيراً ناقلاً للملكية مالكا لمقابل الوفاء (5). و مقابل الوفاء هو العلاقة التي تجعل من الساحب في السفتجة دائنا للمسحوب عليه، و التي على أساسها تم سحب، و ربما قبول السفتجة.

يعتبر مقابل الوفاء ضمانا مهما للبنك، على اعتبار أنه يصبح مالكا له بمجرد التظهير، و يمكن بالتالي أن يطالب به حتى قبل تاريخ الاستحقاق ؛ هذه الملكية تجعل منه، في حالة اختياره انتظار تاريخ الاستحقاق للمطالبة بحقه، في مأمن من أي عارض يصيب الذمة المالية للمسحوب عليه: فسواء أفلس هذا الأخير، أو تم الحجز على أمواله، أو توفي، لن يدخل مقابل الوفاء

1) أنظر في هذا الإطار المادة 461 من القانون التجاري.

Voir aussi DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 339

2) أنظر المادة 308 من القانون المدني الجزائري.

3) PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit bancaire*, PUF Droit, 2003, p. 388.

4) DEKEUWER-DEFOSSEZ, op. cit. p. 392.

5) أنظر المادة 395 من القانون التجاري.

في التفيلسة أو التركة لكونه ملكا للبنك.

الفرع الثاني : القرض عن طريق التوقيع

صنّف قانون النقد و القرض كنوع ثان من القروض، عمليات القرض عن طريق التوقيع، و هي عمليات تلتزم فيها مؤسسات القرض بدل زبونها أو إلى جانبه بشكل يشجع على التعامل معه.

في هذا النوع من القروض، لن ينتهي الأمر بالضرورة بتسديد مؤسسة القرض لأموال، لكن الأمر قد يكون كذلك في حالة عدم قيام الزبون بالتزامه (1)

إن المشرّع نفسه يقدم أشكالا لهذا النوع من القروض، لكنها أمثلة من بين أخرى، نتناول منها القروض عن طريق التوقيع التي تفتح في إطار الأوراق التجارية، و الكفالة، و الاعتماد المستندي.

الفقرة الأولى : القروض عن طريق التوقيع في إطار الأوراق التجارية

يمكن أن تلتزم مؤسسة القرض في إطار الأوراق التجارية كضامن احتياطي أو كقابل.

أولا : التزام مؤسسة القرض كضامن احتياطي

ينتج التزام مؤسسة القرض كضامن احتياطي عن توقيعه على وجه سفتجة أو سند لأمر. و يحلّل هذا التصرف على أنه كفالة البنك أو المؤسسة المالية التزام صرفي بالتضامن مع زبونها(2).

لأن التزامها يخضع للقواعد المشتركة للضمان الاحتياطي للأوراق التجارية (3)، فإن مؤسسة القرض عن طريق هذا الالتزام، يمكن أن تضمن قبول المسحوب عليه أو وفاءه، سواء كليا أو جزئيا (4)؛ كما يمكن أن يرد هذا الضمان لمصلحة كل الملتزمين و الحامل، أو لمصلحة شخص معين من أشخاص الورقة. إن هذا النوع من القروض عن طريق التوقيع يسهل عملية خصم السند

1) DEKEUWER-DEFOSSEZ, op. cit. p. 135.

2) Idem.

3) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, Litec, 1997, p. 278.

بتشجيع مؤسسات القرض على ذلك لتقنتها في ملاءة بعضها(1).

يتحقق الضمان الاحتياطي بتوقيع مؤسسة القرض على وجه السند، إما مع تبيان إسم المضمون أو لا ؛ فإن لم تبين مؤسسة القرض إسم الشخص المضمون، عدّ ضمانها للساحب، واستفاد منه بالتالي جميع أشخاص السفتجة (2).

يمكن أيضا أن يرد الضمان الاحتياطي في إطار الأوراق التجارية على سند مستقل عن الورقة التجارية المضمونة؛ و يعد هذا الاستثناء الوحيد لمبدأ معروف في الأوراق التجارية، هو مبدأ الكفاية الذاتية للسند، الذي موضوعه أن كل ما يتعلق بالسند من التزامات أو بيانات يجب أن يكون مدونا على نفس الورقة التجارية.

إن الضمان الاحتياطي عن طريق سند مستقل عن الورقة التجارية يسمح من جهة بضمان عدة أوراق تجارية يمكن أن تنشأ بعده (3)؛ قد يتعلّق الأمر بعقد فتح اعتماد موضوعه الضمان الاحتياطي لعدد معين من الأوراق التجارية التي تلزم المستفيد منه.

من جهة أخرى، يسمح هذا الضمان المستقل بالحفاظ على سمعة المستفيد منه، و عدم التشكيك في قدرته على مواجهة التزاماته المالية : فهو في هذا الإطار يسمى أيضا بالضمان السري.

إن هذا النوع من الضمان الاحتياطي يجب أن يحرر بشكل يميزه عن الكفالة العادية : يجب التأكد من أن البنك التزم في إطار القانون المصرفي و ليس القانون المدني (4)؛ و يجب قانونا أن يبين فيه مكان صدوره (5) حتى يعرف القانون الواجب التطبيق في مجال التعامل الدولي، أو المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناجمة عنه.

إن آثار التزام مؤسسة القرض كضامن احتياطي تكون في علاقاتها بغير المستفيد من هذا الضمان من أشخاص السفتجة، أو في علاقاتها معه.

من حيث علاقة البنك الضامن بغير الزبون المضمون، فإن البنك يصبح ملزما في

1) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op.cit , p 417

2) الفقرة 6 من المادة 409 من القانون التجاري.

3) RIVES-LANGES Jean-Louis, op. cit. p. 417.

4) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, op. cit. p. 278.

5) الفقرة 03 من المادة 409 من القانون التجاري.

إطار الورقة التجارية بنفس التزام المضمون تجاه هؤلاء (1)؛ و يكون التزام البنك تجاههم صحيحا ومنتجا لآثاره حتى و لو كان التزام الشخص المضمون في الورقة التجارية باطلا لأي سبب غير عيب في الشكل (2)، و ذلك بشكل مناقض لالتزامات الكفيل في القانون المدني، الذي يستطيع أن يدفع بكل ما يمكن أن يدفع به المدين المضمون (3)؛ هكذا فالالتزام البنك من هذه الناحية التزام مستقل.

إن تمت مطالبة البنك بالوفاء بالتزامه، فإنه يكتسب الحقوق الناتجة عن هذا الوفاء، ويحق له مطالبة المضمون و الموقعين السابقين له في السند بما أوفاه (4).

أما في علاقة البنك الضامن بالمستفيد المضمون، فإن الآثار المترتبة عن هذا الضمان هي آثار الكفالة، إذ يمكن له العودة عليه في حالة اضطراره الوفاء؛ لكن خصوصية هذه العلاقة بالنسبة للقانون المدني أن الضمان الاحتياطي عمل تجاري دائما (5)، بعكس الحال بالنسبة للكفالة التي تعتبر مدنية دائما حتى و لو كان موضوعها دين تجاري (6).

ثانيا : التزام مؤسسة القرض كقابل

يمكن أن يمنح البنك قرضا عن طريق قبوله لسفينة مسحوبة عليه ؛ هكذا، ففي حالة عدم ثقة مورد في أحد مدينيه، فإن يطلب أن يتم توقيع السند الذي يسحبه ليس من طرف هذا الأخير، بل من بنكه الذي لا شك في ذمته المالية ؛ في هذا الإطار يمنح البنك قرضا عن طريق توقيعه بالقبول لزبونه. فإن صاحب ذلك اشتراط إيداع أموال من طرف الزبون قبل تاريخ الاستحقاق، سيكون القرض متعلقا بمنح البنك توقيعه، أي سمعته دون اضطراره لتسديد أي مبلغ (7)؛ لكن قد يتفق مع زبونه على أن يسدد هو في تاريخ الاستحقاق، على أن يرد المستفيد الأموال في تاريخ لاحق.

إن القرض عن طريق القبول كثير الحصول عمليا على مستوى التجارة الخارجية ؛ فيقوم بنك المشتري بقبول السفينة التي يسحبها البائع، الذي يكون من حقه أن يخصمها بعد ذلك لسهولة تداول هذه الأوراق (8).

1 (الفقرة 07 من المادة 409 من القانون التجاري.

2 (الفقرة 08 من المادة 409 من القانون التجاري.

3 (المادة 654 من القانون المدني.

4 (الفقرة 09 من المادة 409 من القانون التجاري.

5 (الفقرة 03 من القانون التجاري، و الفقرة 02 من المادة 651 من القانون المدني.

6 (الفقرة 01 من المادة 651 من القانون المدني.

7) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 367

8) DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, op. cit. p. 135.

يخضع التزام البنك القابل للقواعد المشتركة في مجال قبول السفتجة (1) : فيجب أن يكون قبوله خاليا من أي قيد أو شرط (2)، شأنه شأن الالتزامات المصرفية عموما. لكن القانون يجيز أن يحصر البنك قبوله في جزء من مبلغ السفتجة، تعبيرا منه على أن ذلك يشكل حدود القرض الذي يمنحه لزبونه (3)؛ أمام القبول الجزئي، تطبق بالنسبة للجزء المقبول من مبلغ السفتجة آثار القبول، و آثار رفض القبول بالنسبة للجزء المتبقي من حيث إمكانية الحامل الذي ظهرت له السفتجة الرجوع على الملتزمين فيها على أساس رفض القبول الجزئي، و ذلك حتى قبل تاريخ الاستحقاق نظرا لسقوطه في حالة رفض القبول الكلي أو الجزئي (4).

يحرر قبول البنك على السفتجة، و يعبر عنه بكلمة "مقبول" أو ما يعنيها ؛ و يكون موقعا من البنك المسحوب عليه. لكن الأخير يمكنه أن يكتفي بمجرد توقيعه على وجه السفتجة (5)؛ غير أن المشرع قد ألزم البنك، أو أي شخص آخر مسحوب عليه، بآثار القبول كالتزام صرفي إذا كان قد أعلم كتابة الحامل أو أي موقع آخر بقبوله. فعلا، فإذا كانت الالتزامات المصرفية التزامات إرادية مبدئيا، فإن القانون يمنع من التملص من هذا الالتزام تجاه شخص علم من ورقة مكتوبة صادرة عن البنك بأنه سيلتزم كقابل لمصلحته : في هذه الحالة، من حق هذا الشخص أن يعول على التزام البنك، الذي يترتب قانونا حتى لو لم يوقع البنك بالقبول (6).

إن التزام المسحوب عليه كقابل يترتب عليه قانونا التزامه بوفاء مبلغ السفتجة عند تاريخ الاستحقاق : التزام يخضع لمبادئ القانون الصرفي، و أهمها مبدأ تطهير الدفع : فلا يمكنه، عند مطالبته بالوفاء، أن يحتج بحجج تربطه بموقع آخر أو بالمستفيد من التزامه بالقبول، كأن يحتج بأن هذا الأخير لم يحترم التزامه في إطار عقد القرض بينها، و أن سبب التزامه بذلك لم يعد موجودا.

الفقرة الثانية : الكفالة البنكية

تنتج الكفالة عن تصرف قانوني تقوم بمقتضاه مؤسسة القرض، و تدعى في هذا الإطار الكفيل، بالالتزام تجاه دائن بأن تقوم بوفاء دينه إذا لم يف به المدين (7): هكذا تم تعريفها في

1) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 434.

2) الفقرة 04 من المادة 405 من القانون التجاري.

3) الفقرة 05 من المادة 405 من القانون التجاري.

4) المادة 426 من القانون التجاري.

5) الفقرة 01 من المادة 405 من القانون التجاري.

6) الفقرة 02 من المادة 408 من القانون التجاري.

7) DIDIER Martin, avec le concours de Rais Maati, *Droit civil et commercial marocain*, Ed. Mandarin 1985,

إطار المادة 644 من القانون المدني.

في مجال الكفالة أيضا، كما هو الحال بالنسبة للضمان الاحتياطي، يتجسد القرض في منح البنك توقيعه و سمعته التي تبعث على التعاقد دون أن ينتهي به الأمر إلى تسديد أموال حتما (1): بالنسبة للزبون، فكلفة هذا القرض أقل بكثير من قرض يضع فيه البنك أموالا تحت تصرفه و يأخذ مقابل تأجير هذه الأموال. لكنه يسهل أعماله لأن دائنيه سيقفون في التزام البنك أو المؤسسة المالية (2). بالمقابل، بالنسبة للدائن، فإنه يتحصل بهذه الطريقة على مدين ثان، متمثل في مؤسسة القرض، موثوق في ملاءته، و يطمئنه على استفاء حقه (3).

يفرض المشرع أحيانا تقديم كفالة : الأمر الذي يمكن أن يتحقق بالتوجه إلى مؤسسة قرض، على اعتبار أن القانون المدني يفرض في هذه الحالة تقديم كفيل موسر (4)، و لا شك في ملاءة هذه المؤسسات ؛ كمثل على ذلك، فإن المادة 422 من القانون التجاري تقرر أن من ضاعت منه سفينة، سواء كانت مقبولة أم لا، و لم يتمكن من تقديم نسخة لها، يجوز له أن يطلب وفاء هذه السفينة الضائعة، و الحصول فعلا على الوفاء بعد استصداره أمرا بذلك من القضاء، بعد أن يتمكن أن يثبت ملكيته لها بدفاترة، و بشرط تقديم كفيل.

إن عقد الكفالة عقد رضائي، يتشكل بمجرد اتفاق الطرفين؛ لكن القانون الجزائي، بعكس المشرع الفرنسي، يفرض الكتابة كوسيلة لإثباته (5) دون أن تكون بفعل ذلك الكتابة شرطا شكليا لانعقاد العقد ؛ هكذا، ففي حالة نزاع حول وجود هذا العقد و إنكار مؤسسة القرض لالتزامها، يجب على الدائن الذي من مصلحته إثبات التزام البنك أو المؤسسة المالية لالتزامها ككفيل أن يثبت ذلك كتابة و إلا عُدَّ العقد غير موجود. لكن في حال انعدام هذا النزاع، تعتبر الكفالة قائمة باعتراف الطرفين بأنهما اتفقا عليها.

إن عقد الكفالة، بصريح المادة 651 من القانون المدني عمل مدني حتى و لو كان الدين المكفول، موضوع العقد الأصلي، تجاريا، و حتى و لو كان الكفيل تاجرا؛ إن تحديد طبيعة العقد مهمة مثلا من أجل تحديد جهة الاختصاص في حال قيام نزاع حول تنفيذ العقد. غير أنه، عند الحديث عن الكفالة المصرفية، فالمشرع قد كان صريحا عندما اعتبرها عقد قرض عن طريق التوقيع؛ وبنصه

Casablanca, p. 172.

1) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 359

2) Idem.

3) DELEBECQUE Philippe, *Le cautionnement*, Dalloz droit civil, 1985, p 01.

4) المادة 646 من القانون المدني.

5) المادة 645 من القانون المدني.

في المادة 2 من القانون التجاري على أن العمليات المصرفية هي أعمال تجارية بحسب الموضوع، فإن الكفالة عندما تصدر عن بنك أو عن مؤسسة مالية تصبح عملا تجاريا.

يعتقد بعض الفقهاء، مثل الأستاذين DE JUGLART et IPPOLITO ، أن عقد الوكالة المصرفية، بعكس الوكالة العادية، يكون عقدا بعوض : بطبيعة الحال، طالما لا يضطر البنك إلى تسديد فعلي لأموال، ستكون عمولته ضعيفة نسبيا مقارنة مع الفوائد، لأنه لا يؤجر أموالا في هذه الحالة (1)؛ لكن في هذا الإطار، للأستاذ Delebecque رأي مختلف، نعتقد أنه الأصوب : فهو يرى أن عقد الكفالة العادية عقد تبرع دون شك، و أنه يبقى كذلك حتى و إن كانت الكفالة صادرة عن مؤسسة القرض: فعلا، فكون المدين الأصلي، و هو زبون هذه المؤسسة، يدفع لها عمولة معينة، فهذا لا يغير من طبيعة العقد، على اعتبار أن عقد الكفالة عقد يجمع بين الكفيل، أي مؤسسة القرض، والدائن؛ و كون أحدهما يلتزم بمنح إيجابيات للأخر دون أن يتلقى منه شيئا يجعل من العقد عقد تبرع(2).

إن آثار عقد الكفالة تنحصر أساسا في زمرتين من الآثار: آثار الكفالة بين الكفيل والدائن، و آثار الكفالة بين الكفيل و المدين؛ و إذا كانت تختلف بحسب كون الكفيل، أي البنك، متضامن أو لا، فإن التضامن لا يغير شيئا في طبيعة عقد الكفالة، بل يغير بعضها من آثارها (3).

أولا : آثار عقد الكفالة في علاقة الكفيل بالدائن

إن التزام الكفيل تجاه الدائن التزام تبعي و شخصي.

لأن التزامه تبعي، فإن الكفيل لا يلتزم إلا بما التزم به المدين (4). و لنفس السبب، يحق له أن يدفع بكل ما يمكن أن يدفع في هذا الأخير (5)؛ هكذا، فإن انقضاء التزام المدين يؤدي أيضا إلى انقضاء التزام الكفيل، سواء عن طريق الوفاء، أو المقاصة أو غيرها من أسباب الانقضاء ؛ كما أن بطلان التزام المدين يقضي على التزام الكفيل، كأن يكون ذلك بسبب عيب في الرضا. يحق للكفيل أيضا الاحتجاج بعدم احترام الدائن لالتزامه العقدي تجاه المدين الأصلي.

إذا كان الكفيل غير متضامن، يمكن له أن يدفع بالتجريد تجاه الدائن الذي يطالبه

1) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 04.

2) DELEBECQUE Philippe, op. cit. p. 04.

3) DELEBECQUE Philippe, op. cit. p. 02.

4) المادة 652 من القانون المدني.

5) المادة 654 ز المادة 648 من القانون المدني.

بالدفع (1): أي أن يطالبه بالعودة أولاً على المدين الأصلي. من أجل ذلك، يجب على مؤسسة القرض بمجرد بدء إجراءات مطالبته من طرف الدائن، أن تطلب تعليقها، و تبيان أموال المدين التي يمكن للدائن استيفاء دينه منها(2) : الأمر الذي يجعل من مصلحة مؤسسات القرض طلب تبيان هذه الأموال من طرف زبائنها قبل التزامها في إطار عقد كفالة التزاما غير متضامن.

بعد تجريد المدين الأصلي (أي متابعته قضائيا و التنفيذ على أمواله القابلة للتنفيذ)، يمكن للدائن إذا بقي من دينه شيئا لم يستوفه، أن يعود به على الكفيل ؛ بهذا الشكل، فالدفع بالتجريد يمنح وقتا للكفيل لتجهيز المبلغ الذي سيطلبه به الدائن. بل أنه أكثر من ذلك، يقضي على جزء من التزام الكفيل، أو عليه كله. كل ذلك مع بقاء الكفيل في مأمن من أي عارض قد يصيب الذمة المالية للمدين : فبعد الدفع بالتجريد، على الدائن التصرف لعدم إضاعة أموال المدين التي تضمن دينه. فإن ضاع شيء منها بفعل مماطلته في تجريد المدين، كان هذا الضياع على حسابه هو، و لا يمكن أن يطالب الكفيل بما يقابله (3) ؛ من جهة أخرى، إذا أفلس المدين، فإنه يتوجب على الدائن، حفاظا على حقوقه في مواجهة الكفيل، أن يتقدم بدينه في التفليسة؛ فإن لم يتم بذلك، سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر الضرر الذي أصاب هذا الأخير من عدم احترام الدائن لهذا الإجراء (4).

بسبب إمكانية الكفيل إثارة الدفع بالتجريد الذي يجبر الدائن على مطالبة المدين الأصلي أولاً، و التنفيذ على أمواله، ثم العودة على الكفيل، من الطبيعي تصور مطالبة الدائن بكفالة يسقط معها الحق في إثارة هذا الدفع : هذا هو الشأن عندما يكون الكفيل متضامنا مع المدين الأصلي(5).

لقد ثار نقاش فقهي حول طبيعة عقد الكفالة : ألا يمكن بتعريفها أن تعتبر عقد تأمين ؟ فعلا، فمؤسسات التأمين تقوم بتأمين زبائنها من خطر عدم وفاء مدينهم لهم لقيامها بالوفاء بدلا منهم: هذا هو أساس الشك الذي طرح و الذي يجب رفعه لما للمسألة من آثار قانونية : فاعتبار هذا التصرف من مؤسسات التأمين التي تسميه عادة بـ "التأمين - الكفالة" فعلا عقد كفالة، سيجعل منه عملا مصرفيا لكونه عقد قرض عن طريق التوقيع، و سيكون ممنوعا بذلك على مؤسسات التأمين

1) المادة 660 من القانون المدني.

2) المادة 661 من القانون المدني.

3) DIDIER Martin, Rais Maati, op. cit. p. 174.

أنظر أيضا المادة 656 من القانون المدني

4) المادة 658 من القانون المدني.

5) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 361.

القيام به طالما أن عملها في إطاره لن يكون عرضيا، بل ستمارسه كحرفة (1).

إن للفقهاء Delebecque موقف في هذا الإطار: يرى هذا الفقيه أن عقد الكفالة بوصفه عقدا مسمى له مميزاته الخاصة به التي تميزه عن العقود الأخرى، و منها عقد التأمين؛ و أنه إذا اشترك العقدان من حيث أن كلا منهما يبرم بين الدائن و المؤسسة (الكفيلة أو المؤمنة)، فإن الدائن في عقد الكفالة لا يدفع شيئا، بينما يدفع في عقد التأمين أقساطا للمؤسسة المؤمنة : هذا ما يجعل من عقد الكفالة عقد تبرّع، ملزم لجانب واحد، أي بمميزات مختلفة تماما عن عقد التأمين الذي هو عقد ملزم للجانبين، و عقد معاوضة (2).

من ناحية أخرى، فإن عقد الكفالة عقد تبعية لعقد آخر متعلق بدين أصلي يربط بين الدائن و المدين؛ بينما عقد التأمين الذي يفترض حتما وجود عقد آخر يجسد دينا بين الدائن و المدين، مستقل تماما عن هذا العقد : فالكفيل، في حالة مطالبة الدائن له، لا يمكن أن يكون في وضع أسوأ من وضع المدين، إذ لا يمكن أن يطالبه الدائن بشروط أكبر من شروط الدين الأصلي، و بمبلغ أكبر من الذي يدين به المدين ؛ بينما في عقد التأمين، فالتزام المؤسسة المؤمنة هي رفع ضرر عدم دفع المدين عن الدائن؛ بذلك، قد يطالبه الدائن بأكثر مما يدين به المدين لكون الضرر يتجاوز هذا الحد(3).

بهذا الشكل، فإن عقد الكفالة المصرفية و عقد التأمين - الكفالة عقدان منفصلان عن بعضهما: يمارس الأول من طرف مؤسسات القرض، و الثاني من طرف مؤسسات التأمين لأنه ليس عملا مصرفيا.

إن التزام الكفيل التزام شخصي أيضا. و بهذه الصفة، فإن له الحق في الدفع بكل أسباب البطلان الخاصة به في عقد الكفالة في مواجهة الدائن: يمكن إذن أن ينقضي التزام الكفيل مع بقاء الالتزام الأصلي صحيحا و نافذا (4). هكذا، يمكن للكفيل أن يدفع بعيب في رضاه في إطار عقد الكفالة، أو بالمقاصة بينه و بين الدائن، ...

في هذا الإطار أيضا، و عندما يكون للمدين عدة كفلاء، يمكن للكفيل الذي رجع عليه الدائن أن يدفع بالتقسيم، أي تجزئه الالتزام بالدفع على الكفلاء كل حسب التزامه (5): بعد هذا الدفع،

1) DELEBECQUE Philippe, op. cit. p. 03.

2) Idem.

3) Idem.

4) DIDIER Martin, Rais Maati, op. cit. p. 174.

إذا أصبح أحد الكفلاء معسرا، كان إعساره هذا على الدائن، و يتحمل هو آثار عدم إمكان مطالبته بحصته من الدين دون إمكانية عودته على الكفلاء الآخرين (1).

على ذلك، فإن الدائن يجد مصلحته أيضا في إسقاط حق الكفيل في الدفع بالتقسيم : هذا ما يجعل الدائن يطالب بالتضامن بين الكفلاء إن تعددوا.

ثانيا : آثار عقد الكفالة في علاقة الكفيل بالمدين

إن الكفيل، عكس المدين الأصلي المتضامن، لا يجبر على تحمل جزء من الدين بشكل نهائي: فالمدين الأصلي المتضامن لا يمكنه الرجوع على المتضامنين معه إلا إذا أوفى بأكبر من حصته في الدين (2)؛ التزام الكفيل بتحمل الدين التزم مؤقت، يحق له التخلص منه بالرجوع على المدين الأصلي لاسترداد كل ما أوفاه ؛ أمر يضمنه له القانون بتقرير حقه في إقامة دعوى الحلول التي ستسمح له بالاستفادة من حقوق الدائن تجاه المدين (3).

يمكن أن يضيع على الكفيل حق الاسترداد إذا كان لم يعلم المدين الأصلي بمطالبة الدائن له، و قام مباشرة بالوفاء لهذا الأخير؛ فإن كان للمدين سبب كان بإمكانه إسقاط حق الدائن تجاهه أو إنقاصه، كأن يكون قد أوفى الدين، أو دفع بعدم تنفيذ التزام تعاقدي، فإن حق الكفيل في الاسترداد يضيع بقدر ما ضيَّعه على المدين (4).

في علاقة الكفيل بالمدين، يطرح إشكال متعلق بإمكانية الأول استرداد ما أوفاه من المدين الأصلي : يتعلق الأمر بوفاء الكفيل بمبلغ للدائن يشكل جزءا فقط من التزام المدين تجاه الدائن، إما لأن هذا المبلغ هو كل ما كفله الكفيل، أو أن هذا الأخير كان له سبب شخصي ينقص من التزامه، كالدفع بالمقاصة : في هذه الحالة، سيرجع الدائن على المدين الأصلي بالجزء المتبقي من دينه، وسيرجع عليه الكفيل أيضا بالجزء الذي أوفاه : يجب أن تنتبه مؤسسة القرض إلى أنه في هذه الحالة، فإن القانون يضع الدائن في وضع أحسن من وضع الكفيل باشتراطه أن لا يُضار الدائن بحلول الكفيل محله في حقوقه تجاه المدين (5) : أي أن الدائن يستوفي حقه من أموال المدين قبل الكفيل.

1) DIDIER Martin, Rais Maati, op. cit. p. 174.

2) DELEBECQUE Philippe, op. cit. p. 04.

3) المادة 671 من القانون المدني.

4) المادة 670 من القانون المدني.

5) المادة 265 من القانون المدني.

الفقرة الثالثة: الاعتماد المستندي

إن الاعتماد المستندي نوع من القروض شائع جدا في مجال التجارة الدولية. و لأنه كذلك، فإنه يخضع إلى مجموعة من القواعد و الأعراف الموحدة صادرة عن غرفة التجارة الدولية، تنظم له آليته الخاصة بة (1).

إن الاعتماد المستندي هو وسيلة لضمان التسديد، خلقتها الممارسة البنكية من أجل تجاوز حذر متعاملين تجاريين أجانب عن بعضهم.

فعلا، فالعلاقات التجارية الدولية بطبيعتها مصدر مخاطر كبيرة : للبائع، أو المصدر، منتج ما قد يضطر إلى إرساله عن طريق سفر طويل بالباخرة، و إلى انتظار استلام المشتري له حتى يسدد، إن سدد؛ فالبائع لا يعرف المشتري، و لا قدراته المالية الحقيقية، و لا أخلاقياته. كما أن المشتري الذي يفي بالتزامه بدفع الثمن بمجرد التعاقد يكون متخوفا من عدم أداء البائع لالتزامه بالتسليم، أو لمطابقة البضاعة المرسله لطلبه : هكذا، فقد تم تصور حل لهذه الوضعية، و هو أن يقوم بنك بتسديد ثمن البضاعة للبائع فور تقديم الوثائق التي تمثل ملكيتها (سند الشحن و غيره)، ثم تقديمها للمشتري حسب الاتفاق بينهما على طريقة تسديده قرض البنك(2). يعرف الاعتماد المستندي بكونه التزام يقوم به بنك بناءً على طلب الأمر الذي وافق على منحه قرضا، و بمقتضاه يجعل البنك نفسه مدينا أصليا تجاه المستفيد بمبلغ يتم تسديده حسب الاتفاق الوارد بالاعتماد؛ كل ذلك مقابل تقديم الوثائق المتفق عليها بمظهر قانوني مطابق لما أراده المشتري (3).

إن الاعتماد المستندي من صنع و خلق الممارسة البنكية الدولية. و قد ازدهر خلال حرب 1914-1918 : فالمصدرين من أمريكا الشمالية كانوا يفرضون على المشتريين فتح اعتمادات مستندية لصالحهم من أجل تمكينهم من تجاوز مخاوفهم جراء بُعد أطراف العقود التجارية الدولية عن بعضها؛ كما أن استبدال التزام المشتري بالتزام البنك يقدم عدة فوائد: فبالنسبة للبائع، هو ضمان لاستيفاء الثمن بسرعة و بسهولة؛ بالنسبة للمشتري، فقد حصل على قرض قصير المدى، و ضمن عدم تززع العملية بفعل مؤشرات أو أسباب اقتصادية أو حتى سياسية. أما بالنسبة للبنك، فهو وسيلة لتسويق قروض بأخطار سهلة التقدير (4).

1) القواعد و الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية.

2) LAMY, Droit du financement, Edition 2010, Crédit documentaire, p 5079.

3) MATTOU, J.P., Droit bancaire international, Banque édition, 3^{ème} éd., 2004, n° 259, cité par Dominique Legeais, Le Crédit documentaire, JC Commercial 2008, fasc. 366, p. 2.

4) LEGAIS, Dominique, Le crédit documentaire, JC Commercial 2008, fasc. 366, p. 3.

إن الاعتماد المستندي ذو فعالية عالية في العلاقات التجارية الدولية، لكنه ليس مستبعداً في العلاقات الداخلية؛ و آليته في هذه الحالة تكون بأن يتفق المصدر و المستورد، عند إبرامهما عقد البيع، على أن التسديد سيكون عن طريق اعتماد مستندي. فيقوم المستورد أو المشتري (الأمر) بطلب فتح هذا القرض من بنكه لفائدة المصدر أو البائع؛ يبلغ البنك المستفيد بفتح الاعتماد، ثم يسدد له مقابل تقديم الوثائق و بعد مراجعتها (1).

على هذا النحو، نكون أمام قرض عن طريق الضمان، المعرف صراحة من قبل قانون النقد و القرض بكونه عملية مصرفية (عملية قرض). و يمكن أن تضاف له عملية قرض أخرى من قبل البنك للمشتري، هي قرض تسبيق أموال، و ذلك في حالة اتفاق البنك مع المشتري على أن يرد الأخير المال للبنك بعد أجل مسمى (2).

إن الاعتماد المستندي يشترك مع عدة عقود أخرى من حيث وجود وثائق؛ لكنه يتميز عنها من حيث استقلالته: و هو عقد متعلق بكيفية تسديد ثمن بضاعة لمستورد، مستقل عن عقد بيع هذه البضاعة (3).

إن الإتفاق بين البائع و المشتري، رغم أنه مستقل عن عقد القرض، إلا أن عقد البيع هو الذي يحدد عادة الشروط الأساسية لعقد الإعتامد المستندي: بهذا الشكل، إن لم يسع المشتري إلى تمويل بنكي يحترم شروط عقد البيع حق للبائع عدم تنفيذ التزامه و طلب فسخ هذا العقد (4).

يتحقق الإعتامد المستندي على مرحلتين:

- الإتفاق بين المشتري المستورد و بنكه، و هذا الإتفاق هو أساس عقد الإعتامد المستندي: فهو الذي يحدد مدى التزام البنك.

- خطاب الإعتامد المستندي، و هو مراسلة يرسلها البنك إلى البائع المصدر، يعلمه فيها بدقة بشروط تحقق عقد الإعتامد التي تم الإتفاق عليها مع المشتري، خاصة منها ما تعلق بالوثائق، و التي يؤدي احترامها من قبل البائع إلى تنفيذ عقد القرض (5).

في هذا الإطار لا يجبر بنك على منح اعتماد مستندي، إلا إذا كان قد ألزم نفسه بذلك

1) LAMY, Droit du financement, crédit documentaire , op. cit. p. 5079.

2) Idem.

3) Idem.

4) DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise – op.cit – p144.

5) Idem.

في إطار عقد فتح اعتماد؛ و سيحدد هذا الإتفاق إلتزامات كل من البنك و المشتري، حجم و طبيعة وأجل الإعتقاد، كيفية تسديد الأموال، طبيعة الوثائق، و عمولة البنك (1).

إن الدور الرئيسي في عقد الإعتقاد المستندي يلعبه بنك المشتري؛ لكن البائع يمكن أن يدخل بنكه في العملية أيضا، خاصة إذا تخوف من عملية هو ليس معتادا عليها؛ و تدخل بنك البائع يمكن أن يأخذ عدة أشكال، كأن يقوم هو بمراجعة خطاب الإعتقاد و تأكيد مدى التزام بنك المشتري، و إستقبال الأموال من هذا البنك و وضعها تحت تصرف البائع (2).

إن التزام بنك المشتري قد يكون حسب الإتفاق بينه و بين المشتري، قابلا للإلغاء أو لا: ففي الحالة الأولى، لا يكون المستفيد من هذا القرض (البائع) في وضعية آمنة، إذ أن البنك لا يلتزم تجاهه أصلا، بل تجاه المشتري. هذه الوضعية الهشة للبائع في هذا النوع من الإعتقاد المستندي هي التي جعلت الممارسة تميل نحو النوع الثاني، و هو الإعتقاد المستندي غير القابل للإلغاء؛ ففي هذا النوع من الإعتقاد، تكون وضعية البائع أضمن بكثير منها في النوع الأول: فبنك المشتري في هذه الحالة يلتزم مباشرة تجاه البائع: يكفي أن يحترم هذا الأخير إلتزامه بتقديم وثائق مطابقة لخطاب الإعتقاد حتى يجبر البنك على تنفيذ إلتزامه بتحرير الأموال؛ فوق ذلك، فاستقلالية هذا العقد عن عقد البيع و عن الإتفاق بين المشتري و بنكه تمثل ضمانا آخر للبائع: إفلاس المشتري مثلا لا يضع حدا لإلتزام بنكه قبل البائع (3).

الفرع الثالث : عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء

بصريح الفقرة الثانية من المادة 68 من أمر 03-11، فإن المشرع اعتبر كعملية قرض، أي كعملية مصرفية، عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء، التي اصطلح على تسميتها عمليات القرض الإيجاري.

إن عملية القرض الإيجاري عملية تمكن مؤسسة القرض من تنويع خدماتها ؛ كما تسمح للمستفيد من القرض الإيجاري من تمويل ما يحتاج إليه من أموال بمختلف أنواعها دون تمويل خارجي، و لا حتى تمويل شخصي (4).

إن عملية القرض الإيجاري ممارسة حديثة النشأة نسبيا : بدأت في الولايات المتحدة

1) PIEDELIEVRE Stéphane – op.cit – p440.

2) Idem.

3) Lamy droit du financement – crédit documentaire – op.cit – p 5080.

4) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 373.

في 1952 مع نشأة مؤسسة تخصصت فيه، هي مؤسسة United States lesasing corporation : مؤسسة حققت بسرعة نجاحا كبيرا، فنقلت الفكرة فيما بعد إلى دول أخرى (1).

من الناحية الاقتصادية، فعقد الاعتماد الإيجاري عقد له فوائد ضخمة، من حيث أنه يبرمج الإيجار و يوجهه ؛ بالمقابل، من الناحية القانونية، فهو عقد يجمع بين طرفين :

- مؤسسة القرض، سواء كانت بنكا أو مؤسسة مالية من جهة أولى، على اعتبار أن عملية القرض الإيجاري عملية مصرفية؛ لكن أمر 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري (2) يسمح لمؤسسات الأخرى أن تتخصص في هذه العملية تماشيا مع طريقة ممارسة هذه العملية عند نشأتها؛ هذه المؤسسات تنشأ بإتباع إجراءات منصوص عليها في نظام 96-06 المؤرخ في 03 يوليو 1996، يحدد كفاءات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري و شروط اعتمادها (3)، بعد اجتماع مجموعة من الشروط الموضوعية، و اتباع إجراءات التأسيس أمام مجلس النقد و القرض، و الحصول على اعتماد من محافظ بنك الجزائر.

- الشخص المستفيد من القرض الإيجاري، و قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، يسمّى في إطار هذه العملية بالمستأجر (4).

من الناحية القانونية دائما، فإن عقد القرض الإيجاري يعتمد على تقنية تعاقدية معقدة : فالعقد يستلزم تركيب مجموعة من العناصر: أن تقوم مؤسسة القرض في البداية بشراء مال منقول أو عقار بالشروط و المميزات التي طلبها المستفيد، تقديم هذا المال إلى هذا الأخير ليستعمله مع تسديد مبالغ دورية هي قيمة إيجار لهذا المال، مع منح حق خيار الشراء لهذا المستأجر بعد انتهاء مدة العقد أو عدم شرائه و إرجاعه للمؤسسة المالكة: يمكن أن نستنتج تعايش عدة عقود في هذه العملية: عقد شراء، عقد وكالة، عقد وعد بالإيجار، عقد إيجار، عقد وعد بالبيع و عقد بيع (5).

إن عقد القرض الإيجاري يخص مختلف أنواع الأموال، سواء كانت منقولة أو غير منقولة: اختلاف الأموال سيؤدي إلى بعض الاختلافات من حيث كيفية إبرام العقد و التزامات

1) PIEDELIEVRE Stéphane, op. cit. p. 364.

2) الجريدة الرسمية رقم 03 لسنة 1996.

3) الجريدة الرسمية رقم 66 لسنة 1996.

4) أنظر مثلا المادة 07 من أمر 96-09.

5) PIEDELIEVRE Stéphane, op. cit. p. 365.

الطرفين. لكن مهما كان الحال، فإنه يخضع إلى قواعد عامة (1).

من حيث إبرام عقد الاعتماد الإيجاري، و نظرا لتعقيده، فإنه يمر بمرحلة سابقة للتعاقد قبل مرحلة التعاقد :

- في المرحلة السابقة للتعاقد، قد يتوجه طالب القرض الإيجاري أولا إلى البائع الذي يعرض المال المرغوب فيه للبيع، أو إلى مؤسسة القرض : فإن توجه أولا إلى البائع، سيتعلق الأمر بينهما بتحديد عناصر عقد البيع من ثمن، و مميزات المبيع؛ ثم بعد ذلك، يتوجه طالب القرض مرفوقا بهذه المعطيات إلى مؤسسة القرض التي ستلتزم تجاهه بوعدين بالتعاقد : وعد بشراء ما يطمح إليه طالب القرض الإيجاري، و وعد بتأجيله له؛ أما إذا توجه طالب القرض إلى مؤسسة القرض أولا، فسيتم العقد على مرحلتين: ستعد المؤسسة طالب القرض بشراء المال المطلوب، و بتأجيله له، ثم ستمنح له عادة وكالة من أجل شراء المال باسمها و لحسابها (2).

بعد هذه المرحلة، تأتي مرحلة التعاقد التي يبرم خلالها عقد القرض الإيجاري؛ تبدأ بتنفيذ مؤسسة القرض لوعدها بالشراء و التأجير: هكذا، يتم شراء المال من طرف المؤسسة التي تصبح بذلك مالكة له، سواء كان ذلك بمقتضى عقد وكالة بينها و بين طالب القرض، أو دون ذلك. أما عقد الإيجار، فسيبرم بين مؤسسة القرض المؤجرة، و المستفيد من القرض المستأجر: هذا العقد ضروري لتكثيف عملية الاعتماد الإيجاري، على أساس أن المشرع يتحدث صراحة عن عقود إيجار مرفوقة بحق خيار الشراء عند تطرقه إلى عمليات القرض الإيجاري؛ على ذلك يجب أن يشتمل هذا العقد على كل عناصر عقد الإيجار من مدة الإيجار، بدل الإيجار.. الخ (3)، لكن فوق ذلك، يجب أن يشتمل عقد الإيجار على وعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو مؤسسة القرض : هذا الوعد هو الذي سيميز عقد القرض الإيجاري عن عقد الإيجار و عن عقد البيع.

فعلا، فإن إبرام عقد الإيجار بين الطرفين دون اشتماله على هذا الوعد سيجعل منه عقد إيجار، و ليس عقد قرض إيجاري؛ أما إذا كان الوعد بالبيع موجودا، لكن ملزما للجانبين، سنكون أمام عقد بيع مع تقسيط الثمن و تأجيل انتقال الملكية (4).

لا توجد ملاحظات خاصة حول عقد البيع الذي تبرمه مؤسسة القرض مع البائع، إلا

1) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 374.

2) PIEDELIEVRE Stéphane, op. cit. p. 367.

3) Idem.

4) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 375.

فيما يتعلق بافتراض احتواء المبيع على عيوب خفية : ففي هذه الفرضية، من سيتعرف على هذه العيوب، و من سيتضرر منها بشكل مباشر هو المستأجر. مع ذلك، لا يمكن قانونا أن يفعل شيئا تجاه البائع على اعتبار أنه طرف أجنبي عن عقد البيع : فالبائع لا يدين له بأي التزام بالضمان. لكن يجوز للمستأجر في هذه الحالة أن يعود على مؤسسة القرض على اعتبار أنها أجرت له مالا غير صالح للغرض الذي أجز من أجله (1). كل هذه المشاكل جرت الممارسة العملية إلى التفطن إلى ضرورة وضع علاقة قانونية بين المستأجر و البائع، تمكن الأول من العودة على الأخير في حالة اكتشافه عيبا خفيا في المال موضوع التعاقد : هذه الآلية القانونية هي وضع بند في عقد البيع يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير، تجعل من خلاله مؤسسة القرض المستأجر مستفيدا من الالتزام بالضمان الذي يقع على البائع، بحيث يؤسس عودته عليه(2)؛ بالنسبة للقانون الجزائري، فقد جعل المشرع مسألة نقل دعوى الضمان هذه إلى المستأجر عند التعاقد بين المؤسسة المؤجرة و البائع عنصرا من عناصر القرض الإيجاري(3).

هكذا، عادة ما ترفق اليوم المؤسسات المؤجرة عقد البيع و عقد الإيجار بيندين : بند في عقد البيع يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير لتمكين المستأجر من إقامة دعوى الضمان على البائع، و بند في عقد الإيجار لاسقاط التزامها بالضمان تجاه المستأجر(4) .

إن بقاء مؤسسة القرض مالكة للمال موضوع القرض الإيجاري يشكل ضمانها تجاه كل ما يمكن أن يصيب المستأجر كالوفاة أو الإفلاس قبل انتهاء مدة الإيجار: إذ يمكنها إخراج مالها من التركة أو من التصفية (5).

إن عقد الاعتماد الإيجاري ينشئ حقوقا و التزامات لكل من طرفيه.

- من الناحية الأولى، بالنسبة للمستأجر، فإنه يلتزم في إطار هذا العقد بأن يستعمل المال موضوعه استعمال الرجل العادي، و الحفاظ عليه ؛ كما أنه يلتزم بدفع الأجرة، و إلا تعرض

1) Idem.

2) DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, op. cit. p. 119..

3) إن أمر 96-09 يميز بين الاعتماد الإيجاري المالي، و الاعتماد الإيجاري العملي في المادة 02 منه : و بنصه في المادة 10 على أن حق خيار الشراء خاص بالاعتماد الإيجاري المالي، فإن هذا النوع فقط هو الذي يعتبر عملية قرض بمفهوم قانون النقد و القرض.

و قد فرض المشرع في المادة 02 نقل كل الحقوق و الالتزامات و المنافع المساوي و المخاطر المرتبطة بملكية المال الممول لصالح المستأجر و منها دعوى ضمان العيوب المخفية.

4) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 374.

5) DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, op. cit. p. 119..

لفسخ العقد، إضافة إلى دفعه لتعويض (1). فعلا، فقد قرر المشرع أن عدم دفع الأجرة يرتب حق المؤجر في وضع حد لاستعمال المستأجر للمال المؤجر، و استرجاعه أيضا إما بالتراضي أو بمجرد أمر على عريضة غير قابل للاستئناف؛ و في هذه الحالة يمكن المؤجر أن يتصرف فورا في العين عن طريق تأجيرها أو بيعها أو رهنها ..الخ، ولا يمكن الاتفاق على إسقاط هذا الامتياز للمؤجر، فالمشرع جعل من عدم دفع المستأجر لقسط واحد من الإيجار فسحا تعسفيا من طرفه لعقد الاعتماد الإيجاري، يحق معه للمؤجر التوجه للقضاء للفصل في دفع تعويض له، و حتى في دفع الإيجارات المتبقية و المستحقة (2).

بالمقابل، يحق للمستأجر عند نهاية مدة العقد التي لا تقبل الإلغاء، أن يختار شراء المال موضوع الإيجار، فيبرم عقد البيع بينه و بين مؤسسة القرض على ثمن سبق أن تم تحديده في الوعد بالبيع هو ما يسمى بالقيمة المتبقية؛ مبلغ ضعيف مقارنة مع قيمة المال لأنه يأخذ بعين الاعتبار أقساط الإيجار التي تم دفعها من قبل : هذا ما يشجع المستأجر عادة على الشراء؛ يمكنه أيضا أن يختار عدم الشراء، و إرجاع المال إلى مؤسسة القرض، و ينتهي العقد بينهما، أو أن يختار تجديد الإيجار مقابل أجرة يُتفق عليها من جديد (3).

إن قيمة قسط الإيجار في الاعتماد الإيجاري أكبر منها إذا كان العقد إيجارا عاديا : فهي تأخذ بعين الاعتبار سعر شراء المال، أعباء مؤسسة القرض، و هامش ربح لها (4)، تقسم على فترات دورية، أشهراً أو ثلاثيات أو سداسيات .. الخ.

- من الناحية المقابلة، تلتزم مؤسسة القرض بتسليم المال بجميع توابعه الضرورية لاستعماله استعمالا عاديا، و يحق لها الاستفادة من الأجرة.

في إطار تنفيذ وعدها بالبيع الملزم لها وحدها، فإن مؤسسة القرض تواجه فرضية عدم اختيار المستفيد للشراء: في الحقيقة، أمام إغراء ضعف الثمن، المتمثل في القيمة المتبقية، فهذه الفرضية محدودة جدا. لكن حتى مع وجودها، فإن القيمة المتبقية نفسها هي التي ستسهل على مؤسسة القرض بيع المال لأن ثمنه سيكون ضئيلا، ربما مساويا لهذه القيمة (5).

1) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 375.

(2) المادتين 20 و 21 من أمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

(3) المادة 16 من أمر 96-09. Voir aussi : PIEDELIEVRE Stéphane, op. cit. p. 367.

(4) المادة 14 من أمر 96-09.

5) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, op. cit. p. 377.

المبحث الثاني: مؤسسات تدخل الدولة في مجال القرض البنكي

إن تدخل الدولة في مجال القرض البنكي يتجسد من خلال مؤسسات هي بحق الدولة بوجه جديد، تمارس صلاحيات الدولة الكلاسيكية من خلال إطار جديد يتفادى عيوب هذه الأخيرة: الأمر يتعلق بمؤسستي مجلس النقد و القرض و اللجنة المصرفية .

المطلب الأول: مجلس النقد والقرض

يجسد مجلس النقد والقرض جهاز الدولة لتنظيم الممارسة البنكية، ومنها عملية القرض: فهو برلمان مصغر للبنوك والمؤسسات المالية.

بمقتضى الأمر رقم 01-01 المؤرخ في 27 فيفري 2001 (1) تم تعديل وتتميم قانون 90-10 فيما يتعلق بمجلس النقد والقرض؛ بالفعل فقد كان مجلس النقد والقرض بمقتضى قانون 90-10 هو نفسه مجلس إدارة بنك الجزائر، بحيث كانت له صلاحيات بصفته هذه، وصلاحيات أخرى بصفته سلطة نقدية؛ وعلى ذلك، فعند اتخاذ قرار من هذه الصلاحيات أو تلك، كان عليه تبيان صفته.

إن الغاية الأولى من تعديل 01-01 لقانون النقد والقرض هو الفصل بين صلاحيات جهاز مجلس النقد والقرض، الذي أصبحت له صلاحيات كسلطة نقدية فقط، وبنك الجزائر، بحيث تتجسد سياسة الفصل بين المؤسسات، خاصة وأن لكل جهاز منهما وظيفة ودور خاصين به.

بصدور أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض الذي ألغى صراحة قانون 90-10، وأمر 10-04 الذي عدّله و تممه، فقد تم الحفاظ على ما جا به أمر 01-01، مع بعض التغييرات التي مست مؤسسة مجلس النقد والقرض سواء من حيث الجانب الهيكلي، أو من حيث الجانب الوظيفي.

الفرع الأول: الإطار الهيكلي لمجلس النقد والقرض

نظم المشرع مجلس النقد و القرض من حيث أعضائه و اجتماعاته بطريقة تستدعي التوقف عند كيفية قيامه بذلك.

الفقرة الأولى: معاينة الجوانب الهيكلية لمجلس النقد و القرض

يتكون مجلس النقد والقرض حاليا (1) من :

- أعضاء مجلس إدارة بنك الجزائر.

- شخصيتين يتم اختيارهما بحكم كفاءتهما في المسائل الإقتصادية والنقدية.

لهذا، يكون أمر 03-11 قد إحتفظ لمجلس النقد والقرض من حيث إطاره الهيكلي بتشكيلة السابقة (أعضاء مجلس إدارة بنك الجزائر حسب المادة 32 من قانون النقد والقرض 90-10)، مع إضافة أعضاء جدد (الشخصيتين البارزتين في المسائل الإقتصادية والنقدية)، ليصبح أعضاء مجلس النقد والقرض هم:

أولا: محافظ بنك الجزائر

إن محافظ البنك المركزي في أي دولة شخصية مهمة جدا: فتوجه الدولة من حيث تسيير القرض، والإقتصاد بشكل عام يستتبط من شخص محافظها؛ الجزائر لم تخرج عن هذه القاعدة، فالمحافظ شخص جد مهم، إذ يترأس ثلاثة أجهزة لها دورها في النظام المصرفي، و عملية القرض بشكل خاص: مجلس إدارة بنك الجزائر (2)، مجلس النقد والقرض (3) واللجنة المصرفية (4).

هكذا، وبالرغم من غاية المشرع بمقتضى تعديل 01-01 الذي تلاه أمر 03-11 في تجسيد الفصل بين المؤسسات، فقد تم التوصل إليها مع الإحتفاظ بحد أدنى من ضمان التناسق بينها: فكون المحافظ رئيسيا للأجهزة الثلاثة أعلاه، ويهمنها منها الآن خاصة مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية، يضمن تناسق سياسة الدولة في مجال القرض عن طريق تنظيمات تصدر عن مجلس النقد والقرض يضمن حسن تطبيقها (في حدود القانون) من طرف اللجنة المصرفية لكون المحافظ يرأس المؤسساتين .

يعين المحافظ بمرسوم من رئيس الجمهورية (5)؛ ولكن، خلافا لمرحلة ما قبل التعديل، أين كان المحافظ يعين لفترة 6 سنوات، ولا يمكن إقالته إلا في حالتين فقط هما حالة العجز

(1) المادة 58 من أمر 03-11.

(2) المادة 18 من أمر 03-11.

(3) المادة 60 من أمر 03-11.

(4) المادة 106 من أمر 03-11.

(5) المادة 13 من أمر 03-11.

الصحي المثبت قانونا وحالة الخطأ الفادح، وبموجب مرسوم يصدره رئيس الجمهورية دائما (1)، فبمقتضى تعديل 01-01 الذي ألغى المادة 22 من قانون 90-10، لم يعد هناك تحديد لووكالة المحافظ، ولا شروط لإقالته: الأمر الذي يجسد إنقاص حقيقي من إمتيازات منصب المحافظ، الذي أصبح يمكن لرئيس الجمهورية، بعد تعيينه بمرسوم رئاسي، أن يقيله في أي وقت، دون التقيد بشروط المادة 22 الملغاة، شرط عدم التعسف طبعا. هكذا، فمن أهداف التعديل إذن توسيع سلطات رئيس الجمهورية في المجالين النقدي والإقتصادي بتحكمه في مسألتي تعيين وإقالة المحافظ.

ثانيا: نواب محافظ بنك الجزائر

يتم تعيين نواب المحافظ الثلاثة بموجب مرسوم رئاسي (2)؛ وإن كان قانون النقد والقرض 90-10 قد فرض تحديد المرسوم لرتبة كل واحد منهم، فإن أمر 03-11 لم يفرض ذلك؛ لكن لكونه نص صراحة على أن مجلس النقد و القرض يضع نظامه الداخلي (3)، فإن الأمر يحل مسألة تحديد رتبة كل واحد منهم؛ أن أهمية تحديد نواب ثلاثة للمحافظ تتعلق بالدرجة الأولى بحالة شغور منصب المحافظ؛ ونظرا لحاجة مجلس النقد والقرض لرئيس في إجتماعاته، فيعوضه في هذه الحالة أحد نوابه حسب ما ينص عليه النظام الداخلي لمجلس النقد و القرض.

بنفس الوضع بالنسبة للمحافظ، فقد كانت المادة 22 من قانون 90-10 الملغاة تحدد مدة لووكالة نواب المحافظ هي 5 سنوات، لا يمكن إقالتهم فيها إلا في حالة العجز القانوني أو الخطأ الفادح؛ إن غاية إقالة المحافظ في أي وقت تستدعي إخضاع نوابه لنفس النظام: فلا فائدة للتوصل إلى غرض تعديل 01-01 ثم بعده أمر 03-11، و هو بسط سلطة رئيس الجمهورية في المجالين الإقتصادي والنقدي، من تجسيد إمكانية إقالة المحافظ، مع الإحتفاظ بالنظام القديم (المادة 22) فيما يتعلق بنوابه طالما كانت لهم إمكانية قانونية في ترأس أجهزة النظام المصرفي في حالة شغور منصب المحافظ أو في حالة وقوع مانع له: على ذلك، فحسب أمر 03-11 يمكن أيضا إقالة نواب المحافظ بمرسوم من رئيس الجمهورية في أي وقت، شرط عدم التعسف في ذلك.

ثالثا: شخصيات أخرى متخصصة

ليس من الغريب أن يحتاج جهاز كمجلس النقد والقرض إلى خبرات في المجالين

1 المادة 22 من قانون 90-10 الملغاة صراحة منذ صدور أمر 01-01 بمقتضى المادة 13 منه.

2 المادة 13 من أمر 03-11.

3 المادة 60 من أمر 03-11.

الإقتصادي والمالي: من الطبيعي إذن أن يكون في تشكيلة مجلس النقد والقرض أشخاص من هؤلاء.

فعلا، فقد قرر المشرع وضع ثلاثة أشخاص كموظفين سامين، يعينون بمرسوم من رئيس الحكومة قبل أمر 03-11، و بمرسوم من رئيس الجمهورية منذ صدور هذا الأمر، لقراراتهم في المجال الإقتصادي، كما يتم تعيين ثلاثة مستخلفين ليحلوا محلهم عند الإقتضاء، أي في حالة تغييبهم أو شغور منصبهم (1).

زيادة على ذلك، فمن التعديلات التي أتى بها أمر 01-01 هو تزويد تشكيلة مجلس النقد والقرض بثلاثة أعضاء جدد معروفين بكفاءتهم في الإقتصاد والنقد، لكن يتم تعيينهم بموجب مرسوم من رئيس الجمهورية؛ ثم بصدور أمر 03-11، تم تخفيض عددهم إلى شخصيتين (2).

نظرا للأهمية التي تكتسيها شخصيات مجلس النقد والقرض، من الطبيعي أن يقرر المشرع منع أي عضو فيه أن يفوض من يمثله في الإجتماعات كما قرر بالمقابل إمكانية عقد الإجتماعات بوجود ستة أعضاء من المجلس على الأقل (3).

يجتمع مجلس النقد و القرض في أربع دورات عادية في السنة على الأقل، و يمكن أن يستدعى إلى الإنعقاد كلما دعت الضرورة إلى ذلك بمبادرة من رئيسه أو من عضوين منه ؛ ويقترحون في هذه الحالة جدول أعمال المجلس (4).

تتخذ قرارات المجلس بالأغلبية البسيطة للأصوات، و في حالة تساوي عددها، يكون صوت الرئيس مرجحا (5).

الفقرة الثانية: تقييم الجوانب الهيكلية لمجلس النقد و القرض

إن المتمعن في تناول المشرع لهيكله مجلس النقد و القرض سيتوقف حتما عن نقطتين

أساسيتين :

(1) المادة 18 من أمر 03-11.

(2) المادة 58 من أمر 03-11.

(3) المادة 60 من أمر 03-11.

(4) المادة 2/60 من قانون النقد و القرض 03-11.

(5) المادة 1/60 من قانون النقد و القرض 03-11.

أولاً : من حيث جهة تعيين أعضاء مجلس النقد و القرض

الملاحظ أن الجهة المختصة بتعيين كل أعضاء مجلس النقد و القرض هي رئاسة الجمهورية : إن الأمر لم يكن دائما كذلك :

في إطار قانون 90-10، كان مجلس النقد و القرض يتألف من سبعة أعضاء يعين منهم رئيس الجمهورية، أربعة (المحافظ و نواب المحافظ الثلاثة) و رئيس الحكومة يعين ثلاثة (هم الموظفين الساميين المعروفين بقدراتهم في الشؤون الاقتصادية و المالية، كما يعين رئيس الحكومة ثلاثة مستخلفين ليحلوا محلهم في حالة تغييبهم أو شغور منصبهم) (1).

بصدور تعديل 01-01، أصبح عدد أعضاء مجلس النقد و القرض 10، يعين منهم رئيس الجمهورية 07 و هم : المحافظ، نوابه الثلاثة، و ثلاثة شخصيات يختارون بحكم خبرتهم في المجالين الاقتصادي و المالي (2)، و يعين رئيس الحكومة ثلاثة منهم هم الموظفين الثلاثة المعينين في مجلس إدارة بنك الجزائر بحكم خبرتهم في الاقتصاد و المال، و الذين يدخلون أيضا في تشكيلية مجلس النقد و القرض (3).

هكذا، و إلى غاية 2001، كان مركز اتخاذ قرارات تعيين أعضاء مجلس النقد و القرض موزعا بين جهتين، و إن كانت ملاحظة ترجيح حصة رئيس الجمهورية من قرارات التعيين على حصة رئيس الحكومة جد واضحة و محتدة في أمر 01-01.

غير أنه بصدور أمر 03-11، صار كل أعضاء مجلس النقد و القرض، وقد أصبحوا 9، يعينون بموجب مرسوم من رئيس الجمهورية، وهو أمر جد منتقد في دولة القانون على اعتبار أن تعدد مصادر اتخاذ قرارات التعيين هو أحد ضمانات الاستقلالية التي لا يمكن أن تتحقق دون وضع أعضاء المجلس في مأمن من ضغوطات النظام السياسي (4)؛ كما أنه يضمن جدية أكبر في اتخاذ قراراتها عن طريق تقديم اقتراحات مختلفة (5).

(1) المادتين 32 و 34 من قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض.

(2) المادة 43 مكرر من قانون النقد و القرض و التي جاءت بها المادة 10 من أمر 01-01 المعدل و المتمم لقانون النقد و القرض 90-10.

(3) المادتين 32 و 43 من قانون النقد و القرض 90-10 المعدل و المتمم.

(4) COLSON Jean-Philippe – Droit public économique – LGDJ 1995 – p 202.

(5) AUTIN Jean-Louis, "Les autorités administratives indépendantes", Juris-classeur, fasc. 75, 1997, § 10.

ثانياً: من حيث مدة تعيين بعض أعضائه

في ظل قانون النقد و القرض 90-10 الملغى، كان المحافظ و نواب المحافظ كما ذكرنا أعلاه يعينون لفترة زمنية محددة قانونياً (6 و 5 سنوات على التوالي)، لا يمكن إقالتهم فيها إلا استثناءً بسبب العجز أو الخطأ الجسيم؛ هذا لضمان استقلالية الأشخاص المعيّنين عن سلطة التعيين. لكن بمجرد تعديل قانون 90-10 بالأمر 01-01، ألغيت هذه الضمانة المهمة جداً، بإلغاء المادة 22 من قانون 90-10 التي كانت تكرسها، و أصبح التعيين أو الإقالة يخضعان معاً لرئيس الجمهورية طبقاً لقاعدة توازي الأشكال، دون أي تقييد بفترة زمنية؛ و هو المقتضى الذي تم تأكيده بصور قانون النقد و القرض 03-11.

من المؤكد أن هذا "التطور التشريعي" هدفه المساس باستقلالية مؤسسة مجلس النقد و القرض: فضمان فعالية هذا المجلس مرتبطة بقيام أعضائه بعملهم بشكل عادي، دون التخوف من إمكانية إقالتهم. هذا هو غرض ما سمي "بالوكالة" (le mandat) التي يعين بمقتضاها شخص في جهة يراد استقلالها عن أي ضغوطات سياسية أو سلمية، و لا يمكن لفترة محددة إقالته منها؛ بل أكثر من ذلك، فإن إمكانية تجديد الوكالة، و التي هي محل نقاش فقهي (1)، تمس بالاستقلالية حسب رأي الأستاذ DIARRA لـ "طمع" الأعضاء في تجديد عضويتهم (2).

إن المشرع الجزائري، و منذ قانون 90-10، قد كرس في الهيكل المؤسساتي للنظام المصرفي وجهاً جديداً لممارسة أعمال الدولة الكلاسيكية و هو السلطات الإدارية المستقلة (3) و ذلك في سياق توجه عالمي نحو هذا الطريق الجديد في ممارسة السلطة و الحفاظ على مكتسبات قواعد السوق: الغرض منه هو تفادي سلبيات هيكل الدولة الكلاسيكية؛ فهي سلطات لأنها تتخذ قرارات وأنظمة، إدارية لأن نشاطها هو نشاط الدولة الكلاسيكية، و مستقلة لأنها تمارس عملها بكل حرية، بعيدة عن أي سلطة سلمية أو ضغط سياسي: إن مجلس النقد و القرض يعد واحداً منها.

(1) إذ يرى فيها البعض مساساً بالاستقلالية لأنها تبعث الأعضاء إلى التصرف بشكل غير عادي، غير مستقل بغرض بعث جهة التعيين إلى تجديد عضويتهم، و يرى البعض الآخر أنها وجه من أوجه مكافأة الأعضاء الذين أدوا واجبهم بشكل جيد - أنظر: Autin, op. cit. p. 06.

2) DIARRA, A., "Les autorités administratives indépendantes dans les Etats francophones d'Afrique noire, cas du Mali, du Sénégal et du Bénin", 2000, cité par R. Zouaïmia, *Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie*, Ed. Houma, Alger, 2005, note 45.

(3) أنظر بن لطرش منى، السلطات الإدارية المستقلة في مجال القرض، وجه جديد لدور الدولة، مجلة إدارة، رقم 02، سنة 2002.

غير أن ما لاحظناه إلى حد الآن بالنسبة لهذا المجلس، و في إطاره الهيكلي، يجعلنا نشكك في تجميع مجلس النقد و القرض لكل إيجابيات هذا الصنف من الهياكل القانونية: فاستقلاليتته غير مضمونة إطلاقاً، و المشرع في هذا الإطار قد تَهَقَّرَ تَهَقُّراً صارخاً ؛ يبدو أن المشرع، بتكريسه لنظام السلطات الإدارية المستقلة بالنسبة لجهاز مجلس النقد و القرض، تم تفرغته تماماً من محتواه و غرضه، الأمر الذي يظهر النظام القانوني و السياسي الجزائري على أنه ليس مستعداً بعد لاستيعاب هذه السلطات، و كل ما تقتضيه (1).

الفرع الثاني : الإطار الوظيفي لمجلس النقد و القرض

لقد منح أمر 11-03 مجلس النقد و القرض مجالاً واسعاً من حيث الاختصاص الوظيفي : فهو جهة إصدار أنظمة في مجالات متعددة كما أنه يصدر قرارات فردية تتحكم في وجود المؤسسات التي تمارس هذه العملية.

الفقرة الأولى: الإختصاص التنظيمي لمجلس النقد و القرض

تجسيدا لتدخل الدولة في مجال عملية القرض البنكي، يبرز دور مجلس النقد و القرض في إصدار الأنظمة المنظمة لهذه العملية؛ أنظمة لها تأثيرها سواء على المستوى الموضوعي أو الإجرائي.

أولاً : الإطار الموضوعي لسلطة إصدار أنظمة مجلس النقد و القرض

في مجال سلطة اتخاذ الأنظمة، قرر قانون النقد و القرض الوارد بمقتضى أمر 03-11 المعدل و المتمم بأمر 10-04 ما يلي (2):

" يخول المجلس صلاحيات بصفة سلطة نقدية في الميادين المتعلقة بما

يأتي :

أ- إصدار النقد، كما هو منصوص عليه في المادتين 4 و 5 من هذا الأمر

(1) لا بد أن نشير هنا إلى أن رئيس الحكومة في الجزائر، و منذ إعلان حالة الطوارئ و تعليق العمل بالدستور، هو شخص معين من طرف رئيس الجمهورية، و ليس ممثلاً للحزب الفائز في الإنتخابات: قد يكون هذا سبب بسط سلطة رئيس الجمهورية في تعيين أعضاء مجلس النقد و القرض، و عدة مؤسسات شبيهة؛ كما أن المؤكد، و الواقع الدستوري كذلك، أنه يصعب تجسيد الغرض من السلطات الإدارية المستقلة؛ لكن هذا لا ينفي أن في الأمر مساس باستقلاليتها.

(2) المادة 62 منه.

و كذا تغطيته.

ب- مقاييس و شروط عمليات البنك المركزي، لا سيما فيما يخص الخصم و السندات تحت نظام الأمانة و رهن السندات العامة و الخاصة و العمليات المتصلة بالمعادن الثمينة و العملات.

ج- تحديد السياسة النقدية و الإشراف عليها و متابعتها و تقييمها. و لهذا الغرض، يحدد المجلس الأهداف النقدية لا سيما فيها يتصل بتطور المجاميع النقدية و القرصية و يحدد استخدام النقد و كذا وضع قواعد الرقابة في سوق النقد و يتأكد من نشر معلومات في السوق ترمي إلى تفادي مخاطر الاختلال.

د- منتجات التوفير و القرض الجديدة.

هـ- إعداد المعايير و سير وسائل الدفع و سلامتها.

و- شروط اعتماد البنوك و المؤسسات المالية و فتحها، و كذا شروط إقامة شبكاتها، لا سيما تحديد الحد الأدنى من رأسمال البنوك و المؤسسات المالية و كذا كفاءات إدراته.

ز- شروط فتح مكاتب تمثيل البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية في

الجزائر.

ح- المقاييس و النسب التي تطبق على البنوك و المؤسسات المالية لا سيما فيما يخص تغطية المخاطر و توزيعها، و السيولة و القدرة على الوفاء و المخاطر بوجه عام.

ط- حماية زبائن البنوك و المؤسسات المالية لا سيما في مجال العمليات

مع هؤلاء الزبائن.

ي- المقاييس و القواعد المحاسبية التي تطبق على البنوك و المؤسسات المالية مع مراعاة التطور الحاصل على الصعيد الدولي في هذا الميدان، و كذا كفاءات و آجال تبليغ الحسابات و البيانات المحاسبية الإحصائية و الوضعيات لكل ذوي الحقوق لا سيما منها بنك الجزائر.

ك- الشروط التقنية لممارسة المهنة المصرفية و مهنتي الاستشارة

و الوساطة في المجالين المصرفي و المالي.

ل- تحديد أهداف سياسة سعر الصرف و كيفية ضبط الصرف.

م- تسيير احتياطات الصرف.

ن- قواعد السير الحسن و أخلاقيات المهنة المطبقة على البنوك

و المؤسسات المالية.

"....."

إن القارئ لهذه المادة يلاحظ حتما مدى اتساع سلطة مجلس النقد و القرض في وضع أنظمة : إذ بالإضافة إلى المجالات الأخرى، فهو الذي يحدد القواعد و النسب التي تخضع لها عملية القرض، و يحدد كل ما يمكن أن يحيط بها شأن قواعد إنشاء بنوك و مؤسسات مالية، أو حماية زبانتها.

هذا المجال الواسع لسلطة التنظيم، و الذي يساهم في جعل مجلس النقد و القرض سلطة إدارية مستقلة قد أثار، شأنه شأن السلطة التنظيمية الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة ككل، نقاشا فقهيا حارا : إن هذه السلطات هي طريق جديد للقيام بأعمال الدولة : هي الدولة دائما، لكن بوجه جديد؛ إن كان الغرض منها تفادي سلبات الدولة الكلاسيكية عن طريق إنشاء هذه المؤسسات المشكلة من نوي الاختصاص و التي تمارس سلطة الدولة الكلاسيكية بشكل مستقل، فالإشكال الذي يبقى مطروحا بالنسبة لها هو : هل الدستور، الذي وضع لدولة وزعت فيها السلطة بشكل كلاسيكي يتسع لخروج هذه الأشخاص إلى الوجود القانوني ؟

من هذا المنطلق، و جب أولا البحث في موضوع اختصاص مجلس النقد و القرض، و ربطه بالدستور: فالمادة 122 من هذا الأخير، التي تحوي المجالات التي يشرع فيها البرلمان نصت صراحة على أنه "... يشرع في نظام إصدار النقود، و نظام البنوك و القرض" (1).

إن ما تضمنه المادة 62 من أمر 03-11 هو صلاحيات أحالها المشرع إلى مجلس النقد و القرض في معظم جوانبها دون تأطير أو وضع خطوط عامة : فهي تفويض صريح لصلاحياته الذي كان من المفروض أن يقوم بها بنفسه. فبين التشريع و التنظيم فرق : إن كان الأمر يتعلق بوضع قواعد، فهذا مجال التشريع؛ أما إن كان يتعلق بتنفيذ قواعد موضوعة سابقا، نكون أمام تنفيذ النص الذي تدرج في الاختصاص التنظيمي (2)؛ على ذلك هل من حق المشرع أن يفوض اختصاصه لجهة أخرى ؟

إن هذا الإشكال قد طرح على المجلس الدستوري الفرنسي، و قد انتهى إلى أن تفويض المشرع لسلطة في وضع القواعد القانونية لا يمكن أن يكون دستوريا ؛ المجلس الدستوري الفرنسي قد نظر في الإشكال بوجه عام و متعلق بكل السلطات الإدارية المستقلة عندما تمنح لها

(1) الفقرة 15 من المادة 122 من الدستور.

(2) DUGUIT, cité par Catherine Teitgen-Colly, "Les instances de régulation et la constitution", RDP, n° 1, 1990,

صلاحيات تشريع تكون عادة ماسة بالمادة 34 من الدستور الفرنسي التي تقابلها المادة 122 فقرة 1 من الدستور الجزائري: فالمشرّع عندما يفوض اختصاصا لسلطة إدارية مستقلة يكون قد أنقص من اختصاصه هو الذي منحه إياه الدستور؛ الأمر المرفوض تماما(1): فالمشرّع لا يمكنه أن يفوض ما ينتخب لأدائه بنفسه، بل يجب أن يخول له الدستور إمكانية ذلك. في هذا الإطار يقول الأستاذ Lafférière: "الاختصاصات تمارس، و لا تفوض"(2).

فعلا، و من ناحية أخرى، فإن قيام المشرّع بتفويض صلاحياته يذهب بكل المبادئ الدستورية: فالدستور قد نص على إجراءات دقيقة و صارمة لصدور القوانين بالنسبة لكل غرفة من غرف البرلمان توحى بدقتها، و صعوبتها أحيانا بمدى أهمية المجالات المخولة دستوريا للتشريع؛ هذا من جهة؛ من جهة ثانية، فإن سلطة التشريع التي تمارس وفق هذا الإطار الصارم هي في الحقيقة ملك للشعب، الذي ينتخب كل أعضاء المجلس الشعبي الوطني، و ثلث أعضاء مجلس الأمة بشكل غير مباشر من أجل القيام بالاختصاص الذي يمليه عليه الدستور: فهل يُعقل أن يتم تجاهل كل هذا بكل بساطة، بتحويل سلطة التشريع إلى جهة أخرى، و فوق هذا أعضاؤها يعينون من طرف رئيس الجمهورية؟

إن المجلس الدستوري الجزائري على كل حال لم يثر إشكالا بهذا الشأن.

من باب المقارنة مع القانون الفرنسي، فإن مجلس النقد و القرض من حيث الاختصاص التنظيمي يقابله ما سمي بمجلس التنظيم البنكي الذي يصدر أنظمة تخضع لها مؤسسات القرض في إطار التوجهات التي تضعها الحكومة؛ هذا مع الإشارة إلى أن تشكيلة هذا المجلس ذاتها تحد من إشكالية تفويض سلطة التنظيم: إذ يرأسه الوزير المكلف بالمالية، و باقي أعضاؤه هم محافظ بنك فرنسا، و خمسة أشخاص آخرين يعينون بقرار الوزير المكلف بالمالية(3).

1) TEITGEN-COLLY, Catherine, "Les instances de régulation et la constitution", *RDP*, n° 1, 1990, p. 164.

2) "Les compétences s'exercent mais ne se délèguent pas", cité par . TEITGEN-COLLY, op.cit , p. 168.

3) Art. 32 de la loi 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit (modifié e complété par la loi 99-532 du 25 juin 1999, art. 36) stipule : "Dans le cadre des orientations définies par le gouvernement e sous réserve des attributions du comité de la réglementation comptable, le comité de la réglementation bancaire et financière fixe les prescriptions d'ordre général applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement dans les conditions prévues au chapitre III du présent titre.

Il comprend le ministre chargé de l'économie et des finances ou son représentant, président, le gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire ou son représentant à cette commission, et cinq autres membres ou leurs suppléants, nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances, à savoir : un conseiller d'Etat, un représentant des organisations syndicales représentatives du personnel des établissements de crédit et des entreprises d'investissement autres que celles visées à l'article 15, et deux

من الواضح إذن أنه لم يتم تفويض سلطة التشريع لهذا المجلس ؛ بل أنه نظرا لارتباطه الشديد بالحكومة من خلال وزير المالية، فحتى إشكالية مشاركة الحكومة اختصاصها التنظيمي لا تطرح بحدّة في القانون الفرنسي.

فعلا، و من ناحية أخرى، فإن المادة 62 من أمر 03-11 التي تحدد الاختصاص العام لمجلس النقد و القرض تثير إشكالا آخر: ففي جوانبها التي تتعلق بمنح المشرع لسلطة تنفيذ القانون في المجالات التي حددتها، ألا يشكل ذلك مساسا آخر بالدستور؟

إن المادة 2/125 من الدستور تنص على أنه : "يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة"؛ بنصه هذا، يبدو أن الدستور قد حصر سلطة تنفيذ القوانين عن طريق تنظيمات للاختصاص الحصري للحكومة : فهل من الدستوري أن ينفذ مجلس النقد و القرض نصوص قانون النقد و القرض عن طريق أنظمة ؟

المؤكد أن أمر 03-11 قد منح مجلس النقد و القرض هذه السلطة : الأمر يبدو أكثر وضوحا بمناسبة تناوله لمركزية المخاطر (المادة 98 من أمر 03-11) أين أحال صراحة إلى مجلس النقد و القرض، بعد وضعه القواعد العامة لهذه المركزية، و تنظيم سيرها و تمويلها من قبل البنوك و المؤسسات المالية.

المؤكد أيضا أن المجلس الدستوري الجزائري لم يتصد أيضا لهذه المسألة.

المسألة لا تنتهي عند هذا الحد، بل تذهب إلى أبعد من ذلك : نعطي حول ذلك مثالا: في 14 نوفمبر 2005، صدر مرسوم تنفيذي رقم 05-442 (1) ينفذ المادة 06 من القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها ؛ و قد نص هذا المرسوم في مادته الثانية أنه يجب أن يتم كل دفع يتجاوز مبلغ خمسين ألف دينار (50.000 دج) بواسطة شيك أو تحويل أو بطاقة دفع أو اقتطاع أو سفتجة أو سند لأمر أو أي وسيلة دفع كتابية أخرى.

المؤكد أن رئيس الحكومة ، عندما أصدر هذا النص، يكون قد احترم الدستور. فالمرسوم يشير صراحة إلى المادتين 85 - فقرة 4- ، و 125 - فقرة 2- منه؛ لكن ألم يقع المشرع

personnalités choisies en raison de leurs compétences..."

(1) الجريدة الرسمية رقم 75 لسنة 2005، و قد ألغي هذا المرسوم بمرسوم تنفيذي رقم 06-289، الجريدة الرسمية رقم 53 لسنة 2006.

نفسه من خلال قانون النقد و القرض 03-11 بتقرير كون إصدار أنظمة في مجال وسائل الدفع من اختصاص مجلس النقد و القرض خاصة و أن المادة 6 من القانون 05-01 تتحدث عن استعمال وسائل دفع عن طريق القنوات البنكية و المالية، فأين يبدأ و أين ينتهي دور كل من الحكومة و مجلس النقد و القرض في هذا الإطار ؟

لقد "نظم" قانون النقد و القرض 03-11 العلاقة بين الحكومة و مجلس النقد و القرض في الفقرة الأخيرة من المادة 69 بنصه : "يستمتع المجلس إلى الوزير المكلف بالمالية بناء على طلب هذا الأخير. و تستشير الحكومة المجلس كلما تداولت في مسائل تتعلق بالنقد أو القرض أو مسائل يمكن أن تنعكس على الوضع النقدي". غير أن هذه المادة لا تضع حدا للإشكال أعلاه لاستقلال كل من مجلس النقد و القرض و وزارة المالية عن بعضهما.

من باب المقارنة إذن، فإن المجلس الدستوري الفرنسي قد أقر بإمكانية الإحالة لسلطة إدارية مستقلة لتفوض لها سلطة التنظيم إلى جانب الحكومة، و ذلك بقراءة جد مرنة و واسعة للمادة 21 من الدستور الفرنسي التي تجعل تنفيذ القوانين من اختصاص رئيس الحكومة، لكن شرط أن يكون ذلك بشكل جد مؤطر و محدد في سلطات واضحة و محددة سواء من حيث مجالها أو من حيث موضوعها: لا يمكن التخلي التام عن هذه السلطة لجهة مخالفة لتلك التي حددها الدستور كصاحب لها(1).

ثانيا : الإطار الإجرائي لأنظمة مجلس النقد و القرض

لقد نظم أمر 03-11 إجراءات صدور أنظمة مجلس النقد و القرض (2) ؛ كما أنه باستقراء نصوصه، تتضح الطرق المتاحة للطعن فيها (3).

1- إجراءات صدور أنظمة مجلس النقد و القرض

تبلغ مشاريع أنظمة مجلس النقد و القرض من طرف المحافظ إلى الوزير المكلف بالمالية خلال اليومين التاليين لموافقة المجلس عليها ؛ و يكون لهذا الأخير أجل 10 أيام لطلب

1) LARZUL Tanneguy – droit constitutionnel de l'administration – juris-classeur administratif 1997, Fasc 1452, p14.

(2) المادة 63 / 1 من أمر 03-11.

(3) لمادة 63 / 2 من أمر 03-11.

تعديلها (1).

في حالة طلب تعديل من طرف وزير المالية، يجب على المحافظ استدعاء أعضاء مجلس النقد و القرض للاجتماع في أجل (05) خمسة أيام لعرض التعديل المقترح (2) ؛ على ذلك يتخذ المجلس قراره برفض أو قبول التعديل، و يكون قراره هذا نافذا مهما كان مضمونه (3).

بعد صيرورة النظام نافذا، يصدره محافظ بنك الجزائر، إذ ينشر في الجريدة الرسمية و يصبح بذلك حجة تجاه الغير (4) ؛ و في حالة الاستعجال، يعوض النشر في الجريدة الرسمية بالنشر في جريدتين يوميتين تصدران في مدينة الجزائر، الإجراء الذي يجعل النظام قابلا لأن يكون حجة تجاه الغير (5)، أو موضوع طعن قضائي.

2- الطعن في أنظمة مجلس النقد و القرض

بصدور نظام من مجلس النقد و القرض، بالشكل المفصل أعلاه، فإن أمر 11-03 قد وضع له إطارا ضيقا للطعن بالبطلان، الأمر الذي يجعل حق العامة في الطعن فيه لا يتجاوز الطعن بالمشروعية.

أ- الطعن بالبطلان في أنظمة مجلس النقد و القرض

لقد حصر أمر 11-03 إمكانية الطعن بالبطلان في أنظمة مجلس النقد و القرض في يد الوزير المكلف بالمالية وحده (6). يوجه الطعن بالبطلان إلى مجلس الدولة في ظرف 60 يوما من تاريخ نشره تحت طائلة رفضه شكلا (7).

"تأكيدا" لكون مجلس النقد و القرض سلطة إدارية مستقلة، فقد قرر أمر 11-03 أن الطعن بالبطلان أعلاه لا يوقف أثر أنظمة المجلس (8)، فهي نافذة إلى غاية صدور قرار من مجلس

(1) لمادة 63 / 1 من أمر 11-03.

(2) المادة 63 / 2 من أمر 11-03.

(3) المادة 63 / 3 من أمر 11-03.

(4) المادة 64 / 2، و 3 من أمر 11-03.

(5) المادة 64 / 3 من أمر 11-03.

(6) المادة 65 / 1 من أمر 11-03.

(7) المادة 65 / 2 من أمر 11-03.

(8) المادة 65 / 1 من أمر 11-03.

الدولة يقضي ببطئها.

ب- الطعن بعدم المشروعية في أنظمة مجلس النقد و القرض

بصريح أمر 11-03، لا يمكن أن يطعن بالبطئان في أنظمة مجلس النقد و القرض إلا من طرف وزير المالية : هكذا، لا يبقى لمن يرى في نظام المجلس مساسا بحقوقه سوى الطعن فيه بعدم المشروعية وفقا للقواعد العامة لهذا الطعن،

الفقرة الثانية : تحكم مجلس النقد و القرض في وجود مؤسسات القرض عن طريق قرارات فردية

لقد خول قانون النقد و القرض سلطة التحكم في وجود مؤسسات القرض إلى مجلس النقد و القرض (1) عن طريق قرارات فردية يتخذها عملا بالتشريع و بالأنظمة؛ قرارات من حق المعنيين بها الطعن فيها بالإلغاء إذا كانت غير مشروعية.

أولا : الإطار القانوني لتحكم مجلس النقد و القرض في وجود مؤسسات القرض

إن سلطة منح الترخيص لإنشاء بنك أو مؤسسة مالية، أو إنشاء فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية من اختصاص مجلس النقد و القرض بصريح نصوص أمر 11-03 ؛ لكن هذا ليس الجانب الوحيد الذي يتحكم من خلاله المجلس في وجود مؤسسات القرض : فالقانون جعله إضافة إلى كونه مصدر الترخيص بإنشائها مصدر أيضا لوضع حد لوجودها، إذ يرخص له في أطر معينة سحب اعتماد بنك أو مؤسسة مالية، و القضاء بالتالي على وجودها القانوني.

1 - الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية

إن منح الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية مرهون على اجتماع مجموعة من الشروط نص عليها أمر 11-03 و نظام 02-06 المؤرخ في 24 سبتمبر 2006 الذي يحدد شروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية و شروط إقامة بنك و مؤسسة مالية أجنبية (2).

و يخضع صدور القرار بمنح الترخيص لإجراءات تجد مصدرها أيضا في كل من

(1) مع الإشارة أن انقضاء الشخصية المعنوية بمؤسسة القرض يمكن أن يكون مصدره جهات أخرى غير مجلس النقد و القرض، كاللجنة المصرفية، و القضاء.

(2) الجريدة الرسمية رقم 77 لسنة 2006.

الأمر و النظام أعلاه.

1/1- التاطير القانوني لشروط منح الترخيص

يتعلق التاطير القانوني لشروط منح الترخيص بسرد هذه الشروط أولاً، ثم إلى سلطة مجلس النقد و القرض أمام هذه الشروط، ثم إشكالية تعديل محتواها خلال حياة المؤسسة الحاصلة على الترخيص.

1/1أ- شروط منح الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية

إن شروط منح الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية تدور، باستقراء مواد أمر 03-11 و نظام 06-02، حول أربعة مسائل :

- شرط متعلقة بنوع الأعمال التي ستمارسها المؤسسة موضوع طلب الترخيص، إذ يجب أن تزاوّل عملاً مصرفياً على وجه الاحتراف.
- شروط متعلقة بأشخاص المؤسسين و المسيرين.
- شرط متعلق بالشكل القانوني للمؤسسة.
- شروط متعلقة برأس المال.
- شرط متعلق باسم المؤسسة موضوع طلب الترخيص.
- شرط ممارسة الأعمال المصرفية على وجه الاحتراف

يجب على المؤسسة التي تطمح إلى الحصول على الترخيص أن تطمح إلى ممارسة الأعمال المصرفية حسب تعريفها في أمر 03-11 : الأمر يتعلق بعمليات تلقي الأموال من الجمهور، القرض، و وضع وسائل الدفع في متناول الجمهور و إدارتها : هذا ما يبرر إمكانية سحب اعتماد المؤسسات التي تتوقف عن مزاوله نشاطها، أي القيام بالعمليات أعلاه (1).

فوق ذلك، يجب أن تمارس الأعمال المصرفية حسب المشروع المقدم لطلب الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية على وجه الاحتراف؛ شرط موجود أيضاً في القانون الفرنسي، لكن ليس في السابق : فقانون 1941 في فرنسا كان يسمح بممارسة الأعمال المصرفية كعمل تباعي لمهنة أخرى(2).

1) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 95.

2) Idem.

في إطار القانون الجزائري، فإن أمر 03-11 ينص على مجموعة من الأعمال يجوز للبنك أو للمؤسسة المالية أن تزاولها بشكل تباعي، و تسمى على ذلك بالأعمال التبعية (1) : من أمثلتها عمليات الصرف، و توظيف القيم المنقولة لحساب زبائنها، الاستشارة و المساعدة في مجال تسيير الممتلكات، العمليات على الذهب و المعادن الثمينة.

إن أهم وثيقة تمكن مجلس النقد و القرض من معرفة أن المؤسسة موضوع طلب الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية تزاول الأعمال المصرفية بالطريقة التي يفرضها القانون هي برنامج النشاط الذي يجب إرفاقه بالملف حسب المادة 91 من أمر 03-11.

- الشروط المتعلقة بأشخاص المسيرين و المؤسسين

تفرض المادة 90 من أمر 03-11 أن يتم تعيين شخصين على الأقل لتولي تسيير المؤسسة التي تطمح إلى الحصول على ترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية؛ إن فرض هذا الحد الأدنى من حيث العدد موقف في اتجاه القانون الألماني الذي يفضل تسييرا جماعيا للبنوك، حتى و إن كان التأكد من فعالية هذا الشرط أمر صعب (2)؛ هذا ما يعرف بقاعدة " الأعين الأربعة" أو "الأيدي الأربعة" التي طبقت في ألمانيا منذ إفلاس بنك Herstatt في 1976 (3).

لا شك في أهمية أشخاص المسيرين، و بالتالي في فرض معرفتهم قبل منح الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية: إن هؤلاء من أهم ضمانات احترام القواعد الإحترازية من طرف مؤسسة القرض إن أنشأت (4).

لم يفرض المشرع شرطا متعلقا بجنسية المسيرين؛ لكن نظام 06-02 فرض في المادة 03 منه، أن يكون شخصان على الأقل من المسيرين مقيمان في الجزائر (5)؛ أمر أصبح مفروضا في المادة 90 من أمر 03-11 بعد تعديلها بمقتضى الأمر 10-04؛ حسب هذا الأمر

(1) المواد 72، 73، 74 من أمر 03-11.

2) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 97.

3) PARLEANI Gilbert – Le risque de vigilance excessive des autorités de contrôle – revue de droit bancaire et financier – éditions du juriste-classeur n° 06 nov/dec 2002, p 373.

4) idem.

5) المادة 03-09 من نظام 06-02 -" قائمة المسيرين الرئيسيين بمعنى المادة 90 من الأمر 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق لـ 26 غشت سنة 2003 و المذكور أعلاه : يجب أن يتمتع اثنان منهما على الأقل بصفة مقيمين".

أيضا، فقد أصبحت نزاهة و تجربة المسيرين مسألة يفرض التشريع إثباتها عند طلب الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية.

فيما يتعلق بأشخاص المؤسسين، فإن المشرع قد فرض في أمر 03-11، بعكس الحال في القانون 90-10 الملغى، أن يبين مصدر أموال المؤسسين، أي حصصهم بالإضافة إلى صفاتهم، يعتقد الأستاذ زوايمية أن علة هذا التعديل تكمن فيما صاحب فضيحة بنك الخليفة من تساؤلات حول مصدر الأموال التي أسس بها (1). لكن نظام 06-02 لم يكتف بهذه الشروط فيما يتعلق بأشخاص الشركاء، بل فرض تقديم معلومات أخرى يبدو أنه سيكون لها تأثيرها على قرار منح الترخيص من عدمه : الأمر يتعلق بمعلومات حول نوعية و شرفية المساهمين و ضامنهم المحتملين، و القدرة المالية لكل واحد من هؤلاء، و معلومات حول المساهمين الرئيسيين المشكلين "النواة الصلبة" ضمن مجموعة المساهمين، لا سيما فيما يتعلق بقدراتهم المالية و تجربتهم و كفاءتهم في الميدان المصرفي و المالي على العموم، و بالتزاماتهم بتقديم المساعدة يكون مجسدا في شكل اتفاق بين المساهمين (2).

إن هذه المعلومات المطلوبة في إطار النظام 06-02 تتوجه دون شك نحو بناء فكرة عن مدى قدرة الشركاء على معاونة مؤسستهم في حالة حصولها على اعتماد كبنك أو مؤسسة مالية، و وقوعها في صعوبة مالية (3) : فأمر 03-11 قد نظم أطرا لمواجهة هذا النوع من الصعوبات في حياة مؤسسة القرض بعدة طرق، منها أن يدعو محافظ بنك الجزائر المساهمين الرئيسيين في هذا البنك أو المؤسسة المالية المعنية، إذا تبين أن الوضع يبرر ذلك، لتقديم الدعم الضروري لمؤسستهم من حيث الموارد المالية (4) ؛ دعوة المحافظ حسب قانون النقد و القرض لا تكون ملزمة للمساهمين الذين تبقى مسؤوليتهم بالنظر إلى شكل مؤسستهم محدودة في حصصهم في رأس المال (5) لكن نظام 06-02 على ما يبدو يطمح إلى تجاوز هذه الحرية، محاولا إلزامهم تجاه مؤسستهم في حالة مرورها

1) ZOUAIMIA Rachid, *Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie* – op.cit- p. 74.

2) الفقرات 5، 6 و 7 من المادة 03 من نظام 06-02 المتعلق بشروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية، مشار إليه أعلاه.

3) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, Ed. Litec, 1997, p. 34.

4) الفقرة الأولى من المادة 99 من أمر 03-11.

5) سنرى فيما بعد أن القانون يفرض شكل شركة المساهمة في المؤسسة موضوع طلب الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية.

بصعوبة مالية على أساس التزامهم بذلك فيما بينهم.

إن هذه المسألة موضوع نقاش فقهي على اعتبار أن هذا الإتفاق، و كل المسائل القانونية المحيطة به غير واضحة: ما مدى إلزامية هذا الإتفاق و ما شكله؟ هل يفرض التضامن بين الشركاء؟ ما هي المدة التي يبقى فيها هذا الإلتزام قائما؟ هل يمكن للشركاء التراجع عن هذا الإلتزام عن طريق اتفاقهم خلال حياة الشركة؟ تساؤلات تبقى مطروحة (1).

لقد فرض قانون النقد و القرض أيضا شرطا أخلاقيا مشتركا بين من يطمح إلى تسيير مؤسسة القرض، و مؤسسيها : الأمر يتعلق باستبعاد الأشخاص الذين أدينوا ببعض الجرائم، على أساس أنهم غير موثوق فيهم حتى يكون لهم دور في حياة بنك أو مؤسسة مالية : فعلا، فالمادة 80 من أمر 03-11 اشترطت أن لا يكون مؤسس البنك أو المؤسسة المالية، أو عضو مجلس إدارتها يتولى مباشرة أو بواسطة شخص آخر إدارة البنك أو المؤسسة المالية، أو تسييرها أو تمثيلها أو يخول حق التوقيع عنها إذا كان قد أدين بجريمة من الجرائم التي تمس عموما بالشرف : الأمر يتعلق بالجنايات، و جرائم الاختلاس و السرقة، و النصب، و خيانة الأمانة أو إصدار شيك بدون رصيد، أو جرائم الإفلاس أو التزوير في محررات رسمية أو عرفية، أو جرائم الصرف أو المخدرات أو الفساد أو تبييض الأموال و الإرهاب... إلخ، حتى و إن كان حكم الإدانة صادرا عن جهة أجنبية. كما لا يصح أن يكون مؤسسا أو مسيرا لمؤسسة قرض شخص أعلن إفلاسه، أو حكم بمسؤوليته المدنية كعضو في شخص معنوي مفلس سواء في الجزائر أو في الخارج ما لم يرد له الاعتبار (2).

هكذا، لحماية مؤسسات القرض، و النظام المصرفي عموما من هؤلاء الأشخاص الذين يعتبرهم القانون غير صالحين كشركاء أو كمسيرين في بنك أو مؤسسة مالية، لم يكتف بمنع منح الترخيص للمؤسسة التي يتقدمون في مشروعها بهذه الصفة فحسب، بل أن القانون يعاقب على اكتساب هؤلاء صفة الشريك أو المسير في مؤسسة قرض عقوبات جزائية صارمة (3) : فالمادة 134 من أمر 03-11 تقرر تطبيق العقوبات السارية على النصب على كل شخص خالف، سواء لحسابه الخاص أو لحساب شخص معنوي أحكام المادة 80 ؛ كما أضافت المادة 135 أنه يمنع كل من حكم عليه بموجب المادة 134 بسبب مخالفة المادة 80 ، من ممارسة نشاط بأي شكل كان في

1) Rives-Langes – rapport de synthèse du colloque « la défaillance d'une banque » organisé les 08 et 09 Juin 1996 à Deauville par l'association droit et commerce, revue de jurisprudence commerciale n° 11 / 1996.

2) الفقرة الأخيرة من المادة 80 من أمر 03-11.

3) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 96.

بنك أو مؤسسة مالية؛ و يتعرض المذنب و المؤسسة التي تستخدمه للعقوبة السارية على النصب في حالة مخالفة هذا المنع.

- شرط متعلق بالشكل القانوني للمؤسسة

يتطلب المشرع صراحة تأسيس البنك أو المؤسسة المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة (1). يبدو أن هدف المشرع من تحديد هذا النوع من الشركات هو كونها من أهم شركات الأموال، حيث يستوعب تأطيرها القانوني رأسمال كبير: فالشكل نفسه يعتبر ضمانا؛ هذا عكس المشرع الفرنسي الذي أشرط فقط أن تكون الشخصية المعنوية متوفرة لتأسيس مؤسسة قرض، بحيث يمكن أن تتجسد هذه المؤسسة في مؤسسة ذات رجل واحد و ذات مسؤولية محدودة مثلا (2).

على ذلك، يجب أولا حسب القانون الجزائري تأسيس شركة مساهمة بشروط القانون التجاري (المادة 592 و ما بعدها) - طالما لا تتعارض هذه الشروط مع تشريع النقد و القرض - ثم طلب الترخيص لها من طرف مجلس النقد و القرض كبنك أو كمؤسسة مالية.

- شروط متعلقة برأس المال

إذا كان أمر 03-11 قد فرض تأسيس البنوك و المؤسسات المالية في شكل شركات مساهمة من أجل حصولها على الترخيص فإنه أفرد لها شروطا خاصة من حيث رأس المال : فعلا، فقد فرض توفر حد أدنى منه يحدده مجلس النقد و القرض عن طريق نظام يتخذه (3).

إن النظام الساري حاليا هو نظام 08-04 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر (4)؛ فقد فرض هذا النظام في المادة 02 منه كحد أدنى لرأسمال بنك مبلغ عشرة مليار دينار جزائري (10 000 000 000 دج)، و مبلغ ثلاثة مليار و خمسمائة ألف مليون دينار جزائري (3 500 000 000 دج) كحد أدنى لرأسمال مؤسسة مالية : فرق واضح مع متطلبات القانون التجاري الذي لا يطلب أكثر من خمسة

(1) المادة 83 من أمر 03-11.

2) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 97.

(3) المادة 88 من أمر 03-11.

(4) الجريدة الرسمية رقم 72 لسنة 2008.

(05) ملايين دينار جزائري كحد أدنى لرأس مال شركة المساهمة (1).

إضافة إلى الحد الأدنى لرأس المال الذي يفرضه المشرع، أضاف أمر 11-03 أن رأس المال يجب أن يكون مبرراً كلياً (2) عند تأسيس شركة المساهمة التي تشكل الهيكل القانوني للبنك أو المؤسسة المالية التي تطلب الترخيص؛ هذا الأمر الذي يهدف دون شك إلى إرساء ركيزة مالية قوية لمؤسسة القرض تبعث ثقة في الجمهور و فيمن يتعامل معها؛ من باب المقارنة أيضاً مع كيفية التعامل مع الحصص النقدية في شركة المساهمة فإن المشرع التجاري يفرض دفعها عند الاكتتاب بنسبة الربع (¼) على الأقل من قيمتها؛ و يتم الوفاء بالباقي مرة واحدة أو عدة مرات في أجل لا يمكن أن يتجاوز 05 سنوات (3).

من الواضح من خلال هذه الشروط المتعلقة برأس المال أن المشرع يطمح إلى ضمان قوة مالية لمؤسسة القرض، نظراً لما تواجهه من مخاطر، خاصة عند مزاولتها لعملية القرض: طموح من المشرع لن يتحقق بفرض هذه الشروط فقط من أجل طلب الترخيص، بل يجب ضمان استمرارها خلال حياة المؤسسة، و بعد حصولها على الاعتماد: هذا ما جعل المشرع يفرض على كل بنك و كل مؤسسة مالية أن يثبت في كل حين أن أصوله تفوق فعلاً خصومه التي هو ملزم بها تجاه الغير بمبلغ يعادل على الأقل الرأسمال الأدنى المفروض قانوناً لكل فئة من هذه المؤسسات (4)؛ فإن تمت مخالفة هذا المقتضى القانوني، خضع البنك أو المؤسسة المالية المخالفة لمراقبة و عقاب اللجنة المصرفية التي يمكن لها أن تقرر عقوبة على هذه المخالفة قد تصل إلى سحب اعتمادها، و القضاء بالتالي على وجودها القانوني (5).

- شرط "قانونية" إسم المؤسسة موضوع طلب الترخيص

بصريح المادة 80 من قانون النقد و القرض، فإنه يمنع على أي مؤسسة مالية أن توهم بأنها تنتمي إلى فئة من غير الفئة التي اعتمدت للعمل ضمنها، أي أن تحمل إلى الإعتقاد بأنها بنكا: الأمر شرع بشكل مباشر لحماية الإدخار، بعدم تغليب الجمهور حول طبيعة المؤسسة: على ذلك،

1 (المادة 594 من القانون التجاري.

2 (المادة 88 من أمر 11-03.

3 (المادة 596 من القانون التجاري.

4 (المادة 89 من أمر 11-03.

يجب على مشروع المؤسسة المالية أن يقترح اسما يراعي هذا الشرط، و أن يتأكد مجلس النقد والقرض من ذلك بمناسبة نظره في طلب الترخيص.

إن هذا الشرط لم يكن محترما من طرف مجلس النقد و القرض الجزائري من قبل، حيث اعتمدت عدة مؤسسات مالية بأسماء تدعو إلى الإعتقاد أنها بنوك، مثل "يونين بنك"، و "المنى بنك"؛ ليس استغله يونين بنك مثلا لاستقبال أموال الجمهور الذي توجه إليه بودائعه، واضعا إياهم في خطر فقدانها أمام فرضية توقف المؤسسة عن الدفع (1). نشير أنه إن قامت فرضية كهذه، فخطأ مجلس النقد و القرض الذي منح الترخيص خلافا للمادة 80 واضح، و قد يؤسس مسؤولية الدولة إن اجتمعت الشروط الأخرى لها.

1/1ب- سلطة مجلس النقد و القرض في منح الترخيص

من الضروري التطرق إلى مدى سلطة مجلس النقد و القرض أمام طلب منح ترخيص لإنشاء بنك أو مؤسسة مالية: فهل يحق له رفض منح الترخيص حتى مع اجتماع الشروط التي أمر بها القانون ؟

للمقارنة، ففي فرنسا كان قانون 1941 يسمح للجهة الإدارية المؤهلة لمنح الترخيص بإنشاء مؤسسات القرض حرية القرار بشكل شبه مطلق، لضرورة مراعاة الحاجيات الاقتصادية العامة و الجهوية. لكن قانون 1984 وضع حدودا لهذه السلطة، إذ أصبح من غير الممكن رفض منح الترخيص بإنشاء مؤسسة قرض إلا بالاعتماد على سبب قانوني، و الأمر مستمر حاليا (2). في إطار القانون الجزائري، يجب الانتباه إلى طريقة صياغة النصوص المتعلقة بمنح الترخيص في القانون: هكذا، في إطار قانون 90-10، كانت المادة 129 تنص على أن المجلس "يرخص" بتأسيس كل بنك و كل مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري؛ صياغة لا توحى بحرية المجلس أمام ملف طلب ترخيص يشتمل على كل الشروط القانونية. لكن الصياغة في إطار أمر 03-11 زادت في توضيح محدودية سلطة مجلس النقد و القرض في هذه المسألة، بنصه في المادة 82 منه أن المجلس "يجب أن يرخص" بإنشاء أي بنك و أي مؤسسة مالية: من الواضح إذن أن المشرع لا يمنح حرية للمجلس في هذه المسألة؛ لكن يجب الانتباه إلى أن الشروط التي يفرضها المشرع تبقى على مجال للحرية في هذه

1) فعلا، فالمودعون في هذه الحالة لا يستفيدون من نظام ضمان الودائع، لأن مؤسستهم ليست بنكا؛ أنظر أدناه الصفحة 170.

2) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, op. cit. p. 33.

Voir art 511-10 du code monétaire et financier.

المسألة : فاشتراط تقديم برنامج النشاط، الإمكانيات المالية و التقنية، صفة و شرفية الشركاء، كلها شروط غير محددة بدقه، تسمح بهذا القرار أو ذاك : لكن مع ذلك يبقى لمجلس الدولة مجالاً للرقابة، خاصة و أن اجتهاده يتوجه حتى إلى مراقبة السلطة التقديرية للإدارة (1).

إن محدودية سلطة مجلس النقد و القرض أمام طلب ترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية تزول أمام طلب الترخيص بإنشاء فروع في الجزائر للبنوك و المؤسسات المالية الأجنبية : فالمشرع واضح من حيث ترك قرار الترخيص في هذه المسألة لمجلس النقد و القرض، مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل : رقابة مجلس الدولة إذن ستكون محدودة في هذه المسألة، رغم أن شروط الترخيص بمنح فرع مؤسسة قرض أجنبية لا تختلف عن شروط الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية في الجزائر، إذ يجب ممارسة الأعمال المصرفية على وجه الاحتراف، اجتماع نفس الشروط في المؤسسين و المسيرين، شكل شركة المساهمة في مشروع المؤسسة، و نفس الشروط المتعلقة برأس المال.

1/1ج- تعديل محتوى شروط منح الترخيص خلال حياة بنك أو مؤسسة مالية

إن سلطة مجلس النقد و القرض بمناسبة طلب الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية تقوم أيضا إذا تم الترخيص بإنشاء مؤسسة القرض، ثم خلال حياتها قررت أجهزتها تعديل جوانب من المؤسسة كانت موضوع هذا القرار: فعلا، لا داعي لإخضاع مشاريع مؤسسات القرض إلى هذه الشروط الصارمة للحصول على الترخيص إذا كان بالإمكان فيما بعد تغييرها وقتما شاء أصحاب القرار (2) : هكذا يفرض أمر 03-11 تقديم كل مشروع لتعديل هذه العناصر خلال حياة المؤسسة، و التي كانت محلا للدراسة في إطار طلب الترخيص، إلى مجلس النقد و القرض عندما يتعلق التعديل في القانون الأساسي للبنك أو المؤسسة المالية بالمساحات بغرض المؤسسة أو رأسمالها، و المساهمين فيها (3) ؛ كما يفرض أن تعرض مشاريع التعديلات للقوانين الأساسية للبنك أو المؤسسات المالية الأجنبية التي تتوفر على فرع في الجزائر على مجلس النقد و القرض إذا كانت منصبة على غرض الشركة حتى تكون نافذة في الجزائر (4).

1) أركان فريدة - رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة - مجلة مجلس الدولة العدد 10 لسنة 2002، الصفحة 36.

2) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 134.

3) باستقراء نص المادة 94 من أمر 03-11.

4) يجب قراءة النص الفرنسي للمادة 94 من أمر 03-11 في هذه المسألة : فالنص العربي يتحدث في فقرته الأخيرة

في هذا الإطار، يذهب الأستاذ زوايمية إلى انتقاد نظام 93-01 الذي كان حدد شروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية، و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية، و الذي كان ساريا إلى إلغائه بنظام 06-02 في 2006، معتبرا إياه قد ذهب إلى عكس ما ذهب إليه أمر 03-11، لأنه فرض عرض التعديلات التي تمس الجوانب الأساسية من حياة مؤسسة القرض، المتعلقة بغرضها، رأسمالها و المساهمين فيها على مجلس النقد و القرض رغم أن أمر 03-11 فرض عرضها على محافظ بنك الجزائر (1)، في حين أن المشرع فرض بالعكس عرض هذه التعديلات المهمة على مجلس النقد و القرض، و باقي التعديلات الأخرى على المحافظ؛ لكن التعارض بين المادة 10 من نظام 93-01 و المادة 94 من أمر 03-11 جاءت مثلا في مسألة عدم فرض الأولى عرض التعديل الذي يمس بالمساهمين في مؤسسة القرض على مجلس النقد و القرض، محيلة إياه بالتالي إلى المحافظ، عكس ما ذهب إليه المشرع.

على مستوى نظام 06-02، تبقى المادة 10 التي تناولت إشكالية التعديل محررة بشكل سيء على اعتبار أنها لا يجب أن تغير ما جاء في القانون، إذ جاءت غير دقيقة، فإرضة عرض التعديلات التي تمس القوانين الأساسية على مجلس النقد و القرض، لا سيما ما تعلق منها بموضوع أو رأسمال البنك أو المؤسسة المالية و كأن باقي مواطن اختصاص مجلس النقد و القرض مازالت مفتوحة لعدة مواضيع أخرى، مع أنه في إطار التشريع، فإن مصطلح "لا سيما" المستعمل في النظام لا يتسع إلا للتعديل الذي يمس المساهمين.

2/1- إجراءات منح الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية

حسب نظام 06-02، يجب توجيه طلب الترخيص بتأسيس بنك أو مؤسسة مالية وكذا الترخيص بإقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية لرئيس مجلس النقد و القرض (2)، مرفوقا بملف يحوي ما يثبت احترام شروط منح الترخيص (3).

على عرض التعديل في موضوع الشركة الأم على "مجلس الإدارة"، في حين أن القصد هو العرض على "المجلس"، أي مجلس النقد و القرض.

1) ZOUAIMIA Rachid, op. cit. p. 39.

2) المادة 02 من نظام 06-02.

3) حسب المادة 03 من نظام 06-02 : «يجب أن يتضمن ملف طلب الترخيص المذكور في المادة 02 أعلاه المقدم من طرف الطالبين على وجه الخصوص، العناصر و المعطيات المتعلقة بما يأتي :

- برنامج النشاط الذي يقدم على 05 سنوات.

- إستراتيجية تنمية الشبكة و الوسائل المسخرة لهذا الغرض.

ليس هناك في أمر 03-11 أي مادة تجبر مجلس النقد و القرض على البت في طلب الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية، أو فرع مؤسسة قرض أجنبية : الأمر الذي يفتح باب التعسف؛ هذه المسألة قد انتبه إليها مجلس النقد و القرض، و يبدو أنه اعترف أن في هذا السهو إجحافا في حقوق طالبي الترخيص : هذا ما جعله، عندما أصدر نظام 93-01، يقيد نفسه بنفسه بتقريره إنه يتم تبليغ القرار المتعلق بطلب الترخيص إلى صاحب الطلب في أجل أقصاه شهرين بعد تقديم كل العناصر و المعلومات المكونة للملف و المنصوص عليها في المادتين 02 و 03 أعلاه(1).

لكن مجلس النقد و القرض، عند إصداره لنظام 06-02، قد تراجع عن فكرة تقييد نفسه بنفسه بأجل في الوقت الذي لم يفرض عليه المشرّع أي قيد من هذه الناحية، و ألغى نصه على أي أجل يجب عليه البت فيه في طلب الترخيص.

مهما كان الحال، فإن انتهى مجلس النقد و القرض إلى أن شروط الترخيص غير مجتمعة، و جب عليه إصدار قرار برفض منح الترخيص يكون مسببا (2) ؛ كأى قرار إداري، يجب تمكين المعنى به من الطعن فيه أمام القضاء، و تبيان عدم قانونية سبب الرفض. لكن في هذا الإطار، نستغرب عدم إلزام المشرّع و لا نظام 06-02 مجلس النقد و القرض بتبليغ قراره، سواء تعلق

-
- الوسائل المالية، مصدرها و الوسائل الفنية التي ينتظر استعمالها.
 - نوعية و شرفية المساهمين و ضامنهم المحتملين.
 - القدرة المالية لكل واحد من المساهمين و لضامنهم.
 - المساهمين الرئيسيين المشكلين "النواة الصلبة" ضمن مجموعة المساهمين، لا سيما فيما يتعلق بقدرتهم المالية و تجربتهم و كفاءتهم في الميدان المصرفي و المالي على العموم، و بالتزامهم بتقديم المساعدة يكون مجسدا في شكل اتفاق بين المساهمين.
 - وضع المؤسسة التي تمثل المساهم المرجعي، لا سيما في بلدها الأصلي بما في ذلك المؤشرات حول سلامتها المالية.
 - قائمة المسيرين الرئيسيين بمعنى المادة 90 من الأمر 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 و المذكور أعلاه، يجب أن يتمتع اثنان منهما على الأقل بصفة المقيمين.
 - مشاريع القوانين الأساسية إذا تعلق الأمر بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية
 - القوانين الأساسية للبنك أو للمؤسسة المالية للمقر إذا تعلق الأمر بفتح فرع بنك أو فرع مؤسسة مالية أجنبية.
 - التنظيم الداخلي، أي المخطط التنظيمي مع الإشارة إلى عدد الموظفين المرتقب، و كذا الصلاحيات المخولة لكل مصلحة «.
- مع ملاحظة أن المادة 02 من نظام 06-02 تنص على أن عناصر الملف ستحدد عن طريق تعليمة يصدرها بنك الجزائر.

(1) المادة 05 من نظام 93-01 المشار إليه أعلاه.

الأمر بقرار منح ترخيص أو قرار رفض منحه (1).

لكن بخلاف إجراء التبليغ، فقد كان المشرع واضحا من حيث فرض نشر إجراء الترخيص بصريح المادة 65 التي تفرض نشره في الجريدة الرسمية (2) : إجراء لا ينص عليه نظام 02-06 و لا نظام 01-93 قبله، كما لم يحدث أبدا أن نشر مجلس النقد و القرض قرار منح ترخيص؛ رغم أن ذلك يشكل بدون منازع مخالفة للمادة 65 من أمر 03-11، إلا أن فرض نشر قرار منح الترخيص من طرف المشرع أمر غريب: فقرار الترخيص لا يرتب إلا الحق في طلب الاعتماد. أما اكتساب حق ممارسة الأعمال المصرفية، و الظهور أمام الجمهور كبنك أو كمؤسسة مالية، فهو أثر للاعتماد، و ليس للترخيص. كما أن إشهار الترخيص في الجريدة الرسمية سيؤدي حتما إلى تغليب البعض حول أهلية المؤسسة المعنية لممارسة الأعمال المصرفية.

2- قرار سحب الاعتماد

بشكل غريب، إذ يخالف قاعدة توازي الأشكال، قرر المشرع منح مجلس النقد و القرض سلطة سحب الاعتماد لبنك أو مؤسسة مالية دون الإخلال بالعقوبات التي قد تقررها اللجنة المصرفية في إطار صلاحياتها و ذلك :

أ- بناء على طلب من البنك أو المؤسسة المالية

ب- تلقائيا :

- 1- إن لم تصبح الشروط التي تخضع لها الاعتماد متوفرة
- 2- إن لم يتم استغلال الاعتماد لمدة اثني عشر (12) شهرا
- 3- إذا توقف النشاط موضوع الاعتماد لمدة ستة (06) أشهر (3).

إن إجراء سحب الاعتماد من مجلس النقد و القرض يعد تحكما في وجود البنك أو المؤسسة المالية، لأن هذا الإجراء يستتبعه قانونا وضع المؤسسة قيد التصفية، و القضاء على شخصيتها المعنوية بعدها.

إن هذا المقتضى القانوني يطرح إشكالا آخر في فقرته الأولى : سحب الاعتماد بسبب

1 (سنترعز إلى تبعات هذا السهو لاحقا بمناسبة التطرق إلى الطعن في قرارات مجلس النقد و القرض، ص 74.
2 (فقد فرضت المادة نشر القرارات الواردة في مجموعة من الفقرات (أ، ب، ج)، و قد تم التطرق إلى قرار الترخيص في الفقرة 1-أ.
3 (المادة 95 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

أن شروط الإعتماد لم تعد متوفرة؛ يجب هنا التوقف عند معنى عدم توفر الشروط التي يخضع لها الإعتماد:

حسب الأستاذ زوايمية، فإن عدم احترام شروط الإعتماد ينتج عن عدم احترام القواعد التشريعية أو التنظيمية السارية على البنوك و المؤسسات المالية : الأمر الذي سينجر عنه تداخل بين اختصاص مجلس النقد و القرض بسحب الإعتماد، و اختصاص اللجنة المصرفية بالقيام بنفس الإجراء أيضا. لكن كعقوبة للمؤسسة التي لا تحترم القواعد التشريعية أو التنظيمية السارية عليها (1). من هنا، قد ينحرف مجلس النقد و القرض و يغطّي غرضا ردعيا بإجراء سحب الإعتماد الذي من المفروض أن يكون من طرفه بغرض فرض النظام في المجال البنكي؛ قياسا على موقف مجلس الدولة الفرنسي الذي وضع فواصل بين سحب اعتماد كإجراء عقابي من لجنة عمليات البورصة، ونفس الإجراء عندما يكون الغرض منه الضبط لأهمية التفرقة التي تكمن في الجانب الإجرائي الذي يجب أن يراعي حقوق الدفاع عند العقاب، فقد خلص الكاتب إلى ضرورة حذو مجلس الدولة الجزائري حذو نظيره الفرنسي، و محاولة التمعن في الغرض الحقيقي من قرار سحب الإعتماد الصادر عن مجلس النقد و القرض (2).

إن تحليلا كهذا يفرض فعلا نفسه أمام واقع التشريع الجزائري؛ لكن لا يمكن عدم التوقف أمام النتائج الغريبة و غير المنطقية للطريقة التي نظّر بها المشرّع جهاز مجلس النقد و القرض و سلطاته : لقد قام ببساطة "بنقل مع تصرف" لجهاز "لجنة مؤسسات القرض" الفرنسي : القانون الفرنسي لا يعرف ازدواجية الإجراءات التي يجب أن يمر بها ملف إنشاء بنك أو مؤسسة مالية، الأمر الذي فرضه القانون الجزائري: الترخيص من اختصاص مجلس النقد و القرض، و الإعتماد من اختصاص محافظ بنك الجزائر؛ لكن عند التطرق إلى إجراء سحب الإعتماد الذي يقصد منه في القانون الفرنسي ضبط المؤسسات للحفاظ على ما بني عليه الإعتماد، و هو الإجراء الوحيد الضروري عند طلب إنشاء مؤسسات القرض، يقوم المشرّع الجزائري ببساطة "بنقل" ما جاء في المادة 19 من قانون 84-46 الصادر في 24 جانفي 1984 الفرنسي (3)، مهملا أن لجنة مؤسسات

1) ZOUAIMIA Rachid, op. cit. p. 41.

2) Idem.

3) Art. 19 loi 84-46 : «Le retrait d'agrément est prononcé par le comité des établissements de crédit, soit à la demande de l'établissement de crédit, soit d'office lorsque l'établissement ne remplit plus els conditions auxquelles l'agrément est subordonné, lorsqu'il n'a pas fait usage de son agrément dans un délai de douze mois ou lorsqu'il n'exerce plus son activité depuis au moins six mois.

Il peut, en outre, être prononcé à titre de sanction disciplinaire par la commissioin bancaire prévue à l'article 37 ...».

المادة 19 أعلاه تغيرت بفعل التعديلات المتوالية على قانون 1984 الفرنسي، و أصبحت المادة 511-15 من القانون

القرض الفرنسية تقوم من جهة بسحب ما قدمته، عكس مجلس النقد و القرض الجزائري الذي لا يسحب الترخيص، بل يسحب الاعتماد الذي يقدمه محافظ بنك الجزائر، و مهملا أيضا أن الشروط التي يقصدها المشرع الفرنسي التي أسس عليها الاعتماد، و التي لم تعد موجوده، هي ببساطة شروط الترخيص في القانون الجزائري، و ليست شروط الاعتماد.

إن تناول المشرع الجزائري لمسألة سحب "الاعتماد"، بمعنى وضع حد للوجود القانوني لمؤسسة القرض، كان يجب أن يساير طريقة تنظيمية لهذه المسألة : كان يجب، في اعتقادنا، أن يمنح مجلس النقد و القرض حق سحب الترخيص في الحالات التي يسحب فيها الاعتماد حسب المادة 95 : الأمر سيضع حدا لمشكلة عدم احترام قاعدة توازي الأشكال، كما سيحدد الشروط التي يؤدي انعدامها إلى السحب بشروط الترخيص الواضحة و المحددة. هذا طبعا مع تقريره أن سحب الترخيص يؤدي إلى وضع حد للاعتماد.

إن ازدواجية الإجراءات التي فرضها المشرع الجزائري مسألة لا نجد لها فائدة إلا إذا صدر الترخيص مصحوبا بتحفظ : سيكون للمحافظ بمناسبة طلب الاعتماد التأكد من أن المؤسسة التي استفادت من الترخيص قد احترمت التحفظ و رفعتة فعلا، فيمنح لها الاعتماد، و إلا لن يكون لها ذلك ؛ كل هذا بدلا من الرفض المطلق في حالة انعدام الازدواجية في الإجراءات . لكن و مهما كان الحال، للازدواجية سلبية كثيرة بالنظر إلى طريقة تأطير المشرع لها.

أخيرا، نود أن نشير إلى سياسة مؤسسات الدولة في النظام البنكي المزدوجة أمام إجراءات سحب أو منح الاعتماد : فعلا، في 19 مارس 2006، صدر قرار سحب اعتماد "بنك ريان الجزائر"، و هو بنك برأسمال خاص، و هو القرار رقم 06-01 (1): سبب السحب الذي استند إليه القرار هو أن شروط الاعتماد لم تعد متوفرة : فبنك الريان لم يتمكن من رفع رأسماله إلى الحد الأدنى المنصوص عليه في نظام 04-01 الذي صدر في 04 مارس 2004 خلال حياة البنك، و منح لمؤسسات القرض الموجودة مهلة سنتين لتعديل أنظمتها بما يتوافق معه ؛ هكذا، بمرور مهلة السنتين بالضبط، سحب اعتماد البنك.

لكن بالتمعن في وضعية البنوك ذات رأس المال العام، فالأمر مختلف تماما : قانون 90-10 عندما صدر منح مهلة (06) أشهر للبنوك التي كانت تعمل في الجزائر ، و كلها كانت بنوك ذات رأسمال عمومي، من أجل مطابقة أنظمتها مع القانون، لا سيما بصريح المادة 202 منه،

فيما يتعلق بالحد الأدنى لرأس المال ؛ لكن بنك "القرض الشعبي الجزائري" مثلا لم يحصل على الاعتماد إلا في 06 أفريل سنة 1997، بمعنى أنه لم يحترم شروط القانون إلا في ذلك التاريخ، و قد اتخذ هذا القرار بعد مداولة من مجلس النقد و القرض صدرت في نفس تاريخه.

إن النظام البنكي، بمؤسسات الدولة فيه، يجب أن يُراعي المساواة في التعامل مع مؤسسات القرض، لا أن يخلق فوارق لا تدعو إلى التشجيع على الاستثمار في مجال البنوك. مجلس النقد و القرض، عندما أسرع في سحب اعتماد بنك الريان، فلأنه يخشى بقاء بنك في الساحة ليس قادرا على احترام الشروط المالية لوجود بنك؛ أمر يعي المجلس جيدا أنه نفس إشكال البنوك ذات الرأسمال العمومي؛ لكن الفرق أن هذه البنوك مدعمة من الدولة، و لا يتوقع أن الإخيرة ستتركها للإفلاس؛ أمر يؤدي إلى معاملة البنوك ذات رأس المال العام و الخاص معاملة جد مختلفة، رغم أنه في المثال أعلاه، فهما قاما بنفس المخالفة.

ثانيا : الطعن في قرارات مجلس النقد و القرض التي تتحكم في وجود مؤسسات القرض

أمام خطورة آثار القرارات المتعلقة بالترخيص بإنشاء مؤسسات القرض و بسحب اعتمادها، و أهمية الحقوق المتعلقة بها، من الطبيعي أن يرتب القانون للمعنيين بهذه القرارات حق الطعن فيها أمام القضاء.

1- الطعن بالإلغاء في قرار رفض منح الترخيص

يسمح القانون بشكل طبيعي بالطعن بالإلغاء في قرار رفض منح الترخيص الذي يصدره مجلس النقد و القرض؛ و يتم الطعن طالما لم تنشأ مؤسسة القرض بعد، من الأشخاص المعنيين به بشكل مباشر، أي من الذين كان من المفروض أن يكونوا مؤسسين لمشروع البنك أو المؤسسة المالية.

على أساس الفقرة الأخيرة من المادة 65 من أمر 03-11، فإن الطعن بالإلغاء في قرار رفض منح الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية يوجه إلى مجلس الدولة، و ذلك في أجل أقصاه 60 يوما ابتداء من تبليغه.

في مجال الطعن بالإلغاء في قرار رفض منح الترخيص بالذات، و بشكل يختلف عن الطعن في القرارات الفردية الأخرى التي يتخذها، وضع المشرع قواعد خاصة تضمنتها المادة 87 منه ؛ فالمادة قررت صراحة أنه لا يمكن الطعن أمام مجلس الدولة في القرارات التي يتخذها المجلس

في مجال الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية، أو فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية إلا بعد قرارين بالرفض، و لا يجوز تقديم الطلب الثاني إلا بعد مضي أكثر من 10 أشهر من تبليغ رفض الطلب الأول.

إن هذه المادة قيدت الحق في الطعن في قرار رفض منح الترخيص بشكل خاص ؛ فقد منعت الأشخاص المعنيين به من اللجوء إلى القضاء لوضعهم في مأمن من تعسف محتمل لمجلس النقد و القرض لفترة طويلة تتجاوز بالتأكيد مهلة 10 أشهر المذكورة في المادة، بل أنه بإمكان مجلس النقد و القرض حرمانهم من الطعن القضائي بشكل مطلق :

- فعلا : من جهة أولى، فإنه لا أمر 03-11 و لا نظام 06-02 فرض على مجلس النقد و القرض مهلة معينة يتقيد بها عند نظره في ملف طلب الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية : المجال مفتوحا، و يكفي للمجلس أن يسكت و يبقى في موقف سلبي إذا أراد حرمان أشخاص ما قدموا ملف طلب ترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية عن حقهم في الطعن ؛ بل أكثر من ذلك، فإن للمجلس فرصة السكوت مرتين، على اعتبار أنه يجب أن ينظر في طلب ترخيص مرتين قبل تمكين المعنيين من الطعن أمام مجلس الدولة.

- من جهة ثانية، فإن المشرّع يشترط انطلاق مهلة 10 أشهر من تاريخ تبليغ قرار الرفض الأول: الإشكال إذن ليس فقط في أن المشرّع لم يحدد مدة لفصل مجلس النقد و القرض في طلب الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية، أو فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية، بل أنه لم يفرض في أي من مواده تبليغ قرار الرفض للأشخاص المعنيين به : بهذا الشكل، فإنه حتى و إن فصل المجلس في ملف طلب الترخيص في مهلة معقولة، فإنه يمكنه التعسف بعدم تبليغ قراره، الأمر الذي سيؤدي إلى تجميد إمكانية الطعن القضائي.

إن عدم إحاطة الحق في الطعن القضائي بضمانات كافية، خاصة في قرار بأهمية قرار رفض منح الترخيص أمر لا يمكن أن يشجع على الاستثمار في مجال البنوك و المؤسسات المالية، و لا يمكن بالتالي أن يؤدي إلى خدمة النظام البنكي، و الاستثمار ككل : نقائص القانون يجب أن تجد حلا، و نتمنى أن يعمل مجلس النقد و القرض على الحد منها بإرساء ممارسة جدية بالبت في طلبات الترخيص في أجل مناسب، و تبليغها أيضا ؛ و إلا، فإنه على مجلس الدولة فرض و صقل قواعد في هذا الإطار.

هكذا، فإنه من الواضح أن المشرّع لا يشترط التظلم المسبق لصحة دعوى الإلغاء التي موضوعها قرار رفض منح الترخيص: فعلا، فتعديده لأجل 60 يوما بشكل خاص يبين أن

المشرع قد أختار في أمر 03-11 الأخذ بإجراءات تختلف عن تلك المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فيما يتعلق بالتظلم؛ من جهة أخرى، فإن ضرورة إجراء طلب ثاني للترخيص قبل إمكانية الطعن أمام مجلس الدولة يحمل في طياته منطق التظلم أمام نفس الجهة الإدارية التي أصدرت القرار (1).

