مجلة الاجتهاد القضائي المجلد 13 – العدد 01 (العدد التسلسلي 26) مارس 2021 (ص ص: 1003 – 1022)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

مركز الشركات الأجنبية بين التشريع المعمول به وقوانين الصفقات العمومية

The position of foreign companies
between the legislation in force and the laws of public procurement

أ. حكيـــم وعيـــــل [1]
أستاذ مساعد
جامعة محمد خيضر –بسكرة (الجزائر)
hakim.ouail@univ-biskra.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
18 فيفري 2020	06 فيفري 2021	31 مارس 2021

الملخص:

إن الصفقات العمومية تندرج أصلا ضمن قواعد القانون العام، إلا أنها من ناحية أخرى ترتبط وتتأثر بالقانون الخاص في عدة مجالات، مثل أحكام القانون المدني ما يعرف بالنظرية العامة للعقود، بالإضافة إلى أحكام القانون التجاري وكذا عدة قوانين أخرى تعرف بالتشريع المعمول به، وفي مجال تجسيد الارتباط بين القانون الخاص والصفقات العمومية نحد جانب مهم جدير بالدراسة إلا وهو مركز الشركات الأجنبية بين قوانين التشريع المعمول به وقوانين الصفقات العمومية، وهو ما سنبرزه من خلال هذه الدراسة التحليلية.

الكلمات المفتاحية: التشريع المعمول به، الشركات الأجنبية، الصفقات العمومية.

Abstract:

Public deals are originally part of the public law, but on the other hand they are related and affected by the private law in several areas, such as the provisions of the civil law, what is known as the general theory of contracts, in addition to the provisions of the commercial law, as well as several other laws known as the legislation in force, In the field of embodying the link between private law and public procurement, we define an important aspect worthy of study, which is the center of foreign companies between the laws of applicable legislation and the laws of public procurement, which we will highlight through this analytical study.

Key words: *applicable legislation, foreign companies, public procurement*

[1] المؤلف المرسل: أ. حكيم وعيل ـــــــــــــــ *Email: hakim.ouail@univ-biskra.dz*

مقدمة:

إن موضوع جنسية الشركات يتسم باللبس خاصة في تحديد جنسية الشركات الأجنبية وإقامتها فوق أقاليم الدول، فالشركات الأجنبية لا يسعها البقاء حبيسة حدودها الوطنية استنادا لمتطلبات السوق والتجارة الدوليتين،الشيء الذي أرغمها على الانتقال من إقليم دولة لأخرى، وعليه فالجنسية تعد وسيلة لتحديد الوطني من الأجنبي، على اعتبار وجود عدة إشكالات في هذا الشأن خاصة فيما تعلق بتحديد الأطراف الأجنبية، وتتجلى أهمية مركز الشركات الأجنبية في كونها أداة دعم الاقتصاد وتطويره، بالإضافة الى نقل التكنولوجيا وهو ما يزيد من أهمية تحديد هذه المعايير.

على هذا الأساس سنحاول من خلال هذه الدراسة محاولة إيجاد تحليل شامل لجميع الجوانب القانونية التي تنظم المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي والمغزى من دراسة هذا النوع من المؤسسات، التوصل لمعرفة ما إذا كان بإمكان هذه الشركات أن تكون طرفا أجنبيا وتحديد أسسها في إطار ما يعرف بالتشريع المعمول به وكذافي اطار القوانين المنظمة للصفقات العمومية وبعبارة أخرى: هل هناك معايير خاصة بتحديد الطرف الأجنبي في إطار التشريع المعمول به وكذا في قوانين الصفقات العمومية؟

ولمعالجة والالمام بجميع عناصر الموضوع كان لزاما علينا إتباع المنهج التحليلي عن طريق تحليل النصوص والمواد القانونية، سواء في ظل قوانين التشريع المعمول به أو قوانين الصفقات العمومية.

وللإجابة أيضا على مضمون هذه الإشكالية ارتأينا ابداء خطة الدراسة التالية:

المبحث الأول: أسس تحديد الطرف الأجنبي في إطار التشريع المعمول به،

المبحث الثاني: أسس تحديد الطرف الأجنبي في قوانين الصفقات العمومية.

المبحث الأول: أسس تحديد الطرف الأجنبي في إطار التشريع المعمول به

إن دراسة مضمون هذا المبحث يقتضي تقسيمه إلى مطلبين، الأول يتضمن أسس تحديد الطرف الأجنبي في إطار التشريع المعمول به، أما المطلب الثاني يتضمن أسس تحديد الطرف الأجنبي في قوانين الصفقات العمومية مما يأتي بيانه تواليا:

المطلب الأول: معايير تحديد الطرف الأجنبي الواردة في القانون المدني

تنص المادة 02 من المرسوم رئاسي رقم: 15-247 "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به"[1]، فالمشرع قصد بعبارة التشريع المعمول به الإشارة إلى المفهوم العام للعقود في مجال الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي هذا ما يظهر في المادة 01 من الأمر رقم:

90-67 "الصفقات العمومية عقود مكتوبة"[2]، في حين أن المرسوم رقم 145-82 ينص في المادة 04: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود".

وحسب الأستاذ شريف بناجي وبعد دراسته للتأشيرات (*les visas*) الواردة في المرسوم رقم: 82-145 لاحظ وجود القانونين المدني والتجاري وهذا عكس الأمر رقم: 67-90 والذي لم ينص عليها إطلاقا[3]، ويعتبر القانون المدني الشريعة العامة لتنظيم المعاملات بين الأفراد والأشخاص المعنوية خاصة في مجال إبرام العقود وتحديد المؤسسات الأجنبية، وقد حدد المشرع معيار المقر الاجتماعي لتحديد جنسية الشخص المعنوي، فالقاعدة العامة في القانون المدني الجزائري هي ربط جنسية الشركات بمقرها الاجتماعي وهذا ما نصت عليه المادة 50 الفقرة 5 من القانون المدني "موطن الشركة هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها"[4]،

فالمقر الاجتماعي هو المكان الحقيقي لأجهزة الشركة من مجلس الإدارة، هيئة الرقابة، مكان اتخاذ القرارات وعليه فتكون جنسية الشركات جزائرية متى كان مقرها الاجتماعي متواجد فوق الإقليم الجزائري[5].

بيد أن المبدأ القانوني يورد أنه لكل مبدأ عام استثناء والاستثناء بالنسبة لضابط تحديد الجنسية في القانون المدني يتجلى في جنسية الشركات الأجنبية فالمشرع فرق بين الموطن والجنسية بحيث لا يعد موطنها في مركز إدارتها وإنما استنادا للفقرة الرابعة من المادة 10 من القانون المدني التي تنص على: "غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".

والمراد من هذه المادة أنه إذا كان المركز الرئيسي للمؤسسة الأجنبية خارج الحدود الوطنية فجنسيتها بطبيعة الحال تكون أجنبية لكن إذا ارتأت ممارسة نشاطها بالجزائر فالمشرع يلزمها بالخضوع للقانون الوطني وهذا هو فحوى المادة 50 الفقرة 6 من القانون المدني: "الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر".