2- الطعن بالإلغاء في قرار سحب الاعتماد

بعد نشر قرار سحب الاعتماد في الجريدة الرسمية، يمكن للأشخاص المعنيين به مباشرة، أي للبنك أو المؤسسة المالية، أو فرع البنك أو المؤسسة المالية الأجنبية، تقديم طعن بالإلغاء في القرار: فالمؤسسة لا تفقد شخصيتها المعنوية بمجرد صدور القرار.

يوجه الطعن إلى مجلس الدولة، و ذلك خلال ستين يوما من نشر القرار (2) ؛ لا يشترط هنا أيضا التظلم المسبق.

بالنظر إلى الآثار الخطيرة لقرار سحب الاعتماد الذي يؤدي إلى الوضع قيد التصفية و تعيين مصفي، فإنه من مصلحة مؤسسة القرض المعنية به تقديم طلب وقف تنفيذ قرار مجلس النقد و القرض موضوع الطعن أمام نفس الجهة التي تنتظر في الدعوى، طبقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إن أوجه الطعن بالإلغاء في قرار سحب الاعتماد لا تختلف عن أوجه الطعن بالإلغاء بصفة عامة : إذ يجب أن يكون الطعن مؤسسا على أحد أوجه اللاشعورية المعروفة :

- عيب عدم الاختصاص، كأن تثبت المؤسسة المعنية أن قرار السحب جاء عقوبة حقيقية لا تدخل في اختصاص مجلس النقد و القرض، و إنما للجنة المصرفية بإجراءات مختلفة تحترم حقوق الدفاع.

- عيب مخالفة القانون : كالسحب بسبب التوقف عن النشاط لمدة تقل عن المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 95 من أمر 03-11.

- عيب الانحراف بالسلطة : كأن يكون غرض قرار سحب الاعتماد الذي أصدره المجلس هو تحقيق مصلحة مؤسسة قرض منافسة.

1) ZOUAIMIA Rachid, op. cit. p. 95.

- عيب عدم احترام الشكل و الإجراءات: كأن يكون قرار سحب الاعتماد خالياً من التسبب الذي يجب أن يحترمه كل قرار إداري.

إن إلغاء قرار سحب الاعتماد سيؤدي إلى رجوع الوضع إلى ما كان عليه قبل قرار السحب: بمعنى عودة البنك أو المؤسسة المالية إلى نشاطه بشكل عادي.

المطلب الثاني : اللجنة المصرفية

قبل صدور قانون 86-12 الصادر في 19 أوت 1986، المتعلق بنظام البنوك و القرض (1)، لم يكن بالجزائر ما يصح اعتباره "نظام بنكي"، و لا بالتالي جهاز المراقبة : هيمنة الدولة غطت هذا المجال، فالبنوك كانت مؤسسات وطنية تخضع للخطة الموضوعة من قبل الحكومة لتوزيع القرض (2)؛ بانتهاج سياسة تخطيط مركزي لتسيير الاقتصاد الوطني، فرض وضع نظام مركزي أيضا لتوزيع تمويله عن طريق إجراءات إدارية لا علاقة لها بأية دراسة للمردودية المالية للمشاريع: لم يكن للبنوك أي سلطة قرار أو مشورة، بل أن كل ما كان عليها هو تمويل المؤسسات العامة: فقد كانت مجرد شبابيك لا تعرف ما يسمى بمخاطر القرض (3).

بطبيعة الحال، في نظام كهذا، طغت معاملات البنوك مع مؤسسات الدولة (4)؛ و عندما يدخل مشروع مؤسسة ما في الخطة الموضوعة مركزيا من قبل الحكومة، كان على البنوك تمويلها: فالدولة ضامن لهذه المؤسسات بشكل ضمني (5).

بمقابل هذا التسيير الإداري لتوزيع القرض على مستوى اقتصادي، فقد تبلور ما يسمى آنذاك بـ "الحق في القرض" الذي عُرف خاصة في مجالات اجتماعية، و الذي منح كثيرا كقروض للمجاهدين، قروض للصيد، قروض لاستصلاح الأراضي، قروض للسكن، لتمويل تشغيل

(1) الجريدة الرسمية رقم 34 لسنة 1986.

2) Gautier Jacques et Snock, Harry - La mise en place du contrôle des banques en Algérie, Fonds Monétaire International, Département des banques centrales, août 1989, document inédit, p 01.

3) La Banque Centrale d'Algérie. La loi relative à la monnaie et au crédit et ses implications sur la gestion du crédit intérieur et extérieur. Juin 1990, p. 02. Document non publié.

4) BENHALIMA Mohamed (PDG de la BDL). "Les politiques de crédit", ouvrage collectif : L'entreprise et la banque dans les mutations économiques en Algérie, OPU, 1994, p. 234.

5) La mise en place du contrôle des banques en Algérie, op. cit. p. 02. Voir aussi la loi relative à la monnaie et au crédit et ses implications sur la gestion du crédit interne et externe, op. cit. p. 02.

الشباب... إلخ؛ كل ذلك دون مراعاة لخطورة عدم استرداد القرض (1).

أمام هذه السياسة في توزيع القرض، لا يمكن طبعاً أن تكون لرقابة الدولة في مجال القرض معناها اليوم في الجزائر أو خارجها: لا علاقة لها بمراقبة احترام قواعد الحذر، بل أن كل ما يتم مراقبته آنذاك من طرف مجلس المحاسبة وإدارة الضرائب هو خضوع البنوك للخطة المركزية واحترامها للقرارات الإدارية في توزيع القرض (2).

بصدور قانون 86-12 المتعلق بالبنوك والقرض، كانت فكرة التخطيط لا تزال قائمة (3): لكن البنوك هي التي أصبحت في إطاره تقرر احترام مشروع ما للخطة من عدمه، و تحاول الحد من خطورة عدم الدفع (4).

فكرة التوزيع المركزي للقرض إذن تم التخلي عنها بشكل ملحوظ. لكن توزيع القرض بقي خاضعاً لمعايير خاصة، كارتباطه ليس بمردودية مشروع، و لكن بخطة تنمية مركزية، مع أن البنوك هي التي تدرس ملف القرض، و تقرر منحه أو لا.

قانون 86-12 إذن هو قانون إنتقالي، يمهد لإعادة الهيكلة. و مؤسسات المراقبة الخاصة بالبنوك ظهرت بصدوره: المادتان 19 و 29 تتصان على رقابة موزعة بين لجنة مراقبة العمليات المصرفية و البنك المركزي (5).

غير أن قانون 86-12، مع دوره النظري الوسيط، فقد جاء في إطار واقعي خاص: هيمنة تعامل البنوك مع المؤسسات العامة لا يزال موجوداً، و هي مؤسسات تعيش من القرض البنكي (6)؛ كان لا بد إذن من الإبقاء على القرض، و ضمان الدولة الضمني بقي موجوداً.

بعد صدور قوانين 1988، و قانون 88-06 المعدل و المتمم لقانون 86-12، بقي الإشكال قائماً: من جهة لأن فشل المؤسسات معطى لم يتغير، و من جهة أخرى لأن رأسمالها ليس ضماناً (7). لكن في هذه الفترة، للدولة أن تنتشل من توريد من مؤسسات من "النظام الخاص للإفلاس"

1) Les politiques du crédit, op. cit. p. 241.

2) La mise en place du contrôle des banques en Algérie, op. cit. p. 02.

(3) المادة 10 و 38 من قانون 86-12 المتعلق بنظام البنوك و القرض.

(4) المادة 10 و 12 من قانون 86-12 المتعلق بنظام البنوك و القرض.

(5) المادة 12، 49 من قانون 86-12 المتعلق بنظام البنوك و القرض.

6) Les politiques de crédit, op. cit. p. 241.

(7) المادة 20 من قانون 88-01 التي بقيت إلى غاية تعديلها بقانون المالية التكميلي لسنة 1994 تمهيدا العملية

(1)؛ ضمان الدولة إذن بقي موجودا و صريحا؛ بهذا فسياسة توزيع القرض في الحقيقة بقيت كما هي: منح قروض لمؤسسات عامة بضمان الدولة؛ و هذه المسألة كان المشرع واع بها عند صدور قانون 86-12: بوعيه أنه لا أهمية للرقابة في نظام كهذا، فقد نظم لها مادة واحدة فقط (المادة 29 منه) لتأسيس لجنة لمراقبة العمليات المصرفية، و لكن لب موضوع الرقابة، و هو الإطار الهيكلي و الوظيفي لهذه اللجنة و طريقة عملها قد تركت للتنظيم : الرقابة على البنوك آنذاك لم تكن فعالة في الواقع.

بصدور قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض، الذي جاء 04 سنوات فقط بعد سابقه، أسس الدور الرقابي للدولة بشكل واضح. لكن هذا القانون جاء في وقت تعرف فيه البنوك عدم انزان حقيقي جراء تعاملها مع مؤسسات الدولة : تطبيق فكرة الرقابة بشكل فعلي لم يكن سهلا ؛ لكن بتأسيس البنوك و المؤسسات المالية ذات رأس المال خاص، و مع شراء الخزينة لديون بعض مؤسسات الدولة تجاه البنوك، تمكنت البنوك ذات رأس المال العام من استعادة نسبة كبيرة من توازنها.

مع كل هذا، أصبح للدولة ممثلة في اللجنة المصرفية إمكانية لأن تلعب دورا فعالا في مجال توزيع القرض، اتباعا لإجراءات و على أساس سلطات اقترحها صندوق النقد الدولي، مستمدا إياها من خلاصة تجارب دولية في مجال النظام البنكي و مراقبة الدولة للبنوك.

هكذا أصبح التشريع الساري يحرص على أن يمنح اللجنة المصرفية دورا رقابيا فعالا بتأطيرها سواء من حيث إطارها العضوي (الفرع الأول)، أو إطارها الوظيفي (الفرع الثاني) الذي يجب أن يتماشى مع أهمية دورها في النظام البنكي.

الخصوصية.

(1) المادة 217 من القانون التجاري التي جاءت بمقتضى تعديل هذا القانون بالمرسوم التشريعي 93-08: " تخضع الشركات ذات رؤوس أموال عمومية كليا أو جزئيا لأحكام هذا الباب المتعلق بالإفلاس و التسويات القضائية.

لا تطبق أحكام المادة 352 من القانون في حالة ما إذا كان إجراء التصفية يعني شركة مذكورة في المقطع الأول أعلاه.

غير أنه يمكن أن تتخذ السلطة العمومية المؤهلة عن طريق التنظيم، تدابير لتسديد مستحقات الدائنين."

الفرع الأول : الإطار الهيكلي للجنة المصرفية

إن أهمية دور اللجنة المصرفية، و الذي سيبرز أيضا من خلال كونها المؤسسة التي ستسائل البنوك و المؤسسات المالية، و حتى أشخاصا آخرين عن إخلالهم بالقواعد التشريعية و التنظيمية للنقد و القرض (1) فرضت الإهتمام بإطارها العضوي؛ إطار اختلفت تشكيلته عبر التشريعات و التعديلات المتعاقبة للنقد و القرض (الفقرة الأولى)، و يثير بعض الملاحظات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: معاينة الجوانب الهيكلية للجنة المصرفية

في إطار قانون 90-10 الملغى، كانت اللجنة المصرفية تتشكل من المحافظ أو من نائب المحافظ الذي يحل محله كرئيس، و من الأعضاء الأربعة التاليين :

- قاضيين ينتميان إلى المحكمة العليا يقترحهما الرئيس الأول لهذه المحكمة بعد استطلاع رأي المجلس الأعلى للقضاء.

- عضوين يتم اختيارهما نظرا لكفاءتهما في الشؤون المصرفية و المالية و خاصة المحاسبية (2).

بصدور أمر 03-11 الذي ألغى قانون 90-10، أصبحت اللجنة المصرفية تتشكل

من :

- المحافظ رئيسا.

- ثلاثة أعضاء يُختارون بحكم كفاءتهم في المجال المصرفي و المالي و المحاسبي.

- قاضيين ينتدبان من المحكمة العليا يختارهما الرئيس الأول لهذه المحكمة بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء (3).

ثم بتعديل أمر 03-11 سنة 2010 بمقتضى أمر 04-10، أصبحت اللجنة

المصرفية تتشكل من:

- المحافظ رئيسا.

- ثلاثة أعضاء يُختارون بحكم كفاءتهم في المجال المصرفي و المالي و المحاسبي.

(1) سنرى ذلك لاحقا في الصفحة 95.

(2) أنظر المادة 144 من قانون 90-10.

(3) المادة 106 من أمر 03-11.

- قاضيين ينتدب الأول من المحكمة العليا و يختاره رئيسها الأول و ينتدب الثاني من مجلس الدولة و يختاره رئيس المجلس بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء.
- ممثل عن مجلس المحاسبة يختاره رئيس هذا المجلس من بين المستشارين الأولين
- ممثل عن الوزير المكلف بالمالية (1).

هكذا، و خلال تطور تنظيم المشرّح لتشكيلة اللجنة المصرفية، فقد حرص خلال كافة مراحل التعديل على أن يكون من بين أعضائها قاضيين : يبدو أن الغاية من تمثيل السلطة القضائية في عضوية اللجنة راجع إلى دورها في مساءلة البنوك و المؤسسات المالية عن إخلالاتها بالقواعد التشريعية و التنظيمية في المجال البنكي.

حرص المشرّح أيضا، عبر كافة تعديلات تشكيلية اللجنة المصرفية على عضوية خبراء في المجال المصرفي و المالي؛ إن أهمية دور اللجنة المصرفية في النظام البنكي، خاصة من حيث مراقبة مدى احترام مؤسسات القرض لقواعده التشريعية و التنظيمية يفرض ذلك ؛ ثم تمت إضافة ممثلين أحدهما عن مجلس المحاسبة يختاره رئيس هذا المجلس و الآخر ممثل الوزير المكلف بالمالية بهدف ضمان إطلاع هذه الجهات على جوانب جد مهمة من نشاطات النظام البنكي، و استفادة اللجنة المصرفية من خبراتهما.

الفقرة الثانية: تقييم الجوانب الهيكلية للجنة المصرفية

إن كيفية تأطير المشرّح للإطار الهيكلي للجنة المصرفية يثير مجموعة من الملاحظات، تتعلق بحالات التنافي (أولا)، بمدة تعيين أعضاء اللجنة المصرفية (ثانيا)، بحضور أعضاء اللجنة المصرفية لجلساتها (ثالثا)، و لأوقات اجتماع أعضاء اللجنة المصرفية (رابعا).

أولا: حالات التنافي

من أجل ضمان حياد أعضاء اللجنة المصرفية عند أداء مهامهم في إطارها، شأنهم شأن أعضاء أي سلطة أخرى (2)، فقد حرص المشرّح على وضع حالات تنافي بين العضوية في اللجنة المصرفية و بعض الأعمال أو الانتماء إلى جهات ما : بالنسبة لرئيس اللجنة المصرفية، و هو المحافظ، نجد حالة التنافي منصوصا عليها في المادة 14 من أمر 03-11 التي قررت تنافي وظيفة

(1) المادة 08 من أمر 04-10، و المادة 106 من أمر 03-11.

المحافظ مع كل عهدة انتخابية و كل وظيفة حكومية و كل وظيفة عمومية، و كل نشاط أو مهنة أو وظيفة، عدا تمثيل الدولة لدى المؤسسات العمومية الدولية ذات الطبع النقدي أو المالي أو الاقتصادي؛ كما منعت المادة المحافظ من اقتراض أي مبلغ من أي مؤسسة جزائرية أو أجنبية، و لا يقبل أي تعهد عليه توقيعه في محفظة بنك الجزائر أو في محفظة أي مؤسسة عاملة في الجزائر.

فيما يتعلق بالقضاة، سواء من المحكمة العليا أو من مجلس الدولة، فإنه و رغم أن المشرع لم ينص بالنسبة لهم في أمر 03-11 على حالات تنافي، إلا أن القانون الأساسي للقضاة قد تكفل بذلك (1)، إذ نص على تنافي مهنة القاضي مع أي مهنة أخرى، سواء كانوا يمارسون القضاء أو في حالة انتداب كما هو الحال بالنسبة للقضاة أعضاء اللجنة المصرفية؛ كما منعهم في الحالتين من أن تكون لهم مصالح أو علاقة بأي مؤسسة كانت.

لكن بالنسبة لباقي أعضاء اللجنة المصرفية، لم ينص المشرع على أي حالة تنافي: على ذلك، فإن حياد أعضاء اللجنة المصرفية غير مضمون بالنسبة لهؤلاء الأعضاء، و هم معرضين بمناسبة اتخاذ اللجنة إجراءات تجاه مؤسسة ما أن يكونوا ذوي علاقة معها، أو أن تكون مصالحهم ومصالح الأخيرة واحدة: الأمر لا يمكن إلا أن يكون سلبيا للنظام البنكي عموما. هذا رغم أن المشرع قد وضع حالة تنافي بالنسبة لكل أعضاء اللجنة المصرفية لكن بعد نهاية عهدهم في هذه المؤسسة، إذ لا يجوز لهم خلال مدة سنتين بعد ذلك أن يسيروا أو يعملوا في مؤسسة خاضعة لسلطة أو مراقبة اللجنة، أو شركة تسيطر عليها هذه المؤسسة، و لا أن يعملوا كوكلاء أو مستشارين لمثل هذه المؤسسات أو الشركات (2)؛ فحالة التنافي هذه لا تحمي النظام البنكي من حياد اللجنة المصرفية و أعضائها، بل تحمي مصالح خاصة يمس بها إطلاع الأعضاء الذين انتهت عهدهم على أسرار مؤسسات بحكم عضويتهم السابقة في اللجنة المصرفية، ثم استفادتهم بصفاتهم الجديدة من هذه الأسرار على حساب أصحابها.

ثانيا: مدة تعيين أعضاء اللجنة المصرفية

يعين أعضاء اللجنة المصرفية جميعا بمرسوم من رئيس الجمهورية، و ذلك لمدة خمس سنوات، يفترض خلالها أنه لا يمكن إقالتهم: أمر يمكن أن يستوعب بسهولة بالنسبة للخبراء الثلاثة و القضاة، و ممثلي مجلس المحاسبة و الوزير المكلف بالمالية؛ لكن استيعاب الأمر بالنسبة للمحافظ، رئيس اللجنة المصرفية، ليس بهذه السهولة.

(1) القانون العضوي 04-11 الصادر في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاة.

(2) الفقرة الأخيرة من المادة 106 مكرر من أمر 03-11 التي جاءت بمقتضى المادة 09 من أمر 04-10.

ثالثا: حضور أعضاء اللجنة المصرفية لجلساتها

مهما كان الحال، فإن اختيار المشرع للأشخاص الذين يشكلون اللجنة المصرفية بصفاتهم تلك أمر له هدف و يجب بالتالي أن يتحقق عند تأدية اللجنة المصرفية لمهامها : فعلا، و عند كل إجراء تتخذه اللجنة، لا بدّ من الاهتمام بتشكيلتها، خاصة إذا كانت تلعب دور جهة متابعة تأديبية (1) : فمن هم أعضاء اللجنة المصرفية الذين يجب حضورهم تحت طائلة بطلان قرارها شكلا لوجود عيب في التشكيلة، و ما هو الحد الأدنى المشكل لجهة التأديب .؟

رغم أهمية المسألة، نستغرب عدم تصدي قانون النقد و القرض لها، و ذلك منذ قانون 90-10 ؛ بل أنه في إطار هذا القانون، كان الإشكال في أوجه، لأن المؤكد في إطاره أنه لم يكن يشترط حضور كل الأعضاء، أمر يستخلص من المادة 145 منه التي قررت أنه في حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا : فكيف يمكن تعادل الأصوات في لجنة لها 05 أعضاء؟ التصور إذن كان يفترض تشكيلة لا يحضرها جميع الأعضاء. و هذا تصور قد يكون مستمرا إلى غاية النصوص الحالية. لكن المشرع لم يحدد الحد الأدنى من عدد أعضاء اللجنة المصرفية الذين يجب أن يحضروا و يداولوا، غير محترم بذلك حقوق الأشخاص من مؤسسات مصرفية و غير مصرفية في هذه المسألة.

إذا كان القانون لم يتصد لهذا الأمر، فإن اللجنة المصرفية نفسها قد وعت بأهميتها (إضافة إلى عدة مسائل أخرى أغفلها القانون)، مما أدى بها إلى إصدار قرار غريب "تكاد نعذره" رغم عدم شرعيته المطلقة لكونه قرار من طبيعة تنظيمية سنته اللجنة المصرفية دون أن يمنحها القانون سلطة سنّه، و لكونه لم ينشر في الجريدة الرسمية ؛ أمر يتعلق بقرار 01-93 الذي صدر في 06 ديسمبر 1993، متعلق بقواعد تنظيم و عمل اللجنة المصرفية، الذي نص في المادة 15 منه أن اللجنة المصرفية يمكن أن تجتمع و تداول بحضور أربعة من أعضائها، منهم رئيس اللجنة، لكن إن اجتمعت في إطار إجراء تأديبي (2)، يجب أن يحضر جميع أعضائها.

بعد صدور أمر 03-11 الذي ألغى قانون 90-10، ألغت اللجنة المصرفية قرارها أعلاه، و عوضته بقرار آخر بنفس الموضوع، هو قرار 04-2005 الصادر في 20 أبريل 2005، يتسم بنفس اللاشريعة التي يتسم بها سابقه، لكون أمر 03-11 أيضا لم يمنح سلطة تنظيمية للجنة

(1) أنظر أعلاه الصفحة 80.

(2) سنرى الاختصاص التأديبي للجنة المصرفية لاحقا، ص 95.

المصرفية إلا في حدود ضيقة متعلقة بتنظيم وسائل مراقبتها (1)؛ و قد نص هذا القرار في المادة 07 منه على أن اللجنة المصرفية يمكن أن تجتمع و تداول بحضور أربعة من أعضائها.

على سبيل المقارنة، فالقانون الفرنسي كان يشترط صراحة في المادة 48 من قانون 46-84 المتعلق بنشاط و مراقبة مؤسسات القرض أن يكون الحد الأدنى لأعضاء اللجنة المصرفية الحاضرين هو 04 (أي الأغلبية المطلقة لعدد أعضائها، و هو 06 حسب المادة 38 من نفس القانون) (2)، عندما تقوم بعمل الرقابة؛ لكن حضور كل أعضائها إلزامي إذا اجتمعت في إطار تأديبي؛ و إثر عدة تعديلات طرأت على المادة التي أصبحت حاليا المادة 613-4 من القانون النقدي و المالي، تم الإحتفاظ بالمبدأ، أي ضرورة حضور الأغلبية المطلقة لأعضائها عند اجتماعها، لكن يجب حضور جميع الإعضاء إذا كان الإجتماع لمساءلة تأديبية (3).

إذا كان القانون الجزائري قد أغفل هذه المسألة، فإنه لا بدّ، مهما كان الحال، من أن يكون الأعضاء الذين حضروا إجراءات القضية و دفاع المتابع تأديبيا، إذا كانت اللجنة بصدد توقيع عقوبة تأديبية، هم أنفسهم الذين يدولون فيها، و يتخذون القرار: و إلا فلا معنى للدفاع؛ هذه قضية ثبتت في فرنسا، و كرستها عدة قرارات قضائية (4).

رابعاً: أوقات إجتماع أعضاء اللجنة المصرفية

إن تحديد وقت اجتماع أعضاء اللجنة المصرفية للنظر في مسألة معينة أمر مهم جداً؛ فعلة وجود هذه المؤسسة لا يمكن أن يتحقق إلا بلعب دورها بشكل جيد: التدابير و العقوبات التي يمكن أن تتخذها ليست للتخويف و العقاب فقط، بل الأهم من ذلك، للحفاظ على الادخار و على النظام

(1) سنرى ذلك تباعاً في الصفحة 91.

2) art. 48 : « Lorsque la commission bancaire statue en application de l'article 45, elle est une juridiction administrative.

Lorsque les circonstances particulières le justifient, la commission peut prononcer les mesures prévues aux articles 44 et 46 sans procédure contradictoire.

Les mesures mentionnées à l'alinéa précédent sont levées ou conformées par la commission après procédure contradictoire dans un délai prévu par décret en Conseil d'Etat.

La commission délibère valablement lorsque la majorité absolue des membres qui la composent sont présents ou représentés. En outre, sauf s'il y a urgence, elle ne délibère valablement en qualité de juridiction administrative que lorsque la totalité de ses membres sont présents ou représentés.

3) art 613-4 du code monétaire et financier :

« la commission bancaire délibère valablement lorsque la majorité absolue des membres qui la composent sont présents ou représentés. Sauf s'il y a urgence, elle ne délibère valablement en qualité de juridiction administrative que lorsque la totalité de ses membres sont présents ou représentés. »

4) SCORDEL Pierre – La commission de contrôle des banques et le conseil national du crédit – thèse pour le doctorat en droit – 1969 – université de Paris – p 279.

العام الاقتصادي.

على ذلك، فرغم أن القانون لم يثر هذه المسألة مطلقاً، رغم كافة تعديلاته، و رغم أن قرار اللجنة المصرفية 01-93 في المادة 05 منه قد قرر اجتماع اللجنة مرة كل شهر، أو عند طلب رئيسها أو ثلاثة من أعضائها، و نفس الشيء تضمنه قرار 04-2005 في المادة 07 منه، مع فرض كون عدد الأعضاء الذين يمكنهم طلب الاجتماع هو أربعة على الأقل، فإنه على اللجنة المصرفية مهما كان الحال أن تبقى منتبهة، محترمة للوقت الذي يعد عاملاً مهماً جداً لحماية الادخار و القرض؛ فتأخر اتخاذ إجراءات معينة من طرف اللجنة المصرفية يسمح بتواصل وضع غير عادي، و غير قانوني سيرتب المسؤولية بعد ذلك.

الفرع الثاني : الإطار الوظيفي للجنة المصرفية

منذ صدور قانون 90-10، أسست اللجنة المصرفية التي بقي دورها و وظيفتها رغم اختلاف التعديلات و القوانين في مجال النقد و القرض هو أولاً المراقبة في المجال الذي حدده لها القانون (الفقرة الأولى)؛ دور لا يمكنها تأديته دون الوسائل التي حولها لها المشرع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مجال رقابة اللجنة المصرفية:

تراقب اللجنة المصرفية حسب أمر 03-11 مجموعة من الأشخاص من أجل التأكد من حسن قيامهم بتوزيع القرض.

أولاً: مجال رقابة اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص:

إن فعالية مراقبة النشاط البنكي في مجال القرض تستدعي، قبل وضع مؤسسات رقابة، أن يتم تنظيم مختلف مؤسسات القرض. مع تبيان النظام القانوني الخاص بكل نوع حتى تسهل عملية الرقابة (1)، وإن كان من الطبيعي أن تنصب رقابة اللجنة المصرفية في مجال القرض على الأشخاص القانونية التي تمارس هذه العملية في إطارها القانوني، و هي البنوك والمؤسسات المالية، فإن قانون النقد والقرض، تأسيساً على ما يراه فيما يبدو تكريساً لفعالية الرقابة، قد مد رقابة اللجنة المصرفية في مجال القرض إلى غير المؤسسات التي تمارسه عادة.

إن ضمان فعالية رقابة اللجنة المصرفية لعملية توزيع القرض البنكي يقتضي من جهة أولى حصر مجال إمكانية أداء هذه العملية في مؤسسات مؤهلة قانوناً لممارستها؛ غير أنه، أمام

إمكانية أداء عملية القرض، خلافا لما جاء في قانون النقد و القرض من أشخاص ليست لهم صلة بهؤلاء تماما، تم تمديد مجال رقابة اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص إلى خارج إطار البنوك والمؤسسات المالية: فلها أن تراقب الأشخاص ذوي العلاقة مع مؤسسة القرض، كما لها أن تراقب أي شخص آخر يعتدى على مجال نشاط مؤسسات القرض.

فعلا، يمكن أن تمتد رقابة اللجنة المصرفية إلى المساهمات والعلاقات المالية الجارية بين الأشخاص الذين يسيطرون بصفة مباشرة أو غير مباشرة على بنك أو مؤسسة مالية، وإلى الشركات التابعة لمؤسسات القرض هاته (1).

يمكن أيضا توسيع أعمال مراقبة اللجنة المصرفية إلى الشركات المنفردة عن الشركات الجزائية، وإلى الفروع العائدة لها في الخارج غير أن تمديد رقابة اللجنة المصرفية إلى فروع البنوك والمؤسسات المالية المتواجدة خارج حدود الدولة لا يمكن إلا أن يكون في إطار إتفاقيات دولية (2) مراعاة لمبدأ سيادة الدول؛ هذا التمديد لرقابة اللجنة المصرفية سمي بحق التتبع (3) Droit (de suite).

زيادة من فعالية رقابة اللجنة المصرفية، فقد إمتد دورها الرقابي حتى إلى أي شخص طبيعي أو معنوي غير معتمد، يقوم بأعمال البنوك والمؤسسات المالية، دون أن يمنع ذلك من تطبيق بقية العقوبات المدنية والجزائية (4).

إن تمديد هذه الرقابة ناتج عن منع القانون كل شخص طبيعي أو معنوي القيام بالعمليات التي تجريها البنوك والمؤسسات المالية بشكل عادي، خارج إطار المؤسسات المستثناة قانونا من هذا المنع (الخزينة العمومية، المصالح المالية للبريد والمواصلات، وبعض المؤسسات مراعاة لمقتضيات إجتماعية (5)).

(1) المادة 110 من أمر 03-11، مع الإشارة إلى أن النص الفرنسي للمادة ينص على أن الرقابة تمتد إلى الأشخاص المعنوية المسيطرة على البنوك و المؤسسات المالية دون الأشخاص الطبيعية.

(2) الفقرة الثانية من المادة 110 من أمر 03-11.

(3) GAVALDA, STOUFFLET – Droit du crédit, tome I : Les institutions – Litec 1990 – p 249.

(4) الفقرة الأخيرة من المادة 105 من أمر 03-11.

(5) المواد 76، 77 من أمر 03-11.

ثانيا : مجال رقابة اللجنة المصرفية من حيث الموضوع

إن الغرض من الرقابة هو الوقاية من تفاقم الخطر، الأمر الذي يتعارض مع أمان المودعين و مصالحهم؛ للتأكد من احترام مؤسسات القرض للقواعد التي تصب كلها في مصلحة المودعين، فقد فرض المشرع على اللجنة المصرفية مراقبة مدى احترام البنوك و المؤسسات المالية للأحكام التشريعية و التنظيمية عليها، و معاقبة المخالفين في هذا الإطار.

إن أهم ما تراقبه اللجنة المصرفية مما له علاقة مباشرة بعملية القرض هو القواعد الاحترازية، و هي قواعد يسنها مجلس النقد و القرض في إطار سلطته التنظيمية، و بنك الجزائر في إطار صلاحيات تنفيذ هذه الأنظمة. و هي مجموعة من القواعد و النسب العالمية التي يؤدي احترامها إلى الحد، و حتى تفادي بعض مخاطر القرض.

إن الأموال الخاصة لبنك أو المؤسسة المالية هي الضمان الأول لدائنيه، خاصة منهم المودعين؛ هذا ما يجعل هذه الأموال (1) تدخل في حساب معظم النسب الاحترازية التي تم الأخذ بها

(1) إن الأموال الخاصة محددة بدقة في المادة 03 من النظام رقم 91-09 المؤرخ في 14 غشت 1991 الذي يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف و المؤسسات المالية، المعدل و المتمم بالنظام رقم 95-04 المؤرخ في 20 أفريل 1995، و التي تنص على أنه :

« يقصد بالأموال الخاصة في مفهوم هذا النظام مبلغ الأموال الخاصة القاعدية و الأموال الخاصة المكملة. و تشمل الأموال الخاصة القاعدية على العناصر الآتية :

- رأس المال الأصلي.
 - الاحتياطات غير احتياطات إعادة التكوين.
 - الرصيد المنقول من جديد عندما يكون في الجانب الدائن.
 - الاحتياطات المخصصة لتغطية الأخطار المصرفية العامة.
 - الربح المحدد عند تواريخ وسيطة حسب الشروط التي تحددها تعليمة يصدرها بنك الجزائر.
- يجب أن تطرح من الأموال الخاصة القاعدية المحددة على هذا النحو، العناصر الآتية :

- الحصة غير المحررة من رأس المال الأصلي.
- الأسهم الخاصة المكتسبة كسبا مباشرا أو غير مباشرا.
- الرصيد المنقول من جديد عندما يكون في الجانب المدين.
- الأصول غير المادية و منها نفقات التأسيس.
- النتائج السلبية المحددة بتواريخ وسيطة إن اقتضى الأمر.
- نقصان الاحتياطات المخصصة لتغطية أخطار الاعتماد كما يقدره بنك الجزائر.

و تتكون الأموال الخاصة التكميلية من العناصر الآتية :

- احتياطات إعادة التكوين.

في النظام الجزائري ؛ على سبيل المثال، نذكر النسب التالية :

- نسبة تغطية المخاطر: هي نسبة مجموع المخاطر، أو القروض التي تمنحها مؤسسة القرض، بنك أو مؤسسة مالية، إلى أموالها الخاصة ؛ و الغرض من هذه النسبة هو وضع حد أقصى للقروض التي تمنحها نفس المؤسسة، و قد حددتها المادة 03 من التعلية 74-94 الصادرة في 29 نوفمبر 1994 عن بنك الجزائر، و المتعلقة بتحديد القواعد الاحترازية لتسيير البنوك والمؤسسات المالية بنسبة 08 %.

فعلا، في سنة 1987، إثر اجتماع خبراء في المجال المالي و المصرفي في مدينة "بال"، تم اقتراح الأخذ بنسبة 08 % ، و قد سميت هذه النسبة بنسبة "كوك" نسبة إلى رئيس اللجنة: فتم فرضها تدريجيا على البنوك في العالم (1).

في الجزائر أيضا تم فرض هذه النسبة بشكل تدريجي، إذ لا يمكن فرضها مرة واحدة: فالمادة أعلاه فرضت أن تكون نسبة المخاطر إلى نسبة الأموال الخاصة للبنك أو للمؤسسة المالية :

- 4 % ابتداء من جوان 1995.

- 5 % ابتداء من ديسمبر 1996.

- 6 % ابتداء من ديسمبر 1997.

- 7 % ابتداء من ديسمبر 1998.

- 8 % ابتداء من ديسمبر 1999.

- نسبة توزيع المخاطر، و هي نسبة تُفرض كحد أقصى بين القروض الممنوحة لنفس المستفيد، و الأموال الخاصة : الغرض منها الحد من مخاطر عدم قدرة الزبائن على الرد، الفكرة التي يعبر عنها بعبارة "عدم وضع كل البيض في سلة واحدة" (2). هكذا، و حسب المادة 02 من التعلية 74-94 المشار إليها أعلاه، و التي جاءت تنفيذًا للمادة 02 من نظام 91-09 المعدل والمتمم، فإن هذه النسبة هي 25 % : أي أنه يمنع على كل بنك أو مؤسسة مالية أن يمنح لنفس

- التخصيصات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

- بعض العناصر الواردة في ميزانية البنك أو المؤسسات المالية، و القابلة للاستعمال بحرية.

- الأموال الناتجة عن إصدار سندات و قروض مشروطة.

«

1) DEKEUWER-DEFFOSSEZ, op. cit. p. 23.

2) PELTIER Frédéric, op. cit. p. 17.

الزبون أو المستفيد قروضا تتجاوز في قيمتها 25 % من الأموال الخاصة للمؤسسة؛ نسبة فرضت هي الأخرى تدريجيا كما يلي :

- 40 % ابتداء من 1 جانفي 1992.
- 30 % ابتداء من 1 جانفي 1993.
- 25 % ابتداء من 1 جانفي 1995.

في هذا الإطار، فإن المستفيدين الذين ينتمون إلى نفس المجموعة، كأن يكونوا فروعاً لشركة واحدة، يعتبرون في تطبيق هذه النسبة مستفيد واحد (1).

حسب المادة 105 من قانون النقد و القرض، فإن رقابة اللجنة المصرفية لا تنحصر فقط في مراقبة مدى احترام البنوك و المؤسسات المالية للقواعد التشريعية و التنظيمية السارية عليها؛ إن الغاية من الرقابة تذهب إلى أبعد من ذلك.

فعلا، فالمشرع قد فرض على اللجنة أيضا أن « تفحص شروط استغلال البنوك والمؤسسات المالية، و تسهر على نوعية وضعياتها المالية » (2)؛ فوضعية مؤسسة القرض قد تصبح صعبة دون مخالفة للقواعد السارية عليها (3). على اللجنة في هذا الإطار إنن أن تنفذ الإجراءات التي يسمح بها القانون لمواجهة هذه الصعوبة؛ أكثر من ذلك، يتعين على اللجنة المصرفية، و هنا تكمن كل "حرفيتها"، أن تقي النظام المصرفي و المودعين مآسي إفلاس مؤسسات القرض عند مجرد بوادر صعوبة مالية (4).

فوق ذلك، فرض المشرع أن تسهر اللجنة المصرفية، في إطار دورها الرقابي، على احترام قواعد حسن سير المهنة: قواعد كلف مجلس النقد و القرض بأن يصدر نظاما يقننها، و ذلك بمقتضى أمر 04-10 الذي عدل قانون النقد و القرض؛ و قد اعتبرت مخالفة لقواعد حسن سير المهنة في النظام البنكي الفرنسي تطبيق أسعار خدمات و عمولات مبالغ فيها، و تقديم إشهار يؤدي إلى التغليب (5).

على مستوى اللجنة المصرفية الجزائرية، فقد كانت لها فرصة تقديم أمثلة عما تعتبره

(1) المادة 02 في التعلية 74-94.

(2) الفقرة الثالثة من المادة 105 من أمر 03-11.

3) PELTIER Frédéric, op. cit. p. 25.

4) Rives-Langes – rapport de synthèse du colloque « la défaillance d'une banque » précité.

5) PARLEANI Gilbert – op.cit - p 373.

قواعد السير الحسن للمهنة: يجب هنا أن نشير أولا إلى أنه قبل تعديل المادة 62 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض بمقتضى أمر 10-04، فقد كان المشرع يفرض مراقبة تطبيق هذه القواعد من طرف اللجنة المصرفية، و توقيع عقوبات بالتالي على مؤسسات القرض التي لا تحترمها دون أن تكون هذه القواعد واضحة، و دون أن يحمل المشرع جهة ما مسؤولية تحديدها كما فعل في 2010 عندما فرض تحديد هذه القواعد من طرف مجلس النقد و القرض في إطار نظام يصدر عنه؛ هكذا، فما يعتبر مخالفة لهذه القواعد كان بمعيار اللجنة المصرفية.

على ذلك، و بمعيارها، فقد اعتبرت اللجنة المصرفية مساسا بقواعد السير الحسن للمهنة قيام البنك الصناعي التجاري الجزائري بسوء التصرف تجاه بنك زميل له، هو البنك الخارجي الجزائري، و ذلك بمناسبة (1):

- من جهة أولى، فإنه في إطار غرفة المقاصة، قام البنك التجاري والصناعي الجزائري بتقديم مجموعة شيكات صادرة عن زبائنه و مسحوبة على البنك الخارجي الجزائري عدة مرات لهذا الإخير ، و ذلك رغم أن هذه الشيكات كانت كل مرة تعود في اليوم التالي للتقديم إلى البنك التجاري و الصناعي الجزائري مرفوضة الوفاء بسبب انعدام الرصيد؛ مع ذلك، كان البنك يعيد تقديمها ليتكرر نفس جواب زميله إلى غاية المرة العاشرة ، و لم يتم الوفاء لوجود الرصيد إلا بعد التقديم الحادي عشر؛ أمر رأت فيه اللجنة المصرفية عدم احترام لقواعد السير الحسن للمهنة من طرف البنك التجاري و الصناعي الجزائري لأنه كان يعلم جيدا أنه يتلقى من زبائنه شيكات بدون رصيد.

- من جهة أخرى، فقد قام البنك التجاري و الصناعي الجزائري بضمان مجموعة من السفاتج إحتياطيا لمصلحة زبون لها، الأمر الذي استتبعه توجّه هذا الزبون إلى البنك الخارجي الجزائري من أجل القيام بخصم هذه السندات، الأمر الذي تم فعلا بعدما لاحظ هذا البنك توقيع زميله كضامن إحتياطي؛ عند حلول أجل الإستحقاق، تمّ تقديم السندات من طرف البنك الخارجي الجزائري للبنك التجاري الصناعي الجزائري، لكن الأخير رفض الوفاء محتجا من جهة بكون زبونه لم يتحصل على السلع موضوع السندات، و من جهة أخرى بكون البنك الخارجي الجزائري الخاصم لم يحترم أجل التقديم للوفاء المنصوص عليه في القانون التجاري؛ في هذا الإطار، فقد رأت اللجنة المصرفية أن عدم الوفاء بالسفاتج المضمونة إحتياطيا من طرف البنك التجاري الصناعي الجزائري يعتبر منه مساسا خطيرا بقواعد السير الحسن للمهنة.

(1) قرار اللجنة المصرفية رقم 2003/08، المرفق رقم 04، قرار غير منشور.

إن الإطار الثاني للمساس بهذه القواعد كما قدّرتّه اللجنة المصرفية قابل للنقاش من حيث أن تقديم حجة لعدم الوفاء قد يكون قانونياً، و قد لا يكون كذلك؛ كل ذلك بتطبيق قواعد القانون الصرفي؛ و المؤكد في هذه الحالة أنه يعود للقضاء العادي وحده سلطة تقرير قبول الحجة من عدمه: أمر تعترف به اللجنة نفسها؛ فلا يمكن حرمان ملتزم في إطار الأوراق التجارية من حماية نفسه بما يكفل حقا له يحميه القانون، حتى و لو كان بنكا، و في مواجهة بنك؛ على ذلك، نستغرب الحكم العام من طرف اللجنة المصرفية بكون عدم الوفاء من قبل بنك ضامن إحتياطي لبنك زميل في إطار ورقة تجارية يشكل دائما مساسا بقواعد السير الحسن للمهنة.

الفقرة الثانية : وسائل اللجنة المصرفية لأداء دورها الرقابي

من أجل تمكين اللجنة المصرفية من أداء الدور الذي أسست من أجله، كان لزاما على المشرّع أن يخصص لها وسائل تكفل تأكدها من كل ما تراقبه من حيث الموضوع، أي مدى الخضوع للقواعد التشريعية أو التنظيمية للنظام البنكي، و قواعد حسن سير المهنة، و حتى كيفية التسيير، وذلك لكل الأشخاص الذين تراقبهم : مهمة تفرض وسائل قوية و فعالة.

في هذا الإطار، قرر المشرّع تمكين اللجنة من إجراء عمليات الرقابة على البنوك و المؤسسات المالية إما بناء على الوثائق، أو في عين المكان.

أولا : الرقابة على الوثائق

إن المادة 109 من قانون النقد و القرض تجبر البنوك و المؤسسات المالية على أن تبلغ للأمانة العامة للجنة المصرفية وثائق بشكل دوري تبين وضعيتها المالية : و تقدم معلومات عامة عنها ؛ هي وثائق من طبيعة محاسبية أساسا (1).

إن الهدف الأول من الرقابة على الوثائق هو مراقبة احترام القواعد المطبقة على البنوك و المؤسسات المالية، سواء كانت تشريعية أو تنظيمية، من خلال هذه الوثائق، لكن هذه الرقابة تهدف أيضا إلى مراقبة تطور الوضعية المالية، و الوضعية العامة لمؤسسة القرض للوقاية من استيائها، و للملاحظة في الوقت المناسب لأي تطور سيئ في التسيير (2).

في هذا الإطار، منح المشرّع للجنة المصرفية سلطة تنظيمية ضيقة (3)، و هي سلطة تحديد قائمة التقديم و صيغته و آجال تبليغ الوثائق و المعلومات التي تراها مفيدة. كما لها سلطة تنظيم

1) DE GANAY Henri, VAYSSET Gilles, "Le contrôle de la distribution du crédit", JC Banque et crédit, fasc. 480, 1988, p. 12.

2) PELTIER Frédéric, op. cit. p. 26.

3) LEGUEVAQUES Christophe – droit des défaillances bancaires – collection pratique du droit, édition 2003 – p 175.

برنامج عمليات الرقابة التي تقوم بها (1)؛ إن سلطة كهذه تعتبر سلطة تنظيمية لأن اللجنة المصرفية تقدم بذلك قرارا عاما و مجردا؛ فهي الأكثر دراية بها تحتاجه من وثائق لأداء مهمتها الرقابية؛ كما أن أداءها لعملها يمكنها شيئا فشيئا من أن تقوم بنفسها، عن طريق السلطة التنظيمية التي منحت لها، من سد ثغرات الوثائق المطلوبة دون تأخير (2).

عادة، تحمل الوثائق تعاليق البنوك و المؤسسات المالية؛ في هذا الإطار يمكن اللجنة طلب المعلومات و الإيضاحات و الإثباتات التي تحتاجها؛ و يمكنها أيضا في هذا الإطار أن تطلب من أشخاص تبليغها بأي مستند و أية معلومة (3).

ثانيا : الرقابة في الأمكنة

يمكن للجنة المصرفية تحسين معرفتها بالبنوك و المؤسسات المالية، و التأكد من صحة المعلومات التي جاءت في الوثائق عن طريق إجراءات لعملية الرقابة في الأمكنة (4). إن هذا النوع من الرقابة هو من دون منازع أحسن وسيلة للمعرفة التامة و الدقيقة للمؤسسة، بل أنه لا يمكن التوصل إلى هذه المعرفة دون إجراء رقابة في الأمكنة (5) ، خاصة و أن المؤكد أن هذه الرقابة ستمتد من حيث أهميتها إلى حجم المؤسسة المراقبة (6).

إن الرقابة في الأمكنة تتم عن طريق مفتشي بنك الجزائر الذي يكلف بتنظيم الرقابة لحساب اللجنة المصرفية بواسطة أعوانه و مفتشيه (7)؛ بل أنه، أكثر من ذلك، يمكن اللجنة المصرفية أن تكلف في إطار أدائها لدورها الرقابي أي شخص يقع عليه اختيارها بمهمة (8) ؛ نشير إلى أن القانون يلزم كل من يقوم بمهمة رقابة لحساب اللجنة المصرفية بالسر المهني. لكن بالمقابل، و من أجل أن تتمكن اللجنة من أداء دورها الرقابي عن طريق هؤلاء الأشخاص أو بدونهم، فقد نص القانون صراحة على أنه لا يُحتج بالسر المهني تجاهها (9).

إن الرقابة في الأمكنة كفيلة بتبيان تدهور وضعية بنك أو مؤسسة مالية، أو حتى

(1) أنظر الفقرة الأولى و الثانية من المادة 106 من أمر 11-03.

2) DE GANAY Henri, VAYSSET Gilles, op. cit. p. 12.

(3) الفقرات الرابعة و الخامسة من المادة 109 من أمر 11-03.

4) PELTIER Frédéric, op. cit. p. 26.

5) BUTSCH Jean-Louis – Le rôle des autorités de tutelle - colloque « la défaillance d'une banque » précité.

6) DE GANAY Henri, VAYSSET Gilles, op. cit. p. 13.

(7) الفقرة الثانية من المادة 108 من أمر 11-03.

(8) الفقرة الثالثة من المادة 108 من أمر 11-03.

(9) الفقرة الأخيرة من المادة 109.

خطر تدهورها، و قدرتها على احترام القواعد الاحترازية مستقبلا بعد التأكد من مدى احترامها إلى غاية تاريخ الرقابة : يمكن للمفتش ملاحظة عدة عيوب يصعب تغطيتها في إطار مراقبة من خلال الوثائق، تبين مدى الصحة المالية للمؤسسة، و مدى إمكانية تدهورها، مثل تزايد القروض المشكوك فيها، تزايد عدد المستفيدين الأجانب، تأخر المستفيدين في تقديم الوثائق و المعلومات المطلوبة لمؤسسة القرض، تدهور وضعية مستفيدين،... إلخ (1). إن رقابة اللجنة المصرفية في الأمكنة مهمة لهذا السبب: إذ يمكنها في الوقت المناسب أن تتخذ التدابير التي تمكن من مواجهة الخطر، و ربما إخراج المؤسسة من وضعيتها الصعبة.

تنتهي عملية الرقابة في الأمكنة بتقرير يحتوي على دراسة هيكل و تنظيم البنك أو المؤسسة المالية، دراسة تطور نشاطها، تطور المخاطرة، دراسة مردوديتها، و ينتهي أيضا عادة بسرد الأمور التي يمكن أن تعيبها اللجنة على مؤسسة القرض (2)؛ هذه التقارير يمكن تبليغها إلى مجالس إدارة فروع الشركات الخاضعة للقانون الجزائري و إلى ممثلي فروع الشركات الأجنبية في الجزائر، كما تبلغ إلى محافظي الحسابات (3).

لضمان تمكن اللجنة المصرفية من أداء دورها الرقابي بالإعتماد على الرقابة عن طريق الوثائق و الرقابة في الأمكنة، فقد جرمّ المشرع أية عرقلة لها، مقررًا أن يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، و بغرامة من خمسة ملايين إلى عشرة ملايين دينار كل عضو مجلس إدارة أو مسير بنك أو مؤسسة مالية، و كل شخص يكون في خدمة هذه المؤسسة، و كل محافظ لحساباتها لا يلتبي بعد إعدار طلبات معلومات اللجنة المصرفية أو يعرقل بأي طريقة كانت ممارسة اللجنة لمهمتها الرقابية ، أو يبلّغها عمدا بمعلومات غير صحيحة (4).

إن تأطير تدخل الدولة في مجال القرض البنكي عن طريق مؤسستي مجلس النقد و القرض و اللجنة المصرفية إذن منظم في التشريع الجزائري بشكل يتضح منه مدى اتساع سلطة هذه المؤسسات؛ و هي سلطة تجاوزت حتى تصور الدستور الجزائري. إن هذه السلطة تعتبر وجهها لعملة واحدة وجهها الثاني هو المسؤولية عن إخلال هذه المؤسسات بالدور المنوط بها.

1) PELTIER Frédéric, op. cit. p. 26.

2) Idem.

(3) الفقرة الأخيرة من المادة 110 من أمر 03-11.

(4) المادة 136 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

الفصل الثاني: نتيجة تدخل الدولة في مجال القرض البنكي: المسؤولية

لقد عنى المشرع كما بينا أعلاه بتنظيم تدخل محكم و واسع للدولة في مجال القرض البنكي من أجل التحكم في مخاطر هذه العملية و الإستفادة من مزاياها: من الطبيعي أن ينظم المشرع إذا إطارا قانونيا للمساءلة عن الإخلال بالقواعد القانونية و التنظيمية في مجال القرض لضمان احترامها و تحقق الغرض من سنها: في هذا الإطار، تكون الدولة هي المسائلة (المبحث الأول)؛ و بالمقابل، فإن أخلت مؤسسات تدخل الدولة من لجنة مصرفية و مجلس نقد و قرض بالدور المنوط بكل منهما، فإن الدولة نفسها تكون هنا قد أخلت بوظيفتها: هذا الأمر يجعل منها هي المسائلة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الدولة المسائلة في مجال القرض البنكي: المسؤولية أمام اللجنة المصرفية

إن النتيجة الطبيعية لتقرير وتدعيم الدور الرقابي للجنة المصرفية على البنوك والمؤسسات المالية و غيرها هو تقرير جزاء في حالة ملاحظتها مخالفة للقواعد التشريعية و التنظيمية المنظمة للقرض: هذا ما يجسد المسؤولية التأديبية للبنوك والمؤسسات المالية و غيرها في مادة القرض.

على ذلك، فقد قرر المشرع منح اللجنة المصرفية نظاما تشريعيا لتمكينها من لعب دورها في هذا الإطار، وذلك في المواد من 111 إلى 116 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

إن هذا النوع من المسؤولية أمام اللجنة المصرفية له خصوصيات سواء من حيث إطاره الموضوعي أو الإجرائي.

المطلب الأول : الإطار الموضوعي للمسؤولية التأديبية للبنوك والمؤسسات المالية:

قرر المشرع في إطار قانون النقد والقرض، متى رأت اللجنة المصرفية ذلك ضروريا، أنه بإمكانها اللجوء إلى عدة إجراءات لتوقيع الجزاء تتأرجح بين هدف الوقاية، للإبقاء على نشاط مؤسسات القرض، وبين العقاب، لإبعاد نشاط ذو أثر خطير على الإقتصاد والجمهور(1)؛ و ذلك من بين عدة أنواع من الإجراءات المقررة، فيمكنها في إطار المواد 111 و 112 من قانون النقد والقرض أن تكتفي بإجراء أولي، أن تقرر عقوبة تأديبية، أو ربما أيضا اللجوء إلى إجراء خاص، هو تعيين مدير مؤقت.

الفرع الأول: الإجراءات الأولية: التحذير والأمر

الإجراءات الأولية هي إجراءات تهدف إلى التصحيح والنهوض بوضعية مؤسسة قرض (1) وهي نوعان: التحذير (المادة 111)، والأمر (المادة 112):

الفقرة الأولى: التحذير

حسب المادة 111 من قانون النقد والقرض، فإنه يمكن اللجنة المصرفية في حالة ما إذا أخلت إحدى المؤسسات الخاضعة لرقابتها لقواعد حسن سلوك المهنة أن توجه إلى المسؤولين عنها تحذيرا بعد إنذار بالإدلاء بتفسيراتها.

إن هذا الإجراء يهدف أساسا إلى بعث المؤسسة إلى إصلاح وضعها (2)، ويعتبر ذو بعد وقائي، وليس عقابي؛ غير أنه مع ذلك، فإنه، نظرا لطابعه الرسمي، يعد "عقوبة معنوية".

يمكن اللجوء إلى إجراء التحذير، حسب المادة 111 أعلاه في حالة مخالفة المؤسسة لقواعد حسن سلوك المهنة وتعني، بالنسبة لجانب من الفقه (3)، القواعد المتعلقة بالتعامل مع الزبائن، والمؤسسات الزميلة في المهنة (4): غير أن هذه الفكرة فكرة واسعة، أوسع من مخالفات القواعد القانونية والتنظيمية المطبقة على نشاط مؤسسات القرض (5).

إن هذه المرونة كانت قبل أمر 10-04 المعدل و المتمم لأمر 03-11 المتعلق بقانون النقد و القرض توسع فعلا من مجال تدخل اللجنة المصرفية، وتغير إذن من مجال رقابتها من حيث الموضوع (6): فعلا المادة 111 و قبلها المادلة 105 توسعها إلى مجال جد مرن، لا تعرف له حدود مجسدة: فقواعد حسن سلوك المهنة غير معروفة، ولم يحمل القانون قبل أمر 10-04 جهة ما مسؤولية تحديدها (7). هذا ما يجعل من نطاق التدخل، في هذا الصدد، أرضية خصبة لمشاكل قد تعيق نشاط البنوك والمؤسسات المالية. فحتى وإن كان القانون قد إشتراط منح فرصة للمسيرين للإدلاء بتفسيراتهم قبل توجيه التحذير، إلا أن هذا ليس مانعا من توجيهه من قبل اللجنة المصرفية دون وجه حق، خاصة

1) Peltier Frédéric - Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaire, réglementation et contrôle - juris-classeur banque et crédit , 1990, Fasc 60 - p 26.

2) PELTIER Frederic – op.cit – p 65.

3) DE GANEY Henry, VAYSSET Gilles – op.cit - P 13.

(4) أنظر أعلاه الصفحة 89.

5) Gavalda, Soufflet - Le droit de crédit - Tome 1 – op.cit – P 279.

(6) أنظر أعلاه الصفحة 89.

7) DE GANEY Henry, VAYSSET Gilles – op.cit – P 14.

وأن هذا الإجراء غير قابل للطعن من جهة (1)، وأن عدم إحترام المؤسسة المعنية له يمكن أن يؤدي إلى عقوبة تأديبية من جهة أخرى (2)؛ هكذا، فقد أحسن المشرع عند سنه أمر 10-04 بأن عدل المادة 62 من أمر 11-03، و فرض على مجلس النقد و القرض تحديد قواعد حسن سير المهنة في المجال المصرفي عن طريق نظام يتخذه (3).

لقد سبق و أن استعملت اللجنة المصرفية مفهوم قواعد حسن السلوك بمناسبة إجراء تأديبي في مواجهة يونين بنك، إذ جاء في قرارها أنه:

" نظرا أن يونين بنك أساء في أجوبته المتعلقة بإسنادية الأخطاء المذكورة آنفا، أو في الوسائل المستعملة لإخفاء العناصر المهمة الواردة في الإيعاز و كذلك محاولته التقليل من مكانة اللجنة المصرفية بجعلها طرفا في الإجراء يكون قد أقدم على تصرف مخالف لقواعد الأدب و الإحترام المعتبرة في المهنة المصرفية كقواعد السلوك الحسن، كما ورد ذلك في المادة 143 الفقرة 3 من القانون المتعلق بالنقد و القرض" (4).

الفقرة الثانية: الأمر

إن الإجراء الأولي الثاني الذي يهدف إلى وقاية مؤسسة القرض من خلل ما في سير نشاطها هو الأمر، فيمكن للجنة المصرفية أن تدعو أي بنك أو مؤسسة مالية لإتخاذ، ضمن مهلة معينة، جميع التدابير التي من شأنها أن تعيد أو تدعم توازنه المالي أو تصحح أساليب إدارية عندما يبرر وضعه ذلك (5).

إن الأمر إجراء أولي ليس له طابع العقوبة أيضا، لكن طبيعته الرسمية، والتهديد الذي يمثله من حيث إمكانية إستتباعه بعقوبة تأديبية (6) تجعله وكأنه كذلك (7).

إن الغاية الوقائية من هذا الإجراء واضحة؛ فمهمة اللجنة المصرفية تتجسد أيضا في العمل على كل ما يمكن أن يضمن استمرار نشاط مؤسسات القرض دون خطورة على الإقتصاد والجمهور، لهذا، فمن العادة، في إطار عمل اللجنة المصرفية الفرنسية، أن توجه أمرا موضوعه

(1) أنظر الفقرة الثانية من المادة 107 من أمر 11-03.

(2) سنرى ذلك تباعا في الصفحة 98.

(3) المادة 06 من أمر 10-04.

(4) قرار اللجنة المصرفية رقم 99-04 ليوم 03 ماي 1999.

(5) المادة 112 من قانون النقد و القرض 11-03.

(6) المادة 114 من قانون النقد و القرض 11-03.

تدعيم التوازن المالي، أو تصحيح أسلوب إدارة أو تسيير، وذلك خلال خصومة تأديبية (1)، لعدم إعاقة نشاط مؤسسة القرض.

الفرع الثاني: العقوبات التأديبية

نتيجة لكونها جهة رقابة، تملك اللجنة المصرفية سلطة توقيع عقوبات تأديبية على الأشخاص القانونيين الذين يخضعون لرقابتها، وذلك بموجب المادتين 114 و 115 من قانون النقد والقرض.

إن هذه العقوبات تختلف بين ما إذا كان الشخص المعاقب مؤسسة قرض، أو شخص آخر.

الفقرة الأولى: العقوبات الخاصة بالبنوك والمؤسسات المالية

إذا خالف بنك أو مؤسسة مالية إحدى الأحكام القانونية أو التنظيمية المتعلقة بممارسة نشاطه، أو لم يذعن لأمر أو لم يأخذ بعين إعتبار تحذيرا صدر عن اللجنة فإنه بإمكان هذه الأخيرة أن تصدر في حقه عدة عقوبات تأديبية، تتطور من التنبيه، إلى سحب الإعتماد.

فوق ذلك، يحق للجنة المصرفية أن تقرر، كعقوبة بديلة أو تكميلية للعقوبات أعلاه، عقوبة مالية.

لكن مهما كان الحال، ومهما تنوعت العقوبات التي بإمكان اللجنة إصدارها، فإنه توجد شروط مشتركة لتقريرها.

أولا - الشروط المشتركة لإصدار العقوبات التأديبية على البنوك والمؤسسات المالية

إنه، حسب المادة 114 من قانون النقد والقرض، لا يمكن أن يعاقب بنك أو مؤسسة مالية إلا بتوافر الشروط التالية :

1 - أن يتعلق العقاب ببنك أو مؤسسة مالية

بصريح نص المادة 114، لا تنطبق العقوبات التأديبية التي جاء النص عليها في إطارها إلا على البنوك والمؤسسات المالية.

أما غير هذه المؤسسات، فتختص بعقوبة أخرى (1).

2 - أن تخالف مؤسسة القرض قواعد ممارسة النشاط ، أو لا تدعن لأمر أو لا تهتم بتحذير

من الطبيعي أن يقرر التشريع إمكانية اللجنة المصرفية إصدار عقوبة تأديبية في مواجهة بنك أو مؤسسة مالية إذا لم تراخ في نشاطها ما جاء في القواعد التشريعية والتنظيمية للمهنة. هذا يتلاءم تماما مع نص المادة 105 من قانون النقد والقرض التي نصت على أن مهمة اللجنة المصرفية هي أساسا مراقبة حسن تطبيق القوانين والأنظمة التي تخضع لها البنوك والمؤسسات المالية.

غير أن المادة 114 من قانون النقد والقرض قررت أن عدم الإذعان لأمر، أو عدم أخذ تحذير صادر عن اللجنة المصرفية بعين الاعتبار يمكن أيضا أن يؤدي إلى توقيع عقوبة تأديبية. لهذا السبب، سمي كل واحد من هذين الإجراءين بإجراء سابق للعقوبة التأديبية (prédisciplinaire)(2).

إذا كان هذا المقتضى لا يطرح إشكالات كبرى بالنسبة لعدم الإذعان لأمر، فإن الإشكال كان قبل صدور أمر 04-10 يطرح على مستوى عدم أخذ تحذير (أو لوم كما كان يسمّى في إطار المادة 153 من قانون 10-90 الملغى) بعين الاعتبار: فعلا، فقد رأينا أعلاه (3) أن التحذير يمكن أن يصدر كإجراء أولي إذا لم تحترم مؤسسة القرض قواعد حسن سلوك المهنة؛ كما رأينا أن هذه القواعد كانت قبل صدور أمر 04-10 غير محددة، ولا توجد معايير لتحديدها (4)؛ هكذا، يمكن أن تقرر اللجنة إصدار تحذير لما " يبدو " مخالفة لقواعد حسن سلوك المهنة، دون أن يكون لمؤسسة القرض المعنية إمكانية الطعن فيه، وفي حالة كونه تعسفيا، يمكن أن يستتبع، إذا لم تنصع له المؤسسة، بعقوبة تأديبية.

مهما كان الحال، ومهما رتب القانون من إجراءات لمواجهة العقوبات التأديبية(5)، فإن توقيعها قد يكون له أثر جد سلبي على مؤسسة القرض، التي قد تفقد ثقة المتعاملين معها، و قد يترتب على ذلك أزمة سيولة حقيقية؛ فوق ذلك، فالطعن في العقوبات التأديبية أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف: الأمر الذي يزيد المسألة تعقيدا (6).

(1) أنظر لاحقا الصفحة 111.

(2) DE GANEY Henry, VAYSSET Gilles – op.cit – P 13.

(3) أنظر سابقا الصفحة 96.

(4) PELTIER Frederic – op.cit – P14.

(5) أنظر لاحقا الصفحة 132.

(6) أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 107.

هكذا، كان يبدو من الضروري، على الأقل، أن يقرر المشرع معايير لمعرفة قواعد حسن سير المهنة، لا أن يترك الأمر بهذا الشكل؛ أمر تم تداركه كما رأينا في أمر 10-04؛ رغم أنه ينتظر إلى اليوم أن يصدر مجلس النقد و القرض النظام الخاص بتحديد قواعد السير الحسن للمهنة.

من جهة أخرى، يطرح إشكال شروط مخالفة هذه المقتضيات: فهل يجب أن تكون المخالفة لقواعد النشاط المهنية التشريعية والتنظيمية مرفقة بعدم الإنصياح لأمر، أو الإذعان لتحذير، أو أن كل فئة من هذه المخالفات قد تؤدي بمفردها إلى توقيع العقوبة التأديبية؟.

إن الأمر له أهمية فعلا؛ فإذا كان من الضروري لتوقيع عقوبة تأديبية أن يصاحب مخالفة مقتضى تشريعي أو تنظيمي للمهنة عدم الإنصياح لأمر أو عدم أخذ تحذير بعين الإعتبار، لكان الأشكال الأول أعلاه بدون أثر، كما تصبح إجراءات التحذير والأمر شرطان مسبقان لتوقيع عقوبة تأديبية.

لكننا لا نرى أن الأمر كذلك، بل نعتقد أن أي مخالفة على مفدها يمكن أن تؤدي إلى عقوبة تأديبية: هكذا، فعدم أخذ تحذير مثلا بعين الإعتبار يمكن أن يؤدي إلى توقيع أية عقوبة حتى في غياب أي مخالفة للقواعد التشريعية أو التنظيمية للمهنة، كما أنه من الممكن للجنة المصرفية، في حالة تواجد الشروط، أن تلجأ مباشرة إلى توقيع عقوبة تأديبية دون أن يسبقها أي إجراء: إن منطقية هذا الموقف تبرز على وجه الخصوص أمام عقوبتي الإنذار و التوبيخ (1).

ب - أنواع العقوبات التأديبية الخاصة بالبنوك والمؤسسات المالية

حسب المادة 114 من قانون النقد والقرض، فإن العقوبات التي يمكن أن تصدرها اللجنة المصرفية تجاه بنك أو مؤسسة مالية هي الآتية :

- 1- الإنذار.
- 2- التوبيخ.
- 3- المنع من ممارسة بعض العمليات و غيرها من أنواع الحد من ممارسة النشاط.
- 4- التوقيف المؤقت لمسير أو أكثر مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو عدم تعيينه.
- 5- إنهاء مهام شخص أو أكثر من هؤلاء الأشخاص أنفسهم مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو عدم تعيينه.
- 6- سحب الإعتقاد.

7- عقوبة مالية يمكن للجنة أن تقضي بها بدلا عن العقوبات السابقة أو إضافة إليها، تكون مساوية على الأكثر للرأس مال الأدنى المفروض على البنك أو المؤسسة المالية؛ و تقوم الخزينة العمومية بتحصيل المبالغ الموافقة.

1 - الإنذار والتوبيخ

إن كلا من هاتين العقوبتين توجه لمؤسسة القرض كشخص معنوي، وآثارهما على المؤسسة، خاصة في إطار القانون الجزائري الذي لا يسمح بنشر عقوبات اللجنة المصرفية، لا يتعدى في الأصل كونهما عقوبتان معنويتان (1).

إلا أن أهمية الإنذار و التوبيخ كعقوبتين تأديبتين تكمن أيضا في بعث نوع من الحذر لدى مؤسسة القرض ومسيريها: فعدم الإنصياح لها يمكن أن يؤدي باللجنة المصرفية إلى تقرير عقوبات أهم (2) ؛ فعلا، فيمكن للجنة المصرفية في إطار سلطتها التقديرية في تقرير العقوبات التأديبية بالنسبة لبنكين مثلا، إقترفا نفس المخالفة، أن تقرر بالنسبة للأول عقوبة أهم و أخطر من عقوبة البنك الثاني، لا لشيء إلا لأن الأول لم يهتم بإنذار أو بتوبيخ سابق.

إن تأطير القانون الجزائري لهاتين العقوبتين، على الرغم من أنه قد يبدو للوهلة الأولى أقل كثيرا من قيمتهما، إلا أنه أحسن من تأطير نظيره الفرنسي : فعلا، فنص المادة 114 من أمر 03-11 (3) هو نفس نص المادة 45 من قانون 84-46 الصادر بـ 24 جانفي 1984 بفرنسا المتعلق بنشاط ومراقبة مؤسسات القرض. إلا أنه، في فرنسا، صدر مرسوم رقم 84-708 في 24 جويلية 1984 دائما، يتعلق بتطبيق قانون 84-46، جاء فيه بخصوص المادة 45 أعلاه (من ضمن مواد تتعلق بعقوبات أخرى) أنه يمكن للجنة المصرفية عند إتخاذ تدابير تأديبية أن تأمر بأي إجراء لنشر قراراتها متى رأت ذلك لازما (4). بعد التعديلات القانونية على المادة 45 أعلاه، أصبحت حاليا المادة L 613-21 من القانون النقدي و المالي الفرنسي، و قد جمعت هذه المادة بين المادة 45 السابقة، و مواد المرسوم 84-708 التي تسمح للجنة المصرفية بنشر قراراتها (5).

1) DE GANEY Henry, VAYSSET Gilles – op.cit – P 17.

2) Idem.

(3) و قبله المادة 156 من قانون النقد و القرض 90-10 الملغى.

(4) المادة 11 من المرسوم الفرنسي 84-708.

(5) المادة L 613-21 من القانون النقدي و المالي الفرنسي:

« Si un établissement de crédit ou une personne mentionnée au premier alinéa de l'article 613-2 a enfreint une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité, n'a pas répondu à une recommandation ou n'a pas tenu compte d'une mise en garde ou encore n'a pas respecté les conditions particulières posées ou les engagements pris à

في الجزائر، لا يمكن للجنة المصرفية نشر قراراتها، رغم أن إمكانية النشر هذه هي العقوبة الحقيقية؛ فإعلام الغير أن مؤسسة قرض ما كانت موضوع متابعة تأديبية وقرار تأديبي سيؤدي في أغلب الأحيان إلى فقد ثقة المتعاملين معها، وربما إلى تراجع المدخرين فيها؛ و قد يترتب على ذلك التوقف الفعلي عن النشاط ؛ هكذا، تصبح عقوبة الإنذار ذات أبعاد وآثار تعادل أبعاد سحب الإ اعتماد. هذه الأثار الخطيرة جعلت اللجنة المصرفية الفرنسية، رغم إمكانية النشر المتاحة لها قانوناً، تكتفي في مجالاتها المخصصة للنشر بوضع أرقام فقط، تتعلق بعدد مؤسسات القرض المعاقبة، وطبيعة العقوبات، دون تسميتها (1)؛ كل ذلك تفاداه المشرع الجزائري باستبعاد إمكانية نشر قرارات اللجنة المصرفية، و الإكتفاء بما تحمله العقوبات من تحذير لمؤسسات القرض (2).

l'occasion d'une demande d'agrément ou d'une autorisation ou dérogation prévue par les dispositions législatives ou réglementaires applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, la commission bancaire peut prononcer l'une des sanctions disciplinaires suivantes :

- 1° L'avertissement.
- 2° Le blâme.
- 3° L'interdiction à titre temporaire ou définitif d'effectuer certaines opérations et toute autre limitation dans l'exercice de l'activité.
- 4° la suspension temporaire de l'une ou de plusieurs personnes mentionnées à l'article L511-13 et à l'article L 532-2 avec ou sans nomination d'administrateur provisoire.
- 5° La démission d'office de l'une ou de plusieurs de ces mêmes personnes avec ou sans nomination d'administrateur provisoire.
- 6° La radiation de l'établissement de crédit ou de l'entreprise d'investissement de la liste des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement agréés avec ou sans nomination d'un liquidateur.

Il en va de même s'il n'a pas été déféré à l'annexion prévue à l'article L 613-16.

En outre, la commission bancaire peut prononcer, soit à la place, soit en sus de ces sanctions une sanction pécuniaire au plus égale au décuple du montant du capital minimum auquel est astreinte la personne morale sanctionnée. Les sommes correspondantes sont recouvrées par le trésor public et versées au budget de l'Etat.

...

La commission bancaire peut décider que les sanctions prises dans le présent article feront l'objet d'une publication au frais de la personne morale sanctionnée dans les journaux ou publications que la commission désigne moins que cette publication ne risque de perturber gravement les marchés financiers ou de causer un préjudice disproportionné aux parties en causes. »

1) Voir par exemple le bulletin de la commission bancaire n° 20, Avril 1999.

(2) يجب أن نشير إلى أن المشرع الفرنسي قد حاول الحد من الآثار السلبية لنشر قرارات اللجنة المصرفية سنة 2007 بإضافته عبارة للمادة 613-21 تدعو اللجنة إلى التفكير في قرار النشر قبل تنفيذه.

2 - المنع من ممارسة بعض الأعمال، وغيرها من أنواع الحد من ممارسة النشاط

إن الإطار المنطقي الذي يجعل اللجنة المصرفية تلجأ إلى هذه العقوبة هو مخالفة بنك أو مؤسسة مالية لقواعد قانونية أو تنظيمية في مجال نشاط من أنشطتها، و منها عملية القرض؛ مهما كان التقييد من حيث الزمن، أو من حيث العمل المعني به من أعمال مؤسسة القرض، فقد يشكل عقوبة صارمة، ويؤدي إلى صعوبات مالية حقيقية .

لكن، من باب المنطق القانوني أيضا، فلا يمكن أن يكون هذا الإجراء عقوبة لمؤسسة قرض، بالنسبة لعملية ليس لها أصلا الحق في ممارستها فالإجراء يجب أن يكون عقوبة حقيقية، بمعنى سحب حق أو حرية كان القانون يسمح بها؛ فمن غير المجدي مثلا أن تقرر اللجنة المصرفية عقوبة المنع من تلقي الأموال من الجمهور، كعقوبة مقررّة على أساس المادة 156 من قانون 90-10 الملغى التي تقابل المادة 114 من أمر 03-11، في مواجهة مؤسسة مالية خالفت القانون من هذه الناحية (1)؛ فالعقوبة في هذه الحالات يجب أن تكون عقوبة مختلفة.

3 - التوقيف المؤقت أو النهائي لمسير أو أكثر مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو عدم تعيينه

تعيينه

إن هذا النوع من العقوبات التأديبية يوقع على أشخاص المسيرين، لا على مؤسسة القرض بصفقتها شخصا معنويا: في هذا الإطار، قرر مجلس الدولة الفرنسي أنها عقوبة تسري على الأشخاص المسيرين وقت اتخاذ العقوبة، و ليس المسيرين وقت اقتراح المخالفات التي أدت إلى توقيعها (2)؛ فالردع يتمثل في حرمان المؤسسة من الأشخاص الذين تم اختيارهم لتسييرها.

إن هذه العقوبة من العقوبات الخطيرة التي يمكن أن تصدر عن اللجنة المصرفية (3)، فعلا، فمؤسسوا الشركات، خاصة منها مؤسسات القرض، تختار مسيريهما على أسس شخصية لصفات فيهم: فقانون النقد والقرض نفسه يعترف صراحة بذلك في المادة 90 منه، إذ قرر فيها أنه يجب من أجل الحصول على الترخيص من مجلس النقد والقرض أن يقدم المؤسسون عدة وثائق، كما يسلمون له قائمة المسيرين .

(1) قرار اللجنة المصرفية الجزائرية في خصومة تأديبية تجاه المؤسسة المالية "يونبن بنك" - قرار رقم 99-04 ليوم 03 ماي 1999.

2) CE 29 Juillet 1994, Dalloz 1994, 540, note Laurin, cité par Contamine-Raynaud Monique - Les conséquences de la défaillance d'une banque: les solutions - in : La défaillance d'une banque, colloque organisé les 08 et 09 Juin 1996 à Deauville par l'association droit et commerce, revue de jurisprudence commerciale n° 11 /1996.

3) DE GANEY - VAYSSET - op.cit - P 18. voir aussi PELTIER - op.cit - P 22.

إن خطورة هذه العقوبة تتضاعف أمام إمكانية إرفاقها بتعيين مدير مؤقت معين من اللجنة المصرفية (1).

4 - سحب الإعتقاد

يعتبر الإعتقاد قرارا ضروريا لإنشاء مؤسسة القرض، و لوجودها القانوني؛ لذلك، فإن سحب الإعتقاد هو أخطر عقوبة يمكن أن تصيب بنكا أو مؤسسة مالية، إذ أن توقيعه يعني وضع حد لحياة المؤسسة؛ الأمر الذي ستتبعه تصفيته (2). لهذا، فاللجنة المصرفية لا تلجأ إلى هذا الإجراء إلا إستثناء، أمام حالات ميؤس منها (3). وإذا كان هذا هو منطوق اللجنة المصرفية الفرنسية لتوقيع عقوبة سحب الإعتقاد، إلا أنها بمناسبة قضايا تأديبية كانت صارمة جدا في تطبيقه؛ يتجسد ذلك في المثال التالي، الذي عرض على مجلس الدولة بفرنسا، إذ بت فيه في 17 أفريل 1994 (4).

تحصلت مؤسسة على قرض من بنك فرنسي واجب التسديد بعد أجل معين. قبل تسديد القرض، وصلت المؤسسة إلى وضع مالي صعب، أصبحت معه مقدرتها على رد القرض البنكي غير مؤكدة.

مع علم البنك بذلك، نشأ نزاع قضائي بينهما، لا يتعلق بتاريخ رد القرض فحسب، بل بقيمته أصلا؛ على مستوى المجلس، جهة الإستئناف، تم تحديد مبلغ القرض بحد يقل على المبلغ المسجل في ميزانية البنك.

عند وصول هذه القضية إلى علم اللجنة المصرفية الفرنسية، وبعد خصومة تأديبية، لاحظت اللجنة أن البنك لم يحترم إلزاما قانونيا يتمثل في إحتياطي الديون الخطيرة (provisionnement des crédits à risque)، وهو إلزام وارد أيضا في الجزائر (5)، يقع على مؤسسات القرض و يلزمها بأن تخصص نسبة ما يحددها القانون من كل قرض مشكوك فيه أو خطير.

(1) أنظر لاحقا الصفحة 107.

(2) أنظر لاحقا الصفحة 111.

3) DE GANEY , VAYSSET – op.cit – P 18.

4) Revue française de droit administratif , septembre-octobre 1994 – p 643.

(5) المادة 11 من التعليمات رقم 74-94 الصادرة عن بنك الجزائر في 29 نوفمبر 1994 المتعلقة بتحديد القواعد الإحترازية لتسيير البنوك و المؤسسات المالية.

كان يجب على البنك في هذه القضية أن يخصص (provisionne) الفرق بين مبلغ القرض الذي قدمه للمؤسسة و المبلغ الذي قرر القضاء أنها مدينة به له؛ على ذلك، فقد قررت اللجنة المصرفية سحب اعتماد مؤسسة القرض.

إن قرار السحب هذا قد تم الطعن فيه أمام مجلس الدولة من طرف مؤسسة القرض المعنية به، التي أسست طعنها على كون القرض موضوع النزاع قد حدد من قبل جهة الإستئناف إلى حد أقل بكثير مما هو عليه، وأن قرار جهة الإستئناف هذا محل طعن بالنقض أمام مجلس النقض وأن هذا هو ما جعلها، أي المؤسسة الطاعنة، تؤجل عملية تخصيص النسبة المطلوبة إلى غاية البت في قيمة القرض .

إن هذا الطعن قد رفض من قبل مجلس الدولة الفرنسي الذي إعتبر قرار اللجنة المصرفية بسحب اعتماد مؤسسة القرض الطاعنة قرارا صائبا، وأن أسس الطاعنة مردودة قانونا، إذ أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ قرار الجهة الإستئنافية.

إن قضية كهذه تبين صرامة هذا الإجراء، و صرامة مواجهة مؤسسة القرض. إن سحب اعتماد المؤسسة المعنية لم يؤسس مثلا على قرب توقفها عن الدفع، أو وضع كهذا، وإنما على عدم إحترام قاعدة، كان يمكن أن تجعل أموال المدخرين لدى هذه المؤسسة في وضع خطير يتمثل في صعوبة الحصول على أموالهم أو إستردادها.

أما عن اللجنة المصرفية الجزائرية، فقد أصدرت عقوبة سحب الإعتماد بمناسبة قضايا كان لها صدى على مستوى الصحافة: الأمر يتعلق بسحب اعتماد بنك الخليفة، و البنك التجاري و الصناعي الجزائري.

بالنسبة لبنك الخليفة، فقد صدر قرار سحب اعتمادة عن اللجنة المصرفية في 26 ماي 2003 بعد منازعة تأديبية مكن فيها هذا البنك من تقديم دفاعه؛ فقد أعيب عليه عدم احترامه للقواعد الإحترازية الذي انجر عنه صعوبات مالية و اختلال توازن البنك؛ أكثر من ذلك، فقد أعيب عليه عمليات تهريب أموال إلى الخارج و عمليات تبديد، أدت إلى فقدان السيولة، و بالتالي التوقف عن الدفع (1).

أما بالنسبة للبنك التجاري الصناعي الجزائري، فقد صدر في حقه قرار سحب اعتماد في 21 أوت 2003؛ فقد أعيب على البنك كونه لم يحترم القواعد الإحترازية، خاصة منها ما تعلق

1) voir cummuniqué de la commission bancaire, pièce jointe n° 03.

بتوزيع المخاطر؛ كما أن البنك لم يكن يحترم مواعيد إرسال الوثائق التي يجب عليه إرسالها دورياً للجنة المصرفية للقيام بوظيفتها الرقابية، كما أنه تم توزيع الأرباح قبل استهلاك مصاريف تأسيس البنك، الأمر المخالف للمادة 719 من القانون التجاري، كما أن البنك لم يراع قواعد السير الحسن للمهنة حسب اللجنة المصرفية بسبب سوء تصرفه تجاه بنك زميل، هو البنك الخارجي الجزائري (1)، أن البنك لم يحترم قواعد تكوين الإحتياطي الإلزامي، الأمر الذي سيؤثر في حسابه الجاري لدى بنك الجزائر، و لم يحترم التشريع و التنظيم فيما يخص عمليات التجارة الخارجية و الصرف (2).

إن تمكين اللجنة المصرفية من سحب اعتماد بنك أو مؤسسة مالية في الإطار الذي نص عليه القانون، و صدور هذا الإجراء من سلطة مختلفة عن السلطة التي منحت الإعتماد لمؤسسة القرض مسألة يرى فيها الفقه أمراً إيجابياً: فاللجنة ستتصرف بهذه العقوبة إن رأت داعياً لذلك بشكل "مستقل تماماً" و دون ضغط قد يقع عليها فيما لو كانت هي التي تمنح الإعتماد (3).

5 - العقوبة المالية

كنوع آخر من المسؤولية التأديبية للبنوك والمؤسسات المالية، قرر أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض منح إمكانية توقيع عقوبة مالية على بنك أو مؤسسة مالية إذا خالف قواعد ممارسة النشاط، أو لم يدعن لأمر، أو لم يعمل وفق تحذير.

هذه العقوبة المالية يمكن أن تأمر بها اللجنة المصرفية كعقوبة منفردة، بدلا من تقرير العقوبات الأخرى، أو إضافة للعقوبات التأديبية: في هذا الإطار، قررت اللجنة المصرفية الفرنسية توقيع عقوبة مالية على بنك Habib bank limited في قرار صادر في 8 مارس 1996، قدرها 300.000 فرنك فرنسي، مصحوبة بعقوبة التوبيخ (4).

إن الغرامة المالية المأمور بها من قبل جهة التأديب نوع معروف من العقوبات التأديبية (5) : لهذا، فالصيغة التي جاءت بها الفقرة التي تناولت هذه العقوبة من المادة 114 قد استدركت الصياغة السيئة - في نظرنا - للنص العربي من المادة 156 من قانون 90-10 -الفقرة الأخيرة-؛ إذ يجب عدم ترك مجال للشك في طبيعة هذه العقوبة: فالمادة 156 الملغاة كانت تتحدث

(1) أنظر أعلاه الصفحة 96.

(2) قرار اللجنة المصرفية رقم 2003/08 المؤرخ في 21 أوت 2003، المرفق رقم 04.

(3) CASSOU Pierre-Henri – La réglementation bancaire – Les classiques, banque et stratégie- édition 2000, p78.

(4) Voir décision du conseil d'Etat n° 180122 du 06 Octobre 2000, lecture du 20 Octobre 2000, www.conseil-Etat.fr

(5) Voir par exemple: Roger Merle, André Vitu - Traite de droit criminel - Editions Cujas - 1973 p 749.

عن إمكانية الأمر بالعقوبة المالية بدلا عن " العقوبات التأديبية " وكأنها ليست كذلك (1). و هذا أمر مهم جدا لإخضاع هذه العقوبة لنظام العقوبات التأديبية الصادرة عن اللجنة المصرفية سواء من حيث شروط توقيعها، أو من حيث إجراءات سير الخصومة التأديبية.

إن حدود هذه العقوبة التأديبية، التي يجب أن توضع طبعا عن طريق نص، لم تصدر في نص تشريعي؛ فالقانون إكتفى بتحديد ما يمكن به معرفة الحد الأقصى لهذه العقوبة، إذ جعله الرأسمال الأدنى الذي يجب أن يتوفر لدى مؤسسة القرض المعنية بالعقوبة؛ و هكذا يكون التشريع قد فوض مجلس النقد والقرض في وضع الحد الأقصى للعقوبة المالية.

فيما يتعلق بضرورة هذه العقوبة، وجدواها، فهما محل شك من قبل الفقهاء (2): بل أنها منتقدة، لأنها قد تزيد من حدة الصعوبات المالية التي تعاني منها مؤسسة القرض المعنية، خاصة إذا تعلق المخالفة التي اقترفتها المؤسسة المعاقبة بعدم احترام القواعد الإحترازية (3).

ثالثا : - تعيين مدير مؤقت

من صلاحيات اللجنة المصرفية، بعد أداء دورها الرقابي، أن تتخذ تجاه بنك أو مؤسسة مالية إجراء خاصا من حيث شروطه، هو إجراء تعيين مدير مؤقت: فعلا، فإطار تقريره يختلف عن الشروط المشتركة التي تمكن اللجنة المصرفية من الأمر بعقوبة تأديبية منصوص عليها في المادة 114. فبصفتها جهة رقابة للبنوك والمؤسسات المالية، للجنة المصرفية أن تعين مديرا مؤقتا عند ملاحظتها سوء تسيير المؤسسة، ولمعاناتها من ظروف إقتصادية معنية، وذلك خارج إطار أية عقوبة تأديبية : فمؤسسات القرض قد تعاني من أوضاع مالية صعبة دون أية مخالفة للقوانين والأنظمة المتعلقة بها، الشيء الذي يمنع اللجنة المصرفية من معاقبتها؛ في هذا الإطار، تلعب هذه اللجنة دور شرطة إدارية، تتخذ إجراءات تحفظية لحماية النظام العام الإقتصادي، وأمن المدخرين(4).

من جهة أخرى، حرصا من المشرع على فعالية أكبر لضمان أمن النظام العام الإقتصادي، يمكن للمقيمين على مؤسسة القرض أن يبادروا بطلب تعيين مدير مؤقت من اللجنة

1 بينما النص الفرنسي للمادة 156 لا يترك في صياغته مجالا للشك في الطبيعة التأديبية للعقوبة المالية.

2 Geogel Jacques, HUBRECHT Hubert-Gérald – sanctions administratives – juris-classeur administratif – 1986, Fasc 202 – P 09.

3) LAMY DROIT PENAL DES AFFAIRES - La procédure devant la commission bancaire, édition 2010, p 619.

4 PELTIER Frédéric – Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaire, réglementation et contrôle - juris-classeur banque et crédit - op.cit – P 27.

المصرفية؛ فسوء وضع مؤسسة ما قد لا يظهر في وقت يسمح بتدارك الوضع بالنسبة للجنة المصرفية.

لكن من جهة مقابلة، فقد قرر المشرع في المادة 114 من قانون النقد والقرض عقوبات تأديبية تدعو إلى القلق على وضع مؤسسة القرض إذا ما تم اللجوء إليها: الأمر يتعلق بعقوبة منع واحد أو أكثر من المقيمين على المؤسسة المعنية بالعقوبة بممارسة صلاحياته لمدة معينة، أو بشكل نهائي؛ هذه العقوبة تدعو إلى مراعاة وضع مؤسسة القرض، خاصة إذا ما كانت بنكا، يستقبل أموال المدخرين؛ فتوقيف كل المسيرين يعني شل حركة ونشاط مؤسسة القرض؛ هكذا، يبدو في مثل هذه الحالات - أو في حالات أخرى تقرها اللجنة المصرفية - أنه من الضروري تعيين مدير مؤقت لإدارة مؤسسة القرض؛ غير أنه، إذا كانت العقوبة تتعلق بتوقيف مسير واحد فقط، فقد ترى اللجنة إمكانية تواصل نشاطها بشكل عادي، وتمتنع عن تعيين مدير مؤقت في هذه الحالة؛ هذا ما جعل المشرع يقرر ترك أمر تعيين المدير المؤقت كإجراء مصاحب لعقوبة تأديبية إجراء يدخل في إطار السلطة التقديرية للجنة المصرفية.

إذا كان إجراء تعيين مدير مؤقت يبدو من الناحية القانونية إجراء تحفظيا، يهدف سواء في إطار تأديبي أو غير تأديبي إلى الحفاظ على مصالح مؤسسة القرض، والمتعاملين معها، فإننا نرى أنه، إن جاء خارج إطار إستجابه اللجنة المصرفية لطلب المقيمين على مؤسسة القرض المعنية به، يأخذ من الناحية الفعلية العملية معنى العقوبة، رغم أنه ليس كذلك قانونا: فعلا، فمسيروا مؤسسات القرض يتم اختيارهم من قبل المؤسسين لأسباب شخصية، لصيقة بذواتهم؛ على ذلك، فإن تعويض هؤلاء المسيرين بأشخاص آخرين، ولو لفترة مؤقتة لا يمكن إلا أن يأخذ معنى العقوبة: على ذلك، يتساوي في نظرنا، من هذه الناحية، تعيين مدير مؤقت مع العقوبات التي يمكن أن تقرها اللجنة المصرفية .

إن فكرة تعيين مدير مؤقت ليست حكرا على اللجنة المصرفية: فهو إجراء معروف. ويعرف بكونه شخص يعين من سلطة إدارية أو قضائية من أجل ممارسة حق أو أداء وظيفة، أو تسير مال أو مؤسسة بدلا من الشخص الذي كان مؤهلا لذلك، ولم يعد كذلك (1).

إن هذا التعريف العام للمدير المؤقت يبدو منطقيا أكثر منه قانونيا؛ غير أنه، في هذا الإطار، صدر عن اللجنة المصرفية الفرنسية في 1992 قرارا يبدو غريبا فعلا: الأمر يتعلق ببنك

فرنسي هو بنك MAJOREL (1). فعلا، في 24 جانفي 1992، قررت اللجنة المصرفية تعيين مدير مؤقت لهذا البنك على أساس المادة 44 من قانون 84-46 المتعلق بمؤسسات القرض الفرنسي (وهي نفسها المادة 113 من أمر 03-11)، هذا المدير قرر إعلان التوقف عن الدفع. غير أنه بعد تعيين هذا المدير المؤقت ومع الإحتفاظ به، قررت اللجنة المصرفية في المنع الدائم للسيد Majorel من مواصلة مهامه كمسير للبنك (! ..) في إطار عقوبة تأديبية، وذلك في 20 مارس 1992.

إن وجه الغرابة في هذا القرار يكمن في أن تعيين مدير مؤقت، تنتقل إليه حسب القانون الفرنسي (ونظيره الجزائري) كل مهام التسيير والإدارة للبنك أو مؤسسة القرض، لا يضع حدا بطبيعته و بقوة القانون لمهام المسيرين الأصليين لهذا البنك. في حالة مثل هذه، نتساءل عن كيفية إتخاذ قرارات التسيير والأدارة، وعن إمكانية التسيير العادي لمؤسسة القرض المعنية، خاصة أمام السلطات الواسعة المخولة للمدير المؤقت، التي قد تصل حتى إلى إعلان التوقف عن الدفع (مع الإشارة أن هذه الإمكانية لم تعد من صلاحيات المدير المؤقت المعين من قبل اللجنة المصرفية الفرنسية منذ تعديل قانون 84-86 في 08 أوت 1994 بمقتضى قانون 94-679).

إن هذا الموقف قد تم تبنّيه أيضا بشكل صريح من طرف مجلس الدولة الجزائري الذي فصل في منازعة بين الجيريان إنتارناسينال بنك (AIB) و محافظ بنك الجزائر كممثل للجنة المصرفية (2)؛ و قد فصل مجلس الدولة في مسألة الصفة التي أثّرت في النزاع بما يلي:

"... الطعن يرمي إلى المنازعة في تعيين متصرف إداري مؤقت، و لا يمكن بالتالي أن يرفع هذا الأخير طعنا ضد نفسه، و إنما يرفع بداهة من طرف المؤسسة المصرفية بواسطة ممثلها القانوني الذي يظل بمقتضى القانون الأساسي للبنك الجزائري الدولي هو مديرها العام الحالي المعين لمدة 06 سنوات، أو هم المساهمين الذين أضر القرار بهم..."

إن هذا الموقف القضائي يجد مبرره إذن في أن تمكن مؤسسة القرض من الطعن القضائي في قرار اللجنة المصرفية الذي يأمر بتعيين مدير مؤقت لا يمكن أن يكون إلا بواسطة ممثلها.

لقد طرحت على القضاء الفرنسي إشكاليه تم حلها على مستواه بطريقة تستحق الإنتباه: فعلا، تم النظر من طرف مجلس الدولة الفرنسي في وقائع تتمثل في تعيين مصفي لبنك، هو نفسه

1 Voir bulletin n° 154 – chambre commerciale Avril 1994 , cd jurisprudence légisoft Février 1999.

2 قرار بتاريخ 01-04-2003 ، مجلة مجلس الدولة العدد 06، سنة 2005.

الشخص الذي عين قبل ذلك كمدير مؤقت لنفس البنك من طرف اللجنة المصرفية؛ عند إصدار اللجنة لقرار تعيينه كمصفي، لم يثر المدير المؤقت بصفته الشخص الذي انتقلت إليه مهمة تمثيل البنك أية ملاحظة حول قرار اللجنة المصرفية: أمر يسهل توقعه بفعل انعدام أي مصلحة له في مؤسسة القرض؛ لكن الشركاء في البنك أرادوا تقديم ملاحظاتهم و دفاعهم أمام اللجنة المصرفية من أجل مناقشة قرارها تعيين المصفي، الأمر الذي رفضته هذه الأخيرة.

بعد طرح القضية على مجلس الدولة من طرف الشركاء، خلص المجلس إلى تقرير أنه طالما أن اللجنة المصرفية قد سبق و أن عينت مديرا مؤقتا للبنك قبل إصدارها قرار تعيين مصفي، فإن هذا المدير المؤقت هو ممثل البنك، و له تعود سلطة تمثيله أمام اللجنة المصرفية التي من حقها إذن رفض ملاحظات و دفاع الشركاء (1): قرار استنكره الفقه (2)، على اعتبار أنه رغم منطقيته و تناسقه الظاهر مع النصوص، فإنه موقف غير مقبول؛ إذ يكفي، قبل إصدار أية عقوبة أخرى في مواجهة بنك أن يسبق ذلك تعيين مدير مؤقت له كي تحرم اللجنة المصرفية المؤسسة المعنية من الدفاع عن نفسها؛ و يرى الفقه أنه لا يمكن التذرع بإمكانية الطعن أمام مجلس الدولة، لأن تبيان وجهة النظر أمام اللجنة المصرفية، و الدفاع أمامها لحملها على عدم اتخاذ قرارها أمر لا يستهان به و لا يعقل حرمان مؤسسة منه (3).

إن تعيين مدير مؤقت لمؤسسة قرض، سواء كان بطلب من المقيمين عليها أو بتدخل من اللجنة المصرفية لا يلغي إمكانية المساءلة أمامها، ولا إمكانية إتخاذ قرارات تأديبية: فقضية Majorel مثلا على ذلك، ونضيف أيضا مثلا آخر متعلق بمؤسسة قرض Helle finances (4)، وهي شركة تضامن (5) التي، بعد أن عينت لها اللجنة المصرفية مديرا مؤقتا، أصدرت قرارا لاحقا بسحب الإعتماد لأنها كانت تمارس أعمالا أخرى بالإضافة إلى عملها المصرفي؛

1) CE 17 Mai 2002 « que dès lors que la commission bancaire avait nommé un administrateur provisoire de la banque franco-yougoslave, celui-ci avait seul le pouvoir de représenter cette banque ; que c'est donc à bon droit que la commission bancaire n'a pas mis à même les actionnaires majoritaires de présenter leurs observations avant de nommer un liquidateur », cité par Bonneau Thierry – chronique de droit bancaire – revue banque et droit n° 85/2002 – p 44.

2) BONNEAU Thierry – chronique de droit bancaire – op.cit – p 44.

voir aussi SYNDET Hervé – jurisprudence, sommaire commenté : droit bancaire – Le dalloz n° 5, 2003 – p 338.

3) SYNDET Hervé – op.cit – p 338.

4 Voir bulletin n° 274 – arrêt n° 93-20-078 du 19 Nov 1996 , cd jurisprudence légisofit précité.

5 إن القانون الفرنسي يكتفي باشتراط الشخصية المعنوية في مؤسسة القرض.

عمليا ، لوحظ أن اللجنة المصرفية الفرنسية كثيرا ما تلجأ إلى تعيين مدير مؤقت لمؤسسة قرض وهي بصدد مساعلته تأديبيا (1).

نشير أخيرا، أن المدير المؤقت المعين من قبل اللجنة المصرفية ملزم بأداء مهام التسيير والإدارة تحت طائلة المساعلة القانونية: فعلا فالمادة 224 من القانون التجاري الجزائري تنص على أنه في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه، يجوز إشهار ذلك شخصا على كل مدير قانوني أو واقعي، ظاهري أو باطني، مأجور أو لا إذا كان قد قام لمصلحة في ظل الشخص المعنوي بأعمال أو تصرفات في أموال المؤسسة كما لو كانت أمواله الخاصة، أو باشر تعسفا لمصلحته بإستغلال خاسر لا يمكن إلا أن يؤدي إلى توقف المؤسسة على الدفع؛ وتسوية الديون في هذه الحالة تشمل ديون المؤسسة أيضا؛ كما أن المادة 379 من القانون التجاري تنص على أنه في حالة توقف شركة أسهم عن الدفع، تطبق العقوبات الخاصة بالتفليس بالتدليس على المديرين والقائمين بالإدارة... إلخ، إذا إختلسوا بطريق التدليس دفاتر الشركة، أو بددوا، أو أخفوا جزءا من أصولها،..

الفقرة الثانية: العقوبات المشتركة بين الغير ومؤسسات القرض: الوضع قيد التصفية

بصفته أدرج في دائرة رقابة اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص حتى غير مؤسسات القرض من أشخاص معنوية وطبيعية (2)، فمن الطبيعي أن يقرر قانون النقد والقرض عقوبة يمكن للجنة توجيهها إلى غير مؤسسات القرض؛ إنها عقوبة الوضع قيد التصفية.

وتعرف التصفية بكونها عملية تالية لإنحلال الشركة؛ وتتمثل في تسديد ديونها، إرجاع الحصص للشركاء، أو ما يقوم مقامها، ثم اقتسام ما زاد على ذلك (3).

غير أن هذه العقوبة ليست خاصة بالغير (ثانيا)، بل أنها قد تتال أيضا مؤسسات القرض (أولا).

أولا - وضع مؤسسات القرض قيد التصفية

قررت المادة 115 من قانون النقد والقرض إمكانية اللجنة المصرفية أن تضع قيد التصفية، وأن تعين مصفيا للبنوك والمؤسسات المالية؛ بالنسبة لمؤسسات القرض، فإن الوضع قيد

1 Peltier Frederic – op.cit – P 28.

2 أنظر أعلاه الصفحة 86.

3 GUYON Yves – Droit des affaires Tome I – 6 ème édition – Economica 1990 – p 206.

التصفية قد يكون نتيجة لعقوبة سحب الإعتقاد؛ أو بمخالفتها أحكام المادة 81 من قانون النقد والقرض (1): الأمر يتعلق بالمنع من خلق لابس في ذهن المتعاملين مع مؤسسات القرض حول الفئة التي تنتمي إليها؛ فعلا فقد قررت الفقرة الثانية من المادة 81 منع كل بنك أو مؤسسة مالية من أن تحمل إلى الإعتقاد بأنها تنتمي إلى فئة غير الفئة التي رخص لها أن تعمل ضمنها أو أن تخلق الشك حول هذا الأمر (2).

هكذا، في الحالة الأولى، قد يبدو أن الإخضاع للتصفية ليس عقوبة في حد ذاته، بل نتيجة لسحب الإعتقاد. إننا نعتقد عكس ذلك: الوضع قيد التصفية هنا عقوبة حقيقية، قائمة بذاتها، وفي غاية الصرامة.

فعلا، فالمادة 83 من أمر 03-11 تشترط، من أجل إنشاء بنك أو مؤسسة مالية، أن تؤسس أولا في شكل شركة مساهمة، بكل ما يتطلبه القانون التجاري؛ و هكذا، فقبل الحصول على ترخيص أو إعتقاد، فنحن أمام شخص معنوي (3) له وجود قانوني؛ من جهة أخرى، فإن منح ترخيص وإعتقاد لمؤسسة قرض يفرض فعلا عليها أن تمارس الأعمال المصرفية كمهنة عادية، ولكن المادة 72 مثلا تسمح لها بأداء أعمال تابعة لنشاطها هذا، كتقديم المشورة والمساعدة في مجال إدارة الممتلكات... إلخ، وبشكل عام جميع الخدمات التي تسهل إنشاء وإنماء المؤسسات (4). و هكذا، بإتباع

(1) لقد جاء في المادة 115 من أمر 03-11 أنه:

" يصبح قيد التصفية كل بنك أو كل مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري تقرر سحب الإعتقاد منها.

يمكن للجنة المصرفية أن تضع قيد التصفية و تعين مصفيا لكل مؤسسة تمارس بطريقة غير قانونية العمليات المخولة للبنوك و المؤسسات المالية، أو التي تخل بأحد المنوعات المنصوص عليها في المادة 81 من هذا الأمر.

يتعين على البنك أو المؤسسة المالية خلال فترة تصفيتهما:

- ألا يقوموا إلا بالعمليات الضرورية لتطهير الوضعية.

- أن يذكر بأنه (بأنها) قيد التصفية.

أن يبقى خاضعا (خاضعة) لمراقبة اللجنة المصرفية".

(2) لقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 81 أنه:

" يمنع على أي مؤسسة مالية أن توهم بأنها تنتمي إلى فئة من غير الفئة التي اعتمدت للعمل ضمنها أو أن تثير اللبس بهذا الشأن".

(3) انظر أعلاه الصفحة 65 أعلاه.

(4) نصت المادة 72 من أمر 03-11 على أنه:

" يمكن البنوك و المؤسسات المالية أن تجري جميع العمليات ذات العلاقة بنشاطها كالعمليات الآتية:

- عمليات الصرف.

- عمليات على الذهب و المعادن الثمينة و القطع المعدنية الثمينة.

- توظيف القيم المنقولة و كل منتج مالي، و اكتتابها و شرائها و تسييرها و حفظها و بيعها.

- الإستشارة و المساعدة في مجال تسيير الممتلكات.

منطق هذه النصوص، وما دامت مؤسسات القرض أشخاص معنوية قبل إكتسابها صفة البنك أو المؤسسة المالية عن طريق إعتادها كذلك، فالمنطق القانوني يقتضي بقاء الشخصية المعنوية قائمة في حالة سحب الإعتاد، إن كان لمؤسسة القرض نشاطا تابعا، و لا مجال بالتالي لتصفيتها.

غير أنه، بتقرير المشرع وضع المؤسسات التي سحب إعتادها قيد التصفية، فإنه جعل من هذا الإجراء يتجاوز كونه مجرد إجراء تبعي، بل عقوبة حقيقية أخرى، نشك في نجاعتها إن تمت بشكل آلي؛ فسحب الإعتاد وحده عقوبة لا يمكن إلا أن تكون فعالة في الردع على المستوى التأديبي: لماذا القضاء أيضا على الشخص المعنوي؟ لماذا عدم الإكتفاء بتصفية الأعمال المصرفية التي أدتها مؤسسة القرض المعنوية؟ على الأقل للحفاظ على نشاطها التبعي، ومناصب العمل بها.

يجب أن نشير إلى أن المادة 115 من أمر 11-03 هي خلاصة إدماج مع تصرف للمادتين 141 و 157 من قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض الملغى: فالمادة 141 كانت تنص على أنه:

" يصبح قيد التصفية كل بنك و كل مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري تقرر سحب الإعتاد منها.

تصبح أيضا قيد التصفية فروع البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية العاملة في الجزائر التي تقرر سحب الإعتاد منها.

يعين المصفون وفقا للمادة 158 (1) من هذا القانون.

يتعين على البنوك و المؤسسات المالية و الفروع خلال مدة التصفية ألا تقوم إلا بالعمليات الضرورية لتطهير الوضعية.

أن تذكر أنها قيد التصفية.

أن تبقى خاضعة لمراقبة اللجنة المصرفية".

و نصت المادة 157 من نفس القانون أنه:

" يمكن اللجنة المصرفية أن تضع قيد التصفية و أن تعين مصفيا (1) للبنوك و

المؤسسات المالية التي لم يعد مرخصا لها بممارسة العمل و للمؤسسات التي تمارس بدون حق أعمال البنوك و المؤسسات المالية أو تخالف أحكام المادة 126 من هذا القانون".

- الإستشارة و التسيير المالي و الهندسة المالية و بشكل عام كل الخدمات الموجهة لتسهيل إنشاء المؤسسات أو التجهيزات و إنمائها مع مراعاة الأحكام القانونية في هذا المجال".

1 هذا خطأ في وضع رقم المادة: فالمادة المعنية هي المادة 157 من نفس القانون، و هي المادة التي يشير إليها النص الفرنسي للمادة 141.

بذلك، و حسب المادة 157 من قانون 90-10 أعلاه، فالوضع قيد التصفية بالنسبة لمؤسسات القرض التي تقرر سحب اعتمادها كان مسألة جوازية للجنة المصرفية: الأمر الذي يجعل حسب هذه المادة الإبقاء على الشخصية المعنوية لمؤسسة القرض بعد سحب اعتمادها مع تصفية ناتج ممارستها للأعمال المصرفية مسألة ممكنة.

إلا أن المادة 141 كانت تشكل تعارضا مع المادة 157: فحسب المادة الأخيرة، وضع مؤسسة القرض قيد التصفية بشكل يقضي على الشخصية المعنوية فيها أمر بديهي، يتبع بقوة القانون سحب الإعتماد.

هذا التعارض زال بصدور المادة 115 من أمر 03-11؛ لكن يبقى و يحتد انتقاد القضاء الآلي على الشخصية المعنوية لمؤسسة القرض.

على سبيل المقارنة مع القانون الفرنسي، فإنه اعتمادا على قانون 1941 الذي كان ينظم مؤسسات القرض، كان بإمكان لجنة مراقبة البنوك آنذاك توقيع عقوبة سحب الإعتماد؛ من هنا، استخلص القضاء الفرنسي إمكانية بقاء الشخصية المعنوية لمؤسسات القرض بعد سحب اعتمادها، مع تصفية نشاطها الناتج عن العمليات المصرفية (2)؛ هذا طبعاً إن كان لها نشاطات أخرى.

لكن بصدور قانون 94-679 بتاريخ 08 أوت 1994، أصبحت المادة 19 من القانون البنكي الفرنسي تميز صراحة بين عقوبتين تأديبيتين تصدران عن اللجنة المصرفية (3):

- عقوبة سحب الإعتماد: و تعني عدم إمكان المؤسسة مواصلة نشاطها في إطار العمليات المصرفية، و ينتج عنها بقاء شخصيتها المعنوية مع جميع إيجابيات ذلك خاصة على المستوى الإجتماعي، و استمرار نشاطاتها التابعة، مع تصفية النشاطات الناتجة عن العمليات المصرفية (4).

1 الخطأ واضح، و المقصود من المشرع "مصفياً" بدل "مصرفياً".

2) DJOUDI Djamel – Le traitement des établissements de crédit en difficulté – La semaine juridique, JCP N° 22, 1996, P 215.

(3) تمييز مستمر إلى غاية النصوص الحالية الفرنسية؛ أنظر المادة 17-511، و المادة 15-511 من القانون النقدي و المالي الفرنسي.

(4) عقوبة لم تعد من اختصاص اللجنة المصرفية الفرنسية حسب المادة 21-613.

« jugeant que la liquidation d'un établissement de crédit à qui l'agrément a été retiré est une institution spécifique qui obéit à des règles propres et qui n'atteint pas l'être morale, puisque le retrait d'agrément ne constitue pas en lui-même une cause de la dissolution de la personne morale ; que la liquidation bancaire d'un établissement de crédit dont l'activité est exercée par une société commerciale dont l'objet n'est pas exclusivement l'exercice d'une activité d'un établissement de crédit, n'apparaît pas incompatible avec

- عقوبة الشطب: و هي عقوبة أشد من عقوبة سحب الإعتقاد، إذ ينتج عنها بقوة القانون تصفية الشخصية المعنوية ذاتها التي لا يمكن أن تستمر بعد هذا الإجراء: و في هذا الإطار، نص المشرع على أنه في حالة صدور عقوبة الشطب، تبقى مؤسسة القرض تحت رقابة اللجنة المصرفية إلى غاية انتهاء عملية التصفية، وأنها لا يمكن أن تزاوّل إلاّ العمليات الضرورية لتطهير وضعيتها، و أنه يجب عليها أن تذكر أنها قيد التصفية (1).

إن المشرع الجزائري، خاصة في إطار أمر 03-11، قد نص على سحب الإعتقاد كعقوبة تأديبية يمكن أن تتخذها اللجنة المصرفية إزاء مؤسسة قرض، و لكنه أعطى لهذه العقوبة آثار عقوبة الشطب؛ و في الحقيقة، منذ صدور قانون 90-10، كان أمر عدم تناسق آثار هذه العقوبة بارزا: إنه، بفعل الشروط و الإجراءات التي يتطلبها سواء قانون 90-10 أو أمر 03-11 لإنشاء بنك أو مؤسسة مالية، و هي بالضبط ضرورة تأسيس شركة مساهمة أولا، ثم طلب الترخيص لها واعتمادها كبنك أو كمؤسسة مالية، كان من المفروض ألا يكون لسحب الإعتقاد أثر تصفية الشخصية المعنوية كما هو عليه الحال؛ يبدو أن المشرع يخشى من عواقب مواصلة المؤسسة المسحوب اعتمادها ممارسة الأعمال المصرفية، خاصة منها استقبال أموال الإيداع؛ لكن على هذا المستوى، سندخل في إطار خطر عام متمثل في ممارسة هذه الأعمال من طرف مؤسسات غير البنوك و المؤسسات المالية: خطر تصدى له المشرع بعقوبات جزائية، مع بقاء المؤسسة تحت رقابة اللجنة المصرفية.

يجب أن نشير أيضا إلى أن سحب الإعتقاد، إن نتج عنه بقاء الشخصية المعنوية للشركة، فإنه تماشيا مع نصوص قانون النقد و القرض يجب تعديل القانون الأساسي للشركة لتغيير موضوعها، و اسمها أيضا لتتخذ اسما جديدا لا يحمل إلى الإعتقاد أنها بنكا أو مؤسسة مالية.

يطرح إشكال أيضا بالنسبة لتعيين المصفي؛ و هي مسألة مهمة لأهمية هذا الشخص: إذ سيقوم بتسوية العمليات العالقة، و تصفية أموال المؤسسة؛ فالمادة 157 من قانون 90-10 كانت تقرر

l'application, au profit de cette société des solutions de redressement instituées par la loi du 25 Janvier 1985, mais seulement en ce qui concerne ses activités autres que celles définies aux art 1^{er} à 06 de la loi du 24 Janvier 1984 » Aix-en-provence 21 juillet 1993, note sous art 511-16 du code monétaire et financier – code de commerce – éditions Dalloz 2009.

1 Art L 511-17 du code monétaire et financier.

Voir aussi LEGUEVAQUES Christophe – "La création d'un fonds de garantie des dépôts, la fin d'une conception française" op.cit – p 64.

أن مسألة التعيين هذه أيضا مسألة جوازية بالنسبة للجنة المصرفية : فقد تقرر وضع مؤسسة قرض قيد التصفية، مع ترك مسألة تعيين المصفي للقواعد العامة، كأن يتم تعيينه بشكل رضائي من قبل الجمعية العامة للمؤسسة (1)، غير أن هذه المسألة الجوازية كانت تجد أيضا ما يعارضها في المادة 141 من نفس القانون التي قررت أن تعيين المصفين يتم وفقا للمادة 157 من قانون النقد والقرض(2)؛ و هكذا، فتعيين المصفي لا يمكن أن يكون خاضعا للقواعد العامة، بل يجب أن يتم من قبل اللجنة المصرفية.

في إطار أمر 03-11، فقد فرضت المادة 116 تحديد اللجنة المصرفية لكيفيات التصفية: الأمر الذي يتناول منطقيا مسألة تعيين المصفي؛ أمر لم يتغير بصدور أمر 10-04، إذ أنه حافظ على أن تعيين المصفي يبقى من سلطات اللجنة المصرفية عند تعديله المادة 115 من قانون النقد و القرض.

أما الحالة الثانية لوضع مؤسسات القرض قيد التصفية، فهي متعلقة بمخالفة المادة 81 من قانون النقد و القرض. فعلا، فصرامة قانون النقد و القرض في الحفاظ على النظام العام الإقتصادي و الإدخار وصلت إلى إمكانية الإخضاع للتصفية بالنسبة لمؤسسات القرض التي تحمل إلى الإعتقاد بأنها تنتمي إلى فئة غير الفئة التي رخص لها أن تعمل ضمنها؛ إن تبرير هذه الصرامة مبني على أهمية عدم زعزعة ثقة الجمهور في مؤسسات القرض، و عدم إيداع المدخرين أموالهم لدى المؤسسات المالية؛ غير أنه، نظرا لصرامة هذه العقوبة رغم أهميتها، لم يتم إستعمالها من قبل اللجنة المصرفية في الجزائر رغم أن حالاتها كثيرة، شأن مؤسسة يونين بنك، التي رغم كونها مؤسسة مالية، إلا أنها إتخذت إسما يحمل إلى الإعتقاد أنها بنك؛ مع ذلك، لم تقرر اللجنة المصرفية عقوبة لها على هذا الأساس (3).

ثانيا - وضع غير مؤسسات القرض قيد التصفية

إن المادة 115 من أمر 03-11 كانت تنص على إمكانية الوضع قيد التصفية بالنسبة للمؤسسات غير البنوك و المؤسسات المالية التي تخالف أحكام المادة 81 من قانون النقد و القرض:

1 Butsch Jean-Louis – Le rôle des autorités de tutelle - colloque « la defaillance d'une banque précité, p 28.

2 مع الإشارة إلى الخطأ في الترقيم: 158 بدل 157.

3 قرار 99-04 ليوم 03 ماي 1999 الذي جاء في إطار قانون 90-10 الذي تقابل فيه المادتان 157 و 120 المادتين 115 و 81 من أمر 03-11، و الذي لم تتخذ اللجنة المصرفية في إطاره أي إجراء تجاه يونين بنك الذي هي مؤسسة مالية إتخذت تسمية كهذه، رغم أن اللجنة عاينت قيام المؤسسة باستقبال الأموال من الجمهور بشكل يخالف القانون و يضع المدخرين في وضع خطير لعدم استفادتهم من نظام ضمان الودائع؛ فاللجنة قد اكتفت بأمر المؤسسة بالتوقف عن استقبال الأموال، دون أمرها بتصفية الودائع المودعة من قبل.

فحمل اسم يؤدي إلى لبس في ذهن من يتعامل معها أمر يستحق حسب المشرع الوضع مباشرة قيد التصفية؛ بصدر أمر 04-10، تم تناول مسألة وضع المؤسسات غير مؤسسات القرض قيد التصفية في مادة خاصة، هي المادة 115 مكرر، و ذلك لنفس الأسباب التي تناولتها المادة 115 سابقا.

قد يبدو أن عقوبة كهذه لمخالفة تخص اسم المؤسسة صارمة بشكل مبالغ فيه، لكن في الحقيقة لها ما يبررها.

إن حصر عملية تلقي الأموال من الجمهور في مجال البنوك وحدها له دور و آثار: فالغرض منه هو تحديد مجال تتركز فيه حماية المدخرين. و هذا ما هو موجود فعلا فيما يسمى بنظام ضمان الودائع المصرفية (1): الغرض منه تعويض المدخرين (الصغار منهم خاصة)، عن فقدان ودائعهم في حالة توقف بنك عن الدفع؛ هذا النظام يحمي المودعين لدى البنوك دون غيرهم لأن القانون لا يفترض ودائع لدى غير البنوك؛ كما أن العمليات المصرفية الأخرى لها تأطيرها القانوني و التنظيمي الذي يجب احترامه من أجل بناء نظام بنكي محكم؛ لا يمكن إذن التساهل مع من يخرج العمليات المصرفية من مجالها، و هذا ما يبرر صرامة هذه العقوبة تجاه المؤسسات التي تتخذ اسما يحمل إلى الإعتقاد أنها مؤسسة قرض: فالأمر فيه خطورة على النظام المصرفي، و على الإدخار بوجه الخصوص.

إلا أنه، من هذه الناحية، لا بد من التوقف عند تقرير المشرع لعقوبة التصفية تجاه الأشخاص غير مؤسسات القرض الذين يخالفون المنع المنصوص عليه في المادة 81: فقد رأينا أنه، من خصوصيات مجال رقابة اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص في الجزائر، أن المشرع مكنها من رقابة جميع الأشخاص (2)، سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، مؤسسات قرض أو غير مؤسسات قرض؛ ثم أكدت المادة 76 من أمر 03-11 منع أي شخص طبيعي أو معنوي غير البنوك والمؤسسات المالية من مزاوله الأعمال المصرفية، عدى الإستثناءات المقررة قانونا ؛ رأينا أن مثل هذا التمديد للرقابة يمكن أن يكون له آثار من حيث الزيادة في الردع أمام اللجنة المصرفية (3).

غير أنه، عند تقرير عقوبات كجزاء لإمكانية الرقابة، فقد إكتفى المشرع بتقرير عقوبة التصفية المعروفة في النظام القانوني الجزائري، (المواد 443 ومايليها من القانون المدني، و 765

1 أنظر لاحقا الصفحة 170.

2 أنظر أعلاه الصفحة 86.

3 أنظر أعلاه الصفحة 87.

وما يليها من القانون التجاري)؛ ولكنها معروفة كنتيجة لانحلال الشركات: فما شأن الأشخاص الطبيعيين؟ لماذا إخضاعهم لرقابة اللجنة المصرفية، مع عدم تمكينها من معاقبتهم؟.

إن الأمر مهم جدا: فإن خرجت العمليات المصرفية، وخاصة منها عملية القرض من مجالها القانوني، فالضرر نفسه. فقد طرح على القضاء التجاري الفرنسي قضية اتخذت فيها إجراءات الإفلاس تجاه موثق لأن القضاة لاحظوا أنه، خارج إطار حسابات مكتبه، كان يقترض من زبائنه مبالغ جد مهمة، يقرضها مرة أخرى بإسمه، وتحت مسؤوليته لقاء فوائد لأشخاص آخرين: الشيء الذي يشكل عملية مصرفية، هي عملية قرض (1).

إن المشرع الجزائري، و منذ قانون 90-10، لا يرى فائدة من اتخاذ عقوبة تأديبية في مواجهة الأشخاص الطبيعيين الذين يعتدون على مجال عمل مؤسسات القرض؛ لكن لأنها أكثر كفاءة فيما يتعلق بممارسة الأعمال المصرفية من جهاز القضاء عموما، فإنه بإمكانها، بعد ملاحظة قيام أشخاص طبيعيين بمزاولة أعمال مصرفية خلافا للقانون، أن تعلم بذلك جهاز النيابة العامة، كما يتضح من خلال المادة 105 من أمر 03-11.

المطلب الثاني: الإطار الإجرائي للخصومة التأديبية

إن قانون النقد و القرض منح سلطات واسعة للجنة المصرفية في معاقبة البنوك والمؤسسات المالية، و حتى غيرها، التي تخالف المقتضيات القانونية و التنظيمية في مجال القرض أو في مجالات أخرى؛ سلطات خطيرة، تثير التساؤل حول مدى ضمان حقوق الدفاع أمام اللجنة المصرفية: حقوق لا يضمنها إلا تأطير إجرائي محكم لسير إجراءات الخصومة أمام هذه اللجنة (الفرع الأول)، للقرارات الصادر عنها (الفرع الثاني)، و للطعن فيها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تأطير سير الخصومة أمام اللجنة المصرفية

إن إمكانية العقاب التي سنها قانون النقد و القرض للجنة المصرفية، خاصة بالمدى الذي رأيناه، يفرض إتاحة إمكانية للأشخاص المتابعين أمام هذه المؤسسة للدفاع عن أنفسهم: ضمان إمكانية الطعن في قرارات اللجنة المصرفية وحده غير كاف، خاصة و أنها قرارات تصدر مشمولة بقوة التنفيذ (2).

1 HOUIN , BOULOC - Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale – Sirey 1976 – p 56.

(2) الفقرة الأخيرة من المادة 107 من أمر 03-11 نصت على أن الطعن في قرار اللجنة المصرفية لا يوقف تنفيذه.

إن خصوصية مؤسسات القرض وأهميتها وعلاقتها بالإقتصاد والنظام العام وحتى بالإستقرار العام لم تعد تحتاج إلى دليل؛ لا يمكن إذن أن تترك المسؤولية التأديبية لهذه المؤسسات أمام اللجنة المصرفية دون تأطير إجرائي أمامها بشكل يضمن حقوق الدفاع؛ إن العقوبات التي يمكن للجنة المصرفية النطق بها في مواجهة مؤسسة قرض تتطور من مجرد الإنذار إلى سحب الإعتماد و الوضع قيد التصفية: مجال يعترف فيه بالسلطة التقديرية للجنة المصرفية؛ الشيء الذي يجعل الأمر في أغلب الأحيان يفصل أمامها... فكيف يعقل للمشرع أن لا ينظم ما يكفل حقوق الدفاع خلال الخصومة التأديبية إلا بعد عشرين سنة من صدور قانون 90-10؟.

فعلا، إن المشرع الجزائري قد "نسي" تأطير الخصومة التأديبية أمام اللجنة المصرفية سواء في قانون 90-10 أو في أمر 03-11؛ لم ينقطن لهذا السهو إلا في 2010، عند تعديله لأمر 03-11 بمقتضى أمر 10-04، حيث تناول "تأطير" الخصومة التأديبية أمام اللجنة المصرفية في إطار مادة يتيمة منه. لكن قبل ذلك، فاللجنة المصرفية نفسها التي جعل منها المشرع بسهوه هذا سلطنة في مجال العقاب قد تيقنت و تفتنت إلى أنه لا يمكنها اتخاذ القرارات التي نصبها القانون لإتخاذها دون تأطير للإجراءات أمامها؛ هذا ما جعلها تصدر قرار رقم 93-01 المؤرخ في 06 ديسمبر 1993، المتعلق بتنظيم عمل اللجنة المصرفية، ثم إلغائه و تعويضه بقرار 04-2005 الصادر في 20 أبريل 2005 المتعلق بنفس الموضوع (1).

إن العناصر الضرورية لتأطير سير الخصومة أمام اللجنة المصرفية تتعلق بالنقاط

الجوهرية التالية:

- التبليغ
- الحق في الدفاع
- التحضير لإتخاذ القرار (التقرير و المداولة).

الفقرة الأولى: التبليغ

من الطبيعي، أمام المستوى الذي وصل إليه الوعي بضرورة إتخاذ قرارات عادلة، أن يتمكن المتابع تأديبيا من أن يبدي دفوعه إزاء كل ما يمكن أن توجهه إليه اللجنة المصرفية؛ فتقرير عقوبة تأديبية بناء على مجرد نتائج رقابة لا يمكن إلا أن يؤدي إلى عقوبة غير متوازنة؛ لذلك، لا بد

(1) سبق و أن أشرنا أعلاه إلى أن هذه القرارات صدرت رغم عدم تفويض المشرع للجنة المصرفية سلطة إصدارها، أنظر أعلاه الصفحة 84.

من الحصول على دفع المتابع للتوصل إلى قرار يفترض فيه التوازن والعدل، أو على الأقل تمكين المتابع من ذلك: كل هذا يبدأ بالتبليغ، أول تجسيدات مبدأ المواجهة (1).

إن أهمية التبليغ مسألة منطقية، تم البت في ضرورته منذ مدة طويلة نسبيا عن طريق عدة قرارات قضائية، لم تميز حتى طبيعة الإجراء المتخذ، سواء كان إداريا، مدنيا، أو تأديبيا: فقد قرر مجلس النقض الفرنسي منذ 1928 أنه: " طالما أن الدفاع حق طبيعي، لا يمكن أن يعاقب شخص دون أن يكون بلغ مسبقا، وأنذر بالدفاع عن نفسه" (2).

إن فكرة التبليغ قد أشار إليها قانون النقد والقرض 90-10 قبل قرار اللجنة المصرفية رقم 93/10، ولكن ليس بشكل مباشر: فعلا، فقد قرر القانون أن تبلغ نتائج الرقابة في مراكز البنوك والمؤسسات المالية إلى مجالس الإدارة فيما يخص الشركات التابعة للقانون الجزائري، و إلى الممثلين في الجزائر فيما يخص الشركات الأجنبية (3)؛ و هكذا، فالقانون لا يتناول التبليغ هنا كإجراء ضروري لبدء خصومة تأديبية، ولكن كإجراء لإنهاء دور رقابة اللجنة المصرفية، الذي لا ينتهي حتما بإتخاذ إجراءات تأديبية.

من هنا، تبرز أهمية ما جاء في المادة 22 من قرار اللجنة المصرفية 93-01 حول التبليغ: فقد تم تقرير أنه في حالة إتخاذ اللجنة المصرفية لأحد الإجراءات المنصوص عليها في المادة 156 من قانون النقد والقرض، فإنها تعلم المسؤول قانونا عن البنك أو المؤسسة المالية المعنية بالوقائع المنسوبة إليه، عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول (4)؛ بصدر قرار 2005-04، بقيت اللجنة المصرفية تفرض على نفسها تبليغ المعني بإجراء تأديبي بما يعاب عليه عن طريق الطرق المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية (5).

1 COUCHEZ Gerard – Principe de la contradiction – juris-classeur procédures civiles – Fasc 114, 1983, P 02.

Voir aussi RENAUD Salomon – le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales – revue de droit bancaire et financier n°1 Janvier/fevrier 2001 – p 40.

2 Cass.civ 07 Mai 1928, cité par COUCHEZ Gérard – op.cit - § 11.

3 المادة 152 من قانون 90-10.

4 Art 22/01 de la décision n° 93/01 : « Lorsque la commission bancaire siège dans les matières prévues par l'article 156 de la loi 90-10 susvisée, elle porte à la connaissance de la banque ou de l'établissement financier concerné, par une lettre recommandée avec accusé de réception adressée au responsable légal de la banque ou de l'établissement financier, les faits reprochés à celui-ci »

(5) المادة 14 من قرار 2005-04.

مهما كان الحال، فقرارات اللجنة المصرفية قد جاءت فعلا لسد فراغ قانوني من حيث التبليغ من بين مسائل أخرى، ولكن، مع هذا، فقد تركت في رأينا فراغا بقي دون تنظيم، وذلك من ثلاثة نواحي:

أ - من جهة أولى، فالمادة 22 من قرار 01-93، و بعدها المادة 14 من قرار 04-2005 تثير فقط ضرورة تبليغ البنوك والمؤسسات المالية بالإجراءات المتخذة ضدها، مع إغفال مجال مراقبة اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص: المادة لا تشير إطلاقا إلى تبليغ الأشخاص غير البنوك و المؤسسات المالية الذين يمكن أن يكونوا موضوع إجراء تأديبي من طرف اللجنة المصرفية في حالة ممارستهم الأعمال المصرفية دون الترخيص لهم و اعتمادهم كمؤسسات قرض.

ب - من ناحية أخرى، ودائما من حيث تنظيم قرار 01/93 لمسألة التبليغ، تطرح إشكالية حالات التبليغ: فالمادة 22 من هذا القرار لا تتحدث عن وجوب التبليغ إلا في حالة شروع اللجنة المصرفية في إتخاذ إجراء عقابي، منصوص عليه في المادة 156 من قانون النقد والقرض؛ بالتالي، لا تجبر اللجنة على التبليغ في حالة إتخاذها لإجراء آخر؛ أمام هذا الوضع، تطرح إشكالية التعيين التلقائي لمدير مؤقت ومصفي من طرف اللجنة المصرفية: لقد بينا خطورة هذه الإجراءات (1)، ونستغرب من أن اللجنة المصرفية، عند إصدارها لقرار 01/93، لم تفرض التبليغ في هذه الحالة لتمكين المؤسسة المعنية من الدفاع عن نفسها؛ الأمر بقي كما هو عند إصدار اللجنة المصرفية لقرار 04-2005، إذ لم تنظم اللجنة مسألة التبليغ إلا بمناسبة إجراء تأديبي بالمعنى القانوني للكلمة (2).

نعتقد، لتفسير هذا النقص، أن اللجنة المصرفية إستتبطته من الدور الإزدواجي للجنة المصرفية الفرنسية، التي تعتبر جهة قضائية فقط عند إتخاذها لعقوبة تأديبية، بينما هي جهة إدارية في باقي الحالات (3). لكن حتى في حالة إتخاذ اللجنة المصرفية الفرنسية لإجراء تعيين المدير المؤقت أو مصفي، يجب عليها تمكين المؤسسة المعنية من الدفاع عن نفسها، وذلك حسب المادة 10-3 من المرسوم الفرنسي رقم 84-708 المؤرخ في 24 جويلية 1984 المنفذ لقانون 24 جانفي 1984، التي تنص على أنه عندما تقرر اللجنة المصرفية ضرورة تعيين مدير مؤقت أو مصفي، فإنها تعلم المؤسسة المعنية بذلك، عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول لممثلها القانوني، وتعلمه أيضا بأسباب إتخاذها ذلك الإجراء، وبأن له إمكانية الإتصال بأمانة اللجنة المصرفية للحصول على

1 أنظر أعلاه الصفحة 107 و الصفحة 111.

(2) المادة 14 من قرار اللجنة المصرفية 04-2005.

(3) سنرى تباعا عند التطرق إلى الطبيعة القانونية للجنة المصرفية أن هذه المؤسسة، بمناسبة بنها في إجراء يجمعها مع المؤسسة المالية يونين بنك، قد اعتبرت نفسها صراحة جهة من طبيعة قضائية.

الوثائق المطلوبة، وتضيف المادة 10-4 من نفس المرسوم أن للشخص المعني مدة لا تقل عن ثلاثة أمام لتقديم ملاحظاته.

إن نقصا كهذا في إحترام حقوق الدفاع يحتاج أيضا إلى إعادة النظر فيه .

تباعا، بصدور أمر 11-03، ورغم الإنتظار الطبيعي بأن يتدارك المشرع سهوه من ناحية فرض التبليغ، خاصة و أن اللجنة المصرفية قد انتبعت لذلك منذ 10 سنوات، إلا أن المشرع لم يتدارك في الأمر شيئا: ليس هناك في هذا الأمر من مادة تفرض على اللجنة المصرفية إعلام المتابع بإجراء تاديبى أو بإجراء آخر مطروح أمامها.

بصدور الأمر 10-04 المعدل و المتمم لأمر 11-03، تم إدماج مادة 114 مكرر في أمر 11-03، جاء في فقرتها الأولى أنه:

" عندما تبت اللجنة المصرفية، فإنها تعلم الكيان المعني بالوقائع المنسوبة إليه عن طريق وثيقة غير قضائية أو بأي وسيلة أخرى ترسلها إلى ممثله الشرعي".

بهذه الفقرة، يكون المشرع أخيرا قد تدارك نقصا فادحا ظل موجودا لفترة عشرين سنة كاملة قبل أن يقرر القانون سده.

الفقرة الثانية: الحق في الدفاع

لقد قرر المشرع الجزائري كما رأينا أعلاه تمكين اللجنة المصرفية من صلاحيات واسعة جدا، ذات آثار خطيرة أحيانا، تجاه البنوك والمؤسسات المالية، و حتى غيرها من الأشخاص.

غير أنه، مقارنة مع هذا الدور الأساسي و هذه السلطات الواسعة، من الغريب أن المشرع لم ينظم كيفية تطبيق هذه السلطات من قبل اللجنة المصرفية، ولم يحل في ذلك إلى أي مصدر آخر من القانون (بالمعنى الواسع للكلمة).

إن تنفيذ عقوبة، مهما كانت طبيعتها، على شخص معين تستلزم حتما تمكين هذا الشخص من الدفاع على نفسه (1). لذا، فرغم عدم تقنين الإجراءات التأديبية أمام اللجنة المصرفية، (ولا أمام اللجنة المصرفية الفرنسية قبل مرسوم 95-519 المؤرخ في 2 ماي 1995)، فلا بد من الإلتفات إلى القضاء كمصدر لهذه القواعد الإجرائية.

أمام إنعدام القضاء الجزائري الذي يبقى فتياً في مجال البنوك، فإن التوجه إلى القضاء الفرنسي من باب المقارنة يبدو ضرورياً.

فعلاً، فقد وضع مجلس الدولة الفرنسي قواعد إجرائية لسير الخصومة التأديبية أمام لجنة مراقبة البنوك آنذاك، وقد كان الفضل لممثل الحكومة Corneille في تلخيص هذه القواعد في إطار قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 20 جوان 1913 (1)، حيث أكد على أنه، إن لم يكن من الضروري تطبيق القواعد الإجرائية الجزائية بذاتها على الخصومة التأديبية أمام لجنة مراقبة البنوك، فإنه يجب تطبيق ما يشكل الضمانات الطبيعية لكل شخص متابع بوقائع يعاقب عليها القانون، ولا شك في أن هذه الضمانات الطبيعية هي حق الدفاع، ومبدأ المواجهة.

وقد أكد الفقيه Vizioz ذلك بقوله أن مبدأ المواجهة يطغى على كل خصومة، سواء كانت من طبيعة مدنية، إدارية، جزائية أو تأديبية (2).

لقد جسد مرسوم 519-95 الفرنسي، المتعلق بالإجراءات أمام اللجنة المصرفية هذه القواعد القضائية.

إن حقوق الدفاع، ومبدأ المواجهة ضمانات يجب أن تجسدها اللجنة المصرفية (3)، ويجب أن يكرسها القضاء الجزائري. و يتعلق ذلك بعدة تطبيقات، منها وأهمها ما يلي:

أولاً : ضرورة سماع المتابع

إن المرسوم الفرنسي 519-95 ينص صراحة على ضرورة إعلام المتابع تأديبياً بالإجراءات المتخذة ضده أمام اللجنة المصرفية، سواء في إطار عقوبة تأديبية، أو في إطار تعيين مدير مؤقت.

فعلاً، فقد نصت المواد 9، 10، 10-3، 10-4 منه على أنه يجب على اللجنة المصرفية إعلام مؤسسة القرض المعنية برسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول عن طريق ممثلها القانوني بالوقائع المتابع عليها، كما تعلمه أن ملف القضية تحت تصرفه. و مهما كان الحال،

1) SCORDEL Pierre – op.cit - p 280.

2) VIZIOZ H – Etudes de procédures, p 447 – Travaux XIII, colloque des instituts d'études judiciaires, Aix-en-Provence Novembre 1980 – cité par COUCHEZ G – Principe de la contradiction – juris-classeur procédures civiles – Fasc 114 1983 – P 02.

3) BOUCHARD Valérie – Des droits de la défense devant la commission bancaire – revue banque et droit n° 92, nov-déc 2003, P 13.

والإطار المتابع عليه مؤسسة القرض، فلها أن تقدم ملاحظاتها في الظرف الزمني الذي تحدده اللجنة المصرفية، والذي لا يمكن أن يقل عن ثمانية أيام إذا كانت المؤسسة متابعة في إطار تأديبي، وعن ثلاثة أيام إذا كانت المتابعة متعلقة بتعيين مدير مؤقت.

إن هذه النصوص في المرسوم 95-519 الفرنسي إستتبطت من قضاء مجلس الدولة الذي كان مستقرا قبله بمدة؛ فمن أمثلة القضايا التي فصل فيها في إطار هذه المسألة قضية البنك الخاص الفرنسي الإفريقي؛ تتخلص وقائع هذه القضية فيما يلي (1):

إثر رقابة تمت لدى البنك الفرنسي الإفريقي من طرف مفتش لدى بنك فرنسا، تمت ملاحظة بعض المخالفات لقواعد تسيير البنوك؛ الأمر الذي أدى بلجنة مراقبة البنوك (آنذاك) باتخاذ إجراءات تأديبية تجاه هذا البنك؛ و على ذلك، تم إعلام ممثلها القانوني، وهو السيد Villars بها، وبإمكانية تقديم ملاحظات بصفته ممثل البنك .

في هذا الإطار، صرح السيد Villars في 8 جويلية 1954 أن البنك الفرنسي الإفريقي على وشك إعادة هيكلة، إذ سيتم تحويله إلى تجمع مالي؛ فقررت اللجنة المصرفية متابعة تحقيق القضية التي إستأنفت في 9 ديسمبر 1954 أين، بعد سماع السيد Villars، قررت اللجنة عقوبة تأديبية ممثلة في توقيفه عن مزاولة مهام التسيير، وعينت للبنك مديرا مؤقتا إلى غاية تنفيذ إعادة الهيكلة في الإطار المحدد من قبل اللجنة المصرفية.

هذا القرار التأديبي الصادر عن اللجنة المصرفية قد كان موضوع طعن أمام مجلس الدولة الفرنسي من قبل البنك الفرنسي- الإفريقي؛ وذلك على أساس أن اللجنة المصرفية أسست قرارها على إهمال السيد Villars، الشيء الذي لم تشر إليه في صحيفة الإستدعاء، الأمر الذي يشكل حسب الطاعن مساسا بالحق في الدفاع.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي قرر أنه ثبت من خلال ملف القضية أن السيد Villard قد أعلم بما تعيبه عليه اللجنة المصرفية من إهمال خلال التحقيق، وأنه تمكن من تقديم دفاعه وملاحظاته: حقه في الدفاع إذن كان مضمونا، الأمر الذي أدى إلى رفض الطعن.

في القانون الجزائري، لا يوجد إشارة صريحة إلى تأكيد حق المعني بإجراء تأديبي أمام اللجنة المصرفية في تقديم ملاحظاته؛ غير أن المادة 110 من أمر 03-11 تشير إلى أن نتائج الرقابة يجب أن تبلغ في مراكز البنوك والمؤسسات المالية إلى مجالس الإدارة فيما يخص فروع

الشركات التابعة للقانون الجزائري وإلى الممثلين في الجزائر فيما يخص الشركات الأجنبية، كما تبليغ إلى مندوبي الحسابات؛ إن مادة كهذه تستلزم إقراراً بحق المعني في تقديم دفاعه؛ هذا مع الإشارة أنها لا تتلاءم مع مجال رقابة اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص: إذ أنه يمكن للجنة أن تتفقد عقوبة تأديبية قد تتمثل في التصفية بالنسبة لغير البنوك؛ ولكن المادة 110 أعلاه لا تؤكد حق هؤلاء في أن تبليغ إليهم نتائج الرقابة.

على مستوى قرار اللجنة المصرفية 10/93، فهذه المؤسسة قد حاولت من هذه الناحية أيضاً تغطية إغفال المشرع لحقوق الدفاع أمامها، وذلك عندما أكدت على أن الممثل القانوني للبنك أو للمؤسسة المعنية يجب أن يقدم ملاحظاته لرئيس اللجنة المصرفية خلال الأجل الذي حددته هذه المؤسسة في رسالة التبليغ، والذي لا يمكن أن يقل عن 08 أيام من يوم استقبال الرسالة (1)؛ ويتعين أن يستدعي الممثل القانوني لمؤسسة القرض المعنية بالإجراء التأديبي برسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول لسماعه قبل 15 يوماً على الأقل من اجتماع اللجنة المصرفية؛ وقد احتفظ قرار اللجنة المصرفية 04-2005 بهذا المبدأ (2).

إن ما يعاب على هذين النصين من اللجنة المصرفية مرتبط و ناتج عن كيفية تنظيمها لمسألة التبليغ: فكل منهما يتحدث عن حق مؤسسات القرض فقط في الدفاع، متجاهلة مجال مراقبة وعقاب اللجنة المصرفية الذي يتجاوز هذه المؤسسات، كما أنها تتحدث عن الحق في الدفاع فقط بمناسبة اتخاذ اللجنة المصرفية لإجراء تأديبي.

لم يغير أمر 03-11 من هذا النقص شيئاً أيضاً؛ وبقي الأمر كذلك إلى غاية صدور أمر 04-10 الذي نص في الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة 114 مكرر منه على أنه:

" كما تنهي إلى علم الممثل الشرعي للكيان المعني بإمكانية الإطلاع، بمقر اللجنة على الوثائق التي تثبت المخالفات المعينة.

يجب أن يرسل الممثل الشرعي للكيان المعني ملاحظاته إلى رئيس اللجنة في أجل أقصاه ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ استيلاء الإرسال.

و يستعدى الممثل الشرعي للكيان المعني، بنفس القواعد المتبعة سابقاً، للإستماع إليه من طرف اللجنة..."

(1) المادة 23 من قرار 10/93 السابق الذكر.

(2) المادة 15 من قرار 2005/04 السابق الذكر.

إن هذه المادة، رغم تأخر صدورها أيضا، إلا أنها سدت معظم النقائص التي كانت مطروحة في هذا الإطار؛ فقد انتبه المشرع في إطارها إلى مجال المراقبة و العقاب المسند للجنة المصرفية من حيث الأشخاص، كما أنها لم تحدد الحق في الدفاع باتخاذ إجراء تأديبي، بل جاءت عامة؛ لكن نتساءل عن عدم تحديد حد أدنى من الوقت يفصل بين تبليغ استدعاء ممثل الكيان المتابع لسماعه، و تاريخ اجتماع اللجنة المصرفية كما سبق و أن قامت به هذه الأخيرة في قرارها لتمكينه من وقت كاف لتحضير دفاعه (1).

ثانيا : - إمكانية التمثيل بمحامي

إن حق المتابع تأديبيا أمام اللجنة المصرفية في تمثيل نفسه بمحامي أمر ثابت حسب المرسوم الفرنسي 95-519، سواء في إطار متابعة تأديبية أو في إطار تعيين مدير مؤقت.

في إطار القانون الجزائري، ليس هناك ما يمنع تمثيل المتابع تأديبيا بمحامي؛ بل أن المادة 04 من القانون رقم 91-04 الصادر في 08 يناير 1991 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة تنص على إمكانية التمثيل بمحامي أمام جهات تأديبية، إذ جاء فيها أن المحامي يقدم النصائح والإستشارات القانونية، ويساعد ويمثل الخصوم، ويضمن الدفاع عنهم، كما يجوز له في نفس الإطار، عدا الإستثناء الذي ينص عليه التشريع المعمول به، أن يتدخل في كل إجراء وكل تدبير قضائي زيادة على ذلك؛ و قد أضافت المادة 05 من نفس القانون أن المحامي يمكن أن يزاول هذه المهمة أمام الجهات القضائية أو الإدارية أو التأديبية .

على ذلك، فإن مسألة التمثيل بمحامي لا تعرف أي إشكالات أمام اللجنة المصرفية الجزائرية منذ صدور قانون 91-04، بعكس اعتقاد جانب من الفقه الجزائري الذي يرى عدم ضمان هذا الحق أمام اللجنة المصرفية (2)؛ و نشير إلى أنه في إطار خصومة تأديبية إنتهت بصدور قرار عن اللجنة المصرفية رقم 99-04، ضد المؤسسة المالية يونين بنك (3)، تم الإشهاد في القرار على تأسيس محامي لتمثيل المؤسسة المالية 4.

بالرغم من انعدام إي إشكال أو نقص في ذلك، فالمادة 23 من قرار اللجنة المصرفية 01/93 تنص على حق المتابع تأديبيا على تمثيل نفسه بمحامي معتمد لدى المحكمة العليا،

(1) المادة 23 من قرار 01-93، و المادة 17 من قرار 04-2005، و كل منهما تفرض مدة 15 يوما على الأقل بين تارسخ استيلاء الإستدعاء، و تاريخ اجتماع اللجنة المصرفية.

2 ZOUAIMIA Rachid – op.cit – P 85.

(3) قرار مشار إليه أعلاه؛ أنظر الصفحة 117، الهامش رقم 1.

(4) مع رفض تمثيلها من قبل محاميه فرنسية لعدم إحترام أحكام المادة 06 من القانون رقم 91-04 المشار إليه أعلاه.

أو بممثل لجمعية الصيرفيين الجزائريين؛ كما أن المادة 17 من أمر 04-2005 مكنته من تمثيل نفسه بمحامي.

لم يشر أمر 03-11 إلى أمر التمثيل بمحامي؛ لكن تعديله في 2010 قد تناول المسألة بشكل مباشر، إذ جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 114 مكرر أنه يمكن للكيان المتابع أمام اللجنة المصرفية أن يستعين أمامها بمحامي (1).

الفقرة الثالثة: التقرير و المداولة

لم يشر قانون النقد و القرض 90-10، و لا أمر 03-11 أو تعديله 10-04 إلى مرحلة التحضير لإصدار قرارات اللجنة المصرفية؛ أمر حاولت هذه المؤسسة أن تصوبه في قرارها 0/93- و 04-2005 بتنظيم كل من مرحلتي التقرير و المداولة.

أولاً: التقرير

حسب قرار اللجنة المصرفية 93-01، و دائماً بإتباع إجراءات شبه قضائية، يمكن اللجنة المصرفية أن تعين من بين أعضائها عضوا مقررا ليهيء ملف المتابعة التأديبية.

يضع المقرر في إطار الإجراء التأديبي تقريراً يحل فيه الوقائع المتابع عليها تأديبياً البنك أو المؤسسة المالية المعنية - دائماً يعاب على اللجنة المصرفية إهمالها لمجال رقابتها ومعاقبته من حيث الأشخاص -، كما يحتوي على نتائج أي خبرة أعتمد عليها، ويشير إلى وجود أي إجراء تابع.

زيادة على ذلك، يحصر المقرر المسائل والإشكالات التي يجب الفصل فيها دون إبداء رأيه.

بعد قراءة هذا التقرير، يمكن للمتابع (وهو الممثل القانوني للمؤسسة المتابعة) أن يبدي ملاحظاته مباشرة، أو عن طريق محامي المؤسسة، أمام اللجنة المصرفية.

كل هذه المسائل قد نظمتها اللجنة المصرفية أيضاً في إطار المادتين 18 و 19 من قرارها 04-2005،

(1) الفقرة الأخيرة من المادة 114 مكرر:

" و يستدعي الممثل الشرعي للكيان المعني بنفس القواعد المتبعة سابقاً، للإستماع إليه من طرف اللجنة. و يمكن أن يستعين بوكيل".

ثانيا: المداولة

إن تحديد قانون النقد والقرض لأعضاء اللجنة المصرفية أمر له أهميته، ويجب أن يجد صداه في تشكيلة هذه اللجنة كجهة تأديب؛ لكن رغم أهمية المسألة، فقانون النقد والقرض لم ينظمها كما رأينا أعلاه (1).

لقد وفرت المواد 19 و 20 من القرار 01-93 للمتابع تأديبيا إمكانية الطعن في القرار الصادر في حقه عن اللجنة المصرفية بسبب عيب شكلي متعلق بالمداولة، إذ نصت المادة 19 على ضرورة تحرير محضر ينص على الأعضاء الحاضرين إضافة إلى المسائل التمداول فيها؛ أمر حافظت عليه المادة 10 من قرار 04-2005.

أخيرا، تطبيقا للمبادئ العامة في المداولات، فإنها تتم في جلسة مغلقة (2)، ويلتزم الحاضرون فيها بالسر المهني (3).

الفرع الثاني : إنتهاء الخصومة التأديبية أمام اللجنة المصرفية: القرار التأديبي

بصدور القرار التأديبي عن اللجنة المصرفية، تنتهي الخصومة التأديبية أمامها؛ هذا القرار، يجب أن يصدر في شكل معين (الفقرة الأولى)، وأن يستتبع بإجراءات معينة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شكل القرار التأديبي

إن القرار التأديبي الذي يصدر عن اللجنة المصرفية هو قرار إداري (4)، يخضع بالتالي للشكل العام الذي يفرضه إحترام الإدارة لمبدأ المشروعية، والحق في الدفاع. هذا الشكل هو الصيغة التي يجب أن يأتي في قالبها القرار التأديبي وهي تتشكل من ثلاثة أقسام: التأشير، المتن أو التسبيب، و المنطوق.

1 أنظر أعلاه الصفحة 83.

2 المادة 20 من قرار اللجنة المصرفية 01/93، و المادة 20 أيضا من قرار 04-2005.

3 المادة 24 من قرار اللجنة المصرفية 01/93، و المادة 11 من قرار 04-2005.

4 أنظر أدناه الصفحة 138.

أولاً: التأشير

التأشير هو تضمين القرار التأديبي، كخطوة أولى، النصوص المعتمدة في إتخاذه؛ ويفيد في معرفة الأساس القانوني والتنظيمي للقرار التأديبي، الأمر الذي يسهل عمل الرقابة القضائية على القرار، والطعن فيه أيضاً، وذلك بمراقبة بعض المسائل، أهمها:

- * مراجعة تطبيق اللجنة المصرفية لكل النصوص المتعلقة بالقضية التأديبية التي فصلت فيها، كما يراجع أيضاً كون النصوص المطبقة هي نصوص سارية في القضية المطروحة.
- * مراجعة حسن تطبيق النصوص، عن طريق الرجوع إليها، أما من قبل الطاعن، أو من قبل القضاء.

ثانياً: المتن أو التسبب

تسبب القرار التأديبي هو مجموع العناصر المتعلقة بالوقائع وبالقانون، التي تؤسس القرار ذاته (1).

يحتوي التسبب من ناحية أولى على الوقائع المتابع عليها المؤسسة أو الشخص المعني أمام اللجنة المصرفية، والتكليف الذي منح لها من حيث تشكيلها لخطأ يدعو إلى إتخاذ عقوبة تأديبية منصوص عليها في قانون النقد والقرض؛ كما يحتوي على كل دفوع المعني من حيث الوقائع، ومن حيث القانون، ثم رد اللجنة المصرفية على كل الدفوع بالشكل الذي تراه قانونياً ومشروعاً، وبالمنط الذي يمهّد إلى المنطوق.

إن التسبب من أهم تجسيدات تكريس وتقديس الحق في الدفاع؛ فهو أهم محتويات القرار الذي يستطيع بمقتضاه المتابع تأديبياً الطعن فيه، وربما الحصول على إلغاء القضاء له: بالفعل، فالتسبب يضمن مراقبة مسائل كثيرة، منها:

- أن أعضاء اللجنة المصرفية قد إحترموا جانباً مهماً جداً في الإجراءات، مقتضاه أنه لا يمكن الإعتماد في الإدانة إلا على الوثائق المقدمة خلال الخصومة التأديبية، والتي يمكن المتابع قضائياً من الإطلاع عليها، ومناقشتها خلال نفس الخصومة (2).

1 MABROUK M – L'acte administratif unilatéral en droit tunisien – SDT 1972 – P 32.

2 SCORDEL Pierre – op.cit – P 281.

- أن أعضاء اللجنة المصرفية قد إطلعوا على كل الدفوع، وضمّنوها قرارهم، وأنهم أصابوا أو أخطأوا في الرد عليها، أو على بعضها.
- أن اللجنة المصرفية قدرت الوقائع بشكل مخالف أو مطابق للظروف الواقعية أو القانونية للقضية التأديبية، بحيث تكون ربما إقترفت عند إتخاذ قرارها خطأ ماديا في سرد الوقائع، أو خطأ قانونيا في التكيف.

ثالثا: المنطوق

منطوق القرار التأديبي هو نتيجة تسببه في ضوء النصوص المعتمدة، والمشار إليها؛ ويتضمن عقوبة تأديبية، أو نهاية أخرى تفيد عدم ثبوت المخالفة أمامها.

الفقرة الثانية: تبليغ القرار التأديبي

إن الإجراء الذي يجب أن يلي أي قرار إداري هو التبليغ، أي إعلام المعني بصدوره وبموضوعه، لتمكينه من ممارسة حقه في الطعن.

لقد تناول قانون النقد والقرض 90-10 في مادته 146 الإشارة إلى تبليغ القرارات الإدارية الصادرة عن اللجنة المصرفية، وأعتبره طبعا نقطة إنطلاق أجل الطعن القضائي فيها.

زيادة على ذلك، فقد تطرق قرار 01/93 أيضا إلى تبليغ قرارات اللجنة المصرفية في المادة 26 منه. إلا أن المادة كررت خطأ سابقا في التطرق إلى التبليغ إلى البنك أو المؤسسة المالية فقط، ناسية إمتداد مجال رقابة اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص؛ لكن عند سن المادة 23 من قرار 04-2005، فقد كانت اللجنة المصرفية صريحة في فرض تبليغ قراراتها للأشخاص الطبيعية أو المعنوية المعنية بها؛ يبدو مجال تدخل اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص محترما هنا.

في إطار أمر 03-11 أيضا، تم تنظيم مسألة تبليغ قرارات اللجنة المصرفية في المادة 107 منه إذ فرضت تبليغ القرارات بواسطة عقد غير قضائي أو طبقا لقانون الإجراءات المدنية؛ وبصدور أمر 04-10 المعدل و المتمم لأمر 03-11، تمت إعادة صياغة المادة 107 لتعديل عبارة واحدة، هي أن التبليغ يتم بواسطة عقد غير قضائي أو طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية (1).

أما فيما يتعلق بالنشر، وبعكس اللجنة المصرفية الفرنسية (1) فاللجنة المصرفية الجزائرية لا تملك حق نشر قراراتها: الأمر الذي يضيق من الأثر العقابي والردعي لقراراتها، ولكنه يسمح بعدم تحميل العقوبة أو الإجراء أكثر من الأثر الذي أراده المشرع بعدم البعث إلى الخوف من التعامل مع المؤسسة المعاقبة من طرف الجمهور.

الفقرة الثالثة: نفاذ القرار التأديبي

قررت المادة 107 من أمر 03-11 أن قرارات اللجنة المصرفية تصدر تنفيذية: ليس في هذا خصوصية لقرارات اللجنة المصرفية، بل أنها تشترك مع كامل القرارات الإدارية في قوة التنفيذ التي تحتويها: ولأن هذه القرارات الصادرة عن اللجنة المصرفية هي عقوبات تأديبية ذات آثار خطيرة جدا، تتضخم خطورة التنفيذ الفوري لهذه القرارات، وتكبر أهمية الطعن فيها بكل الوسائل المتاحة قانونا.

الفرع الثالث: الطعن في قرارات اللجنة المصرفية

بعد عرض مجمل القرارات التي بإمكان اللجنة المصرفية اتخاذها تجاه بنك أو مؤسسة مالية أو غيرهما، و تبيان خطورتها، فإن مسألة حق المعني بالقرار في التصدي له بوضع حد لآثاره إما بشكل نهائي عن طريق الطعن بالإلغاء، أو بشكل مؤقت عن طريق الطعن بوقف التنفيذ مسألة تبدو بديهية: لكن الأمر حسب القانون ليس بهذه البساطة: فأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض قد قرر أن قرارات اللجنة المصرفية ليست كلها قابلة للطعن فيها.

الفقرة الأولى: قرارات اللجنة المصرفية القابلة للطعن

لقد نصت المادة 107 من قانون النقد و القرض في فقرتها الثانية على فتح باب الطعن في بعض قرارات اللجنة المصرفية فقط، و أغلقت بالتالي الباب أمام إمكانية الطعن في القرارات الأخرى؛ فقد جاء فيها:

« تكون قرارات اللجنة المتعلقة بتعيين قائم بالإدارة مؤقتا، أو مصفي، و العقوبات التأديبية وحدها قابلة للطعن القضائي »

المشرع إذن قد منع مؤسسات القرض من الطعن في قرار إجراء أولي، كقرار توجيه تحذير أو قرار توجيه أمر (المادتين 111 و 112 من قانون النقد و القرض). و قد بينا جيدا خطورة

هذا الإجراء، من حيث أنه حتى و لو كانت فعالية العقاب فيه، بحد ذاته محدودة بفعل عدم نشر اللجنة المصرفية الجزائية قراراتها، فهو خطير جدا نظرا لكونه قد يكون أتخذ بشكل تعسفي، بحيث تتعذر على مؤسسة القرض المعنية الأخذ به، مع عدم إمكانها وضعه تحت رقابة القضاء، ثم بعدم انصياعها له، يصبح أساسا لاتخاذ قرار تأديبي قد يضع حدا بشكل مباشر أو غير مباشر لحياة المؤسسة؛ يجب الإشارة هنا إلى أن شروط اتخاذ قرار تأديبي تجاه بنك أو مؤسسة مالية حسب المادة 114 من قانون النقد و القرض هو عدم الإذعان لأمر، أو عدم الأخذ في الحسبان التحذير (أو عدم احترام الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه)، بغض النظر، حسب حرفيه النص، لكون هذا الأمر أو التحذير قانوني و مشروع أو لا: فلو قامت إذن فرضية توجيه أمر غير مشروع لبنك أدى بالأخير إلى عدم احترامه، و على أساس ذلك قامت اللجنة المصرفية بتسليط عقوبة تأديبية عليه؛ فهل يمكن عند الطعن في قرار توجيه العقوبة التأديبية للقضاء أن ينظر في شرعية الأمر؟ نتمنى أن يكون القضاء بمستوى ذلك.

الفقرة الثانية : الطعن بالإلغاء في قرارات اللجنة المصرفية

الطعن بالإلغاء هو الطعن الذي يقصد منه إعدام آثار قرار اللجنة المصرفية نهائيا(1)؛ و الطعن بالإلغاء في قرارات اللجنة المصرفية (القابلة للطعن) له خصوصياته الإجرائية من حيث الاختصاص، التظلم المسبق، أو ميعاد الطعن؛ أما أساسه فهو يخضع لنفس الرقابة على القرارات الإدارية بشكل عام.

أولا : الخصوصيات الإجرائية للطعن بالإلغاء في قرارات اللجنة المصرفية

1- من حيث الاختصاص القضائي، فقد نصت المادة 107 /الفقرة الأخيرة من قانون النقد و القرض على أن الطعون ضد قرارات اللجنة المصرفية تكون من اختصاص مجلس الدولة.

بنصه كذلك و بشكل صريح، فقد وضع القانون حدا لنقاش فقهي جد مهم حول اختصاص مجلس الدولة، في إطار تطبيق المادة 09 من القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة (2)، ثم في إطار المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لمعرفة أي زمرة من الأشخاص المنصوص عليهم في المادتين تدخل فيهم اللجنة المصرفية.

(1) سنرى تباعا طبيعة اللجنة المصرفية بالتفصيل بصفتها سلطة تصدر قرارات إدارية قابلة بالتالي للطعن بالإلغاء.

(2) Voir dans ce cadre : ZOUAIMIA Rachid, "Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien", *Revue IDARA*, n° 29 /2005, p. 8 et ss.

2- من حيث ميعاد الطعن، و دائما حسب المادة 107 من قانون النقد و القرض، فإن الطعن بالإلغاء في قرار اللجنة المصرفية، يجب أن يقدم في أجل سنتين (60) يوما من تاريخ تبليغه تحت طائلة رفضه شكلا.

من هذه الناحية، قد يبدو أن المشرع لم يخرج عن القاعدة في ميعاد الطعن ضد القرارات التي ينظر فيها مجلس الدولة بشكل ابتدائي و نهائي، لكن الأمر عكس ذلك : فقانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد تبنى نظام الحساب بالأشهر الكاملة؛ و هذا يختلف عن نظام الحساب بالأيام الذي أخذ به أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض (1).

3- أما من حيث التظلم الإداري المسبق، فلم يشترطه المشرع للطعن بالإلغاء في قرارات اللجنة المصرفية؛ بهذا الشكل، فإنه يحد من خطورة التنفيذ الفوري لقرارات اللجنة المصرفية بصفقتها قرارات إدارية : فاختصار الوقت أمام حساسية المجال الذي يتعلق بالادخار و القرض قد يؤدي إلى تغادي إشكالات لا يزيد لها اشتراط التظلم إلا تعقيدا.

ثانيا : أساس الطعن بالإلغاء في قرارات اللجنة المصرفية

لا يخرج أساس الطعن بالإلغاء في قرار اللجنة المصرفية هو الآخر عن القواعد العامة لأساس الطعن بالإلغاء : إذ يكون الطعن مؤسسا على أحد الأوجه التالية :

- عيب الشكل و الإجراءات : كعدم تسبب اللجنة المصرفية لقرارها بتوقيع عقوبة تأديبية .
- عيب انعدام الاختصاص : كأن تصدر اللجنة المصرفية عقوبة هي غير مختصة بإصدارها، كأن تقرر مثلا، بالنسبة لتاجر يمارس أعمالا مصرفية خلافا لقانون النقد و القرض، قرارا بغلق محله التجاري.
- عيب مخالفة القانون : من أمثلة ذلك أن تصدر اللجنة قرارا يأمر بنكا ما بالتوقف بشكل كلي عن نشاطه دون أن تسحب منه الاعتماد.
- عيب الانحراف بالسلطة، و هذا الأخير يظهر، كحالة توافر هذا العيب في أي قرار آخر، من خلال ما وراء القرار: كأن تصدر اللجنة قرارا بسحب الاعتماد عن بنك ما حتى لا ينافس بنكا آخر.

الفقرة الثالثة : الطعن بوقف التنفيذ في قرارات اللجنة المصرفية

طالما أن قرار اللجنة المصرفية، كأى قرار إداري، يصدر مشمولاً بقوة التنفيذ، فإن افتراض شموله على أحد أسباب البطلان يبيّن مدى خطورة هذا الوضع، خاصة بالنسبة للبنوك وعلاقتها بالادخار و القرض؛ من جهة أخرى فإن دعوى الإلغاء تستغرق وقتاً: آثار القرار موضوع الطعن إذن، حتى و إن تم إلغاؤه، قد تكون قد تحققت كلياً بشكل لا يمكن تداركه، كحال قرار بالتصفية أو قرار بتعيين مدير مؤقت قرر إعلان التوقف عن الدفع، أو قرار بسحب الاعتماد؛ لا بد إذن من تمكين المعاقب من توقيف تنفيذ هذا القرار، و بإجراءات سريعة.

اعتماداً على المادة 910 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، التي تحيل إلى المواد من 833 إلى 837 لتطبيقها أيضاً أمام مجلس الدولة، فإن الطعن بوقف تنفيذ قرار اللجنة المصرفية يتم من قبل الطاعن نفسه في دعوى الإلغاء، في إطار نفس الدعوى.

فعلاً، أثناء التحقيق في الطعن بالإلغاء، يمكن أن يقدم الطاعن طلباً بوقف تنفيذ قرار اللجنة المصرفية أمام الجهة النازرة في دعوى الإلغاء، و ذلك بشكل صريح، عن طريق عريضة طالما أن الإجراءات كتابية و حضورية.

غير أن القانون في هذا الإطار يسمح للتشكيلة النازرة في دعوى الإلغاء بتقرير وقف التنفيذ بأمر مستعجل قبل الفصل في دعوى الإلغاء، و لكن بصفة استثنائية: فنحن هنا بصدد تطبيق قواعد عامة، القانون فيها يفترض الطعن في أي قرار إداري؛ غير أنه بالتركيز في مجال البنوك و المؤسسات المالية، و أمام تعلق الأمر بمجالات حساسة، لا بدّ على القضاء، حرصاً على الحفاظ على سير الادخار و القرض و على سلامتهما، أن يقرر بتمعّن و اهتمام توقيف قرار صادر عن اللجنة المصرفية أم لا، و ذلك للتوفيق بين أمن الادخار و القرض و عدم إعاقة و بتر عمل اللجنة المصرفية لحماية النظام العام الاقتصادي من جهة، و أمن مؤسسات القرض من جهة أخرى(1).

على المستوى الفقهي، لا يتفق الجميع مع وجهة النظر هذه: فالأستاذ زوايمية يرى أنه لا يمكن الطعن بوقف التنفيذ في قرارات اللجنة المصرفية (2)؛ إن الأستاذ يستند في موقفه هذا على أمرين:

1) Voir dans ce sens : VEDEL, G., *Le droit administratif*, Presses Universitaires de France, 1968, p. 472.

2) ZOUAIMIA Rachid, *Les autorités de régulation indépendante dans le secteur financier en Algérie* – op.cit - p 87 et ss. Voir également du même auteur : *Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien*, op. cit. pp. 29 et ss.

1/ إن المادة 107 من قانون النقد و القرض نصت في فقرتها الأخيرة على أنه:

"تكون الطعون من اختصاص مجلس الدولة، و هي غير موقفة التنفيذ".

2/ إن مجلس الدولة الجزائري قد أصدر في 01-03-2003 قرارا يفصل بين "الجيريان أنترناسيونال بنك" (AIB) و محافظ البنك المركزي قرر فيه أن إجراءات الطعن في قرارات اللجنة المصرفية لا تخضع لقانون الإجراءات المدنية، و إنما لقانون النقد و القرض من حيث أنها لا تشترط تظلم إداريا مسبقا، و أنها تكتفي بفرض توجيه الطعن في ظرف 60 يوما من التبليغ؛ و أنه قياسا على ذلك، و طالما أن قانون النقد و القرض قد قرر أن الطعون ضد قرارات اللجنة المصرفية لا توقف التنفيذ، يفهم من ذلك أنه استثنى قرارات اللجنة المصرفية من القواعد العامة للإجراءات المدنية من ناحية إمكانية وقف التنفيذ أيضا (1).

نعتقد أن هذا الرأي يحتمل المناقشة :

(1) من حيث الأساس الأول الذي يستند عليه، و الذي مفاده أن المادة 107 من قانون النقد و القرض قد نصت على عدم إمكان وقف تنفيذ قرارات اللجنة المصرفية، فالفقرة الأخيرة من المادة المذكورة تنص بشكل صريح على أن الطعن في قرار اللجنة المصرفية لا يوقف التنفيذ : فتوجيه طعن بالإلغاء لا ينجرّ عنه بقوة القانون وقف تنفيذ القرار المطعون فيه : قانون النقد و القرض لم يرقم في هذا الإطار إلا بتكريس و تأكيد مبدأ من المبادئ الكلاسيكية للطعن في القرارات الإدارية؛ فالمبدأ هو نفسه في القانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالنسبة لكل القرارات الإدارية موضوع طعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري عامة، و مجلس الدولة على وجه الخصوص؛ لكن هذا لا ينفي، بعد توجيه الطعن بالإلغاء، إمكانية طلب وقف التنفيذ.

(2) من جهة ثانية، و من حيث قرار مجلس الدولة الذي تم الإستناد إليه (2)، فقد جاء

في هذا القرار ما يلي :

« ... حيث و بالفعل، فإن الطعون بالبطلان الحالية مرفوعة ضد قرار اللجنة المصرفية المؤرخ في 03-01-2002 بتعيين متصرف إداري مؤقت لدى البنك الجزائري الدولي (AIB).

1) ZOUAÏMIA Rachid, *Les autorités de régulation dans le secteur financier en Algérie* - op. cit. p. 90, note 179.

(2) قرار بتاريخ 01-04-2003، مجلة مجلس الدولة، العدد 6، سنة 2005، ص 64.

حيث أن هذا الطعن يدخل في إطار المادة 146 (1) من القانون 90-10 المؤرخ في 14-04-1990 المتعلق بالنقد و القرض.

حيث أن هذه المادة تخرج عما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية فيما يخص الإجراءات و الأجال بحيث لا تنص على طعن مسبق و إنما تشترط فقط أن يُرفع هذا الطعن في أجل 60 يوما... »

هذا القرار إذن قد قام بتطبيق القانون تطبيقا حرفيا من حيث الأخذ بالاستثناءات التي أخذ بها بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية (آنذاك): فمجلس الدولة قد ركز على مواضع عدم خضوع الطعون في قرارات اللجنة المصرفية لقانون الإجراءات المدنية، و هي عدم اشتراط النظم المسبق، و ميعاد الطعن القضائي: لا نفهم منطق القياس الذي اعتمده هنا الأستاذ زوايمية، خاصة و نحن أمام سرد استثناءات. فقرار المجلس لم يأخذ هذا المنحى؛ بل أن مجلس الدولة قد بين موقفه بشكل واضح من ناحية إمكانية وقف تنفيذ قرارات اللجنة المصرفية في إطار قرار آخر صادر عنه في 30-12-2003 في منازعة مطروحة بين مساهمي البنك التجاري - الصناعي الجزائري (BCIA) و اللجنة المصرفية (2) : فقد جاء فيه :

« حيث أن المساهمين في البنك التجاري و الصناعي الجزائري يلتزمون وقف تنفيذ القرار رقم 09 المؤرخ في 21-08-2003 الصادر عن اللجنة المصرفية، المتضمن تعيين السيد أ.ب مصفيا للشركة.

حيث أن العارضين يتمسكون بأن هذا الأخير لا يستطيع القيام بهذه المهمة بالحياد و الموضوعية المطلوبين بسبب وظيفته كمحافظ للحسابات بالبنك الجزائري الخارجي الذي هو في نزاع مع البنك التجاري و الصناعي الجزائري.

...

حيث أن اللجنة المصرفية تثير ثانيا أنه حتى و إن كان السيد أ.ب محافظا للحسابات بالبنك الخارجي الجزائري، فإنه لا يخضع سوى للقانون و لقواعد أخلاقيات المهنة.

حيث و دون الحاجة إلى الفصل في صفة العارضين التي يتولى قضاة الموضوع البت فيها، فإنه و إن كان القانون لا ينص على أي تعارض بين ممارسة مهنة محافظ الحسابات لدى بنك و مهمة المصفي، فإن وجود نزاع مطروح أمام المحاكم بين البنك الخارجي

(1) هذه المادة من القانون 90-10 الملغى كلية تقابل المادة 107 من أمر 03-11.

(2) قرار منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 6، سنة 2005، ص 72.

الجزائري و البنك التجاري و الصناعي الجزائري من شأنه أن يجعل العارضين يشكون في حياد المصفي.

و إن هذا الارتياب، بالرغم من عدم ثبوته بأي دليل من شأنه إعاقة التسيير المنصف لعمليات التصفية التي من شأنها إلحاق ضرر بمجموع الغير الذين تعنيهم التصفية. لهذه الأسباب :

.....

في الموضوع : الأمر بوقف تنفيذ القرار رقم 09 المؤرخ في 21-08-2003.

رغم عدم إشارة مجلس الدولة بمناسبة هذا القرار للمادة التي اعتمد عليها، فمن الواضح أنها المادة 283 من قانون الإجراءات المدنية (آنذاك) لأنها الأساس الوحيد للطعن بوقف التنفيذ في القرارات الصادرة عن اللجنة المصرفية و المطعون فيها بالإلغاء أمام مجلس الدولة.

المبحث الثاني: الدولة المساعلة في مجال القرض البنكي:

المسؤولية عن أعمال مؤسسات الدولة

إن مجالاً واسعاً لتدخل الدولة في عملية توزيع القرض من خلال المؤسسات التي تجسدها في مجال هذه العملية لا يثير فقط مدى اتساع سلطة الدولة في هذا المجال، لكنه يسلط الضوء على الوجه الآخر لتقرير المشرع و تنظيمه لهذه السلطة: مساعلة الدولة عن عدم تأديتها، أو عن إساءة أدائها.

هكذا، تسأل الدولة في مجال القرض البنكي عن أعمال اللجنة المصرفية، و عن أعمال مجلس النقد و القرض.

المطلب الأول: مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية

من البديهي أن تثار من الوهلة الأولى إشكالية العلاقة بين الدولة و اللجنة المصرفية من حيث المسؤولية : لماذا تسأل الدولة أو تطالب بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن عمل هيئة وتشكيلة مستقلة ؟.

لن يستبعد تساؤلاً كهذا إلا بالتمعن بدقة في طبيعة اللجنة المصرفية.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للجنة المصرفية

بعكس مؤسسات أخرى بت المشرع بشكل صريح في طبيعتها القانونية، لم يتطرق قانون النقد و القرض إلى طبيعة اللجنة المصرفية: الأمر يفتح الباب أمام المناقشة.

أمام تشكيبتها، و خاصة أمام إطارها الوظيفي، و بالضبط إمكانية تسليطها عقوبات على حيز معتبر من الأشخاص، فقد طرح النقاش حول اللجنة المصرفية في الجزائر من حيث كونها هيئة إدارية، أو هيئة قضائية.

إن دخول اللجنة في هذا الإطار أو ذلك له انعكاسات كثيرة، يهمننا منها انعكاسها على مسؤولية الدولة عن أعمالها؛ فكون اللجنة المصرفية سلطة قضائية يضيق إلى أبعد الحدود إمكانية مساعلة الدولة عن أعمالها، بينما كونها سلطة إدارية يفتح المجال واسعا أمام النقاش حول مسألة أساس هذه المسؤولية.

من ناحية أولى و بمناسبة اتخاذها قرارا ضد مؤسسة يونين بنك (Union Bank) التي كانت خلال تلك الخصومة مؤسسة مالية خاضعة بالتالي لرقابة اللجنة المصرفية، صرحت هذه الأخيرة عن طريق رئيسها أنها هيئة قضائية متخصصة (1).

لكن مجلس الدولة و بمناسبة بته في طعن في أحد قراراتها، صرح أنها ليست هيئة قضائية متخصصة، و إنما سلطة إدارية مستقلة (2).

هذا القرار لمجلس الدولة، و الذي من الطبيعي أن يشكل مصدرا للاستقرار حول طبيعة اللجنة المصرفية أمام انعدام التشريع في المسألة قد كان موضوع نقاش فقهي و انتقاد حاد : إذ رأى السيد ديب السعيد أن مجلس الدولة قرر عدم إضفاء الطبيعة القضائية على اللجنة المصرفية لأن المشرع أيضا لم يقر بذلك (3) و قد خلص الكاتب إلى أن اللجنة المصرفية في الجزائر ليست سلطة إدارية و إنما جهة قضائية إدارية متخصصة، و ذلك اعتمادا على المعايير التالية :

(1) قرار اللجنة المصرفية رقم 04-99 الصادر في 03 ماي 1999، قرار غير منشور.

(2) قرار مجلس الدولة في الملف رقم 2119 بتاريخ 08-05-2000، نقلا عن سعيد ديب :

DIB Said - La nature du contrôle juridictionnel des actes de la commission bancaire en Algérie – note N° 5 – Média Bank n° 66, p. 24.

3) DIB Saïd, op. cit. p. 24.

(1) تشكيلة اللجنة المصرفية : إن تشكيل اللجنة المصرفية من قاضيين ينتدبان من المحكمة العليا (1) هي مؤشر على الطبيعة القضائية لها.

(2) احترام إجراءات حضورية: صحيح أن اللجنة المصرفية عند إتخاذها لقراراتها لا تطبق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية (أي الإجراءات الحضورية المطبقة أمام القضاء)، و لكنها تطبق ما جاء في نظامها الداخلي، و الذي يحترم مبادئ التقاضي المتعلقة بوضع الملف تحت تصرف المتابع و احترام حقوق الدفاع، و هذا كافٍ لإضفاء الطابع القضائي على اللجنة المصرفية.

(3) إن اللجنة المصرفية مجبرة على تسبب قراراتها، و التسبب مبدئياً ليس وجوبي في القرارات الإدارية بل في القرارات القضائية و يشكل عدم احترامه أحد أوجه الطعن بالنقض : هذا أيضاً دليل على الطبيعة القضائية للجنة المصرفية.

(4) إذا اعتبرنا اللجنة المصرفية سلطة إدارية فسيؤدي ذلك إلى نتائج غير معقولة : فعلا فالمادة 146 من قانون 10-90 (2) تنص في فقرتها الأولى على ما يلي : «تكون قرارات اللجنة المصرفية القضائية بتعيين موظف أو مدير مؤقت و كذا العقوبات التأديبية قابلة للطعن وفقاً لمبادئ القانون الإداري دون سواها من القرارات الصادرة عن هذه اللجنة». على ذلك فالقول بالطبيعة الإدارية للجنة المصرفية يعني أن الطعن المشار إليه في هذه الفقرة هو طعن بالبطلان أمام مجلس الدولة ؛ و ذلك سيعني حتماً أن باقي القرارات غير المنصوص عليها ، و المتعلقة باللوم أو إصدار أمر لا تخضع إطلاقاً للطعن أو للمراجعة القضائية، و هو موقف لا يمكن أن يكون منطقياً.

على ذلك فقصد المشرع لا يمكن أن ينصرف إلى هذا المعنى : اللجنة المصرفية إذن جهة قضائية إدارية مستقلة، و الطعن المقصود به في المادة 146 أعلاه هو طعن بالنقض في قراراتها القضائية بالنسبة لقراراتها المنصوص عليها في المادة؛ أما باقي القرارات المتعلقة باللوم و الأمر، إن كانت لا تخضع للطعن بالنقض، فإنها تخضع للطعن بالبطلان كأى قرار إداري، لأن اللجنة المصرفية عندما تتخذها تكون في هذه الحالة سلطة إدارية.

(5) إن المادة 146 من قانون 10-90 المتعلق بالنقد و القرض نصت في فقرتها الثالثة عن تبليغ قرارات اللجنة المصرفية و قررت أن التبليغ يتم بالطرق غير القضائية أو وفقاً

(1) إن مقال السيد ديب السعيد قد جاء في إطار قانون 10-90 المتعلق بالنقد و القرض الملغى: لكن في مسألة تشكيلة اللجنة المصرفية، لم يغير أمر 11-03 و لا أمر 04-10 من منحنى أفكار الكاتب.
(2) التي تقابلها المادة 107 من أمر 11-03.

لقانون الإجراءات المدنية : و قانون الإجراءات المدنية لا يتحدث إلا على تبليغ الأحكام الصادرة عن جهات القضائية.

(6) إن المشرع قد فصل بنفسه في مسألة طبيعة اللجنة المصرفية بمناسبة أمر 03-11 الذي ألغى قانون 90-10 : فالمادة 146 من القانون الملغى كانت تتحدث في فقرتها الأولى عن قبول بعض قرارات اللجنة المصرفية الطعن «... وفقا لمبادئ القانون الإداري...». لكن المادة 107 من أمر 03-11 نصت في فقرتها التالية على أنه : «تكون قرارات اللجنة المتعلقة بتعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو المصفي، و العقوبات التأديبية وحدها قابلة للطعن القضائي»؛ هذه العبارة (الطعن القضائي) تؤكد الطبيعة القضائية للجنة المصرفية (1).

لكن، و على كل هذه المعايير المقدمة من طرف السيد ديب السعيد، نجد ردا فقهيًا من الأستاذ زوايمية الذي له نظرة مختلفة مفادها أن اللجنة المصرفية ليست جهة قضائية متخصصة، بل سلطة إدارية مستقلة.

فعلا:

(1) من حيث المعيار الأول، الذي قدمه الأستاذ ديب كدليل أو مؤشر على الطبيعة القضائية للجنة المصرفية، فوجود قاضيين في تشكيلة اللجنة المصرفية لا يشكل أبدا دليلا على طبيعتها القضائية : فالمشرع أضفى صراحة طبيعة السلطة الإدارية على هيئات تحوي قضاة في تشكيلتها : من أمثلة ذلك مجلس المنافسة : فالمادة 23 من أمر 03-03 المتعلق بالمنافسة نصت على أن مجلس المنافسة سلطة إدارية، ثم أضافت المادة 24 أنه يتكون من مجموعة أشخاص منهم عضوان يعملان أو عملا في مجلس الدولة أو في المحكمة العليا أو في مجلس المحاسبة بصفة قاضٍ أو مستشار (2).

(2) من ناحية ثانية : و فيما يتعلق بالإجراءات الحضورية المتبعة أمام اللجنة المصرفية، فلا قانون 90-10 الملغى، و لا أمر 03-11 نص على إجراءات سير الخصومة التأديبية أمام اللجنة المصرفية؛ السيد ديب نفسه واع بذلك، إذ يقول أن اللجنة اعتمدت إجراءات حضورية في نظامها الداخلي الذي جاء في إطار القرار رقم 93/01 بتاريخ 06 ديسمبر 1991 المتعلق بإجراءات تنظيم و سير اللجنة المصرفية ؛ هذا القرار يعاب عليه كما سبق و أن تطرقنا إليه كونه صدر على

1) DIB, S., "L'ordonnance sur la monnaie et le crédit : Les réponses innovantes", *El Watan*, 17-12-2003, cité par R. Zouaïmia, op. cit. note 98.

1.52) ZOUAIMIA R., op. cit. p.

اللجنة المصرفية دون أي تفويض بذلك من المشرع ، الشيء الذي يجعله قرارا غير مشروع (1). هذا من جهة.

من جهة أخرى، فإن الأستاذ ديب يرى بأن اللجنة المصرفية هي جهة قضائية إدارية متخصصة عندما تتخذ إجراء تأديبيا، أو تعين مديرا مؤقتا، أو مصفيا، و من دلائل ذلك الخصومة الحضورية أمامها في كل من هذه الحالات الثلاث : في حين أنه حسب نظامها الداخلي، و بالضبط المادة 22 منه، فالإجراءات الحضورية، و احترام حقوق الدفاع لا تكون إلا بمناسبة المتابعة التأديبية أمام اللجنة المصرفية في إطار المادة 156 من قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض، و لم يشترط ذلك لا بالنسبة لتعيين مدير مؤقت، و لا بالنسبة لتعيين مصفي.

(3) فيما يتعلق بالتسبيب : فالقول أولا أن القانون أجبر اللجنة المصرفية على تسبيب قراراتها قول خاطئ : فلا قانون 90-10، و لا أمر 03-11 قد تطرق إلى مسألة التسبيب (2) : هذا كافٍ لدحض موقف السيد ديب.

(4) من الأسس التي يقدمها الأستاذ سعيد ديب لإضفاء الطبيعة القضائية على اللجنة المصرفية قراءة "خاصة به" للمادة 146 من قانون النقد و القرض 90-10: صحيح، فالقول أن الطعن ضد قرارات اللجنة المصرفية المنصوص عليه في قانون النقد و القرض هو طعن بالإلغاء يستبعد إذن إمكانية نظر القضاء في قراراتها المتعلقة بتوجيه لوم أو أمر، و هو بالذات ما يقصده القانون (3) ؛ و المؤكد أن إخراج قرارات إدارية من حيز المراجعة القضائية، الأمر الذي يشكل مساسا صارخا لحقوق الأشخاص أمر معروف في القانون الجزائري (4).

(1) انظر أعلاه الصفحة 84.

2) ZOUAIMIA, op. cit. p. 53.

5.53) ZOUAIMIA, op. cit. p.

(4) يعطي الأستاذ زوايمية في مرجعه السابق مثالا عن وكالة ترقية الإستثمارات، إذ نصت المادة 09 من المرسوم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 الذي كان قبل إلغائه يتعلق بترقية الإستثمار (الجريدة الرسمية 64 لسنة 1993) على أنه:

" للوكالة أجل أقصاه ستون (60) يوما ابتداء من تاريخ الإيداع النظامي للتصريح و طلب الإستفادة من إمتيازات وفق الشروط المنصوص عليها الواردة في المادة 4 أعلاه، لتبليغ المستثمر، بعد التقويم، قرار منح الإمتيازات أو رفضها، و مدتها في حالة الموافقة.

و في حالة الإحتجاج على قرار الوكالة، يمكن المستثمر أن يرفع طعنا أمام السلطة الوصية على الوكالة المنصوص عليها في المقطع الأول من المادة 7 أعلاه، التي منح لها أجل للرد أقصاه خمسة عشر (15) يوما.

ويكون القرار غير قابل للطعن القضائي."

لكن الغريب أن الأستاذ ديب نفسه و في نفس مقالة يقدم الرد الذي يدحض موقفه هذا: فقد أشار إلى أن القضاء الفرنسي قرر أن إمكانية الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية ممكن دائما حتى و لو نص التشريع على خلاف ذلك (1).

هذا الموقف الذي كلفه الأستاذ ديب باللامعقول معروف إذن، و منتقد، و وُضِعَ في القضاء الفرنسي حل يستبعد آثاره السلبية؛ لكن على مستوى القانون الجزائري، فلا حاجة حتى إلى اجتهاد قضائي لمواجهة تقرير المشرع عدم الطعن في قرار إداري: فالدستور الجزائري صريح من حيث وضع كل القرارات الإدارية تحت رقابة القضاء (2).

(5) فيما يتعلق بكون الإشارة إلى طرق التبليغ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية أساسا للطبيعة القضائية للجنة المصرفية على اعتبار قانون الإجراءات المدنية لم ينص إلا على تبليغ الأحكام القضائية، فحتى و إن سلمنا بذلك، لا يعد ذلك دليلا على الطبيعة القضائية للجنة المصرفية؛ فقصد المشرع هو تبليغ قرارات اللجنة المصرفية بنفس الطريقة التي تبلغ بها وثائق تمت الإشارة إليها في قانون الإجراءات المدنية؛ ثم إن السيد ديب نفسه، و دائما في نفس مقالة يرد على موقفه هذا عندما عدد السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، و بدأ التعداد بمجلس النقد و القرض؛ في حين أن المادة 49 من قانون 90-10 الذي كان ساريا عند نشر مقال السيد ديب تنص على أنه :

«القرارات المتخذة عملا بأحكام الفقرات أ، ب، ج من المادة 45 تنشر في الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، و تبلغ بقية القرارات للمستدعين و أصحاب العلاقة برسائل مضمونة أو لقاء وثيقة استلام أو وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية».

من الواضح إذن، و انطلاقا من مقال السيد ديب نفسه أن الإشارة إلى أن تبليغ قرارات اللجنة المصرفية يكون وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية لا علاقة له بالبرهان على طبيعتها القضائية.

(6) رأى الأستاذ ديب أيضا أن تعديل صياغة المادة 146 عند صدور أمر 03-11، و بالضبط المادة 107 منه أمر يعكس تماما غرض المشرع الجزائري في إضفاء الطبيعة القضائية على اللجنة المصرفية لأنه قرر، عندما تناول الطعن في قرارات اللجنة المصرفية، استعمال عبارة "الطعن القضائي" بدل "الطعن وفقا لمبادئ القانون الإداري". و الحقيقة أن اعتبار هذا التعديل دليلا

1) Jurisprudence Lamotte – Décision du Conseil d'Etat français du 17 février 1950. RGJA, 5^{ème} édition, p. 325, cité par S. Dib, op. cit. p. 28, note 10.

(2) المادة 143 من الدستور الجزائري: " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية ".

على الطبيعة القضائية للجنة، لأنه يجعل من الطعن في قراراتها طعنا بالنقض و ليس طعنا بالإلغاء ، أمر غير منطقي؛ فالأستاذ زوايمية بيّن ذلك عندما قال أن عبارة "الطعن القضائي" لا تبين أية نية للمشرع حيال طبيعة اللجنة المصرفية: فهي عبارة تفيد أن الطعن يوجه إلى جهة قضائية، و هو الأمر سواء بالنسبة للطعن بالنقص أو بالنسبة للطعن بالإلغاء، كل ذلك مقابل الطعن الإداري الذي يوجه إلى جهة الإدارية، سواء كانت مصدر القرار، أو الجهة الوصية عليها ؛ أما تراجع المشرع عن العبارة التي استعملها في المادة 146 الملغاة و هي "الطعن وفقا لمبادئ القانون الإداري" فهو لأن هذه العبارة لا معنى لها (1).

المؤكد أنه رغم عدم النص على هذه الطبيعة صراحة، فاللجنة المصرفية سلطة إدارية

مستقلة:

(1) فهي سلطة لأن من شأنها إتخاذ قرارات تنفيذية (المادة 107 و ما يليها من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض) : صفتها هذه تظهر واضحة عندما تتخذ قرار تعيين مدير مؤقت أو عقوبة تأديبية، أو تعيين مصفي.

غير أنه، حتى و أن اتخذت اللجنة المصرفية مجرد إجراء أولي، لا يثير آثارا قانونية مباشرة، فإنه مظهر من مظاهر صفتها كسلطة لأنه على أساسه قد يتخذ قرار تأديبي (2).

زيادة على ذلك، فمن مظاهر كون اللجنة المصرفية سلطة هو إمكانيتها إصدار أنظمة في مجال حددته لها المادة 109 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض ؛ و يجب الإشارة في هذا الإطار إلى أن إسناد سلطة إصدار أنظمة للسلطات الإدارية المستقلة قد كان موضوع نقاش حاد، إذ لا يجد له أساسا في معظم الدساتير، و منها الدستور الجزائري: فالمادة 125 منه نصت على أن رئيس الجمهورية يمارس السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون؛ كما نصت على أن تطبيق القوانين، أي المجال التنظيمي، فإنه يعود لرئيس الحكومة. غير أن المسألة وجدت أساسها في اجتهاد المجالس الدستورية، و منها المجلس الدستوري الفرنسي الذي قرر أن منح سلطة إدارية مستقلة سلطة التنظيم لا يمكن أن يكون عائقا أمام السلطة التنظيمية العامة التي يملكها رئيس الحكومة، كما أن منحها من قبل المشرّع لا يمكن أن يتناول إلا مجالات محددة (3).

1) ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation dans le secteur financier en Algérie, op. cit. p. 54.

2) Sur la question, voir Jean-Louis AUTIN : Les autorités administratives indépendantes – op.cit -, p. 10.

3) Idem.

(2) هي إدارية : لأنها جزء من الدولة : فهي تعمل باسمها و لحسابها، و تقوم بأعمال كانت في الأصل من أعمال الدولة الكلاسيكية.

كما أنه بإعمال معيار لا يزال في الأصل عضويًا، فإن اختصاص مجلس الدولة بنظر الطعون في قرارات اللجنة المصرفية مظهر من مظاهر طبيعتها الإدارية.

(3) هي مستقلة : فرغم كون اللجنة المصرفية جزء من الدولة، إلا إنها مستقلة بمعنى عدم خضوعها لسلطة سلمية، فهي تتخذ قراراتها بكل حرية، و لا يمكن لجهة أخرى تعديلها أو سحبها.

المشرّع الجزائري إذن سار في الاتجاه العام السائد حاليا : تجربة السلطات الإدارية المستقلة : فما الذي استهواه فيها حتى جعله يختار هذا الإطار للجنة المصرفية ؟

السلطات الإدارية المستقلة هي فعلا أشخاص تثير الفضول بدءًا من أول شيء يعينها: فلا يوجد تعريف عام للسلطات الإدارية المستقلة؛ فهي مخلوقات قانونية أنشأتها التشريعات بشكل فوضوي، دون خط موجه أو برنامج سابق لها، شيئًا فشيئًا، تركت الحكومات مهام متعددة و واسعة للسلطات الإدارية المستقلة و كل مرة تضع التشريعات لهذا الغرض سلطة تدخل في إطارها لها مميزات خاصة : هذا ما جعل نظامها مختلفًا من واحدة إلى أخرى، سواء من حيث مجالها، تشكيلتها، نشاطها أو سلطاتها؛ و النتيجة أن كل واحدة منها وحدة خاصة تختلف عن الأخرى (1). يجب الإشارة أن الأمر نفسه يتكرر في القانون المقارن، سواء في فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، بريطانيا،... إلخ (2)

المؤكد هو أن السلطات الإدارية المستقلة هي الدولة نفسها، لكن بوجه جديد (3). و قد لاقت ترحيبًا كبيرًا رغم تطورها غير المنظم لأنها جاءت لامتنصاص فشل الدولة بمؤسساتها الكلاسيكية؛ فخصوصيتها هو مكانها في التنظيم المؤسسي للدولة : ربط ضمان استقلالية قوية بممارسة بعض أعمال المرفق العام (4). فهي تنشأ لتنظيم مجالات حساسة دقيقة و تقنية، مما أثر على تشكيلتها التي يدخل فيها نوي الاختصاص في المجال المعني، و هم خبراء لا علاقة لهم بالإدارة.

1) GERALD Patrice, Rapport sur les autorités administratives indépendantes, n° 404 Sénat, p. 19.

2) Idem, p. 24.

3 بن لطرش منى - المرجع السابق - الصفحة 60.

4) GERALD Patrice, op.cit, p. 19.

إن استقلالية السلطات الإدارية المستقلة عن الدولة بمؤسساتها المركزية من شأنه أن ينمي التقرب من المؤسسات المراقبة التي تنشط في مجال السلطة الإدارية المستقلة المعنية، و تسهل بالتالي مراقبتها، و معاقبتها إن لزم الأمر، و التصرف مهما كان الحال بسرعة و مرونة و فعالية أكبر من تلك المعروفة عن السلطات المركزية؛ و يجب أيضا التركيز على أنها شرعت لوضع حد لفشل القضاء في التصدي بجدارة للمنازعات في بعض المجالات الدقيقة : هذا ما جعل عددا معتبرا من السلطات الإدارية المستقلة تختص بأعمال تبدو في الأصل من عمل القضاء، خاصة ما تعلق منها بسلطة العقاب، إلى درجة الحديث بالنسبة لما عن اختصاصات شبه قضائية (1).

من جهة أخرى، فإن استقلالية هذه المؤسسات تضمن حماية الحقوق الأساسية والموازنة بينها و بين المصلحة العامة، حتى تلعب دور المصلح أحيانا (2).

اللجنة المصرفية إذن سلطة إدارية مستقلة تجسد الدولة بوجهها الجديد في مجال البنوك؛ و لأنها تفتقد للشخصية المعنوية، شأنها شأن معظم السلطات الإدارية المستقلة، لكونها تعمل باسم و لحساب الدولة، فإن هذه الأخيرة مسؤولة عن أعمالها؛ و هذا بالذات هو الغرض من عدم إضفاء الشخصية المعنوية عليها : فالسلطات الإدارية المستقلة إصلاح للدولة و شكل جديد لممارسة أعمالها لكن مع الحفاظ على ضماناتها، إذ تبقى الدولة بميزانيتها هي مسؤولة عن الأضرار الناتجة عن ممارسة أعمال كانت تمارسها بشكل مباشر؛ فمتى تسأل الدولة إذن عن أعمال اللجنة المصرفية ؟

الفرع الثاني: إعمال مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية

لا يزال القضاء الجزائري يفتقد للتجربة في هذه المسألة ؛ فهل يمكن، لأسباب تاريخية من جهة ، و لأن معظم النصوص المنظمة للجنة المصرفية في القانون الجزائري قد "نقلت" عن القانون الفرنسي من جهة أخرى، أن نعتد أو نحتكم إلى خلاصة تجربة القضاء الفرنسي في مجال مساءلة الدولة عن أخطاء اللجنة المصرفية ؟.

الفقرة الأولى : القضاء الفرنسي و المسؤولية عن أعمال اللجنة المصرفية

من الطبيعي، خاصة في مجل جديد و خطير كمجال مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية أن نهتم بخلاصة ما وصل إليه قضاء دول أخرى ؛ و بالنسبة للجزائر، فالقضاء الفرنسي مرجع مهم.

1) AUTIN, Jean-Louis, op. cit. p. 11.

2) Voir : www.vie-publique.fr .

Voir également Patrice Gérald, op. cit. pp. 22, 23.

غير أن الاحتكام إلى هذا المصدر القضائي يجب أن يكون حذرا؛ فالمعطيات القانونية و الواقعية في هذه المسألة مختلفة بين الجزائر و فرنسا.

أولا: إشكالية الإستئناس بالقضاء الفرنسي

إن طبيعة اللجنة المصرفية الفرنسية لها انعكاساتها على طبيعة مسؤولية الدولة عن أعمالها ؛ و القانون الفرنسي قد ميز دائما و رغم كثرة التعديلات الطارئة عليه، بين دورين للجنة المصرفية الفرنسية (لجنة مراقبة البنوك سابقا)، على أساسهما حددت طبيعة اللجنة :

● دور رقابي، هو عموما الدور الرقابي للجنة المصرفية الجزائرية، منصوص عليه في المادة 37 و ما يليها من قانون 84-46 المتعلق بنشاط و مراقبة مؤسسات القرض المعدل و المتمم التي أصبحت حاليا المادة 1-613 من القانون النقدي و المالي الفرنسي.

● دور عقابي، يتمثل في توقيع عقوبات تأديبية في مواجهة مؤسسة قرض لم تحترم قواعد و تنظيمات القرض (المادة 45 من نفس القانون التي أصبحت المادة 21-613 من القانون النقدي و المالي)

بعد هذا التقسيم، نصت المادة 48 من نفس القانون على أن اللجنة المصرفية، عندما تتصرف في إطار المادة 44 (كجهة عقاب)، فهي تأخذ طبيعة الجهة القضائية الإدارية ؛ أما في باقي الحالات، أي في إطار دورها الرقابي، فهي سلطة إدارية (1).

بهذه الطبيعة المزدوجة للجنة المصرفية، فمسؤولية الدولة عن أعمالها ستختلف حسب إطار المسألة: فعلا، فمسؤولية الدولة عن خطأ جهة قضائية افتراض ضيق؛ شأنها شأن مسؤولية الدولة عموما، كانت المسؤولية على سوء تسيير مرفق القضاء منعدمة؛ على ذلك، و في نفس السياق، كانت المسؤولية على أعمال اللجنة المصرفية بصفتها سلطة قضائية منعدمة أيضا : الأمر تم تأكيده بمناسبة عدة قضايا طرحت على مجلس الدولة منها قضية طلب الإقرار بمسؤولية الدولة على عمل اللجنة المصرفية التي أصدرت قرارا بسحب اعتماد مؤسسة قرض، و عينت مصفيا له (2).

(1) الأمر المنصوص عليه في المادة 23-613 من القانون النقدي و المالي حاليا.

2) CE 28 juin 1963, Sieurs Bapst et autres, AJDA 1963, p. 499, Chron Gentot et Furré, p. 464, cité par GAVALA Angélique – La responsabilité de l'Etat en raison du contrôle sur les établissement du crédit – DEA en droit public, Paris II - 1994 - p. 23, note 8.

إن الأسباب التي رأى فيها القضاء مانعا من مساءلة الدولة على أعمال مرفق القضاء متعددة، أهمها أن الوظيفة القضائية وجه من أوجه سيادة الدولة.

في تاريخ 5 جويلية 1972، صدر في فرنسا قانون رقم 72-626، و هو القانون الذي وضع حدا لمبدأ عدم مسؤولية الدولة على سير مرفق القضاء مؤسسا إطارا لمسائلتها في حالة سوء سير هذا المرفق بشكل عام؛ لكن هذا القانون على عمومته، لا يشير إلى المسؤولية على أعمال الجهات القضائية الإدارية، الأمر الذي أدى إلى عدم تطبيقه على هذه الجهات القضائية، و منها اللجنة المصرفية عندما تصدر قرارا تأديبيا، أو تعين مديرا مؤقتا أو مصفيا.

استقر الوضع كذلك إلى غاية 1978 أين بت مجلس الدولة في قضية أرست مبادئ المسؤولية على أعمال الجهات القضائية و الإدارية : الأمر يتعلق بقرار DARMONT الذي جاء للفصل في قضية تتلخص و قائعها في رفع دعوى للمطالبة بالإقرار بمسؤولية الدولة على عمل اللجنة المصرفية من طرف زبائن بنك NILE ، و منهم السيد DARMONT ، بعد إفلاس البنك الذي أودعوا فيه أموالهم، لأن اللجنة، بعد أن لاحظت مخالفات في تسيير البنك، أصدرت تجاهه قرارا يكتفي بإصدار إنذار بعد خصومة تأديبية في حين أن الأمر كان يستحق سحب الاعتماد حسب المدعين، الأمر الذي أرادوا وضعه في إطار الخطأ الجسيم المنصوص عليه في المادة 11 من قانون 5 جويلية 1972، و هو الشرط اللازم حسب هذه المادة لقيام مسؤولية الدولة على أعمال مرفق القضاء.

إن مجلس الدولة، بعد أن قرر صراحة أن القانون 72-626 لا ينطبق على الجهات القضائية الإدارية، و منها اللجنة المصرفية، قد انتهى إلى الأخذ بمبادئ هذا القانون في قضية Darmont ، و قرر أن مسؤولية الدولة على أعمال الجهات القضائية الإدارية لا تقوم إلا باجتماع شرطين (1) :

(1) الخطأ الجسيم : و هو مفهوم لم يجد له تجسيديات كثيرة في هذه المادة بسبب الشرط الثاني الذي لم يكن متوفرا في دعاوى المطالبة بالتعويض عن السير السيء للجهات القضائية الإدارية.

(2) أن يكون القرار المتسبب في الضرر المدعى به قابلا للطعن : لأنه حسب مجلس الدولة، فتقرير مسؤولية الدولة على عمل مرفق القضاء بمناسبة قرار لا يقبل طرق طعن عادية أو غير عادية يتعارض مع مبدأ قوة الشيء المقضي فيه ؛ فحوى

هذا المبدأ أنه يمنع إعادة النظر في قضية تم الفصل فيها من طرف جهة قضائية و استنفذت طرق الطعن : و هكذا فإن طلب التعويض عن الضرر الذي تسبب فيه القرار القضائي سيكون بمثابة إعادة نظر غير مباشرة فيه.

هكذا، فقرار Darmont الذي أرسى مبادئ المسؤولية على سوء سير الجهات القضائية الإدارية لم يستبعد عدم المسؤولية التي كانت المبدأ من قبل تماماً، و إنما وضع لها حدوداً : و أساس ذلك أنه عندما يكون القرار القضائي غير قابل لأي طعن عادي أو غير عادي، فهو تعبير عن "الحقيقة القضائية" (1) ؛ لذلك، فالإقرار بالمسؤولية عن صدوره سيؤدي إذن إلى نتائج متضاربة و غير منطقية و إلى عدم استقرار الأوضاع القانونية.

طالما أن اللجنة المصرفية الفرنسية هي سلطة إدارية مستقلة عندما تباشر دورها الرقابي، فإنها في هذه الحالة من نفس طبيعة اللجنة المصرفية الجزائرية. و للإشارة، فإن معظم القضايا التي طرحت على القضاء الفرنسي لمساعدة الدولة على أعمال اللجنة المصرفية الفرنسية جاءت في إطار مساعلتها عن أعمال هذه اللجنة بصفتها سلطة رقابة.

ثانياً: تطور موقف القضاء الفرنسي في مساعدة الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية بصفتها سلطة إدارية

إذا كانت مسؤولية الدولة عن أعمالها و الأضرار التي تسببها بوجه عام مجالاً جد خصب مقارنة مع حياة الدولة، فإن الأمر يختلف في مجال المسؤولية عن أعمال اللجنة المصرفية: لقد تزامن الحديث عن مسؤولية الدولة عن أعمالها مع نشأة هذه اللجنة في فرنسا.

فعلاً، فإن سنة 1947 هي السنة التي حدثت فيها أول واقعة أدت إلى إثارة مسؤولية الدولة في هذا الإطار، الأمر يتعلق بقضية Kampman.

1- قضية KAMPMAN:

قضية Kampman (2) هي القضية التي أرسى القواعد الأساسية لمسؤولية الدولة عن أعمال لجنة مراقبة البنوك (آنذاك في فرنسا)؛ تتلخص وقائعها فيما يلي :

1) « L'autorité de la chose jugée s'oppose à la mise en œuvre de cette responsabilité dans le cas où la faute lourde alléguée résulte du contenu de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive ». arrêt DARMONT, cité par GAVALDA Angélique, op. cit. p. 29.

2) CE 12 février 1960 , cité par SCORDEL, op. cit. p. 345.

في سنة 1947، انتحر بنكي يسمى بـ Fostier في ظروف كانت تبدو غامضة ؛
 بالتحقيق، تبين أن انتحاره قد يكون بسبب أخطاء كثيرة و عيوب ذات آثار جد خطيرة في تسيير
 أعمال بنكه : صندوق خالٍ تماما، حسابات مزيفة، محاسبة غير قانونية لا تبين حركة دقيقة للقروض
 و لا تسجل الودائع، إذ وصل الأمر بالنسبة لبعض الزبائن أنهم لم يجدوا في حركات حساباتهم ما
 يثبت ودائعهم، و بالنسبة لآخرين خسارة كل ما أودعوه في قروض فوضوية لا تحترم قواعد منح
 القرض، بل أكثر من ذلك، بسبب كل هذه العمليات و الحركات الفوضوية، بعض الزبائن وجدوا
 حساباتهم بعكس كل توقعاتهم على المكشوف !

هذا التحقيق الذي أدى إلى كشف هذه الأمور قد أثار فضيحة و رد فعل دائني بنك
 Fostier قصد محاولة استرداد أموالهم؛ أول إجراء بالنسبة لهم كان اللجوء إلى شهر إفلاس
 Fostier؛ و أمام وضوح وضعية الإفلاس، فقد كان لهم ذلك ؛ لكن التقليل لضآلتها، لم ترفع عنهم
 أي ضرر.

هذا ما جعل اثنين من الدائنين لبنك Fostier ، و هما الأكثر تضررا، إذ كانا من أهم
 زبائن البنك، يلجآن إلى طريق آخر للحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابهم : الأمر يتعلق
 بالسيدان Kampman و D'Endeville.

لقد استند هذان الدائنان إلى المنطق التالي الذي كان جديدا آنذاك : إن قوانين 1941
 و 1945 الفرنسية قد نظمت رقابة على البنوك، وزعتها على إدارة الضرائب، المجلس الوطني
 للقرض، بنك فرنسا، و لجنة مراقبة البنوك : فكيف لم يتم ملاحظة أي خروج عن قواعد سير النشاط
 البنكي بالنسبة لبنك Fostier من قبل هذه الجهات ؟.

بهذا تم لأول مرة النظر في النتيجة الطبيعية لتقرير دور رقابي للدولة على النشاط
 البنكي من خلال مؤسساتها : أن تسأل عن عدم تأدية هذا الدور أو عن تأديته بشكل سيئ.

قضية Kampman و d'Endeville قد طرحت أمام مجلس الدولة الفرنسي، الذي
 وضع لأول مرة طبيعة و حدود الخطأ المطلوب لإعمال مسؤولية الدولة عن سوء تأدية دورها
 الرقابي في مجال البنوك.

بعد استبعاد مسؤولية بنك فرنسا، المجلس الوطني للقرض و إدارة الضرائب لأسباب
 مختلفة (1)، حلل مجلس الدولة علاقة لجنة مراقبة البنوك بقضية بنك Fostier. و لأنها أول قضية

(1) بنك فرنسا لأن مجلس الدولة يصبح بالنسبة له غير مختص نوعا، المجلس الوطني للقرض و إدارة الضرائب لأنه
 ليس عليهما دور رقابي على كيفية سير القرض من طرف البنوك.

تطرح في مجال المسؤولية عن الإخلال برقابة البنوك فقد كان لزاما على مجلس الدولة البت أولا في الجهة المسؤولة؛ و بالتأسيس على انعدام الشخصية المعنوية للجنة مراقبة البنوك، و طبيعة عمل الرقابة على مهنة معينة الذي يشكل مهمة مرفق عام، فتوجيه كل من Kampman و d'Endeville لدعواه تجاه الدولة توجيه صائب (1).

هكذا بعد البت في الجهة المسؤولة قانونا عن أعمال و إخلالات لجنة مراقبة البنوك بشكل مجرد، و بعد النظر في أساس الدعوى، و هو كون لجنة مراقبة البنوك قد أخلت بدورها الرقابي، و أنه طالما أن الدولة وضعت هذا الجهاز لرقابة سير القرض، و وضعت تحت تصرفه نظاما قانونيا يسمح له بتصحيح الوضع، و معاقبة المتسبب فيه تأديبيا، فمن حق الأشخاص المتعاملين مع البنوك الاطمئنان إلى ضمان الدولة للتوجيه الحسن للقرض الذي ينبع أساسا من أموالهم، بين مجلس الدولة موقفه مقررًا أنه : « لا تقوم مسؤولية الجهات العامة المكلفة برقابة البنوك في حالة إفلاس بنك تجاه زبائنه إلا إذا ثبت أنه قد صدر منها خطأ جسيم » (2).

فعلا : « إذا كان من الطبيعي أن تتحمل السلطة العامة، حتى دون أخطاء، بعض المخاطر الصادرة عن بعض مؤسساتها، فلا يمكن أن يكون الوضع كذلك إذا كان عملها منحصر في مراقبة مؤسسات خاصة » (3).

أخيرا، قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم توافر شروط و مميزات الخطأ الجسيم في قضية Kampman ، و قضى بالتالي برفض دعوى المسؤولية.

2- قضية Achard

توجه مجلس الدولة إلى الأخذ بفكرة الخطأ الجسيم في مادة مراقبة البنوك عندما تكون لجنة مراقبة البنوك على علم بمخالفات جسيمة للقوانين و الأنظمة المتعلقة بالبنوك من طرف بنك، ومع علمها بذلك، تُهمل بأن تقوم بأعمال مراقبة جدية و صارمة، و اتخاذ إجراءات تأديبية إن

1 SCORDEL, op. cit. p. 347.

2) «La responsabilité des services publics chargés du contrôle des banques ne saurait être engagée à l'égard de clients de banques tombées en déconfiture qu'au cas où il serait établi que lesdits services auraient commis une faute lourde », voir H. Ganay, G. Vaysset, op. cit. p. 16.

3 « S'il paraît normal que la puissance publique supporte, même sans faute, les risques inhrents à certaines de ses entreprises, il ne saurait en être de même lorsqu'elle se borne à exercer un contrôle sur des entreprises privées », idem, p. 16.

استدعى ذلك الأمر: هذا ما كان موضوع قرار مجلس الدولة الفرنسي بخصوص قضية Achard(1).

نتلخص وقائع قضية Achard فيما يلي :

Le Comptoir Maljournal هو مؤسسة قرض فرنسي نشأت سنة 1885؛ بداية، كان موضوع المؤسسة هو عمليات البنوك بشكل عام و لكن، كما كان الحال بالنسبة لمعظم مؤسسات القرض آنذاك، فقد تخصصت هذه المؤسسة في العمليات على السندات، و على هذا الأساس، تم تسجيلها بعد صدور قوانين 1941 في زمرة المؤسسات المالية.

Maljournal مؤسسة انتباه لجنة مراقبة البنوك آنذاك بمخالفاتها لقوانين و

أنظمة القرض :

- فمن جهة و رغم عدم الترخيص لها بذلك، فقد كانت تقوم بعمليات قرض من الأموال المودعة لديها للقيام بعمليات على السندات.

- من جهة أخرى، فإن المؤسسة لم تحترم قواعد السيولة، و قد لاحظت في هذا الإطار لجنة مراقبة البنوك نقص في هذه السيولة قدره 3 مليون فرنك.

هذا ما أدى باللجنة إلى إصدار إنذار لمؤسسة Maljournal سنة 1947.

بعد ذلك و في سنة 1949، أصدرت اللجنة مرة ثانية إنذارا لنفس المؤسسة لملاحظتها مرة أخرى نقص في السيولة لكن بشكل أقل.

بعد هذا الإنذار الثاني، و حسب الوثائق التي كانت مؤسسة Maljournal ترسلها دوريا إلى لجنة مراقبة البنوك، كان يبدو أن نشاط المؤسسة رجع إلى وضعه الطبيعي عدى فترة قصيرة خلال سنة 1951 أين تلقت مؤسسة Maljournal إنذارًا ثالثًا من اللجنة، لكن دائما بسبب نقص ضئيل في السيولة.

هكذا لم يعب إلى حد ذلك الحين شيء آخر على السيد Robert Maljournal مسير المؤسسة المالية، رغم ملاحظة طريقة عيشه و أسرته المكلفة : فالسيد Maljournal معروف بأملكه العقارية و المنقولة بشكل يجعل منه شخصا موثوقا فيه، يلجأ له معظم سكان المنطقة لتشغيل أموالهم في سندات.

1) CE 24 Janvier 1964, Juris-classeur périodique n° 49, 24 Novembre 1965, p 14416.

Voir aussi SCORDEL, op. cit. p. 370. Voir aussi GARRAY, VAYSSETn op. cit. p. 16.

هذا ما جعل لجنة مراقبة البنوك "تطمئن" تباعا لهذه المؤسسة التي أصبح مسيرها يرسل كل ستة أشهر بيانات حالة جد مرضية.

إلى غاية 1955 إذن، لم يكن في هذه المؤسسة ما يدعو إلى الانتباه، خاصة و أن وضع البورصة في باريس كان جيدا؛ واستمر الوضع إلى غاية 13 ماي 1955 أين انهارت الأسهم فجأة بشكل أدى إلى أزمة حقيقية، نتجت أساسا عن حسابات مزيفة لكثير من المؤسسات، ذهب ضحيتها الكثير من الشركات و من الأفراد.

هذه الأزمة بعثت المجلس الوطني للقرض إلى القلق، و العمل على إرسال مفتشين لدى بنك فرنسا إلى كل المؤسسات العاملة في تشغيل السندات بفرنسا، للاستعلام عن مدى "امتصاصها للأزمة".

هذا ما جعل السيد Halphan، مفتش عام لدى بنك فرنسا، يتوجه في 16 جوان 1955 إلى مقر مؤسسة Maljournal المالية في إطار "زيارة استعلامية" لم تدم أكثر من نصف يوم عمل.

في هذا الإطار و بالنسبة لأزمة ماي 1955، بدا للمفتش أن وضع المؤسسة لا يدعو إلى القلق، و أنها فعلا قد امتصت الأزمة، إذ أنه حسب تصريحات مسيرها، السيد Maljournal ، فالأزمة قد أدت إلى رصيد سلبي لا يزيد عن 3,5 مليون فرنك و أنه، دائما حسب تصريحات المسير، سيتم امتصاص هذا العجز تماما في آخر شهر جوان: كل شيء يبدو سليما إذن.

لكن، مع هذا، فقد لفتت انتباه المفتش بعض الملاحظات :

▪ لقد لاحظ مثلا أن السيد Maljournal قد وافق لصهره على قرض قيمته 5 مليون فرنك.

▪ الوثائق المحاسبية غير منتظمة، و أحيانا منعدمة تماما، كدفتر اليومية ؛ تصعب إذن معرفة وجود قروض أخرى، أو مراقبة الحركات على الصندوق.

▪ أكثر من ذلك، و من خلال شروحات ضئيلة، و مضطربة للسيد Maljournal ، لاحظ المفتش أمورا أكثر خطورة. فعلا، فالمسير كان يقوم لحسابه و لحساب أعضاء أسرته بعمليات على السندات، الأمر الذي لا يشكل في حد ذاته إشكالا. لكن المفتش قارن وضعية الشراء لعائلة Maljournal ، و التي كانت في

آخر ماي 1955 بقيمة 10 مليون فرنك، في حين أن التغطية الفعلية لقيمة هذه السندات لا تتجاوز... 600 000 فرنك فرنسي !!

خلال هذه الفترة كانت نسبة تغطية السندات هي 70 % على الأقل : لا بد من أن يكون لـ6,4 مليون الباقية مصدر ما : كان يجب آنذاك أن يفهم أنه لا شك أن مصدرها مؤسسة السيد Maljournal، كما ثبت فيما بعد، الأمر المخالف تماما للقانون: فقد كان السيد Maljournal يستعمل أموال زبائنه الذين يودعونها بغرض تشغيلها في سندات لحسابه الخاص و حساب أسرته !.

لكن، مع أن "الاحتمال" حتما شد انتباه المفتش لدى بنك فرنسا، فإنه لم يطلب ما كان من السهل به التوصل إلى معرفة التلاعب، و هو الاطلاع على السندات التي تم شرائها لحساب الزبائن ؛ ربما كان المفتش حبيس مهمته : زيارة استعلامية متعلقة بأثر أزمة ماي 1955.

غير أن هذا لم يمنع المفتش من تحرير تقرير مفصل بكل ما لاحظته، و بكل "شكوكه" للجنة مراقبة البنوك، معتقدا أن هذه اللجنة سترسل حتما مفتشين للقيام بعملية رقابة في الأمكنة بمهام جديدة، و هي الطريقة الوحيدة التي كان بالإمكان عن طريقها التوصل إلى إثبات المخالفات، و اتخاذ الإجراءات المناسبة.

ولكن اللجنة، و رغم التفاصيل التي تضمنها التقرير، لم تقم إلا بإرسال مراسلة إلى السيد Maljournal، في 27 جوان 1955، تعلمه فيها بضرورة اعتباره لها إنذارا أخيرا؛ كما أنها أعلمته بما يتضمنه تقرير المفتش العام Halphen، و حذرته بأنه في حالة ملاحظة مخالفات أخرى للقواعد البنكية في تسيير مؤسسته، ستواجه هذه الأخيرة خصومة تأديبية.

في 29 جوان 1955، رد Maljournal برسالة إلى لجنة مراقبة البنوك، معلما إياها أنه سينفذ كل ما تضمنته رسالتها.

لم يستتبع ذلك بأي إجراء من اللجنة، إذ لم تقم إطلاقا بمراقبة مدى تنفيذ مؤسسة Maljournal لإنذارها، و ذلك إلى غاية 10 أوت 1956، أي أكثر من سنة بعد ذلك.

في هذا التاريخ، أعلمت لجنة مراقبة البنوك من طرف بنك فرنسا أن مؤسسة Maljournal قد توقفت عن الدفع.

للقضية طبعاً بعد جزائي، إذ توبع Maljournal بتهمة النصب و خيانة الأمانة، وتزوير الأوراق العرفية، و الإفلاس بالتدليس. و في إطار هذا الإجراء، عين قاضي التحقيق خبيراً

توصل إلى أن ديون مؤسسة Maljournal وصلت إلى 265 مليون فرنك، مقابل 20 مليون قيمة التفلسية، كل ذلك بفعل تبديد أموال الزبائن.

و يؤكد الخبير، بشكل كان لديه أثر في مسؤولية الدولة، أنه كان بالإمكان و بسهولة تدارك الوضع منذ أكثر من سنة، بمجرد طلب اللجنة للسندات التي يدعي Maljournal تشغيلها لحساب زبائنه، عوض اكتفائها بإنذار لا معنى له، و دون حتى مراقبة احترامه تباعا.

أمام ضآلة التفلسية مقارنة مع الديون، لجأ 29 زبونا لمؤسسة Maljournal اطلعوا على تقرير الخبير الذي عينه قاضي التحقيق إلى مقاضاة الدولة ممثلة في وزير المالية أمام المحكمة الإدارية لـ Grenoble في 7 أفريل 1960، أين طالبوا الدولة بالتعويض عن الضرر الذي لحقهم.

بعد ضم القضايا، أصدرت المحكمة الإدارية قرارا في 25 أكتوبر 1961 سببته كما

يلي :

إن لجنة مراقبة البنوك قد أكتفت بداءة، أي منذ 1947، و رغم ملاحظتها لمخالفات متكررة لقواعد البنوك، بإصدار إنذار لمؤسسة Maljournal ثلاث مرات متتالية.

و حتى بعد إعلامها عن طريق تقرير عن وضعية مؤسسة Maljournal من مفتش عام لدى بنك فرنسا بمخالفات و تجاوزات خطيرة مع استمرار المخالفات السابقة، اللجنة ذاتها على وعي بها طالما أنها ضمننتها رسالتها للمؤسسة المالية في 27 جوان 1955، و لكنها خلافا لما كان يجب أن يكون، لم تقم بأي مراقبة جديدة، و لم تستعمل الوسائل القانونية المتاحة لها لوضع حد للتجاوزات ؛ و بهذا تكون لجنة مراقبة البنوك قد اقترفت خطأ جسيما من شأنه أن يؤسس مسؤولية الدولة تجاه زبائن المؤسسة المالية Maljournal في إطار تعاملهم معها منذ 27 جوان 1955، التاريخ الذي ثبت فيه علم لجنة مراقبة البنوك بمخالفات المؤسسة.

و أضافت المحكمة الإدارية أن مسؤولية الدولة يمكن أن تنقضي تجاه كل زبون، أو أن تزول تماما، حسب ما قام به هذا الزبون نفسه من أخطاء أو عدم انتباه.

هذا القرار قد استأنف أمام مجلس الدولة الفرنسي من طرف وزير المالية، مطالبا بإلغاء قرار المحكمة الإدارية، و استبعاد مسؤولية الدولة. في هذا الإطار فالسيد Achard و من معه قد قدموا بدورهم استأنافا فرعيا، يطالبون فيه بتعديل قرار المحكمة الإدارية من حيث حصرها لمجال الضرر القابل للتعويض في مرحلة 27 جوان 1955 إلى توقف مؤسسة القرض عن الدفع، و تأخير

نقطة بداية هذه المرحلة إلى 1947، تاريخ إرسال أول إنذار من لجنة مراقبة البنوك إلى مؤسسة Maljournal.

في قراره الصادر في 24 جانفي 1964، قرر مجلس الدولة رفض الإستئناف الفرعي، على أساس أنه في 1947، لم تكن المخالفات المسجلة على مؤسسة Maljournal في طبيعة تجعل الإكتفاء تجاهها بإنذار خطأ منشأ لمسؤولية الدولة.

غير أن الأمر يختلف فيما يتعلق برسالة لجنة مراقبة البنوك بتاريخ 27 جوان 1955 و التي اكتفت فيها بإنذار أخير، لم يتبع بأي إجراء آخر، رغم ما تضمنه تقرير Halphen من تجاوزات خطيرة متمثلة أساسا في تجاوز المؤسسة حدود الترخيص في أعمالها، بمنحها قروضا غير قانونية مصدرها أموال زبائنها.

من جهة أخرى، إن المؤسسة لا تمسك حساباتها بانتظام، و أن أموال الزبائن قد حولت إلى شراء أسهم لحساب مسير المؤسسة و عائلته ؛ غير أنه بالرغم من هذه المخالفات، و رغم أن اللجنة قد سبق و أن وجهت ثلاث إنذارات من قبل لمؤسسة Maljournal ، إلا أنها تكتفي بإنذار آخر، دون أي إجراء تالي للتأكد من احترام المؤسسة لهذا الإنذار الأخير إلى غاية 10 أوت 1956 أين توقفت المؤسسة عن الدفع.

على ذلك، فقد قرر مجلس الدولة أن هذه التصرفات تشكل فعلا خطأ جسيما يقيم مسؤولية الدولة، و قرر إذن أن المحكمة الإدارية قد أصابت في تقريرها مسؤولية الدولة عن الضرر اللاحق بزبائن مؤسسة Maljournal منذ 27 جوان 1955، و بتعيين خبير بالتالي لتحديد مقدار هذا الضرر بالضبط بالنسبة لكل واحد منهم.

3 - قضية André

قضية André هي قضية أخرى طرحت على القضاء الفرنسي للنظر في قيام مسؤولية الدولة عن أعمال لجنة مراقبة البنوك ؛ وقائع القضية هي الآتية (1):

مؤسسة Coussat هي مؤسسة قرض متوسطة الأهمية، تحصلت على ترخيص كمؤسسة مالية، أي متخصصة في العمليات على السندات و القيم المنقولة.

1) CE 13 Juin 1964, Juris-classeur périodique n° 49, 24 Novembre 1965, p 14416, précité.

هذه العمليات تفرض قانونا على المؤسسات المالية عدم تنفيذ أي أمر شراء من زبون إلا بعدما يودع في حساب كل المبلغ الذي تتطلبه عملية الشراء ؛ كما أنها تفترض من ناحية أخرى، وبشكل طبيعي، عدم تشغيل أموال زبون لتنفيذ أوامر شراء زبون آخر.

غير أنه فيما يتعلق بمؤسسة Coussat ، فقد تم إنذارها في 1945 من قبل لجنة مراقبة البنوك لأن بيانات الوضعية المالية لهذه المؤسسة التي ترسلها دوريا إلى اللجنة بينت أنه منذ 1941 فالسيدة Coussat، مسيرة المؤسسة، لا تراقب بجدية إيداع الزبائن لمقابل أوامرهم لشراء السندات، كما أن بعضا من حسابات الزبائن أصبحت على المكشوف بفعل قروض غير قانونية.

لكن وضع المؤسسة بقي مستمرا على هذه الحال ؛ في سنة 1948، وصل مجموع ما يدين به الزبائن للمؤسسة إلى 3 مليون فرنك فرنسي ؛ هذا ما جعل لجنة مراقبة البنوك ترسل في شهر نوفمبر من نفس السنة مفتشاً من بنك فرنسا للرقابة في مقر مؤسسة Coussat ، هو المفتش Frachon.

من خلال ما قام به المفتش، فقد لاحظ أنه من بين 750 حساب لدى مؤسسة Coussat (هي الحسابات التي أدت إلى عملية الرقابة في الأمكنة)، 500 حساب كان في 30 جوان دائنا بمبلغ إجمالي قدرة 2 مليون فرنك. بالمقابل، 250 حساب كانت حسابات مدينة بمبلغ إجمالي قدرة 3 مليون فرنك.

هذه الحسابات أصبحت مدينة، حسب ما توصل إليه المفتش Frachon ، إما لأن مؤسسة Coussat كانت جد متسامحة مع الزبائن بشكل غير قانوني إلى أن أصبحت حساباتهم على المكشوف، و إما لأنها تمنحهم، من باب التسامح أيضا، آجالا للدفع ؛ و هذا حتى تنتقل إليهم استفادتها هي نفسها من آجال الدفع التي يمنحها إياها الوسطاء الذين تتعامل معهم.

إضافة إلى فحص حسابات الزبائن، فقد راقب المفتش Frachon الوثائق المحاسبية لمؤسسة Coussat : و قد وصل المفتش إلى أن المحاسبة ممسوكة بشكل قانوني و ممتاز. لكن مع هذا، فقد انتهى Frachon إلى خلاصة في تقريره، مفادها أنه فوجئ فعلا بعدم القدرة الواضح للسيدة Coussat على تسيير مؤسسة القرض (1).

1) « L'établissement de Madame Coussat n'est pas dirigé de façon satisfaisante ; les erreurs assez nombreuses relevées dans l'établissement de la situation trimestrielle, la surveillance insuffisante des soldes débiteurs de la clientèle et la passivité constatée à l'égard des débiteurs le montrent suffisamment », voir SCORDEL, op. cit. p. 384.

في هذا الإطار، فإن نشأة المؤسسة تعود إلى 1894، و قد كانت محل تسيير السيد Coussat من 1908 إلى غاية وفاته في 1937 أين انتقل تسيير المؤسسة إلى ابنه Jean Coussat الذي توفى بدوره في 1941 ؛ بعد هذه الوفاة الثانية قررت السيدة الأرملة Coussat تسيير مؤسسة زوجها المتوفى بنفسها، رغم عدم خبرتها في الميدان ؛ مع ذلك، فالزبائن استمروا في ثقتهم فيها، ومنحوها وكالة عامة على تسيير أموالهم، بشكل يجعل إعلامهم عن العمليات التي ترد بأسمهم على السندات تاليا لتتمام هذه العمليات.

تقرير المفتش Frachon، إضافة إلى تركيزه على ملاحظة عدم قدرة المسيرة على القيام بعملها، و على المخالفات الملاحظة في هذا الإطار، أعلم لجنة مراقبة البنوك أن الزيادة المبرمجة في رأسمال مؤسسة القرض Coussat و تعيين مسيرين جدد أمر مستحسن، قد يسد بعض النقائص.

أخيرا، يخلص المفتش في تقريره إلى اقتراح إرسال إنذار إلى مؤسسة القرض من أجل لفت انتباه المسيرة إلى المخالفات الملاحظة في التسيير ؛ هذا مع أن التقرير يفيد صراحة أن هذه المخالفات تجد مصدرها في تعود المؤسسة على التسامح المبالغ فيه مع الزبائن، و ليس في نية سيئة أو إجرامية.

رغم هذا الاقتراح، فقد رأت اللجنة عدم ضرورة إنذار المؤسسة ؛ فالمسيرة السيدة Coussat قد استنتجت بنفسها ما يجب القيام به من خلال الرقابة التي تمت في مؤسستها، إذ أن الوثائق المرسلة كل ثلاثة أشهر إلى لجنة مراقبة البنوك تؤكد ذلك، و تبين توقف المخالفات التي سجلها المفتش Frachon، كما أن المؤسسة تحولت إلى شركة توصية بسيطة في 1950 بشكل يدفع شيئا ما إلى اطمئنان أكثر.

لكن خمس سنوات بعدها، أي في 1955، و في إطار عملية رقابة عادية للتأكد من حسن سير المؤسسة، بادرت لجنة مراقبة البنوك مرة أخرى بإرسال مفتش من بنك فرنسا إلى شركة Coussat للرقابة في الأمكنة : رقابة كانت هذه المرة سببا لنهاية المؤسسة : فقد لاحظ المفتش مخالفات خطيرة، تتمثل أساسا في استمرار المخالفات السابقة و الملاحظة من قبل، وصلت هذه المرة بالمؤسسة إلى وضعية مالية صعبة.

بعد اطلاعها على التقرير الثاني عن وضعية المؤسسة، قررت لجنة مراقبة البنوك هذه المرة تعيين مدير مؤقت لمؤسسة القرض Coussat، الذي قرر بعد معاينته لوضعية المؤسسة التصريح بحالة التوقف عن الدفع.

أكثر من ذلك، فقد أخذت القضية بعدا جزائيا، كان له وقع على الدعوى الإدارية التي موضوعها مسؤولية الدولة؛ فقد صدر في حق السيدة Coussat، و مسيري مؤسسة القرض الآخرين حكما جزائيا في 10 جوان 1959، جاء في تسيببه أنه بعد أن قامت السيدة Coussat بتسيير مؤسسة القرض بعد زوجها و ابنه، و بعد أزمة 1930، فقد كانت تقوم بتحويل أموال و ودائع زبائنها الذين كانوا يتقون فيها : فعلا، فوضعية المؤسسة، خاصة عند بداية تسييرها من قبل السيدة Coussat تجعلها من المستحيل أن تبقى إلى هذا التاريخ دون أن تقوم بعمليات التحويل هذه؛ كما أن مسيري مؤسسة القرض الآخرين كانوا على علم بهذه التصرفات، و شكلوا بذلك مع السيدة Coussat جمعية أشرار تقوم يوميا بأعمال إجرامية تحت غطاء مؤسسة القرض.

لاحظت المحكمة الجزائرية أيضا أن المتابعين كانوا يعتمدون لأجل تغطية نشاطهم إلى وضع نظام محاسبي يصور بدهاء في صورة شرعية مزيفة، عمليات غير قانونية و مجرمة، و هذا ما جعلهم يتمكنون لفترة طويلة من تغليب لجنة مراقبة البنوك.

أخيرا، فقد حكم على كل من السيدة Coussat و باقي المسيرين بشهرين حبس نافذة و 100 000 فرنك فرنسي غرامة.

من الطبيعي بعد كل هذا أن تقوم أيضا إشكالية استرجاع الزبائن لأموالهم : فمجموع الأموال المحولة و المبددة وصل إلى 700 مليون فرنك فرنسي. و في هذا الإطار، فالتأسيس كأطراف مدنية طريق ميؤوس منه، رغم أن بعض الزبائن قد لجؤوا إليه؛ كما أن التقليل ضئيلة جدا.

هذا ما جعل ما يقارب 300 زبون يطالبون الدولة ممثلة في وزير المالية بتعويضهم عن الضرر الذي أصابهم، لأنهم يعتبرون أن لجنة مراقبة البنوك لم تقم بدورها في هذه القضية، وهذا ما سبب فقدانهم لأموالهم؛ من بين هؤلاء الأشخاص، السيد André الذي طالب بتعويض قدره 15 مليون فرنك.

الوزير رفض طلبات التعويض، و من ضمنها طلب السيد André؛ على ذلك، فقد توجه الأخير إلى المحكمة الإدارية لباريس.

في هذا الإطار، فقد أسس السيد André دعواه على النقاط التالية:

1- أن لجنة مراقبة البنوك، رغم إعلامها بوضعية مؤسسة القرض Coussat، قد أكتفت، و هذا تقصير و خطأ منها، بأعمال رقابة روتينية. في حين أن رقابتها و توابعها كان يجب أن تكون أكثر عمقا منذ 1948؛ فرقابة خاصة كان بإمكانها إظهار المخالفات

التي كانت تطغى على تسيير المؤسسة ؛ هذا ما يجسد خطأ جسيما من شأنه تقرير مسؤولية الدولة.

2- إن المفتش Frachon قد ضمن تقريره انطبعا سيئا على طريقة و إمكانيات تسيير السيدة Coussat لمؤسسة القرض، مع ذلك، لم تتخذ لجنة مراقبة البنوك أي إجراء لاستدراك هذا الوضع لمدة 7 سنوات كاملة.

غير أن المحكمة الإدارية لباريس قد أصدرت في 10 جويلية 1961 قرارا برفض دعوى السيد André لعدم اقتناعها بتوافر الخطأ الجسيم ؛ و قد ردت على المدعي بما يلي :

1- من جهة أولى، فمحتوى تقرير المفتش Frachon الذي أرسله إلى لجنة مراقبة البنوك، يسلط الضوء على مخالفات لقواعد البنوك من طرف مؤسسة القرض Coussat، لكنها ليست مخالفات خطيرة، من شأنها حتما البعث إلى اتخاذ إجراءات أخرى؛ فالأمر يتعلق بعدم صرامة السيدة Coussat مع زبائنها بعد مطالبتهم بتغطية أوامرهم لشراء السندات في الحين، بشكل يجعلهم يستفيدون من تسهيلات، تستفيد منها مؤسسة القرض أصلا من الوسطاء الذين تتعامل معهم : ليس هناك إذن أي خطأ جسيم في تصرفات اللجنة من هذه الناحية.

2- من ناحية ثانية، و فيما يتعلق بالانطباع السيئ الذي يحمله المفتش Frachon حول السيدة Coussat، فالأمر دائما يتعلق بعدم وجود ما يبرر اتخاذ أي إجراء في هذا الإطار : فتقرير المفتش لا يظهر أي تجاوزات خطيرة في التسيير؛ و ليس هناك أي تبرير إذن لاتخاذ إجراء تأديبي: على ذلك، لا يتوفر الخطأ الجسيم من هذه الناحية أيضا.

استأنف السيد André قرار المحكمة الإدارية بباريس أمام مجلس الدولة، الذي أصدر في 13 جوان 1964 قرارا يصادق، في تسببه و منطوقه، على قرار المحكمة الإدارية.

4- قضية Waligorski

قضية أخرى طرحت على مجلس الدولة الفرنسي هي قضية Waligorski (1). سنة 1955، قامت لجنة مراقبة البنوك بفرنسا بتوجيه رقابة عامة على مؤسسات القرض تبعا للأزمة التي

1) SCORDEL, P., op. cit. p. 391.

Voir aussi : Recueil des décisions du Conseil d'Etat, 1966, p. 40.

عرفها النظام البنكي آنذاك : مؤسسة Pajot et Cozette هي واحدة منها مقرها في Roubaix ؛ حصلت على تسجيلها في قائمة المؤسسات المالية سنة 1941.

عند قيام مفتشي بنك فرنسا بمراقبة هذه المؤسسة، شددت انتباههم عدة مخالفات : فقد كانت مثلا تقوم بعمليات مصرفية ممنوعة عليها، إذ كانت تتسامح في قروض في شكل مكشوف إلى حدود معتبرة لبعض زبائنها.

حرر القائمون بالرقابة تقريرا عن هذه المخالفات، و أرسلوه إلى لجنة مراقبة البنوك التي وجهت رقابتها بعد ثلاثة أسابيع من ذلك، إلى فرع المؤسسة المالية Pajot et Cozette في باريس فاكتشف مفتش بنك فرنسا المكلف بهذه المهمة مخالفات تعود إلى ما يقارب خمسة و عشرون سنة : فمنذ هذه الفترة، كان الشركاء في هذه المؤسسة يستعملون لحسابهم الخاص السندات التي يودعها زبائنهم لديهم، كما لاحظ مخالفات محاسبية خطيرة. كل هذه المخالفات اعترف بها مسيروا المؤسسة لمفتش بنك فرنسا. على أثر ذلك، قامت لجنة مراقبة البنوك بتعيين مدير مؤقت لمؤسسة Pajot et Cozette .

لكن بعد مدة ثلاثة أسابيع من اتخاذ هذا القرار من اللجنة، تم إعلان إفلاس المؤسسة المالية من طرف المحكمة التجارية بـ La Seine وذلك في 27 جويلية 1955.

أمام عدم كفاية التفليسة، قام زبائن هذه المؤسسة، و منهم الأنسة Waligorski بطلب تعويضهم من الوزير المكلف بالمالية، فتم رفض طلبهم.

لجأ الزبائن إلى المحكمة الإدارية بباريس، رافعين دعوى على الدولة ممثلة في الوزير المكلف بالمالية، و مطالبين بالتعويض ، محاولين إثبات خطأ جسيم من طرف لجنة مراقبة البنوك في رقابتها للمؤسسة المفلسة Pajot et Cozette فيما يلي :

1- أنه عندما تم تسجيل مؤسسة Pajot et Cozette سنة 1941 في قائمة المؤسسات المالية، كانت تقوم بنفس المخالفات التي لاحظتها لجنة مراقبة البنوك فيما بعد.

2- أن المؤسسة المالية لم تكن أبدا قبل سنة 1955 موضوع مراقبة من طرف لجنة مراقبة البنوك.

3- أنه بعد الاطلاع على تقرير الرقابة في فرع Roubaix للمؤسسة، لم يتم تقرير رقابة في فرع Paris إلا بعد ثلاثة أسابيع.

في 10 جويلية 1962، أصدرت المحكمة الإدارية بباريس قرارا برفض دعاوى زبائن مؤسسة Pajot et Cozette، و قد استأنف أغلب هؤلاء هذا القرار أمام مجلس الدولة، و قدموا بالتالي نفس الأسس لدعواهم، فرد مجلس الدولة بما يلي :

1- فيما يتعلق بالتسجيل في قائمة المؤسسات المالية، فإن ذلك لا يكون خطأ إلا إذا كان غير مشروع، و هذا أمر لم يثبت أمام مجلس الدولة، و لم ير المانع القانوني الذي كان يفرض عدم تسجيل مؤسسة Pajot et Cozette في قائمة المؤسسات المالية.

2- فيما يتعلق بعدم قيام لجنة مراقبة البنوك بواجب الرقابة تجاه المؤسسة المالية قبل 1955، فقد قضى مجلس الدولة أن اللجنة كانت تقوم قبل ذلك بمراقبة دورية على الوثائق التي كانت ترسلها المؤسسة، و أنه طالما لم تلاحظ فيها مخالفات، فلا يشكل عدم اتخاذ أي إجراء خطأ منها طالما لم يجلب انتباهاها أي ظرف خاص.

3- أخيرا و فيما يتعلق بمدة 3 أسابيع التي انقضت من الاطلاع على تقرير مفتش بنك فرنسا حول فرع Roubaix و تقرير لجنة مراقبة البنوك توجيه رقابة في الأمكنة في فرع باريس، قرر مجلس الدولة عدم وجود خطأ جسيم في ذلك، لأنه ليس هناك ما يدعو إلى الاستعجال، كما أنه لم يثبت أنه خلال هذه الفترة، جدت وقائع سببت أضرار للمدعين.

على ذلك، قضى مجلس الدولة برفض الدعوى.

هكذا و فيما عدا قضية Achard، انتهت كل الدعاوى المرفوعة لمساعدة الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية المتمثلة في الإخلال بدورها الرقابي بالرفض أمام ما صقله القضاء الفرنسي و أسماء الخطأ الجسيم في هذا المجال ؛ فهذه الدرجة من الخطأ قد كانت دائما طريقة ممتازة لتحديد مسؤولية الدولة أو أشخاص القانون العام، و يرى الفقه عدة أسباب لذلك :

1- من جهة أولى، فإن صعوبة عمل الرقابة هو أول أساس لرفض الخطأ الجسيم من طرف اللجنة المصرفية في ممارسة دورها الرقابي لمساعدة الدولة عليه : فمن المعترف به فقها وقضاء أن عمل الرقابة من طرف الدولة أو شخص من أشخاص القانون العام على أشخاص مستقلة

وخاصة عمل من طبيعة صعبة : الأمر منطقي، خاصة في فرنسا أين يمتد دور رقابة اللجنة المصرفية (لجنة مراقبة البنوك سابقا) إلى عدد ضخم من مؤسسات القرض تجاوز عددها 1940 مؤسسة في 01 جانفي 1990 (1) ؛ كما أن رقابة اللجنة يعتمد على وثائق يفترض أنها صحيحة؛ فإن كان من المؤكد نظريا أنه للجنة المصرفية إمكانيات واسعة للرقابة (المراقبة على الوثائق مع إمكانية طلب أي وثيقة كانت، و الرقابة على الأمكنة دون إمكانية مجابتهها بالسر المهني، كل ذلك عن طريق مفتشي البنك المركزي)، فالأمر ليس بهذه البديهية، إذ يكفي تصور ما سيؤدي إليه انتقال مفتش إلى بنك في ضاحية من ضواحي مدينة ما : فالمتعاملين معه من مودعين خاصة، سيفقدون الثقة في هذا البنك، و سيشكون في أن الأمر يتعلق بسوء تسيير؛ هذه اهتمامات ستطغى على عمل رقابة عادية، دورية و روتينية ؛ ففقدان الثقة هذا قد يكون مآله توقف التعامل مع هذا البنك، و نهاية نشاطه. لذا، كثيرا ما تفضل اللجنة عدم اللجوء إلى هذا النوع من الرقابة إلا عند الضرورة (2).

2- تفادي أنزلاق المسؤولية : إن القضاء الفرنسي كثير التمسك بهذه الفكرة؛ إذ يرى أنه من مسببات فرض الخطأ الجسيم لمساءلة الدولة عن إخلال اللجنة المصرفية بدورها الرقابي هو الحرص على عدم تعويض مسؤولية مؤسسة القرض بمسؤولية الدولة ؛ و هو الأمر الذي سيؤدي إليه الاكتفاء بخطأ بسيط من اللجنة المصرفية لاعتبار الدولة مسؤولة عن تعويض الضرر الناتج عنه (3).

3- السلطة التقديرية للجنة المصرفية : حسب ما جاء في القانون، فإنه للجنة المصرفية وحدها أن تقرر التدخل بالنسبة لمؤسسة قرض ما من عدمه، كما لها وحدها أن تقرر زمن و توقيت ذلك ؛ و ليس على القضاء التدخل في هذه السلطة التقديرية (نشير إلى أن الأمر ليس بهذه البدهة فالرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة أصبح أمرا له الحيز الذي يشغله من القضاء ((4)).

غير أنه في هذا الإطار، يجب التوقف عند فكرة و إشكالية فرض القانون أداء عمل ما: فقد قرر القضاء أن عدم قيام اللجنة المصرفية بواجب الرقابة رغم إلزام القانون بذلك لا يشكل دائما خطأ جسيما ؛ و إنما يكون الأمر كذلك عندما يكون من شأنه بشكل جدي و متوقع أن يمس بسلامة الأشخاص أو الأموال (5). و هكذا يكون الخطأ ثابتا إذا كانت سلبية اللجنة المصرفية بالنسبة لوضعية مؤسسة قرض ما آلية، كأن تستمر في عدم التصرف رغم عدة طلبات تدخل و استقطاب

1) Voir PELTIER Frédéric – structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires, structures et conditions d'accès – op.cit – p 11.

2) SCORDEL, op. cit. p. 368.

3) GAVALA Angélique, op. cit. p. 16.

(4) أبركان فريدة – المرجع السابق – ص 38.

5) BIASSARILA, op. cit. p. 105.

اهتمام؛ كما يكون الخطأ محققاً في حالة عدم التصدي رغم العلم علماً كافياً، أو عدم التأكد من توقف مخالفة بعد ملاحظتها (1).

لكن يجب الإشارة إلى أن كل هذه الأسباب التي أدت إلى عدم الاعتراف بمسؤولية الدولة عن الإخلال بواجب الرقابة إلا إذا اقتربت اللجنة المصرفية (لجنة مراقبة البنوك سابقاً) خطأً جسيماً تعود في عمقها إلى أن الاكتفاء بخطأ بسيط في هذه الحالة سيؤدي إلى مساءلة الدولة عن كل واقعة إفلاس مؤسسة قرض أو عن معظمها: أمر مرعب فعلاً أمام الواقع الفرنسي، و ستؤدي إلى إفلاس خزينة الدولة نفسها : لكن مع هذا، فمعيار الخطأ الجسيم لم يقنع الكثير من الفقهاء و القضاة الفرنسيين أنفسهم.

على ذلك، و أمام عدم الاقتناع التام بفكرة الخطأ الجسيم كأساس لمسؤولية الدولة عن إخلال اللجنة المصرفية بدورها الرقابي من جهة ، و أمام محاولة التوجه العام لمساءلة الدولة عن أعمال السلطات الإدارية المستقلة على أساس الخطأ البسيط من جهة أخرى (2)، كان من المتوقع صدور قرارات تحاول قلب معيار الخطأ الجسيم؛ و هذا ما حدث فعلاً بتوجه جديد و جريء لمحكمة الإستئناف الإدارية لباريس مع نهاية التسعينات.

فعلاً، لقد طرأ على القضاء الفرنسي عامة تطور جد هام من حيث مسؤولية الدولة على أعمال اللجنة المصرفية عندما تتصرف بصفقتها سلطة إدارية مستقلة : لقد كانت محكمة الاستئناف الإدارية بباريس مركز هذا التغيير، إذ بمناسبة بتها في قضايا طلب تعويض من طرف مودعين ضد الدولة على ضياع ودائعهم، قررت المحكمة تأسيس قراراتها على أساس مختلف عن اجتهاد مجلس الدولة إلى غاية ذلك الحين ؛ هذه أهم قضيتين في هذا الإطار.

5- قضية El Shikh:

القضية الأولى في هذا الإطار هي قضية El Shikh، ضد الدولة (3)؛ و تتلخص

وقائعها فيما يلي :

(1) هذا ما وقع في قضية Achard، الصفحة 151.

(2) Responsabilité du fait des activités de contrôle. Jacques Moreau, refondu par Camille Broyelle, J-C administratif, Fasc. 918, 2003, p. 12.

(3) CAA Paris 30 Mars 1999 - Actualité juridique, Droit administratif, 20 novembre 1999, p. 951.

رفع السيد الشيخ (El Shikh) دعوى طلب تعويض ضد الدولة الفرنسية بعد ما أفلس بنك BCCI الذي أودع ماله لديه : و قد أسس دعواه على أن BCCI بنك له مقر رئيسي في لندن، وفروع منتشرة أحدها في باريس أين أودع أموالا لديه.

في سنة 1987، قامت اللجنة المصرفية بعملية رقابة في الأمكنة في هذا الفرع بباريس أدت إلى وضع تقرير 21 سبتمبر 1987، الذي على أساسه قامت اللجنة المصرفية في 13 جوان 1988 بتقرير إنذار لمسيرى فرع بنك BCCI بباريس.

و يعيب السيد الشيخ على اللجنة المصرفية كونها أكتفت بهذه العقوبة التي لم تكن ناجعة أمام وضع البنك؛ فعلا، و بعد أن وصل إلى علم السلطات بفرنسا، و بخاصة إدارة الجمارك عمليات غش و مخالفات على مستوى هذا البنك، قامت اللجنة المصرفية بإرسال رقابة ثانية إلى فرع البنك بباريس بين 23 ماي و 20 جويلية 1990؛ إثر ذلك حرر المفتشون تقريرا قدم للجنة المصرفية في 03 سبتمبر 1990، فأصدرت الأخيرة بعد إتباع خصومة تأديبية قرارا ضد البنك يقضي بمنعه من ممارسة بعض العمليات في 25 جانفي 1991.

من هذه الناحية أيضا، يعيب المدعي على اللجنة المصرفية بطأها في التصرف، وعدم اتخاذها القرارات المناسبة، إذا أنه بعد بضعة أشهر فقط من اتخاذ هذا القرار من طرف اللجنة المصرفية، أعلن إفلاس بنك BCCI في لندن، و استتبع ذلك غلق شبائكه في فرعه بباريس بتاريخ 05 جويلية 1991.

إن المحكمة الإدارية للاستئناف بباريس قد ردت على هذه الدعوى بأن اللجنة المصرفية عندما اتخذت قرار 13 جوان 1988 بتوجيه إنذار إلى مسيرى فرع بنك BCCI بباريس، كان ذلك على أساس تقرير 21 سبتمبر 1987.

حيث أن هذا التقرير لم يشر إلى المخالفات أو عمليات الغش التي عرفت فيما بعد عن طريق إدارة الجمارك ؛ على هذا الأساس، لا يمكن أن يعاب على اللجنة المصرفية عدم تصديها لوضع لم يكن معروفا في مجال رقابتها فعلا.

من جهة أخرى، و عندما اتخذت اللجنة المصرفية قرار 25 جانفي 1991 لمنع فرع بنك BCCI من ممارسة بعض الأعمال، فلا يمكن أن يكون ذلك سببا في مساعلة الدولة لأن توقف البنك في الدفع، و غلق فرعه في باريس يعود إلى مخالفات و عمليات غش تمت على مستوى البنك عموما، و بخاصة فروعه في لندن، و أن غلق الفرع في باريس كان نتيجة لإفلاس البنك.

لم تعترف المحكمة الإدارية للاستئناف بباريس إذن بأي خطأ للجنة المصرفية مؤسس لمسؤولية الدولة؛ و لكنها استهلكت قرارها بما يفيد أنها تخلت عن الأخذ باجتهاد مجلس الدولة في مادة مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية: فقد جاء في القرار العبارة التالية: «عند ممارسة اللجنة المصرفية لوظيفتها التي تعطيها طبيعة السلطة الإدارية المستقلة، فالدولة مسؤولة عن أعمالها على أساس الخطأ البسيط. أما بمناسبة وظيفة اللجنة المصرفية التي تعطيها طبيعة السلطة القضائية المتخصصة، فلا تسأل الدولة عن أعمالها إلا بسبب خطأ جسيم» (1).

المحكمة إذن طمحت بقرارها هذا اقتراح وضع حد لاشتراط الخطأ الجسيم لمساءلة الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية بصفقتها سلطة إدارية مستقلة، هذا مع حرصها على عدم تعميم فكرة الخطأ البسيط بالنسبة للمسؤولية على كل أعمال اللجنة المصرفية؛ فمسؤولية الدولة على أعمالها بصفقتها سلطة قضائية تبقى مؤسسة، حسب هذا القرار، على الخطأ الجسيم.

6- قضية Kechichian:

قضية أخرى طرحت على المحكمة الإدارية للاستئناف بباريس، هي قضية Kechichian ضد الدولة؛ و قد صدر فيها قرار عن محكمة الاستئناف الإدارية بباريس في 25 جانفي 2000، جاء فيه ما يلي (2):

تم رفع دعوى من طرف مجموعة مدعين منهم السيد Kechichian لطلب إلغاء قرار وزير المالية الراض تعويضهم عن الضرر الذي لحق بهم بسبب الخطأ الجسيم الذي اقترفته اللجنة المصرفية في وظيفتها الرقابية على مؤسسات القرض، و إلزام الدولة بتعويضهم عن الضرر اللاحق بهم جراء هذا الخطأ.

(1) فيما يتعلق بالمسؤولية:

- بعد الأمر برقابة في الأمكنة لبنك United Banking Corporation، حرر المفتش الذي أجرى الرقابة Sagot-Duvanroux تقريرا يشير إلى مخالفات لقواعد توزيع الخطر، وقواعد أخرى لعملية القرض: مخالفات جعلت البنك في وضعية مالية خطيرة.

1) « Considérant que, dans l'accomplissement de sa mission administrative de surveillance et de contrôle des établissements de crédit, la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée pour faute simple ; que, dans l'exercice par la commission bancaire de sa fonction disciplinaire de caractère juridictionnel, la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que pour faute lourde ».

2) CE 30 Novembre 2001 - Actualité juridique de droit administratif, Février 2002 - chronique générale, jurisprudence du Conseil d'Etat, p 133.

لقد تم تسليط الضوء على هذه المخالفات بتقارير سالفة : علم اللجنة المصرفية بوضعية البنك ثابت إذن، و كان من المفروض أن تنتبه إلى ذلك.

أنقضت 15 شهر من تلقي التقرير، ثم أمرت اللجنة المصرفية بزيادة في رأسمال البنك بـ 50 مليون فرنك لتطهير وضعيته المالية في أحسن الآجال، دون تحديد حد أقصى لذلك..