فجنسية الشخص الاعتباري استنادا للقانون المدني تقوم على أساس المقر الاجتماعي كقاعدة عامة استثناءا تخضع الشركات الأجنبية إلى معيار النشاط وهذا ما تضمنته المادتان 10 و50 من القانون المدني بمعنى أن المشرع جعل نشاط الشخص الاعتباري الأجنبي معيارا لتطبيق القانون الجزائري وليس لتحديد الجنسية لان جنسيتها أجنبية والغرض من ذلك مراقبة نشاط الشركات الأجنبية.

لقد أقر المشرع الجزائري خضوع الشركات التي تمارس نشاطها بالجزائر للقانون الوطني إلا أنه لم يكتف بهذا المعيار بل جعل من الاعتراف إجراء لابد على الشركات الأجنبية مراعاته

والالتزام به من أجل الترخيص لها لممارسة نشاطها، الا أن هذا المعيار ليس ثابتا وإنما هو معيار ظرفي ومؤقت بحجة أن مكان ممارسة النشاط قد يتغير من دولة لأخرى وذلك حسب متطلبات السوق الدولية فتكون بذلك جنسية الشركة مؤقتة وهذا يتنافى مع مبدأ ثبوت الجنسية.[6]

إن كلمة نشاط تؤخذ بالمعنى الواسع فهي لا تعني التمركز في البلد المضيف لمنشأة دائمة فحسب بل كل نشاط عارض أو كل مؤسسة أجنبية ضمن مجال الصفقات العمومية أو الاستثمار لغاية الانتهاء منه وعليه فمنذ بداية إقامة الشركة الأجنبية يصبح القانون الوطني هو الواجب التطبيق وهذا الأخير قد يكتسي التزامات (الترخيص، السجل التجاري) كما يكشف قواعد ضابطة (النظام العام).

تأسيسا على ما سبق نلاحظ أن المشرع وقع في تناقض فمن جهة جعل المقر الاجتماعي المعيار لتحديد جنسية الشركات من خلال المادة 50 الفقرة 03 من القانون المدني "موطن التخصص هو مكان وجود مقر إدارته" وبالتالي فهو يعتبرها شركات جزائرية ومن جهة أخرى جعل الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطا بالجزائر تخضع إلزاميا للقانون الجزائري هو الواجب للأعمال في كل الحالات.

وبالتالي فمعايير تحديد الطرف الأجنبي في إطار القانون المدني تتجسد أساسا في معيار النشاط وضرورة الاعتراف بالشركة الأجنبية لممارسة نشاطها.

المطلب الثاني: أسس تحديد الطرف الأجنبي في القانون التجاري وتنظيماته

وفقا للقانون الدولي الخاص فانه لا يتصور إنشاء شركة داخل الإقليم الوطني دون تدخل المشرع في ذلك البلد المضيف والذي يحدد بدوره قواعد الإنشاء والإقامة إضافة لجملة من الأحكام والإجراءات القانونية المتصلة بغرض فرض مبدأ سيادة الدول على كامل إقليمها، فالإطار الجوهري للالتزامات التجارية محدد بموجب الأمر رقم: 75-59 المتضمن القانون التجاري فالشركات التجارية المنشأة بالجزائر تخضع للقانون الجزائري بالخصوص التكليفات المتعلقة بالسجل التجاري[7].

فالشركة الأجنبية التي تخضع في غالب الأحيان إلى نظام أجنبي واجب التطبيق يفرض عليها كفاءة وأهلية عاليتين لمباشرة نشاطها في بلد أجنبي.

وقد كانت الشركات الأجنبية ولا تزال الأداة الفعالة لتحقيق التنمية في البلدان النامية نظرا لإمكانياتها المادية والمالية والتكنولوجية التي تكتسبها مثل هذه الشركات، والمتأمل في أحكام القانون التجاري يتضح له جليا أن المشرع في إطار هذا القانون يكون قد حذى حذو الأحكام الواردة في القانون المدني بشأن معايير تحديد الطرف الأجنبي خاصة ما تعلق منها بالمبدأ العام في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية أي المقر الاجتماعي وهذا ما تنص عليه

المادة 547 من القانون التجاري: "يكون موطن الشركة في مركز الشركة" تقابلها المادة 50 الفقرة 06.

والأمر كذلك فيما يتعلق بالاستثناء المتضمن معيار مركز النشاط بالنسبة للشركات الأجنبية التي تمارس نشاطها في الإقليم الوطني، استنادا للمادة 547 الفقرة الثانية من القانون التجاري والتي تنص على: "تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري".[8]

وبناء على ذلك فالشركة الأجنبية ملزمة بالخضوع للقانون الجزائري شأنها في ذلك شأن أحكام المادة 10 فقرة 03 من القانون المدني استنادا إلى قاعدة التوطين.

غير أن هذا التوطين لا يعد معيارا كافيا الإقامة الأجانب وممارسة نشاطهم وبالتالي فالمشرع ضمن أحكام القانون التجاري أضاف معايير أخرى لذلك إذ تنص المادة 549 منه: "الشركة لا يمكن أن تكون لها الشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري"،

وهذا ما يجسده ويؤكده قانون ممارسة الأنشطة التجارية رقم: 08/04 في مادته السادسة بنصها: "بغض النظر عن أحكام المادة 20 من الأمر رقم: 75-59 المتضمن القانون التجاري يجب على كل مؤسسة تمارس نشاطها بالجزائر باسم شركة تجارية يكون مقرها بالخارج التسجيل التجاري"،

وهذا الحكم يجد أساسه ضمن المادة 20 من القانون التجاري بنصها: "يلتزم بالقيد في السجل التجاري كل مقاولة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أية مؤسسة أخرى، كل ممثلية تجارية تمارس نشاطا تجاريا على التراب الوطني".

خلافا للقانون المدني فان أحكام القانون التجاري والتنظيمات المجسدة له بينت بصفة أدق معايير تحديد الطرف الأجنبي ليس من حيث النشاط الممارس فحسب بل هناك مقاييس أخرى يتم على أساسها تحديد الطرف الأجنبي وهذا ما هو متضمن في الالتزامات المحددة بالأمر رقم: 75-59 المتضمن القانون التجاري، الذي فرض على الشركات إلزامية القيد في السجل التجاري، إضافة لظروف إنشاء فرع أو شركة وليدة وكذا ما تعلق ببطاقة التاجر الأجنبي وسنبين هذا المعيار كالتالي:

الفرع الأول: إلزامية القيد في السجل التجاري

تفرض قوانين التجارة وتشريعات الاستثمار على الشركات الوطنية والأجنبية بالأخص الالتزام بالقيد نفسه في السجل التجاري والغرض من هذا الإجراء تمكين الدول النامية من خلال هيئاتها ومصالحها الإدارية الإحاطة بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالشركات التي تمارس نشاطها فوق الإقليم الوطني ومراقبته، كحجم رأس مالها، جنسيتها، طبيعة النشاط

الممارس، وهذا ما أفضت به المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم: 03-453 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري: "يخضع لإلزامية القيد في السجل التجاري:

- كل مؤسسة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح فرعا أو مؤسسة أخرى.
- كل ممثلية تجارية أو وكالة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح وكالة أو فرعا أو مؤسسة أخرى"،

وهذا الحكم متضمن في المادة 20 السالفة الذكر من القانون التجاري،[9] يتضح من هذين النصين أن الملتزم بالقيد في السجل التجاري قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا وطنيا أو أجنبيا بشرط أن يكون له في الجزائر مركز رئيسي أو وكالة[10].