ترك هذا المجال الوقتي مفتوحا سمح لمسيري البنك بفتح مفاوضات مع اللجنة المصرفية، التي أقرت لهم بعدة تنازلات في اجتماع للطرفين في 4 ديسمبر 1987.

- أنزال مبلغ 50 مليون فرنك المطلوب لزيادة رأس المال إلى 25 مليون.

- منح أجل لذلك إلى غاية نهاية ماي 1988.

إن تنازلات كهذه لا تتناسب مع خطورة الوضعية المالية للبنك، و التي تجعل استرجاع التوازن المالي مسألة استعجالية.

إضافة إلى ذلك أنه خلال هذه الفترة، تحصل البنك عدة مرات على "وقف تنفيذ" من طرف اللجنة المصرفية لقرارها، و تمكن البنك بعلمها من منح قروض جديدة أكثر خطورة من سابقتها، مما زاد في الإساءة إلى وضع البنك المالي، و في الجانب السلبي من ذمته المالية.

من كل هذا يتضح أن اللجنة المصرفية قد أقرت بمناصفة أدائها لدورها الرقابي على بنك United Banking Corporation خطأ من شأنه تأسيس مسؤولية الدولة.

2- عدم احترام قواعد قسمة الخطر :

إثر طلب للبنك، وافقت اللجنة المصرفية في رسالة لها في 14 مارس 1988 على "عدم الجمع بين مجموعة كيروز- الرئيس المدير العام للبنك و للمجموعة - و شركة Union Nationale S.A فيما يتعلق بتطبيق قواعد قسمة الخطر"، رغم أنه برسالة في 9 جانفي 1988 للسيد كيروز إلى مديرية مؤسسات القرض ببنك فرنسا، أصبح من المعلوم أن شركة Union Nationale S.A شركة تأمين، يرأسها السيد كيروز، و تملك منها مجموعة كيروز نسبة 31,67 % و أن الشركات التابعة لهذه المجموعة، و منها بنك Union Banking Corporation كانت تخضع لإدارة السيد كيروز الرئيس المدير العام للبنك، و أخوه. و أن مجمل القروض الممنوحة من البنك لشركات المجموعة وصلت إلى 67 800 000 فرنك فرنسي، أي ثلاثة أرباع رأسمال البنك.

اللجنة المصرفية كانت تعلم بعلاقة هذه الشركات ببعضها، أو من المفروض أن تعلم منذ تقارير وصلتها في 1985، و في تقارير تالية؛ إن تصرفا كهذا خطير جدا، خاصة و أنها الفترة التي عرفت انهيار اقتصاد لبنان، أين تتمركز المصالح المالية لمعظم زبائن، مسيري و مساهمي البنك.

إن قرار 14 مارس 1988 هو الآخر تجسيد لخطأ من اللجنة المصرفية من شأنه تأسيس مسؤولية الدولة.

من أجل كل هذا، صدر قرار يقضي بإلزام الدولة بالتعويض (في حدود 20 % من الضرر بالنسبة لكل مودع مدعي)؛ و قد أكدت محكمة الاستئناف الإدارية بباريس موقفها من حيث التخلي عن الخطأ الجسيم، معتبرة أن مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية بمناسبة أدائها لدورها الرقابي تؤسس على الخطأ البسيط، بينما مسؤوليتها عن أعمال اللجنة المصرفية بمناسبة وظيفتها القضائية، فتؤسس على الخطأ الجسيم.

إثر طعن في هذا القرار أمام مجلس الدولة، صدر عن هذه الهيئة في 30 نوفمبر 2001 قرارا جاء فيه :

إن اعتماد محكمة الاستئناف الإدارية بباريس على الخطأ البسيط لمسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية في قضية United Banking Corporation هو خطأ في تطبيق القانون ؛ فمسؤولية الدولة في هذا المجال لا يمكن أن تعوّض مسؤولية البنك تجاه المودعين. مسؤولية الدولة بسبب سوء أداء اللجنة المصرفية لدورها الرقابي لا يمكن أن يؤسس إلا على أساس الخطأ الجسيم: قرار محكمة بباريس يستحق النقض من هذه الناحية.

و في قضية الحال، و من حيث طبيعة الخطأ الذي قامت به اللجنة المصرفية:

- إن اللجنة المصرفية، عندما أمرت بزيادة رأس المال بـ 50 مليون فرنك فرنسي "في أحسن الأحوال"، أنزلت المبلغ تباعا إلى 25 مليون ف.ف و منحت للبنك أجلا طويلا لتحقيقه، الأمر الذي يتنافى مع الوضع المستعجل الذي يعرفه البنك بمعرفة اللجنة المصرفية من خلال التقارير التي تصلها، و خاصة تقرير 1987 : كان يجب توجيه أوامر أكثر صرامة في مواعيد أقصر : هذا خطأ جسيم أول من اللجنة المصرفية.

- إن اللجنة المصرفية عندما نظرت إلى شركات مجموعة كيروز نظرة مستقلة عند تطبيق قواعد تقسيم الخطر، في حين أنها تحت رقابة شخص واحد تكون قد اقترفت خطأ جسيما ثانيا.

على ذلك فمسؤولية الدولة هنا قائمة على أساس الخطأ الجسيم.

هذه ثاني مرة، منذ قضية Achard في 1964 يعترف فيها بمسؤولية الدولة عن أخطاء اللجنة المصرفية : مجلس الدولة الفرنسي يتمسك بأساس الخطأ الجسيم لمسؤولية الدولة في هذا المجال، و يرفض الاستغناء عنه و لو تدريجيا عكس الحال في مجالات أخرى أين تطور القضاء إلى الاكتفاء بالخطأ البسيط لمساءلة الدولة (المسؤولية في مجال نقل الدم، حرائق الغابات، احترام المهندسين للالتزام بالتأمين،... إلخ). في مجالات منها مجالات رقابة (1)؛ و يعدو تمسك مجلس الدولة بموقفه في مجال البنوك و مراقبتها إلى صعوبة هذه الرقابة في نظره، خاصة و أن البنوك التي تعرف وضعاً صعباً كثيراً ما توجه للجنة المصرفية وثائق مزورة؛ كما أن مجلس الدولة كما جاء صراحة في قراره، يرفض أن تعوض مسؤولية الدولة مسؤولية مؤسسات القرض إذا تم الأخذ بالخطأ البسيط كأساس لها، حسب اجتهاده دائماً.

الفقرة الثانية: مجلس الدولة الجزائري و المسؤولية عن أعمال اللجنة المصرفية

إن طبيعة اللجنة المصرفية في الجزائر، مقارنة بطبيعتها في فرنسا، تفتح النقاش : فهي سلطة إدارية مستقلة و ليست جهة قضائية، و الدولة بالتالي هي التي تسأل عن أخطائها؛ لكن ما هي طبيعة الخطأ الذي تؤسس عليه هذه المسؤولية ؟

المؤكد أن الأمر لم يجد له جواباً إلى حد الساعة ؛ لكن إذا حللنا الأمر فأين مصلحة النظام البنكي الجزائري ؟ هل هي في تأسيس المسؤولية على الخطأ الجسيم مثل موقف مجلس الدولة الفرنسي، أم في اتخاذ موقف آخر ؟ إن مسألة تأسيس المسؤولية على الخطأ الجسيم أو الخطأ البسيط ليست قضية الدولة و خزينتها فقط ؛ فلها في الجزائر دوافعها القانونية و الواقعية خاصة، و لها أثر مباشر على قيام النظام البنكي : فإن كان يبدو اختيار الخطأ الموجب لمسؤولية الدولة يبدو كآخر مرحلة بعد بناء نظام بنكي، نعتقد أنه بالعكس، هو بالنسبة للنظام البنكي الجزائري حجر الأساس :

يكفي أن نقارن بين البنوك و المؤسسات المالية التي كانت موجودة في الجزائر سنة 2003 (2)، و الموجودة حالياً (3) : تكاد تختلف تماماً ؛ لقد انقضى معظمها بفعل إجراء سحب اعتمادها من اللجنة المصرفية و من مجلس النقد و القرض ؛ فإن كانت البنوك تنشأ في الجزائر بعدد

1) MENURET Jean-Jaques – note sous CE 30 novembre 2001, ministre de l'économie et des finances contre KECHICHIAN et autres - *La Semaine juridique*, n° 11 - 13, mars 2002, p. 500.

(2) موقع الانترنت لبنك الجزائر في 2003 (WWW.banque-algerie.dz).

(3) نفس المصدر.

يحسب على أصابع اليد لتعيش بضع سنوات لا تتجاوز السبعة أو الثمانية، فليس هذا النظام البنكي الذي سيدعم طموحات الجزائر من حيث الاستقرار و جلب الاستثمار.

المؤكد أنه لن يقوم نظام بنكي إلا بالادخار، و لن يتحقق الادخار إلا بثقة الجمهور. عندما يفاجأ الأشخاص بسحب اعتماد بنك، أو بعمليات في غاية الخطورة كانت تتم في إطاره، و بودائع حولت إلى الخارج بالعملة الصعبة، فلا يمكن للثقة أن تستقر.

عندما يصل الأمر برئيس حكومة، في أوج انهيار البنوك، إلى إصدار أوامر بمنع مؤسسات الدولة من إيداع أموالها لدى البنوك الخاصة (1)، فكيف يمكن أن يثق شخص بعدها في هذه البنوك و أكثر من ذلك، في مؤسسات الدولة نفسها التي لم تتمكن من الرقابة الجدية رغم قلة مؤسسات القرض؟ ضف إلى ذلك أن الدولة لم تعد تتشط بإنشاء بنوك بل أن مشروع خوصصة أهمها قام بشكل جدي (2) : نعتقد أن هذه المعلومات كفيلة بالقضاء و حدها على أي نظام بنكي.

لا بد، بعد صدمات عديدة عرفها المتعاملون مع بالبنوك الجزائرية، و بعد أن أثبتت مؤسسات الرقابة عليها عدم كفاءتها من محاولات جدية و قوية و عالية المستوى لاسترداد الثقة؛ إذ يجب الانطلاق من معلومة بديهية : من يملك أموالا، لن يودعها في بنك إذا لم يكن واثقا ثقة مطلقة في استردادها خاصة في حالة توقف البنك عن الدفع و هو الخطر الذي يخشاه كل مودع؛ يجب التوصل إلى بعث هذا الضمان على الأقل في أغلب الأشخاص؛ أمر لسنا واثقين من أن نظام ضمان الودائع الجزائري قادر عليه.

أولا : نظام ضمان الودائع و مدى فعاليته

إن النظام القانوني الجزائري يعرف في الحقيقة، على المستوى النظري على الأقل، عدة طرق للتصدي إلى توقف بنك عن الدفع، أهمها صندوق ضمان الودائع.

أسس قانون النقد و القرض نظاما يضمن استرداد المودعين لودائعهم في حالة توقف بنكهم عن الدفع، و ذلك في المادة 118 من أمر 03-11، و نظام 03-04 المؤرخ في 04 مارس 2004 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية الذي جاء على أساس المادة 118 أعلاه.

يتمثل نظام ضمان الودائع حسب هذه النصوص في شركة أسهم تشترك فيها كل البنوك بنسب متساوية من رأس المال، مع تقديمها لاشتراكات سنوية تمنح للشركة.

(1) أحمد أويحي، عن جريدة El Watan ليوم 04 نوفمبر 2003.

(2) و ذلك قبل الرجوع فيه (El Watan, 20 nov. 2007)

إن كانت هذه الشركة قد أنشئت لتحريك إجراءات التعويض لمواجهة الصعوبات التي قد تعترض بنك تجله غير قادر على رد الودائع لديه، فإن فعالية هذا النظام محدودة جدا.

1- تحريك عملية التعويض عن طريق شركة ضمان الودائع

قرر قانون النقد و القرض 03-11 في المادة 118 منه أنه لا يمكن أن تبأشر إجراءات التعويض في إطار شركة ضمان الودائع إلا في حالة توقف بنك عن الدفع.

و التوقف عن الدفع مفهوم تجاري، مفاده عدم قيام البنك بأداء ما عليه من التزامات حالة مؤكدة، محددة و غير متنازع فيها (1). و هذا شأن الودائع المصرفية التي من حق أصحابها سحبها في أي وقت، و التي يؤدي عدم أدائها إليهم من طرف البنك إلى اعتباره متوقفا عن الدفع، حتى و إن تواصل نشاطه.

حسب القانون التجاري، فإن توقف تاجر عن الدفع لمدة 15 يوما (سواء كان شخص طبيعي أو شركة) يؤدي إلى إمكانية إخضاعه للإجراءات القضائية للإفلاس أو التسوية القضائية (المادة 215 من القانون التجاري).

على ذلك فإن نظام 03-04 قد قام في إطار معنى التوقف عن الدفع، بتحديد أساسين لتحريك عملية التعويض عن طريق صندوق ضمان الودائع، أولهما تحريك عملية التعويض في حالة التوقف عن الدفع مع اتخاذ إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية : بتركيب المادتين 13 (2) و 15 (3) من نظام 03-04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، فإنه في حالة مباشرة الإجراءات

1) GUYON, Yves, - op.cit – P 165.

(2) المادة 13 من نظام 03-04 :

« لا يمكن استخدام ضمان الودائع المصرفية إلا في حالة توقف بنك عن الدفع.

ما عدا حالة قيام إجراء خاص بتسوية قضائية أو إفلاس، يتعين على اللجنة المصرفية أن تصرح بأن الودائع لدى البنك أصبحت غير متوفرة عندما لا يقوم البنك بدفع ودايع مستحقة لأسباب مرتبطة بوضعيته المالية و عندما تعتبر اللجنة المصرفية أن السداد مشكوك فيه.

يجب على اللجنة المصرفية أن تصرح بعدم توفر الودائع في أجل أقصاه واحدا و عشرين (21) يوما بعد أن تكون قد أثبتت للمرة الأولى بأن البنك لم يدفع وديعة مستحقة لأسباب قد ترتبط بوضعيته المالية.

تشعر اللجنة المصرفية شركة ضمان الودائع المصرفية بمعينة عدم توفر الودائع».

(3) المادة 15 من نظام 03-04 :

« تراجع شركة ضمان الودائع المصرفية، المسؤولة على تسيير صندوق ضمان الودائع المصرفية مستحقات المودعين المدرجة ضمن فئة الودائع غير المتوفرة و تدفعها في أجل أقصاه ستة (6) أشهر ابتداء من التاريخ الذي صرحت فيه اللجنة المصرفية بعدم توفر الودائع أو، في غياب ذلك، إعتبارا من تاريخ حكم المحكمة المختصة إقليميا التي تحكم بالتسوية القضائية أو بإفلاس البنك

يمكن اللجنة المصرفية أن تجدد إستثنائها هذا الأجل مرة واحدة».

القضائية للإفلاس أو التسوية القضائية تجاه بنك ما، يشرع في عملية تعويض المودعين من شركة ضمان الودائع بصدور حكم في الموضوع عن المحكمة المختصة، يقضي بالتسوية القضائية أو الإفلاس للبنك المتوقف عن الدفع.

الطريق الثاني هو تحريك عملية التعويض في حالة عدم تمكين مودع من وديعة مستحقة له : فعلا، و حتى في غياب إجراءات إفلاس أو تسوية قضائية لبنك، فإن عدم قدرته على تمكين مودع من وديعة مستحقة له يعتبر توقفا عن الدفع ؛ في هذا الإطار مجرد عدم أداء البنك لالتزامه القانوني برد الوديعة يحرك إجراءات تعويض المودعين عن طريق شركة ضمان الودائع بتدخل اللجنة المصرفية.

لقد نصت المادة 13 من نظام 03-04 بأنه، فيما عدا حالة قيام إجراء خاص بتسوية قضائية أو بإفلاس، يتعين على اللجنة المصرفية أن تصرح بأن الودائع لدى البنك المعني أصبحت غير متوفرة عندما لا يقوم بنك بدفع ودائع مستحقة لأسباب مرتبطة بوضعيته المالية، و عندما تعتبر اللجنة المصرفية أن التسديد مشكوك فيه ؛ فإن ثبت للجنة ذلك، وجب عليها أن تصرح بعدم توفر الودائع في أجل أقصاه 21 يوما من توقف البنك عن تسديد الودائع، و تشعر شركة ضمان الودائع بذلك لتشرع في تعويض المودعين.

مهما كان أساس الشروع في عملية تعويض المودعين من شركة ضمان الودائع، فإن عملية التعويض يجب أن تتم في أجل أقصاه سنة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة على سبيل الاستثناء عن طريق اللجنة المصرفية (حسب المادة 15 من نظام 03-04).

2- أسباب قلة فعالية نظام ضمان الودائع

إن مرد قلة فعالية نظام ضمان الودائع يعود إلى أسباب قانونية و أخرى واقعية.

أ- الأسباب القانونية لقلة فعالية نظام ضمان الودائع

إن الأسباب القانونية التي تحد من فعالية صندوق ضمان الودائع متعلقة بعدة جوانب، أهمها مجال هذا الضمان، مقدار التعويض المضمون، و ضعف مصادر تمويله.

1/أ - مجال الودائع المضمونة

من جهة أولى، فإن الودائع المضمونة في إطار نظام ضمان الودائع، و بالضبط المادة 04 منه، هي كل المبالغ المودعة و القابلة للاسترداد، أي كل رصيد دائن ناجم عن الأموال المتبقية

في حساب أو أموال متواجدة في وضعية انتقالية ناتجة عن عمليات مصرفية عادية ينبغي استردادها طبقا للشروط القانونية و التعاقدية المطبقة، لا سيما في مجال المقاصة ؛ و تندرج ضمن المجال المضمون من الودائع و دائع الضمان عندما تصبح مستحقة، و الودائع المرتبطة بالعمليات على السندات باستثناء الأموال المنصوص عليها في المادة 73 من قانون النقد و القرض (المتعلقة بتلك المعدة للتوظيف في مساهمات لدى مؤسسات) و المبالغ المستحقة الدفع التي تمثل سندات الصندوق ووسائل الدفع الأخرى التي تصدرها البنوك.

غير أنه من هذا المجال، تستثنى حسب المادة 05 ما يلي :

- المبالغ المقدمة إلى المؤسسات المالية، أو تلك التي تستلفها البنوك فيما بينها.
- الأموال المتلقاة أو المتبقية في الحساب و العائدة لمساهمين يملكون على الأقل 5 % من رأسمال البنك، و لأعضاء مجلس الإدارة و المسيرين، و لمحافظين الحسابات.
- ودائع العمال المساهمين.
- عناصر الخصوم المتضمنة في تعريف الأموال الخاصة حسب مفهوم أحكام النظام 09-91 (المؤرخ في 14 أوت 1991، المعدل و المتمم، الذي يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف و المؤسسات المالية).
- الودائع غير الاسمية من غير المبالغ المستحقة الدفع المتعلقة بوسائل الدفع التي تصدرها البنوك.
- الودائع بالعملات الصعبة المعاد بيعها لبنك الجزائر.
- ودائع التأمينات الاجتماعية و صناديق التقاعد.
- ودائع الدولة و الإدارات.
- الودائع الناتجة عن عمليات صدر فيها حكم جزائي نهائي في حق المودع.
- الودائع التي تحصل فيها المودع بصفة فردية على شروط و معدلات فوائد و امتيازات ساهمت في تدهور الوضعية المالية للبنك.
- ودائع مؤسسات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة.

إن كثرة هذه الاستثناءات تجعل من هذا الضمان محدود الفعالية من هذا الجانب، وتجعل أصحابها من غير اطمئنان على أموالهم على افتراض توقف بنكهم عن الدفع لأي سبب من الأسباب.

أ/2- مقدار التعويض المضمون

من جهة ثانية، فإن مقدار التعويض المضمون أيضا يحد من فعالية نظام ضمان الودائع؛ فالحد الأقصى للتعويض الممنوح لكل مودع قد قدر في نظام 04-03 بمبلغ 600 000 دج (...).

و يطبق هذا السقف على مجموع ودائع نفس المودع لدى البنك الواحد مهما كان عدد الودائع (الحسابات) و عملتها و مهما كان عدد وكالات البنك التي تمت عمليات الإيداع لديها: هذا هو مفهوم الوديعة الوحيدة المعمول بها في مجال التعويض حسب المادة 8 من نظام 04-03، تأكيدا لنص المادة 118 من قانون النقد و القرض.

أ/3- ضعف مصادر تمويل صندوق ضمان الودائع

على مستوى ثالث، فمن قلة فعالية نظام ضمان الودائع أنه مُعدّ، حسب القانون الجزائري، لمواجهة "عواصف مالية"، لكن "دون سلاح": فموارده المالية قليلة جدا، تتمثل في اشتراك سنوي من طرف البنوك لا يتجاوز 1% من ودائعها، دون المؤسسات المالية التي من الطبيعي أن لا تشترك فيه لأن القانون يمنعها من تلقي الودائع؛ ضف إلى ذلك أنه في حالة تسديده ودائع مودعي بنك ما، فليس بيده قانونا ما يسترد به ما دفعه كأن يعود على البنك المتوقف عن الدفع.

ما يزيد من النقائص القانونية أسباب أخرى واقعية لعدم فعالية نظام ضمان الودائع.

ب- الأسباب الواقعية لقلة فعالية نظام ضمان الودائع

إن الأمر هنا متعلق أساسا بالأسباب الواقعية التي تضاف للسبب القانوني لقلة الموارد المالية لنظام ضمان الودائع:

- من جهة أولى، فالبنوك وحدها معنية بالاشتراك لدى صندوق ضمان الودائع دون المؤسسات المالية التي يمنعها القانون من تلقي الودائع؛ و للعلم، فإن البنوك الجزائرية و فروع البنوك الأجنبية المفتوحة في الجزائر لا تتعدى عشرين بنكا (1): على ذلك فاشتركااتها لن تحقق في رأينا ما يكفي لحل أزمة مالية إن وقعت، حتى مع السقف المحدود الذي وضعه نظام 04-03 لكل مودع.

من المؤسف أنه مع قلة هذا المورد المالي، فهو الوحيد رغم أنه يمكن أن لا يكون كذلك: فعلا، فإن قانون النقد و القرض 90-10، و نظام 94-07 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية قد نصا على أن ضمان الودائع يشكل ضمانا ذو مصلحة عمومية متجسدة في حماية الادخار، هذا ما جعل المشرع آنذاك يقرر إيرادا جد مهم لصندوق ضمان الودائع، متمثل في منحة تدفعها الخزينة العمومية طبقا للإجراءات المالية المعمول بها في شركة ضمان الودائع، و هي مبلغ مساو لمبلغ المنحة المدفوعة من قبل مجمل البنوك (1).

لكن بصدور أمر 03-11، تم إلغاء هذه المنحة المدفوعة من الخزينة العمومية لصندوق ضمان الودائع، و لا نجد لذلك أساسا منطقيا :

ف رئيس الحكومة صرح في 2003 (2) أن قضية بنك الخليفة كلفت الخزينة العمومية مئات ملايين الدنانير (!...): و يبقى خروج مبلغ كهذا في تلك الفترة بدون أساس قانوني ؛ فعلاقة الخزينة العمومية بإفلاس بنك أو توقفه عن الدفع لسبب آخر لا يخرج عن أحد الإطارين آنذاك :

- إما في إطار صندوق ضمان الودائع الذي لم يؤسس بنك الجزائر إلا في 2003، ولا يمكن أن يكون اشتراك الخزينة بهذا الحجم في سنة واحدة، ثم أنه ليس لهذا الاشتراك علاقة ببنك الخليفة فهو التزام قانوني يجب القيام به كل سنة في مواجهة شركة ضمان الودائع؛ و تصريح رئيس الحكومة لم يكن يعنى هذه المؤسسة.

- إما في إطار تعويض عن خطأ اللجنة المصرفية التي أساءت دورها الرقابي الأمر الذي لم يعترف به في قضية الخليفة؛ بل أكثر من ذلك، فقد تم إنكاره تماما من طرف اللجنة ممثلة في رئيسها عن طريق تصريح تم نشره (3).

فالدولة التي أخرجت من الخزينة العمومية أموالا دون أي أساس قانوني تحتاج، بمنطق تصرفها، إلى إيجاد أو خلق مخرج قانوني لتبرير خروج هذه الأموال مستقبلا في حالة توقف بنك عن الدفع : فمن المفاجئ فعلا، و الدولة لم تخرج بمناسبة قضية بنك الخليفة من أزمة أكبر إلا باللجوء إلى الخزينة، أن تلغي علاقتها بصندوق ضمان الودائع.

(1) المادة 170 من قانون 90-10، و 8 من نظام 97-04.

(2) EL WATAN du 13 Octobre 2003.

(3) موقع بنك الجزائر في جانفي 2004.

إن قانون 90-10 و نظام 97-04 فد نظما هذه المسألة بحكمة؛ فعلا، فحماية الثقة والادخار هي من صميم المصلحة العمومية؛ تبرير فرض اشتراك على الخزينة العامة قائم، و الحاجة إلى هذا المصدر، خاصة أمام قلة البنوك لا تحتاج إلى دليل، على الأقل في مرحلة بناء نظام بنكي.

كل هذا يؤكد في الحقيقة إلى أي مدى يصعب الاعتماد على صندوق ضمان الودائع لإرساء الثقة في البنوك القليلة الجزائرية، خاصة منها البنوك الخاصة، إذ يجب أن نذكر أن رئيس الحكومة قد قام سنة 2004 بإصدار قرار لمنع كل مؤسسات و شركات الدولة من إيداع أموالها لدى البنوك الخاصة؛ عندما يأتي تصريح كهذا من ممثل للدولة على هذا المستوى، فهو في الحقيقة اعتراف بعجز مؤسسات الدولة عن ضبط البنوك الخاصة، التي أصبحت بمقتضى التصريح تبدو كأوكر للجريمة: أمر يؤدي إلى نتيجة طبيعية واحدة: سحب المودعين أموالهم؛ و حتى مع إلغاء هذا القرار في 2007، فإن أثره سيدوم في اعتقادنا طويلا على مستوى انعدام الثقة.

ثانيا: مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية و إشكالية استرداد ثقة المودعين:

إن قانون النقد و القرض يعرف طريقتين غير نظام ضمان الودائع للمساعدة في رد الودائع في حالة التوقف بنك عن الدفع و هما (1) :

1- أن يدعو محافظ بنك الجزائر المساهمين الرئيسيين في البنك المتوقف عن الدفع، أو الذي يبرر وضعه ذلك حسب النص، إلى تقديم الدعم الضروري له من حيث الموارد المالية؛ مع الإشارة إلى أن هذه الدعوة للمحافظ لا تشكل إلزاما بالنسبة للمشاركين، و يمكنهم رفض الانصياع لها (2).

2- تنظيم مساهمة جميع البنوك لاتخاذ التدابير اللازمة لحماية مصالح المودعين و الغير، و حسن سير النظام المصرفي، و كذا المحافظة على سمعة الساحة المالية: هذا ما يعرف بتضامن الساحة (la solidarité de la place) لكنها لا تكون نافعة إلا ضمن نظام بنكي قائم و ثري : لا يمكن أن نساعد بنكا على حساب آخر : كثرة البنوك

(1) المادة 99 من قانون النقد و القرض 03-11.

2) STOUFFLET Jean, "La garantie des dépôts bancaires en France après l'entrée en vigueur de la directive 94/19/CE (sans référence).

نشير في هذا الإطار إلى أنه بمناسبة الخصومة التأديبية التي انتهت بسحب اعتماد البنك التجاري و الصناعي الجزائري لأسباب يتعلق أهمها بالوضعية المالية المزرية للبنك، فقد دعى المحافظ الشركاء في هذا البنك ليقدموا الدعم المالي له، لكنهم رفضوا ذلك - أنظر قرار اللجنة المصرفية رقم 08/2003، المرفق رقم 04.

تهوّن مساعدتهم لمؤسسة قرض تعرف صعوبات مالية لكن 20 بنكا و 08 مؤسسات مالية يصعب عليهم إرساء تضامن الساحة فعّال.

هكذا يبقى النظام الموضوع من طرف المشرع غير ناجع بعد، على الأقل على المستوى الحالي : فهو غير جدير ببعث الثقة، و الاطمئنان على الودائع ؛ و على ذلك، يجب البحث على مصدر آخر لبعث هذا الاطمئنان، و لا يبقى في نظرنا بعد سوء تعامل مؤسسات الدولة و رجال السياسة مع قضية بنك الخليفة سوى حسن اختيار نوع الخطأ كأساس لمسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية : بعبارة أخرى، هل يمكن أن يرسي مجلس الدولة الجزائري أساس تعويض يبعث إلى الثقة في التعامل مع النظام البنكي الجزائري، عن طريق قيامه بتعويض المودعين الذين توقف بنكهم عن الدفع في مجال يبعث إلى الاطمئنان، أي على أساس الخطأ البسيط ؟

في اعتقادنا و على الأقل في المرحلة الحالية للنهوض بنظام بنكي منهار التي تعرفها الجزائر، فالأخذ بالخطأ البسيط لمساعدة الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية أمر جد مهم.

إن الأخذ بنظرية الخطأ الجسيم لتوقيع مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية يجعل لها حدودا ضيقة جدا، و سيؤدي في الأخير إلى ضياع معظم الودائع؛ و رغم أن هذا التأسيس سيكون هو نفسه المأخوذ به من طرف مجلس الدولة الفرنسي، إلا أنه لن تكون له في الجزائر نفس الآثار التي ترتبت و تترتب عنه في فرنسا : فالوضع القانوني و الواقعي البنكي مختلفين تماما بين البلدين.

إن الخطأ الجسيم في فرنسا تجسيد لشبه انعدام مسؤولية الدولة عن دورها الرقابي في المجال المصرفي. يجب الاعتراف أن هذا النوع من الخطأ حرم المودعين من مساعدة الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية الفرنسية خلال فترة 70 سنة : فمن بين عشرات القضايا، لم يعترف مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الدولة، و لم يقدر توافر الخطأ الجسيم إلا مرتين، بمناسبة قضية Achard في 1964 ، و قضية Kechchian في 2001 . و يجب الانتباه جيدا أنه حتى مع الإقرار بمسؤولية الدولة في القضيتين، فقد قرر مجلس الدولة تعويض المودعين في حدود ضيقة جدا، وصلت إلى 10 % بالنسبة لقضية Kechchian : هذه المعطيات تضيق فعلا من الفرق بين الخطأ الجسيم الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي لمساعدة الدولة عن أخطاء اللجنة المصرفية، و عدم المسؤولية بشكل مطلق: لماذا الوصول إلى هذا الحد في فرنسا ؟ و هل الخطأ الجسيم فعلا يفرض نفسه بالمنطق الذي يقترحه مجلس الدولة الفرنسي، أي بشكل مستقل عن واقعها المتعلق خاصة بضمان الودائع ؟

نعتقد أن الأمر في القضية له علاقة بعدة مسائل، قانونية و واقعية.

1- من جهة أولى، فمجلس الدولة الفرنسي عندما قرر الأخذ بالخطأ الجسيم في مجال مسؤولية الدولة عن دورها الرقابي لمؤسسات القرض، و تمسك به، فذلك لأنه لا يخشى ضياع الودائع و فقدان الثقة في النظام المصرفي التي تؤدي إلى فقدان الإلتخار: ففرنسا تعرف نظاما محكما لضمان الودائع من عدة نواح تكفي الإشارة إلى أهمها :

- إن مداخليل نظام ضمان الودائع في فرنسا ضخمة فعلا : من جهة بالنظر إلى عدد مؤسسات القرض التي تشترك في هذا النظام (1)، و من جهة أخرى لأنه يملك قانونا دعوى غير مباشرة في حالة تسديده لمودعين إذ يعرضهم بدخوله شخصيا كدائن في نظام التسوية القضائية لمؤسسة القرض المعنية، كما أن له حق الاقتراض من المشتركين فيه (2). إثر إفلاس بنك UBC في فرنسا و هو بنك على قدر معتبر من الأهمية، عوض نظام ضمان الودائع مودعين بمبلغ 54 مليون فرنك، أي ما يساوي 63 % من الودائع(3).

- إن سقف الضمان بالنسبة لكل مودع هو 70 000 أورو : و هو سقف كفيلا بطمأنة المودعين "الصغار" الذين يحققون أكبر نسبة من الادخار؛ فإن ثلثي الودائع في فرنسا مشكلة من هذه الودائع الصغيرة التي لا تصل في معظمها إلى هذا السقف.

- أمام عدد مؤسسات القرض في فرنسا، فتضامن الساحة موجود و قوي، لأن امتصاص عجز بنك يصبح أمام هذا العدد أمر هين.

- إضافة إلى ذلك نشير مثلا إلى أن الجمعية الفرنسية للبنوك، من سنة 1976 إلى 1995، صرفت مبلغ 634,8 مليون فرنك فرنسي في 15 حالة توقف بنك عن الدفع، دون أن يكون لها التزام قانوني بذلك : فالوعي بأن فقدان الثقة في بنك واحد سيؤثر مباشرة على الكل بفعل ظاهرة "العدوى" هو الدافع إلى تعاون حقيقي بين البنوك(4) .

كل هذا في الحقيقة لا يفرض الأخذ بالخطأ البسيط، و لا يجعل منه ضروريا لقيام

النظام البنكي.

(1) 1940 مؤسسة قرض في 01 جانفي 1990. أنظر أعلاه الصفحة 162، الهامش رقم 01.

2) LEGUEVAQUES Christophe, "La création d'un fonds de garantie des dépôts, la fin d'une conception française", *Banque et Droit*, n° 68, nov./déc. 1999, p. 14 et ss

3) LEGUEVAQUES Christophe – droit des defaillances bancaires – op.cit – p 202.

4) idem

2- من جهة أخرى، و أمام العدد الهائل لمؤسسات القرض في فرنسا، يصبح اعتماد الخطأ الجسيم كأساس لمساءلة الدولة عن أخطاء اللجنة المصرفية في إطار دورها الرقابي أمرا يفرض نفسه، بسبب الصعوبة المتميزة لعمل اللجنة المصرفية الفرنسية التي لا يمكنها إلا اقرار أخطاء بسيطة كثيرة عندما تسند لها مهمة مراقبة 1940 مؤسسة قرض على الأقل: الأخذ بالخطأ البسيط قد يؤدي إلى إفلاس خزينة الدولة نفسها في نظام بنكي كالنظام الفرنسي.

هذه المعطيات التي وجهت اختيار مجلس الدولة الفرنسي تتعدم في الجزائر ؛ ليس لدينا من يدعو إلى الاطمئنان على الودائع، و ليس لدينا ما يدعو إلى التخوف إلى هذا الحد من الخطأ البسيط كأساس لمساءلة الدولة :

● عمل اللجنة المصرفية الجزائرية يبقى سهلا مقارنة مع نظيرتها الفرنسية إذ أن عدد البنوك هو 20 ، و المؤسسات المالية 08 (1) ؛ يمكن بالتالي للجنة القيام بدورها بشكل يحد حتى من الأخطاء البسيطة. أما التخوف الفرنسي من هذا الخطأ، من حيث كونه يتسبب في إعاقة نشاط مؤسسات القرض، فهو تخوف يجد ما يبرره أمام كثرة مؤسسات القرض في فرنسا؛ لكن أمام العدد القليل للبنوك التي تنشط في الجزائر، فللجنة المصرفية أن تتوصل إلى رقابة محكمة و جديّة دون عرقلة أي بنك.

على سبيل المثال، فقد قامت اللجنة المصرفية الفرنسية خلال سنة 1998 بـ 233 عملية رقابة في الأمكنة (2): عدد يبقى قليل بالمقارنة مع عدد مؤسسات القرض في فرنسا، لكن رُبّع هذا العدد كاف في اعتقادنا للإحاطة بكل التطورات التي تتال مؤسسات القرض في الجزائر، خاصة منها تطور قدراتها المالية، و مراقبة احترامها للقواعد الإحترازية، و التنبؤ بدرجة الخطر الذي قد يهدد الودائع.

● عندما انتقد مجلس الدولة الفرنسي الخطأ البسيط مقدرا أنه سيؤدي إلى مساءلة الدولة على أخطاء مؤسسات القرض، فاننقاده هذا في الحقيقة غير صائب ؛ فمساءلة الدولة هنا ستكون بسبب خطأ، و لو كان بسيطا، اقترفته اللجنة المصرفية في دورها الرقابي : أما خطأ مؤسسة القرض فيكون في عدم احترام القواعد الإحترازية في توزيع القرض؛ كما أن الدولة في هذا الافتراض لا تسأل إلا عن تعويض الضرر الذي يقدر مجلس الدولة أنه ناتج عن هذا الخطأ بنسبة

(1) موقع بنك الجزائر في 25 جانفي 2012. www.banque-algerie.dz

2) LEGUEVAQUES Christophe – droit des défaillances bancaires – op.cit – p 185.

معينة، باقي الضرر حسب مجلس الدولة، يكون بسبب خطأ مؤسسة القرض : الفرق إذن واضح في ذهن مجلس الدولة الفرنسي نفسه.

إن فكرة تعدد الأخطاء هذه تجد مجالها في الجزائر أيضا ؛ الأخذ بأساس الخطأ البسيط لن يؤدي إلى تعويض كل الودائع، على أساس أن الضرر ناتج عن خطأين على الأقل : خطأ اللجنة المصرفية البسيط في دورها الرقابي، و خطأ مؤسسة القرض التي لم تحترم القواعد الاحترازية. كما يمكن أن يضاف لهما، و يحدّ بالتالي من مسؤولية الدولة خطأ الضحية نفسها: ففي مثال بنك الخليفة ، كثيرا من المودعين، و هم ذوي دراية بعمل البنوك، أو من المفروض أن يكونوا كذلك، أودعوا أموالهم لدى هذا البنك، رغم أن نسبة الفائدة عن عمليات الإيداع تدعو إلى الشك : فهي عالية جدا مقارنة مع النسب المطبقة في البنوك الأخرى، بل و تصل إلى تجاوز نسبة الفائدة عن عمليات قرض في نفس البنك ! فبالحذر الذي يفرض عليهم أيضا ما كان هؤلاء سيفقدون ودائعهم(1).

غير أنه من أجل فعالية حقيقية لتأسيس مسؤولية الدولة على الخطأ البسيط في أعمال اللجنة المصرفية، يجب الإنتباه إلى مسألتين :

(1) من ناحية أولى، فمجال رقابة اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص واسع جدا: فهو ممتد إلى كل شخص على القطر الجزائري : طبيعي أو معنوي. يجب الإشارة إلى أن اللجنة المصرفية نفسها تتجاهل هذا المجال : فقرارها رقم 01-93 و الآخر رقم 04-2005 المتعلقان بقواعد تنظيم و سير اللجنة المصرفية عندما نظما إجراءات سير الخصومة التأديبية أمامها، تجاهلا تماما فرضية كون المتابع تأديبيا شخص آخر غير البنوك و المؤسسات المالية.

إن الرقابة تقتض من جهة مقابلة المسؤولية و لا يمكن أن تساعل الدولة عن عدم رقابة شخص غير البنوك و المؤسسات المالية على أساس الخطأ البسيط : سنقع هنا أمام نفس إشكال النظام الفرنسي : فالخطأ البسيط نقترحه كأساس لمساءلة الدولة من أجل النهوض بالنظام البنكي؛ وهذه حجة تتعدم إذ خرجنا عن هذا المجال؛ هكذا، سيفرض المنطق الأخذ بالخطأ البسيط لمساءلة الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية المتعلقة برقابة مؤسسات القرض، و الخطأ الجسيم لمساءلة الدولة عن أعمال اللجنة المتعلقة برقابة غير مؤسسات القرض.

(2) يجب إثراء نظام ضمان الودائع، خاصة من حيث موارده المالية : الرجوع الى الزام الخزينة، على أساس المصلحة العامة بالاشتراك فيه كما كان الوضع في إطار قانون 90-10؛

(1) جريدة El Watan ليوم 16 فيفري 2004، في حوار مع أحد رجال الأعمال الجزائريين الذي "نجا" من ضياع أمواله في بنك الخليفة ذكر أن ذلك بفضل انتباهه إلى نسبة الفوائد التي بعثته إلى الشك و الابتعاد عن البنك.

هذا الأمر لجأت إليه دول أخرى للحد من أزمات في القطاع البنكي (1)؛ و تمكنه من طرق تمويل أخرى، كحلولة بدل المودعين في مواجهة التقلية.

فإن تحقق و قام نظام بنكي ثري و فعال، من المؤكد أن نظام ضمان الودائع سيكتسب هو الآخر فعالية جديدة : كما أن مهمة الرقابة للجنة المصرفية الجزائرية ستتعدّد شيئاً فشيئاً : هنا سيكون لمجلس الدولة إعادة النظر في الخطأ البسيط الذي سيكون، في تلك المرحلة، محدود الفعالية وخطير أيضاً.

إن مسألة اختيار نوع الخطأ لمساءلة الدولة تبني، أولاً و أخيراً، على مصلحة الدولة، و النظام البنكي خصوصاً : فإن كانت بالبداية بالخطأ الجسيم في فرنسا بعد عدم المسؤولية، فإن هذا المسار لن يخدم مصلحة الجزائر و لا نظامها البنكي في نظرنا.

المطلب الثاني: مسؤولية الدولة عن أعمال مجلس النقد و القرض في مجال القرض البنكي

بصفته سلطة إدارية مستقلة لها دورها الفاعل في مجال عملية القرض المصرفي، فإن مسؤولية الدولة يمكن أن تقوم على ما يمكن أن تسببه أعمال مجلس النقد و القرض من أضرار.

الفرع الأول: مجلس النقد و القرض سلطة إدارية مستقلة

لا شك في كون مجلس النقد و القرض، شأنه شأن اللجنة المصرفية، سلطة إدارية مستقلة تنشط في إطار أعمال كانت في الأصل عملاً للدولة الكلاسيكية:

- فهو سلطة: لأنه مؤهل لإصدار أنظمة في مجال النقد و القرض، و ذلك في مجالات كثيرة، جعلت منه المشرع الحقيقي للنظام البنكي؛ كما أن له سلطة اتخاذ قرارات فردية لها قوة التنفيذ، أهمها تلك التي يتحكم بها في الوجود القانوني لمؤسسات القرض: الترخيص و سحب الإعتد (2).

1) « Malgré un soutien actif de la caisse des dépôts et de la banque de France, les dépôts chutent de 4,6 milliards en Janvier 1931 à 900 millions de francs en février 1932. pour éviter une contagion et une perte de confiance généralisée , en septembre 1931, les dépôts de la BNC (banque nationale du crédit) sont garantis par le trésor »
LEGUEVAQUES Christophe – droit des défaillances bancaires – op.cit – p 156.

(2) المادة 62 من أمر 11-03 المعدل و المتمم.

- إدارية: لأنه جزء من الدولة؛ فالطعن في قراراته سواء كانت تنظيمية أو فردية من اختصاص مجلس الدولة بصريح قانون النقد و القرض (1).

- مستقلة: لأنه عند اتخاذه لأنظمته و قراراته، لا يخضع لأي جهة أخرى، و لا يمكن لشخص آخر سحب هذه القرارات؛ كما أن المشرع واضح عند تنظيم علاقة مجلس النقد و القرض بالحكومة، حيث أنه لا يتمتع الوزير المكلف بالمالية بأي سلطة في سن نظام أو تغييره، بل له إمكانية إبداء رأيه فقط مع احتفاظ المجلس بكامل حريته في الأخذ به أو تركه (2).

الفرع الثاني: إعمال مسؤولية الدولة عن أعمال مجلس النقد و القرض

يمكن أن تسأل الدولة عن أعمال مجلس النقد و القرض سواء كانت أعمالا تنظيمية، أو قرارات فردية.

الفقرة الأولى: مسؤولية الدولة عن الأعمال التنظيمية لمجلس النقد و القرض

لم يتطرق مجلس الدولة الجزائري و لا نظيره الفرنسي إلى مساءلة الدولة بمناسبة العمل التنظيمي في المجال المصرفي؛ لكن لا نتوقع أن تخرج هذه المسؤولية عن القواعد العامة في هذا المجال.

إذا كانت مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية يجب في نظرنا أن تأخذ مسارا خاصا و تأسيسا خاصا في الجزائر لبناء نظام بنكي، فإن مسؤوليتها عن أعمال مجلس النقد و القرض لا تحتاج إلى هذه الخصوصية.

أولا: مسؤولية الدولة عن الأنظمة غير المشروعة لمجلس النقد و القرض

إن مسؤولية الدولة عن الأنظمة غير المشروعة لمجلس النقد و القرض هي تطبيق للمسؤولية عن الأعمال التنظيمية غير المشروعة بوجه عام؛ إذ يجب أن تكون الأنظمة محتوية على أحد أوجه اللاشرعية كأساس للمسؤولية؛ الأمر الذي نجده محققا في بعض الأعمال التنظيمية لمجلس النقد و القرض، حتى و إن لم يكن لها أثر مباشر على عملية القرض. فهي أمثلة عن أخطاء في أداء

(1) المادة 65 من أمر 11-03 المعدل و المتمم.

(2) المادة 63 من أمر 11-03 المعدل و المتمم.

مجلس النقد و القرض الجزائري لعمله التنظيمي الذي يمكن أن يرتب مسؤولية الدولة إن اجتمعت الشروط الأخرى لها:

1 - مسؤولية الدولة المحتملة عن خطأ التأخر في إصدار الأنظمة من مجلس النقد و القرض

لقد أسندت مهمة إصدار أنظمة إلى مجلس النقد و القرض عن طريق المشرع في قانون النقد و القرض، سواء قانون 10-90 أو أمر 11-03، و نعتقد أن المجلس قد ارتكب خطأ متمثلاً في التأخر في إصدار الأنظمة.

إن التأخر و وصفه كخطأ مؤدي لمسؤولية الدولة عن أجهزتها و التي لم تصدر الأنظمة في وقتها اللازم أمر أصبح اليوم ثابت أمام مجلس الدولة الفرنسي، حتى و إن كان ليس في مجال القرض بالذات (1)؛ لكن إطار المساءلة واحد؛ و من القضايا التي عرفت رواجاً بعد بت مجلس الدولة فيها قضية مادة الأميونت (amiante) (2).

توفي السيد Bourdignon، و هو كان عاملاً فرنسياً من العمال الذين كانوا في إطار عملهم على اتصال بمادة الأميونت ؛ و بعد أن ثبت أن وفاته قد كانت بسبب سرطان أصاب المتوفى بفعل تعرضه لهذه المادة، فقد رفع وراثته دعوى لمساءلة الدولة عن الضرر الذي أصابهم بفعل التأخر في إصدار الأنظمة اللازمة لحماية العمال من هذه المادة أمام المحكمة الإدارية لمرسيليا ضد الدولة ممثلة في وزير العمل و التضامن الفرنسي (3). فأنتهى الأمر بصدور حكم في 30 ماي 2000، حكمت فيه المحكمة بمسؤولية الدولة عن الضرر الناتج عن وفاة السيد Bourdignon، بفعل تعرضه لمادة الأميونت، و عين خبيراً لتحديد الضرر بدقة قبل الفصل في الموضوع.

1) TERNEYRE Philippe, "Interventions économiques", Dalloz, *Répertoire responsabilité de la puissance publique*, septembre 2006, p. 08.

Voir aussi MOREAU Jacques – responsabilité de la puissance publique – juris-classeur contentieux administratif – 1986 – Fasc 72 P 05.

2) PAUVERT Bertrand, "Mise en cause de la responsabilité de l'Etat pour les contaminations liées à l'amiant", *Gazette du Palais*, vendredi 9 – samedi 10 février 2001, p. 02.

(3) و قد رفعت مع هذه الدعوى ثلاث دعاوى أخرى أنيا من وريثة متوفين آخرين من العمال الذين تعرضوا في إطار عملهم هذه المادة و قد تمت مباشرة الدعاوى الأربعة بنفس الإجراءات، و صدرت نفس الأحكام و القرارات.

تم استئناف هذا الحكم أمام مجلس الاستئناف الإداري بمرسيليا، الذي قضى في 18 أكتوبر 2001 برفض الاستئناف.

طعن وزير العمل و التضامن الفرنسي في القرار الصادر عن مجلس الاستئناف أمام مجلس الدولة، فانتهى أيضا برفض الطعن، اقتناعا من مجلس الدولة بمسؤولية الدولة عن خطئها المتمثل في التأخر عن إصدار الأنظمة اللازمة الكفيلة بالحماية من مادة الأميونت، و ذلك بقرار صادر عن مجلس الدولة في 03 مارس 2004.

فعلا، فالدليل الطبي على تسبب جزئيات و غبار الأميونت في السرطان معروف منذ الخمسينات؛ لكن فرنسا لم تقم بأبحاث لمعرفة خطورة هذه المادة على العمال المعرضين لها إلى غاية 1977. و لم تقم حتى بإصدار تنظيمات للاحتياط و إبعاد الخطر المحتمل، و لم يتم منع إنتاج، تحويل، بيع و استيراد مادة الأميونت عن طريق أنظمة إلا في سنة 1996.

على ذلك، فخطأ التأخر في إصدار الأنظمة اللازمة للحماية من الأميونت ثابت، كما ثبت من تقارير طبية أن السيد Bourdignon توفي بفعل استنشاق لمدة كانت كافية لمادة الأميونت التي كان معرضا لها بفعل عمله، فشرط المسؤولية مجتمعة، و مسؤولية الدولة قائمة هنا.

ما نعتقد أن مجلس النقد و القرض قد قام بخطأ التأخر في إصداره، هو النظام المتعلق بضمان الودائع المصرفية : فالمادة 170 من قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض (الملغى حاليا) كانت قد وضعت الخطوط العريضة لكيفية ضمان الودائع المصرفية لمواجهة احتمال توقف بنك ما عن الدفع، و بقيت مهمة إرساء تفاصيل هذا النظام على مجلس النقد و القرض، سواء بمقتضى المادة 170 نفسها، أو بمقتضى المادة 44 التي تتحدث عن المجال العام لأنظمة مجلس النقد و القرض، والتي جاء في فقرتها "ح" اختصاصه بإصدار أنظمة لحماية زبائن البنوك و المؤسسات المالية.

إن مجلس النقد و القرض، الذي أنشأه قانون 90-10 قد نصّب في نفس السنة 1990، و شرع في إصدار أنظمة في نفس السنة أيضا. لكنه لم يصدر نظام ضمان الودائع إلا في سنة 1997، أي سبع سنوات بعد ذلك : بمقتضى نظام 97-04.

إن المجلس يتشكل من مختصين في مجال البنوك، لا يمكنهم جهل أهمية التمكن من مواجهة أزمة مالية تواجه بنكا و تسبب توقفه عن الدفع، و بالتالي أهمية إصدار نظام ضمان الودائع المصرفية، بصفته من الأولويات و من الأمور المستعجلة في النظام البنكي: فالدول الأخرى تتسارع ليس فقط في إرسائه، بل في إثرائه أيضا، لأنه لا قيام للنظام البنكي في أي دولة إلا باطمئنان

المودعين، خاصة منهم المودعين الصغار، على أموالهم و على إمكانية استرجاعها حتى أمام فرضية إفلاس بنوكهم.

إن هذا التأخر من مجلس النقد و القرض في إصداره نظام 97-04 قد برز و ظهرت كل آثاره في قضية بنك الخليفة التي للأسف، لم تنشر كل تفاصيل التعامل مع المودعين لديه. لكن المؤكد أن نظام ضمان الودائع المصرفية لم يصدر إلا في 1997. و حتى بعد صدوره، لم يسارع بنك الجزائر إلى تأسيس هذا الصندوق بوصفه المؤسس الوحيد له حسب القانون إلا في 2003، و بعد انفجار فضيحة بنك الخليفة : فكيف لصندوق يتأسس في ذلك التاريخ أن يواجه دوره في رد الودائع الصغيرة المودعة لدى بنك الخليفة، و هو لم يتلق أي تمويل مما نص عليه القانون ؟.

المؤكد أن مجلس النقد و القرض قد ساهم في خطأ التأخر في إرساء نظام ضمان الودائع المصرفية عن الفترة الممتدة من 1990 إلى 1997. بعد هذه الفترة، فهو خطأ لا ينسب إليه. و المؤكد أيضا أن إصدار النظام قبل 1997، و بمجرد تنصيب مجلس النقد و القرض كان سيساهم، بفضل الأموال التي كان سيجنيها الصندوق، في مواجهة توقف بنك الخليفة عن الدفع في الإطار القانوني : فالحاجة إلى نظام لضمان الودائع من أجل عدم صدمة المودعين الصغار و فقدان الثقة الذي يؤدي إلى خروج السيولة النقدية من البنوك معروف منذ عشرينات، و كان على مجلس النقد و القرض الإسراع في إصداره.

إن هذا التأخر من مجلس النقد و القرض، و إن كان لا يعني بشكل مباشر عملية القرض، تحاسب عليه الدولة في إطار مسؤوليتها إن توافرت الشروط الأخرى لها تماما كما تحاسب على تأخر المجلس في إصدار أنظمة متعلقة بتنظيم عمليات القرض؛ لكن المؤكد أن الضرر الذي يستحق التعويض يجب أن يكون ضررا خطيرا و خاصا (1).

2- مسؤولية الدولة المحتملة عن إصدار مجلس النقد و القرض أنظمة مخالفة للقانون

خطأ آخر صدر في نظام صادر عن مجلس النقد و القرض، و ما يميزه عن سابقه كون مجلس الدولة الجزائري مقتنع بوجود خطأ مخالفة القانون في هذا النظام: الأمر يتعلق بالنظام 95-07 المعدل و المتمم للنظام 92-04 المتعلق بمراقبة الصرف، و بالضبط المادة 15 منه: فعلا،

فقد صدر عن مجلس الدولة قرار في 08-05-2000 في القضية رقم 002138، التي جمعت المؤسسة المالية يونين بنك و بنك الجزائر (1)، تتلخص وقائعها فيما يلي :

رفعت يونين بنك طعنا أمام مجلس الدولة تطالب فيه بإلغاء قرار صادر في 01-02-1999 عن محافظ بنك الجزائر، بسبب اعتماد حصلت عليه المؤسسة من قبل للقيام بعمليات الصرف و التجارة الخارجية؛ و قد تحصلت المؤسسة المالية على اعتمادها بهذه الصفة في 07-05-1995، ثم بمقتضى قرار 01-02-1999، تحصلت على هذا الاعتماد الثاني للقيام بكل عمليات العملة الصعبة و الصرف لحسابها و لحساب زبائنها : القرار موضوع الطعن، الذي صدر عن محافظ بنك الجزائر، صدر لسحب هذا الاعتماد الثاني، إذ تلقت المؤسسة المالية في 01-02-1999 فاكس من بنك الجزائر يبلغها بأن القرار المطعون فيه قد صدر في حقها.

بعد استفسارها عن هذا الفاكس، و تظلمها لدى نفس الجهة التي أصدرته، تلقت يونين بنك من بنك الجزائر فاكسا آخر يؤسس حقه في سحب الاعتماد على المادة 15 من نظام 95-07 الصادر عن مجلس النقد و القرض.

بعد طعن آخر، و سكوت عنه دام ثلاثة أشهر، طعننت يونين بنك أمام مجلس الدولة في هذا القرار، و طالبت بإلغائه، مؤسسة طعننها على عدة أوجه، يهمنها منها ما اعتبرته عيب تجاوز السلطة.

فعلا، فقد أعابت يونين بنك على قرار بنك الجزائر كونه تجاوز سلطة هذه المؤسسة إلى سلطة اللجنة المصرفية: فسحب الاعتماد، موضوع القرار المطعون فيه، يعتبر بنص المادة 156 من قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض عقوبة تأديبية تختص بإصدارها اللجنة المصرفية وحدها دون غيرها.

من جهة أخرى، و فيما يتعلق باستناد بنك الجزائر لتأسيس قراره و تبريره، إلى المادة 15 من نظام 95-07، فإن يونين بنك قد دفعت أمام مجلس الدولة بعدم مشروعية هذه المادة، و طالبت بالتالي باستبعاد تطبيقها في القضية المطروحة أمام مجلس الدولة، على أساس أن قانون النقد و القرض قد أعطى اللجنة المصرفية سلطة الرقابة و معاقبة البنوك و المؤسسات المالية : سلطة العقاب سلطة خاصة باللجنة المصرفية، و ليس بأي مؤسسة أخرى سواء تعلق الأمر ببنك الجزائر، أو مجلس النقد و القرض؛ على ذلك، فالمادة 15 من نظام 95-07 لم تحترم قانون النقد و القرض، و تعد بالتالي غير مشروعة.

عند فصل مجلس الدولة في القضية، و رده على وجوه الطعن، فقد رد على وجه عيب تجاوز السلطة المقدم من المدعية بما يلي :

"... حيث أنه من جهة أخرى، فإن سحب صفة الوسيط المعتمد يشكل عقوبة تأديبية و عليه فإنه لا يمكن النطق بها إلا بموجب مقتضيات ينص عليها القانون صراحة.

حيث أنه إذا نص القانون رقم 90-10 على سحب اعتماد صفة المؤسسة البنكية أو المالية من طرف مجلس النقد و القرض رفقة اللجنة المصرفية (المادة 45/أ و المادة 6/156)، فإنه لم ينص على سحب الاعتمادات الأخرى الممنوحة إلا من طرف اللجنة المصرفية (المادة 3/156).

حيث أنه إذا كان من صلاحيات مجلس النقد و القرض إعداد الأنظمة المتخذة تطبيقاً للقانون رقم 90-10، فإنه لا يستطيع أن يضيف إلى النص.

حيث أنه عندما نص مجلس النقد و القرض في النظام رقم 95-07 المؤرخ في 23-12-1995 على أنه يمكن لبنك الجزائر (دون تحديد آخر) سحب صفة الوسيط المعتمد لعمليات الصرف، فإنه قد تجاهل مقتضيات القانون، و لا سيما مقتضيات المادة 156 التي توكل هذا الاختصاص للجنة المصرفية فقط.

حيث أنه في هذه الحالة، يتعين التصريح بأن مقتضيات المادة 15 من النظام المذكور أعلاه باطلة و عديمة الأثر فيما يخص الدعوى الحالية فقط
.... " (1)

هكذا فإن اقرار مجلس النقد و القرض لخطأ مخالفة القانون في الأنظمة التي يصدرها أمر وارد، شأنه شأن الجهات الإدارية الأخرى سواء في مادة الصرف، أو في مجال القرض: المؤكد أن الأمر يشكل أساساً لمسؤولية الدولة عن إصدار نظام غير مشروع من طرف مجلس النقد و القرض، إن اجتمعت معه الشروط الأخرى قامت هذه المسؤولية ؛ و نعتقد أن مؤسسة يونين بنك كان يمكن أن توجه دعوى مسؤولية مؤسسة ضد الدولة في هذه القضية.

(1) تنص المادة 15 من النظام 95-07 المؤرخ في 23-12-1995 على أنه :

" يمكن بنك الجزائر سحب صفة الوسيط المعتمد من كل مستفيد كلياً أو جزئياً لصنف أو عدة أصناف من العمليات المرخصة في حالة ممارسة معارضة للقواعد السارية المفعول".

ثانيا : مسؤولية الدولة عن أنظمة مجلس النقد و القرض المشروعة

إن مسؤولية الدولة عن التنظيمات التي تصدر عنها لا تنتهي عند الأنظمة غير المشروعة : فاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك، معتبرا أنه إن تم الإضرار بشخص أو بعدد محدود من الأشخاص بشكل يجسد مساسا بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة عند إصدار نظام مشروع، فإن هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص من حقهم أن يعوّضوا(1).

إن مسؤولية الدولة عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة مبنية على فكرة أنه ليس من الطبيعي أن يتحمل شخص أو مجموعة من الأشخاص مضار أكثر من غيرهم بسبب قرار أو وضعية مبررة بالمصلحة العامة (2). إن هذا الأساس لمسؤولية الدولة يبرر أيضا مساءلتها عن الأضرار التي يمكن أن تصدر عن مجلس النقد و القرض : فشأنه شأن أي جهة أخرى، فإنه عند إصداره أنظمة يمكنه، حتى و إن كان نظامه مشروعا، أن يضر بشخص ما بشكل يفرض معه التعويض.

إن مسؤولية الدولة بسبب أنظمتها المشروعة ظهرت في القضاء الفرنسي بمناسبة قضايا عدة، من أشهرها قضية "Gavarnie" (3) :

"Gavarnie" هي بلدية فرنسية يزورها كل صيف أفواجا كبيرة من السواح لزيارة السيرك الذي، من أجل أن يصلوا إليه، كانوا مضطرين للمرور من أحد الطريقين المؤديين إليه من مقر البلدية، ممتطين حميرا في مسالك ضيقة، الأمر الذي أدى إلى حوادث متكررة. هذا ما جعل رئيس البلدية، من أجل وضع حد لهذه الحوادث، يصدر قرارا تنظيميا يفرض على الراجلين اتخاذ طريق واحد للذهاب إلى السيرك.

هذا القرار قد كان مصدر ضرر لأحد تجار الذكريات الكائن محله بالطريق الآخر الذي لم يعد يسلكه السواح، لأنه بكل وضوح، يمس بتجارته. فرفع دعوى أمام القضاء الإداري مطالبا فيها من جهة بإلغاء القرار، و من جهة أخرى بالتعويض عن الضرر الذي لحقه ؛ فقرر

1) CHAPUS René, *Droit administratif général*, tome I, Montchrestien, 1995, p. 1198.

2) FOILLARD Philippe, *Droit administratif*, Ed. Paradigme, 2007, p. 143.

(3) شيهوب مسعود، المسؤولية دون خطأ في القانون الإداري، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة قسنطينة، 1991، ص 251.

القاضي الإداري فعلا إلغاء قرار رئيس بلدية "Gavarnie"، و عين خبيرا لتقدير الضرر الذي أصاب المدعي طيلة الفقرة التي كان فيها القرار المطعون فيه ساري المفعول.

إن كون بناء مسؤولية الدولة عن الأنظمة المشروعة على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، و هو نفس أساس مسؤولية الدولة عن العمل التشريعي، جعل الكثير من الفقهاء يساوون في مسؤولية الدولة بين هذا المجال و ذلك، و يحيلون فيها من هذا إلى ذلك : أمر لم يرق للفقهاء Vedel (1) الذي أكد أنه، و إن بنيت مسؤولية الدولة على أنظمتها المشروعة أو على تشريعاتها على نفس الأساس من المسؤولية دون خطأ، أي أساس الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة، فإن منطق المساواة و تطوره مختلف تماما بين المجالين :

① من جهة أولى، فإن مسؤولية الدولة عن العمل التشريعي كانت لمدة طويلة أمر غير ممكن : التشريع تعبير عن الإرادة السيدة للشعب، و هو بذلك مظهر من مظاهر سيادة الدولة لا يمكن، حسب هذه الفكرة، أن تساعل عليه (2).

إن انتقادات دي جي و مدرسته الموجهة ضد فكرة السيادة التي تحجب المسؤولية هي التي كان لها وقعا في دفع الأمور إلى التغير، خاصة و أن مجلس الدولة الفرنسي كان يحدّ شيئا فشيئا في المجالات المتبقية لعدم مسؤولية الدولة (3) : هذا ما جعل فكرة مسؤولية الدولة عن العمل التشريعي تجد مجالا في الواقع و لأول مرة في 1938 (4).

غير أنه رغم الاعتراف بمسؤولية الدولة عن عملها التشريعي، و رغم صدور قرارات بالتعويض في هذا الإطار، فإن فكرة السيادة باقية : فالقانون بمجرد صدوره، يكون غير قابل للطعن أو المناقشة. و لا يمكن للقاضي الإداري أن يقيمه أو يقدم رأيه فيه. بهذا، لا يمكن أن تؤسس مسؤولية الدولة عن العمل التشريعي إلا على المسؤولية بدون خطأ، و بالضبط على الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة (5) ؛ لا يمكن إذن أن تكون مسؤولية الدولة خطيئة، لأنه ببساطة، و نظرا لفكرة السيادة، فالدولة المشرعة لا يمكن أن تخطئ.

1) VEDEL Henry – op.cit - p. 368.

2) FOILLARD Philippe, op. cit. p. 145.

3) VEDEL Henry, op. cit. p. 368.

4) C.E. 14 janvier 1938, Société La Fleurette, cité par Philippe Terneyre, *Interventions économiques*, op. cit. p. 03.

5) VEDEL Henry, op. cit. p. 369.

② من ناحية ثانية، و حتى بتطبيق نفس الأساس لمسؤولية الدولة عن العمل التشريعي أو عن العمل التنظيمي المشروع، فإن لكل منهما خصوصيته : و دائماً بسبب فكرة السيادة التشريعية، فإن القاضي الإداري يجب أن يبقى حريصاً على احترام إرادة المشرع من حيث قبوله أو منعه للتعويض عن صدور قانون ما : ففي قضية La Fleurette التي قرر فيها مجلس الدولة لأول مرة قيام مسؤولية الدولة عن العمل التشريعي، طالبت شركة "La Fleurette" بالتعويض على أساس أنها كانت تصنع مادة الكريمة الاصطناعية المستخرجة من مواد طبيعية مضافة إلى الحليب، و صدر قانون في 29 جوان 1934 يهدف إلى حماية سوق الحليب، و يمنع صنع أي مادة يمكن أن تعوّض الكريمة الطبيعية التي تصنع من الحليب وحده، الأمر الذي أدى بالشركة إلى التوقف عن النشاط، فرفعت دعوى تطلب فيها تعويض الضرر الذي سببه لها قانون 29 جوان 1934، فقرر مجلس الدولة الفرنسي أنه لا القانون، و لا الأعمال التحضيرية له، و لا مجموع ظروف القضية تدعو إلى الاعتقاد إلى أن المشرع قصد تحميل المدعية عبئاً غير عادي ؛ فهذا العبء الذي وضع للمصلحة العامة يجب أن يتحمّله كل المجتمع (1).

في هذه القضية و في القضايا التالية، التي قررت مسؤولية الدولة عن العمل التشريعي أو لم تقررها، فإن القاضي الإداري حرص على التقيد بإرادة المشرع فيما يخص منح التعويض (2): للمشرع وحده هذا الحق. فإن فرض في نصه القانوني عدم التعويض، لا يكون أمام القاضي الإداري إلا الانحناء (3). بينما السلطة الإدارية التي تصدر التنظيم المشروع، فلا يمكن أن تعفي نفسها أو تعفي الدولة من التعويض (4). بل أكثر من ذلك، فإن القاضي الإداري سيفحص النص التنظيمي، و يقيمه، و يقرر، إن رأى قيام المسؤولية، إن كانت مسؤولية خطيئة أو مسؤولية دون خطأ على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة : و مجلس الدولة، في هذا الإطار، يفضل جعل المسؤولية الخطيئة هي الأصل لفائدة المتقاضين، إذ أن شروط الضرر أخف (5). فإن ورد في النص التنظيمي عبارة تفيد إعفاء الإدارة نفسها في التعويض، فإنها عبارة لا تحد من سلطة القاضي في هذا الشأن، و لا تغير من قراءته للنص و ترتيب المسؤولية شيئاً.

1) "... que rien, ni dans le texte même de la loi, ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité...". Voir www.legifrance.fr, CE 14 février 1938.

2) FOILLARD Philippe, op. cit. p. 146.

3) VEDEL Henri, op. cit. p. 369.

4) FOILLARD Philippe, op. cit. p. 147.

5) CHAPUS René, op. cit. p. 1199.

من حيث المبدأ، فإن مسؤولية الدولة عن التنظيمات المشروعة هي نفسها سواء في المجال الاقتصادي أو المجالات الأخرى : فهي دائما مسؤولية دون خطأ مبنية على الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة، لكن عمليا، على مستوى القضاء الفرنسي، فتطبيقات المسؤولية في المجال الاقتصادي أقل منها بالنسبة للمجالات الأخرى ؛ فالقضاء بقي "شحيحا" في المسألة، رغم أن الاعتراف بمسؤولية الدولة عن التشريع، التي كانت أكثر صعوبة من حيث التقبل من مسؤوليتها عن التنظيمات المشروعة، قد كانت لأول مرة بمناسبة قانون في المجال الاقتصادي (قضية La Fleurette) (1).

إن الاعتراف بمسؤولية الدولة عن أنظمة مشروعة صادرة عن إحدى مؤسساتها بما فيها السلطات الإدارية المستقلة لا يكون إلا باجتماع شروط الضرر. فمن أجل الحصول على الحق في التعويض، فالضرر لا يجب فقط أن يكون خاصا، و لكن يجب أن يصل إلى حد كبير من الخطورة و عدم الطبيعية : يجب أن يتجاوز المساوي العادية للحياة الاجتماعية التي لا تفتح مجالا للحق في التعويض (2).

- فالضرر يجب أن يكون خاصا : و الضرر الخاص هو الذي يصيب شخصا، أو عدد محدود من الأشخاص ؛ المؤكد أن عدد المتضررين بالنسبة لعدد المواطنين له أهمية بالغة هنا(3). إن مفهوم الضرر الخاص مهم جدا في المسؤولية عن الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة؛ و معنى خصوصية الضرر عند Delvolvé هو أن " الضحية قد تمت معاملتها بدون مساواة مع الأشخاص الآخرين الموجودين في نفس وضعيتها. يكون الضرر إذن خاصا ليس لأن الضحية هي الوحيدة التي أصابها، و لكن لأن هناك تمييز بين الضحية و باقي الأشخاص؛ و إنه حتى في حالة تعدد الضحايا، يبقى الطابع الخاص للضرر طالما أن هذا التمييز موجودا " (4).

لقد صقل مفهوم الضرر الخاص شيئا فشيئا من طرف القضاة و مفوضي الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي ؛ و من هؤلاء مفوض الحكومة Heuman الذي قدم رأيا عن معنى الضرر الخاص بقي مرجعا فيما بعد، بمناسبة قضية مثل فيها الدولة المطالبة بالتعويض أمام مجلس الدولة من طرف مزارعي الكروم بسبب أن مرسوم صدر في 30 سبتمبر 1953 بهدف تطهير سوق الخمر والحفاظ على عدم تدهور الأسعار فرض إصدارات أضرت بالمزارعين.

1) TERNEYRE Philippe, op. cit. p. 03.

2) FOILLARD Philippe, op. cit. p. 143.

3) Idem, p. 149.

4) DELVOLVE Pierre, "Le principe d'égalité devant les charges publiques", Thèse, LGDJ, Paris 1969, cité par Messaoud Chihoub, op. cit. p. 260.

ردا على طلباتهم، دفع Heuman أنه " يتردد في قبول مطالب حرفة كاملة بالتعويض على أساس الضرر الخاص. إنه حتى إذا كان الضرر الذي هو أساس المسؤولية عن الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة خاليا من أي تحديد عمليا، فإن الضرورات العملية تقف حاجزا في وجه تعويض موكب حقيقي من أصحاب الحرف " (1).

- الضرر غير العادي هو اشتراط أن يكون هذا الضرر الخاص على درجة من الخطورة بحيث يستحق التعويض ؛ فالضرر قد يكون خاصا، و لكنه عادي، أي ليس خطير على من وقع عليه (2).

إن درجة خطورة الضرر يجب أن تقاس حالة بحالة ؛ فنفس الضرر المادي قد يكون خطيرا بالنسبة لشخص بموارد محدودة، لكنه لا يكون كذلك بالنسبة لمؤسسة كبيرة ؛ كما يجب مقارنة الضرر الذي أصاب الضحية مع الامتيازات التي ستتحقق من النظام المطعون فيه لتقدير خطورة الضرر (3).

عموما إذن، فالضرر الحاصل من قرار تنظيمي مشروع هو عبء يجب أن يوزع بالتساوي على الجميع ؛ فإن لم يتحقق ذلك، فمن الطبيعي أن يتم تعويض المتضرر ضررا خاصا وغير عادي من خزينة الدولة التي يمولها الجميع عن طريق الضرائب (4) ؛ غير أن شروط الضرر هذه، المبررة حتما بالخوف من إفلاس خزينة الدولة بفعل كثرة التعويضات، تقف أمام تحقق مسؤولية الدولة عن العمل التنظيمي في أغلب الأحيان (5).

الفقرة الثانية : مسؤولية الدولة بسبب القرارات الفردية لمجلس النقد و القرض

عندما يتعلق نشاط برخصة تمنحها جهة إدارية معينة، و طالما أن هذه الرخصة تتحكم في إمكانية مزاولة النشاط ، فإن منحها أو سحبها إن كان معيبا يمكن أن يتسبب في ضرر لأشخاص، يمكن أن يسائلوا عليه الجهة المسؤولة (6).

1) HEUMAN, "Conclusion sous CE 26 octobre 1962, sieur Olivier", RDP, n° 01, 1963, cité par Messaoud Chihoub, op. cit. p. 259.

2) LAMY Droit des affaires – Les recours en responsabilité – edition 2000 – P 1556.

3) شيهوب مسعود - المرجع السابق، ص 260.

4) شيهوب مسعود - المرجع السابق، ص 255.

5) VEDEL Henry, op. cit. p. 375.

6) TERNEYRE Philippe, Interventions économiques, op.cit, p. 09.

إن المشرع الجزائري جعل من مجلس النقد و القرض الجهاز الذي يتحكم في وجود البنوك و المؤسسات المالية، من جهة أولى لأنه هو المختص بمنحها الترخيص لإنشائها، إجراء لا بد من القيام به و الحصول عليه من أجل قيام مؤسسة قرض، كما يمكنه أيضا التحكم في استمرار وجودها لأنه مؤهل قانونا بسحب الاعتماد: الأمر الذي سيؤدي إلى تصفية المؤسسة.

إن مسؤولية الدولة في هذا الإطار ستخضع للقواعد العامة، إذ ستقوم في حالة تضرر شخص ضررا أكيدا (1) من القرارات غير المشروعة التي سيتخذها مجلس النقد و القرض في هذا الباب : الأمر الذي يفترض بسهولة أمام قرار رفض منح ترخيص غير مشروع، أو قرار سحب الاعتماد غير مشروع ؛ لكن إذا كان دفاع الأشخاص عن مصالحهم سيكون سهلا نسبيا أمام قرار فردي غير مشروع، فإننا نعتقد أن الأمر سيكون أقل سهولة أمام سلبية مجلس النقد و القرض، و عدم رده أو تأخره في الرد على طلب ترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية.

أولا : مسؤولية الدولة بسبب سكوت مجلس النقد و القرض أو تأخره في الرد على طلب ترخيص

إن القضاء الفرنسي قد استقر منذ مدة على أن التأخر التعسفي الصادر عن الإدارة مؤسس للمسؤولية ؛ فالخطأ لا يكون فقط في نشاط غير قانوني، بل في تأخر عن النشاط الذي يفترض تأديته أيضا (2) ؛ لكن كيف و متى يعتبر التأخر مشكلا لخطأ ؟ و متى يمكن الحكم بوجود التأخر في عمل مجلس النقد و القرض بمناسبة نظره في ملف طلب ترخيص لإنشاء بنك أو مؤسسة مالية طالما المشرع لا يقيد به بأي مهلة ؟.

المؤكد أنه، حتى يكون هناك تأخر، يجب تجاوز المهلة المعقولة للبت في ملف، أو أي عمل آخر، بالنظر للظروف المحيطة به ؛ هذا بالنسبة لكل جهة إدارية، و ليس فقط لمجلس النقد و القرض ؛ إن تجاوز هذه المدة هو الذي يعتبر تأخرا. في هذا الإطار، للقضاء سلطة تقديرية لتقرير وجود تأخر مشكل لخطأ من عدمه، و ذلك حالة بحالة، دون وضع قواعد عامة : كل الصعوبة في هذه المسألة تكمن هنا، لأن كل حالة لها ظروفها (3).

1) LAMY, Droit public des affaires. Les recours en responsabilité, op.cit , p. 1547.

2) MOREAU Jacques, "Responsabilité de la puissance publique", op.cit , p. 03.

3) Idem.

هكذا، و طالما أن المشرّع لم يحصر مجلس النقد و القرض بمدة للبت في طلبات الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية، فإنه على مجلس الدولة الجزائري يقع عبئ تقرير وجود تأخر من عدمه في حالة طرح القضية عليه.

إن المتضرر من تأخر مجلس النقد و القرض في البت في طلب ترخيص يكون مجبرا على إثبات عناصر المسؤولية من أجل الحصول على تعويض : خطأ من مجلس النقد و القرض متمثل في تأخره، ضرر يكون على درجة من التميّز و الخطورة (1)، و العلاقة السببية بينهما : المؤكد أنه ليس بصدد طلب مجرد تساهل من قبل مجلس النقد و القرض؛ إذا تعلق الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية فقد سبق و أن رأينا أن مجلس النقد و القرض يفقد مبدئيا للسلطة التقديرية أمام طلب الترخيص بإنشاء مؤسسة قرض اجتمعت فيه كل الشروط التي جاءت في أمر 03-11 و نظام 06-02،- مع أن بعض الشروط كما رأينا تحتل شيئا من الحرية لمجلس النقد و القرض لتقرير وجودها في عدمه- هكذا، فالأشخاص الذين يريدون إنشاء مؤسسة القرض، و تأخر مجلس النقد و القرض في الرد عليهم مجبرون أولا على إثبات أن المجلس قد حرّمهم من حق، عن طريق إثبات أن طلبهم من المفروض قانونا أن يواجه بمنح الترخيص ؛ على ذلك، فتأخر المجلس قد أضر بهم من حيث أن التأخر قد منعهم من ممارسة النشاط المصرفي في إطار مؤسستهم لفترة معينة.

لكن بالمقابل، إن تعلق الأمر أمام مجلس النقد و القرض بطلب ترخيص بفتح فروع في الجزائر لبنوك و مؤسسات مالية أجنبية، فإن مساءلة الدولة عن تأخر مجلس النقد و القرض عن البت في الطلب في هذه الحالة أمرا يصعب توقع تحقيقه: إذ رغم أنه يخضع لنفس شروط الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية، إلا أنه مع اجتماع هذه الشروط يبقى منح الترخيص مسألة خاضعة للسلطة التقديرية لمجلس النقد و القرض، و ذلك بصريح المادة 85 من أمر 03-11 التي جعلت الأمر ممكنا، و ليس واجبا (2)، في ظل مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل: هكذا، فرغم توفر خطأ مجلس النقد و القرض المتمثل في تأخره عن الرد عن طلب الترخيص بفتح فرع مؤسسة قرض أجنبية في الجزائر، فإن قيام المسؤولية أمر مستبعد أمام عدم إجبار مجلس النقد و القرض منح الترخيص في هذه الحالة حتى أمام اجتماع الشروط.

1) Idem.

2) المادة 85 من أمر 03-11: « يمكن أن يرخص المجلس بفتح فروع في الجزائر للبنوك و المؤسسات المالية الأجنبية، مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل».

ثانيا : مسؤولية الدولة بسبب الحرمان الصريح من ممارسة النشاط

إن الحديث عن مسؤولية الدولة عن تأخر مجلس النقد و القرض في البت في طلب ترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية حديث عن تعويض من تضرر من ذلك بفعل حرمانه من ممارسة النشاط المصرفي بشكل مؤقت : فالأخر هو اتخاذ قرار بعد فترة طويلة من النظر في الملف تتجاوز المدة المعقولة التي يراها مجلس الدولة.

لكن قرارات مجلس النقد و القرض قد يكون الغرض منها ليس الحرمان المؤقت من النشاط، و إنما الحرمان المطلق : هذا هو الشأن إذا تعلق الأمر بقرار رفض منح الترخيص، و قرار سحب الاعتماد الذان يمكن أن يسببا ضررا خطيرا و مؤكدا يمكن أن يؤسس مسؤولية الدولة إذا اقترن مع الشروط الأخرى لتقرير المسؤولية.

1) مسؤولية الدولة عن قرار رفض منح الترخيص الصادر عن مجلس النقد و القرض

إنه من الواضح أن قرار رفض منح الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية، أو فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية قرار سيكون مضرا بالأشخاص الذين تقدموا به، إذ يؤدي إلى منعهم من ممارسة النشاط الذين كانوا يطمحون إليه، و هو الأعمال المصرفية عموما، و حسب الحالة.

لكن حتى يكون للمتضررين من هذا القرار حق في مساءلة الدولة عن قرار مجلس النقد و القرض، و جب عليهم أولا إثبات أن هذا القرار قد حرّمهم من ممارسة حق، و لم يكونوا ينتظرون مجرد تساهل من مجلس النقد و القرض: يصعب إذن تصور مسؤولية الدولة عن قرار رفض منح الترخيص الصادر عن مجلس النقد و القرض إلا في حالة اجتماع شروط طلب الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية، أما إذا تعلق الأمر بطلب منح ترخيص بفتح فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية، فقد رأينا أنه حتى في حالة استكمال شروط منح الترخيص، فإن منحه يبقى خاضعا للسلطة التقديرية لمجلس النقد و القرض بصريح القانون (1).

إن دعوى المسؤولية المرفوعة لمساءلة الدولة عن قرار رفض منح ترخيص من طرف مجلس النقد و القرض قد تكون الطريقة الوحيدة للحد من الظلم الذي طال مجموعة الأشخاص الذين قدموا طلب منح ترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية يشتمل على جميع الشروط المنصوص عليها في أمر 03-11، و نظام 06-02 : فعلا، و على افتراض أن هؤلاء، بعد تبليغهم بقرار رفض

منحهم الترخيص، قرروا تقديم طعن بالإلغاء ضد هذا القرار أمام مجلس الدولة، و أن هذه الجهة القضائية أقرت فعلا بأن القرار مشمولاً بأحد أوجه الطعن بالإلغاء، فانها سنتتهي إلى إصدار قرار قضائي يقضي بإلغاء قرار رفض منح الترخيص الصادر عن مجلس النقد و القرض ؛ قرار سيعدم آثار القرار موضوع الطلب، لكنه لن يمنح بأي حال من الأحوال الحق في ممارسة الأعمال المصرفية الذي لا يترتب إلا بعد الحصول على الترخيص و الاعتماد : الجهة الوحيدة التي تتحكم في منح الترخيص إذن هو مجلس النقد و القرض، و إن تعسف في هذه الفرضية، لا يكون للمتضررين إلا حق مساءلة الدولة عن قرار مجلس النقد و القرض الذي حرّمهم من ممارسة حق.

(2) مسؤولية الدولة عن قرار سحب الاعتماد الصادر عن مجلس النقد و القرض

إن حق سحب اعتماد بنك أو مؤسسة مالية حق ثابت لمجلس النقد و القرض بصريح المادة 95 من أمر 03-11 : لكن يجب أن يمارس في حدود هذه المادة.

إن تضرر مؤسسة القرض من قرار سحب اعتمادها غير المشروع مسألة بديهية ومؤكدة، و يكون بالتالي من حقها مساءلة الدولة عن الضرر الذي أصابها بفعل قرار سحب اعتماد غير المشرع؛ لكن من أجل التوصل إلى ذلك، و جب عليها أولاً إثبات خطأ مجلس النقد و القرض المتمثل في كون قراره مشمولاً بأحد أوجه اللاشريعة، سواء كانت عيب عدم اختصاص، أو عيب شكل و إجراءات، أو عدم احترام القانون، أو الانحراف بالسلطة.

إن صدور قرار سحب اعتماد غير شرعي في حق مؤسسة قرض من شأنه أن يترتب ضرراً لا يمكن تداركه : فقرار سحب الاعتماد قرار يفرض أمر 03-11 نشره (1)؛ و مجلس النقد و القرض، بخلاف الأمر بالنسبة لقرار منح الترخيص، قد ساير المشرع من هذه الناحية، و هو ينشر فعلاً قراراته بسحب الاعتماد (2).

على ذلك و على افتراض أن قرار سحب الاعتماد قرار غير مشروع، يكفي تصور فقدان الثقة في التعامل مع المؤسسة التي صدر في حقها القرار لمعرفة أن قراراً كهذا سيؤدي إلى القضاء على مؤسسة القرض، حتى و إن تم إلغاؤه فيما بعد : فالثقة، و خاصة منها ثقة المدخرين أمر في غاية الحساسية، و من السهل فقدانها (3)؛ مسؤولية الدولة عن قرار سحب الاعتماد غير المشروع

(1) المادة 65 منه.

(2) أنظر مثلاً قرار سحب اعتماد بنك الريان، الجريدة الرسمية رقم 20 لسنة 2006.

3 RIVES-LANGES Jean-Louis – rapport de synthèse du colloque « la défaillance d'une banque », précité, p162.

إن، حتى و إن قرر مجلس الدولة إصدار قرار قضائي بإلغائه، قد تكون مسؤولية عن ضرر بليغ متمثل في وضع حد لحياة مؤسسة القرض بطريقة غير مشروعة.

هكذا، إذا كان بناء نظام بنكي في الجزائر يفترض خصوصية اجتهاد مجلس الدولة، خاصة من حيث أساس مسؤولية الدولة عن أخطاء اللجنة المصرفية، فإن تهذيب نشاط البنوك، وجعلها في إطار ممارستها لعملية القرض مصدر انتعاش للعلاقات الخاصة أمر يعتمد على صقل قواعد مسؤوليتها المدنية في مجال القرض من طرف القضاء المدني بما يخدم هذا الغرض.

الباب الثاني: المسؤولية المدنية للبنك في مجال القرض

إن الخطأ في مجال المسؤولية المدنية هو خرق التزام ما، سواء كان مصدره القانون أو العقد؛ فالبحث في أخطاء البنوك أو المؤسسات المالية التي يمكن أن تؤسس مسؤوليتها المدنية في مجال القرض هو تسليط الضوء على إلتزاماتها في هذا المجال.

لا شك في أن الإجتهد القضائي الجزائري في مجال هذا النوع من المسؤولية يكاد يكون منعدما؛ فالنشاط المصرفي و الوعي بدور مؤسسات القرض في المحيط التجاري و في مجال حماية المصلحة الخاصة للمتحصلين على قروض مصرفية و المتعاملين معهم أمور لا تزال فنية في العقلنة الجزائرية؛ لكن من نفس منطلق النصوص المحددة للإلتزامات البنوك و المؤسسات المالية في الجزائر، فقد قام القضاء الفرنسي شيئا فشيئا بصقل و بلورة قواعد و أسس لمسؤولية البنك المدنية في مجال القرض، إلى درجة الحديث اليوم عن مسؤولية مهنية للبنك في هذا المجال؛ إجتهد و تجارب يجب التمعن فيها لمعرفة إلى أي درجة قد تخدم القضاء الجزائري في هذا المجال.

لقد صقلت قواعد لمساءلة مؤسسات القرض مدنيا بمناسبة عملية القرض سواء كان القرض موجودا (الفصل الأول) أو غير موجود (الفصل الثاني) (1)، و ذلك بقواعد قد تكون من مصدر تشريعي، لكنها في معظمها من صنع القضاء الفرنسي الذي سنسلط الضوء عليه طالما لا يتعارض مع نصوص قانونية جزائرية.

الفصل الأول: المسؤولية المدنية للبنك في حالة وجود القرض البنكي

في حالة منحه لقرض بنكي، يمكن أن تقوم مسؤولية مؤسسة القرض المدنية في حالة عدم احترام قواعد القرض القانونية أو الإتفاقية، أو حتى قواعد فرضها القضاء؛ و هذا سواء كانت هذه القواعد قواعد عامة، تسري على كل العمليات المصرفية بما فيها عملية القرض، أو كانت خاصة بهذه العملية.

¹ « Il demeure que la banque crée et véhicule une valeur qui n'est pas une marchandise comme les autres : la monnaie. C'est le sang de l'économie. Les actes et les abstentions du banquier ont de ce fait des conséquences sans communes mesures avec le comportement des autres agents économiques »
STOUFFLET Jean - Devoirs et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit, in responsabilité professionnelle du banquier, contribution à la protection des clients de banques – recherches panthéon-sorbonne, université de Paris I – ECONOMICA – 1978, p 25.

المبحث الأول: المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزامات العامة للبنكي

يخضع النشاط البنكي عموماً، سواء ما تعلق منه بعملية القرض، أو بالعمليات المصرفية الأخرى لالتزامات مشتركة تقع على عاتق البنكي يؤدي الإخلال بها إلى تأسيس مسؤوليته المدنية تجاه المتضررين: الأمر يتعلق من ناحية بالالتزام بعدم التدخل المحدود بالالتزام بالحيطه، و من جهة أخرى بالالتزام بالسر البنكي و واجب الإعلام.

المطلب الأول: المسؤولية عن الإخلال بمبدأ عدم التدخل و بواجب الحيطه

ليس للبنكي، بحكم مكانته في مجال الأعمال و كونه صاحب هيمنة قانونية لتوزيع القرض مطلق الحرية في التصرف؛ فقد صنع القضاء و بلور خلال القرن العشرين قواعد فرضت على البنكي تحت طائلة مساءلته المدنية من قبل زبائنه، و حتى من قبل الغير؛ بعض من هذه القواعد وجدت طريقها إلى التشريع، شأن الالتزام بالسر البنكي؛ لكن الكثير منها بقيت إلتزامات من مصدر قضائي: هذا هو الشأن بالنسبة للإلتزام بعدم التدخل (الفرع الأول)، و بالنسبة لمعظم جوانب الإلتزام الذي يشكل حدوداً له، الإلتزام بالحيطه في مجال القرض البنكي (الفرع الثاني) (1).

الفرع الأول : مسؤولية البنك عن إخلاله بالالتزام بعدم التدخل

بمقتضى الإلتزام بعدم التدخل، فإن البنوك و المؤسسات المالية ملزمة بعدم التدخل في شؤون عملاتها إما بالإستعلام عن أعمالهم، و إما بالقيام بأنفسهم ببعض الأعمال لحسابهم؛ هذا ما جعل القضاء يستعمل عبارة "عدم التدخل" للتعبير عن ضرورة حياد مؤسسات القرض (2).

إن هذا المبدأ يعطي حماية مزدوجة تشكل مسألة أساسية في العلاقة بين البنكي و زبائنه: فمن جهة أولى، يحمي هذا المبدأ الزبون من تدخل البنك الذي أبرم معه عقد قرض، و من الضغوطات التي قد تصاحب علاقته به و التي قد تذهب بحريته في تسيير أعماله؛ من جهة أخرى، ففي المبدأ حماية للبنك أيضاً على اعتبار أنه يقية دعاوى المسؤولية التي قد تقام ضده من طرف الزبون أو من الغير إذا ثبت أن الأعمال التي قام بها هذا العميل مضره به أو بغيره (3).

غير أنه أمر طبيعي أن يبقى البنكي الذي يمنح قرضاً لشخص أو مؤسسة ما مهتماً بمآل هذا القرض، خاصة إذا كان مصدره أموال الادخار؛ فالبنك سيكون قلقاً على إمكانية رد القرض من

1) LASSERE CAPDEVILLE Jérôme – Que reste-t-il au XXI siècle du devoir de non ingérence du banquier ? – revue banque et droit n° 100, Mars-Avril 2005, p11.

2) GAVALGA Christian, STOUFFLET Jean – droit bancaire – op.cit – p 89.

3) LASSERE CAPDEVILLE Jérôme – op.cit – p 11.

طرف المستفيد حين يحين الأجل الذي قد يمتد لسنوات؛ و هذا ما يدفع البنك أو المؤسسة المالية المقرضة إلى متابعة و مراقبة القرض و مآله عن كثب، و حتى مراقبة التوازن المالي للمستفيد منه و مدى استقراره.

في هذا الإطار، قد يتجاوز البنك دوره من مقرض إلى فاض قرارات عن طريق نصائح يُكره المقترض على إتباعها (الفقرة الأولى)، أو عن طريق قرارات يتخذها بنفسه، لآعبا بذلك دور مسير للمؤسسة المقرضة (الفقرة الثانية) أو أخيرا أن يتصرف في حياة المؤسسة بشكل من السلطة و الحرية تؤدي إلى إعطائه ظاهر شريك فعلي لها (الفقرة الثالثة). في كل هذه الفرضيات، يكون البنك قد أخل بالالتزام بعدم التدخل، الأمر الذي قد يعرضه للمسؤولية المدنية.

الفقرة الأولى : مسؤولية البنك عن إكراه الزبون على الأخذ بنصائح معينة

أن يطرح البنك المقرض وجهة نظره في كيفية تسيير القرض، أو تسيير المؤسسة المستفيدة منه أمر في حد ذاته لا يثير أي إشكال طالما أنه يأخذ قالب نصيحة يقدمها البنك بصفته محترف ؛ بل أنه يسأل مدينا عن عدم تقديمها (1).

إن حرية القرار التي يتمتع بها الزبون في إدارة أموره تستثني مبدئيا فرضية مساءلة البنك عن أخطاء زبائنه في التسيير؛ غير أنه قد يحدث، إما بسبب أهمية القرض بالنسبة للمؤسسة المقرضة أو بسبب عسر مالي يعاني منه الزبون، أن يتجاوز البنك دوره كموصل و ناصح، إلى حرمان المستفيد من القرض من الحرية في اتخاذ القرار الذي تتسم به النصيحة المجردة ؛ أمام هذا التجاوز، يكون البنك قد تدخل في أمور زبونه، و اقتترف بالتالي خطأ مخالفة التزام عدم التدخل.

تقديم النصيحة إذن قد ينحرف من التزام على البنك، يقدمه لزبائنه بمناسبة منحهم قروضا إما لحل مشاكل سير عادية للخرينة، أو لتسهيل إعادة هيكلة مع معطيات جديدة للسوق، إلى خطأ الإخلال بالالتزام بعدم التدخل الذي قد يؤسس مسؤولية البنك المدنية و يفرض بالتالي التعويض.

لكن في هذه الحالة إذا كانت النصيحة في حد ذاتها لا تؤسس مسؤولية البنك، فإن استعمال أي وسيلة لإكراه زبونها على اتخاذ قرارات معينة، أو لفرض تسيير حسب مرادها هو ما يشكل خطأ للبنك ؛ إذ أنه نظرا لسلطتها الاقتصادية، فالبنوك حتما في وضع ممتاز للتمكّن من إكراه زبائنها ؛ يكفي التهديد بعدم تنفيذ أو بفسخ عقد قرض، أو بعدم تجديده، أو حتى التهديد بالمماطلة بتسويته فورا ؛ بمعنى أنه حتى التهديد باستعمال حق قانوني يشكل في هذه الحالة إكراها و إخلالا

(1) سنرى ذلك تباعا في الصفحة 255 حول مسؤولية البنك تجاه زبونه.

بالالتزام بعدم التدخل (1) قد يؤسس مسؤولية البنك الذي أصدره، و الحق في طلب التعويض إذا تسببت عنه أضراراً لشخص ما.

يجب هنا الاعتراف بمنطقية هذا الطرح: لكن رغم ذلك، فالقضاء الفرنسي لم يعترف به كثيراً، ربما لأن معظم القضايا التي طُلبت فيها مساءلة البنك عن الإخلال بواجب عدم التدخل بفعل تقديمه نصيحة مصحوبة بوسائل إكراه كانت مصحوبة بطلب مساءلته عن تقديم قرض لمؤسسة في وضعية مالية ميؤوس منها، فتركز تحليلات القضاء على هذا الوجه و يهمل الآخر؛ في هذا الإطار، يبدو أن القضاء يميل نحو الابتعاد عن مساءلة البنوك؛ فهي تسير وفق فكرة "من يمول يقرر" خاصة إذا كان المقترض في وضع مالي صعب (2) و من الطبيعي، حسب العديد من القرارات القضائية، أمام الوضع المالي الذي يزداد تعقداً و تأزماً من جهة، و مسيرين متعنتين من جهة أخرى، أن يضغط البنك على المؤسسة المستفيدة من القرض لحماية نفسه (3) من أمثلة ذلك قضية Baignol et Farjon التي صدر بمقتضاها قرار من مجلس استئناف باريس: فقد أعاب مسيروا الشركة و بعض شركائها على البنك كونه ضغط على الشركة للزيادة في رأسمالها للخروج من وضعية مالية صعبة حسب تقدير البنك؛ فاتخذت الجمعية العامة للمؤسسة المقترضة هذا القرار نتيجة لهذا الضغط. لكن ذلك لم يخرج المؤسسة من أزمته؛ غير أن القضاء، رغم ثبوت كل أدعاءات المؤسسة المقترضة أمامه، رفض تقرير مسؤولية البنك معتبراً أنه تصرف بالحزم اللازم و المطلوب في هذه القضية أمام الوضعية المزرية للشركة المقترضة، و أمام خشية البنك عدم استرداد قرضه (4).

هكذا، قُرر أن الإكراه الذي يمارسه بنك ما على طالب قرض لم يتحصل بعد عليه، مشروطاً أن يقوم بتغييرات في التسيير باتجاه معين لا يؤسس فيما يبدو مسؤولية البنك: فالزبون يبقى مبدئياً حراً في التعاقد أو عدمه بهذه الشروط مع البنك، و له أن يطلب قرضاً من بنك آخر؛ حرّيته هذه تستبعد مسؤولية البنك: إذ لا تقوم هذه المسؤولية إلا إذا كان الزبون لم يتمكن من التخلص من إكراه البنك، و إذا كانت الإجراءات التي فرضها البنك أضرت فيما بعد بشخص ما (5).

1) HERVAGAUULT, op. cit. p. 262.

2) LIKILIMBA Guy – Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, recherche d'une approche globale – Thèse pour le Doctorat en droit présentée et soutenue le 24 janvier 1997 – faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-En-Provence - p. 95.

3) Idem, p. 94.

4) Idem.

5) HERVAGAUULT, op. cit. pp. 262-263.

الفقرة الثانية : مسؤولية البنك عن تصرفه كمسير المؤسسة المقترضة

قد يتجاوز البنك المقرض، محاولة منه الحفاظ على إمكانية استرداد قرض، مجرد تقديم النصيحة حتى و إن صاحبها إكراه المقرض على اتباعها، إلى أن يقوم بنفسه باتخاذ قرارات ما في حياة المؤسسة المقترضة؛ يجب هنا ملاحظة أنه من الطبيعي أن يحمي الدائن نفسه و مصالحه : فإن كانت بعض القروض سهلة المتابعة و المراقبة سواء من حيث مآلها أو كيفية استعمالها كالقروض طويلة المدى و القروض المخصصة لغرض معين، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لقروض الأوراق التجارية و قروض المكشوف أين يصعب على البنك مراقبة مآلها و الاطمئنان بالتالي على مصالحه؛ الأمر الذي يبعثه أكثر على تجاوز حدود مراقبة القرض، إلى تدخل حقيقي في حياة المؤسسة المقترضة باتخاذ القرارات عوضا عن أجهزتها⁽¹⁾.

أمام هذا الإنشغال المشروع للبنك، لا يمكن أن يعاب عليه كل تصرف تجاه المدين، و حتى إكراهه : فكل تصرف من البنك لحماية نفسه و حماية زبونه أيضا سيدخل حتما بشكل ما في دائرة التدخل. على ذلك، و جب تحديد المجال الذي يكون فيه التدخل مرفوضا، مسببا بالتالي مسؤولية البنك ؛ كل ذلك مع الأخذ بعين الاعتبار أن توسيع دائرة المساءلة سيؤدي إلى نتائج عكسية : إما عدم الإقراض أصلا، أو الإقراض في حدود ضيقة، أو الخوف من حماية المدين بمدته بنصائح و معلومات البنك المحترف خشية أن تدخل في زمرة التسيير الممنوع؛ فالخسارة إذن ستكون على الجميع، المؤسسة المقترضة، الشركاء فيها و المتعاملين معها⁽²⁾.

إن التدخل عن طريق تسيير المؤسسة المقترضة قد يأخذ شكل تسيير قانوني. و إن كان هذا الوضع يفترض أن يكون نادرا بالنسبة لمؤسسات القرض التي تخشى من عواقب المسؤولية عن تدخلها في شؤون زبائنها، فتتخشى الظهور القانوني كمسير للمؤسسة المستفيدة من القرض عن طريق شغل أحد عمالها لمنصب في مجلس الإدارة، أو أي جهاز تسيير حسب أنظمة الشركة المستفيدة من القرض ؛ هذا مع الإشارة إلى أن عضوية البنك في مجلس الإدارة لا يمنحه صفة المسير القانوني إذا لم يكن له بمقتضى ذلك إلا الحق في الاستعلام عن وضعية المؤسسة المقترضة⁽³⁾.

1) PRATT Georges – La responsabilité du banquier et la « faillite » de son client – Technique et Documentation (Lavoisier) 1983 - p. 38.

2) HEINZER Boris, La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de son client, Helbing et Lichtenhahn (Bâle, Genève, Munich), 2007, p. 349.

3) Idem, p. 355.

إن خطورة هذا الاختيار للبنك حقيقية ؛ إذ لا يمكنه الهرب من القرارات السيئة، و لا يجد الدائنون صعوبة في مساءلته عليها ، فكل أعضاء أجهزة التسيير مسؤولون على قراراتهم (1).

غير أن أكبر فرضية لشكل تدخل البنك المقرض عن طريق تسيير المؤسسة المقترضة هي فرضية التسيير الفعلي الذي لا يجد له أثرا في الأنظمة الداخلية للمؤسسات المستفيدة من قروض بمناسبة التطرق إلى أجهزة التسيير: فمساءلة البنك بصفته مسيرا فعليا سواء من طرف المؤسسة المقترضة، أو من دائنيها ليس بالأمر الهين أو المعتاد، خاصة على مستوى القضاء (2). فكل من أراد مساءلة البنك على هذا الأساس وجب عليه إثبات صفة المسير الفعلي له: فهي صفة لا تفترض (3).

و قد استقر الفقه و القضاء على أن المسير الفعلي هو شخص طبيعي أو معنوي يقوم بعمل إيجابي للإدارة و التسيير بكل استقلالية و سيادة (4).

و هكذا لكي نكون أمام تسيير فعلي، يجب اجتماع مجموعة من الشروط:

- يجب أولا أن يتم الاعتداء على اختصاص المسير القانوني عن طريق ممارسة أو قرار يكون و كأنه صادر من هذا الأخير؛ أما مجرد التأثير على المسير القانوني، فهو غير كاف (5)؛ كما أنه يجب إثبات إصدار المسير الفعلي لقرارات تسيير حقيقية، تدخل قانونا في اختصاص شخص معين للتسيير عن طريق النظام الداخلي للمؤسسة المقترضة؛ لا يكفي في هذا الإطار تقديم مجرد اقتراحات (6). هذه القرارات يجب أن تكون إيجابية: فلا يمكن اكتساب صفة المسير الفعلية بالإمتاع. إن السلبية، حتى و إن كانت في غير محلها، لا يمكن أن تُكسب صفة المسير الفعلي؛ من أمثلة ذلك

1) MICHAILLE Berengère, La responsabilité civile des établissements de crédit dans le financement des entreprises, DESS, Aix-Marseille, 1996, p. 45.

2) VIVANT Michel, Responsabilité du banquier dans le cadre des procédures collectives, JC Banque et Crédit, 2005, Fasc. 520, p. 04.

3) PRATT, G., op. cit. p. 41.

4) " ... toute personne physique ou morale dépourvue de mandat social, qui s'est immiscée dans l'entreprise en exerçant, en toute souveraineté et indépendance, une activité positive de gestion et de direction » RIVES-LANGES, J-L., La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 – D1975 – Chronique – p. 41, cité par AMIGUES Bruno – Le banquier peut-il être dirigeant de fait par personne interposée ? – revue banque et droit, n° 100, Mars-Avril 2005, p 08.

5) HEINZER Boris, op. cit. p. 350.

6) CALAIS AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, Thèse, Montpellier, 1959, p. 130, cité par Georges Pratt, op. cit. p. 42, note 3.

أن يسكت الشريك المالك لأغلبية رأس المال عن عدم سلامة بعض تصرفات الإدارة: فهذا لا يكسبه صفة المسير الفعلي (1) رغم أنه كان بإمكانه تغيير المعطيات في مجال الإدارة.

- إن أعمال التسيير التي يمكن أن تكسب صاحبها صفة المسير الفعلي يجب أن تكون متعددة: فعمل تسيير منفرد، حتى وإن كان مهما لا يكسب هذه الصفة (2).

- المسير الفعلي يجب أن يكون حرا في اتخاذ القرار من عدمه: فالمسؤولية تقرض ذلك؛ لكن إن كان المفروض أن يكون المسير الفعلي حرا في قراره، فإنه يجب أيضا أن يكون قد أفقد المسير القانوني حريته و استقلاليتَه (3) حتى يكون مسؤولا مسؤولية كاملة على قراراته.

إن مساءلة البنك عن إخلاله بالالتزام بعدم التدخل عن طريق تسييره الفعلي للمؤسسة المقترضة تكون في إطار قواعد المسؤولية المدنية (4) من خطأ و ضرر و علاقة سببية: و خطأ المسير الفعلي خطأ عدم تصرفه كالمسير العادي، أو كرب الأسرة العادي (5). فالمؤسسة التي تُقاضى بصفتها مسيرا فعليا تصبح خاضعة لنظام مسؤولية مبنى على الإخلال بالالتزام بتحقيق نتيجة، و هي نتيجة توازن المؤسسة (6)؛ فعلا، فالتسيير الفعلي في حد ذاته ليس خطأ مؤسسا للمسؤولية: فإذا سارت أمور المؤسسة المقترضة بشكل جيد و تم الحفاظ على توازنها المالي، لا يمكن مساءلة البنك حتى و لو ثبتت كل شروط التسيير الفعلي بحرمانه مسيري المؤسسة القانونيين من تسيير شؤونها بحرية: فالمسؤولية مبنية على قرار خاطئ للتسيير الفعلي سبب ضررا لشخص ما؛ هكذا تبرز خطورة التسيير الفعلي بالنسبة للبنك، فهو إن قام بذلك بالنسبة للمؤسسة المقترضة يصبح على عاتقه التزاما ليس سهلا، لم يلزمه القانون و لا عقد القرض به: هو أن يحقق نتيجة التوازن المالي للمؤسسة؛ فإن لم يتحقق ذلك بسبب قراره الخاطئ، قد يلزم بتعويض الضرر الذي سببه في إطار قواعد المسؤولية المدنية، و قد تذهب مساعلته إلى أبعد من ذلك كما سنرى لاحقا.

1) AMIGUES Bruno – Le banquier peut-il être dirigeant de fait par personne interposée ? – revue banque et droit, n° 100, Mars-Avril 2005, p 08.

2) idem.

3) PRATT Georges, op. cit. p. 43.

4) إضافة إلى إطار آخر سنشير إليه لاحقا (الصفحة 205).

5) VIVANT Michel, op. cit. p. 5.

6) VASSEUR, Le droit français est-il un handicap pour l'apporteur de fonds propres, Banque, fév. 1979, p. 192, cité par G. Pratt, op. cit. p. 40, note 08.

طالما أن البنك قد وضع على عاتقه هذا الالتزام بتحقيق نتيجة، فمن المنطقي أن يُثار تساؤل حول نطاق مسؤوليته عندما يتصرف كمسير فعلي : هل يسأل البنك عن سلبيته، أي عن عدم اتخاذه قرارا ما لإنقاذ المؤسسة بعدما لعب معها دور مسير فعلي ؟

من الطبيعي أن يتجه التفكير إلى مساءلة المسير الفعلي عن أعماله الإيجابية فقط لأنه بسلبيته، يعود إلى الوضع الطبيعي و يتوقف عن وضع مرفوض، بعكس المسير القانوني، لا يقع على عاتق المسير الفعلي التزاما بالتسيير يسأل عن عدم أدائه بجدية.

لكن هذا الموقف كما يرى الأستاذ Boris Heinzer مهما كان منطقيًا، فهو خطير جدا: فالمسيرون القانونيون بفعل تدخل بنك مؤسستهم في تسييرها في مجالات معينة، و سلطته المالية المؤكدة التي تمنعهم من مواجهته، سيتوجهون إلى "الاستقالة" من هذه المجالات: عدم اتخاذه إذن لقرارات لإنقاذ المؤسسة، مع "منع" المسيرين من اتخاذاها بتدخله يجعل منه مسؤولا عن سلبيته⁽¹⁾.

و إذا كان الشخص الطبيعي أو المعنوي، حتى يعتبر مسيرا فعليا، يجب أن يكون قد مارس أعمال تسيير إيجابية كما رأينا أعلاه⁽²⁾، فإن ذلك مفروض لإضفاء صفة المسير الفعلي عليه، لكن ليس لمساءلته على أعماله التي تكون على المستوى النظري إما باتخاذ مواقف و قرارات إيجابية، أو سلبية⁽³⁾.

يثار أيضا في هذا الإطار تساؤل حول إمكانية كون الشخص المعنوي، و بالتالي البنك أو المؤسسة المالية، مسيرا فعليا ؛ حسب القانون المدني - المادة 136 منه -، ستسأل مؤسسة القرض بمناسبة التسيير الفعلي الذي يمارسه أحد أتباعها على مؤسسة ما : حلول القانون المدني تسري هنا.

المؤكد أنه لو كان المتدخل شخصا طبيعيا، فإن مساءلته تكون حسب شروط مجتمعة في شخصه هو: يسأل عن النتيجة التي كان من المفروض أن يصل إليها حسب علمه و مستواه؛ لكن عندما يكون المتدخل شخصا معنويا عن طريق شخص طبيعي، يعمل باسمه و لحسابه، فالمساءلة تكون أوسع من ذلك : إذ تتجاوز مراقبة النتيجة حسب مستوى الشخص الطبيعي إلى مراقبتها حسب معارف و مستوى الشخص المعنوي ككل، و هي حتما تتجاوز معارف الشخص الطبيعي، إذ تضاف

¹) HEINZER Boris, op. cit. p. 360.

² أنظر أعلاه الصفحة 202.

³) HEINZER Boris, op. cit. p. 360.

إليها معارف باقي عمال و أتباع الشخص المعنوي: رقعة المساءلة و الإمكانية النظرية لتقرير المسؤولية إذن ستكون أوسع (1).

على المستوى النظري فالأمثلة التي يمكن تصورها عن البنك كمسير فعلي كثيرة ؛ كأن يقوم بتحديد نشاط المؤسسة المقترضة بمجالات معينة، و منعها من خوض بعض الأسواق (2) أو إذا كان عقد القرض يمنحه اختصاصات في مجال التسيير : كثيرا ما يحدث ذلك باشتراط البنك عدم تعامل المؤسسة المقترضة مع بنوك أخرى؛ كذلك يعد من أعمال التسيير توظيف العمال أو إقالتهم، أو اتخاذ قرار صرف أموال، أو تحديد أسعار أو مناقشة أو إبرام عقود،... إلخ (3)؛ أما اشتراط صب كل المعاملات بين الطرفين في حساب جار، فهذا ليس تدخلا و إنما حرصا على مصلحة البنك باستعلامها على الوضعية المالية للمؤسسة المدينة. فالبنك لا يصبح بذلك مسيرا فعليا إلا إذا كان له الحق في منع عمليات وفاء معينة رغم توفر الرصيد؛ فإن كانت أوامر الوفاء تتجاوز الرصيد، فإن البنك عند منعه تنفيذها لا يكون متدخلا، بل يلعب دوره الطبيعي كبنك رفض طلبا لزيادة القرض من مدينه (4).

لكن على المستوى العملي، فالأمر يختلف، إذ أنه بغض النظر عن صعوبة الوصول إلى تكييف المسير الفعلي، فإن القضاء يكاد يرفض تطبيقه تماما؛ فلم يعترف بصفة المسير الفعلي إلا نادرا (5)؛ يبدو على الأقل حسب القرارات المنشورة، أن جهات الاستئناف قليلا ما تعترف بصفة المسير الفعلي (6)؛ فالقضاء، شأنه شأن أي جهة أخرى، يخشى من عواقب مسؤولية المسير الفعلي على مؤسسة قرض: فالضرر الذي قد يتسبب فيه قد يتجاوز حدود القرض الذي منحته إلى تعويض معظم ديون المؤسسة المقترضة و ربما كلها.

فإن كان هذا الحال بالنسبة للمسؤولية المدنية كإطار لمساءلة البنك كمسير فعلي، فلن نتصور حالا أفضل لمن لهم مصلحة في مقاضاته إن اختاروا الإطار الثاني لها.

فعلا فالمادة 224 من القانون التجاري الجزائري تنص على ما يلي :

1) Idem, p. 354.

2) PRATT Georges, op. cit. p. 44.

3) AMIGUES Bruno – op.cit – p 08.

4) HEINZER Boris, op. cit. p. 356.

5) VIVANT Michel, op. cit. p. 04.

Voir aussi GRUA François – - "Responsabilité civile du banquier, service du crédit", Juris – Classeur Banque et crédit – fasc. 151, 1998 – p 12.

6) PRATT Georges, op. cit. p. 46.

"في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه، يجوز إشهار ذلك شخصيا على كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجورا كان أم لا :

- إذا كان ذلك المدير في ظل الشخص المعنوي أثناء قيامه بتصرفاته قد

قام لمصلحته بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.

- أو باشر تعسفا لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر لا يمكن أن يؤدي

إلا إلى توقف الشخص المعنوي عن الدفع.

و في حالة التسوية القضائية أو شهر الإفلاس الصادر طبقا لهذه المادة، تشمل الديون

علاوة على الديون الشخصية، ديون الشخص المعنوي.

و تاريخ التوقف عن الدفع هو نفس التاريخ المحدد بالحكم الذي قضى بالتسوية

القضائية أو إفلاس الشخص المعنوي" (1).

إن هذه المادة يمكن أيضا أن تشكل إطارا لمقاضاة البنك الذي يخل بالالتزام بعدم

التدخل عن طريق تسييره للمؤسسة المقترضة تسييرا قانونيا أو فعليا، و ذلك طبعا بتوافر الشروط

المنصوص عليها، لكن إذا كان القضاء يتخوف من المساءلة المدنية للبنك في هذه الحالة، خوفا من

حدود المساءلة التي قد تتسع بإتساع ديون المؤسسة المقترضة، فإن الخوف سيزداد حتما من تقرير

إشهار إفلاس بنك تطبيقا للمادة 224 أعلاه : لا يمكن أن نتجاهل أن إفلاس بنك كارثة مالية، و مأساة

اجتماعية لا يتمنى أي قاضٍ أن يكون من يقررها. هذا ما جعل المشرع الفرنسي يعوض المادة 182

من قانون 25 جانفي 1985 المتعلق بالتسوية القضائية و التصفية القضائية للمؤسسات بالمادة

L 651-2 من القانون التجاري الفرنسي التي خففت من آثار التسوية القضائية للشخص المعنوي على

مسيريه القانونيين أو الفعليين الذين اقترفوا خطأ ساهم في وضع مؤسستهم في هذه الإجراءات، جاعلة

(1) تقابل هذه المادة المادة 182 من قانون 25 جانفي 1985 الفرنسي بنصها :

"En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'une personne morale, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits ci-après :

- 1- avoir disposé des biens de la personne morale comme ses biens propres ;
- 2- sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans son intérêt personnel ;
- 3- avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement.
- 4- avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

En cas de redressement judiciaire prononcé en application du présent article, le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la personne morale.

La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement d'ouverture du redressement judiciaire de la personne morale."

من إمكانيات العودة عليهم تتلخص في المطالبة بديون الشخص المعنوي، سواء بشكل كلي أو جزئي⁽¹⁾.

على أساس هذه المادة من القانون التجاري الفرنسي، فقد تم تحميل بنك Worms الفرنسي مبلغ 44 مليون أورو على أساس أنه، حسب القرار القضائي الصادر في 29 أبريل 2004 و الذي فرض عليه تسديد هذا المبلغ، قد تصرف مع إحدى المؤسسات التي تحصلت منه على قرض، و هي مؤسسة Spad 24 SA كمسير فعلي؛ فعلا، فقد تحصلت الشركة من البنك على قرض في إطار أعمالها، ثم بعد معاناتها من صعوبات مالية أساءت مواجهتها بقرارات فوضوية، دخلت إجراءات التسوية القضائية، و اتجه انتباه دائنيها، أمام عدم كفاية أصولها، إلى مقاضاة بنكها محاولين وضع جزء من ديون المؤسسة على عاتقه.

لقد انتهى القرار القضائي إلى اعتبار البنك مسيرا فعليا يتحمل بأخطائه جزءا من ديون المؤسسة فقط من خلال أنه ثبت أمامه أن عاملين لدى البنك كانا يجلسان في مجلس إدارة الشركة المفلسة، و يصوتان ليس باسم البنك، لأنه في هذه الحالة سيكون تصرف البنك كمسير قانوني، و لكن باسميهما؛ فقد خلص القضاء إلى أن عقد العمل الذي يربطهما مع البنك يؤكد سلطة هذا الأخير على القرارات التي يتخذها هؤلاء، و يؤكد إذن أن البنك كان مسيرا فعليا عن طريق شخصين يعملان لحسابه.

غير أن مجلس فرساي قد تسرع فيما يبدو في محاسبة البنك في إطار هذه القضية: فحتى و لو اقتنع القضاء بأن العاملين لدى البنك و اللذان هما في نفس الوقت عضوين في مجلس إدارة الشركة المفلسة يعملان في الحقيقة لحساب مؤسسة القرض و بتوجيهاتها، فإن القضاء لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث فيما إذا كان البنك قد أساء استغلال هذه السلطة بالشكل الذي يجعل منه، كمسير فعلي، قد فرض قرارات خاطئة تسببت في الوضعية المالية المزرية للشركة؛ أمر كان بالإمكان التوصل إلى معرفة حقيقته بالإطلاع على محاضر مداولات مجلس الإدارة التي ساهم فيها الشخصان المعنيان، حتى يتم التعرف على طبيعة القرارات التي صوتا لأجلها، و ما إذا كانت في مصلحة البنك ضد مصلحة الشركة أو لا⁽²⁾.

¹) Art L 651-2 du code de commerce (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art 128) : « Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, la tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ».

²) AMIGUES Bruno – op.cit – p09.

إن هذا القرار القضائي يقدّم في الأخير مثالا عن صرامة مبالغ فيها إزاء مؤسسات القرض في إطار مساءلتها عن أخطاء تسييرها الفعلي للمؤسسات التي استفادت من قروض؛ أمر يبين أن قاعدة الخوف من تقرير صفة المسير الفعلي ليست مطلقة، بل و قد تقرر بسهولة في غير محلّها.

الفقرة الثالثة : مسؤولية البنك بصفته شريكا فعليا للمؤسسة المقترضة

قد يصل البنك في محاولة إصلاحه وضعا يراه خطرا و غير صائب في حياة المؤسسة المقترضة إلى تدخل مميز في حياتها، خاصة منها الحياة الخارجية و علاقاتها بالغير : أمام وضع كهذا فقد حدث و أن طالب دائنوا المؤسسة بمساءلة البنك على أساس كونه شريكا فعليا لها من أجل إجباره على تحمل ديونهم بالتضامن معها⁽¹⁾.

إن هذه الدعوى تبدو جد صعبة من حيث الوضع موضع التطبيق : خارج إطار فرضية كون البنك قد أخذ فعلا حصصا أو أسهما للاشتراك في الشركة المقترضة، فالعلاقة بينه وبين زبونه لا تحوي جميع عناصر الشركة⁽²⁾؛ حتى و أن اعتبرنا أن القرض يعتبر حصة البنك في الشركة الفعلية بينه و بين عميله، شرط أن يكن البنك قد أعفى المقترض من رده، أو رد جزء منه، أو حتى الفوائد فقط⁽³⁾، لكن اقتسام الربح و الخسارة، ونية التعايش المشترك عناصر غائبة في هذه العلاقة⁽⁴⁾. و القضاء يفرض اجتماعها حتى في الشركة الفعلية⁽⁵⁾؛ و يجب هنا أن نلاحظ أنه حتى و لو تنازل البنك على جزء من قرضه للمؤسسة المقترضة، فهذا لا يفترض باقي العناصر، و خاصة عنصر نية الاشتراك؛ فالتنازل قد يكون الغرض منه إنقاذ باقي القرض بإنقاذ المؤسسة من إفلاس حتمي أمام إرهاقها بسبب كثرة الديون.

من بين القضايا التي طرحت على القضاء الفرنسي في هذا الإطار قضية شركة عقارية SCI نشأت من أجل إنجاز و بيع مجمع عقاري، و قد طالبت من أجل ذلك بقرض من بنك Worms الذي وافق عليه ؛ إثر صعوبات مالية عانت منها الشركة، تمت مقاضاة البنك من طرف مسيرها على أساس كون البنك قد تصرف كشريك فعلي لشركة SCI ، و أنه على ذلك مطالب بتحمل ديونها بالتضامن ؛ لقد تم قبول هذه الدعوى أمام محكمة Aix-en-Provence ، و اعتبر البنك بالتالي شريك متضامنا. لكن إثر استئناف الحكم أمام مجلس Aix ، فقد صدر عنه قرار بموقف مخالف تماما:

¹) STOUFFLET, J., L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? La Semaine juridique, 6 janvier 1965, p. 1882.

² GRUA François – op.cit – p 12.

³) HAMMADI Arraid – La responsabilité civile du banquier – Thèse pour le doctorat d'Etat en droit , université de Tunis 2006, p 61.

⁴ HERGAULT, op. cit. p. 264.

⁵) LIKILIMBA, op. cit. p. 97.

فقد رأى المجلس أنه "من الضروري التمييز بين وضعيتين لكل منهما آثارا قانونية مستقلة : التدخل من جهة ، و هو مفهوم مرتبط بوجود سلطة على الغير غير متفق عليها، و نية التعايش المشترك من جهة أخرى، و هي مفهوم مرتبط بفكرة المشاركة و التي هي وحدها، من بين المفهومين، شرط لقيام الشركة، بحيث أن تصرفا يدخل في إطار التدخل، مهما كان غرضه، لا يمكن أن يعوض عنصر نية التعايش المشترك الموجود بين الشركاء" (1). و قد تبنى مجلس النقض الفرنسي موقف مجلس Aix⁽²⁾.

لكن الفقه (3) و القضاء (4) قد خلاصا إلى أن شركة باطلة، أو شركة نشأت من الواقع، قد تظهر في عين الغير على أنها شركة حقيقية، و ذلك ليس بفعل توفر شروط و أركان عقد الشركة، و إنما بفعل الظاهر، و الخطأ المشروع الذي نشأ في أذهانهم بوجودها؛ هذا الخطأ المشروع هو الذي يبرر قيام الشركة بالنسبة للغير حسن النية؛ هكذا فإن تدخل بنك في حياة المؤسسة المقترضة، و خاصة في حياتها و علاقاتها الخارجية بشكل مفضوح إلى درجة تغليب بعض دائئنها والمتعاملين معها يعتبر خطأ مشروعاً سيؤدي إلى إلزامه تجاههم رغم انعدام شروط الشركة. هذه الوضعية طبعا لا يمكن إلا أن تكون استثنائية، و لكنها ممكنة.

الفرع الثاني : المسؤولية عن الإخلال بحدود مبدأ عدم التدخل : المسؤولية عن الإخلال بواجب الحيطة

بشكل ملموس، يعني مبدأ عدم التدخل أنه ليس على البنك أن يقوم بأبحاث و طلب تيريرات للتأكد من سلامة العمليات التي يقوم بها زبائنه، أو عدم خطورتها على هذا الأخير، أو حتى

¹) CA d'Aix-en-Provence du 12 septembre 1991, cité par Guy Likilimba, op. cit. p. 97.

²) Cass. com. 15 juin 1993, cité par Guy Likilimba, op. cit. p. 97.

³) " La doctrine moderne a pourtant établi que ce qui justifie qu'au regard des tiers une société irrégulière ou créée de fait puisse être traitée comme une véritable société, ce n'est pas l'existence de rapports sociaux entre les associés de fait, rapports qui n'ont d'incidence que sur les règlements de comptes entre ces derniers, mais la fausse apparence et l'erreur légitime qu'elle a engendrée. Dans ces conditions, il convient d'admettre que cette seule apparence suffit pour qu'il y est société vis-à-vis des tiers de bonne foi. » STOUFFLET, J., op. cit. p. 1882.

Voir aussi VEZIAN Jacques— La responsabilité du banquier en droit privé français – Librairies techniques – 1977, p 167.

⁴) Justifie sa décision l'arrêt qui, ayant retenu que les tiers étaient fondés à croire en l'apparence d'une société créée de fait décide que le débiteur pouvait valablement se libérer de sa dette entre les mains d'un seul associé » rejet 10 Décembre 1991, CE Légisoft précité.

على الغير؛ لكن يجب على البنكي أن يبقى منتبها أمام العمليات التي تجري بينه و بين زبائنه الانتباه المنتظر من شخص محترف⁽¹⁾.

فعلا فإذا كان مبدأ عدم التدخل يجد مجاله في أعمال البنكي عموما، فإنه يجد بالمقابل عددا متصاعدا من الالتزامات التي تقع على عاتق البنك أو المؤسسة المالية، تستدعي متطلبات مناقضة له: فالنشاط البنكي محفوف بالمخاطر، و يمكن أن يكون مجالا لعمليات مغشوشة على حساب الزبون، أو على حساب مؤسسة القرض أو حتى الغير؛ و على ذلك، فإن هذا الخطر هو الذي يؤسس تكليف مؤسسات القرض بواجب مراقبة للعمليات التي تقوم بها مع عملائها؛ هذا هو فحوى الالتزام بالحيطه الذي موضوعه أن يُطلب من البنك أو من المؤسسة المالية أن تعين، من بين العمليات التي تقوم بها أو التي تعرض عليها، تلك العمليات التي تحتوي على عيوب ظاهرة، و في حالة وجود عملية كهذه، أن تقوم بما يمكنها القيام به لتفادي ضرر هذه العملية عنها و عن عميلها، و حتى عن الغير؛ هكذا، فإن كلا من الالتزام بعدم التدخل، و الالتزام بالحيطه يشكل حدا للآخر. لكن يبدو، حسب التوجه القضائي، أن مبدأ عدم التدخل يبقى هو المبدأ، و الالتزام بالحيطه استثناءً عليه⁽²⁾ : على البنكي إذن أن يجد التوازن المطلوب بينهما⁽³⁾.

إن أوجه الالتزام بالحيطه الملقى على عاتق البنكي، و الذي يسأل مدينا عن الإخلال به إما من قبل زبونه أو من قبل الغير في مجال القرض قد تبلورت شيئا فشيئا عن طريق قرارات قضائية أصبحت مستقرة على مستوى القضاء الفرنسي.

إن الحالات التي فرض فيها القضاء الفرنسي واجب الحيطه على مؤسسات القرض تدور حول مسألتين أساسيتين : الأولى متعلقة بوجود عيب ظاهر في العملية، و الثانية عن حالة كون القرض الذي تحصل عليه الزبون مخصصا لغرض معين يعلم به البنك أو المؤسسة المالية⁽⁴⁾.