إذن فالقيد في السجل التجاري يعد إجراءا جوهريا ينبغي على كل شركة مراعاته لممارسة أي نشاط فوق الإقليم الوطني[11]، معناه أنه ترخيص للشركات الأجنبية، فالشركة الأجنبية توجه نشاطها نحو البلدان النامية وهذا التوجه يظهر من جانبين اثنين:

الفرع الثاني: إلزامية إنشاء فرع أو تفرع داخل التراب الوطني

قبل ممارسة الشركة الأجنبية لنشاطها فوق الإقليم الجزائري ينبغي لها إنشاء فرع أو شركة وليدة لها وبمفهوم المخالفة إنشاء شخص معنوي خاضع للقانون الداخلي.

أولا – الفرع *la Succursale*:

يعتبر الفرع شركة تابعة للشركة الأم ولا يتمتع بالاستقلالية القانونية يضاف إلى ذلك عدم تمتعه بالشخصية المعنوية بالرغم من استقلال الإداري الممثل في سلطة التسيير، لذا الفرع هو منشأة تابعة للشركة الأم هذه الأخيرة لوجود مقرها الرئيسي خارج حدود الدولة المضيفة. الغرض من إنشائه نشر وانجاز الأعمال الموكلة له لحساب أوامر الشركة الأم وفي هدا الصدد يثور مشكل بالنسبة لتحديد القانون الواجب تطبيقه على الفرع وبتفعيل مبدأ الإقليمية المشددة أو الضيقة التي تؤكد ضرورة تطبيق القانون الوطني فيما يخص النشاط الممارس، غير أنه وبتمحيص النظم يتضح جليا أن الشركة الأم وكأنها تخضع لقانونين مختلفين[12]:

- الأول يتمثل في القانون المتواجد به المقر الاجتماعي للشركة الأم،
- الثاني فهو مكان تواجد الفرع.

والحقيقة أن المؤسسات الأجنبية وفروعها والتي نحن بصدد دراستها تتمثل في الشركات التي تمارس نشاطها خارج إقليم دولها الأصلية الأمر الذي يستوجب ضرورة أن يكون الفرع هو الأخر مقيدا في السجل التجاري استنادا للمادة 19 من القانون التجاري الذي يلزم على كل مؤسسة تجارية مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر مكتبا أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى.

أما جنسية الفرع فهو بطبعه يحمل جنسية الشركة الأم لافتقاره للشخصية المعنوية، إضافة لتبعيته لمؤسسة يوجد مقرها الاجتماعي خارج حدود البلد المضيف.[13]

ثانيا – الشركة الوليدة أو التفرع *la filiale*:

لقد عرف الفقه الشركة الوليدة بأنها منشأة تتمتع بالشخصية المعنوية ومستقلة ماليا عن الشركة الأم بالرغم من تبعيتها لهذه الأخيرة من الناحية الواقعية والاقتصادية وامتلاكها لقدر كاف من رأسمالها يؤهلها للسيطرة عليها.

ومثلما هو الشأن بالنسبة للفرع فان الشركة الوليدة هي الأخرى ملزمة وجبرة بالخضوع للقانون الوطني وهذا بالطبع لا يثير إشكالا عكس الجنسية فهناك جانب من الفقه أضفى عليها معيار مركز إصدار القرارات لتحديد جنسية الشركة الوليدة كون إدارتها تمارس من طرف الشركة الأم، فمختلف التفرعات التي تكون للشركة الأم تمثل في حقيقة الأمر جنسية واحدة أي جنسية الدولة التي بها مركز إصدار القرارات ويعاب على هذا المعيار حالة تعدد مركز القرارات داخل الشركة ما يصعب من مأمورية تحديده.

يضاف إلى ذلك أي اعمال لمعيار مركز إصدار القرارات يجعل إمكانية تدخل الدولة التي تحمل جنسيتها الشركة الأم في الشؤون الداخلية للبلد المضيف أمرا مؤكدا حماية لكياناتها القانونية المتواجدة خارج إقليمها والأخطر من ذلك المطالبة بإعمال قوانينها الداخلية دون تطبيق قوانين البلد المضيف مما يشكل خرقا لسيادة الدول وتعدي على مبدأ الإقليمية وتتمتع الشركة الوليدة بكل أثار الشخص المعنوي مثل الذمة مالية مستقلة، غير أن الشركة الأم لا يسعها إنشاء شركة وليدة في الدول النامية إلا بتوفر شرطين:

– أن يكون للشركة الأم وفقا لقانونها المدني الحق في تملك شركة أخرى،

– أن تسمح تشريعات الدول النامية للشركة الأم بتملك أسهم الشركة الوليدة نسبة تسمح لها بالسيطرة فنشاط الشركة الوليدة في الدول النامية تتم ممارسته في إطار قانون المحروقات وفي إطار قانون الاستثمار وبالتالي لا توجد أية قرينة لتواجد شخص معنوي مستقل خارج هذين القطاعين[14].

والمهم بالنسبة إلينا أن الشركة الوليدة بامتلاكها للشخصية المعنوية هذا هو الأمر الذي يميزها عن الفرع وأن هذه الاستقلالية هي التي تسمح لها بالتوافق والانسجام مع مبدأ الإقليمية، ضمن إطار قانون المؤسسات فان خضوع الشركة الوليدة للتشريع الوطني ويثور حينما يكون هناك تنازع للقوانين ونزاع يتعلق بنشاطها وبالتالي لا يمكن إذ ذلك العودة إلى الشركات الأم، فهي المسؤولة الوحيدة تجاه الدولة المضيفة طالما أن لها شخصية مستقلة عن الشركة الأم.