¹) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, op. cit. p. 90.

²) LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, op. cit, p. 13.

³) « Certes, ne vous mêlez pas de ce qui ne vous regarde pas, ne cherchez pas, par exemple, à savoir quel usage font vos clients de leur argent, mais ne laissez pas se perpétuer, sans intervenir, des opérations inhabituelles dans la pratique commerciale, ou manifestement irrégulières, tel un montage de traites de cavalerie, des mouvements anormaux de capitaux résultant e détournement de fonds... Ne soyez ni indiscrets ni indifférents, voilà la délicate consigne qui est donnée aux professionnels ». (LE TOURNEAU, Quelques aspects des responsabilités professionnelles", GP 1986 II, p. 616, cité par Hammadi ARRAID, La responsabilité civile du banquier, Thèse pour le Doctorat en droit, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, 2004, p. 140.

⁴) LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, op. cit. p. 13.

الفقرة الأولى : حالة وجود عيب ظاهر في العملية

حسب مبدأ عدم التدخل إذن، ليس على مؤسسة القرض أن تقوم بعمليات مراقبة أو مساءلة لمعرفة إن كانت العملية التي يريد طالب القرض القيام بها قانونية، غير خطيرة للعميل نفسه أو لغيره ؛ لكن مع ذلك، فقد خلص القضاء إلى أن هذا المبدأ لا يدحض مسؤولية مؤسسة القرض عن عملية تظهر أو تبرز دون بحث من البنك أنها معيبة؛ واجب و حق الحياد إذن يزول أمام ظاهر العيب الذي يواجهه البنك (1).

في هذا الإطار، ليس على البنك أن يلاحظ و يواجه كل العيوب، لكن عليه ملاحظة العيوب الواضحة ، تلك التي لا يمكن أن تفلت من ملاحظة بنكي محترف (2). و قد ميز الفقه، في إطار تعريفه لهذه العيوب، بين العيوب المادية و العيوب المعنوية (أولاً)، لكن مهما كان الحال، فإن البنك يجب عليه لاستبعاد مسؤوليته أن يواجه هذه العيوب بالتصرف اللازم (ثانياً).

أولاً : أنواع العيوب الظاهرة

باستقراء ما استقر عليه القضاء، خلص الفقه إلى نوعين من العيوب يجب على البنك ملاحظتها إن كانت عيوباً واضحة و ظاهرة :

1- العيوب المادية :

قد يقوم البنك مع زبونه بعملية أساسها المادي وثيقة تحوي عيباً لا يمكن أن يخفى عن فحص بنكي محترف : كأن تكون الوثيقة مزورة بشكل واضح (3)، أو تحوي عبارات مشطوبة (4). أو غيرها من العيوب ؛ قد تكون هذه الوثائق سفاتج أو سندات الأمر، أو حتى شيكات استلمها البنك لخصمها، لكنها معيبة بتزوير أو شطب بشكل واضح؛ إن وضوح العيب هو الذي يؤسس مسؤولية البنك المدنية عن قيامه بهذه العملية. فالمسؤولية في هذه الحالة سهلة الإثبات و التأسيس بكامل عناصرها، طالما أن العيب ظاهر بمجرد فحص السند (5).

1) Idem.

2) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 281.

3) DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, op. cit. p. 85

3) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, Droit bancaire, op. cit. p. 92.

4) Idem.

5) LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, op. cit. p. 13.

2- العيوب المعنوية

إن العيوب المعنوية الواضحة التي يمكن أن تحويها العملية المبرمة بين البنكي و زبونه هي التي تجعل عمليات غير سليمة تبدو في ظاهر سليم⁽¹⁾. لكن العيب يبقى واضحا من خلال الظروف المحيطة بالعملية التي باجتماعها تبرز عدم سلامة هذه الأخيرة⁽²⁾؛ الأمر يتحقق مثلا عندما يقدم العميل عددا مشبوها من الأوراق التجارية للخصم، أو أوراقا لا يفوت على محترف كالبنكي أنها قد تكون سندات مجاملة، كأن تكون كلها بنفس الرقم، أو بأرقام كاملة، الأمر الذي يوحي أنها لا تشكل تجسيدا لعمليات حقيقية⁽³⁾.

إن العيب المادي يبدو أسهل من العيب المعنوي ليظهر للبنكي، لأنه مجسد في وثيقة يكفي أن يفحصها البنكي فحفا عاديا حتى يبرز له. لكن في كلتا الحالتين، فالعيب يظهر من فحص الوثائق و الإطار العام للعملية و ظروفها فحفا شكليا، لأن المبدأ هو عدم تدخل البنكي الذي يتجسد في كونه معفى من القيام بدور المحقق بمناسبة كل عملية يقوم بها لزيائنه؛ لكن لا يمكن للبنكي، تحت طائلة مسؤوليته المدنية، أن ينفذ عملية تحوي عيبا من هذه العيوب؛ فالعيب واضح و لا يمكن أن يغيب عن بنكي محترف، و لا يمكن أن يعذر بنك أو مؤسسة مالية عن عدم ملاحظته و التعامل معه كما يجب؛ لكن مع كل هذه الأطر، لا يمكن وضع حدود و تعاريف واضحة و دقيقة لما يعتبر عيبا واضحا، سواء كان ماديا أو معنويا، بل يجب ترك المجال للقضاء ليقدر وجوده من عدمه، و بالتالي ليرتب مسؤولية البنكي المدنية عن قيامه بعملية تحوي عيبا واضحا حالة بحالة⁽⁴⁾.

ثانيا : تصرف مؤسسة القرض في حالة ملاحظة عيب ظاهر

في حالة معاينة لعيب واضح في العملية التي يعرضها العميل، سواء كان العيب ماديا أو معنويا، يجب على البنك أن يتصرف بحيث يتم تفادي خطورة هذه العملية عن نفسه، عن عميلة و حتى عن الغير تحت طائلة مسؤوليته المدنية ؛ قد يكون تحذير الزبون من هذه الخطورة كافيا كتصرف من البنك لدحض مسؤوليته تجاه زبونه أو تجاه الغير، لكن قد يكون التصرف اللازم والكافي لذلك هو عدم تنفيذ العملية من الأساس⁽⁵⁾.

¹) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 282.

²) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, Droit bancaire, op. cit. p. 91.

³) LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, op. cit. p. 13.

⁴) Idem.

⁵) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, Droit bancaire, op. cit. p. 92.

لقد لخص الفقيه Bonneau واجب البنك أو المؤسسة المالية في إطار الالتزام بالحيطة في ثلاثة مراحل تلخيصا يستقطب الانتباه : فبالنسبة له، يندرج واجب مؤسسة القرض الذي تضع نفسها باحترامه في مأمن من المساءلة المدنية في احترام الأوجه الثلاثة لهذا الالتزام و هو الحيطة - المراقبة، الحيطة - الاستعلام و الحيطة - التمييز⁽¹⁾.

بمقتضى وجه الحيطة - المراقبة، فإنه يجب على البنك أن ينتبه إلى العمليات التي يقوم بها لمصلحة زبائنه، و أن يعاين فيها تلك التي تحتوي على عيوب واضحة، سواء كانت مادية أو معنوية. فإن عاين عيبا من هذه العيوب بمناسبة أدائه لعملية ما، وجب عليه على أساس الوجه الثاني للالتزام بالحيطة-الاستعلام، أن يستعلم من عميله عن هذا العيب و عن ظروف العملية استعلاما كافيا يجعله يتأكد من وجود العيب من عدمه، خاصة إذا كان أمام عيب معنوي⁽²⁾؛ فإن تأكد من وجود العيب كان عليه احترام الوجه الثالث، الحيطة - التمييز، و الذي فحواه أن يواجه هذا العيب كبنكي مميز بالتصرف اللازم لإبعاد خطر العملية ؛ فإن كان من الضروري رفض أداء العملية أو منح القرض تماما واجب عليه القيام بذلك، و إن كان في مجرد نصح و تحذير العميل كاف وجب عليه ذلك أيضا⁽³⁾. في هذا الإطار، يتداخل واجب الحيطة مع واجب تقديم النصيحة⁽⁴⁾.

¹) « autrement dit, certes le banquier ne doit pas s'immiscer dans les affaires de ses clients, mais il doit en bon professionnel s'informer sur les opérations que ses clients veulent faire et au besoin avoir suffisamment de discernement pour refuser de prêter son concours à de telles opérations. Ainsi entendu, le devoir de vigilance qui présente trois aspects, à savoir la surveillance, l'information et le discernement, correspond à une norme permettant d'apprécier la responsabilité d'un banquier normalement diligent. » (BONNEAU Thierry – op.cit – p 281.

²) « Après avoir constaté que les débits de comptes de sociétés étaient très importants, témoignant d'une dérive tout à fait anormale, et que des caisses de crédit avaient eu connaissance du rapport d'audit de ces sociétés, réalisé à leur demande, et montrant que la viabilité de celles-ci était subordonnée à la mise en œuvre de mesures de rationalisation et à des financements adaptés, une cour d'appel qui relève ensuite qu'à compter de ce moment les caisses auraient donc du faire preuve d'une vigilance particulière, mais que néanmoins elles avaient consenti une nouvelle consolidation des découverts sans se préoccuper de la réalité de la mise en œuvre des recommandations contenues dans le rapport d'audit et sans même exiger que leur soient présentés des comptes certifiés, alors que la situation des sociétés était irrémédiablement compromise, justifie légalement sa décision, retenant que les caisses ont soutenues abusivement ces sociétés, ayant ainsi fait apparaître qu'alertées de la sorte, les caisses auraient pu connaître cette situation si elles s'étaient informées » Cour de cassation.com, 26 Mars 1996, Dalloz affaires n°- 19/1996, Chroniques, p 580.

³) Bonneau Thierry – op.cit – p 281..

⁴) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, Droit bancaire, op. cit. p. 92.

الفقرة الثانية : حالة كون مبلغ القرض مخصصا لغرض معين

إن مبدأ عدم التدخل يعني البنك من الاهتمام بمآل الأموال الممنوحة في إطار قرض⁽¹⁾. لأن البنك أجنبي، و يجب أن يبقى أجنبيا عن تسيير الأموال التي أقرضها، فإن المبدأ هو أن لا يسأل البنك عن الضرر الذي قد يصيب المقرض و الغير بسبب سوء استعمال أموال القرض⁽²⁾. فالمبدأ الساري هنا هو مبدأ حرية التسيير الذي مقتضاه حرية استعمال أموال القرض من طرف المؤسسة المقرضة⁽³⁾؛ لكن هنا أيضا، كان للقضاء دوره في صقل و بلورة حد لعدم تدخل البنك: فعدم مسؤوليته في مجال مآل الأموال الممنوحة في إطار عقد قرض ليست مطلقة، و هناك حالات يُسأل فيها البنك عن عدم قيامه بمراقبة مآلها⁽⁴⁾ الذي يجب أن يحرص على احترامه إذا كان عالما به في أطر ما⁽⁵⁾؛ فعلا فإن قاعدة عدم تدخل البنك ليست من النظام العام، و يمكن أن يوجد في عقد القرض بين البنك و المستفيد من القرض ما يفيد عكسها، عن طريق قرض لتمويل عملية محددة، يلتزم فيه البنك بمراقبة احترام تخصيص الأموال⁽⁶⁾.

فعلا، لقد أصبحت عقود القرض شيئا فشيئا تفرض تخصيص مبلغ القرض لغرض محدد، أي تمويل عملية محددة، فالتخصيص سيكون فيه ضمان أكبر للبنك في استرداد أموال يصبها في جهة واحدة تسهل مراقبتها، بدل انتشارها على نشاطات مبعثرة للمستفيد؛ لهذا الغرض إذن، أصبحت عقود القرض تعطي للبنك الحق في مراقبة تخصيص القرض: حق يقترن بالتزام من الطبيعي أن تقوم مسؤولية البنك عن الإخلال به عندما لا يكون البنك قد راقب الأموال التي ضاعت بفعل الوضعية المالية التي أصبحت ميثوسا منها للمستفيد من القرض⁽⁷⁾.

إن مراقبة تخصيص الأموال أمر قد يبدو لمصلحة البنك للحفاظ على حظوظه في استرداد قرضه، و الغير الذين يستفيدون من هذا التخصيص. لكن هل يمكن تصور الشخص المقرض متضررا من عدم مراقبة بنكه لتخصيص الأموال؟

¹) LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, op. cit. p. 14.

²) VEZIAN Jacques, op. cit. p. 164.

³) LIKILIMBA Guy, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, recherche d'une approche globale*, op. cit. p. 19.

⁴) VEZIAN Jacques, op. cit. p. 164.

⁵) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 281.

⁶) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique – op.cit – p 599.

Voir aussi LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, op. cit. p. 14.

⁷) LIKILIMBA Guy, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté : recherche d'une approche globale*, op. cit. p. 89.

يمكن تصور الأمر من خلال وقائع قضية طرحت على القضاء الفرنسي: أراد زوجان يملكان عمارة القيام بأشغال تجديد و ترميم عليها، و كلفا بذلك شركة متخصصة في هذه الأشغال، و وكلاهما للحصول على قرض لتنفيذ هذه الأعمال، و أيضا للتصرف فيه.

فعلا، بعد طلب قرض باسم موكلها و لحسابها من بنك، تحصلت الشركة على مبلغ مالي لفائدة الزوجين، مخصص لإجراء عمليات الترميم؛ على أساس عقد الوكالة دائما، فقد أودع المبلغ في حساب الشركة التي استغلت منه الثلثين دون قيامها بالأشغال المخصصة لفائدة الزوجين على عقارهما؛ بعد ذلك وقعت الشركة في صعوبات مادية، و دخلت إجراءات التسوية القضائية.

بناء على قواعد المسؤولية العقدية، و لعدم احترامه بنود العقد الذي ربطتهما، و الذي أبرم بمقتضى وكالة للشركة قبل أن تفلس، فقد أعاب الزوجان على البنك كونه لم يحترم تخصيص القرض الذي منح لهما، و ترك الشركة تتصرف فيه لأغراض لا علاقة لها بالمشروع الذي كان القرض مخصصا صراحة لتمويله.

أثار البنك كما هو متوقع مبدأ عدم التدخل، و رد على الزوجين المدعين بأنه لا يمكن أن يبحث و يراقب بمقتضى هذا المبدأ في تصرفات الشركة التي، مهما كان الحال، تتصرف بمقتضى وكالة منهما، كما لا يمكنه أن يفرض على الشركة فتح عدد حسابات بقدر المشاريع التي تتجزأها.

غير أنه، عند وصول القضية بهذه الدفوع إلى مجلس النقض الفرنسي، فإنه دحض دفوع البنك، و قرر أنه لا يمكن التدرّج بمبدأ عدم التدخل، و عدم تنفيذ عقد القرض، و حتى عقد الوكالة، و السماح باستغلال أموال القرض لأغراض غير تلك التي تم الاتفاق عليها في عقد القرض⁽¹⁾.

لكن طالما أن تخصيص الأموال لتمويل غرض محدد لا يمكن أن يكون إلا بمقتضى عقد القرض فهل يمكن لغير المستفيد من هذه الأموال، و بخاصة دائنيه، أن يسائلوا البنك عن إخلاله بالتزامه التعاقدى إخلالا أضرب بهم؟.

¹) "Une banque ne peut favoriser consciemment ou imprudemment, au mépris des termes des contrats de mandat et de prêt, l'utilisation du montant de ce prêt pour d'autres fins que le financement des travaux auquel il était destiné", cass. com 18 mai 1993, CD Légrisoft précité.

لا شك في أن تصرف البنك بهذا الشكل فيه ضرر على الغير، يتمثل في حرمانهم من مبالغ القرض المخصصة لهم : فالأصل أن يكون بند التخصيص لتسديد مستحقات دائني المقترض من عملية أو أشغال ما، إما بتسديد مباشر من البنك، إما من قبل المستفيد من القرض (1).

لقد طرحت هذه القضية على القضاء الفرنسي ؛ فقد قامت شركة باقتراض مبلغ مالي من أجل تمويل مشروع عقاري ؛ و بعد حصولها على القرض، تم تنفيذ المشروع فعلا، و لكن بعد مدة وجيزة من ذلك، دخلت الشركة المستفيدة من القرض في إجراءات التسوية القضائية قبل أن يتمكن المقاولون المتعاقدون معها من الحصول على مستحقاتهم؛ فقام هؤلاء برفع دعوى على البنك، معتبرين إياه مدينا لهم على اعتبار أن عقد القرض مع الشركة ينص على أن الأموال مخصصة لتنفيذ المشروع العقاري للشركة المستفيدة، بما فيه تسديد مستحقات المقاولين.

طرحت إذن القضية على المحكمة التجارية لـ Castres و قد خلصت المحكمة إلى أن عقد القرض لا يضع اشتراطا لمصلحة الغير، و أنه على ذلك، و نظرا للأثر النسبي للعقد، فإنه ليس للمقاولين صفة للاستناد إليه في طلباتهم.

إن هذا الوقف قد أكده مجلس النقض الفرنسي بمقتضى قرار صدر عنه عند وصول القضية على مستواه (2).

إن البت في هذه القضية قد تم بشكل يساير نصوص القانون المدني الفرنسي، و حتى الجزائري في مجال العقود : إذ أنه من المقرر أن العقد ذو أثر نسبي، لا يمكن أن يطالب بتنفيذه، و أن يسأل على عدم التنفيذ إلا أطراف العقد، و ذلك ما لم يكن العقد يحتوي على اشتراط لمصلحة الغير؛ لكن القضاء، أمام هذا الطريق المغلق، قد توجه إلى حماية الغير في حالات كهذه بالاستناد إلى قواعد المسؤولية المدنية، عن طريق خلق التزام على عاتق البنك بالحدز في حالة وجود بند لتخصيص أموال القرض لغرض معين، من أجل حماية مصالح الغير أيضا؛ هكذا و بمقتضى الالتزام العام بالحيطه الواقع على البنك، فإنه يمكن أن يُسأل مدنيا من قبل الغير مسؤولية تقصيرية عن عدم التصدي لملاحظة حركات غير طبيعية في الحساب بينه وبين زبونه، أدت إلى ضياع القرض على حساب الغير الذي كان من المفروض أن يستفيد منه (3)؛ و هنا تكمن خصوصية ما قدمه القضاء في

1) LIKILIMBA Guy, op. cit. p. 89.

2) Idem.

3) VEZIAN Jacques, op. cit. p. 166.

Voir aussi : BONNEAU Thierry, op. cit. p. 281.

Voir aussi : LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, op. cit. p. 14.

هذا الإطار: فمسؤولية البنك، لو كانت فقط مسؤولية عقدية تجاه عميله المتضرر من عدم تنفيذه لبند المراقبة، لكانت مجرد تطبيق لقواعد القانون المدني في باب المسؤولية عن عدم تنفيذ التزام تعاقدية.

يجب الإشارة هنا إلى أن المشرع الفرنسي قد خص بنص تشريعي تنظيم التزام يقع على مؤسسة القرض بمراقبة مآل الأموال الممنوحة من طرفه للمستفيد من القرض، لكن هذا الإلتزام محدود بمجال الأشغال العقارية: فعلا، فقانون 10 جوان 1994 قد أضاف إلى القانون المدني الفرنسي نصا جديدا هو المادة 1799-1؛ بمقتضاه يلزم على البنك، في حالة حصول صاحب المشروع العقاري على قرض منه لتمويل كامل المشروع، أن يقوم بتسديد أتعاب الغير من مقاولين و مهندسين، و غيرهم طالما قاموا بكامل التزاماتهم: نص يؤسس مسؤولية مؤسسة القرض عن الإخلال به تجاه الغير⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مسؤولية البنك و المؤسسة المالية في مجال المعلومات

بفعل عملها في مجال القرض، تطلع البنوك و المؤسسات المالية على أسرار أعمال زبائنهم، وخبايا تجارتهم، بل و حتى تفاصيل عن حياتهم الشخصية : أسرار من الضروري، و الحياتي أحيانا، الحفاظ عليها (الفرع الأول): فهذا من أهم أسرار نجاح النظام البنكي السويسري⁽²⁾.

إن الحفاظ على أسرار عملائه من مصلحة البنك نفسه، فهو الذي يتمسك بذلك في مواجهة من يطلب معلومات عنهم حفاظا على مصلحته في عدم خسارتهم؛ لكن أمام أهمية المعلومات في مجال التجارة و الأعمال، لا يمكن أن تتكر أهمية استغلال المعلومات التي تحوزها مؤسسات القرض، بشكل لا يتعارض مع السر المهني: أمر يطرح فرضية اقترافها أخطاء يمكن أن تؤسس مسؤوليتها المدنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للبنك و المؤسسة المالية عن الإخلال بالإلتزام

بالسر البنكي

إن الإلتزام بالسر المهني من الإلتزامات التي نشأت من مصدر قضائي: إلتزام وجد فيما بعد طريقه إلى التشريع؛ فهو إلتزام مؤطر من قبل كل التشريعات.

حسب القانون الجزائري، فإن مبدأ السر البنكي مكرّس و ثابت، لكن لغرض حماية مصالح عامة و خاصة، فقد وردت استثناءات على هذا المبدأ.

¹) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique – op.cit – p 605.

²) GAVALDA Christian, *Le secret bancaire français*, DPC, 1990, tome 16, n° 1; p. 57.

هكذا، فإن المسؤولية المدنية للبنك أو للمؤسسة المالية تقوم عن إفشاء سر بنكي تجاه صاحب السر، أي العميل؛ لكن إن تم إفشاء هذا السر بسبب وجود استثناء من الإستثناءات على مبدأ الخضوع للسر البنكي المقررة للمصلحة العامة، فلا حديث عن مسؤولية مدنية لمؤسسة القرض هنا؛ وإن كان استبعاد المسؤولية بسبب كشف السر لدواعي قيام استثناء من الإستثناءات المقررة للمصلحة الخاصة عن مبدأ الخضوع للسر البنكي، فإن الأمر في هذه الحالة يتجاوز استبعاد مسؤولية البنك المدنية تجاه زبونه عن إفشاء السر إلى مساءلته مدنيا عن عدم إفشائه من قبل المستفيدين من هذه الإستثناءات.

الفقرة الأولى - المبدأ: الخضوع للسر البنكي

تلتزم البنوك و المؤسسات المالية بالسر البنكي فيما يخص المعلومات التي تتحصل عليها في تعاملها مع زبانتها، بمن فيهم المقترضين، و ذلك بصريح الفقرة الأولى من المادة 117 من الأمر 03-11 :

"يخضع للسر المهني، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

- كل عضو في مجلس إدارة، و كل محافظ حسابات، و كل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها"

إن ورود نص خاص بالإلتزام بالسر البنكي في قانون النقد و القرض أمر اتضح لدى الملاحظين أنه ضروري⁽¹⁾: فالمادة 301 من قانون العقوبات⁽²⁾ التي تعاقب على إفشاء السر المهني، لا تطبق هنا بشكل بديهي: فقد قامت في هذا الإطار نقاشات فقهية متعلقة بمدى خضوع السر البنكي للنص العام الذي يجرم إفشاء السر المهني، و اختلفت فيها القرارات القضائية في فرنسا إلى أن فصل في الأمر بصدور نص خاص بالسر البنكي و حمايته في قانون 24 جانفي 1984.

¹⁾ Voir par exemple François Bordas, Devoirs professionnels des établissements de crédit, *JC Banque et crédit*, 1994, p. 6.

Voir aussi Christian Gavalda, op. cit. p. 58.

²⁾ م 301 من قانون العقوبات : "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 20 000 إلى 100 000 دج الأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها و يصرح لهم بذلك".

يجب هنا التوقف عند إشكالية السياسة التشريعية في تحرير هذه المادة : سابقا، و في إطار القانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض الملغى، كانت المادة 169 المتعلقة بالسر المهني تنص في فقرتها الأولى على أنه:

"يتعين على كل عضو مجلس إدارة و كل محافظ حسابات و كل شخص اشترك أو يشترك بأية صفة كانت في إدارة أو تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان مستخدما سابقا لديه، كتمان السر المهني ضمن الشروط و تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات".

إن الفرق بين المادة 169 هذه و المادة 117 أعلاه واضح: إن تأطير المشرع الجزائري لجريمة إفشاء السر البنكي جاءت بتركيب نصين: المادة 117 من قانون النقد و القرض، و المادة 301 من قانون العقوبات؛ هذا التأطير المركب يوضح بدقة الأشخاص الذين يمكن متابعتهم بجريمة إفشاء السر (في الفقرة الأولى من المادة 117)، و العقوبة التي تسقط عليهم (بإحالة في هذه النقطة فقط إلى المادة 301). لكن المشرع أهمل شطرا كاملا من الركن المادي للجريمة: ما هو الفعل المعاقب عليه.

إن المادة 169 من قانون 90-10، بنصها على عبارة "... ضمن الشروط..." فإنها تحيل في الركن المادي لجريمة إفشاء السر البنكي إلى المادة 301 و تكون بذلك قد ردت الفعل، و احترمت في ذلك مبدأ الشرعية، و مبدأ التفسير الضيق للنصوص الجزائية المنفرع عنه: أمر غير وارد في المادة 117 من أمر 03-11، و هذا أحد مواضع تقهقر السياسة التشريعية بين قانون 90-10، و أمر 03-11 المتعلقين بالنقد و القرض.

إن المؤكد، حسب رأينا، أن تأطيرا كهذا لجريمة إفشاء السر البنكي سيؤدي إلى إشكالات عدة على المستوى العملي، لكن هذا الإشكال لا يعني إلا جانب المسؤولية الجزائية للشخص الذي أفشى السر؛ أما على مستوى المسؤولية المدنية، فهناك حيز أوسع من حيز المسؤولية المدنية في إطار الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة: فعلا فالفقه يقر بقيام التزام على البنك، هو الالتزام بالتكتم (obligation de discrétion)، و هو التزام يحوي الالتزام بالسر البنكي، و يؤدي في حالة مخالفته إلى المسؤولية المدنية لمؤسسة القرض⁽¹⁾؛ فعلا، فهذا الإلتزام بحفظ أسرار العميل التي يطلع عليها

¹) GAVALDA Christian, op. cit. p. 61.

البنك و أعوانه بفعل التعاقد معه التزام قديم و معروف على المستوى المدني: ثقة العميل يجب أن يقابلها تكتم البنك و أعوانه عن أسرارهِ (1).

الفقرة الثانية : الإستثناءات على مبدأ الالتزام بالسّر البنكي

لقد دفعت بعض المصالح بالمشرّع إلى التضحية بالحق في الحماية بالخضوع للسّر البنكي في مواجهتها، الأمر الذي أدى إلى وضع استثناءات عدة لمبدأ الالتزام بالسّر المهني الواقع على البنكي، بعضها لحماية مصالح عامة، و أخرى خدمة لمصالح خاصة.

أولاً : كشف السّر البنكي لدواعي المصلحة العامة

وردت استثناءات على مبدأ الالتزام بالسّر البنكي مقررة للمصلحة العامة في قانون النقد و القرض ذاته و توزعت أخرى على قوانين مختلفة غيره.

1- الاستثناءات الواردة في قانون النقد و القرض

أشارت إلى هذه الاستثناءات المادة 117 من أمر 03-11.

أ- اللجنة المصرفية:

حسب منظور المشرّع الجزائري، فإن اللجنة المصرفية هي جهاز رقابة البنوك و المؤسسات المالية في الجزائر. ضرورة الرقابة إذن تستدعي عدم مواجهتها من قبل مؤسسات القرض هذه بالسّر المهني : الأمر مكرّس في المادة 117 في فقرتها الثامنة، و في الفقرة الأخيرة من المادة 109 التي سبقتها في منع الاحتجاج بالسّر المهني تجاه اللجنة المصرفية.

إن هذا الاستثناء الأول عن مبدأ الالتزام بالسّر البنكي بديهي و منطقي ؛ فقد فرض المشرّع على هذه الهيئة واجب مراقبة البنوك و المؤسسات المالية. و من أجل ذلك، مكنها من طلب وثائق من هذه الأخيرة ترسل إليها دورياً، بل أنه مكنها أيضاً من الانتقال إلى مقرات أو فروع هذه المؤسسات، و القيام بأعمال مراقبة في الأمكنة ذاتها (2)، أمر لا يمكن دون أن يقرر المشرّع استثناء هذه الهيئة من حيز فرض الالتزام بالسّر البنكي.

1) « Ce devoir de discrétion se rattache au contrat conclu avec le client dont certains éléments de la vie privée dans sa composante personnelle et familiale et dans ses composants patrimoniaux sont successivement livrés à la connaissance des banques, ne serait-ce qu'au travers des opérations enregistrées à son compte. La confiance que le client témoigne au banquier a pour contrepartie le devoir de discrétion » GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, Droit du crédit , *Les institutions*, op. cit. p. 384.

(2) أنظر أعلاه الصفحة 92.

لكن إذا كان استبعاد حماية السر البنكي قد فرض هنا لحماية مصلحة عامة أعلى، فإن ذلك يجب أن لا يتجاوز الحد الضروري لذلك : فالسر البنكي، إن كان يجب لضرورة رقابة المؤسسات المصرفية أن يصل إلى أعضاء اللجنة المصرفية، فقد منع المشرع هؤلاء من إفشائه، ويصبحون إذن بذلك خاضعين لهذا الإلزام تحت طائلة المادة 301 من قانون العقوبات: فقد فرضت المادة 117 من فقرتها الثالثة احترام السر المهني على: "كل شخص يشارك أو شارك في رقابة البنوك و المؤسسات المالية وفقا للشروط المنصوص عليها...".

وعيا من المشرع بضرورة التعاون بين الدول و مؤسساتها لمحاربة جرائم تمتد على أكثر من دولة، فقد مكن اللجنة المصرفية، استثناءً على مبدأ خضوعها و أعضائها إلى السر المهني، من تبليغ معلومات إلى السلطات المكلفة بحراسة البنوك و المؤسسات المالية في بلدان أخرى، مع مراعاة المعاملة بالمثل، و شريطة أن تكون هذه السلطات في حد ذاتها خاضعة للسر المهني بنفس الضمانات الموجودة في الجزائر (1).

ب- بنك الجزائر

في إطار قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض الملغى، فقد استثنى البنك المركزي (و هو بنك الجزائر حسب التشريع الساري حاليا) صراحة من مجال فرض التقيد بالسر البنكي بمقتضى المادة 169 في فقرتها الثانية التي جاء فيها: "بالإضافة إلى الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون، لا يمكن الإحتجاج بالسر المهني تجاه البنك المركزي و اللجنة المصرفية و السلطة القضائية التي تعمل في إطار ملاحقة جزائية".

حسب أمر 03-11، فقد جاء في الفقرة الثامنة من المادة 117 منه، أنه يستثنى من مجال فرض الإحتجاج بالسر البنكي "اللجنة المصرفية أو بنك الجزائر الذي يعمل لحساب هذه الأخيرة طبقا لأحكام المادة 108 أعلاه؛ و المادة 108 نظمت فعلا الوسائل الممنوحة للجنة المصرفية لأداء مهامها، و منها كون بنك الجزائر أساسا ماديا لها بجعل مفتشيه تحت أوامر اللجنة المصرفية للقيام بأعمال التفتيش و المراقبة.

الفرق بين النصين واضح : فالأمر 03-11 لا يستثنى بنك الجزائر كمؤسسة بذاتها ولها مهامها الخاصة في النظام المصرفي، كما فعل مشرع 1990، و إنما ما فعله في المادة 117 هو فرض عدم الإحتجاج بالسر البنكي على بنك الجزائر عندما يعمل لحساب اللجنة المصرفية و يواجه بالتالي بالسر المهني في الأطر الأخرى !...

(1) الفقرة الأخيرة من المادة 117 من أمر 03-11.

لا نفهم سياسة المشرّح في تحريره لهذه المادة : في الوقت الذي يؤكد عدم إمكان الاحتجاج بالسر في مواجهة اللجنة المصرفية أكثر من مرة، يترك الأمر غامضا بالنسبة لبنك الجزائر على الأقل بقراءة المادة 117 وحدها.

هذا رغم أن المشرّح يرد و يناقض نفسه في نفس القانون عندما أطّر الدور الذي أسنده لبنك الجزائر بصفته مؤسسة مستقلة تماما عن اللجنة المصرفية: الأمر يتعلق بمركزيات المخاطر التي ينظمها و يسيرها حسب قانون النقد و القرض نفسه، و أنظمة مجلس النقد و القرض (و هي نظام 01-92 الذي يتضمن تنظيم مركزية الأخطار و عملها، نظام 02-92 الذي يتضمن تنظيم مركزية للمبالغ غير المدفوعة و عملها، نظام 07-96 الذي يتضمن تنظيم مركزية الميزانيات و سيرها، كل ذلك احتراما للمادة 141 من أمر 11-03 التي تبقى على العمل بالأنظمة التي جاءت في إطار قانون 10-90 الملغى إلى غاية استبدالها بأنظمة جديدة).

عن طريق هذه المركزيات، تتركز و تجتمع في جهة واحدة، هي بنك الجزائر وبالضبط المركزية المعنية، كل المعلومات المتعلقة بشخص، أو مؤسسة، لمعرفة ماضيها المصرفي، و حتى المحاسبي؛ عمل بنك الجزائر في إطار هذه المركزيات هو جمع المعلومات التي تجبر البنوك و المؤسسات المالية على تقديمها، و تقديمها هو بدوره للبنوك و المؤسسات المالية التي تطلبها بشكل يحترم السر المهني بإلزامها على الحفاظ عليه عند استقبال هذه المعلومات: فقد جاء في المادة 98 من أمر 11-03 (فيما يتعلق بمركزية المخاطر مثلا) :

"ينظم بنك الجزائر و يسيّر مصلحة لمركزه المخاطر تدعى "مركزية المخاطر" تكلف بجمع أسماء المستفيدين من القروض و طبيعة القروض الممنوحة و سقفاها و المبالغ المسحوبة والضمانات المعطاة لكل قرض، من جميع البنوك و المؤسسات المالية.

يتعين على البنوك و المؤسسات المالية الانخراط في مركزية المخاطر، و يجب أن تزود مركزية المخاطر بالمعلومات المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة.

يبلغ بنك الجزائر لكل بنك و مؤسسة مالية بطلب منها، المعلومات التي يتلقاها عن زبائن المؤسسة.

يعد المجلس، طبقا لأحكام المادة 62 من هذا الأمر، النظام الذي ينظم سير مركزية المخاطر و تمويلها من قبل البنوك و المؤسسات المالية التي لا تتحمل سوى تكاليفها المباشرة.

ينظم بنك الجزائر مركزية المخاطر و مركزية للمستحقات غير المدفوعة".

هكذا، فإذا عجز المشرع عن وضع صياغة واضحة في المادة 117 تفيد صراحة غرضه في فرض عدم الاحتجاج بالسر المهني على بنك الجزائر من أجل تمكينه من أداء دوره، فإن المادة 98 أعلاه تفي بهذا الغرض فيما يتعلق بالمركزيات.

ج - السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي

إن مهمة البحث و التّحري، و هي لب الإجراءات الجزائية، هي بطبعها جمع معلومات؛ الكثير من الجرائم تتم بالتعامل مع البنوك، بل أن الكثير منها لا يكون ممكنا دون التعامل معها: هذا ما يجعل المعلومات التي تحوزها البنوك ضرورية و جوهرية، خاصة في هذا النوع من الجرائم. في هذا الإطار لا يمكن أن يكون السر البنكي حاجبا ضد مقاضاة و معاقبة المجرمين.

على ذلك، فقد جاء في المادة 117/ الفقرة السادسة أنه لا يحتج بالسر البنكي تجاه "السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي".

إنه من الواضح، من طريقة تحرير المادة، أن المشرع لا يقصد رفع الالتزام بالسر البنكي في مواجهة البنك أمام قاضي الحكم الجزائي فقط، بل يقصد كل الأجهزة التي تشكل سلطة قضائية خلال مراحل الإجراءات الجزائية: الأمر يتعلق بوكيل الجمهورية، قاضي التحقيق، و قاضي الحكم، و سواء كان الأمر أمام جهات قضائية عادية أو استثنائية (1).

إنه من الواضح من قانون النقد و القرض أنه في مواجهة سلطة قضائية متدخلة خلال إجراءات دعوى جزائية، فإن البنك يتحلل من التزامه بالسر البنكي، و لا يمكن بالتالي مواجهته عن ذلك لا بالمسؤولية الجزائية، و لا المدنية لأنه إن كان الأمر كذلك، لأصبحت البنوك جنة المجرمين؛ كما أنه أمر يتناقض مع البحث عن الحقيقة، الذي هو قلب قانون الإجراءات الجزائية؛ يجب تذكر أن الأشخاص المجسدين للسلطة القضائية هم أنفسهم محكومون بالسر المهني.

إن الإشكال يطرح بالنسبة لبنكي، في مواجهته لضباط الشرطة القضائية الذين يطلبون منه معلومات حول زبون ما يشتبه في أنه له علاقة بمجرم أو بجريمة : فهل يجوز للبنك إفشاء السر هنا دون خشية مساءلته جزائيا أو مدنيا من قبل زبونه ؟.

إن المادة 63 من قانون الإجراءات الجزائية تؤكد أن ضباط الشرطة القضائية يقومون بتحقيقات ابتدائية إما بناء على تعليمات من وكيل الجمهورية، أو تلقائيا. لذلك، فإن كان

¹) LASSERRE Jérôme, "Le secret bancaire face au juge pénal en droit français", *Le secret bancaire, Journées franco-suisses de droit bancaire*, Université de Strasbourg, 19-02-2010, p. 65.

تصرف الضابط صادرا في إطار تعليمات وكيل الجمهورية، فلا شك في أن البنك غير ملزم بالسر المهني طالما أنه يواجه سلطة قضائية (1)؛ الأمر نفسه إذا كان ضابط الشرطة القضائية يتصرف في إطار إنابة قضائية (2).

لكن الأمر يختلف إذا كان ضابط الشرطة القضائية يتصرف من تلقاء نفسه: فهو لا يشكل سلطة قضائية، و يبقى بالتالي البنك الذي يواجهه في هذا الإطار، ملزما بالسر البنكي تحت طائلة المسؤولية الجزائية و المدنية: هذا ما يجعل بعض الفقهاء ينصحون البنك بطلب وثيقة مكتوبة من ضابط الشرطة القضائية تفيد أنه يتصرف تحت تعليمات وكيل الجمهورية (3) أو في إطار إنابة قضائية.

إن المشرّع واضح و صريح من حيث رفع الالتزام بالسر البنكي فقط عندما يواجه البنك السلطة القضائية خلال إجراء جزائي. أما أمام القضاء المدني، فطالما لا يوجد نص صريح يستثني السر البنكي، فمؤسسات القرض تبقى ملزمة به تحت طائلة مسؤوليتها المدنية و الجزائية.

2- الإستثناءات الواردة في قوانين أخرى:

في إطار نصوص قانونية متفرقة، إستثنى المشرّع جهات أخرى من دائرة فرض السر البنكي في مواجهتها لتحقيق مصالح مختلفة.

أ- رفع السر البنكي في مواجهة إدارة الجمارك

تختص إدارة الجمارك بمهام في غاية الأهمية في أي دولة، من بينها البحث والتحري عن الجرائم الجمركية: هذا ما يجعل أهمية و منطق رفع السر البنكي في مواجهتها هو نفسه في مواجهة السلطات القضائية الفاعلة في إطار الإجراءات الجزائية.

إن المعلومات التي تحوزها البنوك إن مهمة جدا لتمكين إدارة الجمارك من أداء بعض مهامها. على ذلك، لا يمكن لمؤسسة قرض مواجهة هذه الإدارة بالسر البنكي في حالة طلبها معلومات أو وثائق (4)، و ذلك طبقا للمادة 48 من قانون الجمارك التي جاء فيها :

1) BORDAS François, op. cit. p. 12.

2) LASSERRE Jérôme, op. cit. p. 65.

3) GAVALDA, op. cit. p. 62. Voir aussi F. Bordas, op. cit. p. 13.

4) voir BORDAS, F., op. cit. p. 11.

Voir aussi GAVALDA, op. cit. p. 66.

Voir aussi TALEB Fatiha, "Limites du secret bancaire et économie de marché", *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, N° 3, 1995, p. 515

"يمكن أعوان الجمارك الذين لهم رتبة ضابط مراقبة على الأقل و الأعوان المكلفين بمهام القابض، أن يطالبوا في أي وقت، بالإطلاع على كل أنواع الوثائق المتعلقة بالعمليات التي تهم مصلحتهم كالفواتير و سندات التسليم و جداول الإرسال و عقود النقل والدفاتر و السجلات..."

ب- رفع السر البنكي في مواجهة مجلس المنافسة

بغرض حماية السوق و المنافسة، فقد أسند المشرع عدة مهام لمجلس المنافسة⁽¹⁾ تتركز عموما في الحفاظ على استقرارها و توازنها؛ فالبنوك و المؤسسات المالية هي أعوان اقتصادية يمكن أن تضيق من المنافسة أو أن تقيد بها بعدة طرق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة والخاصة.

لذلك، و أمام فرضية مساس بنك أو مؤسسة مالية بالمنافسة، و عرض الأمر على مجلس المنافسة، فقد قرر المشرع رفع السر البنكي أمام هذه المؤسسة لتمكينها من أداء عملها، و يبرز ذلك من خلال أمر 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁾.

فعلا، و حسب هذا الأمر، يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار و الاقتراح و إبداء الرأي بمبادرة منه أو كلما طلب منه ذلك، في أي مسألة أو أي عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة و تشجيعها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تتعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة فيها بما فيه الكفاية بما فيها النشاط البنكي. و يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأي خبير، أو أن يستمع إلى أي شخص بإمكانه تقديم معلومات؛ كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية إجراء أي مراقبة أو تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تدرج ضمن اختصاصه و التي يمكن أن يكون أحد أطرافها بنكا أو مؤسسة مالية⁽³⁾.

من جهة أخرى، يمكن المقرر القيام بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها، دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني. و يمكنه أن يطالب باستلام أية وثيقة حيثما وجدت و مهما تكن طبيعتها و حجز المستندات التي تساعد على أداء مهامه؛ كما يمكن أن يطلب المقرر كل المعلومات الضرورية لتحقيقه من أي مؤسسة أو أي شخص آخر، و يحدد الآجال التي يجب أن تسلّم له فيها هذه المعلومات⁽⁴⁾.

¹⁾ BORDAS, F., op. cit. p. 12.

⁽²⁾ أمر 03-03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية 43 / 2003.

⁽³⁾ المادة 34 من أمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁽⁴⁾ المادة 51 من أمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

ج - رفع السر البنكي في مواجهة لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة

يحق للبنوك و المؤسسات المالية أن تنشط في مجال البورصة : فقانون النقد و القرض قد منحها هذا الحق بنصه في المادة 72 منه على أنه يمكن البنوك و المؤسسات المالية أن تجري جميع العمليات ذات العلاقة بنشاطها كعمليات توظيف القيم المنقولة و كل منتج مالي، و اكتتابها و شرائها و تسييرها و حفظها و بيعها...إلخ.

لقد أكدت المادة 06 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة (1) إمكانية مؤسسات القرض مزاوله هذا النشاط، فنصت على أنه :

" يمارس نشاط الوسيط في عمليات البورصة، بعد اعتماد من لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، من طرف الشركات التجارية التي تنشأ خصيصا لهذا الغرض، و البنوك والمؤسسات المالية..."

هذا بعد أن نصت المادة 05 من نفس المرسوم التشريعي أنه :

" لا يجوز إجراء أية مفاوضات تتناول قيما منقولة في البورصة إلا داخل البورصة ذاتها و عن طريق وسطاء في عمليات البورصة".

هكذا، فالبنوك و المؤسسات المالية التي تنشط في هذا المجال عليها أولا أن تحصل على اعتماد من لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة من أجل الحصول على صفة الوسيط؛ بذلك، فهي تدخل في مجال رقابة هذه الأخيرة، و لا يمكن أن تحتجّ في مواجهتها عند أدائها لدورها الرقابي، بالسر البنكي : لقد أكدت ذلك المادة 37 من المرسوم التشريعي المتعلق ببورصة القيم المنقولة بنصها:

" تجري اللجنة، عن طريق مداولة خاصة و قصد ضمان تنفيذ مهمتها في مجال المراقبة و الرقابة تحقيقات لدى الشركات التي تلتجئ إلى التوفير علنا و البنوك و المؤسسات المالية و الوسطاء في عمليات البورصة و لدى الأشخاص الذين يقدمون نظرا لنشاطهم المهني، مساهماتهم في العمليات الخاصة بالقيم المنقولة أو في المنتوجات المالية المسعرة، أو يتولون إدارة مستندات سندات مالية.

(1) مرسوم تشريعي 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة (الجريدة الرسمية 34) المعدل و المتمم بالأمر رقم 96-10 المؤرخ في 10 يناير 1996 (الجريدة الرسمية رقم 03 لسنة 1996)، و القانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 2003 (الجريدة الرسمية رقم 11 لسنة 2003).

و يمكن الأعوان المؤهلين أن يطلبوا إمدادهم بأية وثيقة أيا كانت دعامتها، و أن يحصلوا على نسخ منها، و يمكنهم الوصول إلى جميع المحال ذات الاستعمال المهني".

حسب هذه المادة، فمراقبة البنوك و المؤسسات المالية من طرف لجنة تنظيم و مراقبة البورصة يمكن أن تتم إما بصفقتها وسيطا، أو حتى دون اكتسابها هذه الصفة، بوصفها تتلقى أموالا من الجمهور (بالنسبة للبنوك) أو في إطار حقها كشركات أسهم للجوء إلى الادخار العام؛ لكن دائما في إطار هذه المادة، يبدو أن رقابة اللجنة لا يمكن أن تتم إلا على العمليات موضوع المداولة المشار إليها، و دون سواها (1)؛ فيما عداها إذن، يمكن الاحتجاج بالسر البنكي من طرف البنوك و المؤسسات المالية، و تسأل بالتالي مدنيا عن إفشائه.

د - كشف السر البنكي أمام خلية معالجة الاستعلام المالي

في 06 فيفري 2005، صدر القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها (2). في إطار هذا القانون، و من أجل مكافحة تبييض الأموال و تمويل الإرهاب، فقط أنشأت خلية لمعالجة الاستعلام المالي، تجمع المعلومات حول الشبهة في التورط في هذه الأعمال من مصادر مختلفة منها البنوك و المؤسسات المالية، و تعالجها و تتخذ ما تراه مناسبا لإزائها (3).

إن المستفيد من القرض قد يوجه الأموال التي تحصل عليها من البنوك أو المؤسسات المالية إلى وجهة مجرمة كتمويل الإرهاب؛ على مؤسسات القرض المعنية إن اشتبهت بذلك، أن تخطر به خلية معالجة الاستعلام المالي حسب ما ورد في المادة 19 و المادة 20 من قانون 05-01 : فهذه الأخيرة نصت على أنه :

" دون الإخلال بأحكام المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية، يتعين على كل الأشخاص الطبيعيين و المعنويين المذكورين في المادة 19 أعلاه (و منهم البنوك و المؤسسات المالية) إبلاغ الهيئة المتخصصة بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه أنها متحصلة من جناية أو جنحة لا سيما الجريمة المنظمة أو المتاجرة بالمخدرات و المؤثرات العقلية أو يبدو أنها موجهة لتمويل الإرهاب.

1) BORDAS François, op. cit. p. 11.

(2) الجريدة الرسمية رقم 11 لسنة 2005.

3) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 167.

و يتعين القيام بهذا الأخطار بمجرد وجود الشبهة حتى و لو تعذر تأجيل تنفيذ تلك العمليات أو بعد إنجازها.

يجب إبلاغ كل معلومة ترمي إلى تأكيد الشبهة أو نفيها دون تأخير إلى الهيئة المتخصصة".

إن هذا الالتزام في مجال مكافحة تمويل الإرهاب لا يمكن أن يقوم به البنك أو المؤسسة المالية إلا إذا كشف سر المستفيد من القرض، الأمر الذي يجد إطاره القانوني في المادة 22 من قانون 01-05 بنصها : " لا يمكن الاعتداد بالسر المهني أو السر البنكي في مواجهة الهيئة المتخصصة (و هي خلية معالجة الاستعلام المالي) ".

ه- كشف السر البنكي أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته

حسب المادة 117 من أمر 11-03 المتعلق بالنقد و القرض، فإن السر البنكي يُكشف أمام السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة، لا سيما في إطار محاربة الرشوة و تبييض الأموال و تمويل الإرهاب.

إن محاربة الرشوة قد تجسدت من قبل المشرع في القانون رقم 01-06 الصادر في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته⁽¹⁾. و قد جاء هذا القانون لمكافحة عدة أفعال مجرمة في إطاره، صادرة عموما من موظفين عموميين، أهمها جريمة الرشوة.

من أجل التصدي لهذه الجرائم، أنشأ القانون هيئة وطنية للوقاية من الفساد و مكافحته قصد تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد⁽²⁾. و قد كلفت هذه الهيئة بمهام عدة في هذا الإطار، منها جمع و مركزة و استغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد و الوقاية منها⁽³⁾، من أجل تبليغها إلى وزير العدل الذي يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء⁽⁴⁾.

من أجل الحصول على المعلومات التي تحتاجها، يمكن للهيئة أن تطلب من كل شخص، طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، أية وثيقة أو معلومات تراها مفيدة في الكشف عن أفعال

⁽¹⁾ الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006.

⁽²⁾ المادة 17 من قانون 01-06.

⁽³⁾ المادة 20 - الفقرة الرابعة من قانون 01-06.

⁽⁴⁾ المادة 22 من قانون 01-06.

الفساد؛ و كل رفض للانصياع لهذه الهيئة و تزويدها بالمعلومات أو الوثائق المطلوبة منها يشكل، حسب قانون 06-01 جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة⁽¹⁾.

و- رفع السر البنكي في مواجهة إدارة الضرائب

من أجل تحصيل حق الدولة من الخاضعين للضريبة، فإن إدارة الضرائب مخولة بصلاحيات واسعة تجاه الأشخاص: من بينها إمكانية الحصول على المعلومات التي تمكنها من تحديد وعاء الضريبة من البنوك و المؤسسات المالية دون إمكانية هذه المؤسسات الاحتجاج بالسر البنكي: هذه المعلومات لا تخص فقط زبائن مؤسسات القرض لمعرفة إدارة الضرائب مالهم و التأكد من عدم تهريبهم من الضريبة، بل أنها تخص أيضا مؤسسة القرض نفسها، بوصفها شخصا خاضعا للضريبة. و حتى في هذا الإطار، فإدارة الضرائب تطلع على أسرار زبائنهم: فالفوائد التي تجنيها مؤسسات القرض من الإعتمادات التي تمنحها تعد مدخولا و ربحا بالنسبة لها خاضعا للضريبة، و يجب بالتالي إطلاع إدارة الضرائب عليه.

إن رفع السر البنكي في مواجهة إدارة الضرائب يبرز من خلال التصريحات التي تقوم بها مؤسسة القرض، وحق الإدارة في الإطلاع في مقر مؤسسة القرض : فالمادة 51 من قانون الإجراءات الجبائية قد نصت على أنه⁽²⁾:

" يجب على المؤسسات أو الشركات و القائمين بأعمال الصرف والمصرفيين و أصحاب العمولات و كل الأشخاص أو الشركات أو الجمعيات أو الجماعات المتحصلة بصفة اعتيادية على ودائع للقيم المنقولة أن يرسلوا إشعارا خاصا لإدارة الضرائب بفتح و إقفال كل حساب إيداع السندات أو القيم أو الأموال أو حساب التسبيقات أو الحسابات الجارية أو حساب العملة الصعبة أو أي حسابات أخرى تسيرها مؤسسات بالجزائر.

كما يمس هذا الالتزام خصوصا البنوك و شركة البورصة و الدواوين العمومية و الخزائن الولائية و مركز الصكوك البريدية و الصندوق الوطني للتوفير و صناديق القرض التعاوني و صناديق الإيداع و الكفالات..."

⁽¹⁾ المادة 21 من قانون 06-01.

⁽²⁾ القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002، و المتضمن قانون الإجراءات الجبائية، معدل و متمم بقانون المالية لسنة 2003، منشورات بيرتي 2006.

زيادة على ذلك، فالمادة 59 من قانون الإجراءات الجبائية قد كرس حق الإطلاع بالنسبة لإدارة الضرائب، فقد جاء فيها أنه :

" يمكن ممارسة السلطات المخولة لأعوان التسجيل (المقصود بهم أعوان إدارة الضرائب) تطبيقا للتشريع الجاري به العمل تجاه شركات الأسهم، على كل الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يمارسون مهنة التجارة المصرفية أو المرتبطة بهذه التجارة قصد مراقبة دفع الضرائب المترتبة سواء على هؤلاء أو على الغير.

...

يسمح حق الاطلاع لأعوان الإدارة الجبائية بالحصول على المعلومات و الوثائق، مهما كانت وسيلة حفظها، قصد تأسيس وعاء الضريبة و مراقبتها."

ثانيا: كشف السر البنكي لدواعي المصلحة الخاصة

حتى في الحياة الخاصة، و لمصالح خاصة، يجوز رفع السر البنكي في مواجهة أشخاص قريبين من المستفيد من القرض، أو متعاملين معه، مثل الأشخاص التاليين :

1- الأشخاص المشاركين للمستفيد في حساب بنكي مشترك

في حساب مشترك، من الطبيعي أن يعلم كل أصحابه بوضعيته من خلال مفرداته: فإن أودع فيه قرض لأحد منهم، لا يمكن منع الآخرين من الاطلاع على الحساب بحجة حفظ سر المستفيد⁽¹⁾.

2- الكفيل

عند وضع عقد الكفالة موضع التطبيق، و الرجوع على الكفيل لمطالبته بالدين، فمن الطبيعي أن يطلع على تفاصيله من عمليات سحب و إرجاع، و على الفوائد الناتجة: لا يمكن إذن أن يواجه الكفيل بالسر البنكي، طالما كان الإطلاع فيما يفرضه تطبيق القواعد القانونية للكفالة⁽²⁾.

3- الوكيل

إذا وكل المستفيد شخصا عنه للتعامل مع البنك، فإن الأخير مجبر على اطلاعه بوضعية زبونه، لكن على قدر ما جاء في عقد الوكالة: لا يمكن بالتالي الإدلاء بالعمليات التامة

1) BORDAS François, op. cit. p. 14.

2) Idem.

والمنتبهة قبل الوكالة⁽¹⁾.

4- الشركاء، و أعضاء أجهزة الشركة :

إن الشركة المستفيدة من القرض، و هي شخص معنوي، تخضع أيضا لحماية السر البنكي، لا يمكن للشركاء، و هم أشخاص مستقلون عنها، أن يطلعوا على أسرارها. لكن الفقه في هذا الإطار يميز بين الشركاء : فالشركاء الذين لا تتجاوز مسؤوليتهم مقدار حصصهم في رأسمال الشركة لا يحق لهم الاطلاع على أسرارها ؛ هذا شأن الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، و في شركات الأسهم، و الموصين في شركات التوصية، لكن بالنسبة للشركاء المتضامين، فإن الفقه يرى أن لهم الحق في الاطلاع على أسرار الشركة، لأنهم مسؤولون مسؤولية تضامنية و غير محدودة عن ديونها: هذا شأن الشركاء في شركة التضامن، و الشركاء المتضامين في شركاء التوصية بنوعها⁽²⁾.

أما بالنسبة لأجهزة الشركة، فإذا لم يكن هناك شك حول إمكانية كشف السر أمام مسير الشركة، أو رئيس مجلس إدارتها، فالأمر ليس بهذا الوضوح بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة، أو مجلس المديرين، أو مجلس المراقبة إذا كان زبون البنك شركة أسهم: هل يحق لكل واحد من هؤلاء الاطلاع على أسرار الشركة؟.

يرى Vasseur أن حقوق و صلاحيات أعضاء هذه المجالس لا تتجاوز ما نص عليه القانون التجاري⁽³⁾: لا يمكنهم القيام بعمل إلا في شكل جماعي و في إطار هذا القانون. على ذلك، لا يحق لهم الاطلاع على أسرار الشركة⁽⁴⁾.

5- ورثة الزبون

في حالة وفاة زبون البنك، فإنه من الطبيعي اطلاع ورثته على متعلقاته المالية مع مؤسسة القرض: فهم امتداد له على المستوى المالي، يكتسبون حقوقه، و يدفعون ديونه قبل اقتسام التركة. لكن إن كان مورثهم قد منع بنكه من تقديم معلومات معينة، فإنه على البنك الإنصياح إلى هذه الرغبة، و لا مسؤولية عليه إن عند احترامها⁽⁵⁾.

1) Idem.

2) BONNEAU Thierry – op.cit - p. 286.

3) VASSEUR, *Droit et économie bancaire*, Dalloz, 1990, n° 48, cité par François Bordas, op. cit. p. 17.

4) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 286.

5) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit du crédit, Les institution – op.cit – p 404.*

6- المحضر القضائي

تنفيذا لسند تنفيذي، يمكن لمحضر قضائي أن يحجز على حساب بنكي لمدين بالتزام ما؛ على ذلك، يمكنه أن يطلع على هذا الحساب، و على أسرار المدين الذي تحويه، و منها عملية القرض (1).

الفرع الثاني : مسؤولية البنك عن تقديم معلومات عامة مضرّة عن المستفيد من القرض

بحكم مهنة البنكي و موقعه في عالم الأعمال، فإنه يعتبر مصدر معلومات كثيرة وقيمة: فله إمكانيات ممتازة للاستعلام عن الأشخاص الذين يتعامل معهم، و منهم الأشخاص الذين استفادوا من قرض (2)؛ معلومات ثمينة لها أهميتها للتجار الذين من مصلحتهم معرفة من يتعاملون معه في تجارتهم على أكمل وجه ممكن (3): معلومات يمكن أيضا الاستفادة منها لمصلحة الساحة التجارية، طالما لا تمس بالسري المهني (4).

إن تقديم المعلومات بالنسبة للبنكي عمل ليس بالضرورة مربحا : فعادة ما يقوم بذلك مجانا؛ غير أن ذلك لا يعني أن البنكي لا يحقق أي مصلحة هنا، بل أنه من خلال هذا العمل يسعى إلى استقطاب الزبائن، خاصة المؤسسات الكبيرة المعروفة في الساحة. بالمقابل، فطالبوا المعلومات يجدون مصلحتهم في طلبها من شخص يعتبر في هذا الإطار مصدر قدر كبير من الثقة. أما بالنسبة للشخص الذي استفاد من قرض، و الذي قدمت من بنكه معلومات عنه للغير، فإنه يجد مصلحته في أنه يعول على أن تكون هذه المعلومات في صالحه، أن تكون صحيحة، و أن تشكل إشهارا له، ولوضعيته (5).

على مستوى المسؤولية المدنية، فالمنطلق هو نفسه بالنسبة للمسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالسري المهني: ماذا لو قدم البنك معلومات عن زبونه المستفيد من قرض لشخص تاجر طلبها؟ إن هذا العمل للبنكي يمكن أن يكون مصدر مساعلة مدنية له في مجال القرض من طرف المستفيد من القرض البنكي؛ فعلا، فالأصل أن هذا الزبون للبنك لا يُضار بفعل تقديم معلومات عنه من طرف بنكه للأشخاص الذين يطلبونها، شرط أن تكون معلومات تشكل إشهارا مفيدا بالنسبة له،

1) BORDAS François, op. cit. p. 16.

(2) سنرى هذه الوسائل تباعا، الصفحة 257.

3) VEZIAN Jacques, op. cit. p. 229.

4) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 567.

5) VEZIAN Jacques, op. cit. p. 230.

بمعنى أن تكون المعلومات مشجعة على التعامل معه؛ فإن كانت المعلومة عكس ذلك، ستضر بالمستفيد من القرض من حيث أنها ستفّر منه باقي الأشخاص و المؤسسات؛ على ذلك، يمكن للمستفيد من القرض أن يسأل البنك مدنيا عن الأضرار به بفعل الخطأ الذي ارتكبه، و المتمثل في تقديم معلومات خاطئة عنه، غير كاملة بحيث أصبحت منفرة، أو خالية من الموضوعية (1).

إن خصوصيات المستفيد من القرض، و المعلومات حول تجارته و وضعيته المالية محمية قانونا بالالتزام بالسّر المهني الواقع على البنوك و المؤسسات المالية، و الذي يؤدي الإخلال به إلى المسؤولية المدنية لهذه المؤسسات تجاه المستفيدين من القرض، إضافة إلى مسؤوليتها الجزائية. لكن السّر المهني يحمي المعلومات السرية، و يفرض حجبها عن التجار، و حتى عن مؤسسات القرض الزميلة. لكنه لا علاقة له بالمعلومات ذات الطابع العام. فالمعلومات المحمية بالسّر المهني هي معلومات دقيقة، كمعلومات مرقمة، شأن رقم القرض بالذات؛ بالمقابل فالمعلومات العامة حول المستفيد من القرض ليست سرية، كأن يعلم بأن المستفيد من القرض يحترم آجال رد أقساط القرض أو لا (2).

هذا إذن هو الإطار المقصود، و الذي يمكن أن تقوم فيه مسؤولية البنك المدنية في مجال القرض بسبب منحه معلومات عامة عن وضعية زبونه المستفيد من القرض (3).

إن هذه المسؤولية للبنكي، و رغم أنها قائمة في علاقة زبونه المستفيد من القرض و البنك، فإنها مسؤولية تقصيرية؛ ذلك أنها ليست ناتجة حسب الفقه من عدم تنفيذ التزام تعاقدني ناتج عن عقد القرض، و إنما ناتجة عن الضرر الذي أصاب المستفيد من القرض بفعل قيام البنك بتقديم معلومات عنه لشخص آخر، قد يربطه به عقد يلزمه بتقديم معلومات، و قد لا يربطه بذلك عقد؛ في كلتا الحالتين، العلاقة في مجال المعلومات بين المستفيد من القرض و البنك ليست عقدية (4).

عادة عندما يقدم البنك معلومات عن زبونه المقترض، لا يكون ملزما بذلك، فهو يقوم بذلك بشكل إرادي، و شبه تطوعي. لكن حتى و إن كان ملزما بتقديم هذه المعلومات للغير بفعل عقد تقديم معلومات، فإن التزامه يبقى التزاما ببذل مجهود، و ليس بتحقيق نتيجة: إذ يُنتظر منه أن يقدم معلومات بعد بذل مجهود البنكي المحترف، و تبعا للمعلومات التي عنده. فإن أخل بهذا الالتزام، لا

1) Idem

2) BONNEAU Thierry, op. cit. p. 224

3) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, op. cit. p. 405.

4) VEZIAN Jack, op. cit. p. 232.

Voir aussi BONNEAU Thierry, op. cit. p. 567.

يحاسب من طرف طالب المعلومة فحسب الذي تم تغليظه بمعلومات خاطئة أضرت به، لكن يساءل أيضا من طرف المستفيد من القرض الذي قُدمت عنه معلومات خاطئة أضرت بسمعته.

البنك إذن لا يضمن صحة المعلومات التي يقدمها عن زبونه، لكن يصعب عذره عن تقديم معلومات خاطئة عن شخص يربطه به عقد قرض من المفروض أنه على علم بوضعيته: هذا رغم أنه لا يمكن نكران أن سهولة تغير الوضعية المالية للمؤسسات، و سهولة الغلط بظاهر مؤسسة مستقرة، لكنها تعاني صعوبات مالية، أمر وارد في مجال التجارة.

هذا، إذن هو الحال عندما يتضرر المستفيد من القرض بفعل تقديم معلومات عامة عنه خاطئة و مضرّة به. لكن، أمام علاقة الثقة التي تميز عقد القرض، سواء من قبل البنكي، أو من قبل الزبون، هل يمكن أن يساءل البنكي من طرف المستفيد من القرض إذا قدم في حقه معلومات منفرّة من التعامل معه، و مضرّة بسمعته، لكنها معلومات صحيحة؟.

إن الإشكالية هنا هي في موازنة مصلحة الزبون المستفيد من القرض الذي ينتظر من بنكه أن لا يضر به في كل الأحوال، و مصلحة الأشخاص و التجار الذين يسألون عنه بنكه و يطلبون معلومات عامة عنه قبل الدخول معه في علاقات أعمال: أي مصلحة يجب أن يغلبها البنكي؟

حسب الأستاذ Vezián، يبدو أن الفرضية الوحيدة لمساءلة البنكي في هذه الحالة هي إثبات أن تقديم المعلومة كان بغرض الإضرار به: الأمر مستبعد تماما حسب الفقيه إذا كان تقديم المعلومة أمر إلزامي على البنك بسبب عقود أخرى، أو بسبب القانون؛ لكن لو لم يكن ملزما، فإنه يجب على البنكي أن يميّز و يوازن بين المصالح: فإن كان غرض تقديم المعلومة المضرّة و الصحيحة أهم لتقادي ضرر أكبر من الذي سيصيب المستفيد من القرض، فإنه لا مسؤولية على البنك: كمثال على ذلك شأن البنكي الذي يُعلم بنكا زميلا له أن زبونه، الذي طلب قرضا من البنك الثاني، في وضعية مالية صعبة، و ربما ميئوس منها: في هذه الحالة، إن غرض حماية المصلحة العامة، و التي هي عدم ضياع القرض لمؤسسة ميئوس من وضعيتها المالية، أعلى من مصلحة المعني بالمعلومات هنا؛ و لا يمكن بالتالي أن يسائل بنكه عن تصرفه (1).

1) VEZIAN Jack, op. cit. p. 236.

المبحث الثاني: مسؤولية البنك عن الإخلال بالتزاماته في مجال عملية القرض البنكي

إن عملية القرض، رغم تعدد أشكالها (1)، تخضع إلى قواعد تبقى عامة و مشتركة من حيث اشتراك خضوع كل عمليات القرض لها، و تؤدي بالتالي إلى مسؤولية البنوك و المؤسسات المالية المدنية في هذا المجال بنفس الطريقة (المطلب الأول)؛ لكن في عقود خاصة للقرض البنكي، تجد المسؤولية المدنية لمؤسسات القرض هذه تطبيقات لها خصوصياتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالتزاماته المشتركة في مجال القروض البنكية

إن عملية فتح الاعتماد أو منح القرض تبدو عملية ضيقة، محدودة في أشخاصها و هما أطراف عقد القرض، البنك و العميل. لكن هذه النظرة غير صحيحة: فالبنك يلعب بمنحه القرض دورا حياتيا و خاصا يؤثر على أشخاص آخرين زيادة على عميله (الفرع الأول)، سيسألونه من منطلق أنه كانت له وسائل استعلامه عن وضعية طالب القرض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فرضيات المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات المشتركة في مجال القرض البنكي

عندما يلجأ أي شخص إلى طلب قرض، و ربما يكون في ذلك طلبا غير عقلاني أو مبني على غش أو مخالفة للقانون: هل يمكن للبنك، بحكم أن دوره أساسا هو مساعدة من يحتاجون إلى قرض، أن يمنح هذا الأخير دون أي قيد؟

إن المسألة في غاية الدقة : فالبنك، نظرا لأهمية و خصوصية نشاطه، يجب عليه أن يحرص على منح قروض للنهوض بالمؤسسات، و ليس العكس؛ فإذا أساء القيام بدوره في توزيع القرض، فإن ذلك سيلحق أضرارا بدائني المقترضين، الأمر المؤسس لمسؤوليته التقصيرية، و حتى بمن تربطه بهم عقود، كالكفلاء أو المقترضين أنفسهم، الأمر المؤسس لمسؤوليته العقدية.

الفقرة الأولى: المسؤولية التقصيرية للبنك عند وجود قرض بنكي: المسؤولية تجاه دائني المقترض

إن مسؤولية البنك المدنية مؤسسة على أهمية عدم مساس القرض بالعلاقات التجارية بين المقترض و دائنيه: فعلا، فالقرض أحيانا، بدلا من إنتاج آثار جيدة، و هي الآثار المنتظرة

(1) انظر أعلاه الصفحة 18.

منه، يمكن أن يزيد من حدة ديون المقرض، أو أن يخفي وضعا سبب تعامل أشخاص من الغير معه، بحيث ما كان لهذه العلاقات أن تقوم لولا أن القرض خلق لبسا في شخص المقرض و ملاءته: من الطبيعي الآن أن يسأل البنك عن مثل هذا الضرر الناتج عن منحه للقرض، و المساس بالمتعاملين مع المقرض من دائنين، سواء بمنحه قرضا لشخص غير جدير به، أو لشخص في وضعية مالية ميؤوس منها.

غير أن المسؤولية المدنية للبنك، إن كانت اليوم " بديهية " عن منحه القرض بشكل مضر بدائني المستفيد من القرض، فإنها في الواقع القضائي الفرنسي مرت بمراحل: فالبنك، من دون شك، له مكانة خاصة في مجال الأعمال بفعل وضع الهيمنة على أموال الجمهور وتوزيعها التي خلقها له القانون؛ و قد خشي القضاء في البداية من توسيع مسؤولية البنوك المدنية في توزيع القرض حتى لا يؤدي ذلك إلى نتائج عكسية بفعل مبالغة البنوك في الاحتياط: لهذا، فهذه المسؤولية المدنية للبنك قد بدأت بشكل ضيق نسبيا لعدم شل التجارة والاقتصاد؛ لكن من الطبيعي أيضا، بعد اكتساب البنوك لخبرة في مجال القرض، أن يحاسبوا على ضوئها، و أن تتوسع بالتالي دائرة مسؤوليتهم المدنية عن فتح القرض.

على ذلك، فتطبيق مبادئ المسؤولية المدنية على البنك أخذ طابعا خاصا تبعا لتوجه القضاء الذي استقر على مساءلة البنك مدنيا في أطر واضحة.

أولا: الأسس السابقة للمسؤولية المدنية للبنك تجاه دائني المقرض

لا نقاش في ضرورة اجتماع عناصر المسؤولية من خطأ، ضرر، و علاقة سببية لمساءلة بنك عن سوء توزيعه للقرض: لكن النقاش محتمل في كيفية قيام كل عنصر من هذه العناصر.

المؤكد أيضا أن عنصر الخطأ هو العنصر الممتاز الذي يسمح للقضاء بتضييق أو توسيع هذه المسؤولية: هذا ما قام به القضاء الفرنسي؛ فقد بدأ القضاء بمساءلة البنوك مدنيا إذا ثبت منها غش في منح القرض، ثم أصبح يسألها أيضا عن عدم الإحتياط في توزيعه.

1- المسؤولية المدنية عن التوزيع المغشوش للقرض

لا يقوم خطأ البنك حسب هذا الأساس من المسؤولية إلا إذا ثبت اتفاق بين البنك و المستفيد من القرض مضر بالغير⁽¹⁾: و الغرض من هذا الإتفاق هو منح الزبون مظهرا ماليا مستقرا كاذبا ليستعيد البنك قرضا سابقا منحه للزبون من خلال تعامل الغير معه، أو ليحصل البنك عن طريق

¹ GAVALDA Christian – La responsabilité professionnelle du banquier – économisa – 1978 – P 34.

الغش على ضمانات من أموال المستفيد من القرض الذي سيؤول حتماً إلى التوقف عن الدفع، و ذلك للتحايل على قاعدة تساوي الدائنين⁽¹⁾.

إن القضاة الذين سايروا هذا الأساس لمساءلة البنك مدنياً عن توزيعه السيء للقرض كانوا يخشون من تجميد عمل البنوك بمسؤولية أوسع من هذه: فالبنوك الفرنسية كانت تخشى المخاطرة؛ حسب هذا الإتجاه الذي من أهم أنصاره الفقيه مارتن (MARTIN)، فإن المسؤولية المدنية الموسعة للبنوك في هذا المجال لن تكون في صالح الإقتصاد؛ لذلك فإن القضاء، حسب هؤلاء، يجب أن يكفي بإرساء أخلاقيات للمهنة تمنع الإتفاق بين البنوك و زبائنها على الإضرار بالغير لتحقيق مصالحها؛ كما أن ليبرالية النشاط البنكي تستدعي الإعتراف للبنوك بحق منح القروض لمن تريد؛ ضف إلى ذلك مبدأي سرية الأعمال و عدم التدخل بشكل أخص الذان يفرضان التوجه إلى أساس المسؤولية عن الغش فقط في توزيع القرض⁽²⁾.

2- المسؤولية عن عدم الإحتياط في توزيع القرض

حسب هذا الأساس لمساءلة البنك الذي يجسده الفقيه HOUIN، فمؤسسات توزيع القرض تطمح إلى تحقيق الربح؛ و لكن أمام الأهمية و الآثار الضخمة الإقتصادية و الإجتماعية لتوزيع القرض، فعمل البنوك يقترب أكثر من الخدمة العامة (s'apparente au service public): لا يمكنها إذن، عند القيام بدورها في توزيع القرض أن تضر بالغير⁽³⁾.

ثانياً: الفرضيات الحالية لمسؤولية البنك تجاه دائني المقرض

أستقر القضاء حالياً على فرضيتين أساسيتين لمساءلة البنك مدنياً عن إضراره بالدائنين بمناسبة توزيعه للقرض: الأمر يتعلق بمنحه قرضاً لشخص غير جدير به، أو لشخص في وضعية مالية ميؤوس منها.

1- المسؤولية عن منح قرض لشخص غير جدير به

إن منح قرض لشخص أو مؤسسة غير جديرة به يؤسس مسؤولية البنك المدنية في مجال منح القرض: إذ لا يمكن السماح لبنك من أن يمكّن شخصاً من مزاوله أو حتى مواصلة نشاط غير قانوني، أو أن يعطيه ظاهراً شريفاً، يبعث الغير على التعامل معه.

¹ HERVAGULT Alain – op.cit – p 201.

²) idem.

³) STOUFFLET Jean, note sous cour d'appel de Paris , 26 Mai 1967, JCP 1968 p 15517 voir aussi HERVAGULT Alain, op-cit- p 205.

أ- مسؤولية البنك عن منح قرض لتمويل نشاط غير قانوني

من المستقر عليه حاليا أنه من واجب البنك عدم تمويل نشاط فيه مخالفة للقانون؛ هذا سواء كان النشاط في حد ذاته غير قانوني كحالة المتاجرة الممنوعة في بعض المواد، أو تمويل نشاط يزاول في إطار مخالف للقانون⁽¹⁾.

من أمثلة النشاط الذي يزاول في إطار مخالف للقانون ممارسة مهنة منع منها طالب القرض كتدبير من تدابير الأمن في إطار المادة 19 من قانون العقوبات الجزائري؛ على ذلك، ورغم عدم إلزام البنك بطلب وثائق معنية من طالب القرض، فإنه يسأل مدنيا عن عدم طلب شهادة السوابق العدلية، للتأكد من أن النشاط المطلوب تمويله لا يمارس في إطار مخالف للقانون⁽²⁾.

كمثال آخر عن الأنشطة التي تزاول خلافا للقانون حالة التاجر الذي أشهر إفلاسه، والذي رغم ذلك يواصل بعدها مزاوله التجارة؛ فالقانون التجاري الجزائري يمنع ذلك صراحة في المادة 244 منه التي تنص على أنه: " يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، وما دام في حالة الإفلاس...".

لقد طرحت وقائع كهذه على القضاء الفرنسي، انتهت في المرحلة الأولى بصدور حكم عن المحكمة التجارية لكاركسون (Carcassonne) في 21 مارس 1953⁽³⁾؛ إذ قام بنك بفتح عدة قروض مهمة بصفته تاجرا و هو في الحقيقة مفلس، ويمارس التجارة باسم مستعار؛ كل ذلك مع علم البنك؛ وبذلك، يكون هذا البنك قد مكّن هذا الشخص من مزاوله التجارة رغم حظر قانوني، مزاوله انتهت هي الأخرى بكارثة مالية؛ محكمة كاركسون قد رأت في ذلك أساسا لمساءلة البنك مدنيا، وقد جاء في حكمها أنه إذا كان البنك حرا في منح القرض، فإنه ملزم تجاه الغير بعدم منحه لتاجر ماضيه خطر على مستقبله⁽⁴⁾.

¹ GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, op. cit. p. 191.

Voir aussi GAVALDA Christian – la responsabilité professionnelle du banquier – op.cit - p 35.

²) STOUFFLET Jean – L'ouverture du crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? op.cit - p 1882.

³) Revue trimestrielle de droit commercial 1955, p 150 ; obs HOUIN, cité par HERVAGULT Alain – op.cit.- P 219.

⁴) « Si la banque à la liberté de dispenser son crédit à son gré, elle est tenue à l'égard des tiers à ne pas favoriser le commerçant dont le passé est un mauvais présage pour l'avenir et à mesurer les facilités qu'elle lui accorde au crédit qu'il mérite »

هذا الحكم قد تم استئنافه أمام مجلس Montpellier ، الذي عدل الحكم برهن مسؤولية البنك على إثبات اتفاق بينه وبين الزبون على تمويل هذا النشاط الممارس خارج إطار القانون. لكن أمام مجلس النقض الفرنسي، تم العدول مرة أخرى عن الأخذ بمعيار الغش، والبحث في حالة انعدامه، عن وجود خطأ عدم احتياط من قبل البنك في إطار المادة 1383 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ التي تقابلها المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

في هذا الإطار أيضا، فقد سئل بنك مدنيا لتمويله لنشاط شركة يمارس في إطار غير قانوني⁽²⁾؛ فعلا، فقد اتفق بنك وشركة على أن تفتح الثانية حسابا جاريا لدى الأول؛ وإذا كان يعاب عادة على البنوك الفرنسية عدم تجسيد اتفاقاتها في إطار عقود مكتوبة، فإن هذا العقد بين الطرفين قد تم تحريره.

وقد نص هذا الاتفاق، بالإضافة إلى الاتفاق على الحساب الجاري، على إمكانية عقد عمليات خصم بين الطرفين شرط أن تقتطع من كل عملية نسبة ما تودع في حساب خاص، هو "حساب ضمان حسن نهاية عمليات الخصم"؛ هذا النوع من الضمان معروف ومنتشر في النشاط البنكي الفرنسي⁽³⁾؛ هذا إضافة إلى ضمان آخر، هو كفالة المسيرة السيدة "س".

شرع في تنفيذ الاتفاق بين الطرفين، لكن بعد خصم عدد "كبير" من السندات، انتبه البنك إلى أنها سندات غير مقبولة، وأن التوقيع الوارد عليها ليس صادرا عن المسحوب عليه؛ قيمة هذه السندات وصلت إلى 6.989.875 ف.ف.

من أجل رفع هذا الضرر عن البنك، فقد اقترحت الشريكة الأساسية في هذه الشركة، السيدة ع (في الشركة شريكان، هما السيد و السيدة ع، وهما من جنسية أجنبية) أن تقوم بتسديد هذا المبلغ على دفعات قيمتها 250.000 ف.ف كل شهرين، و هو الاقتراح الذي لم يقتنع به البنك، خاصة وأنه لم تتم أية دفعة، فقام هذا الأخير برفع نسبة الاقتطاع من مبالغ السندات المخصومة من 10% إلى 20% ، مع استمراره في التعامل مع الشركة، و إشتراطه أن يقوم بنفسه بتقديم السندات للقبول؛ لكن بعد مدة قصيرة، هرب الزوجان ع إلى الخارج مع ما تمكنا من نهبه من أموال من البنك، تاركين الشركة غارقة في ديونها مع البنك ومع دائنين آخرين: ما بقي على المسيرة، السيدة "س"، إلا أن أعلنت التوقف عن الدفع.

¹ HERVAGAUT Alain, op-cit, p 219.

² La cour d'appel de Paris, 26 Mai 1967, JCP 1968 n° 06 p 15517.

³ STOUFFLET Jean, note sous cour d'appel de Paris, 26 Mai 1967- op.cit- p 15517

أمام المحكمة، فقد طالب وكيل تقييسة الشركة بأمرين:

- من جهة أولى، فقد طالب برد البنك ما أقتطعه دون وجه حق كضمان لحسن نهاية عمليات الخصم.

- من جهة ثانية، فقد طالب من القضاء بالحكم على البنك بتعويض ما سببه من ضرر للمتعاملين مع الشركة .

في المسألة الأولى، فقد فصلت المحكمة بتطبيق القواعد العامة في العقود: فالاتفاق الذي تم على فتح الحساب الجاري، والذي تناول أيضا الاتفاق على اقتطاع ضمان حسن نهاية عمليات الخصم لم يحدد نسبة الاقتطاع ؛ الأمر الذي كان يمكن أن يؤدي إلى بطلان اتفاق الضمان الذي لم تحدد فيه جميع عناصره الأساسية؛ غير أن هذا العنصر المهم قد تم الاتفاق عليه تباعا، باقتطاع البنك النسبة 10 % ، وسكوت الشركة على ذلك سكوتا يفهم منه قبولها لهذه النسبة.

لكن في المرحلة الثانية، ليس هناك ما يثبت قبول الشركة لزيادة نسبة الضمان من 10 إلى 20 % ؛ فالبنك في هذا الإطار يحتج بقبول السيد "ع"، الشريك في الشركة لكن السيد "ع" ليست له صفة قانونية لإلزام الشركة: الزيادة إذن غير قانونية، و ما تم اقتطاعه على أساسها يعتبر اقتطاعا تعسفيا، وقد حكمت المحكمة على البنك برده.

أما فيما يتعلق بالمسألة الثانية، والمتعلقة بالمسؤولية المدنية للبنك، فقد أخذت المحكمة، وبعدها المجلس، بما استقر عليه القضاء: يسأل البنك عن منحه قرضا لشخص ينشط خارج إطار القانون.

فعلا، في قضية الحال، فالمسير الواقعي والحقيقي للشركة هو السيد ع، لكن في عقد تأسيسها، ونظامها الداخلي، تظهر السيدة "س" صاحبة هذه الصفة دون أن تلعب هذا الدور فعلا، وذلك لأن القانون الفرنسي يمنع الأجانب من تسيير شركات، أو ممارسة التجارة بفرنسا.

في إطار تعامله مع الشركة، كان من الواضح بالنسبة للبنك أن مسيرها الحقيقي هو السيد "ع" : و بذلك كان يعلم أنها تنشط بخلاف القانون، أو كان عليه فقط أن ينتبه ويتساءل عن وضعية هذه الشركة التي تسيير من قبل شريك ؛ و بالتالي، كان لزاما عليه عدم التعامل مع هذه الشركة، وعدم تمويلها بعقود الخصم. وبمخالفته هذا المقتضى، يسأل البنك مدنيا عن الضرر الذي سببه للغير ممن يتعاملون مع الشركة.

إن هذا الموقف القضائي موقف مسابير لتطور القضاء الفرنسي الذي بدأ بشكل منطقي في إطار المسؤولية المدنية للبنوك بحصرها في إطار محدود: ف سابقاً، ومن أجل مساءلة البنك مدنيا عن فتحه قرضاً لشخص ينشط في إطار مخالف للقانون، كان يلتجأ إلى تطبيق نظرية الشريك في جريمة الإفلاس؛ بحيث كان يجب إثبات وجود اتفاق بين البنك والمفلس على تمويل نشاط يعلم البنك أنه يمارس خلافاً للقانون حتى يسأل البنك مدنيا (1).

لكن القضاء قد تطور تدريجياً، وأصبح لا يطالب بإثبات أي اتفاق: فخطأ عدم احتياط البنك وحده (faute d'imprudence) كاف لمساءلة البنك مدنيا؛ في ذلك خروج عن مجرد تطبيق لنظرية الشريك في جريمة الإفلاس إلى إنشاء هيكل خاص بمسؤولية البنك المدنية في هذا المجال (2).

تجدر الإشارة في قضيتنا هذه إلى أن البنك لم يسأل فقط عن الضرر الذي سببه بفعل التعامل مع الشركة رغم علمه بأنها تنشط خارج إطار القانون، بل أيضاً بسبب مواصلة تعامله معها رغم ملاحظته التصرفات غير عادية منها: فعلاً، فعدد السندات غير المقبولة وصلت إلى 57 سند. كما أن البنك قد أعلم بنك فرنسا بـ 98 حادث دفع متعلق بهذه الشركة فقط مشكلة من شيكات بدون رصيد، كلها خلال فترة تمتد من فيفري 1958 إلى أوت 1959، تاريخ هروب الزوجان "ع". و قد ركز القضاء على هذا الإهمال من جانب البنك.

ب- مسؤولية البنك المدنية عن منح قرض لشخص غير شريف.

إن منح قرض لشخص ما عمل يفترض الثقة؛ والبنك لا يمنح ثقته لأي كان. فله وسائل ممتازة للبحث في "أخلاقيات" طالبي القرض (3)، والاستعلام عنهم. كما أنه من واجب البنك الحذر في تعامله مع الأشخاص، خاصة في إطار منح القرض، وذلك تحت طائلة مسؤولية: يفترض إذن أنه لا يتعامل إلا مع أشخاص جديرين بالتعامل معهم (4).

1) HERVAGAUULT Alain, op-cit, p 217.

2) Toute personne qui a permis à un failli de conserver un crédit apparent et fictif et de prolonger sa vie commerciale en aggravant son passif et responsable du préjudice qu'elle a causé non seulement par ses actes frauduleux, mais aussi par ses négligences et imprudences conformément aux règles de droit commun de la responsabilité civile.

Spécialement une banque, même privée, doit éviter que ses opérations ne soient une source de préjudice pour les tiers et notamment pour les créanciers de ses clients. Sa participation au service public que constitue la distribution du crédit l'oblige à prendre toutes précautions nécessaires pour ne pas maintenir le crédit d'une entreprise qui ne le mérite pas, et surtout à ne pas chercher à échapper aux conséquences de la faillite d'un client en faisant supporter aux autres créanciers le poids du crédit consenti par elle au débiteur». CA Paris, 26 Mai 1967, JCP 1968 n° 06 p 15517.

(3) سئرى ذلك تباعاً في الصفحة 257.

4) BUTHURIEUX André – Responsabilité du banquier (entreprise en difficulté, crédit fautif, expertise) – Litec 1999 – p 83.

ألا يمكن أن يؤدي هذا التفكير إلى تغليب الغير، وبعثهم إلى التعاقد والتعامل مع شخص تحصل على قرض لا شيء إلا لأن بنكا قبل إقراضه؟ ألا يعتبر منح القرض شهادة من البنك على أخلاقيات الزبون؟ لقد وصل الأستاذ Stoufflet في ذلك إلى قرب اعتبار منح القرض "شهادة أخلاق" (un brevet de moralité) تقدم للزبون (1). ألا يمكن إذن أن يسأل البنك الذي تعامل بمنح قرض لشخص غير شريف عن الضرر الذي سببه للغير ممن تعاملوا مع هذا الشخص بفعل تغليب منح القرض لهم حول أخلاقيات هذا لشخص؟ ألا تساوي مسؤولية البنك في هذا المجال مسؤولية عن منح معلومات خاطئة؟.

إن تسلسل الأفكار هذا منطقي؛ ولكنه يؤدي إذا أخذ على إطلاقه إلى نتائج غير مقبولة: فعلا، فهو يؤدي إلى تحميل البنوك مسؤولية إهمال الأشخاص والمؤسسات الأخرى في البحث عن التعامل مع أشخاص جديرين بالنقطة؛ أليس من واجبهم القيام بأنفسهم، قبل تنفيذ العمليات التي يقومون بها، بأن يبحثوا عن ضمانات حسن نهاية عملياتهم؟ هل من حقهم أن يتقوا ثقة عمياء في عملية منح القرض، وقد يكون البنك قد آمن نفسه بضمانات عالية جدا؟.

من المستقر عليه قضاء اليوم أن يسأل البنك عن تعامله مع أشخاص غير شرفاء، بسبب تغليب الغير؛ على ذلك، يسأل البنك مدنيا مثلا عن خصمه سندات مجاملة، حتى وإن كان الزبون ليس في وضعية مالية ميؤوس منها (2): يمكن هنا الإشارة مرة أخرى إلى قرار مجلس قضاء باريس الصادر في 26 ماي 1967 المشار إليه أعلاه، مع أخذ القضاء طبعا لمسألة صعوبة معرفة سندات المجاملة التي تظهر في شكلها كسندات عادية إضافة إلى إحداث الأشخاص المقدمين لها لتزييفات في وثائقهم المحاسبية للزيادة في ظاهرها القانوني؛ فمسؤولية البنوك عن خصم سندات المجاملة إذن ليست مسؤولية آلية، بل يجب أن يثبت أن البنك عالم بها، أو كان من المفروض أن يعلم بها، كأن يكون عدد وقيمة السندات كبير جدا مقارنة مع حجم المؤسسة ورقم أعمالها (3)، أو أن تكون مبالغ السندات التي من المفروض أن تخص عمليات حقيقية أرقاما كاملة، أو أن يكون ماضي الزبون مبرر للحيطه والحذر كأن تكون حوادث الدفع بالنسبة له ملحوظة أو سوء سمعته التجارية معروف.

1) STOUFFLET, l'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? , op-cit , p 1881.

Voir aussi RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique – op.cit – p 599.

2) HERVAGULT Alain, op-cit, p 223.

3) Idem.

غير أنه من المتفق عليه أيضا، أن مسؤولية البنك في هذا الإطار يمكن أن تنقص أو تزول تماما أمام خطأ الدائن نفسه، الذي لم يحم نفسه بواجبه في الاحتياط (1)؛ في هذا الإطار، طرحت قضية على مجلس قضاء باريس: فقد قام بنك بالتعامل بفتح قرض مع شخص مقابل ضمان متمثل في سندات تجارية لأن بنك آخر كان قد التزم في إطار هذه السندات كضامن: البنك الثاني لم يسأل عن هذا الشخص، ولم يبحث أو يتأكد من جدية هذه السندات.

تبين فيما بعد أن هذا الشخص غير قادر على رد القرض، وأن السندات وهمية؛ فقام البنك الثاني برفع دعوى مسؤولية على البنك الأول، على أساس أن تعامل الأول مع هذا الشخص، وتقديمه قرضا متمثلا في ضمان الأوراق التجارية المعنية بعثه هو الآخر إلى التعاقد.

غير أن المجلس قد رفض هذا التأسيس، ورفض الدعوى تماما، على أساس أنه ليس من واجب البنك البحث عن جدية السندات، الأمر الذي يجعل البنك المدعى عليه غير مخطئ من هذه الناحية، ومن جهة أخرى، فإن المجلس قدر أن تعامل البنك المدعي مع هذا الشخص مسألة مستقلة عن تعامل بنوك أخرى معه، وأنه كان عليه أن يحتاط في تعامله هذا، وأن يقوم بما يلزم زميله عن عدم القيام به.

في هذه القضية، يلاحظ أن المجلس قد استبعد مسؤولية البنك المدعى عليه تماما؛ ويرى الأستاذ Stoufflet أن الأمر كان سيختلف لو أن البنك المدعي كان دائنا عاديا؛ و بالفعل، فوسائل البحث تختلف، ومسؤولية البنك المدعى عليه كانت ستقوم هنا (2).

2- المسؤولية المدنية للبنك عن منحه قرضا لشخص في وضعية مالية

ميؤوس منها

إن المخاطر من سمات التجارة، و قد تجر التاجر إلى أوضاع مالية صعبة؛ الأمر طبيعي في حياة أي مؤسسة تجارية، و لكنه قد يصل بالتاجر أو بمحيطه من أشخاص يتعاملون معه إلى حد خطير جدا.

فعلا، قد يصل التاجر إلى وضع مالي ميؤوس منه، لا يمكن معه مواصلة نشاطه التجاري بشكل عادي. لكن في الواقع، نادرا ما يعترف التاجر لنفسه أولا، و لمن يتعامل معهم ثانيا أنه وصل إلى هذا الحد: الأمر بالنسبة له، و هو في حالة نفسية صعبة، يفسر على أنه يمر بصعوبة

1) Cour d'appel de Paris le 02 juillet 1937, JCP 1937, n° 02, p 334, cité par STOUFFLET Jean, l'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? op-cit, p 1882, note 45.

2) STOUFFLET Jean, l'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? op-cit, p 1882.

مؤقتة، سيخرج منها حتماً؛ من هذا المنطلق، سيستنفذ كل الوسائل المتاحة للحصول على أموال لتفادي التوقف عن الدفع، مستهدفاً فقط تسديد ديونه في آجالها بأية طريقة؛ و قد يصل في هذا الإطار إلى وسائل غير مشروعة.

من ضمن الوسائل التي قد يلجأ إليها التاجر هي طلب قرض بنكي: فهل يجب أن يحتاط و يحترس البنك من منح قرض لتاجر يعاني من وضع مالي صعب؟.

من الثابت الآن في الدول التي نضج فيها النشاط البنكي أن القضاء استقر على مساءلة البنك مدنياً إذا منح قرضاً لتاجر في وضع مالي ميؤوس منه؛ هذه المسؤولية المدنية تكون في مواجهة دائني المقرض، سواء الدائنين السابقين لمنح القرض، أو الدائنين اللاحقين له، بسبب إضرار البنك بهم بمنحة القرض.

أ - الإضرار بالدائنين السابقين لمنح القرض

قد يبدو غريباً أن يضر منح قرض لمدين بدائنيه : فعلاً، فالقرض يمكنه مبدئياً من رد ديونه إلى هؤلاء⁽¹⁾.

لكن القرض، بعكس الغرض منه، قد يسبب أضراراً فادحة؛ فاستفادة المقرض منه، سيؤخر تاريخ التوقف عن الدفع⁽²⁾، الأمر الذي سيسمح له بمواصلة نشاط سيؤدي إلى خسارة أصوله، و الزيادة في نسبة الديون، على الأقل بزيادة البنك كدائن؛ ضرر الدائنين في هذه الحالة إذن هو الفرق بين ما سيحصلون عليه بعد فتح إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية تجاه مدينهم إثر فتح هذه الإجراءات بعد منح و ضياع القرض، و ما كانوا سيحصلون عليه لو أن مدينهم دخل هذه الإجراءات دون حصوله على القرض البنكي⁽³⁾.

إن الواقع يثبت أن منح قرض لتاجر في وضع ميؤوس منه غالباً ما ينتهي إلى وضع أسوأ، لأنه ليس في حال يجعله يتصرف في القرض بشكل عقلائي؛ فإن تمت خسارة القرض في

¹) STOUFFLET Jean, "L'ouverture du crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers?" op.cit, p. 1882.

²) و إذا كان القضاء الفرنسي في هذا الإطار لا يتمسك بمعنى شكلي للتوقف عن الدفع، بل أنه إذا ثبت أمامه أن المدين استفاد من قرض بنكي و هو في وضع مالي يائس، و طلبه لتأخير التوقف عن الدفع، فإنه يجعل من تاريخ القرض تاريخاً للتوقف عن الدفع، جاعلاً من تصرفات المدين في هذا القرض واقعه في فترة الريبة : الأمر حتماً في مصلحة الدائنين.

³) RODIERE et RIVES-LANGES – Droit bancaire – 3^{ème} édition, p 471 ? cité par HAMMADI Arraid – op.cit – p 49.

عمليات غير مربحة، أو نشاط أدى إلى كارثة، فإنه من الواضح أن البنك أول من سيتضرر لأنه ربما سيخسر قرضه؛ لكن هذا لا يعفيه من مسؤوليته تجاه الدائنين: فبمنحة القرض، مكن البنك المقترض المدين من أن يستمر في فترة يمكنه فيها التصرف في أصوله، ربما بشكل خاسر مضرا بالدائنين؛ ومن جهة أخرى، فإنه في حالة خسارة القرض، و إضافة إلى فرضية نقص الأصول، تكون الديون قد ارتفعت على الأقل بحجم القرض البنكي؛ و هكذا فإن ضرر الدائنين يكون إذن في قسمة أصول أقل على عدد أكبر من الدائنين (1).

ب- الإضرار بالدائنين اللاحقين للقرض

إن الضرر الذي يمكن أن يصيب هؤلاء الدائنين الذين تعاقدوا مع المدين بعد استفادته من القرض هو الغلط الذي وقعوا فيه: فالقرض منح للمدين صورة ملاءة خاطئة تشجع على التعامل معه (2).

إن المعاملات التجارية تبنى على معرفة المتعاقدين بعضهم لبعض؛ لكن هذه المعرفة، لطبيعة التجارة، نادرا ما تبنى على سؤال جدي و بحث حقيقي من التجار عن بعضهم: الظاهر أحيانا يبعث على التعامل.

في هذا الإطار وجدت فكرة مسؤولية البنك المدنية تجاه هؤلاء الدائنين معارضة مفادها أن كل عملية تجارية بها مخاطر، و أن الكثير من هؤلاء الدائنين يجهلون وجود القرض في حد ذاته: فكيف لهم مساءلة البنك (3)؟ و قد تم رد هذا المنطق على أساس أن فكرة المخاطر لا تسمح للبنك بالإساءة إلى مجال الأعمال، كما أن جهل الدائنين للقرض لا يعتبر استبعادا لمسؤولية البنك، بل أساسا لها: فجهل القرض يعطي صورة أخرى للمدين، بكونه في وضعية ملاءة حقيقية (4).

هذا الضرر إذن، الذي قد يسببه البنك لدائني المقترض، سواء كانوا سابقين أو لاحقين لمنح القرض، يفرض عليه الحيطة و الحذر، و الاستعلام عن الوضعية المالية لطالب القرض.

¹) BONNEAU Thierry – op.cit – p 528.

Voir aussi RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique – op.cit – p 599.

²) BUTHURIEUX André – op.cit – p 78.

voir aussi PIEDELIEVRE Stéphane – op.cit – p 508.

Voir aussi HERVAGAUT Alain, op.cit, p. 233.

³) STOUFFLET Jean, "L'ouverture du crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers", op. cit. p. 1883.

⁴) HERVAGAUT Alain, op. cit. p. 233.

فمؤسسة القرض، إذا كان من طبيعتها منح قرض لمساعدة مؤسسات لا يمكنها الخوض في موضوع نشاطها إلا بمعونة مالية لا يعني أنه من حقها ترك مؤسسات فاشلة، من شأنها جر مؤسسات أخرى إلى كارثة، في الساحة الاقتصادية و التجارية⁽¹⁾.

من البديهي أيضا، أن القرض في حد ذاته مخاطرة: خروج المال من سلطة البنك يعني إمكانية عدم استرداده لأي ظرف كان ؛ لكن هنا بالذات ينحصر معظم عمل البنك و حرفيته: في معرفة درجة خطورة قرض ما، و ما إذا كانت هذه الخطورة ممنوعة عليه حفاظا على أمواله وأموال المدخرين و حتى الغير. المخاطرة إذن ليست هي سبب مساءلة البنك عن منح قرض ، و إنما هي المخاطرة الممنوعة، التي يجب على البنك معرفة سماتها⁽²⁾؛ و مهما كان الحال، فالمخاطرة الممنوعة هي الاستثناء، أما الأصل فهو أن يكون الخطر مسموحا، لأنه من طبيعة القرض الذي لا نشاط تجاري أو اقتصادي بدون⁽³⁾.

لمدة طويلة، لم يكن يعاب على البنك بمناسبة منحه قرضا إلا الغش؛ لم يكن يُنظر إذن إلى الوضعية المالية للمستفيد من القرض. لكن اليوم، أصبحت فرضيات مسؤولية البنك لهذا السبب بمناسبة منحه القرض أكثر افتراضا ؛ فمعظم القرارات القضائية جاءت في هذا الإطار⁽⁴⁾.

هكذا يعاب على البنك أنه بسبب منحه قروضا دون حيلة أو حذر، سمح ببقاء مؤسسة في وضعية مالية ميئوس منها، و من ذلك سمح أيضا بزيادة خسائرها⁽⁵⁾.

عند نظره في مساءلة بنك بهذه المناسبة، ينحصر نقاش القضاء في تحديد وضعية المستفيد من القرض المالية، و فيما إذا كانت وضعية ميئوس منها أم لا؛ فخطأ البنك و بالتالي مسؤوليته، تقوم على هذا النقاش.

¹) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, op. cit. p. 190.

²) « On comprend dès lors que l'un des participants à un colloque sur la responsabilité des banques ait pu demander à l'orateur, lors de la discussion sur le rapport de ce dernier, de lui indiquer dans le concret les critères permettant aux banques de distinguer les bons risques des mauvais risques. Question à laquelle il a été répondu par la repartie suivante : « Croyez que si j'avais une quelconque idée là-dessus, je me garderais de la divulguer avant de l'avoir fait breveter... » ». DI VITTORIO, l'évolution de la responsabilité du banquier – Banque, novembre 1977, p 1207, cité par Pratt Georges, op.cit , p 12.

« Le sauvetage des entreprises en difficulté aujourd'hui s'opère de manière désordonnée. De même qu'il n'existe pas de critère objectif dans le choix des entreprises qui méritent d'être sauvées » GUYON Yves – droit des affaires, tome 2 – op.cit - P 80.

³) STOUFFLET Jean - Devoirs et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit – op.cit – p 34.

⁴) Idem, p. 35.

⁵) MICHAILLE Berengère, op.cit, p. 23.

لمدة طويلة، كان التوقف عن الدفع هو المعيار لمساءلة البنك عن منحه قرضا لمؤسسة أدى إلى الإضرار بالغير: و للتذكير بتعريف التوقف عن الدفع، فهو وضعية مدين لم يعد بمقدوره مواجهة ديونه الحالية بشكل عادي (1)؛ و هذا من أهم المعايير التي قدمت من طرف الفقه من أجل تسهيل عمل القضاة، و حتى البنوك لتحديد ما إذا كانت مؤسسة ما في حالة مالية ميؤوس منها؛ غير أنه سرعان ما تم التخلي عن هذا المعيار بعد معاينة عدم كفايته أو نجاعته في الحكم على كون مؤسسة ما في وضعية اقتصادية ميؤوس منها.

فعلا، و من جهة أولى، "قبساطة" هذا المعيار ليست بديهية: فالمعروف أن القضاة، عند بحثهم في تاريخ التوقف عن الدفع، لا يتوقفون عند أمور مادية كتوقف العمليات على الصندوق لدى مؤسسة ما، بل يذهبون إلى البحث في متى أصبحت عمليات الوفاء التي يقوم بها المدين "اصطناعية"، أي أنه يحققها بوسائل غير عادية، كحصوله على قرض بضمانات أو فوائد عالية جدا (2) (المقرض هنا، لتوقعه خضوع المدين للإفلاس، يحمي نفسه بضمانات مبالغ فيها، أو يضخم قرضه بفوائد مبالغ فيها أيضا ليحصل على أكبر قدر منها عند قسمة غرماً).

من جهة أخرى، فلا يمكن و بشكل آلي أن يعاب على بنك تقديمه قرضا لمؤسسة متوقفة عن الدفع. فأحيانا و رغم أن وضعية التوقف عن الدفع تكون مؤكدة، إلا أن القرض الذي منح لتمويل خطة جدية للوقوف بالمؤسسة يكون مثمرا، بدليل أن التوقف عن الدفع لا يؤدي بشكل "آلي" إلى القضاء على الحياة التجارية أو الاقتصادية للمؤسسة في القانون التجاري، و إنما يؤدي إلى وضعها في إطار إجراءات قضائية تهدف إلى بذل ما هو ممكن للنهوض من جديد بالمؤسسة؛ و مهما كان الحال، فإن قرار البنك بمنح قرض لمؤسسة متوقفة عن الدفع لا يقيّم حسب نتيجته، و إنما حسب جدية إمكانيات النهوض بالمؤسسة التي كانت ثابتة وقت إتخاذه (3): فلا يهم أن فشلت الخطة التي أدت إلى منح القرض فيما بعد، طالما أنها كانت جدية و ممكنة التحقيق (4).

1) STOUFFLET Jean, "Devoirs et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit", op. cit. p. 38.

2) Idem.

3) LIKILLIMBA, op. cit. p. 72.

4) « Ne sont pas abusifs les crédits accordés par une banque à une entreprise en difficulté, en ce qu'il auraient permis à celle-ci de se maintenir en survie artificielle et d'avoir une apparence de solvabilité, dès lors qu'à l'époque où ils ont été accordés, des pourparlers très sérieux étaient engagés avec un candidat à la reprise de l'entreprise et qu'un plan crédible de restructuration présentait des chances raisonnables d'un prochain redressement » rejet 15 JUIN 1993, cour de cassation, chambre civile, CD Légisoft précité.

« Une cour d'appel a pu décider qu'aucune faute ne pouvait être retenue à l'encontre des banques après avoir relevé que les banques avaient accordé à la société un soutien mesuré dans le cadre d'une politique de redressement présentant des chances raisonnables de succès telles que ces banques avaient pu les apprécier au moment de leur intervention et que

إن القرض الممنوح لمؤسسة متوقفة عن الدفع إذا ليس خطأ في حد ذاته طالما لا يهدف إلى "مكيجة" و إخفاء الوضع المالي للمؤسسة، و إنما للتهوض بها (1). كل هذا أدى بالقضاء إلى التخلي عن معيار التوقف عن الدفع إلى مفهوم اقتصادي أكثر، هو مفهوم المؤسسة الميئوس منها الذي يختلف عن المفهوم الأول: فقد تكون مؤسسة في وضع ميئوس منه بشكل أكيد، و مع ذلك غير متوقفة عن الدفع ؛ إذ يكفي أن تتمكن من تسديد ديونها الحالية، بل ديونها الحالية المطالب بها، حتى لا تعتبر كذلك. لقد قرر القضاء الفرنسي أن الوضعية الميئوس منها تتحقق عندما يكون المشروع، و خاصة استمراره، قد أصبح مستحيلا بشكل قطعي؛ الأمر كذلك بالنسبة لمؤسسة خسرت أكثر من نصف رأسمالها مثلا (2)؛ هكذا، فما يجعل منح القرض معيبا هو منحه لمؤسسة ستؤول لا محالة إلى الإفلاس و التصفية، كحال مؤسسة موضوع نشاطها في تهقر أكيد و مستمر، لأسباب داخلية أو خارجية (3).

إن هذا كله يجر إلى تساؤل آخر : هل يسأل البنك عندما يمنح قرضا لمؤسسة لتمويل مشروع غير جدّي، إذا كان للبنك الضمانات الكافية لاسترداد قرضه (4)؟.

إن وضعا كهذا، قد يجر إلى حكم سطحي بأن البنك قد كان حذرا في منح القرض، ولكن الأمر عكسه تماما ؛ فالمبالغة في طلب الضمانات و كون قيمتها تتجاوز بكثير قيمة القرض مؤشر على عدم ثقة البنك في المشروع، و بالتالي على خطورة القرض. لكن البنك ليس مطالب بحماية نفسه فقط، بل بعدم جر الغير إلى التعامل مع المستفيد من القرض تعاملًا مضرا بهم : إن الضمانات إذن لا تنزع صفة الخطأ عن منح القرض لتمويل مشروع غير جدّي (5)، أو مؤسسة ميئوس منها.

بنفس المنطق، يثار التساؤل حول منح قرض لمؤسسة بضمانات الدولة (الأمر مطروح بشدة على الساحة الجزائرية)، شأن القروض لتشجيع الشباب، أو بعض الأنشطة و غيره، أو حتى القروض الممنوحة للشركات ذات رؤوس أموال عمومية كليا أو جزئيا ؛ فالمادة 217 من القانون التجاري قد نصت على أنه:

l'échec de ce plan tenait à des causes extérieures non sérieusement prévisibles », rejet 23 Octobre 1990, cour de cassation, chambre civile, CD Légisoft précité.

Voir aussi GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, op. cit. p. 192.

¹ STOUFFLET Jean, "Devoirs et responsabilité du banquier...", op. cit. p. 40.

²) LIKILLIMBA, op. cit. p. 78.

³) MICHAILLE, op. cit. p. 25.

⁴) « jusqu'à une époque récente, l'un des moyens de s'assurer du sérieux d'un chef d'entreprise était, et est encore aujourd'hui, à bien des égards, de lui demander d'engager son patrimoine personnel en garantie des crédits demandés » PRATT Georges – op.cit – p 13.

⁵) STOUFFLET Jean, "Devoirs et responsabilité du banquier...", op. cit. p. 37.

" تخضع الشركات ذات رؤوس أموال عمومية كلياً أو جزئياً لأحكام هذا الباب المتعلق بالإفلاس و التسويات القضائية.

لا تطبق أحكام المادة 352 من هذا القانون في حالة ما إذا كان إجراء التصفية يعني شركة مذكورة في القطع الأول أعلاه.

غير أنه يمكن أن تتخذ السلطة العمومية المؤهلة عن طريق التنظيم تدابير تسديد مستحقات الدائنين.

و تشمل التدابير المذكورة في المقطع السابق قفل الإجراء طبقاً لأحكام المادة 357 أدناه".

إن معنى المادة واضح في أنه بإمكان الدولة سحب مؤسساتها من نظامي الإفلاس و التسوية القضائية عن طريق تسديد ديونها؛ الأمر أكثر وضوحاً في إطار المادة 211 من قانون النقد و القرض 90-10 و تم اللجوء إليها كثيراً في إطار ما يسمى بتطهير وضعية مؤسسات الدولة (Assainissement des entreprises).

المؤكد إذن أن البنك، عند منحه قرضاً لمؤسسة الدولة، قد يعتمد على هذه الأخيرة لضمان استرداده؛ و مهما كان الحال، لا يمكن أن يخرج الحكم عن مساره: يجب على البنك أن يحتاط لمساءلته من قبل المؤسسات التي جرها القرض إلى التعامل مع مؤسسة الدولة، و مطالبتهم إياه بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم جراء ذلك.

الفقرة الثانية: المسؤولية العقدية للبنك أو للمؤسسة المالية: المسؤولية تجاه الكفيل و المقترض

قد يسأل البنك مدنياً عن إساءة منحه قرض من طرف كفيل المقترض، و حتى من قبل هذا الأخير؛ في كلتا الحالتين، و لأن كلا من المستفيد من القرض و الكفيل مرتبط مع مؤسسة القرض بعقد، فالمسؤولية المدنية للبنك ستكون مسؤولية عقدية.

أولاً: مسؤولية البنك المدنية تجاه كفيل المقترض

إن مسؤولية البنك المدنية تجاه كفيل المقترض هي وسيلة لتحل الكفيل من التزامه في القضاء الفرنسي: فقد تعود القضاة في حالة ثبوت المسؤولية أمامهم على تقرير أن قيمة الضرر هي

قيمة القرض، أي بعبارة أخرى قيمة التزام الكفيل تجاه البنك؛ و بذلك ينقضي التزام الكفيل تجاه البنك عن طريق المقاصة⁽¹⁾.

إن مسؤولية البنك تجاه كفيل القرض تدور حسب قرارات و أحكام القضاء الفرنسي حول أربع حالات أساسية هي:

1- مسؤولية البنك تجاه الكفيل في حالة منح قرض لمؤسسة في وضعية مالية ميئوس منها

في حالة منح قرض لشخص في وضعية مالية ميئوس منها، فإن القضاء مستقر على أن الكفيل يمكنه هو أيضا، زيادة على الدائنين، مساءلة البنك عن الضرر الذي أصابه جراء ذلك؛ وكمثال عن هذه الحالة وقائع قضية فصل فيها مجلس النقض الفرنسي بقرار صادر في 24 ماي 1976⁽²⁾: فقد قام السيد "د" بعقد كفالة ليضمن قرضا منحة بنك Le Crédit Lyonnais للسيد "ح" الذي كان وقت القرض في وضعية توقف من الدفع.

بعد فترة من ذلك، خضعت مؤسسة السيد "ح" للتصفية عن طريق القضاء، فقام البنك بمطالبة السيد "د" على أساس عقد الكفالة بتنفيذ التزامه التعاقدية، و دفعه مبلغ القرض. فرفض السيد "د"، و دفع بمسؤولية البنك تجاهه، مسؤولية مؤسسة على أن منحه القرض للسيد "ح" و هو في حالة ميئوس منها قد أدى إلى تغليطه، و كفالة هذا القرض؛ فعدم حذر البنك هنا قد أضرّ إذن بالكفيل.

بعد نظره في القضية، أصدر مجلس قضاء باريس قرارا قضى بأنه بمقابل التزام السيد "د" تجاه البنك بكفالة القرض الممنوح للسيد "ح"، فإن البنك مسؤول تجاه الكفيل "د" مسؤولية مدنية على أساس أن منح القرض كان خطأ لأن السيد "ح" كان في وضعية ميئوس منها. و على ذلك، قضى المجلس بانقضاء التزام الكفيل على أساس مقاصة الدينين المتساويين.

بعد الطعن بالنقض في هذا القرار، أكد مجلس النقض الفرنسي موقف مجلس قضاء باريس: فالبنك حسبه مخطئ فعلا بمنحة القرض للسيد "ح" إذ أن كون هذا الأخير في حالة توقف عن الدفع، و كون حسابه البنكي لدى البنك Le Crédit Lyonnais نفسه كان سلبيا وقت منح القرض يجعل البنك قد تصرف دون حذر بشكل أدى إلى اعتقاد "د" أن السيد "ح" في وضع مالي مستقر الأمر الذي أدى به إلى كفالة التزامه تجاه البنك؛ و عليه رفض مجلس النقض الفرنسي الطعن بالنقض.

¹) GRUA, François, "Responsabilité civile du banquier, service du crédit", op.cit , p 96.

²) CD Légisoft précité.

أكثر من ذلك، فالقضاء في هذا الإطار مستقر على أن البنك مسؤول في حالة علمه بالوضع الميئوس منها للمدين، و عدم إعلام الكفيل بذلك من أجل بعثه على التعاقد على أساس أحد العيوب التي تشوب الرضا في التعاقد، و هو عيب التدليس⁽¹⁾.

2- المسؤولية على تحميل الكفيل التزاما يفوق إمكانياته

يلزم البنك، عند تعاقد مع كفيل زيونه المقترض، أن يكون حذرا بالشكل المطلوب منه كمحترف: إذ يفرض عليه القضاء التأكد من أن الالتزام الواقع على عاتق الكفيل مناسب لقدراته المالية⁽²⁾، و أنه غير مرهق له، و إلا كان مسؤولا تجاهه مسؤولية عقدية الخطأ فيها ناجم عن إخلال البنك بواجب احترام مبدأ التناسب (Principe de proportionnalité) الذي أصبح من أهم التزامات البنك تجاه الكفيل.

إن مرد هذا الالتزام هو التزام أوسع منه مؤسس على وجوب احترام قواعد حسن النية في التعاقد⁽³⁾؛ و بالفعل، فالمادة 107 من القانون المدني ألزمت على الطرفين «... تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحس نية».

لكن يمكن أيضا رده إلى إلزام أعم للبنك تجاه الكفيل، هو الالتزام بتقديم النصيحة، الذي يفرض على البنك، عدم التعاقد مع الكفيل حول مبلغ يفوق قدرته المالية⁽⁴⁾.

3- المسؤولية عن زيادة تأزم وضعية المدين

من المعروف من منطلق و قواعد الكفالة أن الكفيل الذي يفى بالتزامه للدائن سيعود بعد ذلك على المدين لاسترداد ما دفعه (المادة 672 من القانون المدني)؛ و على ذلك استقر القضاء الفرنسي عملا بالمادة 2037 من القانون المدني الفرنسي على أن البنك يكون مسؤولا تجاه الكفيل عن كل خطأ من طرفه يؤدي إلى الإساءة إلى الوضع المالية للمدين بشكل يؤدي إلى عدم تمكن الكفيل من استرداد ما دفعه للبنك⁽⁵⁾ : تبرأ على ذلك نمة الكفيل بقدر الضرر الذي لحقه من خطأ البنك.

¹) GRUA, François, op. cit. p 100.

²) CADART, Anne-Sophie, "Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires", DEA de Droit privé, septembre 1998, Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille II, p. 13.

³) HAMMADI Arraid – op.cit – p 72.

⁴) LEGAIS, Dominique, "L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution", *Mélanges Droit bancaire et financier*, p. 267.

⁵) GRUA, François, op. cit. p. 13.

Voir aussi HAMMADI Arraid – op.cit – p 68.

على مستوى القانون الجزائري، فإن هذا الموقف جسده المادة 656 من القانون المدني بنصها:

« تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

و يقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين و لو تقررت بعد الكفالة. و كذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون.»

و على ذلك يسأل البنك تجاه الكفيل على سبيل المثال في الأطر التالية :

(1) في حالة خضوع زبون البنك المقترض لإجراءات الإفلاس، وجب على البنك، تحت طائلة مسؤوليته المدنية تجاه الكفيل، أن يتقدم بدينه في التقلية: و قد أكدت المادة 658 من القانون المدني ذلك صراحة بنصها : « إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التقلية، و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.»

(2) إذا كان البنك قد اقترب خطأ عند منحه القرض بقبوله منح مبلغ قرض يفوق إمكانيات طالب القرض، مما أدى إلى عدم قدرة الزبون على رده: من حق الكفيل مساءلة البنك عن هذا الخطأ الذي أدى إلى الإساءة إلى وضع زبونه، و بالتالي الإساءة إليه ككفيل⁽¹⁾.

(3) في حالة تجسيد القرض في عقد خصم سندات تم تظهيرها عدة مرات بحيث أصبحت توقيعات المظهرين من أهم الضمانات بها، فإن عدم احترام البنك لمواعيد و إجراءات الأوراق التجارية المعنية، و بالتالي ضياع حقوقه المصرفية كحامل تجاه كل المظهرين بسبب إهماله يؤدي إلى مسؤوليته تجاه الكفيل بالقدر الذي تضرر به هذا الأخير.

4- المسؤولية عن عدم إعلام الكفيل بوضعية المدين

نظم القانون الفرنسي صراحة التزاما على عاتق البنك يفرض عليه أن يعلم الكفيل، قبل 31 مارس من كل سنة كحد أقصى، بمسار القرض الذي مُنح للمدين، و الأجل الذي ينقضي فيه التزام الكفيل؛ فإن كان التزامه غير محدود المدة، يذكره البنك بأنه بإمكانه فسخ العقد المؤسس له في أي وقت مع مراعاة شروط ذلك الفسخ؛ في حالة عدم أداء هذا الالتزام، يفقد البنك حق مطالبة الكفيل بالفوائد الناتجة من يوم آخر إعلام إلى غاية إعلامه من جديد⁽²⁾.

¹) CADART, Anne-Sophie, op. cit. p. 14.

²) Art L313-22 du code monétaire et financier :

« Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise sous la condition de cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, frais et accessoires restant à couvrir du 31 décembre de l'année

إن هذا النص القانوني الفرنسي يرتب للكفيل وضعا جيدا، بل ضروريا في إطار التزامه: فمسار القرض، ما تم تسديده، ما تبقى، التأخر فيه، إعادة جدولته، هي في الحقيقة تعني الكفيل بشكل مباشر، طالما أنه معرض للدفع: لكن لا وجود في القانون الجزائري لما يقابل المادة L313-22 المنصوص عليها أعلاه.

و إن كانت مسؤولية البنك المدنية مسؤولية محترف، ينتظر أن يصقلها القضاء، فإننا لا نعتقد بإمكانية تقرير أساس كهذا من طرف القضاء الجزائري في ضوء النصوص الحالية: صحيح أن المادة 107 من القانون المدني تفتح المجال أمام تأسيس التزام كهذا على عاتق البنك احتراما لما يفرضه حسن النية في تنفيذ العقود، لكن التزام البنك بالسر المهني يقف حاجزا هنا: لا يمكن أن يستفيد الكفيل من إعلام كهذا من البنك إن إلا بوجود نص يستثنيه من التزام البنك العام بعدم إفشاء السر البنكي صراحة، مثلما تعفي المادة L313-22 أعلاه مؤسسات القرض من التقيد بهذا السر في مواجهة الكفلاء.

5- مسؤولية البنك عن الإخلال بالالتزام بتقديم النصيحة للكفيل

يصنف عقد الكفالة بكونه عقدا ملزما لجانب واحد، هو الكفيل: لكنه أصبح اليوم معروفا، على مستوى القضاء و حتى القانون الفرنسي⁽¹⁾، أن عقد الكفالة يلزم البنك أيضا بمجموعة من الالتزامات.

في إطار حقه في إثارة عيوب العلاقة بين البنك و المدين على أساس أن عقد الكفالة تبعية، فإنه يمكن للكفيل أن يثير أمام البنك الذي يطالبه بالدفع بأن هذا الأخير قد أخل بواجب تقديم النصيحة للمدين ؛ غير أنه فوق ذلك، فقد استقر القضاء الفرنسي على أن الكفيل نفسه يستفيد من واجب تقديم النصيحة الملقى على عاتق البنك⁽²⁾.

يجب أن نشير هنا إلى أن واجب تقديم النصيحة للكفيل من طرف البنك يمكن أن يأخذ شكل التزام آخر، كالتزام بمبدأ التناسب⁽³⁾.

précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée.

Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information.»

(1) كما رأينا مثلا أعلاه فيما يتعلق بواجب الإعلام.

(2) LEGEAIS, Dominique, op.cit, p. 266.

(3) أنظر أعلاه ص 251 المسؤولية عن تحمل الكفيل التزاما يفوق امكانياته.

غير أنه قد ثار جدال فقهي و قضائي حول أنواع الكفالة التي يمكنها أن تستفيد من واجب تقديم النصيحة الملقى على عاتق البنك، إذا كان الكفيل هو مسير الشخص المعنوي الذي استفاد من القرض: فهل يستفيد من واجب تقديم النصيحة؟

إن الكفيل المسير كفيل يعلم بدقة وضعية المدين، ربما بشكل أحسن من البنك: إذ يعلم بالضبط ظروف مؤسسته في إطار القرض، بل أكثر من ذلك، فهو المسؤول عن حسن استعمال القرض أو إساءته بصفته مسيراً.

إن القضاء الفرنسي متذبذب جدا في هذه المسألة⁽¹⁾، موقف أول منه يميل نحو عدم استفادة الكفيل المسير من الالتزام بتقديم النصيحة بوجه عام: فقد قرر مجلس النقض الفرنسي في أحد قراراته أنه، خارج إطار الظروف الاستثنائية، فإن مسير شركة ذات مسؤولية محدودة لا يمكنه مساءلة بنك بسبب منح معيب للقرض لنفس الشركة⁽²⁾.

غير أنه في نفس الفترة، صدر عن نفس المجلس، و نفس الغرفة، قرارا مناقضا تماما: إذ بمناسبة النظر في قضية بنك منح قرضا لمؤسسة بضمان مسيرها، مع التزام هذا الأخير كفيل بشكل يتجاوز إمكانياته المادية، الأمر الذي يشكل إخلالا بالالتزام بمبدأ التناسب، و بالتالي إخلالا بواجب تقديم النصيحة للكفيل، فإن مجلس النقض قرر بأحقية الكفيل في مساءلة البنك على هذا الأساس بشكل واضح لكن يجب، حسب مجلس النقض، أن يتم تقييم مسؤولية البنك من عدمه حالة بحالة، و الأخذ بعين الاعتبار مسؤولية الكفيل في ظل الشخص المعنوي، و مدى خبرته⁽³⁾؛ في قرار آخر، كرّس مجلس قضاء باريس أحقية الكفيل المسير في مساءلة بنك مدنيا لأنه ترك بتصرفه خطأ في ذهن الكفيل يتمثل في أن التزام الأخير يزول و ينقضي بفعل انقضاء صفته كمسير للشخص المعنوي المستفيد من القرض، و تعيين مسير جديد التزم كفيل لنفس القرض: فقد رأى المجلس في ذلك إخلالا بواجب تقديم النصيحة⁽⁴⁾.

ثانيا : مسؤولية البنك تجاه زبونه: الإلتزام بتقديم النصيحة

رغم أن الوضع يبقى شبه استثنائي⁽⁵⁾ يقع على عاتق البنك التزام بتقديم النصيحة تجاه زبائه في مجمل العمليات التي تربطهم به؛ و منها عملية توزيع القرض.

¹) KOERING Camille – Caution dirigeant : la fin des échappatoires – Le Dalloz 2003, n° 6, p 414.

²) Cass.com. 12 novembre 1997, JCP 1998, éd. Ep 182, cité par Dominique Legeais, op. cit. p. 268.

³) Cass.com. 19 juin 1997, JCP 1998 I, p. 103, cité par Dominique Legeais, op. cit. p. 269.

⁴) C.A. Paris, 23 janvier 1998, Juris-Data n° 20 157, cité par Dominique Legeais, op. cit. p. 267.

⁵) BLANCHARD, Note sous Civ. 8 juin 1994, RTD com., janvier-mars 1995, p. 170.

كمعظم الالتزامات البنكية التي صقلها القضاء و الجانب العملي، فقد اختلف الفقه في نظرته إلى الالتزام بتقديم النصيحة للزبون: فالبعض يرى أنه يجب التمييز بين واجب الإعلام، و هو التزام مفاده تقديم معلومات بشكل حيادي، و واجب النصيحة الذي يحمل في طياته وجوب التوجيه، والحث على أخذ موقف ما ؛ ففرض هذا الإلتزام على البنكي يعني نقل المخاطرة و المجازفة من الزبون إليه، في حين أن الزبون عليه تحمل مسؤولية اختياراته و تسييره لأمواله المالية، لا أن يلقيها على عاتق غيره؛ غير أن البعض الآخر من الفقه يرى بأن الإلتزام بتقديم النصيحة للزبون موجود، لكنه محدود (1).

1- وجود الإلتزام بتقديم النصيحة للزبون

لأن زبائنه يتقون به على أساس علمه و تخصصه، خاصة في مجال القرض، فإنه على البنكي التزام تجاههم بالإعلام و بالنصيحة من أجل تحذيرهم من عمليات تحوي حدا كبيرا من الخطورة (2). و يجد الإلتزام بتقديم النصيحة أساسه المنطقي من عدم تساوي التخصص و الإحترافية بين طرفي عقد القرض، أي بين طالب القرض و البنك، و من ثقة الأول في الثاني في مجال هو محترف فيه، بينما لا يجيده المقترض (3). كما أن قيام البنك بهذا الإلتزام يحقق مصلحته هو أيضا من حيث أنه يساعد على ضمان تمكّن المقترض من رد القرض و عدم إضاعته في مشروع غير مثمر (4).

أما الأساس القانوني فإنه مستنبط من طرف القضاء الفرنسي من المادتين 1134 و 1135 من القانون المدني الفرنسي (5) اللتان تقابلان في معنييهما المادة 107 في فقرتها الأولى والثانية من القانون المدني الجزائري، إذ جاء فيها :

" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية .

و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو

من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الإلتزام".

1) LIKILIMBA Guy, op.cit , p. 48.

2) DESCHANEL, cité par Guy Likilimba, op. cit. p. 48.

3) GRUA François, "Responsabilité civile du banquier, Service du crédit", op.cit, p. 3.

4) BLANCHARD, op. cit. p. 171.

5) art. 1134 :

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

art. 1135 :

" Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

قد يصل واجب تقديم النصيحة الملقى على عاتق البنك تجاه طالب القرض إلى درجة وجوب رفض القرض إذا تبين من دراسة حالته أنه سيجره إلى وضعية إعسار؛ في هذا الإطار، لا يكفي أن ينصح البنك زبونه مع ترك حرية أخذ القرار له، بل عليه رفض التعاقد⁽¹⁾: فالإعسار المحتمل الذي قد ينتج عن قرض مرهق أو غير مناسب هو الذي يجعل منح القرض خطأ موجبا لمسؤولية البنك تجاه زبونه⁽²⁾.

من جهة أخرى، و على مستوى الواقع العملي، كثيرا ما تبرر البنوك (خاصة البنوك الجزائرية) منحها لقروض بأهمية متفاوتة لزبائنها بكونها غطت مخاطرتها بضمانات عالية؛ لكن في هذا الإطار، يجب لفعالية و استمرارية النظام البنكي الأخذ بقاعدة معروفة مفادها أن القرض لا يمكن أن يبرر بالضمانات⁽³⁾. هكذا لا يمكن للبنك أن يتخلص من مسؤوليته عن إخلاله بالتزامه بتقديم النصيحة لزبونه بحجة أن المخاطرة بالقرض التي رضي بها رغم أنها لتمويل مشروع غير موثوق فيه مغطاة بضمانات كافية من الزبون: فهو بهذا الشكل يحمي نفسه و يضع زبونه و حتى الغير في خطر؛ كما أن هذا التصرف بعيد كل البعد عن الاحتراف و التخصص، و لا حاجة لمهنية البنكي للقيام به. هكذا، فإن الالتزام بتقديم النصيحة يحتد و يجد أساسا أكبر عندما يكون طالب القرض ليس مؤهلا بشكل كافٍ لتقدير خطورته.

2- حدود الالتزام بتقديم النصيحة للزبون

من أجل استبعاد مسؤوليته المدنية عن إخلاله بالالتزام بتقديم النصيحة لزبونه، يجد البنك أمامه عدة مخارج تشكل حدودا لهذا الالتزام :

- لا يمكن على سبيل المثال أن يساءل بنك في هذا الإطار تجاه زبونه إن كان الزبون على قدر كافٍ من العلم بمآل أعماله و تصرفاته الخطيرة: فالقضاء الفرنسي مستقر على ذلك⁽⁴⁾.

- هناك أيضا حدود للالتزام بتقديم النصيحة للزبون من حيث موضوع هذه النصيحة : فقد استقر القضاء أيضا على أن البنكي ملزم بالنصيحة المتعلقة بالجانب المالي فقط للقرض و مآله؛ أما العناصر الأخرى التي لها علاقة بنجاح أو فشل مشروع العميل، فلا يسأل عليها : من أمثلة ذلك قضية فصل فيها مجلس استئناف ريوم (Riom) قرر فيها أن

¹) LEGEAIS Dominique, op. cit. p. 262.

²) LIKILIMBA Guy, op. cit. p. 49.

³) "Le crédit ne saurait être légitimé par des garanties". Voir Guy Likilimba, op. cit. p. 50.

⁴) LIKILIMBA Guy, op. cit. p. 52.

البنكي الذي قدم قرضا في شكل بيع إيجاري لشركة متخصصة في البناء من أجل إنجاز مركز تجاري لا يخل بالالتزام بتقديم النصيحة عندما لا يُعلم زبونه بأن مكان هذا المشروع لا يصلح لهذا النوع من التجارة؛ فهذا مجال تقني يخرج عن اختصاص البنكي إلى اختصاص أشخاص آخرين (1).

إضافة إلى ذلك، فالبنك غالبا ما يقدم حججا أخرى متعلقة بواجب عدم التدخل.

الفرع الثاني: إستعلام البنك أو المؤسسة المالية عن وضعية طالب القرض

إن كل فرضيات المسؤولية المدنية للبنك أو للمؤسسة المالية في مجال القرض البنكي، سواء كانت مسؤولية تقصيرية أو عقدية، مبنية على فكرة أن يعاب على البنكي منحه قرضا رغم أنه يعلم بوقائع أو بطرف كان من شأنها أن تردعه عن منح القرض.

في هذا الإطار، يجب الاحتياط من فكرة كون البنكي عالم بكل شيء متعلق بمن تعامل معهم: فعبارات مثل: "البنكي كان يعلم... البنكي كان من المفروض أن يعلم" عبارات كثيرا ما يرددها المتضررون من منح القرض (2). لكن الحقيقة أن للبنك وسائل قد تكون ممتازة في الاستعلام عن طالب القرض (الفقرة الأولى)، لكنها لا تحقق معجزات؛ الأمر الذي يثير مسألة مدى وجوب الاستعلام بالنسبة للبنكي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وسائل استعلام البنك أو المؤسسة المالية عن طالب القرض

المؤكد أن للبنكي وسائل معتبرة للاستعلام عن طالب القرض، سواء في إطار بنك الجزائر (أولا) أو خارج إطاره (ثانيا).

أولا: وسائل استعلام البنكي عن طالب القرض في إطار بنك الجزائر

فرض قانون النقد و القرض إنشاء أجهزة استعلام تكفل للبنوك و المؤسسات المالية إمكانية الاستعلام عن طالب القرض لديها.

طبقا للمادة 141 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض، فإنه طالما لم يصدر نظام تالي لهذا القانون في الحالات التي تناولتها الأنظمة قبله، فإن هذه الأنظمة تبقى سارية إلى غاية

1) Idem, p. 53.

2) STOUFFLET, J., "Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit", op. cit. p. 24.

استبدالها بأنظمة جديدة، و منها نظام 01-92 المؤرخ في 22 مارس 1992، المتضمن تنظيم مركزية المخاطر و مهامها⁽¹⁾.

حسب هذا النظام «يحدث بنك الجزائر ضمن هيكله مركزية الأخطار...»⁽²⁾، وتضطلع هذه المركزية بمهمة التعرف على الأخطار المصرفية، و تجمعها، و تبليغها⁽³⁾.

هكذا، و احتراماً للمادة 98 من قانون النقد و القرض أعلاه ، فإن كل مؤسسات القرض من بنوك و مؤسسات مالية ناشطة في الجزائر مجبرة على «... أن تنضم إلى مركزية الأخطار التابعة لبنك الجزائر و تحترم قواعد عملها احتراماً دقيقاً»⁽⁴⁾ ؛ و عليها في هذا الإطار أن تعلن عن القروض التي تمنحها لزمائنها، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين⁽⁵⁾.

هذه المعلومات التي يجمعها بنك الجزائر في إطار مركزية المخاطر، عليه أن يقوم بدوره بتبليغها دورياً لمؤسسات القرض، بالنسبة لكل مدين على حدى⁽⁶⁾. و بغض النظر عن واجب البنك المركزي (بنك الجزائر حالياً) في توزيع هذه المعلومات على البنوك و المؤسسات المالية، فإنه يحق لكل واحدة منها «... أن تحصل، بواسطة طلب كتابي، على المعلومات المتعلقة بالمساعدات المسجلة باسم المدينين ...»⁽⁷⁾.

فقد جاء في المادة 98 من قانون النقد و القرض⁽⁸⁾:

« ينظم بنك الجزائر و يسير مصلحة مركزية المخاطر تدعى مركزية مخاطر المؤسسات و مركزية مخاطر العائلات و مركزية المستحقات غير المدفوعة. تعد مركزية المخاطر مصلحة لمركزية المخاطر و تكلف بجمع أسماء المستفيدين من القروض و طبيعة القروض الممنوحة و سقفاها و المبالغ المسحوبة و مبالغ القروض غير المسددة والضمانات المعطاة لكل قرض، من جميع البنوك و المؤسسات المالية. يتعين على البنوك و المؤسسات المالية الإنخراط في مركزيات المخاطر و يجب تزويدها بالمعلومات المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة.

⁽¹⁾ الجريدة الرسمية رقم 08، الصادرة في 07 فيفري 1993.

⁽²⁾ المادة 01 من نظام 01-92.

⁽³⁾ المادة 02 من نظام 01-92.

⁽⁴⁾ المادة 03 من نظام 01-92.

⁽⁵⁾ المادة 04 من نظام 01-92.

⁽⁶⁾ المادة 05 من نظام 01-92.

⁽⁷⁾ المادة 06 من نظام 01-92.

⁽⁸⁾ المعدلة بموجب المادة 08 من أمر 04-10 المعدل و المتمم لأمر 11-03 المتعلق بالنقد و القرض.

يبلغ بنك الجزائر لكل بنك و مؤسسة مالية، بطلب منهما، المعلومات التي يتلقاها من زبائن المؤسسة.

لا تستعمل المعلومات المبلّغة للبنوك و المؤسسات المالية من قبل مركزيات المخاطر إلا في إطار قبول القروض و تسييرها..."

إضافة إلى هذا النظام الذي يعد مباشرا للاستعلام و جمع المعلومات عند طلب القرض، فإن بنك الجزائر ينطوي على وسائل أخرى تعطي فكرة عن حال طالب القرض، كمركية الميزانيات (1) التي تتأشأ .. لدى بنك الجزائر طبقا لمهامها المتمثلة في مراقبة توزيع القروض التي تمنحها البنوك و المؤسسات المالية، و قصد تعميم استعمال طرق موحدة في التحليل المالي الخاص بالمؤسسات ضمن النظام المصرفي" (2).

تتمثل مهمة هذه المركزية أساسا في جمع المعلومات المقدمة من مؤسسات القرض التي يجب عليها الانخراط فيها (3)؛ هذه المعلومات هي معلومات محاسبية و مالية عن المؤسسات التي تحصلت على قرض من بنك أو من مؤسسة مالية (4)، يقوم بنك الجزائر بعد جمعها بتزويد مؤسسات القرض بها بعد معالجتها.

في إطار استعلامها عن طالب القرض، تبحث البنوك في كل ما يتعلق بمواجهته لديونه السابقة، و اخلاقياته أيضا: من هنا، فإن البحث في عوارض الدفع التي قد يكون طالب القرض قد تعرض لها من شأنه أن يكون له وزنه في قرار منح قرض من عدمه: فتجد مؤسسة القرض في مركزية المستحقات غير المدفوعة عونا حقيقيا في هذه المسألة.

إن مؤسسات القرض، بصفتها مسحوبا عليه في الشيك، ملزمة بتبليغ هذه المركزية على مستوى بنك الجزائر بكل منع من إصدار شيكات تتخذها ضد زبون لها أصدر شيكا بدون رصيد أو بدون رصيد كاف (5)؛ و يقوم بنك الجزائر بانتظام بتبليغ البنوك و الهيئات المالية و المؤهلة قانونيا بأن تكون مسحوبا عليه في شيك، و بالتالي بمنح نماذج شيكات، بالقائمة المحيئة للممنوعين عن إصدار شيكات (6).

(1) النظام رقم 07-96 المؤرخ في 03 جويلية 1996، الجريدة الرسمية 64 المؤرخة في 27-10-1996.

(2) المادة 01 من النظام 07-96.

(3) المادة 03 من النظام 07-96.

(4) المادة 02 من النظام 07-96.

(5) المادة 526 مكرر 07 من القانون التجاري (قانون 02-05 المؤرخ في 06 فيفري 2005).

(6) المادة 526 مكرر 08 من القانون التجاري.

إن هذه المعلومات التي تركز على مستوى مركزيات بنك الجزائر تعتبر حقيقة مصدرا جد غني للبنوك و المؤسسات المالية؛ غير أنه يعاب على هذه المصادر كونها تجمع و تقدم للبنكي دائما بعد عدة أشهر من نشأتها: الأمر الذي يجعلها غير أمينة بشكل مطلق (1).

من دون شك أن هذه المركزيات وسائل ممتازة لا تملكها إلا البنوك و المؤسسات المالية للاستعلام عن طالب القرض؛ و كون هذه الوسائل ممتازة فعلا و لأنها ليست الوحيدة، فإنه من المشروع التساؤل حول مدى مسؤولية بنك أو مؤسسة مالية، قدم قرضا كانت له نهاية سيئة، دون اللجوء إلى الاستعلام عن طالب القرض بواسطة هذه الوسائل.

ثانيا : وسائل استعلام البنكي عن طالب القرض خارج إطار بنك الجزائر

أمام أهمية و خطورة عملية القرض، على البنكي مبدئيا استعمال كل ما بوسعه لمعرفة طالب القرض حتى يحدّ قدر المستطاع من خطر عدم استرداد القرض.

من المؤكد أنه بإمكان مؤسسة القرض أن تستفيد من كل ما يشهر قانونا :

- من أجل معرفة أكبر للمؤسسة طالبة القرض، يمكن الاستعانة بما يجب شهره لدى السجل التجاري، كالنظام الداخلي لها و كل ما يحويه كموضوعها و رأسمالها (2).
- من أجل فكرة أوضح عن الوضع المالي لطالب القرض، يمكن الاطلاع على أملاكه في مصلحة الشهر العقاري، و التأكد من كونها ضمانات لدى الغير أم لا.

إن الدول الأخرى كفرنسا قد قطعت شوطا أطول مقارنة مع الجزائر في استغلال الشهر القانوني لمعرفة ما إذا كان من المجدي التعامل مع شخص ما من عدمه: فديون الضمان الاجتماعي في القانون الفرنسي يجب أن تشهر؛ و هذا أمر يفيد البنكي حتما في اتخاذ قراره حول طلب القرض، خاصة مع العلم أن ديون الضمان الاجتماعي ديون ممتازة؛ غير أنه رغم أن المنطق هو نفسه، فالقانون الفرنسي كالقانون الجزائري، لا يفرض شهر الديون تجاه الضرائب (3)؛ لكن هذا لا يمنع البنكي من طلب وثائق للتأكد من عدم مديونية طالب القرض لإدارة الضرائب أو الضمان الاجتماعي.

¹) BUTHURIEUX André – op.cit – p 72.

² المادة 548 من القانون التجاري

³) STOUFFLET, J., "Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit", op. cit. p. 28.

يمكن للبنكي أيضا أن يستعلم عن وضع طالب القرض من خلال وثائق محاسبية له أن يطلبها، و أن يستوضح من زبونه ما يراه مناسباً. وتجدر الإشارة إلى أن الانتقال إلى مقر المؤسسة ممارسة معروفة في فرنسا للإستعلام، خاصة و أنه يجب الإحتياط من كون الكثير من المؤسسات مجرد خط هاتفي⁽¹⁾.

من ناحية أخرى، يمكن للبنك أن يجمع معلومات عن طالب القرض إذا كان زبونا لديه بوسائل و قرائن من علاقته به: فمراجعة الحساب البنكي أو الحسابات البنكية و حركاتها تعطي صورة لا بأس بها عن وضعية الزبون المالية: فحساب لم يكن أبدا على المكشوف، تتوازن فيه حركات الإيداع و السحب يوحي بأن صاحبه في وضع مالي متوازن. هذا مع ملاحظة أن الحساب، حتى في هذه الحالة، ليس عنصرا يعتمد عليه كلية ؛ فقد تكون للزبون حسابات لدى بنوك أخرى تشمل على حركات غير منتظمة⁽²⁾. يمكن أيضا أن يستعلم البنكي عن وضعية المؤسسة التي تطلب قرضا عن طريق الإطلاع على تقرير مندوب حساباتها⁽³⁾.

يمكن أيضا، من خلال الأوراق التجارية التي يتعامل بها البنك مع زبونه، معرفة وضعه دون حتى طلب توضيح من هذا الأخير: فالشيكات بدون رصيد حتما عامل سلبي؛ كما أن خصم أوراق تجارية كالسفاتج قبل قبولها، ثم رفض قبولها بسبب عدم تسليم البضاعة، أو بشكل أوسع عدم تقديم مقابل الوفاء من قبل الساحب الزبون مؤشر على وضعية مالية صعبة، و ربما حتى ميؤوس منها، جعلت الزبون يلجأ إلى وسائل قد تكون مغشوشة للحصول على أموال؛ كما أن طلبات تأجيل استحقاق بعض الديون، خاصة إذا كانت متكررة، عامل من العوامل التي تبعث البنك على الإحتياط⁽⁴⁾.

مهما كان الحال، يجب الانتباه إلى أن هذه الوسائل لا تؤدي إلى حتمية العلم بوضع طالب القرض، فقد يقدم هذا الأخير وثائق محاسبية مزورة تجعل من البنك أول ضحاياه⁽⁵⁾؛ كما أن سلامة أو قوة مركز مالي لمؤسسة ما أمر يمكن أن يتغير في وقت قياسي.

¹) Idem, p. 27.

²) HERVAGAUULT, op. cit. p 215/.

³) BUTHURIEUX André – op.cit – P 15.

⁴) idem.

⁵) Idem, p. 216.

الفقرة الثانية: مدى وجوب استعمال مؤسسة القرض لوسائل استعلامها عن طالب القرض

بعد سرد ما يمكن للبنك أو للمؤسسة المالية اللجوء إليه و استعماله للإحاطة بوضعية طالب القرض، يطرح إشكال حول معرفة مدى وجوب استعمال هذه الوسائل: هل يجب على البنكي استعمالها قبل منح قرض، و إلى أي مدى؟.

المؤكد فقط، على مستوى النصوص الجزائرية، أن المادة 08 من نظام 92-01 المتضمن مركزية الأخطار و عملها أن البنكي عليه حد أدنى من هذا الإلتزام؛ فقد جاء في هذه المادة أنه: " لا يمكن جهاز القرض أن يقدم أي قرض خاضع للإعلان لزبون جديد دون أن يستشير مقدّما مركزية الأخطار التابعة لبنك الجزائر": واجب الإستعلام واضح بمقتضى هذا النص إذا، و يوضع على عاتق مؤسسة القرض في مواجهة أي زبون جديد.

لكن فيما يتعلق بالحالات الأخرى، و بباقي الوسائل، فالقضاء الفرنسي لم يضع قواعد محددة لواجب استعمال البنك عن طالبي القروض؛ غير أنه قد اعتبر مؤسسات قرض مسؤولة عن الأضرار الناتجة عن قروض منحتها لمؤسسات في وضعيات مالية سيئة، أو لأشخاص غير جديرين بالقرض: الأمر الذي يؤكّد أنه عليها حد أدنى من الإلتزام بالإستعلام⁽¹⁾.

غير أن مضمون هذا الإلتزام غير محدد بقواعد دقيقة و مجردة: الأمر، كما يقول الأستاذ STOUFFLET، مستحيل و غير مستحب: مستحيل لأن الأمر يناقض كون عملية القرض بطبيعتها عملية خطيرة، و هذه طبيعة لا يمكن تغييرها، غير مستحب لأن الأمر حتما لن يخدم طالبي القرض الذين سيجدون أنفسهم ضحايا قواعد جامدة⁽²⁾.

البنكي إذن غير مجبر على استعمال كل الوسائل المتاحة له للإستعلام عن وضعية طالب القرض بمناسبة كل طلب؛ فهذا الأمر غير معقول؛ المطلوب منه هو أن يستغل ما يجعله ينال علما كافيا حسب كل حالة؛ فطلب العلم بوضعية طالب القرض يختلف حتما حسب أهمية القرض، و حتى طبيعته⁽³⁾: فالتعامل مع طلب قرض عقاري يختلف عن التعامل مع طلب قرض لسد حاجات خزينة طالب القرض، لغموض هذا النوع الأخير من القرض الذي يزيد من خطورته؛ و على ذلك،

¹) STOUFFLET, J., "Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit", op. cit. p. 31.

²) idem.

³) HERVAGULT Alain – op.cit – p 217.

لا يسأل البنكي عن مخالفة واجب الإستعلام إلا إذا كان استعلامه غير عقلاني: إذ يجب اتخاذ تدابير عقلانية لاتخاذ قرار عقلاني بمنح القرض أو رفض منحه (1).

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للبنك في عقود خاصة للقرض البنكي

في إطار عقود للقرض البنكي تأخذ أشكالاً خاصة، فإن مسؤولية البنك المدنية ستخضع، بالإضافة إلى القواعد العامة للمسؤولية في مجال القرض البنكي، إلى القواعد الخاصة بهذه القروض.

في هذا الإطار، يعتبر عقدا الخصم و الإعتماد المستندي من أهم أنواع القروض التي تقدمها البنوك الجزائرية.

الفرع الأول: مسؤولية مؤسسة القرض بمناسبة خصم الأوراق التجارية

تدور فرضيات مسؤولية مؤسسات القرض المدنية في إطار عملية خصم الأوراق التجارية حول مسألتين أساسيتين: المسؤولية بسبب فقدان الحق في الرجوع المصرفي، و المسؤولية بسبب عدم الإعلام بحادث دفع.

الفقرة الأولى: المسؤولية بسبب فقدان الحق في الرجوع المصرفي

إن الخصم عقد ينشئ التزامات على عاتق طرفيه: مؤسسة القرض من جهة، وزبونها من جهة أخرى؛ فالبنك ملزم، عند حلول أجل الاستحقاق، باحترام مجموعة من الإجراءات و المواعيد باعتباره حاملاً للسند المخصوم، و إلا أصبح حاملاً مهماً و فقد بالتالي حقوقه المصرفية الناتجة عن الورقة التجارية.

إن فقدان الحقوق المصرفية مسألة لا علاقة لها بالمسؤولية المدنية، لكنه قد يشكل بمفهومها خطأً موجبا للتعويض (2).

يتحقق فقدان الحقوق المصرفية بعدم احترام البنك للالتزامات التي يفرضها القانون المصرفي على حامل ورقة تجارية (3). و بفقدانه أياها، فإن زبونه الذي أجبر بمقتضى عقد الخصم

1) idem.

2) HERVAGAUZ Alain, op. cit. p. 162.

3) نصت المادة 437 من القانون التجاري، و هي الإطار العام لحالات الإهمال في القانون المصرفي، على ما يلي:

"بعد انقضاء الأجل المعينة:

على تسديد قيمة الورقة للبنك لن يمكنه الرجوع على الملتزمين الصرفيين الذين سبقوه حسب ما تضمنه له المادة 432 من القانون التجاري طالما سقط الحق في الرجوع الصرفي بإهمال مؤسسة القرض. هذا ما يشكل خطأ مدنياً قد يؤسس طلب التعويض؛ يتجسد ذلك مثلاً في الفرضيات التالية:

- أن البنك لم يحترم ما تفرضه المادة 414 من القانون التجاري، و لم يقدم السّفْتجة أو السند لأمر للوفاء في تاريخ الاستحقاق أو في أحد يومي العمل المواليين له (1).

- أن البنك لم يقدم السّفْتجة أو السند لأمر المستحق الدفع لدى الإطلاع للوفاء خلال أجل التقديم للوفاء الذي هو سنة مبدئياً من يوم إنشاء السند.

- أن البنك لم يقدّم السّفْتجة المستحقة الدفع بعد أجل من الإطلاع للقبول (أو السند لأمر المسحوب لنفس الأجل)، طالما أن القانون يفرض ذلك في المادة 403 من القانون التجاري لضرورة هذا التقديم لتحديد تاريخ الإستحقاق، و ذلك في الأجل القانوني المحدد مبدئياً بسنة من الإنشاء.

- أن البنك لم يقدّم باستصدار احتجاج لعدم الوفاء بعد رفض المسحوب عليه الوفاء بالسّفْتجة أو بالسند لأمر، أو أنه قام بهذا الإجراء لكن متأخراً، منافياً بذلك المادة 427 من القانون التجاري التي تفرض القيام بهذا الإجراء خلال العشرين يوماً الموالية لتاريخ الاستحقاق، أو خلال سنة من تاريخ الإنشاء بالنسبة للسّفْتجة أو السند لأمر المستحق الدفع لدى الإطلاع.

- لتقديم السّفْتجة الواجب وفاؤها لدى الإطلاع.

- و لتحرير احتجاج لعدم القبول أو الوفاء.

- و لتقديم السّفْتجة للوفاء في حالة شرط الرجوع بلا مصاريف.

تسقط حقوق الحامل ضد المظهرين و الساحب و غيرهما من الملتزمين باستثناء القابل.

غير أن هذا السقوط لا يحصل في حق الساحب إلا إذا أثبت وجود مقابل الوفاء في الاستحقاق و في هذه الحالة لا يبقى للحامل إلا حق رفع الدعوى على الشخص الذي سحبت عليه السّفْتجة.

و إذا لم تقدم السّفْتجة للقبول في الأجل الذي اشترطه الساحب تسقط حقوق الحامل في الرجوع بعدم الوفاء و لعدم القبول ما لم يقتض مضمون الشرط أن الساحب لم يقصد سوى إعفائه في ضمان القبول.

و إذا ورد شرط بتعيين أجل للتقديم في أحد التظاهرات، فلا يمكن لغير المظهر التمسك به".

(1) و إن كان المتمنع في هذه المادة، و المادة 437 يستنتج أنها خاصة بالأوراق التجارية التي تحتوي على شرط الرجوع بلا مصاريف أو بدون احتجاج.

- عدم تحرير الاحتجاج لعدم القبول أو تحريره خارج الأجل القانوني: ويكون ذلك إذا كان التقديم للقبول وجوبيا، إما بشرط التقديم للقبول المدرج في السفتجة، وإما لأن السفتجة مستحقة الدفع بعد أجل معين لدى الإطلاع. و أجل تحرير الاحتجاج لعدم القبول حسب المادة 427 من القانون التجاري هو نفسه أجل تقديم السفتجة للقبول.

- عدم احترام مواعيد الرجوع المصرفي على الملزمين المصرفيين التي تحددها المادة 461 من القانون التجاري، و بالتالي سقوط الحق في الرجوع المصرفي بالتقادم بسبب خطأ البنك⁽¹⁾.

إن الآلية القانونية للتظهير الناقل للملكية تجعل الحامل المهمل الذي فقد حقوقه المصرفية محتقضا بإمكانية الرجوع على من تعامل معه بالورقة التجارية على أساس العقد الذي هو أساس أو سبب التظهير: فالتجديد، كسبب لانقضاء الالتزامات، لا يتحقق بالتظهير الناقل للملكية.

و على ذلك و في حالة فقدانه للحق في الرجوع المصرفي بالإهمال أو بالتقادم، فإنه يبقى لمؤسسة القرض إمكانية الرجوع على زبونها (خاصة و أن البنوك في الممارسة تضع شرطا عند الخصم، هو شرط الوفاء الفعلي، أو شرط تمام العملية) و مطالبته بمبلغ الورقة التجارية المخصومة. لكن بالمقابل، في حالة وفاء زبونها لها، لا بد أن تُرجع له السند المخصوم، حتى يتسنى له مطالبة ضامنيه هو بحقوقه المصرفية، و استرداد ما دفعه⁽²⁾؛ لذا فإن فقد البنك الحقوق المصرفية إما بالإهمال أو بالتقادم، لن يرجع لزبونه إلاّ سندا يفتقد لإمكانية الرجوع، مما يسبب ضررا للزبون مستحقا للتعويض في حالات كثيرة.

غير أن هذا الخطأ، رغم ثبوته، لا يسبب دائما ضررا مؤديا للتعويض⁽³⁾ :

⁽¹⁾ تنص المادة 461 من القانون التجاري و التي تحيل إليها المادة 467 بالنسبة للسند لأمر على أنه:

" جميع دعاوى الناشئة عن السفتجة و المرفوعة على قابلها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ الإستحقاق. و تسقط دعاوى الحامل ضد المظهرين أو الساحب بمضي عام واحد من تاريخ الإحتجاج المحرر في المدة القانونية أو من تاريخ الإستحقاق إذا كانت السفتجة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف. و تسقط دعاوى المظهرين على بعضهم بعضا أو على الساحب بعد مضي ستة أشهر ابتداء من اليوم الذي سدد فيه المظهر السفتجة أو من يوم رفع الدعوى عليه.

....

⁽²⁾ فالمادة 432 من القانون التجاري تنص في فقرتها الثالثة على أنه:

" و يعود هذا الحق لكل موقع على سفتجة متى سدد قيمتها".

كما تنص المادة 434 على أنه:

"يجوز لمن سدد مبلغ السفتجة أن يطالب ضامنيه بكامل المبلغ الذي أوفاه و ما دفعه من مصاريف".

³⁾ HERVAGULT Alain, op. cit. p. 165.

- فإن كان الزبون هو الساحب نفسه الذي سحب سفتجة لنفسه على شخص ما، فإن حقوقه المصرفية، في حالة قبول المسحوب عليه، لا تتأذى بالإهمال طالما لم تمر مدة تقادم التزام القابل: لا ضرر هنا إذن من إهمال البنك. هذا بصريح المادة 437 أعلاه.

- إن كان الزبون هو المستفيد، و كان الساحب لم يقدم مقابل الوفاء، فلا ضرر هنا أيضا من الإهمال طالما لم تتقادم الدعاوى المصرفية لأن الحامل المهمل يحتفظ بإمكانية الرجوع على المسحوب عليه القابل، و الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء حسب المادة 437 من القانون التجاري.

لا بد من الإشارة في هذا الإطار إلى أن القانون التجاري يحوي ما يمكن البنك من التخلص من أسباب المسؤولية هذه:

- يمكنه من ناحية أولى، و للتخلص من الإهمال بسبب عدم تحرير الاحتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء، أن يدرج شرطا أثناء عقد الخصم في الورقة التجارية المخصوصة، يقضي بالإعفاء منه، و ذلك حسب المادة 431⁽¹⁾ من القانون التجاري. لكن هذا الشرط، إن كان يغني عن تحرير الاحتجاج، فهو يفرض تقديم السفتجة للقبول أو للوفاء في آجال ذلك، و إلا تحقق الإهمال.

هذا الشرط، إن ورد بمقتضى عقد الخصم، لا يتعدى علاقة البنك بزبونه : فإن لم يحرر الاحتجاج، أصبح مهملًا تجاه باقي الملزمين باستثناء المسحوب عليه القابل، و الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، و زبونه الذي وضع هذا الشرط في تظهيره: هذا الزبون يجب إذن أن يعي أنه معرض لاسترداد سند تجاري لا قيمة له بسبب الإهمال، مع عدم إمكانه مساعلة البنك على ذلك⁽²⁾.

يمكن أيضا إدراج شروط أخرى لتفادي المسؤولية عن تقديم السفتجة بشكل متأخر للوفاء أو للقبول. لكن مهما كان الشرط، فهو ذو حدود ضيقة، لا تستبعد إلا المسؤولية المبنية على

⁽¹⁾ فقد جاء في المادة 431 من القانون التجاري:

" يجوز للساحب أو المظهر أو الضامن الإحتياطي، بناء على شرط "الرجوع بدون مصاريف" أو "بدون احتجاج" أو أي شرط مماثل له مقيد في السند مع توقيعه عليه أن يعفي الحامل متى أراد ممارسة حقوقه في الرجوع من تحرير احتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء.

على أن الشرط المذكور لا يعفي الحامل من تقديم السفتجة في الآجال المعينة و لا من توجيه الإخطارات اللازمة. أما إثبات عدم مراعاة الآجال، فيكون على من يتمسك بها ضد الحامل.

"...

⁽²⁾ HERVAGAUULT Alain, op. cit. p. 169.

الخطأ البسيط، و ليس الخطأ الفادح ؛ و على ذلك، يبقى على البنك، من أجل استبعاد المسؤولية، أن يجتهد في احترام الإجراءات و المواعيد المقررة في القانون المصرفي (1).

الفقرة الثانية: المسؤولية بسبب عدم الإعلام بحادث دفع

زيادة على فرضية سقوط الحق بالإهمال أو بالتقادم كسبب مسؤولية البنك المدنية في مجال الخصم، ينص القانون التجاري على فرضية أخرى لهذه المسؤولية، متعلقة بالإخلال بواجب الإعلام بعدم القبول أو الوفاء : الأمر يتعلق بالمادة 430 التي جاء فيها ما يلي:

"يجب على الحامل توجيه إشعار بعدم القبول أو الوفاء إلى من ظهر له، في أيام العمل العشرة الموالية ليوم الاحتجاج أو ليوم التقديم في حالة اشتراط الرجوع بلا مصاريف.

و يجب على كتابة الضبط (المحضر حسب القانون المتعلق بمهنة المحضر حالياً)، إذا كان السند يتضمن إسم و موطن صاحب السفتجة إعلامه في خلال الثمانية والأربعين ساعة من التسجيل، عن أسباب الامتناع عن الوفاء و ذلك بواسطة رسالة موصى عليها.

و يجب على كل مظهر خلال يومي العمل التاليين ليوم استلام الإخطار أن يعلم المظهر له بالإخطار الذي استلمه و أن يبين له أسماء الذين وجهوا الإخطارات السابقة و عناوينهم على وجه التتابع حتى الوصول إلى الساحب.

و تسري الآجال المذكورة من تاريخ استلام الإخطار السابق. و إذا صدر إخطار لأحد موقعي السفتجة وفقاً للفقرة السابقة، فيجب أن يوجه الإخطار عينه في الأجل نفسه إلى ضامنه الاحتياطي.

و فيما إذا لم يبين أحد المظهرين عنوانه، أو كتبه بصورة لا تقرأ، فيكفي توجيه الإخطار إلى المظهر الذي يتقدمه.

و من وجب عليه توجيه إخطار يمكن له أن يوجهه على أي شكل كان و لو بمجرد ترجيع السفتجة.

و يجب عليه إثبات توجيهه الإخطار في الأجل المعين.

(1) idem.

و يعتبر أن الأجل قد روعي إذا سلمت الرسالة التي تتضمن الإخطار إلى البريد في الأجل المذكور.

و من لا يوجه الإخطار في الأجل المعين أعلاه، فلا يتعرض حقه للسقوط، على أنه يكون عند الاقتضاء مسؤولاً عن الضرر الناشئ عن تقصيره لكن بدون أن يتجاوز التعويض مبلغ السفتجة ."

هكذا، فإن القانون التجاري قد فرض على الحامل، و منه على البنك في عملية الخصم، بأن يعلم زبونه، أي الشخص الذي ظهر له السند، بواقعة عدم الوفاء أو عدم القبول؛ والإخلال بهذا الالتزام لا يؤدي إلى فقدان الحقوق المصرفية، و لكنه قد يكون تصرفاً مضراً بالمدين بهذا الالتزام، موجبا بالتالي للتعويض؛ الأمر يتجسد بامتياز في الفرضيتين التاليتين:

الفرضية الأولى

أن يكون زبون البنك هو الساحب نفسه الذي سحب سفتجة لنفسه ثم قام بخصمها، والذي يكون فعلاً قد قدم مقابل الوفاء. و نظراً لجهله بواقعة رفض الوفاء من طرف المسحوب عليه، و توقعه تسديد مبلغ السفتجة، فإنه استمر في معاملاته التجارية معه، و بقي بالتالي يرسل له دورياً البضاعة المتفق عليها: هذا الزبون، لو علم بواقعة عدم الوفاء، لكان تصرفاً حتماً بشكل مختلف: وهذا الخطأ (عدم الإعلام) من البنك مضر به بسبب مواصلته إرسال البضاعة إلى المسحوب عليه الذي قد يعاني من صعوبات مالية.

الفرضية الثانية

مهما كانت صفة الزبون في الورقة التجارية، في هذه الفرضية فإن البنك، بعد اصطدامه برفض المسحوب عليه القبول أو الوفاء يخل بالالتزام و لا يعلم زبونه بهذه الواقعة و يكتفي بالقيد العكسي في حساب زبونه للحصول على مبلغ السفتجة.

بعد مدة من هذا الإجراء، يقع المسحوب عليه في حالة اعسار أو إفلاس بشكل يستحيل معه استرداد الزبون لمبلغ السفتجة: الخطأ و الضرر هنا واضحان، و يتمثلان في تضييع البنك إمكانية رجوع زبونه على المسحوب عليه، و بالتالي من حق الأول الحصول على تعويض.

غير أن المادة 430 أعلاه قيدت القاضي في تحديد قيمة التعويض بوضعها حداً أقصى له: الأمر الذي، إن كان لا يشكل مشكلة بالنسبة للفرضية الثانية التي لا يمكن فيها تصور

تجاوز الضرر لمبلغ السند، فالأمر يختلف بالنسبة للفرضية الأولى مثلا التي قد يتحقق فيها هذا التجاوز.

إن الفرضيتين أعلاه تبقيان مجرد مثالين عن حالات المسؤولية المدنية لمؤسسة القرض في إطار عملية الخصم عن الإخلال بواجب الإعلام؛ لكن يمكن أن تقوم مسؤولية بنك أو مؤسسة مالية في إطار نفس العملية على أسس أخرى، من أمثلتها قضية طرحت على مجلس النقض الفرنسي، تتلخص وقائعها فيما يلي (1):

في إطار علاقات تجارية تربطهما، سحبت شركة APE بصفتها صاحب و مستفيد عدة سفاتج على شركة Peron et Langreaux التي قبلتها.

و على ذلك فقد توجهت شركة APE إلى بنكها، و هو بنك Monod أين تمت عملية خصم السفاتج المقبولة.

بحلول أجل استحقاق هذه السفاتج ، فقد رجع البنك على المسحوب عليه القابل شركة Peron et Langreaux ، مطالبة إياها بمبلغ السفاتج، فرفضت الأخيرة الدفع على أساس أن الساحب لم يقدم مقابل الوفاء، و أن البنك، عند خصمه السفاتج، كان يعلم أن زبونه في وضع مالي يمنعه من أداء التزاماته تجاهها. فقام البنك برفع دعوى قضائية للمطالبة بمبلغ السفاتج، فردت الشركة بأن الحق المصرفي للبنك انقضي بفعل الغش، كما طالبت القضاء بتعويض الضرر الذي أصابها.

بعد اتباع إجراءات قضائية عادية، وصلت القضية إلى مجلس النقض الفرنسي الذي أصدر في 18 أكتوبر 1994 قرارا قضائيا فصل في مجموعة من مسائل قانونية مثارة، أهمها أن فقدان الحق في الرجوع المصرفي لا يؤدي حتما إلى فقدان الحق في طلب التعويض.

فعلا، فالمادة 121 من القانون التجاري الفرنسي التي تقابل المادة 400 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه : "لا يمكن للأشخاص المدعى عليهم بمقتضى السفتجة أن يحتجوا على الحامل بالدفع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحملها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد عند اكتسابه السفتجة الإضرار بالمدين".

و قد فصل القضاء منذ عشرينات، و في قضية تشبه قضيتنا هذه، إذ قام بنك بخصم سندات تجارية مقبولة من قبل شركة قبل تسليم البضائع المتفق عليها، مع علم البنك بوضعية زبونها المستفيد السيئة؛ وضعية وصلت إلى حد لا يمكنه معها أن يسلم البضاعة المتفق عليها للشركة

1) Cour de cassation 18 Octobre 1994 - CD Legisoft précité.

المسحوب عليها: أمام هذا الوضع الذي يبدو منه جليا أن قصد البنك كان تحويل القرض (المكشوف) الذي منحه لزبونه المستفيد العاجز حاليا على الشركة المسحوب عليها مع علمها بعدم تمكن زبونها من أداء التزاماته تجاهها، فقد قرر القضاء آنذاك بأنه: يقصد بالعبارة المستعملة من قبل المشرع، و هي "... ما لم يكن الحامل قد تعمد عند اكتسابه السفتجة الإضرار بالمدين" أن يكون الحامل على وعي، و هو يرضى بالتظهير، أنه يضر بمدين صرفي، بالاستحالة التي يضعه فيها بأن يدفع تجاه الساحب أو المظهر السابق بحجة أو وسيلة دفع ناتجة عن علاقته به (1).

على ذلك فانتهاج هذا الموقف من مجلس النقض في 18 أكتوبر 1994 هو مسابرة لموقف مستقر له.

لكن زيادة على ذلك، فقد قرر المجلس أن حرمان البنك من حق الرجوع الصرفي لا يشكل في حد ذاته تعويضا للمسحوب عليه، الذي تضرر من جراء تصرف البنك بفعل انتشار واقعة كونه رفض الدفع بشكل يسيء إلى سمعته: فقد قرر مجلس النقض الفرنسي حق المسحوب عليه في طلب تعويض من البنك تأسيسا على المادة 1382 ق م فرنسي التي تقابلها المادة 124 ق.م جزائري.

الفرع الثاني: مسؤولية البنك في إطار عملية الإعتماد المستندي

إن مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية التي فتحت اعتمادا مستنديا بناء على طلب أحد زبائنها يمكن أن تقوم تجاه المستفيد من القرض، أي البائع، أو تجاه طالب القرض المشتري.

الفقرة الأولى: مسؤولية البنك تجاه المستفيد من الاعتماد المستندي

إن الخوض في مسؤولية البنك تجاه المستفيد في مادة الاعتماد المستندي يفرض أولا وقبل كل شيء البت في مدى التزام الأول تجاه الثاني؛ الأمر يختلف بحسب طبيعة الاعتماد المستندي المفتوح إن كان قابلا للإلغاء أو لا.

من جهة ثانية، لا يمكن للمستفيد مساعلة البنك عن إخلاله بالتزامه إذا كان هو نفسه لم ينفذ ما عليه : الأمر يتعلق بالتزامه بتقديم وثائق مطابقة في أجل مناسب.

¹) Com. 26 juin 1956, JCP 1956 II 9600, note Roblot, cité par ROUTIER Richard, *Obligations et responsabilité du banquier*, Dalloz, 2005.. p. 120.

أولاً: مدى التزام البنك تجاه المستفيد

من حيث مدى التزام البنك، يمكن تقسيم الاعتمادات المستندية إلى اعتماد قابل للإلغاء و اعتماد غير قابل للإلغاء.

الاعتماد المستندي القابل للإلغاء هو اعتماد يجوز تعديله أو إلغاؤه من طرف البنك الذي أصدره دون إشعار مسبق للمستفيد⁽¹⁾؛ لذلك، فإن وضعية المستفيد في هذا النوع من الاعتماد المستندي تكون هشة، لكنه يعلم بذلك طالما أنه رضي بهذا القرض⁽²⁾.

إن آلية هذا الاعتماد المستندي تتم عن طريق إعلام بسيط من طرف البنك الذي أصدره لشخص المستفيد منه بناء على طلب الزبون (المشتري أو طالب القرض)، يفيد بأنه سيقبل السندات التي سيسحبها عليه، و أنه سيدفع له مبالغ ما؛ إعلام لا ينشئ التزاماً على عاتق البنك و يمكنه بالتالي إلغاء القرض أو تعديله متى شاء طالما لم يتم تنفيذه فعلاً. و على ذلك، لا مسؤولية على البنك في هذه الحالة⁽³⁾. هذا ما يجعل هذا النوع من الاعتمادات المستندية نادرة في الواقع لوعي المصترين بأهمية حماية مصالحهم بقروض غير قابلة للإلغاء؛ و هي في الحقيقة نوع من الاعتمادات المستندية في طريق الزوال.

إذا كان إلغاء الاعتماد المستندي القابل للإلغاء قد تم من طرف البنك بناءً على طلب المشتري الزبون، أو طالب القرض، فإن البنك الذي يعتبر نائباً عنه مجبر على الإلتزام بتعليماته دون أجل لإعلام المستفيد؛ لا مسؤولية على البنك إذن هنا، غير أنه عندما يكون الإلغاء من طرف البنك تلقائياً، فلا يستبعد أن يدخل ذلك في إطار التعسف في استعمال الحق: من أمثلة ذلك رفض البنك استلام الوثائق التي تكون قانونية و مطابقة؛ في هذه الحالة فالبنك مسؤول لأن هذا الإلغاء تعسفي لعدم استتاده إلى سبب مشروع و مقنع: لا إلى أوامر جديدة من المشتري، و لا إلى تغيير وضعية هذا الأخير المالية⁽⁴⁾؛ و هذا ما قد يؤسس مسؤوليته المدنية تجاه البائع المستفيد.

¹) LAMY, Droit du financement, Crédit documentaire, éd. 2010, p. 2180.

² إن المادة 8 من الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية نشرة 500- عرفت الاعتماد القابل للإلغاء بهذا الشكل. لكن النشرة 600 لهذه الأصول و الأعراف لم تتطرق إطلاقاً إلى هذا النوع من الاعتمادات المستندية. إن ذلك لا يمنع وجودها، و لكنه مؤشر على أنها في طريق الزوال. أنظر في ذلك

Lamy, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 2180 :

³) HERVAGULT, op. cit. p. 93.

⁴) EPSCHTEIN et BOUTOUX, Sécurités et précarités du crédit documentaire, Ed. Dunod, 1964, p. 248, cité par Alain Hervagault, op. cit. p. 94.

أما إذا كان الاعتماد المستندي المفتوح اعتماداً غير قابل للإلغاء، فإن أمر وجود التزام البنك تجاه المستفيد يختلف؛ لكن يجب أولاً التوقف عند نقطة نشأة هذا الالتزام بالضبط: إذ أن هذا الحد الزمني هو الذي يكرّس نشأة التزام البنك تجاه المستفيد، التزام لا يمكن للبنك أن يراجع عنه بعد نشأته إلا إذا أخل المستفيد بالتزامات المقابلة.

لا يمكن الحديث عن التزام البنك تجاه المستفيد في الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء إلا بعد إرساله لشروط الاعتماد (accréditif): موقف استقر عليه القضاء الفرنسي⁽¹⁾.

و هكذا فإعلام البنك المستفيد بشكل مباشر بأنه يلتزم تجاهه، في حالة تنفيذ التزامه بتقديم وثائق مطابقة لشروط الاعتماد، بأنه سيفي له بمبلغ معين أو يستقبل السندات التي سيسحبها عليه، ينشأ من طرف الأول تجاه الثاني إلتزام مستقر و ثابت⁽²⁾.

غير أنه أكثر من كل هذا، فمن المبادئ الأساسية في هذا الاعتماد المستندي، و في التزام البنك تجاه المستفيد، أن العلاقة بينه و بين البنك علاقة مباشرة، و مستقلة عن العقد الذي يربط بين البائع و المشتري؛ بذلك يكون المستفيد من القرض في مأمن من أن يرفض البنك الوفاء بالتزامه مقدماً حججاً من المشتري بعيوب أو بعدم التنفيذ الحسن لعقد البيع⁽³⁾. فقد رفض القضاء الفرنسي موقف البنك الذي، بناء على توجيهات زبونه المشتري، رفض الوفاء للمستفيد رغم تقديمه وثائق مطابقة لشروط الإعتتماد لأن البائع أرسل بضاعة مغشوشة (contrefaite)⁽⁴⁾؛ الأمر الذي يشكّل من دون شك مصدر استقرار واسع للمستفيد.

استناداً إلى كل ذلك، فإنه قبل إرسال البنك لشروط الإعتتماد للبائع، لا حديث عن التزام عليه تجاه الأخير: لا يمكن للبائع إذن أن يسأله عن عدم فتحه الاعتماد المستندي رغم أنه اتفق على ذلك مع المشتري، أو عن التأخر من ذلك⁽⁵⁾.

غير أن الفقيه Stoufflet يشير هنا، مستنداً إلى القواعد العامة في نسبة العقد و في الإلتزامات، أنه في حالة عدم احترام البنك لالتزام عقدي تجاه المشتري بأن يفتح اعتماداً مستندياً لمصلحة البائع، فإن البائع يستطيع أن يحل محل المشتري الذي تقاعس في مقاضاة البنك على أساس إخلاله بالتزامه التعاقدى مطالباً إياه بالتعويض، و ذلك استناداً إلى دعوى الحلول التي تسمح للدائن (و

¹) STOUFFLET Jean, Le Crédit documentaire, Librairies Techniques, 1957, p. 301.

²) LEGEAIS, Dominique - Le Crédit documentaire, JC Commercial 2008, fasc. 366 - p. 8.

³) STOUFFLET Jean, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 298.

⁴) LEGEAIS, D., Le Crédit documentaire, op. cit. p. 8.

⁵) STOUFFLET, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 299.

البائع هنا دائن بضمن البضاعة) أن يحل محل مدينه في دعاوى هذا الأخير تجاه مدينه من أجل مطالبته بمبالغ تدخل (إن حكم بها) في الذمة المالية للمدين، و تزيد بالتالي من فرص الدائن في الحصول على دينه (1).

في هذه الأطار إذن، يكون للبائع الحق في مساءلة البنك. لكن ذلك لا يؤسس إلا في حالة أدائه لإلتزامه بتقديم وثائق مطابقة في أجل مناسب.

ثانيا : وجوب تقديم وثائق مطابقة في أجل مناسب

لا يمكن للمستفيد من القرض أن يسائل البنك مدينا عن أي إخلال بالتزام تجاهه إذا لم يقم هو بالمقابل بأداء التزامه: يشترط إذن لتأسيس دعوى مسؤولية في هذا الإطار أن يكون المستفيد قدّم وثائق مطابقة لشروط الاعتماد في أجل مناسب.

1- وجوب تقديم وثائق مطابقة لشروط الاعتماد

في إطار عقد الاعتماد المستندي، فإن التزام البائع المستفيد هو تقديم وثائق للبنك: وثائق يجب أن تقدم مطابقة لشروط الاعتماد التي تم تبليغها من طرف الأخير للأول بناء على تعليمات الأمر المشتري؛ على البنك مراجعة ذلك. إن هذه الوثائق هي عادة ثلاثة: الفاتورة التجارية، وثيقة النقل، و وثيقة التأمين؛ و هي وثائق تشير إليها الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.

إن منطق المراجعة هذا يستند إلى مؤسسة الاعتماد المستندي ذاتها : فالإلتقان المطلوب في هذه العملية هو الضمان للمشتري بأن البائع احترم التزاماته في إطار عقد البيع؛ هذا ما يجعل البنك الذي يخل بالتزامه بالمراجعة المطلوبة منه للوثائق يعرض نفسه للمساءلة أمام زبونه المشتري طالب القرض، بل و أكثر من ذلك، قد يرفض هذا الأخير استقبال الوثائق من بنكه، و تسديد المبلغ المتفق عليه إذن (2).

في هذا الإطار يلتزم البنك بمراجعة وجود كل الوثائق التي طلبت في شروط الاعتماد بناءً على توجيهات المشتري طالب القرض؛ و لا يمكن هنا أن يقبل البنك تعويض وثيقة بأخرى: يجب عليه رفض الوثائق إن نقصت إحداها (3)؛ غير أنه ليس على البنك أن يراجع العقد الأساسي بين البائع و المشتري و لا شروط تنفيذه: فعقد الاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع بصريح المادة

1) Idem, p. 306.

2) LAMY, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 2188.

3) HERVAGULT, A., op. cit. p. 99.

04 من الأصول و الاعتراف الموحدة للاعتمادات المستندية (نشرة 600)؛ و منطق هذه الاستقلالية يخدم مؤسسات القرض بالدرجة الأولى: فهي تغنيها عن متابعة عمليات وعقود هي أجنبية عنها، وبالتالي تعفيها من المسؤولية في إطارها (1).

إن مراجعة البنك للوثائق عملية شكلية، يطالب البنك فيها ببذل مجهود عادي للتأكد مما إذا كانت تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد أم لا (2)؛ و يجب عليه في هذا الإطار التحقق من مطابقة محتوى الوثائق مع ما تم الاتفاق عليه في شروط الاعتماد: هذه المطابقة يجب أن تكون دقيقة و صارمة، و لا تقبل أي تغيير مهما كان طفيفاً: فكل تغيير يعتبر عيباً في الوثائق مهما كان بسيطاً؛ هذا بالذات ما يجسد شكلية الاعتماد المستندي (3). من أمثلة ذلك:

● فيما يتعلق بالمفردات المستعملة في وصف البضاعة في الوثائق يجب أن تكون مطابقة لتلك المستعملة في شروط الاعتماد (4)، فليس للبنوك عادة مؤهلات للحكم على مدى أو معنى المفردات التي تعني البضاعة، والتي اختارها المشتري، و طلب ذكرها في شروط الاعتماد؛ لكن في هذه المسألة، تميز الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية بين الفاتورة التجارية و الوثائق الأخرى: فقد جاء في المادة 14 منها أنه يجب أن يطابق وصف البضاعة في الفاتورة التجارية لوصفها في الاعتماد. أما في كافة المستندات الأخرى، فيجوز أن توصف البضاعة بشكل عام، على أن لا يتناقض ذلك مع وصفها في الاعتماد؛ ثم تؤكد ذلك المادة 18 من نفس القواعد.

● فيما يتعلق بثمن البضاعة، فإنه من المسائل التي تتطلب من البنك حذراً خاصاً، و انتباهاً دقيقاً لما طلبه زبونه طالب الاعتماد: فإذا حدد الأخير رقماً كحد أقصى، يكفي التأكد من عدم تجاوز السعر المذكور في الوثائق له (5)؛ أما إذا كان وصف مبلغ الاعتماد كان باستعمال كلمات مثل "حوالي" و "تقريباً" و غيرها، فإن المادة 30 من الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية تسمح بفرق لا يتجاوز 10% بالزيادة أو النقصان.

¹) LAMY, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 2188.

Voir aussi A. Hervagault, op. cit. p. 98.

²) المادة 14 من الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، نشرة رقم 600، غرفة التجارة الدولية.

³) HERVAGULT, A., op. cit. p. 99.

⁴) LAMY, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 2189.

⁵) STOUFFLET, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 223.

• فيما يتعلق بكمية البضاعة، فإن كيفية مراجعتها تتسم بشيء من المرونة، إذ ليس من السهل دائماً، خاصة في النقل البحري، أن يتم شحن الرقم الذي طلبه المشتري بالضبط، وذلك بالنظر إلى طرق تعبئة البضاعة و تغليفها⁽¹⁾؛ و على ذلك سمحت المادة 30 من الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، ما لم ينص الاعتماد على أن كمية البضاعة يجب عدم تجاوزها زيادة أو نقصاناً، بنسبة مقدارها 5% زيادة أو نقصاناً.

إن مراجعة البنك للوثائق يجب أن لا تتصب على كل وثيقة على وجه الانفراد فقط، بل يجب بعد ذلك التأكد من عدم وجود تناقضات بينها، إذ قررت المادة 14 من الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية أن الوثائق التي تبدو في ظاهرها غير متوافقة مع بعضها البعض تعتبر غير مطابقة لشروط الاعتماد؛ يجب هنا أن نشير أن مسألة تناقض الوثائق تخضع في تقديرها لسلطة القضاء. و هكذا، فقد قدر أن تناقضا فيما يتعلق بتاريخ شحن البضاعة أو بمكان إرسالها يمكن أن يعيب الوثائق و يبرر رفضها دون مساءلة البنك⁽²⁾؛ لكن تناقضا حول كمية البضاعة المشار إليها مرتين في وثائق البائع لا تجعل منها حسب القضاء تناقضاً معيباً⁽³⁾.

لا يقع على البنك عبئ مراجعة عدم تزوير الوثائق، أو حقيقة كل ما تحويه من معلومات. غير أنها إن احتوت على أخطاء أو مظاهر واضحة بأنها غير صحيحة أو غير قانونية، يسأل البنك عن قبولها تجاه المشتري طالب القرض؛ فالعيوب التي تبدو بشكل واضح كعبارات مضافة أو محذوفة، أو وثائق دون ختم أو توقيع... إلخ لا يمكن أن يُعذر بنك على عدم ملاحظتها و اتخاذ اللازم بشأنها؛ لكنه لا يسأل عن عيوب لا يمكن كشفها إلا بوسائل لا يملكها⁽⁴⁾؛ الإلتزام بالحيلة يجد تطبيقاً له هنا⁽⁵⁾.

من الطبيعي، أمام حركية عمليات البيع الدولية، أن يحدد للبنك حد أقصى من حيث الزمن للبنك للقيام بهذه المراجعة للوثائق: أجل حدده الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية⁽⁶⁾ بخمسة أيام عمل مصرفي (أي أيام عمل بالنسبة للمصارف) تحسب من يوم تسليم الوثائق.؛ و بانقضاء هذا الأجل كحد أقصى، يجب على البنك أن يحدد قراره و موقفه من الوثائق؛ إن

¹) Idem, p. 224.

²) Paris, 31 mai 1966, Trib. Com. Seine, 6 fév. 1960, cité par A. Hervagault, op. cit. p. 100.

³) Cass. com., 6 fév. 1967, cité par A. Hervagault, op. cit. p. 101.

⁴) HERVAGULT, A., op. cit. p. 101.

⁵ أنظر أعلاه الصفحة 210.

⁶ المادة 04 من النشرة 600 من القواعد و الإعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.

عدم احترام هذا الأجل من طرف البنك يمنعه من الاحتجاج بعدم مطابقة الوثائق، و بالتالي من إمكانية رفضها مهما كانت (1).

بعد إتمام عملية المراجعة، على البنك اتخاذ قراره إزاء الوثائق: فقد لاحظ المعاشون للواقع العملي في مادة الاعتماد المستندي أن أغلب الوثائق التي يقدمها الباعة المستفيدون لا تكون مطابقة لشروط الاعتماد لأسباب مختلفة؛ هذا ما جعل الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية تتعامل مع الأمر بشيء من المرونة ممكّنة البنك من اتخاذ عدة قرارات تبعا لكون الوثائق مطابقة أو غير مطابقة (2).

إن كانت الوثائق مطابقة، فإن المادة 15 الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية تلزم البنك، متى لاحظ ذلك، بأن يقوم بعملية الوفاء؛ هذا ما يجعل الوفاء وحده قرينة على أن الوثائق مطابقة (3)؛ و فوق ذلك، فالبنك ملزم باستلام الوثائق.

أما إن كانت الوثائق لا تمنح ظاهراً مطابقا، فقد نظمت النشرة 600 من الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية مجموعة من القرارات التي يجوز للبنك اتخاذها، كشيء من المرونة في التعامل مع وضع ثبت بالممارسة أنه سائد؛ هكذا و لعدم شل التجارة الدولية أو إعاقته، يمكن للبنك :

● رفض الوثائق : من الطبيعي أن يكون هذا القرار أول ما بإمكان البنك تقريره في حالة عدم مطابقة الوثائق مع شروط الاعتماد؛ لكن الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية قد أحاطت هذا القرار بشيء من الشكلية، إذ ينتج عنه عدم الوفاء للمستفيد: فلا بد على البنك حسب المادة 16 من أن يرسل إشعاراً بذلك للمستفيد يتضمن جميع المخالفات التي بني عليها الرفض و ذلك بوسائل سريعة. و قبل اليوم المصرفي الخامس الذي يلي تقديم الوثائق من طرف المستفيد؛ فإن لم يحترم هذه الشكليات، منعت نفس المادة البنك من الإدعاء بعدم مطابقة الوثائق، و ألزمته بالتالي باستلامها وبالوفاء، معرضا نفسه لعدم استلام الوثائق من طرف المشتري طالب القرض، و بالتالي عدم وفاء الأخير له.

¹) LEGEAIS, D., Le Crédit documentaire, op. cit. p. 11.

²) LAMY, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 2190.

³) LEGEAIS, D., Le Crédit documentaire, op. cit. p. 16.

● يمكن للبنك أيضا، حسب المادة 16 دائما، أن يتصل بطالب القرض ويطلب منه التنازل عن المخالفات، جاعلا بالتالي من الوثائق وثائق مطابقة. هذا الإجراء اختياري بالنسبة للبنك، و يجب أن يتم، و أن يرد عليه طالب القرض قبل انقضاء أجل الخمسة أيام مصرفية.

● فوق ذلك، يجوز للبنك، حسب الفقه، أن ينفذ الاعتماد المستندي، رافعا الوثائق، و قائما بعملية الوفاء و ذلك بتحفظات؛ يفترض ذلك إذا كانت المخالفات قليلة الأهمية؛ و هكذا فإن البنك يشترط عند قيامه بالتسديد بأنه إن لم يتم تجاوز تلك المخالفات من طرف طالب القرض، فإنه سيعود على المستفيد، و يطالبه بما دفعه. نحن إذن أمام عملية قرض حقيقية للمستفيد، لذا عادة ما تطالب البنوك في هذه الحالة بضمانات (1).

و هكذا، فالوفاء مع التحفظ هو تصرف مقترن بشرط فاسخ؛ لكن لا يمكن الرجوع عن التسديد من طرف البنك إلا إذا كان رفض الأمر متعلقا بنفس التحفظات التي أصدرها البنك (2).

2- وجوب تقديم الوثائق في أجل مناسب

قبل النشرة 600 منها، لم تكن الأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية تنص على المدة التي يجب فيها على المستفيد تقديم الوثائق للبنك تحت طائلة اعتباره مخلا بالتزامه؛ إذ كانت تكتفي بفرض تقديم الوثائق في أجل "مناسب" (3)؛ غير أن الأمر يختلف حاليا: إن شروط الاعتماد يمكن أن تنص على أجل تقديم الوثائق من طرف المستفيد للبنك، و في حالة انعدام ذلك، فقد نصت المادة 14 من النشرة 600 للأصول و الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية أنه يجب على المستفيد تقديم الوثائق للبنك في أجل 21 يوما من تاريخ الشحن.

إن عدم احترام هذا الأجل من طرف المستفيد يسمح للبنك برفض الوثائق و يمنع المستفيد من مساءلته.

1) LAMY, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 2191.

2) LEGAIS, D., Le Crédit documentaire, op. cit. p. 19.

3) EPSCHTEIN et BOUTOUX, op. cit. p. 60, cité par A. Hervagault, op. cit. p. 104. Voir aussi J. Stoufflet, Le Crédit.

الفقرة الثانية : مسؤولية البنك تجاه طالب القرض في الاعتماد المستندي

في مادة الاعتماد المستندي، يمكن أن تقوم فرضية مسؤولية البنك أيضا تجاه المشتري طالب القرض و ذلك إذا أخل البنك بالتزاماته تجاه هذا الأخير؛ الأمر يتجسد أساسا في:

• قيام البنك بالوفاء للمستفيد رغم أنه قدم وثائق غير مطابقة؛ فمطابقة الوثائق، كما رأينا أعلاه، هي الضمان الوحيد للمشتري طالب القرض بأن البائع قد احترم الإلتزامات المتفق عليها في إطار عقد البيع، و في آلية الاعتماد المستندي، لا يتحقق المشتري من ذلك بنفسه، بل يُعَوَّل على التزام البنك بتحقيق هذه النتيجة: من الطبيعي إذن أن يكون إخلال البنك بهذا الإلتزام سببا لمسألته من طرف طالب القرض.

• تأخر البنك في تقديم الوثائق التي استلمها من البائع للمشتري طالب القرض: فهذا التأخر عادة ما يسبب عدة أضرار للمشتري، كأن يؤخر تمكنه من حيازة البضاعة و التأكد من سلامتها و عدم إخلال البائع بالتزاماته فيما يخصها، كما أنه سببا لبقاء البضاعة مكدسة في الموانئ و ما ينتج عن ذلك من ضخامة مصاريفها (1).

و على ذلك، و استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية التي تبنى على إخلال أحد أطراف العقد بإحدى التزاماته، فإن طالب القرض يجوز له مساءلة البنك باجتماع شروط المسؤولية العقدية من خطأ و ضرر و علاقة سببية؛ لكن عملية الاعتماد المستندي لها خصوصيتها هنا أيضا: إذ يمكن تعويض المشتري بطريقة أخرى غير المساءلة المدنية، و هي رفض الوثائق.

أولا : رفض الوثائق

يعترف القضاء الفرنسي لطالب القرض بحق رفض الوثائق (2) في حالة كونها غير مطابقة، أو قدمت بشكل متأخر له: الأمر الذي سيؤدي إلى عدم تسديده المبلغ المتفق عليه مع البنك، مما يشكل وجها آخر للتعويض النقدي (3).

حسب الأستاذ Stoufflet (4)، فإن حق طالب القرض في رفض الوثائق كطريق اختياره كتعويض عن إخلال البنك بالمراجعة الفعالة للوثائق ثابت حتى و لو لم يتضرر المشتري من ذلك:

1) HERVAGAUULT, op. cit. p. 176.

2) STOUFFLET, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 271.

3) HERVAGAUULT, op. cit. p. 178.

4) STOUFFLET, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 271.

مهما كان العيب إذن، بالنظر إلى شكلية عملية المراجعة التي يطالب بها البنك، فوجوده يؤسس حق المشتري في رفض الوثائق دون التمعن أبعد من ذلك؛ إن الأساس، حسب نفس الفقيه، هو أن البنك قد ألزم نفسه في إطار الاعتماد المستندي بواجب تحقيق نتيجة، و ليس مجرد بذل مجهود: التزم بأن يقدم لطالب القرض، زبونه، الوثائق التي طلبها بالصفات و التفاصيل التي دققها: هي تماما ما أراده طالب القرض؛ و دور البنك في إطار العقد هو المطالبة بها في مواجهة المستفيد، و التأكد من مطابقتها لما أمر به طالب القرض.

لكن جانبا آخر من الفقه يرى عكس ذلك، منه الأستاذان Epschtein و Bontoux⁽¹⁾؛ حسب هؤلاء فإنه حتى و لو كان الخطأ في الوثائق واضحا، لا يمكن تحميله للبنك دون إثبات ضرر على المشتري، و إلا حمل المشتري عبء فسخ عقد أصبح مكلفا بالنسبة له بسبب فرق أسعار الصرف مثلا على البنك؛ هذا الجانب من الفقه إذن أدخل بعدا أخلاقيا يمنع المشتري من استغلال شكلية الاعتماد المستندي للتخلص من العقد المبرم بينه و بين البائع على حساب بنكه.

بين هذا الموقف و ذلك، انقسمت القرارات القضائية⁽²⁾.

إن رفض الوثائق من طرف المشتري يؤدي إلى عدم تسلّم البضاعة التي تصبح تحت تصرف البنك الذي بيده الوثائق: لهذا، فمنطق هذه الطريقة في تعويض طالب القرض من إخلال البنك بالتزامه تجاهه هو إجبار الأخير على الاحتفاظ بالبضاعة ليتصرف فيها؛ و على ذلك فإنه لا يمكن إعمال هذا النوع من التعويض إلا إذا كان بين يدي البنك وثائق تمكنه، في حالة رفضها من قبل طالب القرض، من تكريس حقه في ملكية البضاعة، و بالتالي التصرف فيها: فإن كانت وثيقة النقل هي سند شحن باسم طالب القرض، لا يمكن للأخير اللجوء إلى هذا الطريق في التعويض، و لا يكون أمامه إلا طريق دعوى المسؤولية⁽³⁾.

ثانيا : دعوى المسؤولية المدنية

هي الخيار الثاني أمام المشتري طالب القرض لمواجهة إخلال البنك بواجباته تجاهه في مادة الاعتماد المستندي ؛ فيقوم عند اختياره هذا الطريق باستلام الوثائق من البنك رغم أنها معيبة، أو رغم استلامها في وقت متأخر، و تسديد المبلغ الذي تم الاتفاق عليه مع البنك، بعد ذلك يرفع عليه دعوى يطالبه فيها بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء خطئه: هي دعوى مسؤولية

¹) EPSCHTEIN et BONTOUX, op. cit. p. 174, cité par Hergavault, op. cit. p. 179.

²) HERGAVALT, op. cit. p. 179.

³) STOUFFLET, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 274.

عقدية، تخضع بالتالي إلى المبادئ و شروط هذه المسؤولية من ضرورة اجتماع أركان الخطأ، الضرر، و العلاقة السببية.

غير أنه، إن كان المبدأ في تعويض المشتري طالب القرض هو حقه في الاختيار بين طريقة رفض الوثائق، و طريقة دعوى المسؤولية، فهناك حالات ثلاثة يفرض فيها على طالب القرض، إن أراد محاسبة البنك على أخطائه، اللجوء إلى الطريق الثاني، أي دعوى المسؤولية دون إمكانه اللجوء إلى رفض الوثائق: يكون ذلك في ثلاث حالات:

1- عدم رفض الوثائق من طرف الأمر رغم خطأ البنك

قد يقدر طالب القرض أنه رغم خطأ البنك و رغم كون الوثائق معيبة تضرر به إلا أن الضرر خفيف، و يقرر بالتالي أن يتسلم الوثائق و يستلم و يتصرف في البضاعة.

إن هذا التصرف من طالب القرض يؤخذ على أنه تنازل عن حقه في المطالبة بالتعويض نظرا لكون تصرف كهذا يدعو إلى هذا الاعتقاد⁽¹⁾، لهذا فقد استقر الفقه على وجوب إرفاق تسلمه للوثائق بتحفظات دقيقة إذا أراد الحفاظ على حقه في مساءلة البنك مدنيا على إخلاله بالتزاماته: استلام الوثائق بتحفظ إذن يُعتبر من طرف طالب القرض تنازلا منه عن طريقة رفض الوثائق كتعويض له، و لكنه تمسك منه بطريقة دعوى المسؤولية.

2- الوثائق لا تضع البضاعة تحت تصرف البنك

إذا كان رفض الوثائق لا يمكن البنك من التصرف فيها أو في البضاعة، فلا يمكن لطالب القرض أن يرفض هذه الوثائق رغم أنها غير مطابقة لشروط الاعتماد، إذ ستبقى البضاعة في هذه الحالة للفساد و لزيادة التكاليف؛ و هو وضع لا يمكن حتى لوم البنك عليه لأنه لا يمكنه التصرف في البضاعة بفعل إنعدام سلطة قانونية له عليها؛ إن هذه القاعدة تضع طالب القرض في موقف ضعيف جدا، فهو مجبر على استلام وثائق جاءت مخالفة لما طلبه و أكد عليه و أمر البنك بمراجعة مطابقتها؛ و هو مجبر، طالما الأمر كذلك، على تسديد المبلغ المتفق عليه مع البنك كاملا، ثم برفع دعوى المسؤولية العقدية أمام القضاء: الأمر يفرض التفكير قبل فرض أوصاف معينة للوثائق من طرف طالبي الاعتماد المستندي⁽²⁾، خاصة فيما يتعلق بسند الشحن.

¹) HERGAULT, op. cit. p. 184.

²) STOUFFLET, Le Crédit documentaire, op. cit. p. 275.

هكذا لا يمكن لطالب القرض طلب التعويض عن أخطاء البنك تجاهه إلا في إطار دعوى المسؤولية عندما تكون وثيقة النقل ضمن الوثائق هي سند شحن إسمي، أو سندات نقل برية وجوية: فالأول لا يؤدي رفض استلامه إلى نقل ملكية البضاعة للبنك، و الآخرين لا يشكلان سندات ملكية البضاعة و لا يرتبان بالتالي سلطة عليها (1).

3- الضرر الذي أصاب طالب القرض محدد بالأرقام

استثناء ثالث قرره القضاء الفرنسي، بيث أنه إذا كان الضرر الذي أصاب طالب القرض بسبب عدم مطابقة الوثائق لشروط الاعتماد ضرر محدد بالرقم، فلا يمكن رفض الوثائق؛ الأمر هنا في الحقيقة يتعلق برفع هذا الضرر تماما عن طالب القرض من طرف البنك و ليس بحرمانه من طريقة لتعويضه.

لقد قرر القضاء الفرنسي ذلك بمناسبة قضية طرحت عليه: فقد قبل بنك في إطار عملية الاعتماد المستندي وثائق تحتوي على وثيقة تأمين غير مطابقة لشروط الاعتماد، إذ تحوي تغطية على خطر السرقة، التغطية غير مطلوبة حسب هذه الشروط، و التي تتطلب إذن مبلغا إضافيا على الذي توقعه طالب القرض؛ و على ذلك فقد تمّ رفض الوثائق من طرفه رغم استعداد صريح من البنك لطرح هذا المبلغ الإضافي من المبلغ الذي يجب على طالب القرض تسديده للبنك.

طرحت القضية على القضاء الذي انتهى بإصدار قرار عن الغرفة التجارية لمجلس النقض الفرنسي بتاريخ 13 جويلية 1954 بفرض تسلم الوثائق من طالب القرض في هذه الحالة على اعتبار أنه لا يمكن أن يشتكي من أي ضرر، طالما أن الضرر الذي أصابه محدد بالأرقام، و أمكن بالتالي رفعه من طرف البنك (2).

هذه إذن قواعد مساءلة البنك أو المؤسسة المالية مدنيا في مسؤولية مبنية على وجود القرض البنكي؛ لكن مؤسسة القرض يمكن أيضا أن تساعل مدنيا في حالة عدم وجود القرض، إما لأنه لم يوجد أبدا، أو لأنه كان موجودا، و لم يعد كذلك.

¹) Idem.

²) Idem, p. 277.

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية للبنك في حالة عدم وجود قرض بنكي

أمام الدور الحياتي الذي يلعبه القرض اليوم في الحياة العامة و الخاصة، من الطبيعي التساؤل حول حق البنوك و المؤسسات المالية رفض تزويد الأشخاص و المؤسسات به، خاصة و أنها المصدر الوحيد قانونا له؛ من جهة أخرى، يطرح على نفس الأساس المنطقي التساؤل حول مدى أحقية مؤسسات القرض في وضع حد لفتح اعتماد منحه من قبل لمؤسسة ما: متى يكون عدم منح قرض أو غلق القرض خطأ مؤسسا لمسؤولية البنك؟.

المبحث الأول: المسؤولية المدنية للبنك عن عدم تقديم قرض

إن الرفض دائما أمر صعب على الشخص الذي يستقبله: و هو أصعب في مجال الأعمال منه في مشاعر طالب أمر ما (1).

إن أهمية القرض في الحياة الاقتصادية، التجارية و الاجتماعية اليوم أصبحت أمرا بديهيا و معروفا: فقد أصبح ضروريا لمعظم المشاريع، حتى و لو كانت لمؤسسات ضخمة كما هو ضروري لأبسط حاجيات الكثير من الأفراد كسواء بيت أو سيارة أو حتى تجهيزات منزلية: لا حياة لأغلبية المؤسسات بدون قرض.

من جهة أخرى، فقد حصر المشرع العمليات المصرفية التي من بينها القرض في مجال واضح: لا يمكن أن يقدم قرض إلا بنك أو مؤسسة مالية، و ذلك تحت طائلة عقوبات من طبيعة مختلفة: فكيف يتسنى للمؤسسات و الأفراد القيام بمشاريعهم و طموحاتهم أمام شبح إمكانية رفض طلباتهم للقرض من هذه الفئة من المؤسسات؟

إنه تساؤل طرح على مستوى الفقه الفرنسي، أين يتجاوز عدد مؤسسات القرض 1900 مؤسسة (2): فكيف يكون الأمر أمام نظام بنكي فتي كالنظام الجزائري، أين تُعد مؤسسات القرض من بنوك و مؤسسات مالية على الأصابع لمواجهة مشاريع و استثمارات ضخمة، و حاجات استهلاكية متزايدة؟.

في حالة منح معيب للقرض لشخص أو مؤسسة انتهت إلى الإفلاس، قد يُسأل البنك مانح القرض مدنيا عن خطئه كما رأينا أعلاه؛ ألا يمكن، بالمقابل، أن يُسأل البنك من طرف

1) GAVALDA Christian, "Le refus du banquier", JCP, n° 46, novembre 1962, p. 1727.

2) PELTIER Frédéric – Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires, structures et conditions d'accès – op.cit – p 11.

الدائنين، و طالب القرض نفسه، بسبب رفضه منح قرض كان بإمكانه إنقاذ طالب القرض من الإفلاس؟⁽¹⁾.

إن البت في هذه المسألة يستدعي البحث في مدى حرية البنك في رفض منح قرض: أمر في الحقيقة، ليس بالبدهاءة التي قد يبدو عليها.

المطلب الأول : مدى حرية البنك في رفض منح قرض

إن التساؤل عن مدى حرية البنك في رفض منح قرض قد يبدو غريباً: فإمكانية الرفض المتاحة لمؤسسة القرض في مواجهة طلب قرض تبدو بديهية، و ذلك لأسباب مختلفة؛ من جهة أولى، فإن مبدأ حرية التجارة و الصناعة الذي تكرسه المادة 37 من الدستور الجزائري⁽²⁾ تسير في اتجاه تكريس هذا الحق للبنك؛ كما أن مبدأ حرية التعاقد الثابت في القانون المدني يصب في هذه الاتجاه⁽³⁾.

على مستوى اقتصادي، فإن القرض، على الأقل بالنسبة للبنوك، مصدرها في معظمها أموال المودعين: لا يمكن إذن منحها لكل من طلبها، بل على البنك أن يتلقى، إن منح قروضاً، ضمانات بردها⁽⁴⁾.

إن هذه الاعتبارات كانت كافية لفك النزاعات القليلة التي طرحت على مستوى القضاء سابقاً، مطالبة بمساءلة بنوك عن رفض منح قروض⁽⁵⁾، لكن تطور الحياة التجارية و الصناعية وتزايد و تضاعف الحاجة إلى القرض البنكي فرضت مناقشة ما كان يبدو بديهياً، و أعيد بالتالي طرح إشكال وجود حق في القرض من عدمه.

فعلا فقد توجه البعض⁽⁶⁾ إلى الميل نحو مساءلة البنك مدينا عن عدم منحه القرض المطلوب، وذلك على مستوى تعاقدي، على أساس أن البنوك و مؤسسات القرض عامة اليوم، تلجأ إلى الإشهار لعرض خدماتها: ألا تعتبر البنوك هنا في حالة إيجاب مستمر؟ ألا يمكن مساءلتها مدينا،

¹) PRATT Georges, op. cit. p. 117.

² المادة 37 من الدستور : "حرية التجارة و الصناعة مضمونة، و تمارس في إطار القانون".

³) VEZIAN Jack, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Librairies techniques, 1977, p. 26.

⁴) ROUTIER Richard, *Obligations et responsabilité du banquier*, Dalloz, 2005, p. 30.

⁵) GAVALDA Christian, *Le refus du banquier*, op. cit. p. 1727.

⁶) VEZIAN Jack, op. cit. p. 28.

عندما يتقدم لها شخص أو مؤسسة بطلب قرض و ترفضه لأي سبب كان، بأنها أخلت بالتزام ناشئ عن عقد تم بتقديم طلب القرض ؟

إن هذا الموقف قابل للنقاش: صحيح أن الإيجاب يمكن قانونا أن لا يكون موجها إلى شخص محدد، بل إلى الجمهور، غير أنه مهما كان الحال، فيشترط في الإيجاب أن يكون واضحا، ومحتويا لتفاصيل عن العقد المراد إبرامه بحيث أن مجرد قبول بسيط من الموجه إليه يكون كافيا لإبرام العقد⁽¹⁾. يجب الاعتراف أن عمليات الإشهار عادة لا تحوي كل هذه التفاصيل مما يجعلها مجرد دعوات للنقاش، و ليست إيجابا ملزما للبنك⁽²⁾.

من جهة أخرى، فإن القرض يركز على الثقة في شخص طالب القرض، فهو عقد من العقود التي تتسم بتركيز الطابع الشخصي لأطرافه، خاصة شخص من يطلب القرض: ملاءته، إمكانية رد القرض أو صاف و معطيات يحتاجها البنك لاتخاذ قراره بمنح القرض من عدمه⁽³⁾. وعلى مستوى القانون المدني، فحتى الإيجاب الموجه لشخص غير محدد لا يلزم صاحبه في العقود التي تفترض طابعا شخصيا⁽⁴⁾.

على أساس آخر يهدف إلى مساءلة البنك عن رفضه طلبات القرض، فهناك توجه إلى اعتبار أن البنوك، في عملية توزيع القرض، تقوم بأداء خدمة عامة: فكونها تؤدي هذه العملية و هي في وضعية هيمنة حسب ما قرره المشرع، و كونها من أجل قيامها بعملها هذا تخضع لتأطير قانوني، و لأنظمة كثيفة من مجلس النقد و القرض، و لرقابة دقيقة من اللجنة المصرفية، كما أن لها وحدها بتقرير من المشرع الحق في تمويل نفسها من بنك الجزائر عن طريق إعادة الخصم، و لها أن تلجأ وحدها أيضا إلى السوق النقدية لنفس الهدف. كما أنها صاحبة هيمنة قانونية لاستقبال أموال الادخار ولها في ممارسة مهامها وسائل ممتازة كاللجوء إلى مركزيات المخاطر، و المبالغ غير المدفوعة⁽⁵⁾، فكرة لاقت سندنا فقهيها⁽⁶⁾، و حتى أن بعض القرارات القضائية سارت في نهجها⁽⁷⁾.

¹) MAZEAUD Henri, Léon et Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil, obligations*, Montchrestien, 1998, p. 125.

²) Arraid Hammadi, op.cit, p. 361.

³) VALETTE Didier, "Conventions de crédit", *JC*, 1994, fasc. 500, p. 07.

⁴) VEZIAN Jack, op. cit. p. 28.

Voir aussi Hammadi Arraid, op. cit. p. 362.

⁵) HERVAGault Alain, op. cit. p. 10.

⁶) HOUIN, obs. rev. Trim. Dt com. 1955, p. 151,, cité par Hervagault, op. cit. p. 10.

⁷) Paris 26 mai 1967, *JCP*, 1968 II 15518, cité par STOUFFLET Jean, *JCP n° 06 ? 1968*, p 15517.

غير أن هذا الموقف يخضع للنقاش: فعبارة كون البنوك تؤدي أو تساهم في "خدمة عامة" عبارة تناولها حتى من سايرها بحذر شديد، و المؤكد أن معناها يختلف عنه في القانون الإداري⁽¹⁾.

- من جهة أولى، و رغم رقابة اللجنة المصرفية و تأطير مجلس النقد والقرض، فهذا لا يعني أن نشاط مؤسسات القرض "خدمة عامة": فالهدف منهما هو حماية الودائع، و تنظيم توزيع القرض؛ لكن في علاقاتها مع زبائنها، تخضع البنوك إلى القانون التجاري، و القانون الخاص عامة، و ذلك سواء كانت ذات رأسمال عام أو خاص؛ و تبقى مهما كانت طبيعتها ملزمة بحسن تقدير الخطر عند تقديمها للقرض، و أن ترفض بالتالي طلبات القرض التي يشكل الخطر فيها خطرا ممنوعا. هكذا، فالزبون أو الشخص المتعامل مع بنك، ليس كمستعمل المرفق العام⁽²⁾.

- من جهة أخرى، "فالامتيازات التشريعية" الممنوحة للبنوك، و هي هيمنة تلقي الأموال من الجمهور، هيمنة توزيع القرض، إمكانياتها التمويل من بنك الجزائر و السوق النقدية لا تجعل منها مرفقا عامة بمعنى القانون الإداري، بل أن ذلك يفرض عليها أقصى حدود الحذر حتى تحافظ على أموال الغير عند توزيعها للقرض؛ و لا يتحقق ذلك إلا إذا كانت البنوك حرة أمام طلب قرض بأن تقبله أو ترفضه؛ هكذا، فإن عبارة كون مؤسسات القرض تساهم في "خدمة عامة" تكون مقبولة، حسب الأستاذ Stoufflet إذا كان معناها أنه نظرا لكونها المؤسسات الوحيدة المؤهلة لتوزيع القرض، فإنه تقع عليها التزامات كبيرة و صارمة للحفاظ على أموال المدخرين، و على الغير عامة. لكنها لا يمكن أن تكون مقبولة إذا كان معناها تقييد حرية مؤسسات القرض في قبول أو رفض طلب قرض ما⁽³⁾.

من ناحية مقابلة، فقد دافع فقهاء، و معظم القرارات القضائية على حرية البنك في تقديمه للقرض المطلوب من عدمه مؤسسين دفعهم هذا على مبدأ الحرية التعاقدية، وليد مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أنه لا يمكن أن يلزم أي شخص تجاه آخر دون أن نجد أساس إلزامه إرادة لذلك، و أن الشخص حر في التعاقد من عدمه ما لم يخالف ذلك النظام العام و الآداب العامة⁽⁴⁾.

1) VEZIAN Jack, op. cit. p. 27.

2) HERVAGAUT Alain, op. cit. p. 28.

3) STOUFFLET Jean, Juris Classeur Banque, Fasc. 16 bis, n° 17, cité par Hervagault, op. cit. p. 29.

4) CHAUVEL Patrick, Consentement, Dalloz civil, 1995, p. 05.

غير أنه حتى التذرع بمبدأ الحرية التعاقدية لا يشكل حصنا منيعا لحماية مؤسسة القرض من مساعلتها بسبب رفضها منح قرض: فإن فكرة النظام العام و الآداب العامة التي تشكل حدود مبدأي سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية عرفت تطورا ساير متطلبات الدولة الاقتصادية و الاجتماعية و حاجاتها للتدخل⁽¹⁾؛ بذلك عرف المبدآن انفجارا حقيقيا⁽²⁾، و أصبحت بذلك حرية التعاقد و حرية عدم التعاقد أقل اتساعا ببروز عقود مفروضة، عقود منظمة، و عقود ممنوعة أكثر من السابق. و من أمثلة ذلك :

- في إطار التدخل لوضع حد لمبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بآثار العقد، فإنه يجوز للقضاء، حسب معظم القوانين المدنية، و منها القانون الجزائري، أن يمنح أجلا للمدين المعسر، خلافا لما تم الاتفاق عليه بينه و بين الدائن⁽³⁾.

- من أهم تجسيدات حدود مبدأ سلطان الإرادة في المجال البنكي إجبار البنوك على فتح حساب وديعة لمن لم يتمكن من ذلك: فعلا، فالمادة 171 من قانون النقد و القرض 90-10 كانت تنص على أنه يمكن كل شخص رفضت له عدة بنوك فتح حساب وديعة، و بسبب ذلك ليس له أي حساب مصرفي، أن يطلب من البنك المركزي أن يختار له أحد البنوك لفتح حساب لديه؛ ذلك مع تمكين البنك المعني من تحديد خدمات الحساب بعمليات الصندوق.

عند صدور أمر 03-11 الذي ألغى قانون 90-10، و بالتالي المادة 171 أعلاه، تراجع المشرع عن فكرة الحق في الحساب هذه؛ لكن عند صدور تعديل قانون النقد و القرض بمقتضى الأمر 04-10، أعيد الوضع إلى ما كان عليه في إطار قانون 90-10، إذ نصت المادة 119 مكرر التي أدرجت في أمر 03-11 على أنه بغض النظر عن حالات منع دفاتر الصكوك و حالات الممنوعين من البنك، يمكن كل شخص تم رفض فتح حساب

¹) MAZEAUD Henri, Léon et Jean, CHABAS François, op. cit. p. 100.

²) CHAUVEL Patrick , Consentement, Dalloz civil, 1995. p. 05.

³ لقد جاء في المادة 281 من القانون المدني الجزائري:

"يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، و مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة و أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

و في حال الإستعجال يكون منح الأجل من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

و في حالة إيقاف التنفيذ فإن الأجل المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي".

ودائع له من قبل عدة بنوك، و لا يملك أي حساب، أن يطلب من بنك الجزائر أن يعين له بنكا لفتح مثل هذا الحساب.

إن هذا المساس بمبدأ سلطان الإرادة في إبرام عقد فتح حساب الوديعة مبرر بعدة أسباب قانونية و واقعية تجعل من الحساب اليوم أمر لا يستغنى عنه في حياة الأفراد والمؤسسات⁽¹⁾.

هكذا، أمام كثرة التدخلات و الحدود لمبدأي سلطان الإرادة و حرية التعاقد، ألا يمكن تصور أن المشرع قد يكون، في هذا الإطار، قد فرض على البنك عدم رفض طلبات القرض أو بعضها على الأقل ؟ ألا يكون أجبرها على التعاقد مقدما بذلك مثلا آخر على الحد من مبدأ حرية التعاقد ؟.

إن الأمر يستحق النقاش خاصة أمام المادة 15 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽²⁾ التي جاء فيها :

"يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون ميرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة".

و أضافت المادة 35 من نفس القانون :

"تعتبر ممارسات تجارية غير شرعية مخالفة أحكام المواد 15، ... من هذا القانون، و يعاقب عليها بغرامة من مائة ألف دينار (100 000 دج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3 000 000 دج)".

بذلك يعتبر رفض أداء الخدمة جنحة يعاقب عليها القانون، و تؤسس بالتالي (مبدئيا) الحق في المساءلة المدنية: فهل يعتبر رفض تقديم قرض مطلوب رفض أداء لخدمة متوفرة ؟ هل أن المادة 15 أعلاه تشكل عائقا أمام البنكي في تعامله مع طلبات القرض ؟.

على مستوى القانون الفرنسي، تقابل المادة 15 أعلاه المادة 37 من أمر 30 جوان 1945⁽³⁾ التي رغم التعديلات بقيت محتفظة بخطوطها العريضة، و التي خضعت إلى الكثير من

⁽¹⁾ قريمس عبد الحق – المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات – رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في قانون الأعمال – كلية الحقوق بجامعة منتوري بقسنطينة 2011 – الصفحة 22.

⁽²⁾ مؤرخ في 23 يونيو 2004، الجريدة الرسمية 41 سنة 2004.

⁽³⁾ L'article 37 /1 de l'ordonnance du 30 juin 1945, modifiée par D. 09 août 1953 et 24 juin 1958, réprime le fait pour : "Tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

المناقشات الفقهية؛ على هذا المستوى، شكّل رفض أداء الخدمة أقوى حجة تقدم بها أصحاب التوجه نحو مساءلة البنك عن عدم تقديمه القرض المطلوب (1)؛ فالفقه متفق على أن عمل البنك، أي ما يؤديه من أعمال مصرفية، يشكل في نظر المادة 37، و بالتالي المادة 15 التي تقابلها في القانون الجزائري خدمات، و أن البنوك تخضع بالتالي لردع المواد أعلاه؛ فعلا:

- على مستوى التشريع الجزائري، فالمادة 15 من قانون 04-02 جاءت لردع رفض الخدمة التي يقوم بها عون اقتصادي؛ و ذلك بصريح المادة الأولى منه الذي جاء فيها :

"يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين، و بين هؤلاء و المستهلكين، و كذا حماية المستهلك و إعلامه".

و قد أضافت المادة 03 في تحديدها للمقصود من عبارة عون اقتصادي:

"كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

أمام اشتراط المادة 83 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض أن تؤسس البنوك و المؤسسات المالية في شكل شركات مساهمة، فإنه لا شك في أن مؤسسات القرض هذه تاجرة، و تخضع بالتالي لقانون 04-02 أعلاه (2)؛ هذا من جهة.

a) de refuser de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités et dans des conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs de produits, ou aux demandes de prestation de services, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles émanent de demandeurs de bonne foi, et que la vente ou la prestation de service n'est pas interdite par la loi ou par un règlement de l'autorité publique, ainsi que de pratiquer habituellement des conditions discriminatoires de vente ou des majorations discriminatoires de prix qui ne sont pas justifiées par des augmentations correspondantes du prix de revient de la fourniture ou du service..." (article cité par Jack Veizian, op. cit. p. 30).

هذا النص طرأت عليه عدة تعديلات. لكن معظم النقاشات الفقهية التي جاءت في مدى تطبيقه على مجال الأعمال المصرفية جاءت في إطاره هذا.

1) HERVAGAUULT Alain, op. cit. p. 14.

(2) لا شك أيضا في خضوع مؤسسات القرض في فرنسا للمادة 37 من أمر 30 جوان 1945 : فهي تاجرة بحكم ممارستها للأعمال المصرفية التي يصنفها القانون التجاري الفرنسي في المادة 632 منه كأعمال تجارية.

و من جهة أخرى، فهناك إجماع فقهي على أن عملية توزيع القرض تشكل بمفهوم المادة 15 أعلاه أداء خدمة⁽¹⁾.

إن عبارات المادة جاءت عامة و واسعة إلى درجة أنها فعلا حوت البنك بجميع نشاطاته بما فيها تقديم قروض: باستنتاج بسيط مباشر، فإن البنك الذي يرفض منح قرض مطلوب يضع نفسه تحت طائلة المادة 15، و يصبح بالتالي مسؤولاً مسؤولية جزائية قد تشكل أساساً لمسؤولية مدنية بسبب رفضه منح القرض. هل الأمر بهذه البساطة؟ هل يمكن أن تشكل المادة 15 أساساً تشريعياً لما يمكن أن يؤدي إلى كارثة حقيقية متمثلة في عدم إمكان البنوك رفض طلبات القرض؟.

إن قابلية المادة 15 لأن تسري على البنوك مسألة ثابتة: فبالإضافة إلى كون البنوك تاجرة، و توزيع القرض هو تأدية خدمة، فلا يمكن للبنك الاحتجاج بـ "عدم توفر الخدمة" المشار إليها في المادة 15 كفعل مبرر للجريمة: فنحن لسنا هنا أمام مخزون معرض للنفاد، و إنما أمام نقود يفترض أنها موجودة دائماً لدى البنك الذي يحترم القواعد الإحترازية؛ صحيح أنه يمكن للبنك هنا تقديم حجة كون مبلغ القرض المطلوب سيجعلها تتجاوز هذه القواعد، و بالضبط نسبة القروض الممنوحة إلى أصولها الخاصة، من أجل رفض طلب قرض دون الوقوع تحت طائلة العقوبة، كما أن البنوك المتخصصة في نوع من القروض يمكن أن تحتج بكون القرض المطلوب يخرج بطبيعته عن اختصاصها (كحالة كون البنك متخصص في القروض الفلاحية دون غيرها). لكن ذلك لا ينفي المبدأ في صعوبة تقديم احتجاج عدم توفر الخدمة في الحالات الأخرى⁽²⁾. كما أن تقديم هذه الحجج، خاصة منها حجة تجاوز نسبة القروض الممنوحة إلى الأموال الخاصة للبنك، لا تقبل كعذر حسب المادة 15 إلا أن ثبتت صحتها؛ البنك مطالب إذاً، دائماً حسب المادة 15، بأن يثبت في كل مرة يرفض فيها قرضاً، بأن له عذر شرعي ما: عذر يخضع لرقابة القضاء الذي يقدره حسب السلطة التقديرية للقاضي.

أمام الصعوبة الحقيقية لتقبل تحليل كهذا، فقد تعالت مواقف فقهية ترى باستبعاد تطبيق المادة 37 من أمر 30 جوان 1945 على نشاط مؤسسات القرض: على رأس هؤلاء الفقيه Hamel⁽³⁾: فقد نادى باستبعاد تطبيق المادة 37 على مؤسسات القرض مؤسساً موقفه على الغرض الذي جاء

¹) Voir dans ce sens - HERVAGault Alain, op. cit. p. 14 et ss.

- VEZIAN Jack, op. cit. p. 27 et ss.

- GAVALDA, "Le refus du banquier", op. cit. p. 1727.

²) HERVAGault Alain, op. cit. p. 17.

³) HAMEL, "Le droit du banquier de refuser l'ouverture d'un compte", *Banque*, 1959, p. 6, cité par J. VeZian, op. cit. p. 30.

من أجله النص : حسب الفقيه، فإن المشرع آنذاك كان يطمح من خلال هذا النص إلى قمع التصرفات التي من شأنها التأثير في الأسعار بالزيادة أو النقصان؛ على ذلك يجب أن يتعلق هذا النص فقط بالعقود التي لها علاقة بالأسعار (1)؛ فإن طبق النص في مجال آخر سيؤدي إلى تناوله لحالات ومسائل لا يتناسب معها، طالما أنه تجاوز هدفه فيها (2) بينما النشاط المصرفي، فهو حسب الفقيه غير معني بنص المادة 37 لأن مؤسسات القرض عندما ترفض التعامل في إطار عملية مصرفية مع شخص معين، فذلك ليس بغرض التأثير على الفوائد و النسب و العمولات التي ستتاها، وإنما الأمر مردّه إلى أسباب و أسس مختلفة تماما متعلقة أساسا بأخلاقيات العميل أو خطورة العملية (3).

إن هذا الموقف وجد في الفقه ما يواجهه من آراء على رأسها رأي الأستاذ Gavalda الذي بدأ بوضع النص في إطاره التاريخي أولاً: فبعد أزمة الحرب العالمية الثانية، و قلة المواد و الخدمات آنذاك، كان التجار يرفضون البيع و أداء الخدمات تفضيلاً لزيائهم الدائمين؛ بعد 1945، أصبح الحق في رفض البيع و أداء الخدمة سبباً في فرض أسعار مرتفعة، أو فرض حصرية التعامل: فتدخل المشرع الفرنسي آنذاك بأمر 30 جوان 1945 المتعلق بالأسعار، و بالضبط بالمادة 37 منه (4). لكن إن كان غرض النص هو فعلاً ردع التلاعب بالأسعار، خاصة في فترة أزمة عرفتها فرنسا بعد الحرب العالمية الثانية، فإن الفقيه Gavalda يعيب على زميله Hamel كونه جعل من هدف النص عنصراً من عناصره و شرطاً لتطبيقه، بحيث أن تصرفات البنك حسب الأخير لا تدخل حيز تطبيق المادة 37 إلا إذا كان الهدف منها تغيير الأسعار: أمر يتنافى مع طبيعة قراءة النصوص العقابية؛ فمسايرة هذا الرأي، بالإضافة إلى أنها تفرض على النيابة العامة البحث في نية مقترف الفعل المجرم، الأمر المرفوض في حد ذاته، فإنها تدعو إلى جعل الباعث على الجريمة ركناً فيها: و هو أمر مرفوض رفضاً قاطعاً على مستوى القانون الجنائي، من حيث أنه لا يهتم في إطار الركن المعنوي للجريمة سوى بعلم و وعي الفاعل بأنه يقوم بالفعل المجرم. أما غرضه من وراء ذلك، سواء كان زيادة الأسعار أو غرض آخر، فهو غير مهم (5).

يجب أن نشير هنا أن معظم النقاشات الفقهية حول تطبيق المادة 37 من أمر 30 جوان 1945 قد كانت في فرنسا بمناسبة طرح إشكال مدى حق البنك في رفض فتح حساب لكن أسس النقاش بين الحق في رفض فتح حساب و الحق في رفض منح قرض هي نفسها، خاصة ما تعلق منها بهذه النقطة بالذات، أنظر : Hervagault, op. cit.

p. 24, note 1.

1) VEZIAN Jack, op. cit. p. 30.

2) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 19.

3) VEZIAN Jack, op. cit. p. 30

4) GAVALDA, op. cit. p. 1727.

5) GAVALDA, op. cit. p. 1727.

على ذلك، فإن كل الأسس التي قدمت لاستبعاد مساءلة البنك عن رفضه منح قرض قابلة للنقاش: أساس حريته أمام هذه المسألة كامن في شيء آخر.

بغض النظر عن كون المادة 15 نفسها تفتح بابا للرفض، و هو تقديم مبرر شرعي، فإنه على هذا الأساس كون طالب القرض شخص غير قادر على ردّه بسبب وضعه المادي، كونه شخص معروف بسوء خلقه يشكل مبررا شرعيا؛ الأمر الذي، و إن كان يجب أن يخضع لتقدير القضاء، إلا أنه لا يتصور عدم اعتباره كذلك؛ لكن الغاية أبعد من ذلك؛ فإن أُجبر بنك على تقديم "مبرر شرعي" أمام كل عملية رفض، سيسبب الأمر نتائج وخيمة؛ فحتى بين تسلسل الأخطار بين الخطر المقبول و الطبيعي في عقد القرض، و الخطر المرفوض و الممنوع، هناك أنواع أخطار من حق البنك رفضها حتى و لو كان الرفض مؤسسا على "عدم ارتياح" أو على "حدس": لا وجود لمبرر شرعي هنا، و لن يتسنى للبنكي تقديمه (1).

إن المادة 15 يجب أن تستبعد من نشاط مؤسسات القرض، و من المؤسف ألا يكون المشرع قد قام بذلك بنفسه بوضع عبارات في المادة أقل اتساعا مستبعدا عقودا لا يمكن أن يستقيم تطبيق المادة 15 عليها: لن يكون استبعاد المادة 15 ممكنا إلا بمقابلتها بالطابع الشخصي القوي الذي يميز العمليات المصرفية عامة، و عقد القرض خاصة؛ فهذا الطابع هو الذي يخرج عقد القرض من "عقود الخدمات" الذي تقصده المادة 15.

إن الخدمة عموما هي كل عمل يقوم به شخص لآخر، لكن هذا ليس حجة لاعتبار القرض خدمة لأنه مؤسس على الثقة بين طرفيه. فالبنك يختار من يمنحه القرض بناءً على عدة معايير شخصية: الملاءة، القدرة على الرد، جدية المشروع، الأخلاقيات، كلها صفات شخصية تقدر مدى خطورة منح قرض؛ حتى طالب القرض يختار بنكه، سواء لأنه متخصص، أو لأن هناك علاقة ثقة بنيت بينهما (2).

حتى في فرضية كون القرض المطلوب معزز بضمانات عينية، فهذا لا ينقص من طابعه الشخصي شيئا؛ فالمسألة لا تتعلق فقط بالبنك و ضمانه استرداد قرضه، بل تتعلق بالغير أيضا: فالقرض يدخل البنك في علاقات مع الغير، و من واجبه ألا يمس بهم عند اتخاذه قرار منح قرض (3).

1) HERVAGAUULT Alain, op. cit. p. 37.

2) VALETTE Didier, op. cit , p. 07.

عقد القرض إذن لا يمكن أن يكون كأى خدمة أخرى؛ فالمادة 37 (و المادة 15 التي تقابلها) تسريان على عقود بيع أو خدمة بسيطة تتم في وقت واحد مع تسديد فوري للثمن، بحيث لا تجمع بين الطرفين بعد ذلك: لا يمكن تصور سريانها على عقود "تعاون" أو ثقة، تربط أطرافها لمدة معينة، و تستلزم ثقة و تقييما شخصيا لبعض الأخطار (1).

لا شك إذن في عدم وجود حق في القرض؛ و طالما أن القضاء قرر مساءلة البنك عن منحه قرضا في أطر معينة (2)، فإن ذلك لا يكون ممكنا إلا بالاعتراف بأن البنك في الأصل حر في منح القرض المطلوب من عدمه: فلا مسؤولية إلا بتوفر الحرية؛ لكن زيادة على ذلك، فإن للقضاء الفرنسي مواقف مباشرة حول إخراج العمليات المصرفية، و منها عملية القرض، من تطبيق التشريع الخاص برفض البيع أو أداء الخدمة (3).

إن عقد القرض تمييزي بطبيعته؛ و الحق في تقدير و تمييز القرض المرفوض من القرض المقبول ثابت للبنك (4). لكن إن كان قرار الرفض في حد ذاته لا يمكن أن يشكل أساسا لمساءلة البنك مدنيا، فإن هذا القرار، إن صاحب وقائع و ظروف معينة، قد يبرر حق شخص ما في طلب التعويض.

¹) PLAISANT. Note JCP, 1961 II 12 052, cité par Hervagault, op. cit. p. 34 :

" Il est certain que dans la mesure où la prestation ne constitue pas une vente de marchandise payée au comptant de telle sorte qu'il ne s'établisse aucun lien personnel et successif entre les parties, l'article 37 s'applique sans trop de difficulté. Dès lors qu'il s'établisse de tels rapports, on voit mal comment la loi pourrait imposer une collaboration qui exige un certain degré de confiance pour être efficace et une appréciation purement personnelle de certains risques".

² أنظر أعلاه الصفة 237 و ما يليها.

³) « Les dispositions des articles 30 et 36 (dans sa rédaction antérieure à la loi du 1^{er} Juillet 1996) de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} Décembre 1986, relatives au refus de vente ne sont pas applicables aux opérations de banques prévues à l'article 1^{er} de la loi du 24 Janvier 1984, lesquelles comprennent les opérations de crédit » civ. 1^{re}, 11 Octobre 1994, note sous article L 511-4 du code cométaire et financier in code français de commerce - Dalloz 2009.

« Jugeant que le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit » Cass. Assemblée plénière 09 Octobre 2006. , note sous article L 511-4 du code cométaire et financier in code français de commerce - Dalloz 2009.

« L'offre de crédit présentée parmi d'autres, ne constitue pas un refus de vente ou une vente subordonnée, mais une opération particulière de banque relevant de la loi de 1984, et qui comme telle, échappe aux articles 30 et 36 précités. » Paris 12 Novembre 1996. , note sous article L 511-4 du code cométaire et financier in code français de commerce - Dalloz 2009.

⁴) GAVALDA, "Le refus du banquier", op. cit. p. 1727.

المطلب الثاني : حالات لمساءلة البنك بمناسبة عدم منح قرض

إذا كان ثابتاً الآن أنه لا وجود لحق في القرض مهما تنوعت مبررات المنادين به، فهذا لا يعني أن البنك له أن يرفض ما يشاء من طلبات القرض دون أن يكون حذراً: فإن كان الرفض في حد ذاته لا يمكن أن يكون خطأً مؤسساً لمسؤولية مؤسسة القرض، فإن صدوره في ظروف معينة قد تجعل من حق طالب القرض الذي تم رفض طلبه محققاً في طلب التعويض؛ هذه أمثلة في هذا الإطار.

الفرع الأول: مسؤولية البنك بسبب بعثه إلى الاعتقاد بموافقة على طلب القرض

يمكن للبنك أن يقع في خطأ بمجرد مناقشته لطلب القرض، إذا تسبب في الاعتقاد في ذهن طالبيه أنه سيتم تلبية: هذه المسؤولية ممكنة و مفترضة سواء تجاه طالب القرض، أو حتى من تعامل معه، إذا قام هؤلاء بتصرفات ما كانوا ليقوموا بها لولا اعتقادهم الخاطئ، الذي خلقه البنك في أذهانهم، بأنه سيتم قبول طلب القرض⁽¹⁾؛ في هذا الإطار، فقد صدر عن مجلس النقض الفرنسي قرار في الوقائع التالية⁽²⁾:

شركة PVC هي إحدى زبائن بنك Crédit Agricole منذ مدة قبل وقائع القرار؛ لحاجة هذه الشركة لتمويل مشروع تعتزم الإلتزام في إطاره، طلبت قرضاً قيمته 700 000 فرنك فرنسي في ماي 1982، على أن ترده في أجل متوسط المدى.

لم يرد البنك بشكل صريح على هذا الطلب : لكنه في إطار الحساب الجاري الذي يجمعه بالشركة، فقد تسامح معها في مكشوف وصلت قيمته إلى 660 000 فرنك فرمسي.

في 07 أبريل 1983، أعلم البنك زبونه الشركة صراحة بأنه يرفض منحها القرض الذي طلبه في ماي 1982، و أخبرها أنه عليها رد المكشوف فوراً. لكن هذا الرد من البنك جاء بعد أن التزمت الشركة فعلاً في المشروع الذي طالبت بالقرض المرفوض من أجله؛ و ذلك لأنها اعتقدت، نظراً لكونها زبونة سبق لها التعامل مع البنك، أنه وافق على طلبها، خاصة أنه كان متساهلاً في العمليات على المكشوف.

و هكذا، فإنه عند إعلان البنك رفض العقد في ذلك التاريخ، لم يكن بإمكان الشركة التراجع عن التزاماتها.

¹) ROUTIER Richard, op.cit, p. 31.

²) Cass. com. 31 mars 1992, CD LEGISOFT précité.

في 24 جوان 1983، قرر البنك التراجع عن قراره بالرفض القطعي للقرض، لكنه قدم اقتراحا يحوي شروطا جديدة، و بمبلغ أقل؛ فقد اقترح قبول قرض 620 000 فرنك فرنسي مقابل التزام كل واحد من الشريكين في شركة PVC بتقديم رهن رسمي عن ممتلكاته لا تقل قيمته عن 310 000 فرنك فرنسي.

بعد هذا الاقتراح، فقد كان القرض الذي منح فعليا للشركة هو 350 000 فرنك فرنسي كقرض لأجل متوسط المدى، مع مبلغ 150 000 فرنك فرنسي كقرض قصير المدى؛ فوق ذلك، فقد قام البنك بخطأ آخر، و هو أنه قام من تلقاء نفسه بتحويل مبلغ 65 000 فرنك فرنسي من حساب الشركة إلى حساب أحد الشريكين، مما انجرّ عنه عودة شيكات بدون رصيد؛ الأمر الذي زاد من تعقيد الوضع الذي وصل بالشركة إلى الدخول في إجراءات التسوية القضائية.

كل هذا أدى بالمطالبة أمام القضاء بمساءلة البنك عن أخطائه تجاه الشركة، و أهمها أنه جعلها تعتقد أنه قد قبل طلبها القرض، مما جعلها تدخل في مشاريع تتجاوز قدراتها لولا القرض المطلوب، ثم بعد مدة تقارب السنة، أعلن البنك عن رفض صريح غير متوقع تسبب للشركة في كارثة مالية. و على ذلك، فقد انتهى الأمر على مستوى الاستئناف، بصدور قرار عن مجلس قضاء Amiens في 15 فيفري 1990 قضى بمسؤولية البنك عن الضرر الذي أصاب الشركة، و ألزمه بالتالي بالتعويض.

إثر طعن بالنقض في هذا القرار من طرف البنك، نظر مجلس النقض الفرنسي في أسسه التي تتلخص فيما يلي :

إن الشخص لا يلتزم إلا بمقتضى التزام بات و غير مشروط من طرفه؛ و البنك لم يلتزم بمنح قرض مساوٍ للطلب و دون ضمانات: الشركة تعترف أن البنك منحها موافقة مبدئية. القرار إذن يستحق النقض، إذ أنه عندما قرر مجلس الاستئناف أن مجرد تساهل في إطار المكشوف يُعتبر التزاما من البنك، و عندما أعاب عليه عدم وضعه إطارا محددًا للمشاريع التي دخلتها الشركة باتخاذها موقفا صريحا يعدّ من قبل المجلس موقفا و كأنه يعيب على البنك كونه لم يتدخل في شؤون الشركة! ...!

لكن مجلس النقض الفرنسي قد رأى أن البنك ترك لمدة 11 شهرا الاعتقاد لدى الشركة أنه قبل طلبها المتعلق بالقرض: و بدون هذا الاعتقاد، ما كان مسيروها (الشركاء) سيتخذون قرار الدخول في المشاريع المبرمجة؛ عندما تمّ فيما بعد رفض القرض صراحة، ثم قبول منح جزء منه مع طلب ضمانات و فرض رد جزء منه في أجل قصير، أي بشروط لم يعلموها سابقا، فقد كانت

الشركة قد وصلت في علاقاتها مع الغير إلى مرحلة لا يمكن فيها التراجع؛ مجلس الاستئناف إذن محق عندما اعتبر أن البنك قد اقتترف خطأ مؤسسا لمسؤوليته المدنية تجاه الشركة و دائئها.

الفرع الثاني: مسؤولية البنك بسبب إخلاله بوعده بمنح القرض

إن مبدأ عدم وجود الحق في القرض يعرف حداً آخر هو حالة كون فتح القرض قد أصبح التزاماً وضعه البنك على نفسه؛ فالأصل أن لا يجبر البنك على قبول طلب القرض. لكنه إن ألزم نفسه بذلك مسبقاً بإرادته عن طريق وعد بالتعاقد، فلا بد عليه من تنفيذ هذا الالتزام⁽¹⁾.

إن الوعد بمنح قرض يدخل في النظرية العامة للوعد بالتعاقد: و حسب المادة 71 من القانون المدني، فإن :

"الاتفاق الذي يعد له كلا من المتقاعدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها".

لا جدال في انعدام شرط الشكلية في عقود القرض عامة: هكذا، فإن حددت عناصر مبلغ القرض، نسبة الفائدة و أجل الرد، يكون من حق الموعود له أو يعولّ على أنه سيحصل على القرض في مشاريعه و تصرفاته مع الغير ؛ كما أنه حق من يتعامل معه: لهم أن يطمئنوا إلى أنهم في وضع مستقر، إن تعاقدوا مع شخص ما على أساس أنه سيحصل على قرض حسب وعد واضح من بنك.

إن الإشكال الأساسي الذي يطرح هنا هو إشكال تغيير الوضع المادي للموعود له بالقرض بين فترة الوعد و فترة التنفيذ: ماذا لو ساء هذا الوضع، بحيث أن اطمئنان البنك إلى استرداد قرضه لن يكون بنفس درجته في مرحلة الوعد بالقرض ؟

رغم أن أصل توجه القضاء هو نحو الحق المطلق للبنك في اطمئنانه على استرداد قرضه عند اتخاذه قراراً متعلقاً بطلب قرض، إلا أن الوضع يختلف هنا: فقد سبق و أن قرر مجلس النقض الفرنسي إلزام البنك بالوعد الذي إبرمه مع طالب القرض رغم مديونية هذا الأخير التي قامت بعد إبرام الوعد بالعقد⁽²⁾: فالمنطق هنا بسيط، إذ صحيح أن البنك لا يجبر على القرض، لكن اعتباراً أن العقد شريعة المتعاقدين، و طالما أن الوعد بالقرض لم يشترط عدم الوقوع في المديونية

¹) ROUTIER Richard, op. cit. p. 31.

²) Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1986, cité par Richard Routier, op. cit. p. 32.

لتنفيذه، فلا بد على البنك من احترام العقد: و هكذا فإن منح قرض لشخص مديون قد يكون خطيرا، لكنه ليس منافيا للنظام العام⁽¹⁾.

لكن الأمر يختلف إذا وصلت مديونية طالب القرض إلى درجة أن أصبح وضعه المادي ميئوسا منه: فالبنك في هذه الحالة ليس فقط من حقه عدم تنفيذ الوعد بالقرض، بل أنه مجبر على ذلك تحت طائلة مسؤوليته المدنية⁽²⁾.

هذا هو إذن موقف القضاء الفرنسي تجاه الوعد بمنح قرض: موقف نرى فيه أساسا منطقيا فعلا؛ لكننا نستغرب الوصول إلى هذه النتيجة فقط انطلاقا من النظرية العامة للعقد، و التي تجعل في القانون الفرنسي أو في القانون المدني الجزائري من الوعد بالعقد تصرفا ملزما لطرفيه متى اجتمعت شروطه.

إن الوعد بمنح قرض، مهما كان شكله، يعرف أساسا خاصا به في القانون البنكي الفرنسي: فالمادة L313-1 من القانون النقدي و المالي الفرنسي⁽³⁾ جعلت من الوعد بمنح قرض عقد قرض تام.

في إطار القانون الجزائري، فإن المادة 68 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض هي ترجمة شبه حرفية لهذه المادة من القانون الفرنسي : فقد جاء فيها :

" تشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان.

تعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات الإيجاد المقرونة بحق خيار بالشراء، لا سيما عمليات القرض الإيجاري..."

¹) ROUTIER Richard, op. cit. p. 32.

² أنظر أعلاه الصفحة 243.

³) Art. L313-1 du code monétaire et financier :

"Constitue une opération de crédit pour l'application de la présente loi tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou **promet de mettre** des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie.

Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat".

هكذا فللوعد بمنح قرض أساس قانوني خاص في القانون الجزائري أيضا و يكون بذلك الإخلال بهذا الوعد إخلالا بعقد قرض تام طالما أن المشرّعين الفرنسي و الجزائري قد ساويا بينهما من الناحية القانونية؛ الأمر الذي ينتج عنه:

① أن الوعد بمنح قرض يجب أن يخضع للقواعد الاحترازية التي يخضع لها عقد القرض، و التي تخضع لرقابة اللجنة المصرفية؛ و نعتقد أن هذا هو الغرض المباشر للمشرّع عندما جعل الوعد بمنح قرض عقد قرض تام؛ فالمشرّع قد تصور أنه، حتى دون تدخل منه، سيكون موقف القضاء تجاه الوعد بالعقد هو الموقف المكرّس للقضاء الفرنسي الذي أشرنا إليه أعلاه؛ لا يمكن اتخاذ موقف آخر أمام النظرية العامة للوعد بالتعاقد.

و هكذا يكون مجرد الوعد بمنح قرض ملزما للبنك، و عليه يجب حماية المصلحة العامة عن طريق إخضاع هذا الوعد أيضا إلى القواعد الاحترازية لمنح القرض.

② إن الوعد بمنح قرض، طالما أنه في نظر المشرّع عقد قرض تام، حتما يكون ملزما لطرفيه، و خاصة للبنك بأن ينفذه بوضع القرض تحت تصرف طالبيه حين يحين أجل ذلك. هكذا، فإن تغيرت الوضعية المالية للمستفيد من الوعد بالقرض بعد الوعد، و قبل التنفيذ، فإن ذلك، تطبيقا لتنفيذ عقد قرض تام، لا يغير من إلزام البنك بوضع القرض تحت تصرف المستفيد تنفيذًا منه لالتزامه التعاقدية، الذي لا يتحلل منه إلا في الإطار الذي لا يؤسس مسؤوليته المدنية عن غلق قرض (1): علاقة طرفي الوعد بالعقد إذن تحل في إطار إنهاء أو فسخ عقد قرض تام.

هكذا يبدو أنه سواء انطلقنا من النظرية العامة للوعد بالتعاقد أو من النص الذي يجعل من الوعد بمنح قرض عقد قرض تام، فإن النتيجة واحدة كما رأينا.

الفرع الثالث: حالات أخرى لمساءلة البنك بمناسبة عدم منح القرض

إن حق البنك في رفض منح القرض المطلوب في حد ذاته ثابت. لكن، شأنه شأن أي حق آخر يحميه القانون، يجد حده في التعسف في استعماله؛ و هكذا إن مارس البنك حقه في الرفض مع تعسف في ذلك، وضع نفسه تحت طائلة المساءلة المدنية على أساس المادة 124 مكرر من القانون المدني (التي تقابلها المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي) (2)

(1) سنرى ذلك تباعا في الصفحة 310.

(2) VEZIAN Jack, op. cit. p. 34.

يكون البنك متعسفا في استعمال حقه في رفض طلب القرض إذا كان الرفض مستندا إلى أسباب لا علاقة لها بالقواعد المصرفية: كأن يكون الرفض لأسباب سياسية، دينية، عرقية، أو غيرها... (1).

فوق ذلك، يمكن أن يعرض البنك نفسه للمساءلة المدنية إذا رفض منح القرض المطلوب، ثم أشهر قراره أو أفشى أسراراً لطالب القرض علم بها من خلال ملف طلب القرض؛ ففي حالة الرفض، يجب على البنك حفظ سر طالب القرض حتى ولو لم ينته الأمر إلى أن يجمع بينهما عقد: الخضوع لواجب الالتزام بالسرية المهني للبنكي يقوم هنا (2). فالإشهار الذي قد يحيط بقرار رفض منح القرض من شأنه أن يؤثر في مركز طالب القرض التجاري بتخويف علاقاته منه ظناً منهم أن رفض القرض شهادة من البنك على عدم قدرة طالب القرض المالية، أو سوء خلقه؛ في حين أن رفض القرض قد لا تكون له علاقة بهذا.

فوق ذلك، و من أجل فرض أخلاقيات على مهنة المصرفي، يرى الأستاذان Marin و Vasseur أن مجرد الرد بالرفض الخشن و غير اللبق يمكن أن يكون أساساً لمساءلة البنك مدنياً (3).

يمكن أيضاً أن يسأل البنك عن تأخره في الرد على طلب القرض؛ هذا التأخر قد يتسبب لطالب القرض في أضرار قد تتعلق بالدخول أو عدم الدخول في مشروع ما؛ إن فرضية التأخر في الرد لا تقتض حتماً تغليط البنك لطالب القرض أو لعلاقاته من الغير، و حملهم إلى الاعتقاد بأنه تمت الموافقة على منح القرض؛ الأمر هنا يتعلق بعدم تمكن المستفيد من وضع علاقاته و التزاماته في الإطار الذي يمكن وضعها فيه، سواء في إطار منح القرض، أو في إطار عدم منحه؛ و بالتالي فإن إضاعة الوقت من طرف البنك من شأنها أن تسبب ضرراً موجبا للتعويض لطالب القرض (4).

1) HAMEL, "Le droit du banquier de refuser d'ouvrir un compte", *Banque*, 1959, p. 06, cité par Jack Vézian, op. cit. p. 34.

2) ROUTIER Richard, op. cit. p. 34.

3) VASSEUR et MARIN, "La responsabilité du banquier dispensateur de crédit", *Banque*, 1976, p. 05, cité par Jack Vézian, op. cit. p. 34.

4) PRATT Georges, op. cit. p. 119.

المبحث الثاني : المسؤولية المدنية للبنك في حالة إنهاء الاعتماد

لقد رأينا أعلاه أنه في غياب التزام سابق بفتح الاعتماد، فالبنك يبقى حراً في أن يمنح قرضاً أو لا. بالمقابل، إذا قام بإرادته بإلزام نفسه عقدياً في هذا الإطار، وجب عليه تنفيذ التزامه. فلا يحق له تغيير ما تم الاتفاق عليه بينه وبين عميله بإرادته المنفردة، ولا يحق له الامتناع عن التنفيذ دون سبب مشروع⁽¹⁾.

إن الخوض في مسؤولية البنك المدنية في حالة إنهاء الاعتماد يستدعي أولاً التوقف عند تعريف عملية فتح الاعتماد: عند الحديث عن إنهاء الاعتماد، نحن نتحدث في إطار عقد فتح الاعتماد، وهو العقد الذي يعد بمقتضاه بنك بأن يضع تحت تصرف زبونه مبلغاً مالياً معيناً⁽²⁾. يمكن أن يكون القرض الموضوع تحت التصرف كذلك باستمرار، أو من أجل فترة أو عملية محددة: كأن يلتزم البنك مثلاً بخصم السندات التي يقدمها المستفيد إلى غاية الوصول إلى حد معين (نكون هنا أمام قرض خصم) أو أن يتعهد بأن يترك الحساب الجاري للمستفيد يصبح مديناً إلى غاية مبلغ معين (نكون هنا أمام قرض مكشوف)⁽³⁾.

فتح الاعتماد إذن عقد يلزم البنك في المستقبل؛ وهو يختلف بذلك عن القرض الممنوح، الذي تم تسديده كاملاً للمستفيد، والذي لا يبقى من تنفيذه سوى التزام الأخير برد ما اقترضه⁽⁴⁾؛ وهكذا فإن عقد فتح الاعتماد هو الذي يثير إشكالية مسؤولية البنك المدنية عن إنهائه⁽⁵⁾: فالمسؤولية هنا هي عن التوقف عن تنفيذ التزام مستمر.

عند قيامه بإنهاء الاعتماد، عادة ما يتابع البنك من قبل المستفيد على أساس المسؤولية العقدية، بسبب المتاعب المالية التي يواجهها؛ متاعب قد تصل به إلى الدخول في إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية⁽⁶⁾. لكن عدم تنفيذ البنك لالتزامه في إطار عقد فتح الاعتماد قد يُعاب عليه أيضاً من طرف دائني المستفيد على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية طالما أنهم ليسوا أطرافاً في العقد: فتوقف مساعدة البنك المالية في إطار القرض قد يؤدي إلى توقف المستفيد عن الدفع بشكل مضر

¹) VEZIAN Jack, op. cit. p. 177.

²) GRUA François, op. cit. p. 09.

³) VEZIAN Jack, op. cit. p. 179.

أنظر أعلاه الصفحة 20.

⁴) PRATT Georges, op. cit. p. 121

⁵) Idem.

⁶) Idem, p. 117.

بدائتيه أيضا؛ هذا و إن كان إنهاء فتح الاعتماد عادة ما لا يكون السبب الوحيد للضرر الذي يواجهه الدائنون (1).

مهما كان الحال، و مهما كان المدعي في دعوى المسؤولية (المستفيد من فتح الاعتماد أو دائتيه)، فإنه لتأسيس دعوى مسؤولية البنك المدنية بسبب إنهاء الاعتماد لا بد من البدء بإثبات وجود فتح الاعتماد.

المطلب الأول : إثبات فتح الاعتماد

إن الإشكال هنا سيطرح منطقيا وفق نفس المخطط : شخص يدعي أنه مستفيد من فتح اعتماد من طرف بنك ما، سيتصرف بالمبلغ الذي يرى بأنه مخصص له وفق هذا العقد بأمر من أوامر الدفع ؛ لكنه سيصطدم برفض البنك الوفاء بهذا الأمر. سيدعي بأنه مستفيد من عقد فتح اعتماد تم بينه و بين البنك، و أنه على أساسه أصدر أمر الدفع (مهما كان شكله). سيرد البنك بأنه ليس ملتزما بأي عقد، بل أنه حر في قبول أو رفض الوفاء ؛ فأمر الدفع لا رصيده له، و لا يعتبر إلا مجرد إيجاب لإبرام عقد قرض، يحق للبنك أن يتخذ فيه القرار الذي يناسبه: لا يمكن هنا مساءلة البنك عن إخلاله بالتزام يدعيه "المستفيد" إلا بعد أن يتمكن هذا الأخير من إقناع القضاء بوجود فعلي لاتفاقية فتح اعتماد بينه و بين البنك عن طريق إثباتها (2).

إذا كان عبئ الإثبات هنا هو دائما على المدعي طبقا للقواعد العامة، فإنه يجب التوقف عند مسألتين : كيفية الإثبات من جهة ، ثم وسائله من جهة أخرى.

الفرع الأول : كيفية الإثبات

يجب على المدعي في دعوى مساءلة البنك مدنيا عن إنهاء الاعتماد، أن يثبت وجود عقد فتح اعتماد بكامل عناصره من محل، و رضا، و سبب. لم يشترط القانون شكلا معيناً لهذا العقد، الأمر الذي يعقد مسألة إثباته.

إن المبدأ في الإثبات أن يكون حراً؛ لكن تبعا لأوامر الدفع التي قدمها المستفيد، قد يتطلب القانون أو القضاء كيفية خاصة للإثبات.

1) VEZIAN Jack, op. cit. p. 177.

2) محمود مختار أحمد بربري - المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الإعتمادات - دار الفكر العربي، القاهرة 1986 - الصفحة 22.

الفقرة الأولى - المبدأ: حرية الإثبات

أمام اشتراط أمر 11-03 تأسيس البنوك و المؤسسات المالية في شكل شركات مساهمة، فإنه لا شك في اكتساب مؤسسات القرض في القانون الجزائري لصفة التاجر؛ لا حاجة حتى لإثارة مسألة كون العمليات المصرفية، و هي العمل الرئيسي و العادي لهذه المؤسسات، هي أعمال تجارية بحسب الموضوع منصوص عليها في المادة 02 من القانون التجاري.

على ذلك فإن الإثبات ضد بنك أو مؤسسة مالية سيكون إثباتا ضد تاجر، و سيخضع بالتالي للمادة 30 من القانون التجاري التي تجعل الإثبات في المادة التجارية حراً، تستعمل فيه أي وسيلة من وسائل الإثبات.