المطلب الثالث: الطرف الأجنبي وتحديده في قانون النقد والقرض وأنظمته

يعتبر قانون النقد والقرض من بين أهم التشريعات في مجال حماية الاقتصاد الوطني خاصة ما تعلق منها بتحويل الأموال وصدر قانون النقد والقرض لسنة 1990، في ظل التحول من النظام الاشتراكي نحو اقتصاد السوق وكان ذلك حتمية تبطلها سياسة الانفتاح، ليتم بعدها الغاء هذا القانون بموجب الأمر رقم: 03-11.[15]

بالرغم من أن الأمر رقم: 03-11 ليس بقانون استثمار، إلا أنه نص على الاستثمارات بالنسبة للأشخاص المعنوية الأجنبية سواء المقيمة منها أو غير المقيمة، وخلافا للقانونين المدني والتجاري، فقد حدد هذا الأمر الطرف الأجنبي وهذا ما جسدته المادة 125 ضمن الكتاب السابع بعنوان الصرف وحركات رؤوس الأموال بنصها: "يعتبر مقيما في الجزائر في مفهوم هذا الامر، كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر،

يعتبر غير مقيم في الجزائر في مفهوم هذا الأمر، كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية خارج الجزائر"،

يتضح أن المشرع حدد معيار واحدا لتحديد الطرف الأجنبي ألا وهو المعيار الاقتصادي[16].

والمعيار الاقتصادي: معناه وجود المركز الرئيسي لنشاط الشخص المعنوي الأجنبي خارج الجزائر أو داخلها هذا يدل على تجسيد معيار المقر الاجتماعي لتحديد جنسية الشركات الوارد في المادتين 10 و50 من القانون المدني وكذا المادة 547 من القانون التجاري وهنا نجد الشخص المقيم وغير المقيم والذي يهمنا الشخص الاعتباري غير المقيم كون مقره الاجتماعي خارج الجزائر، في حين أن الشخص المعنوي المقيم فمقره في الجزائر وبالتالي تعتبر شركة جزائرية.

إلا أن هذا المعيار يتسم بالغموض لوجود المركز الرئيسي لنشاط الشركة الأجنبية المقيمة خارج الجزائر غير كاف، إضافة إلى عدم تحديد مدة تواجد المركز الرئيسي للنشاط الاقتصادي خارج الجزائر لكن أنظمة البنك المركزي حاولت إزالة الغموض، وتنص المادة 02 من النظام رقم 90-03 الذي يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخيلها:[17] " نظرا لمتطلبات هذا النظام نقصد بغير المقيمين في المادة 181 من القانون 90-10 كل شخص طبيعي أو معنوي جزائريا كان أو أجنبيا يكون المركز الرئيسي لمصالحة الاقتصادية خارج الجزائر منذ سنتين على الأقل وفي بلد له علاقات دبلوماسية مع الجزائر.[18]

- يجب على غير المقيمين الأجانب أن يتمتعوا بجنسية دولة تعترف بها الجزائر وتقيم معها علاقات دبلوماسية،

– يتحدد المحور الرئيسي للنشاط الاقتصادي حسب مفهوم المادتين 181 و182 من القانون بشرط تحقيق أكثر من 60% من رقم الأعمال خارج الجزائر أو داخلها حسب الحالة".

نلاحظ أن هذه المادة فصلت وبينت ما عجزت عنه المادة 125 من الأمر رقم: 03-11 وأزالت بذلك اللبس الذي اكتنف هذه المادة بالنسبة لمعايير تحديد الطرف الأجنبي وأضافت معايير أخرى هي:

– يكون المركز الرئيسي لمصالحه الاقتصادية خارج الجزائر منذ سنتين على الأقل،

– أن يكون الشخص المعنوي الأجنبي تابع لبلد له علاقات دبلوماسية مع الجزائر (اتفاقيات دولية)،

– أن يكون للأجنبي غير المقيم جنسية بلد تعترف به الجزائر.

أما الشخص المعنوي المقيم اشترط عليه الشرط الأول فقط اي ضرور وجود المركز الرئيسي لصالح الشخص المعنوي الأجنبي في الجزائر منذ سنتين على الأقل.

فالمشرع اشترط زمنا أقل لاعتبار الشركة الأجنبية غير مقيمة وهذا يعد تجسيدا لمضمون المادة 125[19]، وقد نص الإعلان رقم: 72 لسنة 1973 المحدد لإجراءات وطرق تحويل الأموال أنه لا يجوز إلا المتعاقدين غير المقيمين مع المؤسسات العمومية الجزائرية الاستفادة من شروط التحويل، في حين أن المقيمين لا بد أن يحصلوا على ترخيص بالتحويل لتسديد ما يستورده من الأموال والخدمات[20]، بيد أن قانون النقد والقرض قد أورد معيارا أكثر فاعلية المتمثل في أن يكون المركز الرئيسي للمصالح الاقتصادية متواجد خارج الجزائر لكي يعتبر غير مقيم وهذا يعد ابتكارا قانونيا الغرض منه مسايرة التطورات الحاصلة.

مايمكن ملاحظته بشأن قانون النقد والقرض أن المشرع ميّز بين الأشخاص الاعتبارية الأجنبية المقيمة والغير مقيمة واعتبر الأولى جزائرية خاضعة للقانون الوطني في حين اعتبر الغير مقيمة أجنبية وتخضع للقانون الوطني ودليل ذلك أن المادة 02 من النظام رقم: 90-03 اشترطت الجنسية لغير مقيمين، في حين أنه لم تشترط ذلك للأشخاص المعنويين المقيمين وبالتالي فقانون النقد والقرض أدق في تحديد الأطراف الأجنبية مقارنة بالقانون المدني والتجاري خاصة المقيم وغير المقيم، إذن من خلال دراستنا وتحليلنا لمضمون التشريع المعمول به يبدو أنها وفقت إلى حد ما في تحديد المعايير التي يتم على أساسها تحديد الطرف الأحسن خاصة قانون النقد والقرض سدا للفراغ القانوني الذي أضفاه قانون الجنسية لسنتي 1970 و2005 لكن هل هذه المعايير المدرجة ضمن التشريع المعمول به تعتبر كافية مقارنة بقوانين الصفقات العمومية، خاصة الصفقات العمومية الدولية؟

المبحث الثاني: أسس تحديد الطرف الأجنبي في قوانين الصفقات العمومية

في سياق تعديلات قوانين الصفقات العمومية وما تتطلبه سياسة الاستثمار المنتهجة أدت إلى ضرورة اللجوء للمؤسسات الأجنبية بغية تجسيد البنية التحتية وخلق اقتصاد وطني فعال ومنه تبدّو مكانة المؤسسات الأجنبية بارزة تجسيدا لذلك سندرس ونعالج هذا الجانب في إطار المرحلة الاشتراكية ثم مرحلة اقتصاد السوق فيما يلي:

المطلب الأول: تحديد الطرف الأجنبي في قوانين النظام الاشتراكي

اتسمت فترة انتهاج النظام الاشتراكي باعتماد الدولة آنذاك على المؤسسات الوطنية لتحقيق التنمية وقد شهدت هذه الفترة صدور قانونين للصفقات العمومية.