الفقرة الثانية: خصوصية الإثبات عند استعمال شيك

بغرض حماية الشيك و إعدام أي شك حول مسألة توفر الرصيد، أخذ القضاء الجزائري موقفا صارما جدا؛ فكثيرا ما يحدث عمليا أن يتصرف المستفيد من فتح اعتماد في المبلغ الموضوع تحت تصرفه عن طريق شيكات. في إحدى المناسبات، توبع شخص في هذا الإطار بجريمة إصدار شيك بدون رصيد؛ فكان دفاعه أمام القاضي الجزائري بأنه أصدر شيكا لأنه استفاد من فتح اعتماد من طرف البنك و أن هذا الأخير بعدم تسديده الشيك قد سحب الاعتماد بشكل خاطئ و مضر⁽¹⁾.

إن الإشكال إذن في استعمال الشيك كأمر بالدفع للتصرف في مبلغ الاعتماد المفتوح هو أن البنك، إن لم ينفذ التزامه في إطار عقد فتح الاعتماد، أو إن أنكر وجود هذا العقد أصلا، فإن المستفيد صاحب الشيك سيجد نفسه متابعا بجريمة إصدار شيك بدون رصيد؛ على ذلك، فقبل أن يفكر في رفع دعوى مدنية لمسائلة البنك عن إخلاله بالتزامه التعاقدية عندما قام بإنهاء الاعتماد، فإنه سيجد نفسه مضطرا أولا للدفاع عن نفسه أمام القاضي الجزائري عن طريق إثبات أنه أصدر الشيك في وقت كان فيه مستفيدا من فتح اعتماد من قبل البنك.

إن مسألة إثبات فتح الاعتماد أمام القاضي الجزائري مسألة في غاية الأهمية؛ ليس فقط لأنها الطريق الوحيد أمام الساحب لتبرئة نفسه، و لكن أيضا لأن نظرة القاضي الجزائري لهذه المسألة و حكمه فيها ستكون لها حجية فيما بعد، إذا أراد الساحب مسائلة البنك مدنيا بسبب إنهاء الاعتماد؛ فعلا، فالمادة 339 من القانون المدني تؤكد ذلك بنصها :

¹) PRATT Georges, op. cit. p. 123.

" لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم، وكان فصله فيها ضرورياً".

إثبات فتح الاعتماد أمام القاضي الجزائي الناظر في جريمة الشيك بدون رصيد إذن له أهمية حتى على المستوى المدني، لأن حكم القاضي الجزائي له حجية على القاضي المدني الذي سينظر فيما بعد في قضية مساءلة البنك الذي أغلق الاعتماد.

هكذا، في القضية التي طرحت أمامه، و التي توبع فيها شخص يدعي أنه مستفيد من فتح اعتماد بجريمة إصدار شيك بدون رصيد بعد رفض الوفاء من طرف البنك، فإن موقف مجلس النقض الفرنسي، عند وصول القضية إليه، كان جد صارم: فقد قرر في قراره المعروف في 19 ديسمبر 1957 أنه في حالة كون رصيد الشيك هو مبلغ ناتج عن فتح اعتماد، فإنه يجب أن يكون التزام المسحوب عليه (البنك) مؤكداً و مسبقاً، و أن يكون أثره تخصيص دين لصالح الساحب في حساباته لدى المسحوب عليه، دين واضح و قابل للتصرف فيه إما لحساب الساحب نفسه أو لحساب شخص من الغير⁽¹⁾.

إن هذا الموقف للقضاء الجزائي صدم البنوك الفرنسية لأنه لا يتماشى إطلاقاً مع طريقة تعاملها؛ فهو ضد ما تعودت عليه على مستوى محاسبي: إذ أنها لا تسجل مبلغ قرض متفق عليه مع مستفيد في حساب إلا نادراً؛ هذا هو حال البنوك البريطانية التي تسجل المبلغ بذاته في الحساب، لكن البنوك الفرنسية تترك الحساب يصبح مديناً دون تسجيل أي رقم كقرض. فقد وجدت في ذلك سهولة كبيرة: زيادة على عدم التزامها الواضح و إمكانية تراجعها متى شعرت بالخطورة، فوضع المستفيد كمدين يكون واضحاً؛ ثم أن تسجيل مبلغ في الجانب الدائن يستدعي وجود مكتوب أو مصدر آخر يبين طبيعة هذا المبلغ و كونه قرصاً من البنك لصاحب الحساب؛ الأمر الذي تنفر منه هذه البنوك أيضاً⁽²⁾.

بعبده عن الممارسة المعروفة للبنوك الفرنسية في هذا المجال، فإن موقف القضاء الفرنسي مؤسف لأن احترامه يؤدي إلى نتائج سيئة: فهو لا يشجع على تقديم القروض بسبب أن البنوك ستكون في ذلك حذرة جداً. زيادة على ذلك، فإن مجال استعمال الشيك سيضيق؛ و هكذا، إن

¹) Cass. crim. 17-12-1957 – D 1958, p. 175 : "... que si l'engagement du tiré est formel et préalable et a pour effet de constituer dans les comptes de la banque, au profit du tireur, un avoir dûment constaté dont il puisse disposer comme d'un avoir propre au profit de tiers ou de lui-même", cité par Georges Pratt, op. cit. p. 123.

²) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 42.

كان الهدف الأساسي لموقف القضاء الجزائري هو إرساء ضمانات قوية عند التعامل بالشيك، فذلك سيكون على حساب تراجع مجال استعماله (1).

نظرا لكل هذا، فإن البنوك الفرنسية لم تغير من طريقة فتحها الاعتماد و بقيت على عاداتها في منح قروض قصيرة المدى في إطار الحساب الجاري كمكشوف، دون تحديد المبلغ أو المدة، و دون اكتراث بالقضاء الجزائري الذي عزل نفسه بموقفه عن الواقع : الأمر الذي أدى إلى وضع زبائن هذه البنوك بشكل آلي في وضع مجرم.

أمام هذه النتيجة، فقد حاول الفقه تطويق و تليين الموقف القضائي الجزائري بتأويلات أقل صرامة: فهناك Rives-Langes الذي يرى أنه يجب عدم الوقوع في فخ التأويل الحرفي للموقف القضائي، و رأى أنه يمكن إثبات فتح الاعتماد أمام القضاء الجزائري حتى باستعمال الوثائق الداخلية للبنوك: فإن فتح الاعتماد عادة ما يسجل في ملف المستفيد لدى البنك. إن هذا الرأي له إيجابياته من حيث تحقيق الموافقة بين القضاء و البنوك. لكن سلبيته في وضع مسألة الإثبات بيد البنك الذي يمكنه، في حالة النزاع، محو كل ما يسيء إليه من ملفات زبائنها؛ و بالتالي فإن جعل الدليل في يد البنك موقف جد هش، لا يمكن أن يسايره القضاء (2).

إن موقف القضاء الفرنسي قد استمر على صرامته.

على مستوى القانون و القضاء الجزائريين في هذه المسألة، فإن القانون الجزائري يعاقب على إصدار شيك بدون رصيد كنظيره الفرنسي في إطار المادة 374 من قانون العقوبات التي جاء فيها :

" يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو عن قيمة النقص في الرصيد :

- كل من أصدر بسوء نية شيكا لا يقابله رصيد قائم و قابل للصرف، أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك أو قام بسحب الرصيد كله أو بعضه بعد إصدار الشيك، أو منع المسحوب عليه من صرفه.

" ...

1) Idem, p. 51.

2) Idem, p. 47.

أمام هذه المادة، نتساءل عن كيفية تصدي القضاء الجزائري لإشكالية دفاع المتهم في جريمة إصدار شيك بدون رصيد بأنه أصدر الشيك المجرّم لأنه مستفيد من فتح اعتماد من بنكه، و أن البنك أخل بالتزامه التعاقدية عندما رفض تسديد الشيك.

بمناسبة نظرها في قضية كهذه، فقد قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 08 أكتوبر 1985 (1) :

" إن الوعد بالتغطية الذي لا يكون بالكتابة هو مجرد وعد قابل للرجوع عنه و لا يلزم في شيء المصرف و لا يعتد به حسب أحكام القانون "

الوعد بالتغطية المشار إليه في القرار هو ما يعرف بفتح الاعتماد.

هكذا، فللاجتهاد الجزائري أيضا موقف صارم يهدف هو أيضا بلا شك إلى ضمان الاطمئنان إلى التعامل بالشيك؛ يجب الاعتراف بأنه أقل صرامة من الاجتهاد الفرنسي الذي لا يعترف بوجود فتح اعتماد إلا إذا تمّ تسجيل ذلك كتابة في أحد حسابات الساحب لدى البنك المسحوب عليه؛ لكن القضاء الجزائري، إن اشترط دليلا مكتوبا، فهو لم يحصره في هذه الطريقة وحدها.

غير أنه من المؤكد أن هذا الموقف للقضاء الجزائري لن يؤدي إلى نتائج جد مختلفة عن نتائج القضاء الفرنسي : فالبنوك الجزائرية، شأنها شأن البنوك الفرنسية، لا تحب الالتزام المكتوب على الأقل بالنسبة للقروض القصيرة المدى التي تقدمها في شكل عمليات مكشوف على الحساب، أو تسهيلات على الصندوق؛ و الشخص الذي يطلب فتح اعتماد و يحصل عليه دون تحرير ذلك كتابة ليس أمامه خيارات واسعة إذا أراد الاحتفاظ بقرضه سوى الرّضوح لإرادة البنك: فشخص كهذا، إذا تراجع البنك عن التزامه التعاقدية، سيجد نفسه متابعا، و مُدانا بجريمة إصدار شيك بدون رصيد.

إن مسايرة البنوك الجزائرية لهذا الاجتهاد سيؤدي هو الآخر إلى صرامة مبالغ فيها من طرفها في منح القروض؛ ستمنحها بصرامة كبيرة لأنها ستكون قروضا مكتوبة تلزمها بشكل واضح؛ أمام عدم مسايرة الممارسة البنكية للقضاء، فإن الضحايا هم زبائن البنوك؛ و ذلك أمر يثير الصدمة، خاصة أن موقف القضاء، في نظرنا، لا يحترم القانون.

فعلا، فالمحكمة العليا لم تحترم المادة 30 من القانون التجاري التي تجعل الإثبات ضد التاجر حرا يتم بأي وسيلة كانت؛ عندما اشترط القضاء أن يكون عقد فتح الاعتماد مكتوبا، لا يكون

(1) جنائي 08 أكتوبر 1985، رقم 219 - غير منشور، نقلا عن أحسن بوسقيعة - قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية - طبعة 2008-2009 - قرار تحت المادة 374 ق.ع.

فقط قد أشتراط لإثباته شرط كتابة لم يفرضه القانون (إنتقاد يخص أيضا موقف القضاء الفرنسي في هذه المسألة)، بل أكثر من ذلك، يكون قد جعله عقدا شكليا لا يصح إلا بالكتابة: فالمحكمة العليا ذكرت صراحة في قرارها أن فتح الاعتماد عندما لا يكون مكتوبا، يكون غير ملزم للبنك، و يكون للأخير أن يتحلل منه متى شاء: فالقضاء إذن لم يعترف بصحة الالتزام غير المكتوب و هنا الإشكال: من عبارات هذا القرار، لا يبدو أن المحكمة العليا وجدت صعوبة في الاقتناع بوجود عقد فتح الاعتماد، إذ يبدو أن ذلك قد ثبت أمامها؛ لكنها لم تعترف به لأنها وضعت له شروطا لم يضعها القانون.

ما يؤكد ذلك أيضا هو نص المادة 474 من القانون التجاري التي تنص على مجموعة المؤسسات التي يمكن أن تكون مسحوب عليها في شيك، ثم تضيف في آخرها ما يعتبر شروطا قانونية لوجود رصيد الشيك. فقد جاء فيها:

" لا يجوز سحب الشيك إلا على مصرف أو ... التي يكون لديها وقت إنشاء السند رصيد من النقود تحت تصرف الساحب و بموجب اتفاق صريح أو ضمني بحق بمقتضاه للساحب أن يتصرف في هذه النقود بطريقة إصدار الشيك"

هذه المادة لم تشترط أبدا إثبات وجود رصيد تحت تصرف الساحب عن طريق الكتابة؛ كما أنها لم تجعل هذه الشكلية شرطا لصحة وجود الرصيد. و من الواضح أنها لا تتعارض مع فكرة كون الرصيد هو مبلغا مخصصا لتصرف الساحب بمقتضى عقد فتح اعتماد حتى إن لم يكن مكتوبا.

و هكذا، على مستوى الواقع العملي و القضائي الجزائريين، فإن الشخص الذي استفاد، أو يعتقد أنه استفاد من عقد فتح اعتماد من بنكه، فيتصرف في المبلغ الموضوع تحت تصرفه بشيك سيجد نفسه متابعا بجريمة إصدار شيك بدون رصيد إن قرر البنك عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، و سيضطر "المستفيد" أمام موقف القضاء الجزائري، إلى تقديم دليل مكتوب يؤكد عقد فتح الاعتماد؛ فإن لم يكن له ذلك، سيدان بجريمة إصدار شيك بدون رصيد؛ هذا على المستوى الجزائري.

على المستوى المدني، و بغض النظر عن هذه الإدانة في حد ذاتها، فإن الشخص المقتنع بأنه ضحية خطأ عقدي من بنكه أدى إلى الإضرار به سيجد صعوبة من حيث مساءلة البنك مدنيا عن إخلاله بالتزامه التعاقدية و إنهائه الاعتماد بشكل خاطئ؛ فالبنك سيتذرع بالمادة 339 من القانون المدني الجزائري، و سيتمسك بكون القضاء الجزائري لم يقتنع بوجود عقد فتح الاعتماد؛ هكذا، يكون القضاء الجزائري الجزائري بموقفه هذا قد أثر حتى على تقرير المسؤولية المدنية للبنوك في

حالة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية في إطار عقود فتح اعتماد، باشرطه من حيث الإثبات لما يعتبر تعجيزيا لزيائن البنوك.

صحيح أنه من السهل انتقاد موقف القضاء الجزائري، سواء الفرنسي أو الجزائري بتبيان أنه موقف لا يتناسب مع الواقع الذي يعنيه لكن بالمقابل، فإنه من الصعب اقتراح حل بديل؛ إذ يصعب تحقيق التوازن الدقيق بين ضرورة عدم إخافة البنوك من منح قروض، و ضمان أمان التعامل بالشيكات؛ و المؤكد أنه يجب اتخاذ موقف يهذب الطرفين: على الزيائن تعلم التأكد من وجود رصيد الشيك، و على البنوك إعطاء قيمة أكبر لعقد فتح الاعتماد و توضيحه في تعاملها مع زيائنها، لا أن تختبئ وراء غموضه⁽¹⁾ و تحت لواء القضاء.

الفرع الثاني : وسائل إثبات فتح الاعتماد

رأينا أنه لمساءلة بنك مدنيا عن إخلاله بالتزامه في إطار عقد فتح الاعتماد، فإنه يجب البدء بإثبات وجود هذا العقد؛ إثبات لا يتطلب شكلا معيناً أمام مبدأ حرية الإثبات في هذه المادة لكن عادة، على مستوى الممارسة، يكون التعبير عن الإرادة بالنسبة للبنك ضمناً؛ فهو يقبل و يسكت عن كون زبونه مدنيا في إطار الحساب الجاري بينهما، و ذلك لأن البنوك معروفة بعزوفها عن الالتزام المكتوب؛ أما الزبون المستفيد من فتح الاعتماد، فهو لا يطلب من البنك أكثر من ذلك، ربما ثقة منه فيه، أو لأنه لا خيار له⁽²⁾. قد يبدو إذن للوهلة الأولى أمام حرية الإثبات ضد البنك أن المدعي محظوظ. لكن العكس سرعان ما يتضح: فأمام اختباء البنوك وراء الغموض في عمليات القرض التي تقبل منحها يكون دور المدعي في الإثبات صعب جدا.

غير أنه مع ذلك و مع صعوبته، تبقى إمكانية إثبات فتح اعتماد ممكنة من خلال دلائل و قرائن يمكنه تقديمها للقضاء الناظر في دعوى المسؤولية المدنية؛ فيما يلي أمثلة عنها، لكن سنرى أن كثيرا منها قابل للنقاش.

الفقرة الأولى : تقديم ضمانات

يمكن أن يكون تقديم ضمانات عينية أو شخصية دليل على فتح اعتماد من طرف البنك؛ و المؤكد أن تقديم ضمانات من طرف الزبون للبنك يثبت أنه تحصل على قرض ممنوح أو على فتح اعتماد، لكن الأمر ليس بهذه البساطة في إطار دعوى مساءلة البنك عن إخلاله بالتزامه التعاقدية بفتح الاعتماد: فلا شيء يدل على أن الضمان المقدم للاعتماد المدعى به، أو لقرض سابق.

¹) HERVAGAUULT, op. cit. p. 62.

²) PRATT Georges, op. cit. p. 122.

إذا تعلق الأمر بضمان رصيد حساب جاري مثلا، سيتعلق الضمان مهما كان بكل الديون التي سجلت فيه، لكن قد يحدث أن يطلب البنك الذي يخشى أن يكون الضمان الوارد من زبونه قد حصل في فترة ريبية منه، أو أن يُدعى أنه في فترة ريبية، فيطلب تأريخه و تخصيصه لضمان دين معين و محدد (1).

على المستوى المدني و التجاري، فالقضاء الفرنسي لم يقبل أن يقدم المدعي في دعوى مسؤولية البنك عن غلق اعتماد بشكل خاطئ، كدليل على وجود فتح اعتماد، كونه قدم ضمانات؛ فهذا لا يؤسس دعواه (2): عندما يتعلق الأمر مثلا ببنك يربطه بزبونه حساب جاري، فكونه يطلب منه تقديم ضمانات لا يعني أنه فتح له اعتمادا؛ فالحساب الجاري من طبعه إمكانية أن يكون سالبا عن طريق مكشوف أو عودة سندات غير مدفوعة؛ احتمال من الطبيعي أن يحتاط البنك منه عن طريق طلب ضمانات (3).

من جهة أخرى، بالإضافة إلى صعوبة إثبات أن تقديم الضمانات ليس لديون سابقة، فإنها إن أثبتت فتح اعتماد، فهي لا تثبت بالتأكيد استمراره: الأمر الضروري لتأسيس دعوى المسؤولية (4). يجب أن نعترف أن الضمانات ليست دليلا قويا على فتح الاعتماد؛ فقول كهذا ينم عن عدم فهم لمهنة البنكي؛ فهو يعني أن البنك لا يمنح قرضا إلا إذا قدم له المستفيد ضمانا تتناسب قيمته مع قيمة القرض، و هذا غير صحيح؛ فتمنح القرض مرهون أساسا على دراسة الخطر دراسة تتصب على معطيات السوق و المؤسسة نفسها و إمكانياتها؛ كما أن الكثير من القروض تمنح دون ضمانات من طرف المستفيد، كالتسهيلات على مستوى الصندوق (5) أو تمنح و البنك معول على الضمانات القانونية (6).

و على ذلك، فتقديم الضمانات لا يعتبر في حد ذاته دليلا قويا و قاطعا يؤسس دعوى مسؤولية البنك عن غلق الاعتماد؛ لكنه يمكن أن يكون دليلا كافيا في الظروف و المعطيات المحيطة

1) Idem p. 124.

2) HERVAGAUULT Alain, op. cit. p. 70.

3) PRATT Georges, op. cit. p. 125.

4) VEZIAN Jack, op. cit. p. 183.

5) PRATT Georges, op. cit. p. 127.

(6) إن قانون النقد و القرض الجزائري ينص على ضمانات قانونية عالية للقرض البنكي: فالمؤسسات المصرفية تستفيد من امتياز على جميع الأملاك و الديون و الأرصدة المسجلة في الحساب ضمانا لدفع كل مبلغ يشكل دينا لها في ذمة زبائنها، و هو امتياز يترتب فورا بعد امتيازات الأجراء و الخزينة و صناديق التأمين الاجتماعي (المادة 121) كما أن المادة 179 من قانون النقد و القرض 90-10 الملغى كانت تنص على نشأة رهن قانوني على الأموال غير المنقولة العائدة للمدين لمصلحة مؤسسة القرض ضمانا لتحويل الديون المترتبة لها و الالتزامات المتخذة تجاهها: غير أن هذا الرهن القانوني لم يقرره قانون النقد و القرض 03-11.

به: فإذا تعلق الأمر مثلا بتقديم كفالة لضمان قرض في حساب جاري، فهي لا تشكل دليلا على فتح الاعتماد لأنها بتطبيق مبدأ التجريد في الحساب الجاري، سيمتد أثرها إلى كل ديون البنك في إطار هذا الحساب الذي يمكن أن يصبح مدينا بغض النظر عن وجود أو عدم وجود عقد فتح الاعتماد؛ فالحيطة و الحذر إذن تمليان على البنك ضرورة طلب ضمانات حتى على ديون محتملة⁽¹⁾؛ لكن عندما يكون الضمان من أجل دين محدد، و مدة محددة، فمن حق المستفيد الاعتقاد أنه قدم الضمان لأنه مستفيد من فتح اعتماد حدّه الأقصى هو ذلك المبلغ و مدته هي تلك المتفق عليها⁽²⁾.

إن قرينة وجود عقد فتح الاعتماد بناء على تقديم ضمانات كثيرا ما قدمت أمام القضاء الجزائي بمناسبة نظر في قضايا شيك بدون رصيد من أجل دحض الركن المعنوي للجريمة: فبعض القرارات قد اعتبرت المتهم حسن النية لاعتقاده أنه، أمام تقديمه لضمانات، فالبنك ملتزم تجاهه؛ قرارات أخرى أكثر جرأة لأنها خرجت عن اجتهاد مجلس النقض الفرنسي في هذه المسألة قد اعتبرت الجريمة غير موجودة لانعدام ركنها المادي في هذه الحالة لأنها رأت في تقديم ضمانات دليل على وجود مقابل الوفاء المتمثل في فتح الاعتماد من البنك؛ لكن هذه المواقف تبقى استثنائية أمام الموقف العام للقضاء الجزائري الفرنسي الذي كان جد متشددا، رافضا الاعتراف بتقديم الضمانات كدليل على فتح اعتماد يشكل رسيدا للشيك؛ فالأخذ بذلك سيكون مناقضا لموقفه من حيث تشكيل فتح الاعتماد لمقابل وفاء شيك⁽³⁾.

الفقرة الثانية : فحص حساب الزبون

يرى فقهاء وجهات قضائية أن فحص الحساب الذي يربط بين البنك و المستفيد من فتح الاعتماد المدعى به سيقدم فكرة عما ينتظره الزبون من البنك⁽⁴⁾: يمكن مثلا أن تلاحظ فيه عمليات مكشوف دورية، و اقتطاعات لعمولات و فوائد بشكل منتظم أيضا⁽⁵⁾.

عندما يقوم البنك عرضيا بوفاء شيك أو تسديد سندات موطنّة لديه رغم عدم توفر رصيد كافٍ للوفاء، فذلك حتما لا يعني دليلا على وجود فتح الاعتماد: فهذا القرض العرضي لا يلزم البنك بتسديد كل الشيكات بدون رصيد التي ترد إليه في نفس الظروف⁽⁶⁾؛ لكن ملاحظة رصيد

¹)DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin – op.cit – p 396.

Voir aussi : HERVAGAUT Alain, op. cit. p. 72.

²) CABRILLAC, obs. rev. *Trim. Droit com.* 1968, p. 736, cité par Alain Hervagault, op. cit. p. 72.

³) HERVAGAUT Alain, op. cit. p. 70.

⁴) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin – op.cit – p 397.

⁵) PRATT Georges, op. cit. p. 128.

⁶) HERVAGAUT Alain, op. cit. p. 69.

مؤقت مدين في الحساب الجاري بين الطرفين كل شهر مثلا يمكن أن يدل على وجود اتفاق قرض متجدد بشكل آلي؛ القرض يكون تحت التصرف إذن بعد تسديد الجزء السابق؛ هذا النوع من التصرفات إذا تكرر لمدة كافية، أمكن اعتباره عملية فتح اعتماد في شكل نوع قروض معروف بالاعتماد المتجدد Crédit revolving⁽¹⁾.

إذا تمت ملاحظة تسهيلات على الصندوق في الحساب، فهنا أيضا يجب الفحص الجدي لها و لحركتها من أجل الفصل بين التسهيلات العرضية من قبل البنك، و التسهيلات على الصندوق التي تشكل نوعا من أنواع القروض، و التي يمكن أيضا أن تكون تجسيدا لعقد فتح الاعتماد. فالتسهيلات على الصندوق، إن لم تكن عرضية و مبنية على تسامح البنك، فهي قروض قصيرة المدى تهدف إلى مساعدة المؤسسات على المشاكل المالية التي قد تعترض خزيتها "عقد نهاية الشهر"، خاصة لتسديد ديون عمالها؛ فهي قروض تمنح و تسدد بعد أيام بعد تمكن المؤسسة من ذلك بفعل صرفها لفواتير؛ هكذا، فحساب المؤسسة لدى البنك يكون مدينا لفترة أيام فقط عادة؛ إن تكررت هذه العملية بشكل دوري لمدة طويلة نسبيا بنفس المخطط، فترة مديونية تدوم لأيام تليها فترة دائنية في الحساب، أمكن اعتبار ذلك قرينة على فتح الاعتماد⁽²⁾.

إن المكشوف الذي يتكرر بشكل مستقر و دوري يمكن أن يكون متجاوزا لمجرد التسهيلات و أن يشكل فتح اعتماد حقيقي، مبني ليس على إرادة واحدة كما هو الحال في التسهيلات، وإنما على النقاء إرادتين على فتح اعتماد على شكل مكشوف: مسألة أقيمت القضاء الفرنسي في بعض قراراته⁽³⁾.

الفقرة الثالثة : تسديد عمولة التأكيد

عمولة التأكيد مبلغ يستحقه البنك لأنه يخصص مالا من أجل مواجهة التزام بات تجاه المستفيد من فتح اعتماد، حتى و لو لم يستعمله هذا الأخير؛ هكذا، فتسديدها من طرف المستفيد يثبت فتح الاعتماد.

يجب التمييز بين هذه العمولة، و بين الفوائد: فهذه الأخيرة تستحق للبنك بمجرد أن يصبح الحساب الجاري مدينا، بغض النظر إن أصبح كذلك بفعل تنفيذ عقد فتح اعتماد، أو بسبب

¹) PRATT Georges, op. cit. p. 129.

أنظر أعلاه الصفحة 21.

²) HERVAGAUT Alain, op. cit. p. 75.

³) Idem, p. 78.

تسامح من البنك (1). من بين كل المبالغ التي يمكن أن يستحقها بنك بسبب قرض أو مكشوف أو تساهل، فإن عمولة التأكيد هي وحدها تثبت فتح اعتماد؛ يجب الاعتراف أنه على المستوى العملي، فهي لا تحقق فائدة كبيرة من حيث الإثبات: فالبنوك لا تطلبها إلا عندما يكون فتح الاعتماد مؤكدا بطريقة أخرى (مكتوب). و إلا فالبنوك تفضل عدم إقحام نفسها في التزام بات و صارم (2).

الفقرة الرابعة : إنشاء سندات لتجسيد القرض

يمكن أن تجسد البنوك التزاماتها في سندات تجارية (سفاتج أو سندات لأمر) جاعلة من التزاماتها تجاه زبائنها بائنة، صريحة، و مكتوبة؛ بالمقابل، فهي تستفيد من ضمانات و امتيازات القانون المصرفي (3). إن عملية إنشاء هذه السندات في حد ذاتها ليست عملية خاصة بمؤسسة القرض: فهذه سندات يمكن أن تنشأ، أن يتم تداولها و وفاءها دون تدخل من بنك أو مؤسسة مالية؛ لكن إذا تعلق الأمر بخصم هذه السندات، فهذه عملية مصرفية بحتة (4).

من إيجابيات القرض في إطار الأوراق التجارية بالنسبة للبنوك أن تاريخ استحقاق السندات يكون (عادة) محددًا بدقة؛ بذلك، يمكن لمؤسسات القرض أن تنظم طريقة استردادها لديونها، و لها في سبيل ذلك وسائل ممتازة تنظمها قواعد القانون التجاري المنظمة لهذه السندات؛ لكن بالمقابل، فهي مضطرة لتحصيل هذه الأوراق لانتظار هذا التاريخ، حتى و إن تغير وضع المستفيد نحو الأسوأ (5).

من هذه الناحية أيضا، و رغم كونها وسائل مكتوبة، فهي لا تثبت فتح الاعتماد بشكل آلي: فقد يضطر بنك إلى فرضها على زبونه الذي تقاعس عن رد دين قرض سابق، فتفرض عليه تقسيطه و تسديده حسب عدد السندات المستحقة في تواريخ معينة؛ فهي لا تثبت فتح اعتماد إلا إذا كان استعمال المال الموضوع تحت تصرف المستفيد تم بعد إنشائها (6).

1) VEZIAN Jack, op. cit. p. 182.

2) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 66.

3) DE JUGLART Michel et IPPOLITO Benjamin, op.cit, p. 517.

4) Idem.

أنظر أعلاه الصفحة 25.

5) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 67.

6) Idem.

المطلب الثاني: كيفية استبعاد المسؤولية المدنية للبنك: الإنهاء الصحيح لعقد فتح الإعتاد

إن وضع مؤسسة القرض حدا لعقد فتح الإعتاد الذي فتحته من قبل لمستفيد ما سيؤدّي في أغلب الأحيان إلى محاولة مساءلتها مدنيا لتعويض الضرر الناتج عن تصرفها هذا من طرف المستفيد نفسه، و ربما حتى من طرف دائنيه أو كفيله على اعتبار أن سحب الإعتاد قد تم بشكل زعزع وضع المستفيد المالي، و وضعهم أيضا لارتباط العلاقات المالية. سبب آخر يفرض على البنوك و المؤسسات المالية التفكير قبل اتخاذ قرار فتح اعتماد، الذي تساءل عنه بشكل مستقل: فإن مؤسسات القرض يجب أن تعي بأن سحب و إنهاء الإعتاد عملية من شأنها الإضرار بزبائنها وبالغير؛ أمر قد يؤسس مسؤوليتها العقدية أو التقصيرية.

لأن المسؤولية المدنية لا تقوم إلا على أساس الإخلال بالتزام، فإن هذه المسؤولية المدنية لمؤسسات القرض لا يمكن أن تستبعد إلا أمام إنهاء صحيح لفتح الإعتاد، حسب ما يفرضه القانون، و حتى القضاء في هذه المسألة. فإنها عقد فتح الإعتاد يخضع، بصفته عقدا، إلى القواعد العامة لانقضاء العقود؛ لكن بالنظر إلى خصوصياته التي تميزه عن عامة العقود الأخرى، فإنه ينقضي أيضا لأسباب مرتبطة بهذه الخصوصية.

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد فتح الإعتاد

إن الأسباب العامة التي يمكن أن تؤدّي إلى إنهاء عقد فتح الإعتاد هي انقضاء هذا العقد بالإرادة المنفردة لمؤسسة القرض، بسبب حلول الأجل، بسبب الوفاء به، أو بسبب تحقق شرط فاسخ؛ في إطار كل سبب من هذه الأسباب، يجب على مؤسسة القرض أن تحترم شروط إنهاء العقد، تحت طائلة مسؤوليتها المدنية.

الفقرة الأولى: إنقضاء عقد فتح الإعتاد بالإرادة المنفردة

إن هذه الطريقة لانقضاء الالتزام خاصة بعقود فتح الإعتاد غير محددة المدة: ففي العقود المستمرة عامة، تطبيقا للقواعد العامة للعقد، يمكن لأي طرف فيها أن يضع حدا لالتزامه في أي وقت (1)؛ عادة البنك هو من سيقوم بذلك، فالمستفيد من القرض يكتفي بتصرف سلبي هو عدم استعماله (2)؛ إلا إذا أراد تقادي دفع عمولة التأكيد (3) التي يمكن أن يكون مبلغها مرهقا له؛ ما هو

1) HENRI Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François, op. cit. p. 97.

2) PRATT Georges, op. cit. p. 133.

3) RIVES-LANGES Jean-Louis et CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 452.

مرهون على إرادة البنك أو المستفيد هنا ليس هو وجود التزامه، و إنما مدة هذا الالتزام ؛ هذا ثابت في العقود المستمرة : لا يمكن أن يدوم هذا العقد للأبد⁽¹⁾.

إن وضع حد لفتح الاعتماد بهذه الطريقة إذن ليس خطأ في حد ذاته من طرف البنك؛ لكنه يمكن أن يصبح كذلك إذا مورس من قبله بشكل فيه تعسف⁽²⁾.

فعلا، كأي حق آخر، يمكن أن يُمارس حق البنك في إنهاء عقد فتح الاعتماد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة بشكل يجعل منه خطأ مؤسسا لمسؤوليته، و ذلك تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق التي تجد في القانون المدني الجزائري مصدرا تشريعيها هو المادة 124 مكرر منه⁽³⁾ :

" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة "

يمكن إذن أن يكون التعسف في استعمال الحق عامة بسبب سوء نية صاحبه، و نيته الإضرار بمن تعاقد معه ؛ لكن يصعب تصور ذلك بالنسبة إلى بنكي محترف : أن يكون شخصا منحرفا، يطمح إلى إيذاء زبونه بإنهاء القرض، طمعا في أن يسبب ذلك إفلاسه أو يعجل به⁽⁴⁾. فالبنك إن لجأ إلى إنهاء عقد فتح الاعتماد بالإرادة المنفردة، فالراجح أن ذلك راجع لسبب جدي نظرا لكونه تاجرا تهمته سمعته.

لكن الخطورة بالنسبة للمستفيد من عقد فتح الاعتماد غير محدد المدة الذي تم إنهاؤه بالإرادة المنفردة من البنك هو المفاجأة التي تسببها له خسارة مصدر تمويل مهم هو فتح الاعتماد، الذي كان المستفيد يعول عليه: الأمر الذي ينجر عنه مشاكل مالية خطيرة.

وعيا بهذا، فقد فرض القضاء على البنك الذي يريد ممارسة حقه في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة أن يوجّه إعدارا للمستفيد يعلمه فيه بنيته تلك قبل مدة كافية لحماية مصالحه ؛ فالبنك

¹) VEZIAN Jack, op. cit. p. 185.

²) Idem, p. 184.

³ هذه المادة جاءت بمقتضى تعديل القانون المدني في 2005 بقانون 05-10 ؛ مع الإشارة إلى أنه قبل تعديل القانون المدني في 2005 ، كانت المادة 41 من القانون تنص على تطبيقات للتعسف في استعمال القرض.

⁴) PRATT Georges, op. cit. p. 136.

الذي يضع حدا لعقد فتح الاعتماد بإرادته المنفردة دون أن يكون قد وجه إذارا لزبونه يكون قد اقتترف خطأ مؤسسا لمسؤوليته المدنية تجاه الأخير (1).

إن وجوب توجيه الإذار قبل الإنهاء في عقد فتح الاعتماد غير محدد المدة يجد مصدره في القواعد العامة للعقد هو أيضا (2).

يجب على البنك إعلام المستفيد بقراره قبل تنفيذه بوقت كافٍ ؛ لكن القضاء لم يقدم أجلا محددًا متفقًا عليه للإذار: فالأجل المناسب يختلف حسب ظروف كل حالة، حسب حجم المؤسسة المستفيدة من الاعتماد، و حجم القرض، و حجم المشاريع التي قدم الاعتماد لتمويلها؛ يجب أن يأخذ البنك بعين الإعتبار أن المستفيد قد يلجأ من أجل مواصلة مشروعه إلى مصدر تمويل آخر: إلى طلب قرض من بنك آخر (3)؛ عليه إذن أن يترك للمستفيد أجل تقديم طلبه، و للبنك أجل البت فيه. على ذلك فقد خلص القضاء الفرنسي في أخذ قراراته أن مدة 48 ساعة غير كافية، و سحب الإعتقاد الذي يُبني على هذا الإذار سحب خاطئ معيب، و يشكل بالتالي أساسا لمساءلة البنك (4)؛ و بالمقابل، فإن احترام مدة 15 يوما اعتبر من طرفه أجلا كافيا (5)، أو حتى 08 أيام بعد فشل مفاوضات طويلة بين البنك و المستفيد (6).

تطبيقا للقواعد العامة، لا يوجد شكل معين يفرضه القضاء على الإذار (7)؛ فالمهم أن يكون واضحا؛ و المؤكد أنه يفترض فيه أن يتخذ شكلا يسهل الإثبات. فمن مصلحة البنك أن يكون مكتوبا؛ لكن إذا اشتمل العقد على شكل معين للإذار يجب احترامه، فلا يمكن أن يكون شفاهيا إذا كان العقد يشترط أن يكون مكتوبا (8) : سيكون الإنذار في هذه الحالة كأن لم يكن.

في هذا الإطار، يمكن أن يطرح الإشكال التالي : إن البنك محترف، يتعامل من خلال عقد فتح الاعتماد في أغلب الأحيان مع زبون قديم، تطورت معه علاقات و اتصالات كثيرة : ألم يسبق له و نبّهه من قبل أن "المكشوف قد تجاوز حده، أو طال أجله...إخ"، ألم يسبق أن طلب منه ضمانات جديدة ؟ ألم ينذره بتدارك الوضع و أعلمه بتقارير سيئة عن وضعه المالي ؟ إن كل هذا

1) LAMY, *La rupture du crédit, droit du financement*, Ed. 2010, p. 1502.

2) MAZEAUD Henri, Léon et Jean, CHABAS François, op. cit. p. 98.

3) PRATT Georges, op. cit. p. 142.

4) Cass. com. 02 novembre 1994, cité par LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1501.

5) Cass. com. 09 mars 1999, cité par LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1502.

6) LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1502.

7) STARCK Boris – op.cit – p 131.

8) LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1504.

عادة ما يسبق قرار البنك إنهاء عقد فتح الاعتماد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة : ألا يمكن اعتبار هذه التصرفات من البنك إنذارا بإنهاء العقد؟ إن هذا ما يصبو إليه البنكيون؛ أن يعوضوا فكرة الإنذار الذي يصدر مرة واحدة عندما يصبح وضع المؤسسة المالي صعباً أو ميئوس منه بإنذار آخر موزع على الزمن : فكل الإنذارات و التحذيرات و التقارير السلبية و طلبات ضمانات جديدة ستعتبر بالتالي إنذاراً من البنك؛ لا يمكن إذن في هذه الحالة مطالبتة بالإبقاء على التزامه في إطار عقد فتح الاعتماد لفترة من الزمن ابتداءً من اقتناعه بأن وضعية المستفيد أصبحت ميئوساً منها و لا يمكن من جهة مقابلة للمستفيد أن يتذرع بأن وقف الاعتماد قد كان مفاجأة له (1) و يسأل بالتالي بنكه على أساس المسؤولية العقدية.

إن تخوف البنوك من الإضرار بهذا الشكل أمر لا يمكن إلاّ تفهمه: إذ أنه خلال هذه الفترة، يجب على البنك الذي قرر إنهاء عقد فتح الاعتماد غير محدد المدة بإرادته المنفردة، و جسد قراره هذا بإرسال إنذار للمستفيد، إن يفي بالتزاماته في إطار هذا العقد ؛ إذ يبقى من حق المستفيد استعمال القرض حسب الاتفاق ؛ فإن لم يتم بذلك، نكون أمام مسؤولية عقدية عن عدم تنفيذ الالتزامات النابعة من العقد (2) ؛ و هذا أمر قاسٍ جداً على البنك لأن الراجح أن المستفيد سيستغل كل المبلغ المتفق عليه خلال فترة الإنذار حسب ما يمكنه في إطار العقد ؛ لكنه التزم مؤكداً على البنك (3). يقول الأستاذ Derrida أن ذلك ثمن اختيار البنك حريته في وضع حد للعقد في أي وقت دون تسبب (4). على مستوى التطبيق إذن، سيكون البنك ملزماً بالوفاء بأوامر الدفع التي تصدر إليه من المستفيد في حدود المبلغ المخصص له طالما أنها صدرت منه قبل انتهاء أجل الإنذار مهما كانت طبيعتها: أوامر تحويل مصرفي، عمليات على الصندوق، أو أوراقاً تجارية، كل ذلك تحت طائلة مسؤوليته المدنية.

بالنسبة للأوراق التجارية، فإنه من المستقر عليه فقهاً أن البنك ملزم بتسديد مبلغ شيك صدر عن المستفيد من فتح الاعتماد طالما أن هذا الشيك صدر قبل انتهاء أجل الإضرار (حتى و لو كان صدر بعد إصدار هذا الإضرار و تقرير البنك بإنهاء العقد)؛ و الأمر حسب هؤلاء الفقهاء (5) مرده إلى الطبيعة الخاصة للشيك التي تنتقل بموجبها ملكية مقابل الوفاء إلى المستفيد بمجرد إنشائه، و إلى

1) PRATT Georges, op. cit. p. 140.

2) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 131.

3) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 453.

4) PRATT Georges op. cit. p.

Voir aussi HERVAGULT Alain, op. cit. p 132.

5) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 456.

Voir aussi VEZIAN Jack, op. cit. p. 188.

الحامل بمجرد التظهير الناقل للملكية⁽¹⁾ : هكذا، فعندما يتقدم حامل الشيك إلى البنك لاستيفاء قيمته، فإنه يتقدم بصفته مالكا، لا دائنا عاديا للمستفيد من فتح الاعتماد؛ نعتقد أن ذلك ينطبق أيضا على السفتجة التي يكون فيها المستفيد من فتح الاعتماد ساحباً، وبنكه مسحوبا عليه : فقواعد السفتجة أيضا تنقل ملكية مقابل الوفاء إلى المستفيد بمجرد إصدارها، و إلى الحامل بمجرد التظهير الناقل للملكية⁽²⁾.

غير أنه إذا تعلق الأمر بسندات موطنية، فقد ثار في هذه المسألة نقاش بين الفقهاء.

فعلا يسمح القانون بأن يعين في السفتجة أو السند لأمر شخص يفى بهما بدلا عن المسحوب عليه في الأولى، و عن الملزم في الثاني: هذا هو شرط التوطين الذي يمكن أن يدرج في السندين⁽³⁾؛ الشخص الذي يفى بدلا من هؤلاء هو عادة بنك المسحوب عليه في السفتجة، أو بنك الملزم في السند لأمر.

البنك هنا ليس ملتزما صرفيا، فهو يفى لحساب زبونه الملتزم بمقتضى الورقة التجارية⁽⁴⁾. و هو بذلك ليس حائزا لمقابل الوفاء في السفتجة. هذا ما جعل جانبا من الفقه يعتقد بحق البنك في رفض وفاء السندات الموطنة من قبل زبونه قبل انقضاء أجل الإصدار؛ من هؤلاء الفقهاء الأستاذان Rives-Lange و Contamine-Raynaud الذان يبرران موقفهما بانعدام أي حق للحامل في مبلغ القرض⁽⁵⁾. لكن الأستاذ Vézian⁽⁶⁾ يعتقد بالعكس أن البنك يبقى ملتزما بوفاء السندات الموطنة لديه الصادرة من المستفيد قبل انتهاء أجل الإصدار طالما أن مبلغها لا يتجاوز المبلغ الموضوع تحت تصرف المستفيد بمقتضى فتح الاعتماد⁽⁷⁾. فشرط التوطين هو وكالة ممنوحة من طرف المسحوب

⁽¹⁾ المادة 489 من القانون التجاري الجزائري تنص في فقرتها الأولى على ما يلي : " إن التظهير ينقل جميع الحقوق الناتجة عن الشيك خصوصا ملكية مقابل الوفاء ."

⁽²⁾ تنص الفقرة الثالثة من المادة 395 من القانون التجاري على أنه : " تنتقل ملكية مقابل الوفاء قانونا إلى حملة السفتجة المتعاقدين " و للملاحظة، فالنص يحوي خطأ مطبعيا؛ و الصحيح "... حملة السفتجة المتعاقبين. فالنص الفرنسي للمادة يؤكد ذلك "aux porteurs successifs..."

⁽³⁾ لقد جاء في المادة 391 من القانون التجاري : " و يمكن أن يشترط بها (السفتجة) الدفع في موطن شخص من الغير...؛" و قد جاء في المادة 468 من القانون التجاري التي توّطر السند لأمر إحالة لتطبيق هذه المادة عليه.

⁽⁴⁾ DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, *Cours de droit commercial*, Montchresten, 1988, p. 570.

⁽⁵⁾ RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 456.

⁽⁶⁾ VEZIAN Jack, op. cit. p. 188.

⁽⁷⁾ و الحقيقة أن البنك ملزم، حتى و إن كان مبلغ السندات الموطنة أكبر من المبلغ الموضوع تحت تصرف المستفيد، بالوفاء جزئيا على قدر هذا المبلغ إذا طالبه الحامل بذلك (المادة 415، 467 من القانون التجاري).

عليه أو الملزم لبنكه لوفاء السند عند تقديمه للوفاء بحلول أجل الاستحقاق (1)؛ و على ذلك، فإن كان أساس التزام البنك هنا ليس في ملكية مقابل الوفاء، فإنه في ضرورة البقاء على التزامه بمقتضى عقد فتح الاعتماد، و منه تنفيذ الوكالات بالدفع، طالما لم ينقض أجل الإصدار (2)؛ إن هذه هي مخاطر الإصدار، و عقد فتح الاعتماد غير محدد المدة عموما : فأمام استمرار التزام البنك بوفاء أوامر الدفع التي تصدر له من شخص يعلم أن بنكه في طور إنهاء أي التزام تجاهه، سينتهي الأمر بتضخم دين الأخير تجاه البنك، و ربما القرض (3).

أمام هذه الخطورة التي يواجهها البنك، ألا يحق له أن يخيّر المستفيد بين أن يقدم له ضمانات جديدة لم يتفق عليها من قبل أو أن ينهي عقد فتح الاعتماد بالإرادة المنفردة؟ يرى جانب من الفقه بعدم أحقية ذلك للبنك إذ أنه إن كان من حق البنك وضع حد لالتزامه بإرادة المنفردة، فلا يجوز له تغيير العقد بطلب ضمانات جديدة (4).

لكن جانبا آخر من الفقه يرى بعكس ذلك؛ فمن يملك حق الفسخ حسب هؤلاء، يملك ما هو أقل من ذلك: و من بين هؤلاء الأستاذ Martin (5).

إننا نعتقد بأحقية البنك في هذا التصرف، لكن على أساس آخر: فعلا، فالبنك عندما يخير زبونه بين تقديم ضمان جديد و إنهاء عقد فتح الاعتماد بالإرادة المنفردة، فإنه يعرض عليه اتفاقا على تغيير عقد فتح الاعتماد مصحوبا بإكراه منه. عقد فتح الاعتماد غير محدد المدة يجوز تعديله وتغييره باتفاق الطرفين حتما. لكن التساؤل يثور حول الإكراه الذي مورس على المستفيد من طرف البنك: هل يشكل عيبا من عيوب الرضا يرتب حق المستفيد في طلب إبطاله؟.

إن المادة 88 من القانون المدني تنص على جوار إبطال العقد أو الاتفاق للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق: أي أن الإكراه المعيب يجب أن يكون باستعمال وسيلة غير مشروعة، أو التهديد بأمر غير مشروع. لكن البنك الذي يهدد باستعمال حقه في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في إطار القانون لا يكون قد مارس إكراها يمكن المستفيد من طلب إبطال الاتفاق طالما أنه لم يستعمل وسيلة غير مشروعة، و طالما لا يشكل ذلك تعسفا في استعمال الحق.

1) DE JUGLART Michel, IPPOLITO Benjamin, *Banques et Bourses*, op. cit. p. 118.

2) VEZIAN Jack, op. cit. p. 188.

3) Idem.

4) LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1502.

5) MARTIN, *Banque*, 1977, p. 1387, cité par Georges Pratt, op. cit. p. 134.

نظريا، ليس على البنك تسبب قراره بإنهاء عقد فتح الاعتماد بإرادته المنفردة. لكن على المستوى العملي، فقد فرضت ذلك بعض القرارات القضائية، اختيارا منها للحد من حرية البنك في إنهاء هذه العقود بالإرادة المنفردة ؛ لكن حتى مع هذه القرارات، يبقى المبدأ هو حرية البنك في وضع حد للعقد شرط احترام إجراء الإنذار دون تسبب (1).

من ناحية أخرى، فإن الإنذار من أجل إنهاء عقد فتح الاعتماد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة ليس دائما ضروريا : فقد خلص القضاء الفرنسي إلى حالات يُعفي فيها البنك من تقديم الإعذار عند إنهاء العقد ؛ فهذا الالتزام قائم طالما لا توجد وقائع مهمة و خطيرة تمس بملاءة أو أخلاقيات المستفيد (2).

إن خطأ المستفيد، و الأولى غشه، يبرران عدم فرض الإعذار على البنك عند إنهائه لعقد فتح الاعتماد غير محدد المدة الذي يربطه معه (3) : يكون الأمر كذلك إذا قام المستفيد بسحب سندات مجاملة، أو تزوير وثائق محاسبية قدمها للبنك ؛ نعتقد أن هذا الموقف للقضاء الفرنسي يمكن أن يجد له أساسا في القانون الفرنسي، و الجزائري أيضا : فالمادة 107 من القانون المدني الجزائري تفرض تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية ؛ بالتالي، فإن سوء نية المستفيد تعتبر من طرفه رفضا لتنفيذ العقد، و يمنح حسب المادة 119 من القانون المدني للبنك الحق في طلب فسخ العقد أو الدفع بعدم التنفيذ.

إضافة إلى ذلك، فإن وصول وضعية المستفيد المالية إلى وضعية مالية ميؤوس منها يُعفي البنك عند إنهاء عقد فتح الاعتماد من تقديم إعدار له؛ فعلا فأمام هذا الوضع المالي للمستفيد، لا معنى للإعذار أمام استحالة طلب المستفيد لقرض جديد.

زيادة على هذه الحالات التي استقر عليها القضاء الفرنسي لعدم وجوب تقديم الإنذار قبل الفسخ بالإرادة المنفردة، يحق للبنك و المستفيد الاتفاق على حالات أخرى بجواز ذلك عند إبرامهما لعقد فتح الاعتماد (4).

1) LAMY, *La rupture de crédit*, op. cit. p. 1502.

2) PRATT Georges, op. cit. p. 138.

3) Idem.

(4) لكن إن كان هذا جائز بشكل مطلق في القانون الجزائري على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، فإنه في القانون الفرنسي كما سنرى تباعا، أصبحت هناك مادة تمنع من الاتفاق على ذلك في حالة وقوع المستفيد في إجراءات التسوية القضائية.

إن هذه الصعوبات التي يواجهها البنك من أجل فسخ عقد فتح الاعتماد غير محدد المدة لا تعني أنه من السهل على المستفيد تأسيس مسؤوليته المدنية أمام القضاء: إذ عليه كمدعي في دعوى المسؤولية إثبات الضرر الناتج ليس عن عدم التنفيذ، وإنما عن عدم الإعذار: الأمر ليس بسيطاً⁽¹⁾.

إن عدم توجيه الإعذار من طرف البنك يؤسس مسؤولية البنك في مادة إنهاء عقد فتح الاعتماد؛ في هذه المسألة، يتفق الفقه و القضاء الفرنسيين⁽²⁾ على أن المسؤولية هنا ليست عقدية، وإنما تقصيرية، ذلك أنها ناتجة عن حالة تعسف في استعمال الحق⁽³⁾، النظرية التي نشأت في القضاء الفرنسي تطبيقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية في إطار المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾، و التي وجدت في القانون الجزائري مادة اشتملت على خلاصة هذا الإجتهد القضائي، تجسدت في تعديل القانون المدني بقانون 05-10 الذي أضاف المادة 124 مكرر التي تناولت صراحة تأطيراً قانونياً للتعسف في استعمال الحق وضعه المشرع الجزائري إذن في باب المسؤولية التقصيرية، و ليس العقدية.

إن تمييز المسؤولية التقصيرية عن العقدية له أهمية في عدة مواطن: سواء من حيث الإثبات⁽⁵⁾ و عبؤه، أو تقدير الضرر⁽⁶⁾، أو إمكانية الاتفاق على إسقاط المسؤولية⁽⁷⁾؛ هذا ما يجعل معرفة طبيعة مسؤولية البنك عن عدم احترام قواعد الإعذار مسألة أساسية.

في هذه المسألة، يرى Hervagault أن المسؤولية عقدية⁽⁸⁾؛ و يقدم لذلك تبريراً منطقياً: فإن عدم مراعاة شرط الإعذار أو أجله لا يكون سبباً للمسؤولية إذا اقترف المستفيد خطأً عقدياً من طرفه كما رأينا: نحن هنا في لب الدفع بعدم التنفيذ الذي لا يعرف إلا في المجال التعاقدية؛ فخطأً

¹) VEZIAN Jack, op. cit. p. 187.

²) Cass. civ. 11 juin 1953 : "L'abus de droit, qu'il ait été commis dans le domaine contractuel ou extra contractuel, engendre, dans tous les cas, la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de son auteur" ; cité par Alain Hervagault, op. cit. p. 130.

³) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 130.

⁴) STARCK Boris – op.cit – p 130.

⁵) المدعي بالمسؤولية التقصيرية عليه إثبات خطأ من المدعى عليه إضافة إلى الضرر و العلاقة السببية؛ بينما إذا كان إطار المطالبة هو المسؤولية العقدية، فإن المدعي بها يكفي بإثبات العقد كمصدر للإلتزام، و على المدعي إثبات أنه قام بتنفذه.

⁶) STARCK Boris, op.cit , p. 654

⁷) الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني:

" و كذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه للإلتزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزمه".

أنظر في ذلك أيضا STARCK Boris, op.cit , p. 654

⁸) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 133.

المتعاقد الآخر سبب لعدم ترتيب المسؤولية العقدية للمتعاقد الذي يدفع بعدم التنفيذ؛ الأمر غير المعروف في المسؤولية التقصيرية.

من جهة أخرى، فإن خطأ البنك المتمثل في الفسخ بالإرادة المنفردة دون إعدار قد يترتب في عقد فتح الاعتماد محدد المدة أو غير محدد المدة؛ و لا يرى Hervagault مبررا لجعل مسؤولية البنك عن عدم احترام قواعد الإنذار عقدية في الأول، و تقصيرية في الثاني⁽¹⁾.

من وجهة نظرنا، فإن موقف Hervagault منطقي و مقنع، لكن فقط في تقديمه لحجته الأولى المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ. لكن مساواته بين الفسخ دون إعدار في عقد فتح الاعتماد المحدد المدة و غير المحدد المدة في غير محلها: فالفسخ بالإرادة المنفردة حق ثبت الفقه و القضاء على الاعتراف به لكل من المتعاقدين في العقد غير المحدد المدة؛ و ما دام هناك حق، نستطيع البحث عن وجود تعسف في استعماله: الأمر الذي يقوم بشكل منطقي في حالة استعماله بشكل مفاجئ يصدم المتعاقد الآخر، أي الفسخ دون إعدار.

لكن في العقد محدد المدة، فلا يحق مبدئيا لأي من الطرفين إنهاء العقد بالإرادة المنفردة : و أمام انعدام الحق من هذه الناحية، فلا مجال للحديث عن التعسف في استعماله: عدم التنفيذ في العقد محدد المدة هو دائما مصدر للمسؤولية العقدية.

هذه إذن خلاصة موقف القضاء الفرنسي من مسألة إنهاء عقد فتح الاعتماد بالإرادة المنفردة : خلاصة تجد لها مكانا في الجزائر طالما أن الإطار القانوني يتسع لها ؛ لكن بصدور قانون 24 جانفي 1984 في فرنسا، وردت المادة 60 فيه، و التي أصبحت بفعل التعديلات المتتالية هي المادة 12-313 من القانون النقدي و المالي⁽²⁾ ؛ و هي مادة تحوي معظم ما توصل إليه القضاء الفرنسي في مسألة إنهاء الاعتماد غير محدد المدة.

¹) idem, p. 131.

²) "Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnelle, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite, et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Le délai ne peut, sous peine de nullité du concours, être inférieur à une durée fixée, par catégorie de crédits et en fonction des usages bancaires, par un décret pris après avis de la commission bancaire. L'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai.

L'établissement de crédit n'est tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avèrerait irrémédiablement compromise.

Le non respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit".

هذه المادة تخص كل عمليات القرض؛ سواء كانت مبنية على عقد فتح الاعتماد، أو حتى تساهل من البنك دون التزام منه؛ لكنها لا تعني القروض أو التسهيلات العرضية: المهم أن يكون العقد غير محدد المدة.

تشرط المادة إنذارا مكتوبًا بعبارات واضحة: رسالة تتضمن إعلام المستفيد بأنه ممنوع من إصدار الشيكات لا يمكن أن تلعب هذا الدور⁽¹⁾؛ و لا تشرط المادة تسبب قرار الفسخ.

لم يفرض القضاء من قبل مدة معينة للإعذار، رغم اقتراحات من الجمعية الفرنسية للبنوك التي اقترحت مهلتي 30 و 60 يوما تبعا لأنواع القروض⁽²⁾. لكن في القانون الفرنسي و من أجل تبديد أي شك، و حماية للمستفيد، يجب تحديد أجل للإعذار لا يقل عما يحدده نظام صدر في 2005، هو نظام 1743-2005 في 30 ديسمبر 2005 الذي ضبط الحد الأدنى بمدة 60 يوما لكل أنواع القروض⁽³⁾. تفتننا إلى إمكانية مساءلة البنك من طرف الغير المتعامل مع المستفيد عن البقاء على اعتماده معه فترة الإعذار، فقد نصت المادة على عدم إمكانية مساءلة البنك في هذه الحالة، طالما أنه ينصاح لأمر قانوني⁽⁴⁾.

زيادة على ذلك، فقد أخذ المشرع الفرنسي نفس الأسباب التي توصل إليها القضاء لعدم ضرورة الإعذار: خطأ جسيم من المستفيد، أو وضعيته المالية الميئوس منها.

الفقرة الثانية: انقضاء عقد فتح الاعتماد بحلول الأجل

إن الأجل هو الشكل القانوني الذي يكسو فكرة القرض؛ فمنح قرض يعني منح أجل للتسديد⁽⁵⁾؛ عندما ينشأ عقد فتح اعتماد، يمكن أن ينص على تحديد آثاره من حيث الزمن؛ و إذا وصل الأجل فإن ذلك يضع حدا لكل التزام مستمر محدد المدة.

إن هذا الأجل يحدد عند إبرام العقد؛ قبل هذا التاريخ، فالمبدأ أنه لا يمكن للبنك وضع حد لالتزاماته دون أن يكون مسؤولا⁽⁶⁾؛ لكن بحلول الأجل، لا يمكن إلزام البنك بأي التزام في إطار

¹) Cass. com. 18 mai 1993, cité par Lamy, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1505.

²) RIVES-LANGES Jean-Louis, CONTAMINE-RAYNAUD Monique, op. cit. p. 452.

³) LAMY, *La rupture de crédit*, op. cit. p. 1505.

⁴) idem.

⁵) STARCK Boris, op. cit. p. 549.

⁶) Cass. 18 juin 1991, cité par Lamy, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1503.

هذا العقد؛ بحيث لا يبقى ساريا إلا العمليات التي لم ينته تنفيذها، أو التي تمّ تنفيذها قبل انقضاء أجل العقد، لكن لم تتم تصفيتها : كل هذا من التنفيذ العادي لعقد مستمر محدد المدة (1).

هذا الفرق مهم جدا بين عقد فتح الاعتماد محدد المدة و غير محدد المدة : ففي الثاني يضع البنك حدا لالتزامه متى أراد، حتى قبل البدء في تنفيذه، المهم أن يراعي و يحترم شرط تقديم الإذار. لكن بالنسبة للعقد محدد المدة، لا يمكن للبنك أن يتحلل من التزامه متى أراد : لا بد عليه من انتظار حلول الأجل المتفق عليه ؛ هكذا، سيثار هنا النقاش بمناسبة كل مرة يضع فيها البنك حدا لالتزامه في إطار عقد فتح اعتماد: إذ يدعي المستفيد أن العقد محدد المدة و لم يصل أجله بعد، و أن البنك بالتالي مسؤول مسؤولية عقدية عن إنهاء التزامه بإرادته المنفردة، و يدعي البنك أن العقد غير محدد المدة، و أن من حقه فسخه في أي وقت دون تسبب: كل منهما يحاول إضفاء الطبيعة التي تناسبه على عقد فتح الاعتماد (2): غير أن ذلك لا يخرج عن القواعد العامة في الإثبات: فهو على من ادّعى.

طالما أن البنك (و حتى المستفيد) ملزم بعقد فتح الاعتماد محدد المدة إلى غاية انقضاء الأجل المتفق عليه، فإنه يجب التمييز بين سحب البنك لإعتماد و عدم التجديد: فسحب الإعتماد، بمعنى قيام البنك بوضع حد لالتزامه قبل حلول الأجل سيؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية إذا تم بشكل أضر بالمستفيد؛ بينما عدم التجديد، فهو يعني أن عقد فتح الاعتماد محدد المدة قد وصل إلى نهايته، و البنك حينذاك لا يكون ملزما بالتجديد إذا طلبه المستفيد؛ فعرض التجديد يخضع لقواعد طلب فتح الاعتماد الذي يكون فيه للبنك مطلق الحرية في قبوله أو رفضه (3).

قبل حلول الأجل إذن، يجب على البنك مبدئيا البقاء على التزامه؛ لكن حتى بعد انقضاء الأجل، يبقى ملزما بالوفاء بالشيكات و السفاتج التي يكون فيها مسحوبا عليه، و المسحوبة من قبل المستفيد قبل حلول الأجل المحدد في العقد، على اعتبار أن حاملها مالكا لمقابل الوفاء؛ فإن كانت السندات موطنة، و سحبت قبل حلول الأجل، كان البنك مجبرا على وفائها تنفيذا لالتزامه في إطار عقد القرض؛ لكن ذلك شرط أن لا تتجاوز هذه السندات المبلغ الموضوع تحت تصرف المستفيد من قبل البنك.

1) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 111.

2) Idem.

3) LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1503.

إذا كان من المبدئي استقرار التزام البنك في إطار عقد فتح الاعتماد محدد المدة إلى غاية انقضاء الأجل، فإنه هناك حالات ينص عليها القانون المدني في المادة 211 منه تؤدي إلى سقوط الأجل أو بالتالي إلى انقضاء إزام البنك قبل المدة المتفق عليها؛ فقد جاء في هذه المادة:

" يسقط حق المدين في الأجل :

- إذا أشهر إفلاسه ؛

- إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، و لو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ؛

- أما إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا ؛

- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات."

إضافة إلى حالة الإفلاس إذن التي من الطبيعي، أمام الآثار التي ترتبها بالذمة المالية للمستفيد أن تسقط أجل العقد، فإن الحالات الثلاث تتعلق بأخطاء من المستفيد تبرر حسب منطق المشرع، سقوط الأجل، و بالتالي عدم تنفيذ البنك لالتزامه ؛ لكن هذه ليست هي الحالات الوحيدة لانقضاء التزام البنك الناتج عن عقد فتح الاعتماد محدد المدة : فهناك حالات ناتجة عن القواعد العامة للعقد، أو حتى لخصوصيته⁽¹⁾، مثل تحقق شرط فاسخ أو خطأ المستفيد.

الفقرة الثالثة: انقضاء التزام البنك بالوفاء به

إن عقد فتح الاعتماد يحدد مبدئيا المبلغ الموضوع تحت تصرف المستفيد؛ لكن يمكن أيضا أن يكون مبلغ القرض قابلا للتعيين استنادا إلى عناصر في العقد ، كأن يذكر فيه أن مبلغ القرض هو ثمن آلات و معدات: الأمر ضروري لأنه يتعلّق بركن من أركان عقد فتح الاعتماد، هو ركن المحل، الذي يشترط القانون أن يكون محددًا أو قابلا للتعيين⁽²⁾.

هكذا، فعند وصول استعمال المستفيد للمبلغ المعين أو القابل للتعيين إلى نهايته، ينتهي التزام البنك عن طريق الوفاء به، و لا يمكن إلزامه بأكثر من ذلك؛ ففي حدود هذا المبلغ فقط يكون التزام البنك قائما طالما لا يوجد سبب مشروع لسقوطه. فإن أصدر المستفيد أوامر دفع تتجاوز هذا المبلغ، لا يكون البنك ملزما بوفائها، إلا إذا ألزم بالوفاء الجزئي، كأن يكون أمر الدفع شيكا تجاوز

⁽¹⁾ سنرى ذلك تباعا ص 326.

⁽²⁾ HERVAGULT Alain, op. cit. p. 109.

مبلغ القرض: في هذه الحالة لا يكون البنك مجبرا على دفع مبلغ الشيك، لكنه ملزم بالوفاء على قدر المبلغ الموجود في حوزته تحت تصرف الساحب بمقتضى عقد فتح الاعتماد إن طلب حامل الشيك ذلك⁽¹⁾.

إن انقضاء التزام البنك بالوفاء يكون مشروطا باحترام عملية الوفاء هذه لقواعد القانون المدني: فالبنك في إطار عقد فتح الاعتماد، مدين بالالتزام بوضع مبلغ مالي تحت تصرف المستفيد؛ و المستفيد بالمقابل دائن بهذا الالتزام. فإن تم مثلا الوفاء لوكيل المستفيد الذي تعود على التعامل مع البنك لحساب هذا الأخير، رغم أن الوكالة قد انتهت بعدما وضع لها المستفيد حدا، فإن هذا الوفاء الذي تم لغير الشخص المدين به أو وكيله يجد إطاره في المادة 268 من القانون المدني التي جاء فيها :

" الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه لا يبرئ ذمه المدين، إلا إذا أقرّ الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، و بقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية للشخص الذي أقرضه الدائن الجديد كان الدين في حيازته "

على ذلك فالأصل في مثالنا أن وفاء البنك لا يبرئ ذمته: و سيكون بالتالي معرضا للوفاء مرة أخرى للمستفيد، إلا إذا أقرّ هذا الأخير أو أجاز تصرف البنك؛ فإن لم يقره، يمكن أن يبرأ ذمة البنك إذا كان هذا الوكيل دائنا للمستفيد، و قبضه لمبلغ القرض برأ المستفيد من التزامه تجاهه، أو كان هذا الوكيل قد سلم المبلغ بعد أن استلمه من البنك للمستفيد⁽²⁾.

إذا كان مبلغ القرض المتفق عليه في عقد فتح الاعتماد محدد فيه أنه المبلغ من الدينار الجزائري اللازم لشراء مبلغ محدد بالعملة الصعبة، كأن يكون العقد اعتمادا مستنديا، يُطرح إشكال إذا تغيرت قيمة النقود: فما هو المبلغ الذي يجب على البنك دفعه لتبرأ ذمته تجاه المستفيد و لا يتعرض بالتالي للمساءلة المدنية؟ هل هو قيمة المبلغ بالعملة الصعبة يوم إبرام العقد، أو يوم الوفاء الفعلي، أو لليوم الذي تم الاتفاق على أن يتم الوفاء فيه؟ إن المادة 95 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه :

" إذا كان محل الالتزام نقودا، يلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير "

¹) Idem.

²) عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - منشأة المعارف بالإسكندرية - 2004 - ص 1250.

و عليه، فقد حسم القانون المدني هذه المسألة، إذ تكون العبرة بقيمة النقود المحددة في العقد، فإن تغيرت قيمتها يوم الوفاء، فإن ذلك لا يؤثر في التزام البنك؛ لكن المادة هنا موجهة إلى مدين نشيط، يفى بالتزامه في أجله؛ فإن تأخر البنك في الوفاء بالتزامه و تسليم النقود، و تغيرت قيمة النقود بين التاريخ الذي كان من المفروض أن يتم فيه الوفاء، و تاريخ الوفاء الفعلي بشكل مضر بالمستفيد، فإن ذلك يعتبر خطأ من البنك مؤسسا لمسؤوليته العقدية قدر الضرر الذي أصاب المستفيد، و الذي يقدر بسهولة بالفرق بين القيمتين: المادة 186 من القانون المدني الجزائري تؤكد ذلك بنصها: "إذا كان محل الإلتزام بين أفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير".

الفقرة الرابعة: انقضاء التزام البنك بتحقيق الشرط الفاسخ

تنتبه البنوك عادة، عند اتفاقها مع زبائنها، إلى وضع شروط يسمح تحققها بوضع حد لعقد فتح الاعتماد: هذا ما يعبر عنه بإدراج شرط أو شروط فاسخة في العقد، الأمر المقبول سواء في القانون المدني الفرنسي أو الجزائري، و بالضبط المادة 207 منه التي تنص على أنه: " يزول الإلتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ و يكون الدائن ملزما برد ما أخذه. فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه، وجب عليه تعويض الضرر...".

بعكس الأجل، فالشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع⁽¹⁾؛ إذا كان الإلتزام معلقا على شرط فاسخ اتفق عليه الطرفان، فإن الإلتزام العقدي لكل منهما ينشأ بمجرد إبرام العقد، و يجب بالتالي تنفيذه؛ فإن تحقق الشرط، انقضى العقد، و أرجع الطرفان إلى مرحلة ما قبل التعاقد⁽²⁾: المادة 207 من القانون المدني الجزائري تؤكد ذلك بفرضها على الدائن الإلتزام برد ما أخذه؛ إن تحقق الشرط إذن، يترتب زوال الإلتزام بأثر رجعي بقوة القانون⁽³⁾: يتشابه في هذه المسألة أثر تحقق شرط فاسخ في عقد بأثر بطلانه⁽⁴⁾.

في إطار الاتفاق على الشروط الفاسخة، يتم عادة تحديد ما يلي :

- عدم تسديد المستفيد لأقساط رد القرض في آجالها، أو طلبه أجلا

لردها⁽⁵⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1033.

(2) STARCK Boris, op. cit. p. 548.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1055.

(4) STARCK Boris, op. cit. p. 548.

(5) PRATT Georges, op. cit. p. 149.

- وصول العلم إلى البنك بصدور احتجاج لعدم وفاء ورقة تجارية
تحمل توقيع المستفيد⁽¹⁾.
- توقيف النشاط، أو الحجز على الحساب الجاري⁽²⁾.

كل هذه الشروط في الحقيقة مؤشرات على وضعية مادية صعبة للمستفيد، و التجربة
علّمت البنوك الاحتياط منها و الانتباه إلى جعلها شروطا فاسخة⁽³⁾.

إذا تحقق شرط فاسخ في عقد فتح الاعتماد، سواء كان محدد أم غير محدد المدة،
يطرح إشكال كيفية انقضاء التزام البنك: هل يكون ذلك بقوة القانون؟ و هل في حالة تحقق الشرط
الفاسخ، يكون البنك ملزما بإعذار المستفيد أنه سيستغل السلطة المخولة له بمقتضى العقد؟.

إن أغلب الفقه متفق على ضرورة الإعذار⁽⁴⁾؛ لكن إن كان تحقق الشرط يؤدي إلى
استحالة استعمال القرض بالطريقة التي تم الاتفاق عليها، كتتحقق شرط انتهاء نشاط المستفيد، فلا
حاجة إلى إعذار هنا⁽⁵⁾.

يمكن أن ينص عقد فتح الاعتماد صراحة على أن تحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى
الانقضاء بقوة القانون؛ ففي هذه الحالة لا مسؤولية على البنك إذا توقف بمجرد تحقق الشرط عن تنفيذ
التزامه. لكن فيما عدا ذلك، ينبغي اللجوء إلى القضاء ليراجع مدى تحقق الشرط؛ بالتالي، يمكن أن
تتوفر حالة مسؤولية عقدية في حالة وضع البنك حدا لعقد فتح الاعتماد، و تقرير القضاء عدم تحقق
الشرط الفاسخ⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: أسباب انقضاء عقد فتح الاعتماد المرتبطة بخصوصيته

إن أسباب انقضاء عقد فتح الاعتماد المرتبطة بخصوصيته أسباب مختلفة، منها ما هو
مرتبط بالوجود القانوني للمستفيد من القرض، و أخرى مرتبطة بالوضعية المادية له.

1) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 135.

2) LAMY, *La rupture de crédit*, op. cit. p. 1503.

3) Idem.

4) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 137.

5) idem.

6) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 137.

الفقرة الأولى: الأسباب المرتبطة بالوجود القانوني للمستفيد

هذه الأسباب هي الوفاة، إذا كان المستفيد شخصا طبيعيا، و انقضاء الشخص المعنوي، إذا كان شخصا معنويا.

أولا - انقضاء عقد فتح الاعتماد بوفاة المستفيد

إن الوفاة لا تضع حدا لكل العقود؛ إذ يمكن أن يبقى المدين ملزما تجاه ورثة الدائن المتوفى؛ لكن أمام عقد فتح الاعتماد سواء كان محدد المدة أم لا، فإن وفاة المستفيد هي سبب انقضاء للعقد.

فعلا، فهذا العقد يعتبر فيه شخص المستفيد عنصرا أساسيا : فقد تم فتح الاعتماد له دون سواه بالنظر إلى عناصر مرتبطة بشخصه (1)، كأخلاقياته، قدراته المالية، جدية و مردودية مشروعة،... إلخ؛ و على ذلك، فوفاة هذا الشخص ستؤدي إلى انقضاء عقد فتح الاعتماد دون انتقاله إلى ورثته (2)؛ هناك من الفقهاء من رأى أن انقضاء العقد بسبب الوفاة في العقود التي يغلب عليها الطابع الشخصي يكون بسبب احتواء هذه العقود على شرط ضمني متعلق بالأجل: فالمتعاقدان عندما يبرمان العقد، يتفقان ضمنا على أن العقد ينتهي بوفاة أحدهما، طالما أن شخص هذا المتعاقد عنصر جوهري في العقد (3).

إن انقضاء العقد بوفاة المستفيد تقع بقوة القانون؛ فلا حاجة لأن يطالب البنك بتقرير ذلك أو أن يتمسك بذلك. هذا ما أجمع عليه الفقه (4). على ذلك لا يمكن للورثة المطالبة بالتنفيذ من البنك، و إجباره على منحهم المبلغ الذي كان من المفروض أن يضعه تحت تصرف مورثهم بمقتضى عقد فتح الاعتماد، على أساس انتقال هذا الحق من المستفيد إلى خلفه العام: فالقرض لا ينتقل بين الأحياء، و لا يورث (5)؛ و منه، لا يمكنهم مساءلته مدنيا مدعين إخلاله بالتزام تجاههم.

غير أنه بالمقابل، فإن حصلت وفاة المستفيد بعد أن تم تنفيذ جزء من التزام البنك، أو حتى كله، فإن الالتزام برد المبلغ المقترض، الذي كان واقعا على المستفيد بمقتضى عقد فتح الاعتماد ينتقل إليهم و يكونون مطالبين برده من تركة مورثهم (6).

1) LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1503.

2) BOYER Louis, *Contrats et conventions*, Dalloz civil, 1993, p. 34.

3) MAZEAUD Henri, Léon et Jean, CHABAS François, op. cit. p. 1136.

4) HERVAGULT, Alain, op. cit. p. 117.

5) Idem.

6) Idem.

ثانيا: انقضاء عقد فتح الاعتماد بانقضاء الشخصية المعنوية للمستفيد

إن إشكالية الوفاة و أثرها على عقد الاعتماد بالنسبة للشخص الطبيعي تقابلها إشكالية انحلال الشخصية المعنوية بالنسبة للشركات: فعندما يتحقق سبب انقضاء شركة، سواء كانت مدنية أو تجارية، فإن المادة 444 من القانون المدني قررت أن مهام المتصرفين، أي مديري الشركة، تنتهي عند انحلالها، أما الشخصية المعنوية للشركة، فتبقى مستمرة إلى أن تنتهي عملية تصفية الشركة (1).

على ذلك، يمكن لدائني الشركة، و منهم البنك الذي منحها قرضا، أن يطالبها بحقه؛ الأمر مهم بالنسبة له: إذ يمكنه من العودة على الشخص المعنوي الذي بزواله يصبح البنك مضطرا للمطالبة بحقه من مال شائع بين الشركاء، و ربما مقسم بينهم بتطبيق المادة 444 من القانون المدني؛ فالدائنون الشخصيون للشركاء إذن لن يزاحموا البنك في مطالبته باسترداد دينه (2).

غير أنه إذا كان القانون المدني قد قرر استمرار الشخصية المعنوية للشركة التي تحقق سبب من أسباب انقضائها إلى غاية إنهاء التصفية، فإن الشركة بهذا الشكل تستمر "شخصية معنوية ناقصة" (3)، و لا تعيش حياة عادية، و لا يمكن أن تتحول إلى شركة أخرى: فالشخصية المعنوية موجودة فقط من أجل تصفية أعمال الشركة، لا من أجل إبرام عقود و الدخول في علاقات و التزامات جديدة (4). هكذا فقد قررت المادة 766 من القانون التجاري أن عنوان أو اسم الشركة يجب أن يتبع بعبارة "شركة في حالة تصفية" من أجل تنبيه الغير لعدم الدخول معها في علاقات جديدة.

لكن الإشكال الذي يطرح هنا يكون بالنسبة لعقد فتح اعتماد منح لشركة، ثم بعدها، و أثناء سريان هذا العقد، انقضت الشركة لأي سبب كان، و دخلت إجراءات التصفية: أمام استمرار شخصيتها المعنوية قانونا، ألا يمكن أن يطالب المصفي البنك بالمبلغ المتفق عليه في عقد الاعتماد؟ ألا يمكن أن يتمسك به على أساس أنه ليس عقدا جديدا مبرما مع الشركة و أن يسأل بالتالي البنك عن إخلاله بالتزام تعاقدية؟.

(1) المادة 766 من القانون التجاري جاءت بنفس المقتضى عندما نصت في فقرتها الثانية على أنه : " و تبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها".

(2) RIPERT Georges, ROBLOT René, *Traité de droit commercial*, tome 1, LGDJ, 1996, p. 594

(3) Idem

(4) DEEN Gibilila, *Droit des sociétés*, Ellipses, 1997, p. 133.

لقد قرر القضاء الفرنسي في هذه المسألة أن العقود التي يغلب عليها الطابع الشخصي، و منها عقد فتح الاعتماد، تنقضي بمجرد توفر سبب الانقضاء، و لا تستمر مع الشركة و هي قيد التصفية : فالطابع الشخصي يقتضي أن يتم تنفيذ هذه العقود في ظروف عادية⁽¹⁾.

إن الإشكال يمكن أن نجده أيضا في فرضية اندماج الشركات: فعلا، في حالة اندماج شركة استفادت من عقد فتح اعتماد في أخرى: ماذا يمكن أن يطرأ على العقد؟ ألا يمكن أن تطالب الشركة المستوعبة بتنفيذه من طرف البنك، و وضع المبلغ موضوع العقد تحت تصرفها؟ هل يمكن أن يجد البنك نفسه أمام تغيير شخص المستفيد دون أن يتمكن من وضع حد لالتزامه في إطار عقد فتح الاعتماد الذي قدمه للشركة المندمجة؟.

إن مآل ديون و دائني الشركة المندمجة عامة قد تناولته المادة 756 من القانون التجاري بنصها:

" تصبح الشركة مدينة لدائني الشركة المدمجة في محل و مكان تلك دون أن يترتب على هذا الحلول تجديد بالنسبة لهم.

و يجوز لدائني الشركة الذين شاركوا في عملية الإدماج و كان دينهم سابقا لنشر موضوع الإدماج أن يقدموا معارضة ضد هذه الأخيرة في أجل 30 يوما ابتداء من النشر المنصوص عليها في المادة 748، و يتخذ بعد ذلك قرار قضائي إما برفض المعارضة أو يلغي الأمر إما بتسديد الديون، و إما بإنشاء ضمانات تقدمها الشركة الماصة بشرط أن تكون هذه الضمانات كافية.

و لا يحتج بالإدماج على هذا الدائن إذا لم تسدد الديون أو لم تنشأ الضمانات التي أمر بتقديمها.

"...

و على ذلك فإن الاندماج يؤدي إلى تحول ديون الشركة المدمجة إلى الشركة المستوعبة؛ لكن طالما أن هذا الأمر قد يضر بالدائنين على أساس أن الوضعية المالية للشركة المستوعبة قد تكون سيئة بكون ديونها أكبر من أصولها⁽²⁾، فقد قرر القانون بأحقية الدائنين الذين تسبق ديونهم عملية نشر مشروع الاندماج في أن يقدموا معارضة فيه في أجل 30 يوما من النشر؛ فإن اقتنع القاضي بمعارضتهم، سيأمر الشركة المستوعبة إما بتسديد الديون فورا، و إما بتشكيل ضمانات كافية.

¹) HERVAGAUULT Alain, op. cit. p. 121.

²) RIPERT Georges, ROBLOT René, op. cit. p. 1148.

لكن بالنسبة للبنك، هل سيكون حبيس هذه المادة التي، إن أعطت بعض الحقوق للدائنين، فإنها يمكن أن تسمح للقضاء بإبقائهم حبيسي عقود لا يريدونها حتى لقاء ضمانات كافية؟ ألا يمكن للبنك وضع حد للالتزامه إذا لم يكن يثق في الشركة المستوعبة؟.

إن تحول قرض من شركة إلى أخرى أمر لا يتماشى مع طبيعة هذا العقد الذي يغلب عليه الطابع الشخصي؛ و على ذلك، فإن الفقه يتجه نحو اعتبار عقد فتح الاعتماد منقضيًا في حالة الاندماج⁽¹⁾، و لا يحق بالتالي للشركة المستوعبة مساءلة البنك عن عدم التنفيذ.

إن هذا الموقف يجد له أساسا من حيث كون طبيعة الاندماج هي انقضاء للشخصية المعنوية للشركة المدمجة دون تصفيتهما، و انتقال ذمتها المالية إلى الشركة المستوعبة⁽²⁾؛ هذا الانقضاء هو الذي يتمسك به الفقه في تقريره أن عقد فتح الاعتماد ينقضي في حالة الاندماج.

من ناحية أخرى، قد يواجه البنك إشكالية تحول الشركة المستفيدة من عقد فتح الاعتماد إلى شركة أخرى: فقد يحدث ذلك في حياة الشركات لأسباب عديدة كتقدم أشخاص عارضين أموال يريدون الدخول بها كشركاء، لكن في إطار مختلف عن شكل الشركة، أو لحاجة الشركة إلى الادخار العام الذي لا يسمح باللجوء إليه إلا لشركات الأسهم، أو لتطور النشاط لدرجة تجاوز شكل الشركة... إلخ.

إن القانون نفسه ينص على حالات تحول للشركات، من أمثلتها المادة 562 من القانون التجاري التي جاء فيها أن شركة التضامن تنتهي بوفاة أحد الشركاء فيها ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي، و أن القاصر أو القصر من ورثة الشريك، في حالة استمرار الشركة غير مسؤولين عن ديون الشركة مده قصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم. و على ذلك، و طالما أن الشركة بتطبيق هذا المقتضى ستشمل شركاء ذوي مسؤولية محدودة، فإنها ستتحول وجوبا من شركة تضامن إلى شركة توصية بسيطة.

إن الإشكالية بالنسبة للبنك هي أن شكل الشركة نفسه، بالنسبة لشركة التضامن، هو ضمانا من ضماناتها: فقد يكون البنك قد رضي بفتح اعتماد لها على أساس أن الذمة المالية لأحد الشركاء المعروف بملاعته ضمانا له لأن الشركة شركة تضامن؛ فإن قرر الشركاء تحويلها إلى شركة ذات مسؤولية محدودة، فهذا الضمان سيزول؛ كذلك في حالة المادة 562 من القانون التجاري المذكورة أعلاه، فإن كان البنك عند منحة الاعتماد، كان معولا على شخص الشريك المتوفى و ذمته

¹) HERGAVALT Alain, op. cit. p. 119.

²) GIBIRILA Deen, op. cit. p. 93.

المالية، فإن تحول الشركة إلى شركة توصية بسيطة بسبب وفاته و قصور ورثته يعد هذا الضمان للبنك؛ هل يمكن إذن أن يُقرض قرار تحول الشركة على البنك، و أن يبقى ملزما بتنفيذ عقد فتح الاعتماد تجاه الشركة الجديدة تحت طائلة مسؤوليته المدنية؟.

إن مسألة مآل ضمانات دائني شركة التضامن في حالة تحولها قد طرحت من أحد أعضاء البرلمان الفرنسي على الحكومة. و قد كان الجواب بأن التحول لا يقضي على التزامات الشريك على الديون السابقة للتحول⁽¹⁾: جواب جد منطقي، مفاده أن الشركاء يبقون رغم التحول ملزمين بشكل متضامن و غير محدود على العقود و الديون التي نشأت مع شركة التضامن قبل تحولها، أما التزامهم في إطار الشكل الجديد للشركة فيسري مع العقود المبرمة بعد تحولها؛ لكن هنا الجواب لا يكفل حل جميع مشاكل التحويل، كالحالة المنصوص عليها في المادة 562 من القانون التجاري الجزائري.

هذا ما جعل الفقهاء يتخذون موقفا خاصا للبنك كدائن لشركة التضامن المتحوّلة، جاعلين من حق هذا البنك وضع حد لعقد فتح الاعتماد إذا رأى في التحويل مساسا بمصالحه و ضماناته⁽²⁾.

أخيرا فقد ينفق الشركاء على حل الشركة، ثم إنشاء شركة جديدة بين جزء فقط منهم لمتابعة نفس النشاط؛ المشرع نفسه يورد حالات من هذا النوع من أمثلتها ما جاء في المادة 563 من القانون التجاري التي قررت بالنسبة لشركة التضامن أنه في حالة إفلاس أحد الشركاء أو منعه من ممارسة مهنة تجارية أو فقدان أهليته، تتحل الشركة ما لم ينص القانون الأساسي على استمرارها أو يقرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء؛ كذلك المادة 563 مكرر 10 بالنسبة لشركة التوصية البسيطة التي قررت أن الشركة تحل في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية لأحد الشركاء المتضامنين أو المنع من ممارسة مهنة تجارية أو عدم قدرة أحد الشركاء المتضامنين. لكن في هذه الحالة، و عند وجود شريك متضامن أو أكثر، يمكن الشركاء أن يقرروا بالإجماع استمرار الشركة فيما بينهم.

في هذه الحالات، و بمجرد تحقق حالة وفاة، أو حتى بعد اتفاق الشركاء على الحل، ثم الإستمرار بعدد أقل، فإن الشركة تتحل، و يصفى نصيب الشريك المتوفى أو الشريك الذي لن يستمر؛ و لباقي الشركاء فيما بعد عدم أخذ أنصبتهم، و الدخول بها في شركة جديدة⁽³⁾؛ و على ذلك، فإن

¹) Rép. Min. JOANQ, 18 octobre 1993, p. 3571, cité par Gibrila Deen, op. cit. p. 185.

²) ECCARRA et RAULT, *Principes de droit commercial*, tome VI, 1937, Sirey, p. 475, Cité par Alain Hergavault, op. cit. p. 119.

³) RIPERT Georges, ROBLOT René, op. cit. p. 655.

هذا المنطق القانوني للعملية و الذي يبني الاستمرار على انحلال الشركة أولاً هو مبرر الموقف الفقهي و القضائي الذي يرى أن البنك يتحلل من التزامه في هذه الحالة، و لا يكون ملزماً بتنفيذ عقد فتح الاعتماد تجاه الشركة التي نشأت بين الشركاء المتبقين: فهذه الأخيرة ليس لها إذن الحق في مساءلة البنك عن توقيفه للاعتماد⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: الأسباب المرتبطة بالوضعية المادية للمستفيد

قد ينتهي عقد فتح اعتماد لأسباب خاصة بالوضعية المادية للمستفيد منه؛ الأمر يتعلق بانقضاء عقد فتح الاعتماد بسبب الإفلاس أو التسوية القضائية التي نالت هذا الأخير، أو بانقضاء عقد فتح الاعتماد بسبب فقدان ثقة البنك فيه.

أولاً: انقضاء عقد فتح الاعتماد بسبب الإفلاس أو التسوية القضائية التي نالت

المستفيد منه

إن البنك حر، عند تلقي طلب فتح الاعتماد، في أن يقدمه أو لا: و يبني هذا القرار على الوضعية المادية للمستفيد التي تدعو إلى اطمئنان البنك على إمكانية استرداد قرضه من عدمه.

لكن، و لأن عقد فتح الاعتماد عقد مستمر، فإن فرضية الطوارئ التي يمكن أن تصيب الذمة المالية للمستفيد قائمة: ما هو مأل عقد فتح الاعتماد في حالة وقوع المستفيد في إجراءات إفلاس أو تسوية قضائية؟ هل يمكن للبنك غير المطمئن على إمكانية استرداد القرض أن يضع حدا لعقد فتح الاعتماد دون مساءلة له على ذلك؟.

على مستوى الفقه و القضاء الفرنسيين سابقاً، كان الإفلاس سبباً لانقضاء عقد فتح الاعتماد، إذا لم ينتبه البنك من قبل، و فسخ العقد للاحتياط من تأزم وضع المستفيد⁽²⁾. هذا الانقضاء يقع بقوة القانون حسب الفقه⁽³⁾؛ لكن هذه المسألة لم يفصل فيها القانون الفرنسي، و لا حتى القضاء آنذاك بشكل مباشر؛ و يبني هذا الموقف الفقهي على القياس على ما فصل فيه القانون و القضاء بالنسبة لعقود أخرى يغلب عليها الطابع الشخصي: فالقضاء قد استقر على أن الإفلاس يسبب انقضاء عقد الحساب الجاري بقوة القانون⁽⁴⁾؛ موقف مُدّد إلى عقد فتح الاعتماد الذي عادة ما يمنح في

1) HERVGALT Alain, op. cit. p. 120.

2) Idem, p. 123.

3) CHAPUT Yves, *Faillite et redressement judiciaire, période d'observation*, Dalloz commercial, 1988, p. 12.

4) HERVGALT Alain, op. cit. p. 123 ; CHAPUT Yves, op. cit. p. 12.

إطاره، و الذي، حتى و إن كان يستقلّ عن الحساب الجاري، فهو يشترك معه في كونه يغلب عليه الطابع الشخصي.

إن القانون و القضاء الجزائريين أيضا لم يفصلا في هذه المسألة⁽¹⁾؛ لكن مسألة القياس على عقود أخرى بين فيها المشرع الجزائري موقفه يمكن أن تؤدي إلى موقف مسير لموقف الفقه الفرنسي: ففي عقد الشركة مثلا، عندما تكون مسؤولية الشريك تضامنية و غير محدودة، فإن ذلك يضفي إما طبيعة شركة أشخاص، بالنسبة لشركة التضامن، أو شركة من طبيعة مختلطة (بين شركات الأشخاص و شركات الأموال) بالنسبة لشركات التوصية؛ على ذلك و لأن شخص الشريك المتضامن مهم، و يجعل الطابع الشخصي يطغى على عقد الشركة، فقد قرر المشرع في هذه الشركات أن إفلاس الشريك المتضامن سبب لانقضاء الشركة⁽²⁾.

قياسا على ذلك، يمكن أن نستخلص أن إفلاس المستفيد يؤدي إلى انقضاء عقد فتح الاعتماد الذي استفاد منه: تطبقا لمنطق المشرع الذي يرى في الإفلاس سببا لانقضاء العقود التي يغلب عليها الطابع الشخصي؛ نتوقع موقفا مسيرا لهذا المنطق من القضاء الجزائري إن طرح عليه نزاع حول المسألة.

إن كون الإفلاس سبب لانقضاء العقود يعود إلى أثره على المفلس، فالعقود المبرمة من قبل المفلس قبل توقفه عن الدفع يجب في الأصل تنفيذها؛ لكن العقود المبنية على الاعتبار

⁽¹⁾ على الأقل على حد اطلاعنا على القرارات القضائية المنشورة.

⁽²⁾ بالنسبة لشركة التضامن، فقد جاء في المادة 563 من القانون التجاري أنه :

" في حالة إفلاس أحد الشركاء أو منعه من ممارسة مهنته التجارية أو فقدان أهليته، تنحل الشركة، ما لم ينص

القانون الأساسي على استمرارها، أو يقرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء..."

- بالنسبة لشركة التوصية البسيط، فقد نصت المادة 563 مكرر 10 على أنه :

" تنحل الشركة في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية لأحد الشركاء المتضامين أو المنع من ممارسة مهنة

تجارية أو عدم قدرة أحد الشركاء المتضامين..."

- بالنسبة لشركة التوصية بالأسهم، فإن المادة 563 مكرر 10 أعلاه تنطبق عليها أيضا تطبيقا للمادة 715

ثالثا من القانون التجاري التي تحيل إليها : و بالتالي فإن إفلاس الشريك المتضامن في شركة التوصية

بالأسهم يؤدي قانونا إلى انحلال الشركة.

الشخصي تنقضي بقوة القانون لأن الإفلاس يؤدي إلى غل يد المفلس (1)، و عدم قدرته على التصرف في أمواله: أمر أطرته المادة 244 من القانون التجاري (2).

هكذا، بالنسبة للإفلاس، و رغم عدم البت في كونه سبب انقضاء عقد فتح الاعتماد لا من القانون و لا من القضاء، فإنه من السهل اعتمادا على القياس، التوصل إلى موقف موحد في المسألة؛ الأمر يبدو أكثر صعوبة بالنسبة للتسوية القضائية: هل يمكن للبنك أن يوقف تنفيذ عقد فتح الاعتماد لأن المستفيد منه موضوع إجراءات تسوية قضائية دون أن يسأل على ذلك مدينا؟.

إن الإشكال بالنسبة للتسوية القضائية يتمثل في أن الغرض من هذه الإجراءات هو النهوض من جديد بمؤسسة تجارية جديدة بمساعدة القضاء لها لتحقيق هذا الغرض: لا شك في الحاجة إلى الاعتماد الذي منحه لها البنك؛ بالمقابل، فإن دخول المؤسسة المستفيدة إلى هذه الإجراءات مصدر قلق للبنك: ألا يعتبر قرضه بذلك في خطر؟ كيف يضمن قدرة المؤسسة على رده؟.

على مستوى الفقه، قد ثار نقاش بين مؤيد لمصلحة البنك، و مؤيد لمصلحة المستفيد (3)؛ فالأستاذ Hervagault مثلا يرى أن مجرد الدخول في إجراءات التسوية، و تحديدا بصدور حكم تقرير التوقف عن الدفع، فإن العقود المبنية على الطابع الشخصي، و منها عقود فتح الاعتماد تنقضي (4).

على مستوى القضاء، فإن التوجه يبدو منذ القرارات القديمة سائرا نحو المحافظة على عقود فتح الاعتماد لمصلحة المؤسسة المستفيدة منها (5). لكن المسألة فصل فيها بصدور قرار عن مجلس النقض الفرنسي أصبح مصدرا في هذه المسألة: قرار 08 ديسمبر 1987 (6)؛ موقف في

(1) علي جمال الدين عوض - المرجع السابق - الصفحة 531.

(2) تنص المادة 244 من القانون التجاري على ما يلي :

" يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، و من تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، و ما دام في حالة الإفلاس، و يمارس وكيل التفليسة جميع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بزمته المالية..."

3) LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1509.

4) HERVGALT Alain, op. cit. p. 126.

5) CHAPUT Yves, op. cit. p. 12.

6) Cass. com. 08 décembre 1987, n° 87, 11501, cité par Lamy, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1509 :

" L'administration d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours lors du prononcé de ce redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait état de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne ; il en résulte que l'administrateur doit, lorsqu'il le demande, obtenir la continuation, pendant la période d'observation, des conventions de compte courant, d'ouverture de crédit, de découvert ou d'autorisation d'escompte en cours au jour du jugement de redressement judiciaire, sauf

الحقيقة يجد له أساسا قانونيا متمثلا في المادة 37 من قانون 25 جانفي 1985، و التي تكرس للمتصرف القضائي في إطار تسوية قضائية إمكانية المطالبة بالإستمرار في تنفيذ العقود السارية المبرمة قبل الدخول في هذه الإجراءات؛ أمام هذه المادة، فقد حاولت مؤسسات القرض الدفاع عن نفسها، و التمسك بكون النص لا يمكن أن يشمل أيضا عقود فتح الإعتماد، و عموما كل العقود الأخرى التي يغلب عليها الطابع الشخصي: لكن قرار مجلس النقض الفرنسي الصادر في 08 ديسمبر 1987 وضع حدا لهذا النقاش⁽¹⁾.

هكذا، فالقضاء الفرنسي لا يميز بين العقود التي يغلب عليها الطابع الشخصي و غيرها في هذه الحالة: مهما كانت طبيعتها، لا يمكن أن يكون الدخول في إجراءات تسوية قضائية سبب انقضاء. هذا الأمر أكده المشرع الفرنسي في المادة 622-13 L من القانون التجاري⁽²⁾.

على ذلك، و وفقا للقانون و القضاء الفرنسيين، فإن استمرار عقود فتح الاعتماد مع مؤسسة دخلت إجراءات تسوية قضائية يصبح إن ببد المتصرف في هذه الإجراءات الذي له أن يطالب بتنفيذها خلال فترة الرتبة. فإن لم يبين موقفه، كان للبنك أن ينذره لإجباره على ذلك؛ سكوته لمدة تفوق الشهر من الإنذار يؤدي إلى فسخ عقد الاعتماد حسب المادة 622-13 L من القانون التجاري⁽³⁾.

و بالتالي، فلا القضاء و لا المشرع الفرنسيين اعترف بالدخول في إجراءات التسوية القضائية كسبب لانقضاء عقد فتح الاعتماد. لكن، حسب مجلس النقض الفرنسي، يمكن البنك الذي أبرم عقد فتح الاعتماد غير محدد المدة فسخ هذا العقد بالإرادة المنفردة في إطار المادة 12-313 L، أي باحترام إجراءات الإنذار⁽⁴⁾.

بعد انتهاء فترة الرتبة، لن يخرج موقف القضاء بالنسبة للمؤسسة عن إطارين :

- فإن خلص القضاء إلى أنه لا يمكن النهوض بالمؤسسة، و أمر بتصفيتها، فإن عقد فتح الاعتماد ينقضي في هذه الحالة⁽⁵⁾.

pour l'établissement financier à bénéficiaire des dispositions de l'article 40 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 et, s'il y a lieu, de celle du deuxième alinéa de l'article 60 de la loi n° 84-46 du 25 janvier 1984".

¹) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean – droit bancaire – op.cit – p 189.

²) Art. L 622.13 : "Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde."

³) LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1509.

⁴) Cass. comm. 1^{er} octobre 1991, cité par LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1511.

⁵) LAMY, *La rupture du crédit*, op. cit. p. 1511.

- إذا رأى القضاء أنه يمكن إنقاذ المؤسسة و الإبقاء عليها، فستوضع تحت إشرافه لهذا الغرض خطة؛ فإن كان لعقد فتح الاعتماد علاقة بهذه الخطة، فلا يمكن للبنك أن يسحبه؛ أما إن لم يكن معنيا بها، فيجوز للبنك في هذه الحالة وضع حد لالتزامه في الأطر الأخرى لانتهاه عقد فتح الاعتماد⁽¹⁾.

على مستوى القانون و القضاء الجزائريين، لم يتم البت في هذه المسألة؛ و على ذلك، لا يوجد نص خاص يفرض على البنك الاستمرار مع مؤسسة دخلت إجراءات التسوية القضائية: فهو ليس مجبر على المشاركة في محاولة النهوض بها، و له إذن توقيف عقد فتح الاعتماد، لكن في الإطار الأخرى التي يسمح بها القانون: من هذه الناحية، يمكن للبنك عند إبرامه لعقود فتح الاعتماد، سواء كانت محددة المدة أم لا، أن يدرج فيها شرطا فاسخا مؤداه إمكانية سحبه لقرضه في حالة دخول المؤسسة إجراءات التسوية القضائية. إذا كان هذا الشرط لاغيا حسب القانون الفرنسي، فإنه في إطار القانون الجزائري شرط مقبول.

هكذا، فالتسوية القضائية في حد ذاتها ليست سببا مباشرا لانقضاء عقد فتح الاعتماد.

ثانيا: انقضاء عقد فتح الاعتماد بسبب فقدان ثقة البنك

إن عقد فتح الاعتماد مبني على ثقة البنك في المستفيد منه: ثقة ليست مطلوبة فقط وقت اتخاذ البنك قرارا بمنح القرض أو بفتح الاعتماد، بل يجب أن تظل موجودة خلال تنفيذ العقد؛ خلال كل هذه الفترة، يجب أن يبقى المستفيد مستحقا لهذه الثقة⁽²⁾.

و تأسيسا على مصدر ألماني، فإن المساس بما سمي بـ"كرامة القرض"⁽³⁾ يسمح للبنك بأن يضع حدا لالتزامه في إطار عقد فتح الاعتماد و دون إمكانية مساءلته. و فقدان "كرامة القرض" هو فقدان الثقة في المستفيد منه من طرف البنك.

إن المؤكد أن احتجاج البنك بزوال ثقته في المستفيد يجب أن يبنى على أسباب جدية، و ليس على مجرد مخاوف⁽⁴⁾؛ فمجرد عدم الارتياح يمكن أن يؤدي بالبنك إلى عدم إبرام عقد فتح الاعتماد لأن البنك حر في ذلك، لكنه لا يبرر التحلل من العقد لأن البنك بعد ذلك لا يكون حرا.

¹) Idem, p. 1512.

²) RIVES-LANGE, CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit. p. 455 ; voir aussi PRATT Georges, op. cit. p. 147.

³) "La dignité du crédit", cité par Jack Vezian, op. cit. p. 190. Voir aussi Rives-Lange, Contamine-Raynaud, op. cit. p. 456.

⁴) HERVAGAUULT Alain, op. cit. p. 138.

و هكذا، قد يكون سبب فقدان ثقة البنك في المستفيد مبني على سبب مادي، مفاده أنه لم يعد مطمئنا على قدرة المستفيد رد الأموال التي نالها في إطار عقد فتح الاعتماد في آجال الرد لأنه يعاني من صعوبات مادية: فمن المتفق عليه أن وضع حد لعقد فتح الاعتماد يكون ممكنا إذا كان إفسار المستفيد أو توقيفه عن الدفع وشيك الحدوث أو لا يمكن تفاديه (1). فقد فصل مجلس النقض الفرنسي في قضية تتلخص وقائعها في أن شخصا استفاد من فتح اعتماد من بنك عن طريق قبول الأخير للسندات التي ينشئها الأول؛ بعد فترة، علم البنك أن المستفيد لم يعد يفي بالتزاماته في أوانها، فلم يعد يقبل السندات التي تقدم له. و قد قرر المجلس في ذلك أن البنك محق في تصرفه، و توقيف التزامه في إطار عقد فتح الاعتماد أمر مبرر طالما أصبح متخوفا من عدم تمكن المستفيد من الوفاء بالتزاماته تجاهه في أوانها. و على ذلك فالبنك ليس مسؤولا مدنيا عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدية (2). و قد استقر القضاء على هذا الموقف منذ فترة طويلة.

عند فقدان ثقة البنك في المستفيد بسبب وضعه المادي، فإن الفقه يميز بين ما إذا كان مرد ذلك أزمة اقتصادية عامة أو سبب خاص بالمستفيد : فإذا كان سبب ما يعانيه المستفيد أجنبي عنه، و ناتج عن أزمة لا علاقة له بها كأسباب اقتصادية أو سياسية أو حتى اجتماعية مست به، فلا يمكن للبنك سحب الاعتماد لأن المستفيد لم يسبب هذا الوضع؛ أما إذا كان سبب المساس بثقة البنك صادر من المستفيد، يكون للبنك وضع حد لالتزامه دون مسؤولية منه (3). مرد هذا التمييز أن طلب فتح الاعتماد كثيرا ما يكون من أجل وضع الأشخاص و المؤسسات أنفسهم في مأمن من الأزمات : الأمر إذن لا يمس بثقة البنك، و لا يمكن أن يعاب على المستفيد (4).

يمكن أيضا أن تزول ثقة البنك في المستفيد بطريقة تبرر توقف تنفيذ التزامه التعاقدية في إطار عقد فتح الاعتماد بسبب أخلاقيات هذا الأخير؛ فعلا فإن تصرفا غير أخلاقي منه قد يذهب بثقة البنك. فإذا ثبت أن المستفيد يتعامل بسندات مجاملة، أو قدم للبنك وثائق محاسبية مزورة ومغشوشة، أو أن المعلومات التي تحصل بها على القرض كاذبة (5) فكل هذه التصرفات لا تبرر فقط سحب البنك لاعتماده دون إمكانية مساءلة المستفيد له، بل أكثر من ذلك، فإن البنك في حالة عدم

1) DIERYCK, *Les ouvertures de crédit*, Bruxelles, 1945, p. 132, cité par Alain Hervagault, op. cit. p. 139.

2) Cass 1^{er} mai 1923, cité par Alain Hervagault, op. cit. p. 140 : "Le contrat d'ouverture de crédit consenti à la société X... lui était personnel et pouvait être révoqué s'il survenait un motif légitime pour les créiteurs de craindre que le crédité ne tînt pas ses engagements".

3) VEZIAN Jack, op. cit. p. 190.

4) RIVES-LANGE, CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit. p. 456.

5) PRATT Georges, op. cit. p. 148.

سحبه الاعتماد، سيُساءل مدنيا من طرف المتعاملين مع هذا المستفيد، و الذين تضرروا من تصرفاته: سيعيبون على البنك أنه لولا القرض، لما دخلوا في علاقة معه (1).

و لمحاولة إيجاد أساس قانوني لحق البنك في وضع حد لالتزامه التعاقدية على أساس فقدان الثقة في المستفيد، رأى الأستاذ RIVES-LANGE بأن زوال الثقة يعني زوال سبب العقد؛ فهي سبب له (2)؛ لكن، إذا كان السبب فعلا ركن في العقد، فالعقد الذي ينشأ بسبب مستوفي لشروطه لا يمكن أن يصبح بلا سبب فيما بعد (3).

و يذهب الأستاذ VEZIAN إلى القول بأن الأساس هو الدفع بعدم التنفيذ (4) : فعدم ثقة البنك نابع من إخلال المستفيد بالتزام تعاقدية إما بعدم قدرته المادية، أو بتصرفاته للأخلاقية.

أما الأستاذ DIERYCK ، فيعتقد أن حق البنك في فسخ عقد فتح الاعتماد لزوال ثقته يجد أساسه في منطق العقد نفسه؛ فعقد فتح الاعتماد يحوي شرطا فاسخا ضمنيا هو زوال ثقة البنك: و يجري العرف على ذلك لأن زوال الثقة يعني تغيير الإرادة الأصلية، و لأن ذلك لب و معنى فتح الاعتماد (5).

نعتمد أن أساس هذا الحق للبنك قد يوجد فعلا في الحق بالدفع بعدم التنفيذ الذي تكرسه المادة 119 من القانون المدني، و المادة 107 منه التي تفرض تنفيذ العقد، طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية: المادتان تبرران فعلا إنهاء العقد من طرف البنك، لكن بشرط أن يكون التصرف الذي أزال ثقة البنك بالمستفيد يربط بينهما معا: يجب أن يكون المستفيد قد أخل بالتزامه رد قسط من مبلغ القرض للبنك في أجله، أو أن يكون قدم وثائق محاسبية مزورة للبنك في إطار العقد الذي يربطهما.

المسألة إذن إذا كانت في علاقة البنك بالمستفيد تكون بسيطة لتوفر هذا الإطار القانوني الذي يستند إليه البنك لإنهاء العقد دون مسؤولية منه؛ لكن الأمر يكون أكثر تعقيدا لحاجة البنك لما يبرر فسخه العقد لفقدانه الثقة في المستفيد لأنه علم من مصادر جديّة و موثوقة أن المستفيد لم يعد يفي بالتزاماته المادية، في حين هذا الإخلال لم يظهر بعد في علاقته مع البنك: البنك في حالة كهذه سيكون قلقا من مواصلة تقديم مبالغ لمستفيد يتوقع أنه لن يقدر على ردها مستقبلا، و يخشى من

1) HERVAGULT Alain, op. cit. p. 141.

2) RIVES-LANGE, "Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte", LGDJ, p. 185, cité par Alain Hervagault, op. cit. p. 141.

3) MAZEAUD Henri, Léon et Jean, CHABAS François, op. cit. p. 281.

4) VEZIAN Jack, op. cit. p. 190.

5) DIERYCK, op. cit. p. 132, cité par A. Hervagault, op. cit. p. 142.

كونه بذلك، يزيد من حجم دينه تجاهه ؛ في هذه الحالة، نعتقد أن رأي الأستاذ Dieryck وحده كفيلا بتأسيس هذا الموقف.

خاتمة

يحتوي قانون النقد و القرض الجزائري على مجموعة من النقائص رغم توالي التعديلات عليه : فقانون 2003 الذي صدر في أوج أزمة بنك الخليفة لم يغط نقائص قانون 90-10، بل أنه رجع بالتشريع إلى الوراء في عدة مواطن : التشريع الذي يأتي في أوج أزمة لعلاجها مجرد شهور بعد اندلاعها لا ينتظر منه أحسن من ذلك؛ غير أن تعديل 2010، الذي كنا ننتظر منه الكثير، خاصة أن المشرع قد أخذ وقته في سنة، قد بدى باهتا في ظل المنتظر، و لم يحقق منه في اعتقادنا الكثير.

مواطن الضعف في التشريع إذن بقيت كما هي تقريبا ؛ مواطن لها حتما تأثيرها على تحقيق معادلة المسؤولية التأديبية للبنوك و المؤسسات المالية التي لها حيزها من حيث بناء النظام المصرفي: ففي هذا الإطار، لا بد من تحقيق توازن أحسن و أصوب بين مصلحة مؤسسات القرض من بنوك و مؤسسات مالية من جهة، و مصلحة النظام البنكي من جهة أخرى.

- نعتقد بداية أنه من الضروري تدارك مواطن النقص في التشريع، خاصة منها ما يتعلق بالتحكم في وجود مؤسسات القرض من طرف مجلس النقد و القرض، بطريقة تجسد أكثر احترام حقوق الدفاع و الطعن القضائي؛ أن يكون تأطيرهما، خاصة من حيث الشروط واضحا، و أن يمكن المعني بهما من الطعن أمام القضاء دون تسهيل التعسف في هذه المسألة.

- نعتقد أيضا بوجوب تمكين البنوك و المؤسسات المالية من الطعن في أي قرار يصدر عن اللجنة المصرفية، حتى الإجراءات السابقة للعقوبات التأديبية كالتحذير أو الأمر، على اعتبار أنها إن كانت غير قانونية، فالخطر يكمن في أن عدم احترامها يبرر قانونا، حسب أمر 03-11 المعدل و المتمم، و حتى حسب قانون 90-10 قبله، اتخاذ إجراءات و عقوبة تأديبية في مواجهة مؤسسة القرض المعنية : و الإشكال أن الشروط القانونية للعقوبة تكون متوفرة هنا: فالقانون لا يطلب لذلك أكثر من عدم الأخذ في الحساب تحذير، أو عدم الإذعان لأمر، أو مخالفة قواعد النقد و القرض.

- يجب أيضا إجراء الموازنة بين التصفية و سحب الإعتماد: أن لا تكون الأولى أثر آلي للثاني، خاصة بالنظر إلى تأطير المشرع لإجراءات إنشاء بنك أو مؤسسة مالية، و كيفية تنظيمه الأعمال المصرفية التبعية.

- من بين ما نظمته المشرع من إجراءات و قواعد تتخذها اللجنة المصرفية في مواجهة مؤسسات القرض التي قد تكون خطرا على المودعين أو النظام البنكي عامة، إجراء الأمر

بتعيين مدير مؤقت : إجراء يمكن أن تطلبه مؤسسة القرض نفسها إذا رأت حاجة في ذلك من اللجنة المصرفية، أو أن تقوم به هذه الأخيرة بشكل تلقائي، مصاحب أو غير مصاحب لعقوبة تأديبية.

يبدو حسب قانون النقد و القرض 03-11 المعدل و المتمم، و حتى حسب القانون 90-10، أن تعيين المدير المؤقت إجراء تحفظي و ليس عقوبة تأديبية : لكن طريقة تأطير المشرع له تجعل منه فعلا أمرا "مؤرقا" لمؤسسة القرض : حسب الواقع و التجربة اللذان سمح بهما التشريع السيء، فإن الأمر بتعيين مدير مؤقت لمؤسسة قرض من طرف اللجنة المصرفية إجراء خطير جدا، أخذ و تجاوز مفهوم العقوبة التأديبية بسبب التخوف الشديد لمؤسسات القرض من الوصول إليه.

إن أول خطورة في هذا الإجراء أنه، إن كانت العقوبات التأديبية قد تم تنظيمها قانونا بتحديد شروط معينة لاتخاذها، و أهمها مخالفة قانون النقد و القرض أو الأنظمة الناتجة عنه، فلا يشترط أي شرط قبلي لتعيين مدير مؤقت: يكفي أن تقتنع اللجنة المصرفية بضرورة تعيينه !...

من جهة أخرى حسب المادة 106 من أمر 03-11، فإن اللجنة المصرفية تحدد كيفيات الإدارة، لكن القانون لم يلزمها بشيء: لا أن تحدد مدة للإدارة المؤقتة، و لا سلطات المدير المؤقت؛ أمر يذكر بإجراءات التأميم التي لجأت إليها الجزائر من قبل؛ بهذه المناسبة، فقد اشتكى مدير مؤسسة يونين بنك من المدير المؤقت الذي عينته اللجنة المصرفية، إذ لم تحدد له أجلا لأداء مهامه، الأمر الذي جعله يقضي فترة طويلة دون تحقيق نتيجة، مقررا لنفسه راتبا شهريا خياليا من أموال المؤسسة - حسب تصريحات مديرها -. إضافة إلى أن اللجنة المصرفية تعودت، حسبما يبدو، على تعيين إدارات من مؤسسات قرض منافسة أو ذوي علاقة معها، شأن ما تم بشكل أكيد في القضية التي فصل فيها مجلس الدولة الجزائري بقراره الصادر في 30-12-2003 بين اللجنة المصرفية و البنك الجزائري الدولي AIB (1)؛ في قضية يونين بنك أيضا، اشتكى مديرها السابق من كون المدير المؤقت الذي اختارته اللجنة المصرفية كان على رأس مؤسسة منافسة لها.

إذا كان القانون لم يحدد سلطات المدير المؤقت، فقد نص صراحة على إمكانيته تقرير التوقف عن الدفع : الأمر الذي يستتبعه قانونا إما الإفلاس أو التسوية القضائية ؛ و يجب أن نعترف أن الأخيرة شبه مستحيلة التحقيق، خاصة و أن التوقف عن الدفع وحده يؤدي إلى زوال الثقة في مؤسسة القرض، و نفور المودعين و غيرهم من المتعاملين من التوجه إلى تلك المؤسسة.

(1) أنظر أعلاه الصفحة 136.

الأخطر من كل ذلك أنه، حسب قانون النقد و القرض، إن كان يمكن الطعن في قرارات اللجنة المصرفية، و هي سلطة إدارية مستقلة تجسد الدولة في المجال المصرفي، فإنه لا يمكن الطعن في قرارات المدير المؤقت من طرف أصحاب المصلحة (...!).

إن المدير المؤقت مهما كان شخص غير معصوم من الخطأ و الضعف، لا يمكن أن يجعل منه المشرع حلا لا يوجد بعده حل، و لا أن يجعل من قراراته التجسيد غير المشكوك فيه للقرار الصائب : فقد يسير المؤسسة تسييرا أسوأ من الذي كان و قد يصدر قرارات لا تراعي مصلحتها، خاصة و أنه غير مرتبط بها؛ يجب إذن تنظيم سلطات المدير المؤقت، و سلطات اللجنة المصرفية في هذه المسألة بحذر أكبر، سواء من طرف المشرع، أو من طرف مجلس الدولة.

- من أكثر الأمور غرابة في قانون النقد و القرض 90-10، أنه رغم كونه قانون نظم عدة مسائل أحسن من القوانين التي تلتها، إلا أنه لم ينظم إجراءات مساعلة بنك أو مؤسسة مالية، أو حتى غيرهما تأديبيا أمام اللجنة المصرفية : الأمر في غاية الخطورة لتعلقه بحقوق الدفاع التي يضمنها الدستور؛ و فوق ذلك، المشرع لم يفوض أي جهة، و لا حتى اللجنة المصرفية نفسها، بأن تضع هذه القواعد بشكل كان يمكن أن يشكل أساسا شرعيا للقواعد التي اعتمدها اللجنة المصرفية فيما بعد.

إن الأمر بقي كما هو، و لم يغير المشرع شيئا من ذلك، حتى بصدور أمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض ؛ استمر الوضع إذن إلى غاية صدور قانون 2010 الذي جاء أخيرا ببعض القواعد لسير الخصومة التأديبية في المجال المصرفي، لكنها قواعد قليلة غير كافية لسدّ جميع الثغرات كما رأينا، خاصة فيما يتعلق بالإطار الهيكلي للجنة المصرفية عندما تسيّر خصومة تأديبية.

إن السلطة التأديبية للجنة المصرفية، على قدر أهميتها، فهي خطيرا جدا : لا يمكن للمشرع أن ينص على إمكانيتها سن عقوبات تصل إلى التصفية، مع عدم سنه لقواعد تضمن حقوق الدفاع.

إن النظام المصرفي الجزائري ميسر إلى درجة لا يمكن أن يبعث بها على الثقة. فبعد أزمة بنك الخليفة، و استتباعها بإفلاس البنك التجاري الصناعي الجزائري (BCIA)، و كل مؤسسات القرض الخاصة آنذاك بسبب توقف عن الدفع أو سحب اعتماد، برزت هشاشة مرعبة سواء على مستوى و قدرات مؤسسات القرض، أو في جدية مؤسسات الدولة، اللجنة المصرفية بشكل خاص، في مراقبتها.

فيما يتعلق بمسؤولية الدولة عن إخلال اللجنة المصرفية بدورها الرقابي، فإن الأمر يظهر بحدّة في حالة توقف بنك عن الدفع؛ ففضية بنك الخليفة و ما تبعها لا تزال في الأذهان. لا شك، في نظرنا، في أن الدولة مسؤولة تجاه المتضررين من إفلاس بنك بسبب خطأ في أداء مهمة الرقابة (الأمر يتعلق بالمودين بالدرجة الأولى). لكن أساس المسؤولية هو الذي يجب أن يقدر مع مراعاة كل ما سينتج عن اختياره: هنا يكمن دور مجلس الدولة الجزائري.

للمقارنة، رأينا أن القضاء الفرنسي لا يعترف بمسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية إلا بسبب خطأ جسيم يتجسد في كل القضايا التي طرحت على مجلس الدولة الفرنسي، في علم مسبق للجنة المصرفية بمخالفات البنك المتوقف عن الدفع، و عدم قيامها رغم ذلك بتدارك الوضع؛ و السبب الأول في اتخاذ مجلس الدولة الفرنسي لهذا الموقف هو صعوبة عمل اللجنة المصرفية أمام مجال رقابتها الواسع بكثرة مؤسسات القرض في فرنسا؛ سبب منطقي و معروف لصعوبة عمل المراقبة، و بالتالي صعوبة المساءلة أيضا.

هذه هي الحجة التي تتعدم أمام الواقع الجزائري الحالي على الأقل؛ إنه من الضروري، في اعتقادنا، لبناء نظام بنكي على أساس موثوق فيه و استرداد ثقة المودعين و استقطاب الإدخار و الإستثمار، أن يأخذ مجلس الدولة الجزائري، ليس بالخطأ الجسيم كمنظيره الفرنسي، بل بالخطأ البسيط كأساس لتقريره مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية.

إن المعطيات بين النظام البنكي الجزائري و النظام البنكي الفرنسي مختلفة تماما : فمجلس الدولة الفرنسي، بعكس نظيره الجزائري، يستطيع أن يكون مطمئنا على الودائع رغم أخذه بالخطأ الجسيم لتقرير مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية: هذه الودائع مؤمنة وفق أطر أخرى لم يصل إليها بعد النظام المصرفي الجزائري، خاصة من الناحية العملية، رغم تشابه عام في النصوص.

في الجزائر، فنظام ضمان الودائع المصرفية صغير للغاية، صغر عدد البنوك المشاركة فيه. في إطار قانون 90-10، كانت تشارك كل البنوك في تمويل هذا النظام (حسب القانون) بنسبة يفرضها مجلس النقد و القرض في نظام سنوي له. إضافة إلى ذلك، تشارك الخزينة العمومية بمبلغ يساوي مجموع اشتراكات البنوك، نظرا للمصلحة العامة التي يحققها تمويل هذا الصندوق⁽¹⁾.

(1) يجب أن نذكر أن قانون 90-10 لم يوضع موضع التطبيق من هذه الناحية؛ فصندوق ضمان الودائع نشأ في 2003، و صاحبت نشأته صدور أمر 11-03.

لكن عوض أن يفهم المشرع دور الخزينة في المساهمة في امتصاص عجز النظام المصرفي أمام إفلاس بنك بعد أزمة بنك الخليفة، فقد فوجئنا بأمر 03-11 يلغى اشتراك الخزينة العمومية في صندوق ضمان الودائع و ينزل سقف المساهمة فيه للبنوك من 02% إلى 01% !! أمر لا يمكن إلا أن يؤدي إلى الزيادة في عدم الاطمئنان و تفهقر وضع النظام البنكي.

إن نظام ضمان الودائع ليس بعد، لهذا السبب، كفيلا يبعث الثقة في المودعين أو المستثمرين، خاصة بالنظر إلى سقف المبلغ المضمون، و هو 600 000 دج.

من جهة ثانية، فإن مفهوم "تضامن الساحة" (la solidarité de la place) كفيلا بامتصاص ما يمكن أن يتركه نظام ضمان الودائع الفرنسي؛ أمر يصعب أن يتحقق في النظام البنكي الجزائري بسبب قلة مؤسسات القرض التي حتى و أن تعاونت في إطار هذا المفهوم، سيصعب، بل سيستحيل عليها امتصاص عجز بنك.

هكذا، أمام عجز النظام المصرفي الجزائري الفتى على تغذية نفسه، فالمسؤولية تأخذ أقصى أهمية لها : لا يمكن في ظل هذه المعطيات إلا الإعتماد على القضاء الذي يُعرف بشيء من الاستقرار عند اتخاذه لمواقفه: الخطأ البسيط، كأساس لمسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية كفيلا بزرع الثقة و الاطمئنان إلى التعامل مع مؤسسات القرض الجزائرية بكافة صوره، و بخاصة بالإدخار. هذا الأساس ممكن، و ضروري لمصلحة النظام المصرفي :

- فاللجنة المصرفية قادرة، أو من المفروض أن تكون قادرة، على مراقبة منتظمة للبنوك و المؤسسات المالية دون أن يؤدي ذلك إلى المساوى الذي سيؤدي إليها نفس الوضع في فرنسا: فعدد مؤسسات القرض قليل جدا، يجعل من دقة مراقبة هذه اللجنة المصرفية و استبعاد حتى الأخطاء البسيطة أمرا ممكنا.

- من جهة أخرى، فمساعدة الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية على أساس الخطأ البسيط من شأنها أن تؤدي إلى احترافية عالية لدى أعضاء اللجنة المصرفية، مفتشي بنك الجزائر، و لدى أطر مؤسسات القرض أيضا.

من المؤكد أن الخطأ البسيط كأساس لهذه المسؤولية له مخاطره، لكن هذه المخاطر تتقزم أمام نظام مصرفي بحجم النظام الجزائري : فإن نجح هذا النظام و ازداد عدد مؤسسات القرض بحيث تصبح الرقابة تواجه نفس الصعوبات و المخاطر التي تواجهها في دول أخرى كفرنسا، أمكن

مجلس الدولة، موازاة لهذا التطور، الأخذ بالخطأ الجسيم كأساس لمسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية لصعوبة العمل الرقابي في الظروف الجديدة، و لزيادة فعالية نظام ضمان الودائع آنذاك.

غير أن هذا التحليل يكون صعبا أمام مجال رقابة اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص : لا يمكن فرض فكرة الخطأ البسيط كأساس لمسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية و الحال أنها تراقب قانونا كل الأشخاص ؛ يجب إذا أن يكون القضاء بمستوى تقرير الخطأ البسيط لمساءلة الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية في مراقبتها لمؤسسات القرض، و الخطأ الجسيم كأساس لمسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية في مراقبتها للغير.

أما من حيث مسؤولية الدولة عن العمل التنظيمي لمجلس النقد و القرض، فنعتقد أن مصلحة النظام المصرفي في الأخذ بنفس الأسس التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي عن مساءلة الدولة بسبب التنظيم ؛ مساءلة الدولة سواء عن الأنظمة المشروعة إن توفرت شروط الضرر، أو عن الأنظمة غير المشروعة؛ كل ذلك تهديبا لعمل مجلس النقد و القرض في هذا الإطار، و إرساء لقواعد احترافية في مجال التنظيم ؛ لم يحدث أن قضى مجلس الدولة الجزائي، على علمنا، بمسؤولية الدولة عن عمل تنظيمي، و لكن له ذلك أمام كون الأسس التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي موجودة في الجزائر؛ بل أكثر من ذلك، فالقضاء في الجزائر سلطة حسب الدستور: الحق له، بل يجب عليه أن يراقب الإدارة و أن يسائلها إن أساءت أداء وظيفتها ؛ و حتى إن لم تسيء ذلك، يمكنه مساءلتها إذا تضرر من نظامها المشروع شخصا أو عددا محدودا من الأشخاص ضررا خاصا و غير عادي.

إن إرساء معالم قضائية لمسؤولية البنك المدنية في مجال القرض سيكون دون شك مصدر اطمئنان للمقترضين و للمتعاملين مع البنك : فالمسؤولية ضمان استقرار للفئة الأولى، و اطمئنان للثانية على احترام مصالحها⁽¹⁾.

إن قواعد المسؤولية المدنية التي صقلها القضاء الفرنسي هي قواعد مسؤولية المحترف: قواعد أصبحت شيئا فشيئا صارمة إلى أن رأى في ذلك بعض الفقهاء في عملية توزيع القرض من طرف مؤسسات القرض عملية شبيهة بالخدمة العامة : فالبنك ملزم، تحت طائلة مسؤوليته المدنية، أن يراعي في هذه العملية ليس مصلحته فقط، بل مصالح زبائنه، و حتى الغير الذين لا يعرفهم ممن يتعاملون مع هؤلاء الزبائن.

نعتقد إذن بضرورة إرساء هذه القواعد من طرف قضائنا المدني، لكن مع ضرورة أن تولد هذه القواعد صغيرة، ثم تكبر: لا يمكن إلا التدرج في إرسائها أمام المعطيات الحالية. فالجزائر

¹) HERVGAULT Alain, op. cit. p. 268.

في مرحلة فتح الباب على مصراعيه أمام الاستثمار في المجال المصرفي. لا يمكن للقضاء في هذه المرحلة أن يكون صارما صرامة قضاء دولة تجاوز عدد مؤسسات القرض فيها 1940 مؤسسة⁽¹⁾. لكن أن لتهديب النشاط البنكي أن يبدأ و أن ترسي قواعده ؛ فقد اعتادت البنوك الجزائرية على منح قروض مقابل ضمانات لحماية نفسها كأى متعامل تجاري آخر: لم تصل بعد إلى احترافية حماية الآخرين.

لكن هنا أيضا يجب عدم الوقوع في أخطاء القضاء المدني الفرنسي الذي أخفق في تحقيق هدف الموازنة التي تطمح إليها المسؤولية المدنية للبنك في مجال القرض ، و هو الموازنة بين أمان القرض، و أمان الأعمال ؛ فمنذ بداية التسعينات، عرفت الساحة التجارية الفرنسية موجة من تصفية المؤسسات لم تعرفها من قبل. و قد لاحظ المهتمون أن مرد ذلك هو شح البنوك في منح القرض لهذه المؤسسات، التي كان معظمها سيخرج من أزمته لو نال القرض الذي طلبه⁽²⁾.

إن تخوف البنكي من أن يقع في شباك المسؤولية جعله شحيا أمام أية مبادرة أو تقديم للقروض : هكذا و بعد أن كانت مسألة غريبة في النظام القضائي الفرنسي في الستينات فقط، وصلت المسؤولية المدنية للبنكي في مجال القرض في فرنسا إلى حدود تجاوزت المتوقع و اللازم⁽³⁾.

إن القضاء الفرنسي قد بالغ في مواجهة البنك باحترافيته⁽⁴⁾. و في تعليق الكثير من أسباب الفشل في الساحة التجارية عليه : فالنظام القضائي الفرنسي على هذا المستوى كان فعلا يبدو جنة المقترضين و المتعاملين معهم : أن يُسأل بنكي عن الفشل الذي يصيب زبائنه و دائنيهم أيضا، و حصول هؤلاء على تعويض أضرار جاءت في معظم الأحيان من تصرفات أرادها أصحابها يبدو أحسن ما يمكن الحصول عليه من هؤلاء ؛ لكن الأمر ليس حقيقي، بدليل ما حدث للبنوك الفرنسية ؛ كثرة المساعلة أدت إلى تجميد عملها، و إلى موت القرض، و معه موت الكثير من المؤسسات والمتعاملين مع البنوك.

إن هذا الإخفاق من القضاء الفرنسي الذي أدى بالبنوك الفرنسية إلى أن أدارت ظهرها لمهنتها الحقيقية المتمثلة في منح القروض قد جرّ المشرع الفرنسي إلى التدخل بنص تشريعي، جاء

¹) PELTIER Frédéric – Structures, réglementation, et contrôle public des professions bancaires, structures et conditions d'accès – op.cit – p 11.

²) BOUTEILLER Patrice, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, responsabilité du banquier, Juris-Classeur Banque et crédit, 2007, fasc. 520, p. 05.

³) COURET Alain, PELTIER Frédéric, DEVEZE Jean, Droit bancaire, PUF, coll. Que sais-je?, 1994, p. 78.

⁴) احترافية تجسدت خاصة في مساءلة البنكي عن أضرار مست بأشخاص لا يعرفهم و لا يعرف وجودهم، إذ لا يربطه بهم أية علاقة قانونية.

في إطار قانون صدر في 26 جويلية 2005، رقم 845-2005. في إطار هذا القانون إذن، جاءت المادة 1-650 التي نصت على أنه لا يسأل دائنون في إجراءات التسوية أو التصفية القضائية مدنيا عن الأضرار الناتجة عن القروض التي منحوها، إلا في حالات الغش، التدخل الواضح في تسيير أعمال المدين، أو في حالة منح قرض بضمانات عالية مقارنة به (1).

المشرّع الفرنسي إذن رأى أنه من الحياتي أن يتدخل بنص قانوني لإنقاذ ما يمكن إنقاذه دون انتظار تغير موقف للقضاء المدني قد يأتي، إن أتى، في ظرف سنوات. المادة 1-650 من القانون التجاري الفرنسي جاءت إذن لطمأنة البنوك، و وضع حد لتخوفها من تقديم قروض لمشاريع و مؤسسات قد تعتبر فيما بعد من طرف القضاء في وضعية مالية ميؤوس منها وقت منح القرض، ويسأل بالتالي البنك مدنيا و يجبر على تعويضات قد تتجاوز القرض الذي خسره (2).

المسؤولية المدنية للبنك بهذا الشكل، و في إطار النص ليست مستبعدة تماما، لكنها محدودة بالحالات المنصوص عليها :

- حالة الغش من طرف البنك : و في هذا عودة صريحة إلى الأسس الأولى لمساءلة البنك مدنيا عن منح القرض (3).
- حالة التدخل في التسيير، الذي كان القضاء الفرنسي في إطاره حذرا جدا، بحيث قليلا ما اعترف بالمسؤولية المدنية للبنك في إطاره (4).
- حالة ضمانات أكبر بكثير من القرض: لأنه مؤشر عن عدم ثقة البنك في شخص المقترض أو المشروع الممول رغم منحه القرض.

إن المادة 1-650 هذه في اعتقادنا لا يمكن إلا أن تكون ظرفية : فالمشرّع تدخل بنص لامتصاص سريع للنتائج السلبية التي تحققت بسبب خلاصة الاجتهاد القضائي في مادة المسؤولية المدنية للبنوك في مجال القرض البنكي ؛ لكنه موقف لن يكون صالحا بعد تحقق هذه

1) art. L650-1 Code de commerce :

"Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.

Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles".

2) BOUTELLER Patrice, op. cit. p. 06.

(3) أنظر أعلاه الصفحة 236.

(4) أنظر أعلاه الصفحة 201.

النتيجة ؛ لا يمكن السماح لمؤسسات عقيمة، "لمصاصي الدماء" من التواجد بفضل القرض البنكي ؛ ليس هذا إذن الموقف الذي يجب أن يتأثر به القضاء المدني الجزائري : فالنص جاء لدرء ضرر خلقه القضاء المدني الفرنسي.

لكن المؤكد أنه على القضاء الجزائري أن يحذر من وضع البنكي في هذه الشبكة المخيفة للمسؤولية المدنية في مجال القرض التي صنعها نظيره الفرنسي ؛ يجب عليه إعطاء فكرة المسؤولية المدنية مفهوما أكثر مرونة، يخرج البنكي من لباس "الموظف" الذي يمنح قروضا لمن يقدم ضمانا يتجاوزه (1)، و من لباس "المحاسب" الذي يكتفي بتقدير الوضعية المالية للمؤسسة وقيمة ضماناتها على مستوى محاسبي (2)، إلى البنكي الديناميكي الذي يخوض السوق مع زبونه، الذي يقيم المشاريع و الأفكار و "يندفع" وراء الأفكار و المشاريع المبدعة التي حتى و إن كانت ليست مليئة اليوم، ستكون كذلك غدا : بهذا، يبقى القرض يُمنح لمن سيستحقه ؛ لكن مفهوم الاستحقاق هو الذي يجب أن يتغير، و تقدير القضاء لقرار البنكي في هذا الإطار هو الذي يجب أن يكون أقل إجحافا .

في مجال مثل مجال القرض البنكي، أين لا يمكن الاعتماد على معطيات أو قاعدة مؤكدة لتفادي الخطر، يجب عدم المصادرة على قرار البنكي : معنى ذلك أنه على القاضي، عند تقديره لخطأ البنك، أن يقوم بذلك بتقييم شكلي لقرار البنك، و ليس تقييما ماديا ؛ يجب عليه أن يتأكد من أن البنكي قد قام بكل خطوات القرار الصحيح، لكن دون أن يعرض قرار البنكي بقراره هو : يجب أن يبقى القاضي قاضيا، و البنكي بنكيا (3).

إن البنوك الجزائرية أرسيت ممارسة تتم عن عدم تخلصها بعد من لباسها القديم : فهي تمنح قروضا لمن يقدم ضمانات. فكرة عايشة النظام البنكي و البنوك الجزائرية منذ العهد الاشتراكي. الفرق الوحيد هو أنه سابقا، كانت الدولة هي الضامنة لزبائن هم مؤسساتها؛ اليوم اختلف

1) "Le banquier est une personne qui prête son parapluie quand il fait beau, et qui le retire aussitôt qu'il commence à pleuvoir" (Alain Hervagault, op. cit. p. 01).

2) "Les banquiers ne prêtent qu'aux riches sans participer au développement de l'économie" (Claude Simon, Les banquiers, Ed. Découverte, 1984, p. 45).

3) "Bien plus, dans un domaine aussi incertain que le crédit, où les pronostics sont nécessairement aléatoires et où le risque ne peut être exclu, il convient de ménager une marge d'appréciation à la banque. Cela signifie qu'au moment de se prononcer sur la faute, le juge doit exercer un contrôle plus formel que matériel. Il examinera avant tout le processus de prise de décision. Si cet examen l'amène à la conclusion que le banquier a pris toutes les précautions nécessaires pour trancher en connaissance de cause, il n'admettra le caractère fautif de la décision que si elle apparaît manifestement indéfendable. Dans le cas contraire, il s'abstiendra de substituer son appréciation à celle du banquier, qui est mieux placé que lui pour juger de l'opportunité de l'octroi ou de la révocation d'un crédit." (Boris Heinzer, op. cit. p. 56.)

الزبون، و اختلف الضمان، لكن المعادلة هي نفسها ؛ هذا ما يجب أن يخرج منه البنكي الجزائري، و هذا ما يعتمد على إرساء القواعد الصحيحة المناسبة للمسؤولية المدنية.

إن الالتزامات الواقعة على البنكي التزامات متضاربة، متناقضة، لكن قواعد المسؤولية المدنية ضرورية و حياتية للنظام البنكي حتى يصبح البنكيون نعمة على النظام الاقتصادي، و على أصحاب المشاريع و المتعاملين معهم ؛ لن يتحقق ذلك إلا ببنكيين يمارسون عملية القرض بنشاط أكبر، باحترافية و تخصص: أمر نتصور أن صقل قواعد المسؤولية المدنية سيؤدي إلى بلورتها شيئاً فشيئاً ؛ لكن المبالغة فيها ستؤدي إلى نتيجة عكسية : تجميد النشاط البنكي خوفاً من المسؤولية؛ و سيؤدي الأمر إلى العودة إلى نقطة الصفر. تقرير المسؤولية المدنية في مجال القرض البنكي ضروري إذن، لا غني عنه، لكن يجب أن يكون بالحذر المطلوب من البنكيين أنفسهم، حتى تكون المسؤولية المدنية في مجال القرض وسيلة لإنعاش القرض، لا وسيلة للقضاء عليه.

إن النظام المصرفي الجزائري في الأخير له عيوبه. لكن تعاون القضاء الإداري و المدني كفيل بإصلاح معظم هذه العيوب. فالقضاء يمنح ضمان استقرار المواقف، بعكس الاعتماد على القرارات السياسية "للخروج" من الأزمات، الذي لا يقدم الاطمئنان اللازم بحكم توقع تغييرها بشكل مفاجئ : مساعلة الدولة على أعمال السلطات الإدارية المستقلة، خاصة منها اللجنة المصرفية، بالطريقة المقترحة، سيساهم في اعتقادنا في تسهيل بناء النظام البنكي الجزائري، و المسؤولية المدنية لمؤسسات القرض ستساهم شيئاً فشيئاً في نموه و ازدهاره.

الملاحق

الملحق رقم 1:

قرار اللجنة المصرفية رقم 93/01 المؤرخ في
06 ديسمبر 1993، المتعلق بقواعد تنظيم و عمل اللجنة المصرفية
(قرار غير منشور، باللغة الفرنسية)

COMMISSION BANCAIRE

DECISION N° 01/93 DU 06 DECEMBRE 1993 PORTANT REGLES D'ORGANISATION ET DE FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION BANCAIRE

Le Président de la Commission Bancaire,

- . Vu la Loi n°90-10 du 14 Avril 1990 relative à la Monnaie et au Crédit ;
- . Vu l'ordonnance n°66-154 du 06 Juin 1966, modifiée et complétée, portant code de procédure civile ;
- . Vu le décret présidentiel du 21 Juillet 1992 portant nomination du Gouverneur de la Banque d'Algérie ;
- . Vu les décrets présidentiels du 14 Mai 1990 portant nomination de Vice-gouverneurs de la Banque d'Algérie ;
- . Vu le décret exécutif du 01 Mars 1991 portant nomination des membres de la Commission Bancaire ;
- . Vu le Procès-verbal d'installation du 25 Juillet 1991
- . Vu la délibération de la Commission Bancaire en date du 24 Mai 1993.

DECIDE

Article 1 :

La présente décision a pour objet de fixer les dispositions portant règles d'organisation et de fonctionnement de la Commission Bancaire.

Article 2 :

Le siège de la Commission Bancaire est à Alger. Il est domicilié au 08, Boulevard Zighout Youcef et peut être transféré en tout autre lieu.

JK

Article 3 :

La commission Bancaire est présidée par le Gouverneur de la Banque d'Algérie ou par le Vice-Gouverneur qui le remplace.

Elle ne peut se réunir valablement qu'en présence de son Président.

Article 4 :

La Commission Bancaire se réunit au Siège sus-indiqué. Elle peut également se réunir en tout autre lieu désigné par son Président.

Article 5 :

La Commission Bancaire se réunit une fois par mois en session ordinaire. Elle peut être convoquée en session extraordinaire, notamment en matière disciplinaire par son Président ou à la demande de trois de ses autres membres.

Article 6 :

La Commission Bancaire est dotée d'un Secrétariat dirigé par le Secrétaire de la Commission bancaire.

Le Secrétaire de la Commission Bancaire est désigné par le Gouverneur de la Banque d'Algérie parmi les agents de la Banque d'Algérie, avec rang de directeur central.

Article 7 :

Les membres de la Commission Bancaire se réunissent périodiquement en séance de travail, au moins une fois par semaine. Ces réunions de travail se distinguent des sessions ordinaires et extraordinaires de la Commission Bancaire.

Ces réunions sont présidées par un Coordonnateur désigné par le Président de la Commission Bancaire par rotation parmi les membres de la Commission Bancaire pour une période déterminée.

Elles font l'objet de compte-rendu, établi par le Secrétaire de la Commission Bancaire. Ce compte-rendu, signé par le Coordonnateur est transmis au Président de la Commission Bancaire.

95

Article 8 :

La Commission Bancaire, réunie en séance de travail, peut désigner un membre en qualité de Rapporteur afin de diriger la préparation et d'instruire tout dossier dont l'aboutissement relève d'une des décisions visées à l'article 17 ci-dessous.

Article 9 :

Le Rapporteur rédige dans des délais raisonnables un rapport où il propose à la Commission Bancaire soit un avis quand celui-ci a été sollicité par une juridiction ou une autorité administrative, soit un projet de directive ou d'instruction de la Commission Bancaire portant sur l'objet énoncé dans l'ordonnance de désignation du Président de la Commission.

Article 10 :

Le Rapporteur, chargé d'un dossier ayant trait aux matières prévues par l'article 156 de la Loi 90-10 du 14 avril 1990, dresse un rapport dont il est donné lecture à l'audience de la Commission Bancaire.

Ce rapport analyse les faits en reprenant l'acte de griefs adressé à la banque ou à l'établissement financier concerné ainsi que les moyens contenus dans la réponse de celui-ci. Il mentionne, en outre, les conclusions de toute expertise ou l'existence de toute procédure litigieuse ou connexe.

Article 11 :

Le Rapporteur visé dans le précédent article énonce les points à trancher sans donner son avis. Après lecture de ce rapport, des observations orales peuvent être présentées par le représentant légal de l'établissement à l'audience ou par son conseil, par devant la Commission Bancaire.

Celle-ci peut alors entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité.

Article 12 :

Dès le prononcé d'une des décisions prévues à l'article 156 de la Loi du 14 avril 1990, le Rapporteur rédige un projet d'arrêt motivé qu'il présente à la Commission Bancaire. Il contrôle toute traduction faite de cette décision. *gic*

Article 13 :

Les fonctions et l'organisation du Secrétariat de la Commission Bancaire sont fixées par une Instruction du Président de la Commission Bancaire.

Article 14 :

Les convocations aux sessions de la Commission Bancaire sont adressées, par écrit, par le Secrétaire, quatre jours au moins avant la séance et comportent le projet d'ordre du jour à adopter au début de chaque réunion.

Article 15 :

La Commission Bancaire réunie en session ordinaire peut valablement délibérer en présence de quatre de ses membres dont le Président. En session extraordinaire, la présence de tous ses membres est requise.

Quand le quorum requis n'est pas atteint en session ordinaire, une seconde réunion est fixée avec le même ordre du jour. Celle-ci peut se tenir en présence de trois membres de la Commission Bancaire dont le Président.

Article 16 :

La surveillance des banques et établissements financiers s'effectue par le contrôle sur pièces et sur place.

Les modalités du contrôle sur pièces et sur place et les délais de transmission des documents seront précisés par décision de la Commission Bancaire.

Article 17 :

Les décisions de la Commission Bancaire sont prises sous la forme de mise en garde, d'injonction, suivies dans leur exécution par son Secrétariat.

Ces décisions ont également la forme d'arrêt motivé et de délibération, conformément à la Loi.

Le Secrétariat de la Commission Bancaire suit la mise en exécution des décisions prises et en fait rapport à la Commission Bancaire. *JK*

Article 18 :

Les décisions de la Commission Bancaire sont prises à la majorité des membres présents.

En cas de partage de voix, la voix du Président est prépondérante.

Article 19 :

A l'issue de chaque session, il est dressé un procès-verbal comportant, notamment, l'identification des personnes présentes, l'ordre du jour, les points discutés et les dispositions prises.

Article 20 :

Le procès-verbal sus-visé est dressé par le Secrétaire de la Commission Bancaire, et, en cas d'absence par un secrétaire de séance choisi et désigné par le Président de la Commission Bancaire parmi les cadres de la Banque d'Algérie.

Le secrétaire de séance et toute autre personne qui participe directement ou indirectement aux travaux est tenu au secret professionnel, conformément à l'article 158 de la Loi 90-10 du 14 Avril 1990 sus-visée.

Article 21 :

Les procès-verbaux de session sont signés par le Président et un des membres présents à la réunion puis transcrits sur un registre côté et paraphé par le Président de la Commission Bancaire, et tenu par le Secrétaire de la Commission Bancaire.

Chaque procès-verbal comporte un numéro pris dans une série renouvelée tous les ans.

Article 22 :

Lorsque la Commission Bancaire siège dans les matières prévues par l'article 156 de la Loi 90-10 du 14 Avril 1990 sus-visée, elle porte à la connaissance de la Banque ou de l'établissement financier concerné, par une lettre recommandée avec accusé de réception adressée au responsable légal de la Banque ou de l'établissement financier, les faits reprochés à celui-ci.

Le Gouverneur de la Banque d'Algérie est informé, dès le déclenchement de cette procédure, par le Secrétaire de la Commission Bancaire. *gk*

Article 23 :

Le représentant légal sus-visé doit adresser ses observations au Président de la Commission Bancaire dans un délai fixé par la lettre sus-visée qui ne saurait être inférieur à huit (08) jours à compter de la date de réception.

Le représentant de la Banque ou de l'établissement financier est convoqué par lettre recommandée avec accusé de réception pour être entendu.

Cette lettre doit lui parvenir quinze (15) jours au moins avant la date de la réunion de la Commission Bancaire.

Il peut se faire assister par un avocat agréé auprès de la Cour Suprême ou un représentant de l'Association professionnelle prévue par l'article 142 de la Loi 90-10 du 14 Avril 1990.

Article 24 :

Les débats devant la Commission Bancaire siégeant en matière disciplinaire se font à huis-clos. Celle-ci peut entendre toute personne concernée au cours de ces débats.

Elle délibère, entre ses membres, à huis-clos.

Article 25 :

Lorsque le représentant légal sus-visé s'absente aux audiences de la Commission Bancaire, alors qu'il est dûment convoqué, celle-ci siège valablement après avoir constaté son défaut et les décisions ainsi prises sont réputées contradictoires à son encontre.

Article 26 :

Les décisions de la Commission Bancaire sont signées par son Président et notifiées aux personnes physiques et morales concernées, dès leur prononcé ainsi qu'à la Banque d'Algérie et l'Association Professionnelle des Banques à laquelle adhèrent ces personnes.

Article 27 :

Les délais impartis dans la procédure devant la Commission Bancaire sont des délais francs.

Lorsque la Banque ou l'établissement financier concerné est installé à l'étranger, ces délais sont augmentés conformément au code de procédure civile. *gic*

Article 28 :

Des correspondances officielles et des soit-transmis relatifs notamment aux demandes de renseignements adressées aux personnes physiques et morales soumises au contrôle de la Commission Bancaire, peuvent être rédigés et signés par les membres de la Commission Bancaire lorsqu'ils agissent en qualité de Coordonnateur, tel que défini à l'article sept (7) ci-avant.

Ces envois sont établis conformément à l'instruction de la Commission Bancaire relative au traitement du courrier.

Article 29 :

Le Président de la Commission Bancaire peut charger un ou plusieurs membres de cette commission de missions spécifiques.

Article 30 :

La présente décision sera publiée au Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire. *JK*

Fait à Alger, le 06 DEC. 1993

Le Président,



عبد الوهاب كرامان
Abdoulouahab KRAMANE

الملحق رقم 2:

قرار اللجنة المصرفية رقم 04-2005 المؤرخ في
20 أبريل 2005، المتعلق بقواعد تنظيم و عمل اللجنة المصرفية
(قرار غير منشور، باللغة الفرنسية)

COMMISSION BANCAIRE

TRADUCTION

اللجنة المصرفية

**Décision n° 04-2005 DU 20 avril 2005 portant règles
d'organisation et de fonctionnement
de la Commission Bancaire**

LE PRESIDENT DE LA COMMISSION BANCAIRE,

- Vu l'ordonnance n°03-11 du 27 Joumada Ethani 1424 correspondant au 26 août 2003, relative à la monnaie et au crédit ;
- Vu l'ordonnance n°66-154 du 08 juin 1966 modifiée et complétée, portant code de procédure civile ;
- Vu le décret présidentiel du 10 Rabie El Aoual 1422 correspondant au 02 juin 2001 portant nomination du Gouverneur et des Vice-Gouverneurs de la Banque d'Algérie ;
- Vu le décret présidentiel du 23 Safar 1423 correspondant au 06 mai 2002 portant nomination des membres de la Commission Bancaire ;
- Vu la décision n° 01-93 du 06 décembre 1993, modifiée et complétée, portant règles d'organisation et de fonctionnement de la Commission Bancaire ;
- Vu la lettre commune n° 317 du 08 décembre 2004 portant organigramme du Secrétariat Général de la Commission Bancaire ;
- Vu la délibération de la Commission Bancaire du 20 avril 2005 ;

DECIDE

ARTICLE 1 :

La présente décision a pour objet de fixer les règles d'organisation et de fonctionnement de la Commission Bancaire.

ARTICLE 2 :

Le siège de la Commission Bancaire est à Alger. Il est domicilié au 07, Boulevard Ernesto Che Guevara et peut être transféré en tout autre lieu sur décision du Président.



ARTICLE 3

La Commission Bancaire est présidée par le Gouverneur de la Banque d'Algérie.

ARTICLE 4

La Commission Bancaire se réunit en son siège. Elle peut également se réunir en tout autre lieu désigné par son Président.

ARTICLE 5 :

La Commission Bancaire est dotée d'un Secrétariat Général dont l'organigramme est défini par la lettre commune susvisée.

ARTICLE 6 :

La surveillance des banques et des établissements financiers s'effectue par le contrôle sur pièces et sur place.

Les modalités du contrôle sur pièces et sur place et les délais de transmission des documents sont, en tant que de besoin, précisés par décision de la Commission Bancaire.

ARTICLE 7 :

La Commission Bancaire se réunit au moins une fois par mois, en session plénière, sur convocation de son Président ou à la demande de quatre (04) de ses autres membres.

La Commission Bancaire ainsi composée peut valablement délibérer à la majorité de ses membres.

ARTICLE 8 :

Les convocations aux sessions plénières et aux séances de travail de la Commission Bancaire sont adressées, par écrit, par le Secrétaire Général et comportent le projet d'ordre du jour soumis au début de chaque réunion pour adoption.

ARTICLE 9 :

Les décisions de la Commission Bancaire sont prises à la majorité des membres présents.

En cas d'égalité des voix, celle du Président est prépondérante.

ARTICLE 10 :

A l'issue de chaque session plénière, il est dressé un procès-verbal comportant notamment, l'identification des personnes présentes, l'ordre du jour, les points discutés et les décisions prises.

ARTICLE 11 :

Le procès verbal sus-cité est dressé par le Secrétaire Général, et, en cas d'absence par un secrétaire de séance désigné par le Président de la Commission Bancaire parmi les cadres du Secrétariat Général de la Commission Bancaire.

Le secrétaire de séance et/ou toute personne qui participe directement ou indirectement aux travaux de la Commission Bancaire sont tenus au secret professionnel, conformément à l'article 117 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit.

ARTICLE 12 :

Les procès-verbaux de sessions plénières sont signés par le Président de la Commission Bancaire.

Chaque procès-verbal comporte un numéro pris dans une série renouvelée tous les ans.

ARTICLE 13 :

Les membres de la Commission Bancaire se réunissent périodiquement en séance de travail, au moins une fois par semaine pour examiner les points inscrits à l'ordre du jour par le coordonnateur, sur proposition des membres et du Secrétaire Général.


Ces réunions sont présidées par un coordonnateur désigné par le Président par rotation parmi les membres de la Commission Bancaire pour une durée déterminée par celle-ci.

Ces séances de travail font l'objet de comptes rendus, établis par le Secrétaire Général. Ils sont signés par le coordonnateur et transmis au Président de la Commission Bancaire.

ARTICLE 14 :

Lorsque la Commission Bancaire décide, en session plénière, de l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'une banque ou d'un établissement financier, un acte de griefs consignait les faits reprochés est établi par les services du Secrétariat Général de la Commission Bancaire.

Après examen et adoption en session plénière, ledit acte est notifié par acte extra-judiciaire ou selon les formes prévues à cet effet par le code de procédure civile.



ARTICLE 15 :

Le représentant légal de l'assujetti doit adresser ses observations au Président de la Commission Bancaire dans les quinze (15) jours à compter de la date de notification.

Ce délai peut être prorogé par la Commission Bancaire, une seule fois, à la demande du représentant légal.

ARTICLE 16 :

Le Président de la Commission Bancaire peut désigner, par ordonnance, un ou deux membres en qualité de rapporteur (s) afin d'assurer la préparation et le suivi de tout dossier en collaboration avec le Secrétaire Général et ce, en exécution de l'objet énoncé dans ladite ordonnance.

Le (s) rapporteur (s) présente (ent) à la Commission Bancaire des propositions ou des conclusions sous forme de rapport.

ARTICLE 17 :

Le représentant légal de la banque ou de l'établissement financier est convoqué, à l'audience disciplinaire, par acte extra judiciaire ou selon les formes prévues à cet effet par le code de procédure civile, pour être entendu.

Cette convocation doit lui parvenir quinze (15) jours au moins avant la date de l'audience de la Commission Bancaire.

Il peut se faire assister d'un conseil dûment constitué.

Le représentant de l'assujetti peut consulter le dossier disciplinaire au niveau du Secrétariat Général de la Commission Bancaire ou en prendre copie.

Article 18 :

Le (s) rapporteur (s) , chargé(s) d'un dossier ayant trait aux matières prévues à l'article 114 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit , établit (ssent) un rapport sur les faits dont il est donné lecture à l'audience de la Commission Bancaire.

Ce rapport reprend les faits consignés dans l'acte de griefs adressé à l'assujetti concerné ainsi que les moyens développés dans sa réponse. Il mentionne, en outre, les conclusions de toute expertise ou l'existence de toute procédure litigieuse ou connexe portée à la connaissance de la Commission Bancaire.

ARTICLE 19 :

Le (s) rapporteur (s) visé (s) dans le précédent article énonce (ent) les points à trancher sans donner son (leur) avis. Après lecture de ce rapport à l'audience, des observations orales peuvent être présentées par le représentant légal de l'établissement et ou par son conseil.

ARTICLE 20 :

Les débats devant la Commission Bancaire siégeant en matière disciplinaire se font à huis-clos. Celle-ci peut entendre, au cours de ces débats, toute personne concernée et notamment celle dont l'audition lui paraît utile.

Elle délibère, entre ses membres, à huis-clos.

ARTICLE 21 :

Lorsque le représentant légal sus-cité ne se présente pas aux audiences de la Commission Bancaire bien que régulièrement convoqué, celle-ci siège valablement après avoir constaté son absence et les décisions ainsi prises sont réputées contradictoires à son encontre.

Les décisions de la Commission Bancaire prises à l'issue de l'audience sont motivées.

ARTICLE 22 :

Dès le prononcé d'une des sanctions prévues dans l'article 114 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, le (s) rapporteur(s) rédige (ent) le projet de décision qu'il(s) présente (ent) à la Commission Bancaire.

ARTICLE 23 :

Les décisions de la Commission Bancaire sont signées par son Président. Elles sont notifiées par acte extra judiciaire ou selon les formes prévues à cet effet par le code de procédure civile aux personnes physiques et morales concernées.

Elles sont communiquées à la Banque d'Algérie et à l'Association Professionnelle des banques et des établissements financiers.

Le Secrétaire Général est chargé de l'exécution de ces décisions. Il en fait rapport à la Commission Bancaire.

ARTICLE 24 :

Les délais impartis dans la procédure disciplinaire devant la Commission Bancaire sont des délais francs.

ARTICLE 25 :

La Commission Bancaire prend, en sa qualité d'autorité administrative, toute décision relevant de son champ de compétence reconnu par l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 susvisée notamment, dans ses articles 103, 111, 112 et 113.

Les décisions ainsi prises sont signées par le Président de la Commission Bancaire et leur exécution est assurée par le Secrétaire Général.

ARTICLE 26 :

lorsque la Commission bancaire décide, en session plénière, de l'ouverture d'une procédure à l'encontre des commissaires aux comptes des banques et établissements financiers, en application de l'article 102 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 susvisée, les règles applicables en la matière aux banques et établissements financiers sont observées.

La décision rendue sera notifiée aux intéressés et à l'ordre professionnel des commissaires aux comptes par le Secrétaire Général.

ARTICLE 27 :

Le Président de la Commission Bancaire peut charger un ou plusieurs membres de la Commission Bancaire de missions spécifiques.

ARTICLE 28 :

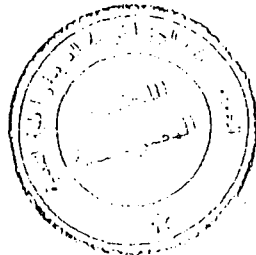
La décision n° 01-93 du 06 décembre 1993, modifiée et complétée, susvisée est abrogée.

ARTICLE 29 :

La présente décision prend effet à compter de la date de sa signature.

Fait à Alger, le 20 avril 2005

Le Président de la Commission Bancaire



الملحق رقم 03:

تصريح اللجنة المصرفية حول بنك الخليفة، في 09 ماي 2003
وثيقة مرفقة بـ

M.GHERNAOUT – crises financières et faillites des banques
algériennes : du choc pétrolier de 1986 à la liquidation des banques
El Khalifa et B.C.I.A – éditions GAL (Alger) – 2004.

A N N E X E : 4
(Communiqué du 9 Mai 2003)

COMMISSION BANCAIRE

La Commission Bancaire siégeant en audience disciplinaire s'est réunie le lundi 26 mai 2003 pour statuer sur la base de l'acte de griefs, dressé le 24 Avril 2003, à l'encontre d'El-khalifa-Bank spa.

Seuls deux des administrateurs d'El-khalifa-Bank spa. se sont présentés à l'audience, dont l'un était assisté d'un avocat, et n'ont pu fournir aucune réponse valable à l'acte de griefs.

L'administrateur provisoire a été entendu pour présenter les résultats des dernières investigations comptables.

La situation patrimoniale d'El-Khalifa-Bank spa. se caractérise par un important déficit en ressources, maquillée par des fausses déclarations au titre des reporting réglementaires.

Ce déficit en ressources très substantiel a pour origine :

- des fuites de capitaux par ailleurs constatées,
- l'accumulation des non valeurs représentées par des créances irrécupérables sur des entreprises affiliées.
- une dilapidation de ressources.

Cette non-gestion a entraîné une illiquidité grandissante qui s'est inéluctablement transformée en une cessation des paiements, du fait que des engagements financiers arrivant à échéance ne peuvent être honorés. Ainsi, la Commission Bancaire a établi la cessation des paiements d'El-Khalifa-Bank spa. et déclare l'indisponibilité des dépôts.

La Commission Bancaire, après en avoir délibéré, conformément à la loi, a rendu le jeudi 29 mai 2003, la décision suivante :

- Le retrait d'agrément de la banque El-khalifa-Bank spa. en application de l'article 156 de la loi n° 90/10 du 14 Avril 1990 relative à la monnaie et au crédit, modifiée et complétée ;

- Et la nomination d'un liquidateur en application de l'article 157 de la loi sus-citée.

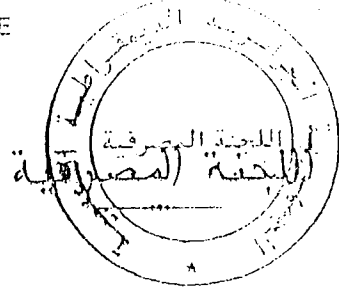
Cette décision entraîne la mise en œuvre du dispositif de garantie des dépôts dont la Société de Garantie des Dépôts Bancaires (S.G.D.B.), qui a déjà été créée, sera l'intervenant pour assurer l'indemnisation rapide des petits déposants, dans le cadre de la législation et de la réglementation en vigueur.

الملحق رقم 04:

قرار اللجنة المصرفية رقم 2003/08

المؤرخ في 21 أوت 2003

(قرار غير منشور)

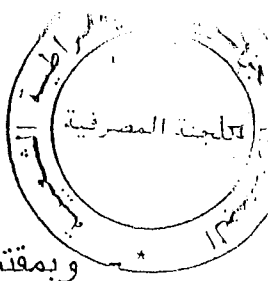


COMMISSION BANCAIRE

قرار رقم 2003/08
المؤرخ في 21 أوت 2003

إن اللجنة المصرفية،

- بمقتضى القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990، للمعاداة المتمم المتعلق بالنقد والقرض؛
- وبمقتضى الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ بتاريخ 8 جوان 1966، المعدل والمتمم، المتضمن قانون الإجراءات المدنية؛
- وبمقتضى الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، المتضمن القانون التجاري؛
- وبمقتضى الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09 جويلية 1996 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصراف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج، المعدل و المتمم، بالأمر رقم 03-01 المؤرخ في 19 فيفري 2003؛
- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 97-256 المؤرخ في 14 جويلية 1997 والمتضمن شروط و كفايات تعيين بعض الأعوان و الموظفين المؤهلين لمعاينة مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصراف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج؛
- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 97-257 المؤرخ في 14 جويلية 1997 والذي يضبط أشكال محاضر معاينة مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصراف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج و كفايات إعدادها، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 03-110 المؤرخ في 5 مارس 2003؛
- و بمقتضى المرسوم الرئاسي المؤرخ في 02 جوان 2001 المتضمن تعيين المحافظ ونواب محافظ بنك الجزائر؛



وبمقتضى المرسوم الرئاسي المؤرخ في 06 ماي 2002 المتضمن تعيين أعضاء اللجنة المصرفية؛

- وبمقتضى النظام رقم 91-09 المؤرخ في 14 أوت 1991 المحدد لقواعد الحذر في تسيير البنوك والمؤسسات المالية، المعدل والمتمم بالنظام رقم 95-04 المؤرخ في 20 أبريل 1995؛

- وبمقتضى النظام رقم 91-12 المؤرخ في 14 أوت 1991، المتعلق بتعيين محل للواردات؛

- وبمقتضى النظام رقم 91-13 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بتعيين المحل وبالتسوية المالية للصادرات من غير المحروقات؛

- وبمقتضى النظام رقم 92-01 المؤرخ في 22 مارس 1992 المتضمن تنظيم وسير مركزية المخاطر؛

- وبمقتضى النظام رقم 92-02 المؤرخ في 22 مارس 1992 المتضمن تنظيم وسير مركزية عوارض الدفع؛

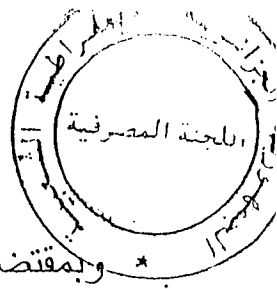
- وبمقتضى النظام رقم 92-03 المؤرخ في 22 مارس 1992 المتعلق بالوقاية من ومكافحة إصدار الشيكات بدون مؤونة؛

- وبمقتضى النظام رقم 92-05 المؤرخ في 22 مارس 1992 المتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي ومسيري وممثلي البنوك والمؤسسات المالية؛

- وبمقتضى النظام رقم 92-08 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992 المتضمن مخطط الحسابات المصرفية والقواعد المحاسبية المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية؛

- وبمقتضى النظام رقم 92-09 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992، المتعلق بإعداد ونشر الحسابات الفردية السنوية للبنوك والمؤسسات المالية؛

- وبمقتضى النظام رقم 93-01 المؤرخ في 03 جانفي 1993 المحدد لشروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و لشروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية، المعدل والمتمم بالنظام رقم 2000-02 المؤرخ في 02 أبريل 2000؛

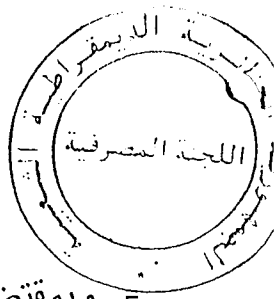


- * وبمقتضى النظام رقم 95-07 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 المعدل والمعوض للنظام رقم 92-04 المؤرخ في 22 مارس 1992 المتعلق بمراقبة الصرف؛
- وبمقتضى النظام رقم 95-08 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 المتعلق بسوق الصرف؛
- وبمقتضى النظام رقم 97-02 المؤرخ في 06 افريل 1997 المتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك والمؤسسات المالية؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 32-91 المؤرخة في 24 أكتوبر 1991 المتضمنة كيفية إعداد التصريحات المحاسبية الشهرية (مطبوع نموذجي 10 م) و ملحقاتها؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 71-92 المؤرخة في 24 نوفمبر 1992 المحددة لأحكام تطبيق النظام رقم 92-03 المؤرخ في 22 مارس 1992 المتعلق بالوقاية من ومكافحة إصدار الشيكات بدون مؤونة؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 16-94 المؤرخة في 09 افريل 1994 المتعلقة بوسائل سير السياسة النقدية و بإعادة تمويل البنوك؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 20-94 المؤرخة في 12 افريل 1994 المحددة للشروط المالية لعمليات الاستيراد؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 43-94 المؤرخة في 11 جويلية 1994، المحددة لكيفيات تطبيق النظام رقم 92-08 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992 المتضمن مخطط الحسابات المصرفية والقواعد المحاسبية المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 68-94 المؤرخة في 25 أكتوبر 1994، المحددة لمستوى الالتزامات الخارجية؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 74-94 المؤرخة في 29 نوفمبر 1994، المتعلقة بتحديد قواعد الحذر لتسيير البنوك و المؤسسات المالية؛



وبمقتضى التعليمات رقم 78-95 المؤرخة في 26 ديسمبر 1995 المحددة للقواعد المتعلقة بوضعية الصرف؛

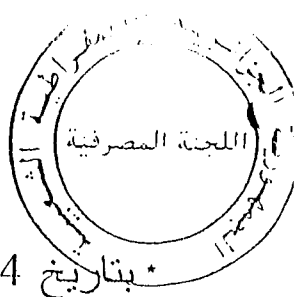
- وبمقتضى التعليمات رقم 03-97 المؤرخة في 16 أبريل 1997 المتعلقة بالقيود الذي يسمح بمعالجة عمليات التجارة الخارجية و/ أو الصرف اليدوي؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 02-99 المؤرخة في 07 أبريل 1999 المتعلقة بتصريح القروض الممنوحة من البنوك والمؤسسات المالية إلى مسيريهم ومساهميهم؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 04-99 المؤرخة في 12 أوت 1999 المتعلقة بتصريح التصريحات من طرف البنوك و المؤسسات المالية لنسب تغطية وتقسيم المخاطر؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 05-2000 المؤرخة في 30 أبريل 2000 المتضمنة الشروط للقيام بمهام مسيري البنوك والمؤسسات المالية وكذا ممثلات وفروع البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 01-2001 المؤرخة في 11 فيفري 2001 المتعلقة بنظام الاحتياط الإلزامي؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 06-2002 المؤرخة في 11 ديسمبر 2002 المعدلة للتعليمات رقم 01-2001 المتعلقة بنظام الاحتياط الإلزامي؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 08-2002 المؤرخة في 26 ديسمبر 2002 المتضمنة نماذج التصريحات من طرف البنوك والمؤسسات المالية، الوسيطة المعتمدة، لمستوى التزاماتهم الخارجية؛
- وبمقتضى التعليمات رقم 09-2002 المؤرخة في 26 ديسمبر 2002 المحددة لمواعيد التصريحات من طرف البنوك والمؤسسات المالية لنسبة ملاءة؛
- وبمقتضى المقرر رقم 97-01 المؤرخ في 28 جوان 1997 المتضمن ترخيص إنشاء البنك المسمى " البنك التجاري والصناعي الجزائري " باختصار BCIA؛
- وبمقتضى المقرر رقم 98-08 المؤرخ في 24 سبتمبر 1998 المتضمن اعتماد " البنك التجاري والصناعي الجزائري " بصفة بنك؛



- وبمقتضى الأمر رقم 02-2003 الصادر في 01 افريل 2003 من طرف السيد رئيس اللجنة المصرفية والمتضمن تعيين السيدين ناموس وحاج صدوق بصفتها مقررين؛
- وبمقتضى الأمر رقم 03-2003 الصادر في 18 ماي 2003 من طرف السيد رئيس اللجنة المصرفية و المتضمن تعيين نائب محافظ بصفته رئيسا لجلسات اللجنة المصرفية؛
- وبمقتضى الأمر رقم 04-2003 الصادر في 18 ماي 2003 من طرف السيد رئيس اللجنة المصرفية و المتضمن تعيين كاتب ضبط الجلسات؛
- وبعد الإطلاع على الرسالة رقم 182-2003 المؤرخة في 09 جويلية 2003 المبلغة عن طريق محضر قضائي بتاريخ 15 جويلية 2003 والتي من خلالها أخبرت اللجنة المصرفية القائمين بالإدارة بفتح إجراء تاديبى ضد البنك التجاري والصناعي الجزائري « BCIA » و التي تضمنت إرسال لهم قرار التانيب؛
- وبعد الإطلاع عن الإجابة الكتابية من طرف القائمين بالإدارة الواردة يوم 13 أوت 2003، أي بعد الميعاد المحدد من طرف اللجنة المصرفية، ردا على قرار التانيب المشار إليه أعلاه ؛
- وبعد الإطلاع عن التكاليف بالحضور للجلسة التأديبية ليوم 19 أوت 2003 المبلغة للقائمين بالإدارة عن طريق محضر قضائي؛
- وبعد الإطلاع على جميع الوثائق المكونة للملف التأديبي؛

إن اللجنة المصرفية المتكونة من السيد تواتي علي، رئيس، والسادة، ناموس، معاشو، بن زيادة و حاج صدوق، أعضاء؛

بعد التأكد خلال الجلسة ليوم 19 أوت 2003 من حضور السيد خروبي بدر الدين، الذي صرح بأنه الممثل عن القائمين بالإدارة، مرفقا بالأستاذ بن غانم علي محامي الذي تم توكيله للدفاع عن جميع القائمين بالإدارة و الذي استلم



* بتاريخ 04 اوت 2003 نسخة من الملف التأديبي وبالسيد بن قادي أحمد، مدير عام؛

بعد الفصل في طلب تأجيل النظر في الملف التأديبي المقدم من طرف الاستاذ بن غانم علي بقرار بالرفض الصادر يوم 19 أوت 2003 تحت رقم 07-2003؛
بعد تلاوة قرار التأييب من طرف الأنسة بوازني كريمة كاتبة الضبط؛

بعد تلاوة التقرير حول الوقائع البارزة للإجراءات التأديبية المفتوحة ضد البنك التجاري والصناعي الجزائري بن قادي أحمد للقررين ؛

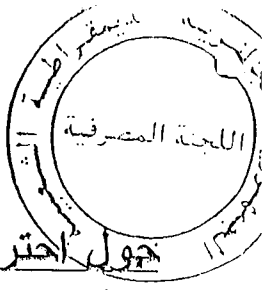
بعد الاستماع للسيد خروبي بدر الدين عبد العزيز، ممثل القائمين بالإدارة، في توضيحاته لاسيما فيما يخص طلب الدعم المالي الذي قدم لهم من طرف محافظ بنك الجزائر طبقا للمادة 161 من القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 افريل 1990، المعدل و المتمم، المتعلق بالنقد والقرض؛

بعد الاستماع للسيد بن قادي أحمد، مدير عام ، نلبية لطلب ممثل القائمين بالإدارة على سبيل الإستدلال؛

بعد الاستماع للاستاذ بن غانم علي في مرافعاته والاستلام منه مذكرة الدفاع مرفوقة بالوثائق و بعد إعطاء الكلمة في الأخير للسيد خروبي بدر الدين، ممثل القائمين بالإدارة؛

وبعد المداولة طبقا للقانون بحضور أعضاء اللجنة المصرفية فقط ؛

نظرا وأن المعايينات المعدة على أساس مختلف عمليات المراقبة التي تمت في عين المكان وعلى أساس القيود والمستندات من طرف المديرية العامة للمفتشية العامة « DGIG » لبنك الجزائر و تلك الناجمة عن المعلومات التي بلغت إلى اللجنة المصرفية تظهر أن البنك التجاري والصناعي الجزائري خلف الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنشاطه و المتمحورة: ؛



حول احترام النسب الاحترازية:

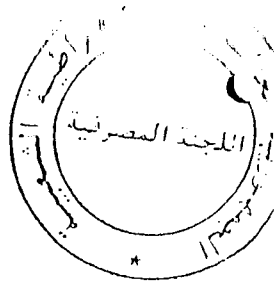
نظرا وانه تطبيقا لأحكام :

- المادة 44 فقرة "ر" من القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990، المعدل والمتمم، المتعلق بالنقد والقرض؛
 - النظام رقم 91-09 المؤرخ في 14 أوت 1991، المحدد لقواعد الحذر في تسيير المصارف و المؤسسات المالية ، المعدل والمتمم بالنظام رقم 95-04 المؤرخ في 20 أفريل 1995؛
 - و التعليمات رقم 74-94 المؤرخة في 29 نوفمبر 1994 المتعلقة بتحديد القواعد الاحترازية في تسيير البنوك والمؤسسات المالية؛
- يجب على الخاضع لرقابة اللجنة المصرفية أن يحترم بصفة دائمة نسبة الملاءة ونسب توزيع المخاطر؛

نظرا وأن تقريرين الرقابة الشاملة لشهري مارس وديسمبر 2002 المعدين من طرف المديرية العامة للمفتشية العامة لبنك الجزائر و بيانات التصريحات المرسله من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري ، حتى ولو أن مستوى الأموال الخاصة المصرح به معارض عليه من جهة أخرى، أظهرت الوضعية التالية :

- إلى 30.09.2001: لم تحترم نسب توزيع المخاطر إذ استفاد ثلاثة وعشرون (23) زبون على شكل فردي من التزامات متجاوزة لمعيار 25 % من صافي الأموال الخاصة و من جهة أخرى ، فإن الالتزامات إزاء مجموعة من المستفيدين المتجاوزة ل 15% من صافي الأموال الخاصة (31 زبون) تفوق معيار عشرة (10) مرات صافي الأموال الخاصة للبنك؛

- إلى 31.12.2001 : لم تحترم نسب توزيع المخاطر إذ سجل أربعة وعشرون (24) مافا فرديا للقرض تجاوز حد 25 % من صافي الأموال الخاصة وزيادة على ذلك، فإن سبعة وعشرون (27) مافا للقرض



المتجاوزة لنسبة 15 % من صافي الأموال الخاصة تفوق عشرة أضعاف صافي الأموال الخاصة؛

- إلى 30.06.2002 : على أساس البيان التصريحي، لم تحترم نسب توزيع المخاطر إذ أن المخاطر المتجاوزة لنسبة 25 % من الأموال الخاصة تخص زبونين (02) أما المخاطر المتجاوزة لنسبة 15 % من صافي الأموال الخاصة فإنها تخص ستة زبائن (06) ومجموع تلك المخاطر أعلى من المعيار التنظيمي بنسبة 10 مرات من سلفي الأموال الخاصة للبنك التجاري والصناعي الجزائري؛

- إلى 31.12.2002: على أساس البيان التصريحي، فقد تم تجاوز معيار 25 % من صافي الأموال الخاصة فيما يخص توزيع المخاطر وقد خص هذا التجاوز زبونين (02).

نظرا وأن نسبة الملاءة، لم تحترم إذ بلغت في 31.12.2001 نسبة 3.52 % كما تبين من تقرير الرقابة الشاملة التي تمت في شهر ديسمبر 2002 ولم تكن بنسبة 14.95 % كما صرح به من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري، أي احتياج من الأموال الخاصة يقدر ب 638.8 مليون دج؛

نظرا وأنه قد تم إبلاغ المديرية العامة للبنك التجاري والصناعي الجزائري عن هذا الوضع المتكرر لعدم احترام القواعد الاحترازية عن طريق مختلف الرسائل التالية:

- م ع م ع رقم 02/98 المؤرخة في 09.04.2002 ،
- م ع م ع رقم 02/313 المؤرخة في 14.10.2002 ،
- م ع م ع رقم 03/12 المؤرخة في 02.01.2003 ،
- م ع م ع رقم 03 /140 المؤرخة في 03.04.2003 ،
- م ع م ع رقم 03 /156 المؤرخة في 12.04.2003 ،

التي بقيت دون جواب وعدم القيام بالتصحيح من طرف البنك يؤدي به إلى وضع الاختلال المالي حيث المؤشر الظاهر أكثر هو عدم الملاءة جاعلا مستحيل تنفيذ الالتزامات المتخذة من طرف البنك اتجاه الغير؛

نظرا وأنه إجابة على الأخذ المؤسس على عدم احترام النسب الاحترازية ، أصر المائل أمام اللجنة المصرفية وكذا دفاعه على أن هذه الوضعية ناتجة عن تقييم أحادي غير صحيح لصلابة الأموال الخاصة للبنك ولمستواه ، حيث أن ممثل البنك اتفق حسب أقواله مع أحد مفتشي بنك الجزائر بتحديد مستوى المؤونات الخاصة بالديون ذات المخاطر وكذا عن تعيين عنصر أساسي لحساب تلك الأموال الخاصة وذلك بمحضر وبالتالي ينبغي أخذه كمحضر ممضى من طرف ضابط عمومي تحت مسؤوليته وله قيمة ما يحتج به قانونا إلى غاية الطعن فيه بالتزوير طبقا للمادة 324 مكرر 6 من القانون المدني؛

نظرا وأن الوسيلة المأخوذة من استغلال الوثيقة التي اعتبرها ممثل التسين بالإدارة ودفاعه كمحضر قدمت بصفة متكررة من أجل شرح كل من عدم احترام النسب الاحترازية والوضع العام للبنك بينما أن هذا المحضر المزعوم الذي قدم إلى اللجنة المصرفية (تحت رقم 01 للملف المقدم في الجلسة ليوم 19 أوت 2003) ما هو إلا بيان غير مؤرخ ومحرر بصفة احادية من قبل المدير العام للبنك التجاري والصناعي الجزائري ولا يمكن أن يكون له خصائص العقد الرسمي المشار إليه في المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني بما أنه يتمثل في شكل وثيقة باطنية للبنك التجاري والصناعي الجزائري بدون تاريخ وخاصة بدون توقيع أو توقيع مصدق من طرف احد مفتشي بنك الجزائر وبالتالي يجب رفض هذه الوسيلة المؤسسة على استغلال هذه الوثيقة وكل النتائج التي اراد كل من المائل والدفاع تقديمها حول صحة الاعتراضات المبلغة؛

حول احترام مواعيد إرسال الوثائق التنظيمية الدورية:

نظرا للتأخيرات المتكررة في إرسال الوثائق التنظيمية الدورية ، لاسيما:

- البيان المحاسبي الشهري نموذج 10 ر ،
- تصريح النسب الاحترازية ،
- تصريح الالتزامات الخارجية بالتوقيع ،
- تصريح القروض الممنوحة للمسيرين والمساهمين ،
- تصريح وضعية المصرف ؛

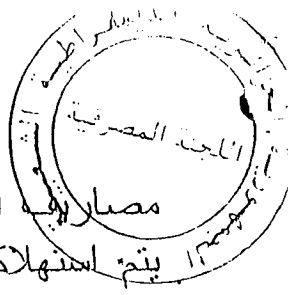
نظرا وأن إعداد و إرسال هذه الوثائق محصورة في الأحكام التنظيمية التالية:



- التعليم رقم 32-91 المؤرخة في 24 اكتوبر 1991 المتضمنة كيفية إعداد البيانات المحاسبية الشهرية (مطبوع نموذج 10 ر) و ملحقاتها ،
 - التعليم رقم 78-95 المؤرخة في 26 ديسمبر 1995 المتضمنة القواعد المتعلقة بوضعية الصرف ،
 - التعليم رقم 02-99 المؤرخة في 07 أبريل 1999 المتعلقة بتصريح القروض الممنوحة من طرف البنوك والمؤسسات المالية لمسيريهم ومساهميهم ،
 - التعليم رقم 08-2002 المؤرخة في 26 ديسمبر 2002 المتضمنة نموذج التصريح من طرف البنوك والمؤسسات المالية، الوسيطة المعتمدة، لمستوى التزاماتهم الخارجية ،
 - التعليم رقم 09-2002 المؤرخة في 26 ديسمبر 2002 المحددة لمواعيد التصريح من طرف البنوك والمؤسسات المالية لنسب الملاءة ؛
- نظرا وأن المديرية العامة للبنك التجاري والصناعي الجزائري أعلنت عن التأخيرات في بعث تلك الوثائق عن طريق المراسلات المتضمنة المراجع التالية:
- م ع م ع رقم 03/97 المؤرخة في 23.03.2003 ،
 - م ع م ع رقم 03/149 المؤرخة في 16.04.2003 ،
 - م ع م ع رقم 03/236 المؤرخة في 18.05.2003 ،
- وبعدم سماحها للقيام الحسن بالمراقبة المصرفية ، تلحق هذه التأخيرات ضرر بالرقابة المصرفية و تمثل خرقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المذكورة أعلاه من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري معترف بها من جهة أخرى من طرف الدفاع و ممثل القائمين بالإدارة الذي تمسك بعدم إرسال الوثائق من طرف وكالات البنك؛

حول مطابقة تحرير رأس المال المكتتب نقدا :

نظرا وأنه تبين من تقرير الرقابة الشاملة في عين المكان المعد في شهر ديسمبر 2002 من تحرير رأس المال المتبقي (4,656 مليون دج) انطلاقا من الأرباح المدونة في الوثائق المحاسبية المقفلة خلال السنوات المالية 2001 و السنوات السابقة وقد تم هذا التحرير يوم 03 جويلية 2002 في حين أنه خلال هذه الفترة،



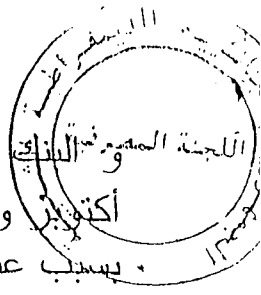
مصاريف التأسيس (أو مصاريف الإعداد) للبنك التجاري والصناعي الجزائري لم يتم استهلاكها و بالقيام بهذا فإن البنك التجاري والصناعي الجزائري قد خالف أحكام المادة 719 من القانون التجاري ؛

نظرا و أن المؤونات التي يجب تكوينها في 31.12.2001 والمقومة من طرف المديرية العامة للمفتشية العامة قد قدرت ب 858 مليون د ج عوض 206 مليون د ج المصرح بها من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري ويتجسد اثر المؤونة التكميلية بالنسبة للسنة المالية 2001 في خسارة تساوي 93 مليون د ج عوض نتيجة إيجابية صافية تساوي 559 مليون د ج كما صرح به من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري وأن هذه الوضعية الغير القانونية ذكرت للبنك عن طريق مراسلة المديرية العامة للمفتشية العامة تحت رقم 03/156 المؤرخة في 12.04.2003؛

نظرا وأن ممثل القائمين بالإدارة يعترف عن طريق الدفاع بأن البنك قد خالف المادة 719 من القانون التجاري مع الذكر خطأ الفقرة 2 من المادة 725 من نفس القانون، التي ليس لها أية صلة مع الوقائع ، لكن حسب رأيه يتعلق الأمر بشرط الشكل و الإجراء وليس المضمون معتبرا بأن مصاريف التأسيس تمثل إلا أربع (4) مليون د ج ، وهو مبلغ زهيد مقارنة بالأرباح المقدر ب 559 مليون د ج وأنه مع ذلك، فإن هذه الأرباح لم توزع على المساهمين ولكنها استعملت كليا لتحرير رأس المال محترفا بالمخالفة المشار إليها في قرار التأييد في جزء ه الأول مع اجتناب تلك المتعلقة بانعكاس تكوين المؤونات التكميلية المشترطة في الأنظمة مؤكدا هكذا عن صحة الاعتراض في كل مضمونه؛

حول احترام قواعد السير الحسن للمهنة في معالجة الشيكات الغير المدفوعة :

نظرا وأن عمليات المراقبة في عين المكان، الخاصة بمعالجة الشيكات الغير مدفوعة والتي تمت من 18 مارس إلى 17 أبريل 2003 على مستوى غرفة المقاصة بوهران وكذا بالبنك التجاري و الصناعي الجزائري وكالة 201 بوهران



الخارجي الجزائري وكالة 74 بوهران سمحت بالكشف بالنسبة لشهري
أكتوبر ونوفمبر 2002 عن عدد هائل من الشيكات المرفوضة في غرفة المقاصة
بسبب عدم كفاية الرصيد،

نظرا وأن الشيكات المقدمة من طرف وكالة البنك التجاري والصناعي الجزائري "201 بوهران و المرفوضة من طرف وكالة البنك الخارجي الجزائري "74" بوهران بلغت مبلغ 24.386.247.762,97 دج بالنسبة للأشهر المذكورة وأن عمليات المراقبة سمحت بالكشف عن وجود إجراء تدليسي ما بين الوكالات المذكورة و البعض من زبائنها؛

نظرا وأن هذا الإجراء يكس :

- بالنسبة لوكالة البنك التجاري والصناعي الجزائري 201 بوهران بضمان الكمبيالات لزبائن وستستلم بالمقابل شيكات مسحوبة على وكالة البنك الخارجي الجزائري 74 بوهران؛
- بالنسبة لوكالة البنك الخارجي الجزائري "74" بوهران بخصم، الكمبيالات المضمونة من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري "201 بوهران للسماح للمستفيدين من الحصول على قروض بالصندوق من طرف البنك الخارجي الجزائري؛

نظرا وأن للشيكات، تقدم للدفع من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري إلى البنك الخارجي الجزائري في غرفة المقاصة ثم بعد ذلك، ترفض بسبب عدم كفاية الرصيد؛

نظرا وأنه بعد أن ترجع إلى البنك التجاري والصناعي الجزائري في اليوم التالي تقدم هذه الشيكات من جديد في اليوم الموالي لترفض للمرة الثانية ولتعاد مرة أخرى. ففي أغلب الحالات ترفض هذه الشيكات لمرات عديدة قد تبلغ أحيانا 10 مرات قبل أن تسدد، وأن عملية التقديم من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري/ الرفض من طرف البنك الخارجي الجزائري تنتهي بتسديد الشيك عند تاريخ استحقاق الكمبيالة التي عليها يسند الشيك؛

نظرا وأنه في هذا الصدد، قام البنك التجاري والصناعي الجزائري بتقديم الشيك رقم 7490259 بمبلغ 133.500.000 د ج إحدى عشر (11) مرة ما بين فترة (11)

12 أكتوبر و 24 نوفمبر 2002 وقد رفض 10 مرات من طرف البنك الخارجي الجزائري لعدم كفاية الرصيد ولم يسدد إلا عند المرة الحادية عشر (11) في غرفة المقاصة بقيده في الجانب الدائن لحساب CODIPALOR المفتوح لدى وكالة البنك التجاري والصناعي الجزائري "201" بوهران وقد تم إسناد هذا الشيك الذي يعد صاحبه وعلى رزاق و مستفيده CODIPALOR على الكمبيالة بنفس المبلغ و المستفيد منه شركة SOTRAPLA ؛

نظرا وأنه خلال الفترة ما بين أكتوبر ونوفمبر 2002، تم إثبات بالخصوص أن:

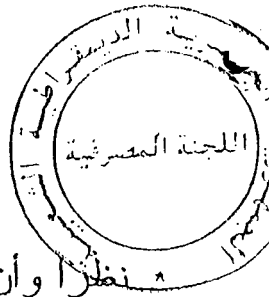
- شركة SOTRAPLA سحبت على نفسها 17 شيك دون رصيد وساحب هذه الشيكات هو المستفيد بما أن نديه حساب جاري عند البنك المتقدم (البنك التجاري والصناعي الجزائري) وعند البنك المسحوب عليه (البنك الخارجي الجزائري) وقد رفضت هذه الشيكات المقدرة بمبلغ إجمالي . 1.495.840.000 د ج 29 مرة بسبب عدم كفاية الرصيد ؛

- شركة (FND) SARL FOUATIH NEBIA FOOD ، سحبت 35 شيك بدون مؤونة بمبلغ إجمالي 4.007.145.202,12 د ج وقد رفضت هذه الشيكات 126 مرة بسبب عدم كفاية الرصيد؛

- وعلى رزاق سحب 11 شيك بدون رصيد بمبلغ إجمالي 1.304.365.000 د ج، و المستفيد منها CODIPALOR وهي الشركة التي فيها صاحب الشيكات بصفة شريك ومسير في نفس الوقت و رفضت هذه الشيكات 40 مرة لعدم كفاية الرصيد؛

نظرا وأن البنك التجاري والصناعي الجزائري قدم عدة مرات في غرفة المقاصة ،شيكات ترجع بدون دفع في كل مرة فإنه قد خالف قواعد السير الحسن للمهنة المصرفية؛

نظرا وأن البنك التجاري والصناعي الجزائري يؤكد بأنه لم يرتكب جنحة إصدار شيكات بدون رصيد طبقا للمادة 538 من القانون التجاري بما أنه ليس هو صاحب الشيكات ولا هو المستفيد ولكنه اكتفى بتقديمها للتسديد غير أنها رفضت من طرف البنك الخارجي الجزائري، وبما أن القانون الجزائري له تفسير ضيق فلا يمكن أن ينسب إليه جنحة إصدار الشيكات بدون رصيد؛



منظراً وأن قرار التأييب لا يشير إلى جنحة إصدار شيكات بدون رصيد مرتكبة من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري لكنه يشير إلى مخالفة قواعد السير الحسن في القيام بالمهام المصرفية؛

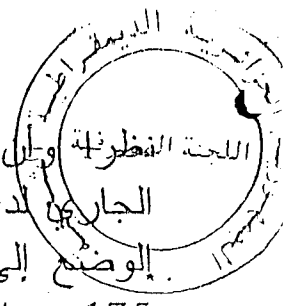
نظراً وأنه بعدم إرجاع إلى زبائنه الشيكات المأخوذة للتحصيل و التي أرجعت دون تسديد من طرف البنك الساحب بل و بتقديمها كل مرة في غرفة المقاصة، فإن البنك التجاري والصناعي الجزائري، عن علم، قد قبل الحصول على شيكات مصدرة بدون رصيد مخالفاً بذلك أحكام المادة 538 من القانون التجاري وقواعد السير الحسن للمهنة المنصوص عليها في المادة 143 من القانون المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم؛

حول رصيد الحساب الجاري للبنك التجاري والصناعي الجزائري لدى بنك الجزائر :

نظراً وأنه على أساس المعلومات المرسلة، تم إثبات أن الحساب الجاري للبنك التجاري والصناعي الجزائري لدى بنك الجزائر سجل منذ 27 ماي 2003 انخفاض أدى إلى وضعية الأموال الجائر التصرف فيها لا تسمح له بتغطية احتياجات الدفع المطلوبة في غرفة المقاصة وهو الشيء الذي يعبر عن الصعوبات المالية التي يواجهها البنك؛

نظراً وأن هذا الحساب الجاري سجل أرصدة مدينة خلال أيام 2، 3 و 4 جوان 2003 وأن هذه الأرصدة قد تولدت أساساً بسبب سحب شيكات البنك وتغطية التحويلات بالعملة الصعبة؛

نظراً وأنه بانعدام القروض الممنوحة قانوناً من طرف بنك الجزائر حسب الشروط المنصوص عاينها في المادة 74 من القانون المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، تكون الأرصدة المدينة لحساب الجاري للبنك التجاري والصناعي الجزائري مخالفة لأحكام المادة 84 من نفس القانون؛



وإن البنك التجاري والصناعي الجزائري يعترف صراحة بأن حسابه التجاري لدى بنك الجزائر قد عرف وضعاً سلبياً بشكل غير متوقع وأنه يسند هذا الوضع إلى تجميد حساباته تبعاً لقرار البنك الخارجي الجزائري بتطبيق المادة 175 من القانون المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم؛

نظراً وأن البنك التجاري والصناعي الجزائري ينتقد تطبيق هذه المادة معتبراً أنه يجب استعماله من طرف بنك ضد زبونه وليس من طرف بنك ضد بنك آخر؛

نظراً وأن البنك التجاري والصناعي الجزائري يعتبر بأن التجميد المسلط على حساباته يكون قوة قاهرة وأنه من اللازم تبرئته من هذا الاعتراض غير أن التطبيق الأسبق للمادة 175 من القانون المذكور ليس من اختصاصات اللجنة المصرفية؛

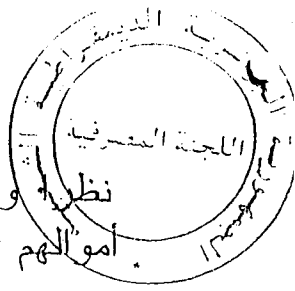
نظراً وأن تجميد حسابات البنك التجاري والصناعي الجزائري ناتج عن التزاماته الخاصة ولا يمكن أن تكون حالة قوة قاهرة تعفيه من مسؤولياته وبما أن الوقائع ثابتة فالتالي يحق الأخذ بها ضد البنك التجاري والصناعي الجزائري؛

حول تكوين الاحتياط الإلزامي:

نظراً وأنه تطبيقاً لأحكام المادة 93 من القانون المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، و النصوص التطبيقية التالية:

- التعليم رقم 16 - 94 المؤرخة في 09 أفريل 1994 المتعلقة بوسائل سير السياسة النقدية وإعادة تمويل البنوك،
- التعليم رقم 01 - 2001 المؤرخة في 11 فيفري 2001 المتعلقة بنظام الاحتياط الإلزامي،
- التعليم رقم 06 - 2002 المؤرخة في 11 ديسمبر 2002 المعدلة للتعليم رقم 01 - 2001 المتعلقة بنظام الاحتياط الإلزامي،

البنوك ملزمة بتكوين الاحتياط الإلزامي على جميع الودائع بالدينار مهما كان طابعها؛



نظرا وأن الهدف من هذا الاحتياط هو مراقبة سيولة البنوك وضبط قدرة أموالهم القابلة للسلف و مخاطر القروض المرتبطة بها؛

نظرا أن هذا الاحتياط الإلزامي يكون في فترات شهرية تتراوح من اليوم الخامس عشر (15) لكل شهر إلى اليوم الرابع عشر (14) للشهر الموالي وقد حدد معدل الاحتياط الإلزامي بـ 6,25% وهذا منذ 15 ديسمبر 2002؛

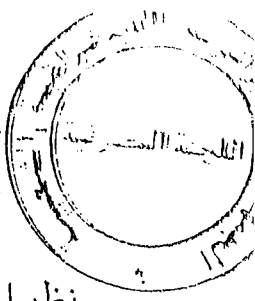
نظرا أن المعلومات التي وصلت إلى اللجنة المصرفية أثبتت بأن البنك التجاري والصناعي الجزائري لم يحترم الالتزام بتكوين الاحتياط الإلزامي خلال الفترات المتراوحة من 15 أفريل إلى 14 ماي 2003 ومن 15 ماي إلى 14 جوان 2003 ويكون بذلك قد خالف الأحكام التشريعية و التنظيمية المذكورة سابقا؛

نظرا وأن البنك التجاري والصناعي الجزائري يعترف في مذكرة الدفاع بأنه لم يحترم الالتزام بتكوين الاحتياط و يسنده بدون سبب إلى الاضطرابات الغير المتوقعة وإلى حجز حساباته معتبرا ذلك قوة قاهرة غير أن الأفعال التي أسس عليها الاعتراض لا تكون له صفة عدم توقعها ومقوماتها وبالتالي لا يمكن أن تكون قوة قاهرة باتجاه المصرفي المحنك؛

حول احترام التشريع والتنظيم فيما يخص عمليات التجارة الخارجية والصرف:

نظرا وأنه تبين إثر مهمة مراقبة في عين المكان لعمليات التجارة الخارجية والصرف خلال السنوات المالية 2000، 2001 و 2002 ، من أن البنك خالف الأحكام التشريعية المطبقة في هذا المجال وتم الإدلاء بالاعتراضات الآتية :

- عدم مطابقة فهارس تعيين المحل ،
- عدم وجود الموافقات المسبقة للتحويلات و الضمانات الكافية ،
- التصفية الغير الشرعية لمافات تعيين المحل ،



غياب متابعة، مرافية و ترجيل ناتج الصادرات،
عدم احترام مستوى الالتزامات الخارجية بالتوقيع ؛

نظرا وأنه تم إثبات خلال التحقيقات، مخالفات جزائية لتشريع ولتنظيم
الصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج وقد حررت من أجل ذلك
محاضر إثبات المخالفات و أتخذ الإجراء القانوني المعمول به؛

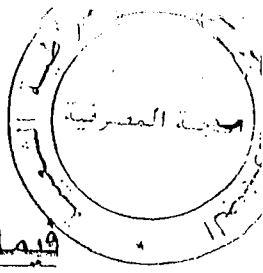
- فيما يخص عدم مطابقة فهارس تعيين المحل:

نظرا لأن فهارس قديمات الاستيراد المعينة المحل والموسومة على مستوى
04 شبابيك معينة المحل للبنك التجاري والصناعي الجزائري (بن عكنون،
وهران، تيزي وزو ومستغانم) بينت عند فحصها:

- مسك فهارس على شكل أوراق منفصلة ،
- عدم إعطاء بعض الأرقام لتعيين المحل ،
- عدم احترام التقنين لتعيين المحل المصرفي (لايوجد إلا التاريخ و رقم التسلسل) ،
- إعطاء بعض الأرقام لتعيين المحل بصفة مزدوجة ،
- أن رقم التسلسل الكرونولوجي لملفات تعيين المحل غير مجدد في كل ثلاثي ،
- إكتضااض ،
- عدم تطابقية أرقام فهارس تعيين المحل مع تلك الموجودة في الفواتير المعنية ؛

نظرا وأن عدم مطابقة مسك فهارس تعيين المحل تكون مخالفة لأحكام النظام
رقم 91 - 12 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بتعيين محل الواردات و
المذكورة رقم 53 - 2000 المؤرخة في 27 نوفمبر 2000 المتعلقة بتقنين
تعيين المحل المصرفي للواردات؛

نظرا وأن الوقائع المتعلقة بهذا الاعتراض، والذي وصفها ممثل الخاضع في
مذكرة دفاع محاميه كظاهرة ثقافية معترفا وأنه من الصعب التهرب منها
ملتزما بأنه يقدم كل ما في وسعه لتجنبها وبالتالي يجب الأخذ بها كأنها ثابتة؛



فيما يخص وجود الموافقة المسبقة للتحويلات و الضمانات الكافية:

نظرا وأن ملف الاستيراد المعين المحل لدى وكالة وهران تحت رقم 39 /00205/10/024/311101 يتعلق بشراء ثلاثة طائرات من نوع بوينغ 737 لسنة 1980 من طرف شركة ريم آر لين لدى شركة سبكتروم أيرو سباس سال لبنان بين أن:

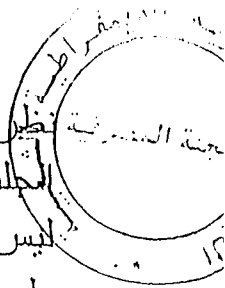
مبلغ العقد المقدر ب (3.750.000 دولار من ضمنه تسبيق ل300.000 دولار يعتبر كإيداع للأمان) قد تم تحويله على النحو التالي:

- في 16 ديسمبر 2002 مبلغ 1.450.000 دولار (بما في ذلك تسبيق 300.000 دولار) ،
- في 19 ديسمبر 2002 مبلغ 1.150.000 دولار ،
- في 09 جانفي 2003 مبلغ 500.000 دولار ،
- في 23 جانفي 2003 مبلغ 650.000 دولار ؛

نظرا وأن تنفيذ هذه التحويلات تبين بأن البنك التجاري والصناعي الجزائري قد :

- قام بدفع أقساط تفوق النسب المسموح بها (15 % من مبلغ العملية) دون الحصول على ترخيص مسبق خاص من طرف بنك الجزائر طبقا للمادة 12 من النظام رقم 91-12 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بتعيين محل الواردات؛
- قام بدفع تسبيق وأربعة (04) أقساط دون الحصول مسبقا على الضمانات الكافية؛
- نفذ التحويلات دون أن يكون لديه المستندات اللازمة لا سيما وثائق الشحن، الفواتير النهائية و الوثائق الجمركية ؛

نظرا وأنه قام بهذا، فإن البنك التجاري والصناعي الجزائري قد خالف أحكام المادتين 9 و 12 من النظام رقم 91 - 12 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بتعيين محل الواردات؛



نظرا وأن البنك التجاري والصناعي الجزائري، في المذكرة التي سلمت خلال الجلسة، يعترف أنه قام بعدة تحويلات خلال عملية شراء الطائرات وهذا ليس عن طريق التسبيقات كما هو منسوب إليه في قرار التأييد لكن عن طريق تزويد الحساب المفتوح لدى البنك SARADAR توقعاً لتنفيذ العقد النهائي المبرم في شهر فيفري 2003 للسماح هكذا بتحويل ملكية الطائرات لصالح شركة RYM AIRLINES وإدماجها في الأسطول الجوي الجزائري على أساس الترخيص بالاستعمال الجزئي، ترقيمها لدى مصالح الملاحه الجوية لوزارة النقل ودفع الثمن؛

نظرا وأن هذه الحجج المقدمة من طرف الدفاع ما هي إلا إقرار بعدم مراعاة الإجراءات المنصوص عليها فيما يخص تعيين سجل اللواترات ونسب الأثرات بانحرافه عن الأنظمة من أجل الوصول إلى هدف الاستيراد رافضا هكذا الطابع المسبق الإلجباري لاحترام الإشكاليات المطلوبة في هذا المجال وخاصة تلك المنصوص عليها بالمادتين 9 و12 من النظام رقم 91-12 المؤرخ في 14 أوت 1991 المذكور أعلاه؛

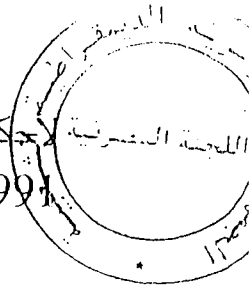
فيما يخص التصفية الغير القانونية لملفات تعيين المحل :

نظرا وأن دراسة ملفات تعيين المحل للواردات مكنت من الكشف على أن بعض منها صرحت مصفاة في حين أن:

- الوثائق الإلجبارية غير موجودة كالوثائق الجمركية، وثنائق الشحن، الفواتير النهائية والنماذج الإحصائية F74؛
- المبالغ المذكورة في الفواتير النهائية غير منسجمة مع المبالغ المسجلة في النموذج الإحصائي؛
- الزيادات الغير المصرح بها تثبت أن نسبة المبالغ المحولة تتجاوز تلك المدونة على الفواتير النهائية.

نظرا وأن التعهدات المقدمة من طرف البنك الخاضع في مذكرته للدفاع من أجل الحرص في المستقبل على تنفيذ هذه التعهدات لا تعفيه من الاحترام الحالي لهذه الأخيرة وأن هذا الوضع يدل على أن البنك في حالة مخالفة

اللائحة التنفيذية لإحكام المواد 14، 15 و 18 من النظام رقم 91-12 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بتعيين محل الواردات؛



فيما يخص المتابعة و المراقبة و عدم ترحيل ناتج الصادرات:

نظرا وأن عمليات مراقبة ملفات تعيين المحل للصادرات المفتوحة لدى وكالة وهران كشفت مخالفات جسيمة وهي:

- عدم وجود الوثائق الجمركية، ووثائق الشحن و النماذج الإحصائية وكل هذه الوثائق غير موجوده في معظم ملفات التمهينة التي تخص خاصة تلك المفتوحة من طرف المصدرين للسماك، للبقايا معدنية وللجلود،

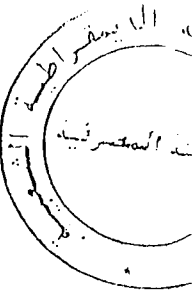
- عدم ترحيل ناتج الصادرات التي تم إثباتها على مستوى عمليات تعيين المحل لاسيما، من قبل المصدرين للسلع المذكورين أدناه :

- بلقاسم جمال، مصدر للسماك ،
- حنفي بوعمران، مصدر للسماك ،
- دالي محمد، مصدر للسماك ،
- رمساس جلود، مصدر للجلود ،
- مؤسسة تونسي، مصدر للبقايا المعدنية ،

- نقائص في الترحيلات التي تم إثباتها على مستوى العمليات المعينة المحل، لاسيما، من طرف الشركة ذات المسؤولية المحدودة أريون كوير ، المصدرة للجلود ،

- تجاوزات ميعاد الترحيل المتعلقة، لاسيما، بالعمليات المعينة المحل من طرف المصدرين الآتية أسماءهم :

- بلقاسم جمال، مصدر للسماك ،
- الشركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، نوافكوير، المصدرة للجلود ،



- الترحيلات الغير القانونية لإيرادات الصادرات عن طريق الحامل مخالفاً
المذكرة رقم 01-93 المؤرخة في 24 فيفري 1993 لبنك الجزائر التي
لا تمكن بدفع الأوراق المالية بالعملة الصعبة إلا لمصدري السمك
الغرييض و القشيرات في شبابيكهم المعينة المحل مقابل تسديد
صادراتهم وتبث شنوذ من هذا النوع عند مراقبة العمليات المعينة المحل
وخاصة تلك التي حققتها الشركة ذات المسؤولية المحدودة أريون كوير،
المصدرة للجلود؛

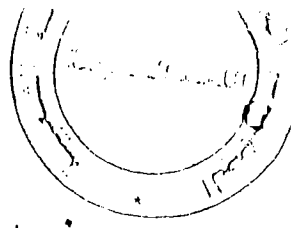
نظرا وأن البنك التجاري والصناعي الجزائري أعترف بالتفانص التي سببها
لزبائنه غير أنه قدم وثائق مقنعة لإثبات منهم (الشركة ذات المسؤولية المحدودة
جنيديس و الشركة ذات المسؤولية المحدودة صوبلي) دون أن يبرر المخالفات
المرتكبة خلال العمليات المنجزة من طرف الزبائن الاخرين؛

نظرا وأنه، بالإضافة إلى ذلك تم إثبات عدم وجود التصريحات الخاصة بالعمليات
المعينة المحل للتصدير من طرف وكالة وهران و التأخيرات العديدة من طرف
وكالة بن عكنون ؛

نظرا وأن مختلف الوقائع المذكورة سابقا و المتعلقة بغياب المتابعة، المراقبة
وترحيل ناتج الصادرات تكون مخالفة لأحكام:

- المواد 11، 17، 20، 22، 23، و 24 من النظام رقم 91-13 المؤرخ
في 14 أوت 1991 و المتعلق بتعيين المحل وبالتسوية المالية
للصادرات من غير المحروقات ،

- و المادتين 7 و 29 من النظام رقم 95-07 المؤرخ في 23 ديسمبر
1995 المعدل والمعوض للنظام رقم 92-04 المؤرخ في 22 مارس
1992 والمتعلق بمراقبة الصرف؛



فيما يخص احترام مستوى الالتزامات الخارجية بالتوقيع:

نظرا وأنه تطبيقا لأحكام:

- المادة 4 من التعليمية رقم 20-94 المؤرخة في 12 أفريل 1994 المحددة للشروط المالية لعمليات الاستيراد؛

- و المادة 2 من التعليمية رقم 68-94 المؤرخة في 25 أكتوبر 1994 المحددة لمستوى الالتزامات الخارجية

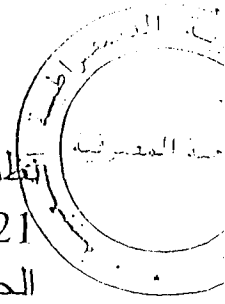
يجب على البنوك أن تحتفظ بصفة دائمة بمستوى التزاماتهم الخارجية بالتوقيع في حد لا يتجاوز بأربع (4) مرات أموالهم الخاصة كما هو منصوص عليه في الأنظمة الاحترازية؛

نظرا من جهة أخرى، ووفقا للمادة 3 من التعليمية رقم 08-2002 المؤرخة في 26 ديسمبر 2002 و المتضمنة نماذج التصريح من طرف البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة لمستوى التزاماتهم الخارجية ، فإن البنوك والمؤسسات المالية ملزمة بتصريح مستوى التزاماتهم الخارجية بالتوقيع و المتعلقة بعمليات الاستيراد شهريا لبنك الجزائر وهذا في أجل أقصاه خمسة عشرة (15) يوما بعد تاريخ القفل؛

نظرا وأنه يتبين من التقرير الذي أعدته المديرية العامة للمفتشية العامة لبنك الجزائر أن المعايير التنظيمية المتعلقة بالالتزامات الخارجية بالتوقيع غير محترمة من قبل المصرف حيث تم تسجيل بتاريخ 31-12-2002 مايلي :

- بلغت الالتزامات الخارجية بالتوقيع 3.187 مليون دينار عوض 2.295 مليون دينار كما صرح بها من طرف البنك ؛

- يقدر صافي الأموال الخاصة ب 502 مليون دينار عوض 2379 مليون دينار كما صرح به البنك،
أي ما يعادل نسبة 6,35%؛



نظرا وأنه استنتج من دراسة الوثيقة المشار إليها في مذكرة الدفاع تحت رقم 21 و التي تعتبر كتصريح دوري غير مصادق عليها من طرف مدقيقي الحسابات، عكسا عن ما هو مقدم ، وأن مبلغ الالتزامات الخارجية بالتوقيع قدر بـ 2.767 مليون دج ، مع أن المبلغ المصحح لذلك المقدم من قبل البنك الخاضع، يبقى أقل من المبلغ الذي تم إثباته من طرف المديرية العامة للمفتشية العامة لبنك الجزائر في تقريرها حول الرقابة في عين المكان المعد في 08 جويلية 2003 أي 3.187 مليون دج وهو المبلغ المستخرج من الميزانية المحاسبية للبنك التجاري والصناعي الجزائري؛

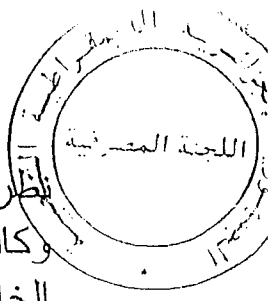
ننظر أنه تبين من دراسة الوثيقة رقم 22 المقدمة خلال الجلسة من طرف الدفاع على أن الوثائق الموجودة غير ممضاة من طرف إلا واحد من مدقيقي الحسابات فحسب بل وزيادة على ذلك علامة التصديق على الصفحة 7 من تلك الوثيقة تخص البيانات المالية المغلقة في 31 ديسمبر 1999 وليس تلك الخاصة بالسنة المالية 2002؛

نظرا وان الوسيلة التي تأسس عليها الدفاع حول المصادقة على حسابات السنة المالية 2002 أصبحت باطلة بسبب موقف مدقق الحسابات السيد بولحدور شكيب ، في رسالته المرسلة يوم 11 جوان 2003 إلى الرئيس المدير العام للبنك التجاري والصناعي الجزائري و التي من خلالها يلغي المصادقة على حسابات السنة المالية 2002 نتيجة للشكوك الظاهرة حول شمولية التسجيلات بالخصوص الالتزامات بالتوقيع (الضمانات) وبالتالي يجب القول أن المخالفة بمقتضيات الأنظمة المذكورة أعلاه و الخاصة بتجاوز مستوى الالتزامات الخارجية بالتوقيع ثابتة؛

حول عدم تسديد شيكات على مستوى المقاصة:

نظرا وأنه تم الإشارة إلى وقوع إشكالات كبيرة على مستوى غرف المقاصة بوهران والجزائر وأنه فرض على وكالة البنك بوهران إجراء تعليق الانظام لغرفة المقاصة بسبب عدم تغطية رصيدها المدين للمقاصة بتاريخ

26 ماي 2003؛



نظرا وأن وضعية الحساب الجاري للبنك التجاري والصناعي الجزائري لدى وكالة الجزائر ببنك الجزائر لم تعد تسمح بالإنتهاء العادي لعمليات المقاصة الخاصة مع البنوك الأخرى و زيادة على ذلك لم ترجع للبنك الشيكات الغير المدفوعة و المقدرة بمبلغ يفوق 70 مليون دينار وهذا منذ 18 جوان 2003؛

نظرا وأن الأحكام الخاصة بالشيكات و التحويلات للاتفاقية الخاصة بغرفة المقاصة الموقع عليها من طرف البنك الخاضع تنص صراحة أن " المؤسسة المقدمة تسدد لصاحب المصرف المسحوب عليه ، عند الجلسة الموالية لغرفة المقاصة، مبلغ الشيكات المرفوضة"؛

نظرا وأن البنك التجاري والصناعي الجزائري اعترف بأنه لا يستطيع المشاركة في جلسات غرفة المقاصة بسبب عدم قدرته على تسديد الشيكات المقدمة من طرف البنوك الزميلة وذلك تبعا لحجز وتجميد حساباته و الذي يعتبره انه قوة قاهرة لكن وان هذه الوضعية ناتجة عن تصرفه الخاص وان الحجز، إجراء شرعي يبقى متوقع وممكن تجاوزه بأخذ كل التدابير التي تسمح برفع اليد عليه وبالتالي يجوز للبنك التجاري والصناعي الجزائري أن يتمسك بحالة من حالات القوة القاهرة وبما أن البنك لم يحترم التزاماته المأخوذة في إطار تلك الاتفاقية فإنه قدخالف قواعد السير الحسن للمهنة المصرفية المشار إليها في المادة 143 من القانون المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم؛

حول السفتجات المضمنة احتياطيا :

نظرا وأن البنك بصفته بنك معتمد مؤهل للقيام بعمليات البنوك خاصة عمليات القروض، كما هي محددة في المادة 110 من القانون المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، و أن هذا الضمان، عمل لقاء عوض، يمثل عملية قرض بمفهوم المادة 112 من نفس القانون؛

نظرا وأن تسديد سفتجة مضمنة احتياطيا يعتبر أمرا مضمونا عند تاريخ استحقاقها بالالتزام المأخوذ تطبيقا لأحكام المادة 409 من القانون التجاري؛



نظرا و أن البنك التجاري والصناعي الجزائري أبلغ محافظ بنك الجزائر عن طريق المراسلة المؤرخة في 24 ماي 2003، بأنه قام بتوقيف دفع السفتجات للأسباب التالية:

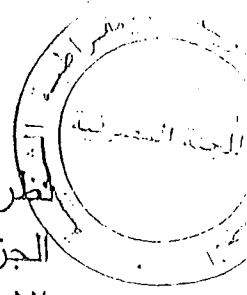
- لم يستلم زبائنه السلع، موضوع السفتجات المذكورة أعلاه ،

- لم تتقيد وكالة البنك الخارجي الجزائري بوهان بالأجال المحددة لتقديم السفتجات للدفع كما هو منصوص عليه في المادة 414 من القانون التجاري؛

نظرا وأنه تبين من تقرير الرقابة المعد في 08 جوان 2003 أن 41 سفتجة المستحقة بتاريخ 30 أبريل 2003 تقدر بمبلغ إجمالي قدره 4.2 مليار دج ضمنت من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري وأن هذه السفتجات تم خصمها فورا من طرف البنك الخارجي الجزائري وأنها قدمت عند تاريخ استحقاقها في غرفة المقاصة لكن دفعها رفض من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري للأسباب المذكورة أعلاه؛

نظرا وأن المادة 419 من القانون التجاري تنص على سببين لمعارضة الدفع: ضياع السفتجة أو إفلاس الحامل وأن السفتجة كوسيلة للدفع في توريد السلع والخدمات تسند لمعاملة تجارية حقيقية و معارضة دفعها لا يمكن أن يقوم على أساس عدم تسليم السلع أو تقديم الخدمات وعليه لا يمكن للبنك التجاري والصناعي الجزائري التهرب من التزامه بوفاء السفتجات المضمنة؛

نظرا وأن السفتجات المضمنة قد رفضت عند تقديمها للدفع في تاريخ استحقاقها يكشف عن وجود إجراء غير قانوني ومخالف لقواعد السير الحسن للمهنة المصرفية وأن هذا الإجراء يعتمد على فروسية السندات المالية من خشب «une cavalerie d'effets de commerce en bois» للسماح لبعض زبائنه لا سيما الشركة ذات المسؤولية المحدودة سوترا بل و شركة ذات المسؤولية المحدودة فواتيخ من الحصول على قروض بالصندوق هامة لدى البنك الخارجي الجزائري عن طريق خصم 100 % السفتجات التي قام البنك التجاري والصناعي الجزائري بضمائها وهذا بدون تقديم أي أموال أو خدمات؛



نظرا وأن خصم السفتجات المضمنة من طرف البنك، أضحي البنك الخارجي الجزائري بمخزون يقدر ب 7,3 مليار دج من الديون المضمونة بالضمان الاحتياطي و التي رفض تسديدها من طرف البنك التجاري والصناعي الجزائري ونتيجة لذلك البنك الخارجي الجزائري مستعملا المادة 175 من القانون المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم فتح إجراء حجز حسابات البنك التجاري والصناعي الجزائري و أن نفس الإجراء أستعمل كذلك يوم 22 جوان 2003 من طرف بنك المغرب العربي للاستثمار والتجارة « BAMIC » من أجل الحصول على دين يقدر مقابل قيمة 896.379.331,50 دج؛

نظرا وأن هذا الحجز كشف عدم توازن ملحوظ في الهيكل المالي للبنك التجاري والصناعي الجزائري معبرا على ضعف مستوى أمواله الخاصة وكذا الأموال الجائز التصرف فيها ؛

وعليه،

نظرا وأنه عندما صرح البنك التجاري والصناعي الجزائري بنواياه لتسوية وضعيته، هذه الوضعية التي ليست خطيرة كما هو وارد في قرار التانيب، أقر البنك بإخفاقه ناسبا عدم تسديد السفتجات المضمونة احتياطيا للتصرف السيء للبنك الزميل مستندا في ذلك على تفسيراته للمواد 414 و 415 من القانون التجاري و 175 من القانون المتعلق بالنقد والقرض ، المعدل والمتمم و بينما في هذه الحالة، يجب القول أن اللجنة المصرفية لا يمكن لها الفصل في نزاعات هي من اختصاص جهات قضائية أخرى في حين أن الوقائع المتعلقة بعدم تسديد عند تاريخ الإستحقاق السفتجات المضمونة احتياطيا قد تم إعدادها وتكون ضرر خطير لقواعد السير الحسن للمهنة المصرفية؛

نظرا وأنه بموجب المادة 161 من القانون رقم 90-10 المشار إليه سابقا ، طلب محافظ بنك الجزائر، بالمراسلة رقم 173-2003 المؤرخة في 03 أوت 2003، من مساهمي البنك التجاري والصناعي الجزائري تقديم فورا دعم مالي ضروري لمصرفهم نظرا لاختلال توازن هيكله المالي؛

نظرا وأنه لم يقدم أي جواب كتابي خصص لهذا الطلب الملح خلال الجلسة التأديبية ليوم 19 أوت 2003 ، كرر رئيس الجلسة هذا الطلب وإجابة على ذلك ، أشار السيد خروبي بدر الدين عبد العزيز إلى التعهدات المتخذة من طرف المساهمين في الجمعية العامة الغير العادية بتوظيف رئيس مدير عام جديد وفتح رأس مال البنك التجاري والصناعي الجزائري؛

نظرا وأن هذه الإجابة لا تتماشى بالفعل مع الطلب المقدم من طرف محافظ بنك الجزائر طبقا للمادة 161 من القانون رقم 90-10 المشار إليه سابقا وأنه يجب الأخذ بعين الاعتبار الانعكاسات المنجزة من الإخفاق الثابت لمساهمي البنك التجاري والصناعي الجزائري من أجل تنظيم الدسم السالي السنوي لمصرفهم؛

نظرا وأنه في غياب دعم مالي معتبر من طرف المساهمين، أصبح البنك التجاري والصناعي الجزائري في وضعية توقيف عن الدفع وأنه في حالة عدم إثبات بأن أصوله تفوق فعلا خصومه اتجاه الغير بمبلغ يوازي على الأقل الرأسمال الأدنى كما هو منصوص عليه في المادة 134 من القانون المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم؛

نظرا وأن الدفوع المقدمة من طرف ممثل المساهمين والمتعلقة بالمبادرات المرتقبة من أجل تسوية وضعية البنك ليس لها أي طابع حالي وقابل للتنفيذ يمكن أن تقارن مع الوضعية الخطيرة التي يوجد فيها المصرف وبالتالي يجب القول بأنها غير كافية؛

نظرا وأنه وصل إلى اللجنة المصرفية في شهر جويلية 2003 أن أحد مدققي حسابات البنك التجاري والصناعي الجزائري أخبر الرئيس المدير العام لنفس البنك، بموجب مراسلة مؤرخة في 11 جوان 2003 أن " الحسابات تشمل شكاوك معتبرة تسمح بالتساؤل من جديد عن مصدقية ميزانية 2002 " هذا من جهة ومن جهة أخرى، أن مدقق الحسابات الثاني أعلن رئيس مجلس الإدارة أنه " ينوي التراجع عن النتيجة المالية المحاسبية للسنة المالية المقفلة في 31 ديسمبر 2002 " بسبب عدم كفاية المؤونة نتيجة عن حادث وقع عند إقفال السنة المالية؛

نظرا وأنه لتغيير موقف جاء يؤكد خطورة الوضعية المالية للبنك التجاري والصناعي الجزائري وأنه بعد مبادرة مدقيقي الحسابات طبقا لأحكام المادة 715 مكرر 11 من القانون التجاري، فتح إجراء الاستعجال لكي يجتمع كل من مجلس الإدارة و الجمعية العادية لغرض اخذ التدابير الضرورية هدفها مواجهة الوقائع التي تهدد استمرارية النشاط؛

نظرا وأن هذا الإجراء الاستعجالي لم يؤخذ بعين الاعتبار من طرف المساهمين بما أن الجمعية العامة الغير العادية المستدعاة ل يوم 12 جويلية 2003 من طرف مدقيقي الحسابات لم يتم انعقادها واثبت ذلك من طرف محضر قضائي؛

نظرا وأنه بتقدير صحيح لخطورة وعدد المخالفات والشذوذ المرتكبة في البنك التجاري والصناعي الجزائري من جهة، و الأخذ بتغيير موقف مدقيقي الحسابات من جهة أخرى وأخيرا لانعدام العناية الملموسة من قبل المساهمين و المسيرين من أجل تصحيح وضعية البنك ، إستوجب على اللجنة المصرفية أن تلجأ إلى أقصى عقوبة منصوص عليها في المادة 156 سادسا من القانون المتعلق بالنقد والقرض، وهي سحب الإعتماد؛

نظرا وأنه يمكن للجنة المصرفية وهذا بموجب المادة 157 من القانون المتعلق بالنقد والقرض، أن تضع قيد التصفية وأن تعيين مصفي للبنوك التي يسحب منها الإعتماد وأنه بعد ما قررت سحب الإعتماد للبنك التجاري والصناعي الجزائري من خلال تقدير صحيح للظروف التي أدت إلى اتخاذ العقوبة المذكورة أعلاه يحق وضع هذا البنك قيد التصفية مع تعيين مصف باحترام نص المادة 141 من القانون المتعلق بالنقد والقرض؛

نظرا وأنه يحق للجنة المصرفية إطلاع الجمهور على كل المعلومات التي تعتبرها ضرورية وهذا طبقا للمادة 167 من القانون المتعلق بالنقد والقرض وفي القضية الحالية فإن إيلاغ منطوق القرار المأخوذ يبدو ضروريا للمصالح العام ويتعين إجراء بالإعلان عنه؛

لهذه الأسباب وطبقا للمواد 156 الفقرة 6، 157، 159 و 167 الفقرة 3 من القانون المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم؛

قررت

المادة الأولى: سحب الاعتماد الممنوح " للبنك التجاري والصناعي الجزائري " بصفته بنك بمقتضى المقرر رقم 08-98 الصادر عن محافظ بنك الجزائر بتاريخ 24 سبتمبر 1998.

المادة الثانية: وضع قيد التصفية الشركة ذات الأسهم " البنك التجاري والصناعي الجزائري".

المادة الثالثة: تعيين مصفي للقيام بعمليات التصفية.

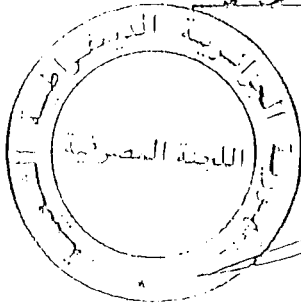
المادة الرابعة: إعلام الجمهور بمنطوق هذا القرار.

المادة الخامسة: تكليف الأمين العام للجنة المصرفية بتنفيذ هذا القرار.

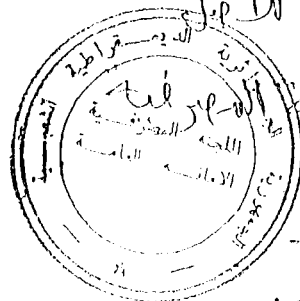
وذلك في جلستها المنعقدة بمقر اللجنة المصرفية، 07 شارع أرنستو شي فيفارة - الجزائر، يوم الواحد والعشرين من شهر أوت سنة الفين وثلاثة.

رئيس اللجنة المصرفية

علي تواتي



[Handwritten signature]



نسخة مطابقة للأصل
الأمين العام
[Handwritten signature]

الفهرس

| | |
|---------|---|
| 01..... | مقدمة..... |
| 09..... | الباب الأول: الدولة و المسؤولية في مجال القرض البنكي..... |
| 09..... | الفصل الأول: تدخل الدولة في مجال القرض البنكي..... |
| 09..... | المبحث الأول: مجال تدخل الدولة |
| 09..... | المطلب الأول: مجال التدخل من حيث الأشخاص: البنوك و المؤسسات المالية |
| 10..... | الفرع الأول: تعريف البنك و المؤسسة المالية |
| 10..... | الفقرة الأولى: العمليات المصرفية حسب قانون النقد و القرض..... |
| 10..... | أولاً: عملية القرض |
| 10..... | ثانياً: تلقي الأموال من الجمهور |
| 13..... | ثالثاً: وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارتها..... |
| 14..... | الفقرة الثانية: خصوصيات البنك و المؤسسة المالية |
| 17..... | الفرع الثاني: الإطار الإجرائي للبنوك و المؤسسات المالية |
| 18..... | المطلب الثاني : مجال التدخل من حيث الموضوع : مفهوم القرض البنكي |
| 20..... | الفرع الأول : القرض مع وضع أموال تحت تصرف المستفيد |
| | الفقرة الأولى : القرض مع وضع أموال تحت تصرف المستفيد مستقبلاً : |
| 20..... | عقد فتح الاعتماد |
| | الفقرة الثانية : القرض مع وضع أموال تحت تصرف المستفيد فوراً : |
| 22..... | الإقراض |
| 23..... | أولاً : القرض الاستهلاكي |
| 25..... | ثانياً : عقد الخصم |
| 31..... | الفرع الثاني : القرض عن طريق التوقيع |
| 31..... | الفقرة الأولى : القروض عن طريق التوقيع في إطار الأوراق التجارية |
| 31..... | أولاً : التزام مؤسسة القرض كضامن احتياطي |
| 33..... | ثانياً : التزام مؤسسة القرض كقابل |
| 35..... | الفقرة الثانية : الكفالة البنكية |
| 36..... | أولاً : آثار عقد الكفالة في العلاقة الكفيل بالدائن |
| 39..... | ثانياً : آثار عقد الكفالة في علاقة الكفيل بالمدين |
| 40..... | الفقرة الثالثة: الاعتماد المستندي |
| 42..... | الفرع الثالث : عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء |

- المبحث الثاني: مؤسسات تدخل الدولة في مجال القرض البنكي 47
- المطلب الأول: مجلس النقد والقرض 47
- الفرع الأول: الإطار الهيكلي لمجلس النقد والقرض 47
- الفقرة الأولى: معاينة الجوانب الهيكلية لمجلس النقد و القرض 48
- أولاً: محافظ بنك الجزائر 48
- ثانياً: نواب محافظ بنك الجزائر 49
- ثالثاً: شخصيات أخرى متخصصة..... 50
- الفقرة الثانية: تقييم الجوانب الهيكلية لمجلس النقد و القرض 51
- أولاً : من حيث جهة تعيين أعضاء مجلس النقد و القرض 51
- ثانياً: من حيث مدة تعيين بعض أعضائه 52
- الفرع الثاني : الإطار الوظيفي لمجلس النقد و القرض 53
- الفقرة الأولى: الإختصاص التنظيمي لمجلس النقد و القرض..... 53
- أولاً : الإطار الموضوعي لسلطة إصدار أنظمة مجلس النقد و القرض 53
- ثانياً : الإطار الإجرائي لأنظمة مجلس النقد و القرض 59
- 1- إجراءات صدور أنظمة مجلس النقد و القرض 59
- 2- الطعن في أنظمة مجلس النقد و القرض 59
- أ- الطعن بالبطلان في أنظمة مجلس النقد و القرض 60
- ب- الطعن بعدم المشروعية في أنظمة مجلس النقد و القرض 60
- الفقرة الثانية : تحكم مجلس النقد و القرض في وجود مؤسسات القرض
عن طريق قرارات فردية 60
- أولاً : الإطار القانوني لتحكم مجلس النقد و القرض في وجود مؤسسات القرض... 60
- 1 - الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية 61
- 1/1- التأطير القانوني لشروط منح الترخيص 61
- 1/1/أ- شروط منح الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية..... 61
- شرط ممارسة الأعمال المصرفية على وجه الاحتراف..... 61
- الشروط المتعلقة بأشخاص المسيرين و المؤسسين 62
- شرط متعلق بالشكل القانوني للمؤسسة 65

- 65..... - شروط متعلقة برأس المال
- 66..... - شرط "قانونية" إسم المؤسسة موضوع طلب الترخيص
- 67..... 1/1ب- سلطة مجلس النقد و القرض في منح الترخيص
- 68..... 1/1ج- تعديل محتوى شروط منح الترخيص خلال حياة بنك أو مؤسسة مالية
- 69..... 2/1- إجراءات منح الترخيص بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية
- 71..... 2- قرار سحب الاعتماد
- ثانيا: الطعن في قرارات مجلس النقد و القرض التي تتحكم في
- 74..... وجود مؤسسات القرض
- 74..... 1- الطعن بالإلغاء في قرار رفض منح الترخيص
- 75..... 2- الطعن بالإلغاء في قرار سحب الاعتماد
- 76..... **المطلب الثاني : اللجنة المصرفية**
- 79..... الفرع الأول : الإطار الهيكلي للجنة المصرفية
- 80..... الفقرة الأولى: معاينة الجوانب الهيكلية للجنة المصرفية
- 81..... الفقرة الثانية: تقييم الجوانب الهيكلية للجنة المصرفية
- 81..... أولا: حالات التنافي
- 82..... ثانيا: مدة تعيين أعضاء اللجنة المصرفية
- 83..... ثالثا: حضور أعضاء اللجنة المصرفية لجلساتها
- 85..... رابعا: أوقات إجتماع أعضاء اللجنة المصرفية
- 86..... الفرع الثاني : الإطار الوظيفي للجنة المصرفية
- 86..... الفقرة الأولى: مجال رقابة اللجنة المصرفية
- 86..... أولا: مجال رقابة اللجنة المصرفية من حيث الأشخاص
- 87..... ثانيا : مجال رقابة اللجنة المصرفية من حيث الموضوع
- 92..... الفقرة الثانية : وسائل اللجنة المصرفية لأداء دورها الرقابي
- 92..... أولا : الرقابة على الوثائق
- 93..... ثانيا : الرقابة في الأمكنة

- 95..... الفصل الثاني: نتيجة تدخل الدولة في مجال القرض البنكي: المسؤولية
المبحث الأول: الدولة المسائلة في مجال القرض البنكي: المسؤولية أمام
95..... اللجنة المصرفية:
المطلب الأول : الإطار الموضوعي للمسؤولية التأديبية للبنوك والمؤسسات
95..... المالية
96..... الفرع الأول: الإجراءات الأولية: التحذير والأمر
96..... الفقرة الأولى: التحذير
97..... الفقرة الثانية: الأمر
98..... الفرع الثاني: العقوبات التأديبية.....
98..... الفقرة الأولى: العقوبات الخاصة بالبنوك والمؤسسات المالية.....
أولا - الشروط المشتركة لإصدار العقوبات التأديبية على البنوك
والمؤسسات المالية
98.....
98..... 1 - أن يتعلق العقاب بينك أو مؤسسة مالية
2 - أن تخالف مؤسسة القرض قواعد ممارسة النشاط ، أو لا تدعن لأمر
أو لا تهتم بتحذير
99.....
100..... ب - أنواع العقوبات التأديبية الخاصة بالبنوك والمؤسسات المالية
101..... 1 - الإنذار والتوبيخ
2 - المنع من ممارسة بعض الأعمال، وغيرها من أنواع الحد
من ممارسة النشاط
103.....
3 - التوقيف المؤقت أو النهائي لمسير أو أكثر مع تعيين قائم بالإدارة
مؤقتاً أو عدم تعيينه.....
103.....
104..... 4 - سحب الإعتماد
106..... 5 - العقوبة المالية
107..... ثالثا : تعيين مدير مؤقت
الفقرة الثانية: العقوبات المشتركة بين الغير ومؤسسات القرض:
111..... الوضع قيد التصفية
111..... أولا - وضع مؤسسات القرض قيد التصفية
116..... ثانيا - وضع غير مؤسسات القرض قيد التصفية

- المطلب الثاني: الإطار الإجرائي للخصومة التأديبية 118.
- الفرع الأول: تأطير سير الخصومة أمام اللجنة المصرفية..... 118.
- الفقرة الأولى: التبليغ 119.
- الفقرة الثانية: الحق في الدفاع 122.
- أولا : - ضرورة سماع المتابع..... 123.
- ثانيا : - إمكانية التمثيل بمحامي 126.
- الفقرة الثالثة: التقرير و المداولة 127.
- أولا: التقرير 127.
- ثانيا: المداولة 128.
- الفرع الثاني : إنتهاء الخصومة التأديبية أمام اللجنة المصرفية:
- القرار التأديبي 128.
- الفقرة الأولى: شكل القرار التأديبي 128.
- أولا: التأشير 129.
- ثانيا: المتن أو التسبب 129.
- ثالثا: المنطوق 130.
- الفقرة الثانية: تبليغ القرار التأديبي 130.
- الفقرة الثالثة: نفاذ القرار التأديبي..... 131.
- الفرع الثالث: الطعن في قرارات اللجنة المصرفية 131.
- الفقرة الأولى : قرارات اللجنة المصرفية القابلة للطعن 131.
- الفقرة الثانية : الطعن بالإلغاء في قرارات اللجنة المصرفية 132.
- أولا : الخصوصيات الإجرائية للطعن بالإلغاء في قرارات اللجنة المصرفية 132.
- ثانيا : أساس الطعن بالإلغاء في قرارات اللجنة المصرفية 133.
- الفقرة الثالثة : الطعن بوقف التنفيذ في قرارات اللجنة المصرفية 134.

المبحث الثاني: الدولة المساءلة في مجال القرض البنكي:

- المسؤولية عن أعمال مؤسسات الدولة 137.
- المطلب الأول: مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية 137.
- الفرع الأول: الطبيعة القانونية للجنة المصرفية 138.
- الفرع الثاني: إعمال مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية..... 145.
- الفقرة الأولى : القضاء الفرنسي و المسؤولية عن أعمال

- 145..... اللجنة المصرفية
- 146..... أولا: إشكالية الإستئناس بالقضاء الفرنسي
ثانيا: تطور موقف القضاء الفرنسي في مساعلة الدولة عن
- 148..... أعمال اللجنة المصرفية بصفتها سلطة إدارية
- 148..... 1- قضية KAMPMAN
- 150..... 2- قضية Achard
- 155..... 3- قضية André
- 159..... 4- قضية Waligorski
- 163..... 5- قضية El Shikh
- 165..... 6- قضية Kechichian
- الفقرة الثانية: مجلس الدولة الجزائري و المسؤولية عن
- 168..... أعمال اللجنة المصرفية
- 169..... أولا : نظام ضمان الودائع و مدى فعاليته
- 170..... 1- تحريك عملية التعويض عن طريق شركة ضمان الودائع
- 171..... 2- أسباب قلة فعالية نظام ضمان الودائع
- 171..... أ- الأسباب القانونية لقلة فعالية نظام ضمان الودائع
- 171..... 1/أ - مجال الودائع المضمونة
- 173..... 2/أ- مقدار التعويض المضمون
- 173..... 3/أ- ضعف مصادر تمويل صندوق ضمان الودائع
- 173..... ب- الأسباب الواقعية لقلة فعالية نظام ضمان الودائع
- ثانيا: مسؤولية الدولة عن أعمال اللجنة المصرفية و إشكالية
- 175..... استرداد ثقة المودعين

المطلب الثاني: مسؤولية الدولة عن أعمال مجلس النقد و القرض في مجال

- 180..... القرض البنكي
- 180..... الفرع الأول: مجلس النقد و القرض سلطة إدارية مستقلة
- 181..... الفرع الثاني: إعمال مسؤولية الدولة عن أعمال مجلس النقد و القرض
- 181... الفقرة الأولى: مسؤولية الدولة عن الأعمال التنظيمية لمجلس النقد و القرض
- 181..... أولا: مسؤولية الدولة عن الأنظمة غير المشروعة لمجلس النقد و القرض
- 1 - مسؤولية الدولة المحتملة عن خطأ التأخر في إصدار
- 182..... الأنظمة من مجلس النقد و القرض

- 2- مسؤولية الدولة المحتملة عن إصدار مجلس النقد و القرض
 أنظمة مخالفة للقانون 184.....
- ثانيا: مسؤولية الدولة عن أنظمة مجلس النقد و القرض المشروعة 187.....
 الفقرة الثانية : مسؤولية الدولة بسبب القرارات الفردية
- لمجلس النقد و القرض..... 191.....
 أولا : مسؤولية الدولة بسبب سكوت مجلس النقد و القرض أو تأخره
- في الرد على طلب ترخيص..... 192.....
- ثانيا : مسؤولية الدولة بسبب الحرمان الصريح من ممارسة النشاط..... 194.....
- 1) مسؤولية الدولة عن قرار رفض منح الترخيص الصادر عن مجلس النقد و
 القرض 195.....
- 2) مسؤولية الدولة عن قرار سحب الاعتماد الصادر عن مجلس النقد
 والقرض..... 195.....
- الباب الثاني: المسؤولية المدنية للبنك في مجال القرض 197.....**
- الفصل الأول: المسؤولية المدنية للبنك في حالة وجود القرض البنكي 197.....**
- المبحث الأول: المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزامات العامة للبنكي 198.....**
- المطلب الأول: المسؤولية عن الإخلال بمبدأ عدم التدخل و بواجب الحيطة 198.....**
- الفرع الأول : مسؤولية البنك عن إخلاله بالالتزام بعدم التدخل 198.....**
- الفرقة الأولى : مسؤولية البنك عن إكراه الزبون على الأخذ بنصائح معينة 199.....**
- الفرقة الثانية : مسؤولية البنك عن تصرفه كمسير المؤسسة المقترضة 201.....**
- الفرقة الثالثة: مسؤولية البنك بصفته شريكا فعليا للمؤسسة المقترضة 208.....**
- الفرع الثاني : المسؤولية عن الإخلال بحدود مبدأ عدم التدخل : المسؤولية عن
 الإخلال بواجب الحيطة 209.....**
- الفرقة الأولى : حالة وجود عيب ظاهر في العملية 211.....**
- أولا : أنواع العيوب الظاهرة 211.....**
- 1- العيوب المادية 211.....**
- 2- العيوب المعنوية 212.....**

- 212..... ثانيا : تصرف مؤسسة القرض في حالة ملاحظة عيب ظاهر
 214..... الفقرة الثانية : حالة كون مبلغ القرض مخصصا لغرض معين

المطلب الثاني: مسؤولية البنك و المؤسسة المالية

- 217..... في مجال المعلومات
 الفرع الأول: المسؤولية المدنية للبنك و المؤسسة المالية عن الإخلال بالإلتزام
 217..... بالسر البنكي
 218..... الفقرة الأولى - المبدأ: الخضوع للسر البنكي
 220..... الفقرة الثانية : الإستثناءات على مبدأ الإلتزام بالسر البنكي
 220..... أولا : الإستثناءات المقررة للمصلحة العامة
 220..... 1- الاستثناءات الواردة في قانون النقد و القرض
 220..... أ- اللجنة المصرفية
 221..... ب- بنك الجزائر
 223..... ج- السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي
 224..... 2- الإستثناءات الواردة في قوانين أخرى
 224..... أ- رفع السر البنكي في مواجهة إدارة الجمارك
 225..... ب- رفع السر البنكي في مواجهة مجلس المنافسة
 226..... ج - رفع السر البنكي في مواجهة لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة
 227..... د - كشف السر البنكي أمام خلية معالجة الاستعلام المالي
 228..... هـ- كشف السر البنكي أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته
 229..... و- رفع السر البنكي في مواجهة إدارة الضرائب
 230..... ثانيا: كشف السر البنكي لدواعي المصلحة الخاصة
 230..... 1- الأشخاص المشاركين للمستفيد في حساب بنكي مشترك
 230..... 2- الكفيل
 230..... 3- الوكيل
 231..... 4- الشركاء، و أعضاء أجهزة الشركة
 231..... 5- ورثة الزبون
 232..... 6- المحضر القضائي
 الفرع الثاني : مسؤولية البنك عن تقديم معلومات عامة مضرّة عن المستفيد
 232..... من القرض

المبحث الثاني: مسؤولية البنك عن الإخلال بالتزاماته في مجال عملية

- 235..... القرض البنكي
- المطلب الأول: المسؤولية المدنية للبنك عن الإخلال بالإلتزامات المشتركة
- 235..... في مجال القروض البنكية
- الفرع الأول: فرضيات المسؤولية عن الإخلال بالإلتزامات المشتركة
- 235..... في مجال القرض البنكي
- الفقرة الأولى: المسؤولية التقصيرية للبنك عند وجود قرض بنكي:
- 235..... المسؤولية تجاه دائني المقرض
- أولاً: الأسس السابقة للمسؤولية المدنية للبنك تجاه دائني المقرض
- 236..... 1- المسؤولية المدنية عن التوزيع المغشوش للقرض
- 237..... 2- المسؤولية عن عدم الإحتياط في توزيع القرض
- 237..... ثانياً: الفرضيات الحالية لمسؤولية البنك تجاه دائني المقرض
- 237..... 1- المسؤولية عن منح قرض لشخص غير جدير به
- 238..... أ- مسؤولية البنك عن منح قرض لتمويل نشاط غير قانوني
- 241..... ب- مسؤولية البنك المدنية عن منح قرض لشخص غير شريف
- 2- المسؤولية المدنية للبنك عن منحه قرضاً لشخص في وضعية مالية
- 243..... ميؤوس منها
- 244..... أ - الإضرار بالدائنين السابقين لمنح القرض
- 245..... ب- الإضرار بالدائنين اللاحقين للقرض
- الفقرة الثانية: المسؤولية العقدية للبنك أو للمؤسسة المالية: المسؤولية تجاه
- 249..... الكفيل و المقرض
- أولاً: مسؤولية البنك المدنية تجاه كفيل المقرض
- 249..... 1- مسؤولية البنك تجاه الكفيل في حالة منح قرض لمؤسسة في وضعية
- 250..... مالية ميؤوس منها
- 251..... 2- المسؤولية على تحميل الكفيل التزاماً يفوق إمكانياته
- 251..... 3- المسؤولية عن زيادة تأزم وضعية المدين
- 252..... 4- المسؤولية عن عدم إعلام الكفيل بوضعية المدين
- 253..... 5- مسؤولية البنك عن الإخلال بالإلتزام بتقديم النصيحة للكفيل
- 254..... ثانياً : مسؤولية البنك تجاه زبونه: الإلتزام بتقديم النصيحة
- 255..... 1- وجود الإلتزام بتقديم النصيحة للزبون

- 2- حدود الالتزام بتقديم النصيحة للزبون 256
- الفرع الثاني: إستعلام البنك أو المؤسسة المالية عن وضعية طالب القرض 257
- الفقرة الأولى: وسائل استعلام البنك أو المؤسسة المالية عن طالب القرض 257
- أولاً: وسائل استعلام البنك عن طالب القرض في إطار بنك الجزائر 257
- ثانياً: وسائل استعلام البنك عن طالب القرض خارج إطار بنك الجزائر 260
- الفقرة الثانية: مدى وجوب استعمال مؤسسة القرض لوسائل استعلامها
- عن طالب القرض..... 262
- المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للبنك في عقود خاصة للقرض البنكي 263
- الفرع الأول: مسؤولية مؤسسة القرض بمناسبة خصم الأوراق التجارية 263
- الفقرة الأولى: المسؤولية بسبب فقدان الحق في الرجوع المصرفي 263
- الفقرة الثانية: المسؤولية بسبب عدم الإعلام بحادث دفع 267
- الفرع الثاني: مسؤولية البنك في إطار عملية الإعتماد المستندي 270
- الفقرة الأولى : مسؤولية البنك تجاه المستفيد من الاعتماد المستندي 270
- أولاً: مدى التزام البنك تجاه المستفيد 271
- ثانياً : وجوب تقديم وثائق مطابقة في أجل مناسب 273
- 1- وجوب تقديم وثائق مطابقة لشروط الاعتماد 273
- 2- وجوب تقديم الوثائق في أجل مناسب..... 277
- الفقرة الثانية : مسؤولية البنك تجاه طالب القرض في الاعتماد المستندي 278
- أولاً : رفض الوثائق 278
- ثانياً : دعوى المسؤولية المدنية 279
- 1- عدم رفض الوثائق من طرف الأمر رغم خطأ البنك 280
- 2- الوثائق لا تضع البضاعة تحت تصرف البنك..... 280
- 3- الضرر الذي أصاب طالب القرض محدد بالأرقام..... 281
- الفصل الثاني: المسؤولية المدنية للبنك في حالة عدم وجود قرض بنكي 282
- المبحث الأول: المسؤولية المدنية للبنك عن عدم تقديم قرض 282
- المطلب الأول : مدى حرية البنك في رفض منح قرض 283
- المطلب الثاني : حالات لمساءلة البنك بمناسبة عدم منح قرض..... 293
- الفرع الأول: مسؤولية البنك بسبب بعثه إلى الاعتقاد بموافقتة
- على طلب القرض..... 293

- الفرع الثاني: مسؤولية البنك بسبب إخلاله بوعده بمنح القرض.....295
- الفرع الثالث: حالات أخرى لمساءلة البنك بمناسبة عدم منح القرض.....297
- المبحث الثاني : المسؤولية المدنية للبنك في حالة إنهاء الاعتماد.....299**
- المطلب الأول : إثبات فتح الاعتماد300**
- الفرع الأول : كيفية الإثبات300
- الفقرة الأولى - المبدأ: حرية الإثبات301
- الفقرة الثانية: خصوصية الإثبات عند استعمال شيك301
- الفرع الثاني : وسائل إثبات فتح الاعتماد306
- الفقرة الأولى : تقديم ضمانات306
- الفقرة الثانية : فحص حساب الزبون308
- الفقرة الثالثة : تسديد عمولة التأكيد309
- الفقرة الرابعة : إنشاء سندات لتجسيد القرض310
- المطلب الثاني: كيفية استبعاد المسؤولية المدنية للبنك:**
- الإلغاء الصحيح لعقد فتح الاعتماد.....311**
- الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد فتح الاعتماد311
- الفقرة الأولى: إنقضاء عقد فتح الاعتماد بالإرادة المنفردة311
- الفقرة الثانية: انقضاء عقد فتح الاعتماد بحلول الأجل320
- الفقرة الثالثة: انقضاء التزام البنك بالوفاء به322
- الفقرة الرابعة: انقضاء التزام البنك بتحقيق الشرط الفاسخ324
- الفرع الثاني: أسباب انقضاء عقد فتح الاعتماد المرتبطة بخصوصيته325
- الفقرة الأولى: الأسباب المرتبطة بالوجود القانوني للمستفيد326
- أولا - انقضاء عقد فتح الاعتماد بوفاء المستفيد326
- ثانيا: انقضاء عقد فتح الاعتماد بانقضاء الشخصية المعنوية للمستفيد327
- الفقرة الثانية: الأسباب المرتبطة بالوضعية المادية للمستفيد331
- أولا: انقضاء عقد فتح الاعتماد بسبب الإفلاس أو التسوية القضائية التي نالت المستفيد منه.....331
- ثانيا: انقضاء عقد فتح الاعتماد بسبب فقدان ثقة البنك.....338
- الخاتمة.....339**

| | |
|----------|---------|
| 349..... | الملاحق |
| 407..... | الفهرس |

ملخص

إن أهمية القرض البنكي اليوم أصبحت أمرا بديهيا لا يحتاج إلى دليل أو إثبات: فالحياة الخاصة و العامة لا تمارس إلا من خلاله في معظم الأوقات.

غير أنه على قدر أهمية القرض البنكي، على قدر خطورته: فقد يتسبب في التوقف عن النشاط بدل توسيعه، و في الإفلاس بدل إنشاء مؤسسات جديدة؛ خطورة القرض إذن تفرض تدخل الدولة، من جهة لتأطيره و تنظيمه بالشكل الذي يحمي من مخاطره، و من جهة أخرى بمراقبة المؤسسات التي تمارسه للتأكد من احترامها لقواعده، و أيضا لمعاقبة المخالفين.

لكن تدخل الدولة بهذا الشكل لا يكفي إلا لحماية المصلحة العامة بشكل مباشر؛ بينما القرض البنكي قد يؤدي إن أسيء استعماله إلى المساس أيضا بمصالح خاصة.

إن موضوع الرسالة التي عنوانها "المسؤولية في مجال القرض البنكي" تسلط الضوء على دور القضاء في إرساء مبادئ المسؤولية المرتبطة بالدولة، أو مبادئ المسؤولية المدنية في مجال القرض البنكي.

RESUME

L'importance du crédit bancaire n'est plus à démontrer aujourd'hui : qu'il fasse partie de la vie publique et de la vie privée est une réalité indiscutable.

Cependant, et face à la réalité de son importance, le crédit bancaire est également dangereux, pouvant provoquer la réduction ou la cessation des activités au lieu de leur élargissement, et la faillite des entreprises au lieu d'en créer d'autres. Ce danger impose l'intervention de l'Etat, d'un côté pour encadrer l'opération de crédit bancaire dans le but d'en cerner les mauvaises conséquences, d'un autre pour contrôler les entreprises qui en font une profession habituelle pour s'assurer de leur respect des textes régissant cette opération, et pour sanctionner les manquements à cette obligation.

Mais il est évident que l'intervention de l'Etat ne protège directement que l'intérêt général ; Le crédit mal géré pourrait pourtant mettre en danger bien d'intérêts privés.

L'objet de la thèse portant pour titre « la responsabilité en matière de crédit bancaire » met en évidence le rôle de la justice dans l'instauration des principes adéquates de responsabilité, que ce soit la responsabilité liée à l'intervention de l'Etat, ou la responsabilité civile en matière de crédit bancaire.

ABSTRACT

The importance of the banking credit is not anymore to demonstrate today: that it is part of the public life and the private life is an indisputable reality.

However, and facing the reality of its importance, the banking credit is also dangerous, capable to provoke the reduction or the cease of the activities instead of their widening, and the bankruptcy of the societies instead of creating some others.

This danger imposes the intervention of the state, from one side, in order to frame the banking credit operation to surround the bad consequences, from another side, to control the enterprises that make of it an usual profession to make sure of their respect of the texts governing this operation, and in order to punish the default to this obligation.

However, it is obvious that the intervention of the state does not directly protect except the general interest, the badly managed credit could yet put lot of private interests in danger.

The object of the thesis carrying for title "the responsibility concerning banking credit" puts in evidence the role of the justice in the institution of the adequate principles of responsibility, either the responsibility bound to the intervention of the state, or the civil responsibility concerning banking credit