الفرع الأول: الأمر رقم 67-90[21]

يعد الأمر رقم: 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية أول تشريع تم تجسيده بعد الاستقلال، وقد ركز هذا الأمر على ضرورة منح الأولوية في إنجاز المشاريع للمؤسسات العمومية الوطنية وبالتالي فتواجد المؤسسات الأجنبية يكاد ينعدم إبان هذه المرحلة نظارا للاحتكار الممارس من قبل الدولة أملا منها في تحقيق التنمية، بيد أن تحليل نصوص هذا الأمر يبين أن المشرع الجزائري خص بعض المواد تتعلق بالمؤسسات الأجنبية وذلك ضمن الفصل السابع بعنوان أحكام خاصة بصفقات التوريد مع المؤسسات الأجنبية إذ تنص المادة 68 منه " تطبيق أحكام هذا المرسوم على صفقات التوريد المبرمة مع المؤسسات الأجنبية" وكذا ما نصت عليه المادة 69 " تحرر الصفقات المذكورة في المادة 68 بالعملة الصعبة " بالتمعن في مضمون المادتين يتضح أن المشرع ضيق من تواجد المؤسسات الأجنبية في مجال منح الصفقات العمومية، كما أنه لم يضع لها تعريفا وذلك راجع ربما إلى تعمد تهميش هذه المؤسسات من جهة، واختلاف المصطلحات وحصر مجال هذه المؤسسات في التوريد فحسب من جهة أخرى[22].

استعمل المشرع ضمن الأمر رقم:67-90 عبارة المؤسسات الموجودة خارج الجزائر وبالمقابل جسد ضمن المادة 32 عبارة المؤسسات المستقرة بالجزائر، ومنه فالأمر 67-90 لم يتضمن معايير لتحديد الطرف الأجنبي ولإزالة اللبس الذي اكتنف تحديد الطرف الأجنبي فإننا سندرس ما ورد في المنشور الوزاري للجنة المركزية للصفقات العمومية وقد عدد هذا المنشور أولوية الاستفادة من الصفقات العمومية كالتالي: المؤسسات الجزائرية، المؤسسات الأجنبية، المؤسسات الأجنبية الغير مستقرة.

لقد تضمن هذا المنشور تعريفا للمؤسسات الأجنبية المستقرة بالجزائر باعتبارها مؤسسة لها منشأ وتجهيزات مهنية دائمة بغرض إنجاز كافة الخدمات أو جزء جوهري منها المطلوبة من الإدارة[23]، فاذا اعتبرنا المؤسسة المستقرة بالجزائر مؤسسة جزائرية خاضعة للقانون الجزائري

استنادا لمعيار المقر الاجتماعي ضمن المادة 50 فقرة 6 من القانون المدني، فبمفهوم المخالفة فالمؤسسة الأجنبية هي كل مؤسسة تتواجد منشآتها وأجهزتها خارج الجزائر كونها غير دائمة وبالتالي فهي تخضع للقانون الجزائري غير أن جنسيتها أجنبية[24]، وعليه وبعد دراسة مضمون الأمر رقم: 67-90 يبدو أنه لم يعني اهتماما للمؤسسات الأجنبية لا من حيث التعريف ولا من حيث معايير تحديد الطرف الأجنبي والأكثر من ذلك حصر منح الصفقات في مجال التوريد فحسب، والسبب يعود إلى السياسة المنتهجة من قبل الدولة الجزائرية وما يتطلبه النظام الاشتراكي في احتكار وتشجيع للمؤسسات العمومية الوطنية وهذا ما هو وارد ضمن ترتيب المؤسسات ضمن المنشور الوزاري للجنة المركزية للصفقات العمومية، حيث فضّلت المؤسسات الجزائرية بينما اكتفت المؤسسات الغير مستقرة أو الأجنبية ذيل الترتيب، الشيء الذي يؤكد مرة أخرى تهميش مثل هذه المؤسسات بالرغم من الإمكانيات التي تملكها سواء المالية أو التكنولوجية.

الفرع الثاني: المرسوم رقم 82-145 [25]

تنص المادة 19 من المرسوم رقم: 82-145 المتضمن صفقات المتعامل العمومي " يمكن للمتعامل العمومي.إبرام صفقات تعقد مع المتعاملين الأجانب حسب الكيفيات المحددة في المادتين 23 و24"،

وتنص المادة 24 من ذات المرسوم " يقوم المتعامل العمومي بالدعوة للمنافسة واختيار المتعامل المتعاقد حسب ترتيب الأسبقية الآتي:

- المتعاملون المواطنون العموميون، المؤسسات الخاصة الوطنية.
- المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات من دولتها.
- المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات حسب التنفيذ".

يتضح جليا أن الفراغ القانوني الذي اكتنف الأمر رقم: 67-90 بدأ يتلاشى شيئا فشيئا، فقد حدد المشرع ضمن هذا المرسوم من خلال المادتين 14 و24 ومواد أخرى أولوية المؤسسات العمومية الوطنية والخاصة، كما جسد نوعين من المؤسسات الأجنبية فهناك من تقدم ضمانات من دولتها وهناك من تضمن نفسها عن طريق ضمانات حسن التنفيذ، وألغى بذلك عبارة المؤسسات الأجنبية المستقرة[26]، ولعل السبب وراء إزالة هذا النوع من المؤسسات يرجع إلى النهج الاقتصادي المتبع بدأ من 1966 إلى غاية 1982 عن طريق إقرار جملة من الإصلاحات القانونية كقانون الاستثمار لسنة 1966.

في قراءة متأنية لمضمون المرسوم رقم: 82-145 يتضح أن المشرع كرس مرة أخرى الأولوية للمؤسسات العمومية الوطنية والخاصة، غير أن المؤسسات الأجنبية سواء المقدمة

لضمانات من دولتها أو ضمانات حسن التنفيذ تعتبر مؤسسات أجنبية غير مستقرة ودليل ذلك نزع المؤسسات الكائنة بالجزائر مما يؤكد معه هذه الفرضية.

الأكثر من ذلك أن المرسوم 82-145 وسع من مجال تدخل مثل هذه المؤسسات الأجنبية عكس ما كان عليه الأمر ضمن الأمر رقم: 67-90 الذي حصر مجال عمل المؤسسات الأجنبية في التوريد فحسب. ولكن ما يحسب للمرسوم رقم: 82-145 أنه حسد معيار الضمانات لتحديد الطرف الأجنبي في مجال الصفقات العمومية وهذا عكس الأمر 67-90 الذي همش أصلا المؤسسات الأجنبية.

غير أن تحديد الطرف الأجنبي ضمن القوانين الصادرة خلال المرحلة الاشتراكية، أبقت فراغا قانونيا بالنظر لما يتسم به النظام الاشتراكي، فهل هذا الفراغ بقي سائدا ضمن فترة الإصلاحات أم لا؟

المطلب الثاني: تحديد الطرف الأجنبي في قوانين نظام اقتصاد السوق

بداية ينبغي الإشارة إلى التحول الجذري للجزائر من النظام الاشتراكي القائم على سياسة الاحتكار نحو تبني نظام اقتصاد السوق، القائم على الانفتاح والحرية وما يتبعه من مبادئ كالخوصصة وحرية المنافسة، ومبدأ الشفافية. وقد تميزت هذه الفترة بإصدار عدة قوانين للصفقات العمومية وتعديلها عدة مرات:

الفرع الأول: المرسوم التنفيذي رقم 91 – 434 [27]

أعاد المشرع تكريس عبارة المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر استنادا للمادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم: 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي تنص: "يمكن للمصلحة المتعاقدة بغية تحقيق أهدافها أن تلجأ إلى إبرام صفقات تعقد مع المتعاملين المواطنين ومع المؤسسات الأجنبية الواقعة بالجزائر وإلى صفقات تعقد مع المتعاملين الأجانب " وهذا ما تجسده المادة 15 في تعريف لعقد البرنامج، فالمشرع يكون قد جسد نوعين من المؤسسات الأجنبية هما المؤسسات الأجنبية الواقعة بالجزائر والمتعاملين الأجانب أو المؤسسات الغير الكائنة بالجزائر.

وقد عرفت المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم: 91-434 المتعاملين الأجانب ب: "يقصد بالمتعاملين الأجانب في مفهوم هذا المرسوم المؤسسة الأجنبية غير الواقعة بالجزائر والتي تقدم ضمانات حكومية كما هو منصوص عليه بالمادة 83 أدناه وضمانات حسن التنفيذ".

بالتالي فالمشرع من خلال المادة 19 يكون قد حسم الأمر بالنسبة للمؤسسات الأجنبية وأزال اللبس الذي كان قائما بوضعه تعريفا لها والأكثر من ذلك تميزه للمؤسسة الأجنبية الواقعة بالجزائر عن تلك الغير واقعة بالجزائر، إضافة إلى تبيان معايير تحديد الطرف

الأجنبي والمتمثلة في عنصر الإقامة خارج الجزائر وكذا ضرورة تقديم ضمانات بنوعيها الحكومية وضمانات حسن التنفيذ مثلما جسدها المرسوم رقم: 82-145 (الضمانات) غير أن الاختلاف يكمن في الصياغة.

ونلاحظ أن المؤسسة الأجنبية الواقعة بالجزائر بالرغم من جنسيتها فقد ذكرها المشرع بصفة مستقلة عن المؤسسة الأجنبية الغير الواقعة بالجزائر وربطها بالمؤسسات الوطنية مثلما تنص عليه المادة 19: "أن تلجأ إلى إبرام صفقات تعقد مع المتعاملين المواطنين ومع المؤسسات الأجنبية الواقعة بالجزائر، وإلى صفقات تعقد مع المتعاملين الأجانب"، هذا إن دل على شيء فإنما يدل على اعتبار المؤسسة الأجنبية الواقعة بالجزائر مؤسسة جزائرية وخاضعة للقانون الوطني، في حين أن المؤسسة الغير واقعة بالجزائر هي المؤسسة الأجنبية والتي لا تعد جزائرية وإنما يطبق عليها القانون الوطني فحسب، استنادا إلى معيار المقر الاجتماعي الوارد ضمن المادة 50 فقرة 6 من القانون المدني والمادة 547 من القانون الجاري، وبذلك يكون المشرع قد جسد معيار المقر الاجتماعي بصفة حتمية ضمن قوانين الصفقات العمومية وهنا يتجلى بوضوح دور التشريع المعمول به وعلاقته بالصفقات العمومية.

الفرع الثاني: المرسوم الرئاسي رقم 02-250 [28]

يعتبر هذا المرسوم من بين أهم التعديلات وأكثرها وضوحا في مجال الصفقات العمومية خاصة في تحديد الطرف الأجنبي، إذ نصت المادة 17 منه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة بغية تحقيق أهدافها... مع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر وإلى صفقات تعقد مع المتعاملين الأجانب"،

وتعرف المادة 18 المتعاملين الأجانب بأنهم: "المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكومي كما تنص عليه المادة 83 وضمانات حسن التنفيذ"

فصياغة المادتين 17 و18 تبقى أكثر دقة من الصياغة المتبناة ضمن المرسوم التنفيذي رقم: 91-434 خاصة معايير تحديد الطرف الأجنبي والمتمثلة في العناصر التالية:

أولا – الجنسية الأجنبية:

سبق وأن أشرنا أن المشرع الجزائري اعتمد معيار المقر الاجتماعي في تحديد جنسية الشركات استنادا للمادة 50 فقرة 6 من القانون المدني والمادة 547 من القانون التجاري وذلك كقاعدة عامة، وأورد استثناءا حينما جعل معيار مركز النشاط كمعيار لتحديد المؤسسات الأجنبية التي تمارس نشاطها بالجزائر استنادا للمادة 10 فقرة 3 من القانون المدني، بيد أنه وفيما يتعلق بالمرسوم الرئاسي رقم: 02-250 فإن جنسية الشركات لا تعد معيارا كافيا لتحديد المؤسسة الأجنبية على اعتبار أن المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر تتمتع بالجنسية

الأجنبية ورغم ذلك اعتبرها المشرع مؤسسة جزائرية وبالتالي لا يمكن الاستناد إلى معيار الجنسية فقط لتحديد الطرف الأجنبي مما يعني أن هناك معايير أخرى تكون كفيلة بتحقيق ذلك.

وجود المقر الاجتماعي للمؤسسة الأجنبية خارج الإقليم الوطني

لا تعد المؤسسة الأجنبية الكائنة فوق الإقليم الوطني رغم جنسيتها الأجنبية طرفا أجنبيا الشيء الذي يدفعنا للبحث عن الطرف الأجنبي وفق قانون الصفقات العمومية

ثانيا - المؤسسة الأجنبية غير الكائنة بالجزائر:

تربط هذا المعيار صلة وثيقة بمعيار المقر الاجتماعي كون أن المؤسسة الأجنبية إذا كانت غير كائنة فوق إقليم البلد المضيف، معناه أن مقرها الاجتماعي متواجد بالخارج، وبمفهوم المخالفة فالمؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر يعد مقرها الاجتماعي متواجد بالجزائر مما يجعلها مؤسسة وطنية وخاضعة للقانون الوطني الشيء الذي يضفي تناقضا مع مفهوم الجنسية الأجنبية للمؤسسة الكائنة بالجزائر.

فالمؤسسة الأجنبية الغير الكائنة بالجزائر يتم تحديدا بناءا على معيار النشاط لإنشائها فروعا أو شركات وليدة، وبالتالي نلاحظ أن كلا من معيار المقر الاجتماعي ومعيار النشاط (الأول والاستثناء) قد تم تجسديهما ضمن قانون الصفقات العمومية ويستشف ذلك ضمنيا، صحيح أن معيار عدم التواجد فوق الإقليم الوطني هو معيار لتحديد الطرف الأجنبي، إلا أنه لا يعد كافيا لتكريس هذه الصفة مما يستدعي البحث عن معايير أخرى تنم المعايير السالفة الذكر.

وبالنسبة لمعيار إلزامية تقديم الضمانات: فقبل الخوض في مضمون هذا المعيار ينبغي معرفة أن تقسيم الضمانات إلى ضمانات حكومية وضمانات حسن التنفيذ هو تقسيم قائم على أساس فكرة الطرف الأجنبي الذي يقدم أحسن الضمانات والدولة الجزائرية من خلال عديد المشاريع المنجزة نجدها تفضل اللجوء إلى النوع الأول من الضمانات أي الضمانات الحكومية وذلك لتفادي مخاطر عدم إتمام المشروع.

أ- الضمانات الحكومية:

تنص المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم: 02-250: "الضمانات الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية:

- الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة.
- الضمانات الحكومية التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبع عمومية".

فالضمانات الحكومية حسب المادة 81 قد تكون في صورة قروض ممنوحة في إطار اتفاق بين الحكومات، او في شكل مساهمات للمؤسسات المصرفية فيما يعرف بالتمويل الدولي، والذي تسيطر عليه المنظمات الدولية مثل صندوق النقد الدولي F.M.I وكذا البنك الدولي للإنشاء والتعمير المنشأ بموجب اتفاقية بروتن وودز[29].

ب-ضمانات حسن التنفيذ:

تعرف هذه الضمانات حسب المادة 82 بأنها: " الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ هي الضمانات التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمد بنك جزائري مختص"،

مفاد هذه الضمانات أن يلتزم المتعاهد المتعاقد بتنفيذ ما تعهد به، وضمان استيفاء ذلك فإنه يتم بتخصيص نسبة من إجمالي سعر الصفقة، ولهذه الضمانات مكانة وأهمية بالغتين خاصة بالنسبة للدول النامية على اعتبار أن إنجاز المشاريع يتطلب أموالا باهضة الشيء الذي يؤرق كاهل هذه الدول،[30]

فضمانات حسن التنفيذ ونظرا لضخامة وحجم الأموال المخصصة لها، الشيء الذي يدفع بالمؤسسات الأجنبية للإسراع في وتيرة إنجاز الأشغال مما يتيح لها حتى استرداد هذه الضمانات فالمرسوم الرئاسي رقم: 02-250 يعتبر أكثر دقة في تحديد الطرف الأجنبي مقارنة بالقوانين السابقة خاصة معايير تحديد الطرف الأجنبي، غير أن هذا المرسوم عدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 وكذا المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 فهل تضمن هذان المرسومان وأبقيا ما ورد ضمن المرسوم الرئاسي رقم: 02-250؟

الفرع الثالث: المرسوم الرئاسي رقم 10-236 والمرسوم الرئاسي رقم 15-247

بالتمعن في أحكام المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 نلاحظ أنه لم يدرج تعريفا للمؤسسات الأجنبية وبالتالي فقد أعاد هذا المرسوم التجسيد الذي كان سائدا في المرحلة الاشتراكية، والجديد الوارد ضمن هذا المرسوم أنه أعاد صياغة عبارة المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر وعوضها بعبارة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري وهذا ما نصت عليه المادة 22 من المرسوم الرئاسي 10-236: "يمكن للمصلحة المتعاقدة...أن تلجأ إلى إبرام صفقات تبرم مع المؤسسات الخاضعة للقانون القانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية"،

نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 يكون قد جسد فكرة أن المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر تعتبر مؤسسات وطنية وبالتالي فهي تخضع للقانون الوطني وعليه يتم معاملتها على أساس أنها وطنية فتتمتع بنفس الحقوق مع المؤسسات

المحلية في حين أن المؤسسات الأجنبية تضمنت نفس الأحكام الواردة بالمرسوم الرئاسي رقم: 02-250.

بيد أن الشركات الأجنبية المقيمة والخاضعة للقانون الجزائري قد تبرم عقودا مع المتعاملين الأجانب وذلك في إطار شراكة وبالتالي فأين الانتماء والولاء خاصة إذا قامت المؤسسة الخاضعة للقانون الوطني بتحويل أموالها هذا من جهة، وأن الجنسية الأجنبية تتناقض ومصطلح المؤسسة الخاضعة للقانون الجزائري من جهة أخرى، وما تجب الإشارة له أن المشرع بإقراره لعبارة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري يكون قد جسد ما يعرف بالشراكة والغرض من ذالك الرفع من فعالية المؤسسات الوطنية العامة والخاصة.

فالمرسوم الرئاسي رقم: 10-236 يكون قد خالف جميع التوقعات والسبب ربما يرجع إلى تركيز الدولة الجزائرية على خلق صناعة وطنية في إطار شراكة نظرا للضعف الذي تتخبط فيه الشركات الوطنية، وهو نفس الحكم المتضمن في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضمن المادة 38 منه بنصها: " يمكن للمصلحة المتعاقدة من اجل تحقيق أهدافها أن تلجا بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/ أو المؤسسات الأجنبية طبقا لأحكام هذا المرسوم ".[31]

خاتمة:

من خلال دراستنا وتحليلنا لموضوع مركز الشركات الأجنبية بين أحكام قوانين التشريع المعمول به وقوانين الصفقات العمومية، يتجلى لنا أن مضمون التشريع المعمول به بشأن أسس تحديد الطرف الأجنبي يبدو أنه وفق إلى حد ما في تحديدها، خاصة ما تضمنه القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة لابرام العقود، وأنها محددة بشكل دقيق وواضح، كما أن قوانين التشريع المعمول به تم إعمالها في قوانين الصفقات العمومية خاصة ما تعلق منها بمعيار المؤسسات المقيمة والغير مقيمة، بلاضافة إلى معيار المقر الاجتماعي، أما قوانين الصفقات العمومية تكون هي الأخرى قد حددت معايير ضبط وتحديد الطرف الأجنبي في مجال الصفقات العمومية، الا أنها لم تكن بالقدر الذي وضفته قوانين التشريع المعمول به، وما يمكن ملاحظته في هذا الإطار أيضا أن قوانين الجنسية لسنتي 1970 و2005 لم تبين أسس تحديد المؤسسات الأجنبية، ما ألقى العبء على التشريع المعمول به وقوانين الصفقات العمومية وعليه كان لزاما:

- تحديد أسس وضوابط المؤسسات الأجنبية وتوحيدها سواء في مجال قوانين الجنسية او التشريع المعمول به وكذا قوانين الصفقات العمومية لممارسة نشاطها بحرية، وتحديد القوانين التي تخضع لها ومنه ضمان تجنب نزاعات مستقبلية،

- تحديد مجالات عمل الشركات الأجنبية بدقة وضرورة فرض الرقابة عليها ومنه تحملها الالتزامات وتلقيها حقوقها وفقا لما يفرضه القانون الواجب التطبيق، أي القانون الجزائري كونه القانون الواجب الإعمال لارتباطه بمبدأ سيادة الدولة على كامل إقليمها ومنه فرض سيطرتها وفقا لمبدأ السيادة،

- ضرورة مسايرة التطورات الحاصلة في المجال الدولي، تحديدا في مجال ابرام الاتفاقيات الدولية المرتبطة بالتعاون بين الدول، ومنه محاولة إيجاد تجسيد ضوابط وآليات من شأنها تنظيم عمل الشركات الأجنبية ضمانا لعدم وقوع إشكالات محتملة.

الهوامش:

[1]- المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد50، صادرة: 30 سبتمبر 2015.

[2]- الأمر رقم: 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية, الجريدة الرسمية عدد: 52، الصادرة في 27 جوان1975.

[3]- *Cherif Bennadji, « L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algerie, Thèse en vue de l'obtention du doctorat d'état en droit, Université d'Alger, 1991,Tome 2, Page:557-558.*

[4]- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد: 78، صادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 10-05، المؤرخ في: 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية عدد: 44، صادرة بتاريخ: 26 جوان 2005.

[5]- طيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، الطبعة الثانية، مطبعة الكاهنة، 2010، الجزائر، صفحة: 94.

[6]- الأمر رقم: 05-01 المؤرخ في: 27فيفري2005، يعدل ويتمم الأمر رقم: 70-86، المؤرخ في: 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية، جريدة رسمية عدد: 15، صادرة بتاريخ: 27 فيفري 2005.

[7]- الأمر رقم: 75-59 المتضمن القانون التجاري, المؤرخ في 26 سبتمبر 1975, جريدة رسمية عدد: 101، صادرة بتاريخ: 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-02 المتضمن القانون التجاري المؤرخ في: 06 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد: 11، صادرة بتاريخ: 09 فيفري 2005.

[8]- تجدر الملاحظة في هذا الاطار أن القانون رقم: 75-59 والمتضمن القانون التجاري قد تم تعديله بموجب القانون رقم: 15-20 المؤرخ في: 30ديسمبر2015 والمتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد: 71 الصادرة بتاريخ: 30ديسمبر2015، وقد تضمن هذا القانون خمس مواد الا أنها لم تذكر الشركات الأجنبية موضوع الدراسة، مما جعلنا نستند الى مضمون الأمر رقم: 75-59، وقد كان ذكره من باب التذكير بآخر التعديلات فحسب.

[9]- المرسوم التنفيذي رقم: 03-453 المؤرخ في: 01 ديسمبر 2003 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، الجريدة الرسمية عدد: 75، الصادرة بتاريخ: 07 ديسمبر 2003 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم: 97-41 المؤرخ في: 18 جانفي 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري, الجريدة الرسمية عدد: 5 الصادرة بتاريخ 19 جانفي 1997.

- راجع في هذا الشأن: المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم: 15-111 المؤرخ في: 03 ماي2015 الذي يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب من السجل التجاري، والتي تنص: "يتم القيد في السجل التجاري للفروع أو الوكالات أوالممثليات التجارية أو كل مؤسسة أخرى تابعة لشركة تجارية مقرها بالخارج طبقا للتنظيم المعمول به على أساس طلب ممضى ومحرر على استمارات يسلمها المركز الوطني للسجل التجاري"

[10]- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، جزء أول، طبعة ثانية، الجزائر، 1980، ص: 159.

[11] -*Yamina IGHILARIZ, le registre de commerce, Thèse pour le doctorat d'état, Faculté de droit, Alger, Année 2010-2011, Alger, Page: 89-90.*

[12]- *NOUR eddine Terki, les société étrangères en Algerie, OPU, Alger1976, Alger, Page: 78-79-87.*

[13] -*Jean pièrre BOURCIRA-Van Pupaux, pratique des marchés internationaux, Alger, Edition du moniteur, 1981, Alger, page: 132.*

[14]- *NOUR eddine Terki, Op-cit, Page 87.*

[15]- الأمر رقم: 03-11 المؤرخ في: 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد: 52، صادرة بتاريخ: 27 أوت 2003.

[16]- تجدر الإشارة في هذا الصدد أنه تم صدور القانون رقم: 17-11، المؤرخ في: 11أكتوبر 2017، يتمم الامر رقم: 03-11 المؤرخ في: 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد: 57، صادرة بتاريخ: 12 أكتوبر 2017، الا أننا لم نتطرق الى مضمونه على اعتبار أنه تضمن مادتين لا ترتبطان بموضوع الدراسة أصلا، الا أننا تطرقنا اليه من باب التذكير فحسب

[17]- النظام رقم: 90-03 المؤرخ في: 8 سبتمبر 1990 يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها للخارج ومداخيلها، الجريدة الرسمية عدد: 45، الصادرة بتاريخ: 24 أكتوبر 1990.

[18]- لقد نص القانون رقم: 90-10 لمؤرخ في 14 أفريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، والملغى بموجب الأمر رقم: 03-11 ضمن مادته 181 على أنه: "يعتبر مقيم كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي في الجزائر[18]،

يعتبر غير مقيم كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي خارج الجزائر".

[19]- النظام رقم: 07-01، المؤرخ في: 03 فيفري 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية عدد: 31، صادرة بتاريخ: 13 ماي 2007 .

[20]- إعلان رقم: 72، مؤرخ في: 1 فيفري 1973، صادر عن وزير المالية يتضمن تحديد إجراءات تحويل الأموال بعنوان العقود التي يلزمها المؤسسات العمومية الوطنية مع المؤسسات الأجنبية.

[21]- الأمر رقم: 67-90 المؤرخ في: 17 جوان 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد: 52 صادرة بتاريخ: 27 جوان 1967.

[22]- للإشارة فان المشرع جسد في الأمر رقم: 67-90 أربعة مواد تتعلق بالمؤسسات الأجنبية (67-68-69-70).

[23]- المشرع ذكر عبارة المؤسسات المستقرة بالجزائر تقابلها بالفرنسية *Les Sociétés installer en Algérie* وذكر عبارة المؤسسات الأجنبية تقابلها بالفرنسية *Les Sociétés étrangères*

[25]– المرسوم رقم: 82-145 المؤرخ 10 أفريل 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي جريدة رسمية عدد: 15 صادرة في 13 أفريل 1982.

[26]– يرجع وجود واستعمال عبارة المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر إلى تأثر المشرع الجزائري بالقانون الفرنسي المنظم للصفقات العمومية القانون رقم: 57-24 المؤرخ في: 8 جانفي 1957.

[27]– مرسوم تنفيذي رقم: 91-434 مؤرخ في: 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد: 57 صادرة بتاريخ: 13 نوفمبر 1991.

[28]– المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 المؤرخ في: 24جوان2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية جريدة رسمية عدد: 52 صادرة بتاريخ: 28جوان2002.

[29]– مرسوم رئاسي رقم: 94-420 مؤرخ في: 3 ديسمبر 1994 يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم: 3743 المؤرخ في: 16 جوان 1994 بواشنطن (د س) بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، لتمويل مشروع إصلاح أنظمة التزويد بمياه الشرب والتطهير جريدة رسمية عدد: 81 صادرة بتاريخ: 11 ديسمبر 1984.

[30]– صالح زمال، المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري – مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، بجامعة الجزائر01، الجزائر، السنة الجامعية: 2011 – 2012، ص 15.

[31]– المرسوم رئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد: 50، صادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 2015.