واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر

بقلم الأستاذ: رقراقي محمد زكرياء
أستاذ مساعد أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الدكتور الطاهر مولاي – سعيدة

مقدمة

نتيجة للتحولات السياسية والاقتصادية وما لها من تأثيرات وانعكاسات على مؤسسات الدولة وعلى التسيير العمومي، عمدت الدولة إلى البحث عن طرق جديدة لتسيير المرافق العمومية من شأنها ضمان فعالية أكثر في التسيير وتحسين نوعية الخدمة العمومية، الأمر الذي وضعها أمام خيار تحرير النشاطات العمومية وإشراك القطاع الخاص، زيادة على ما لذلك من دور في خلق موارد مالية جديدة، بعيدا عن الخزينة التي أصبحت تئن تحت وطأة التراجع المستمر للعائدات المتأتية من الجباية البترولية، وهو ما تم تكريسه في النص الجديد المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، الذي حمل في طياته تعديلات جوهرية ذات أثر اقتصادي ومالي بخلفيات اجتماعية[1].

لذلك أضحى من الضروري البحث عن مدى تأثير طرق التسيير في صورها الجديدة الموضحة في المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 على مردودية المرافق العامة، بشكل من شأنه الحفاظ على المال العام وصيانة المصلحة العامة، في مقابل ترقية حقوق المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في دخول ميدان التسيير العمومي.

وبالتالي، فإن النظام القانوني الحالي لتفويض المرافق العامة رغم حداثته يمكن أن يكون موضوع العديد من التساؤلات فيما يخص قدرته

على الاستجابة لانشغالات فعالية هذا النمط من التسيير، إذ تلعب حرية المنافسة نظريا دور الكاشف الأساس للتوازن الاقتصادي المثالي، وهو ما يفسر أهمية التركيز على إشكالية مرحلة منح التفويض والتي تحدد الاقتصاد العام للعقد والتسيير المستقبلي له.

فالقواعد المنظمة لهذا النوع من العقود يجب عليها أن توفق بين أمرين متميزين: منح الشخص العام نوعا من الحرية في تسيير المرافق العامة، واحترام المقتضيات المتعلقة بمجال المنافسة، خصوصا وأن المرفق العام لم يعد يعرف بالرجوع فقط إلى طبيعة الهيئة المكلفة بتسيير نشاط ذو منفعة عامة، بل يتطلب قبوله تحديد الهدف المتوخى، بغض النظر عن الطبيعة القانونية للشخص، عام أو خاص، المكلف بأدائه[2].

وبالتالي السؤال الذي يطرح يتمحور حول مدى فعالية كيفيات تفويض المرافق العامة وموازنتها بين تحديث القطاع العام وحماية المصلحة العامة من جهة، وتوسيع حقوق المتعاملين الاقتصاديين في الترشح لنيل هذا النوع من العقود من جهة أخرى؟.

سنحاول تحليل هذه الإشكالية من خلال التطرق إلى النقاط التالية:

أولا: الإطار النظري للتسيير المفوض في ظل المرسوم الرئاسي 247/15

يعتبر المرفق العام من أهم أوجه تدخل الدولة في حياة الجماعة يسعى لتحقيق منفعة عمومية، وتحسين الخدمات الموجهة لجمهور المواطنين، وهكذا فكل إصلاح أو تغيير في أشكال تدبير المرافق العامة لا يجب أن تمس بأي شكل من الأشكال المرفق ومصالحه، وما لجوء الدولة إلى التسيير

المفوض إلا رغبة منها في تحسين جودة الخدمات على أساس أن طرق التسيير المعتمدة من قبل الخواص المتميزة بالبساطة والسرعة ستمكن لا محالة من تقديم خدمة عمومية في وقت مناسب وبجودة عالية، وبالتالي تلبية حاجيات المواطن، وبغرض الوقوف على الإطار النظري للتسيير المفوض سنستعرض مفهومه وخصائصه (I) ثم نبين أنواعه(II).

I- مفهوم تفويض المرفق العام

عرف القانون الفرنسي تفويض المرفق العام على أنه: "العقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبطا بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، كما يمكن أن يعهد إلى صاحب التفويض إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق"[3].

وفي الجزائر يعتبر المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 سابق الذكر أول نص عام يعرف عقود تفويض المرفق العام ويحدد أنواعه، وبالرغم مما يعتريه من نقص، إلا أنه يشكل خطوة إيجابية لتوحيد النظم القانونية المتعلقة بالمرفق العام، خاصة من حيث التعريف والأنواع، ووفقا لنص المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 يمكن تعريف تفويض المرفق العام على أنه عقد يعهد من خلاله تسيير مرفق عام إلى مفوض له، ويتم التكفل بأجر هذا الأخير، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام[4]، وهو نفس التعريف الوارد في المادة 38 من قانون "سابان" (Loi sapin). وتخضع اتفاقيات المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[5].

ومن خلال ذلك يمكن استنتاج العناصر الأساسية لتفويض المرفق العام، والمتمثلة في ضرورة وجود مرفق عام يهدف لتحقيق المنفعة العامة، وفي كون العلاقة بين المفوض والمفوض له هي علاقة عقدية، مما يجعل هذا العقد يحدد كافة الشروط، لاسيما كيفيات التنفيذ، والمقابل المالي، والرقابة، ومدة التفويض.

وعلى هذا الأساس يعتبر تفويض المرافق العامة، طريقة أصيلة في التسيير مؤطرة بواسطة قواعد تهدف إلى إقامة شراكة فعالة بين القطاع الخاص والعام بالمفهوم القانوني والاقتصادي للمصطلح، تعهد بموجبها الإدارة العمومية لشخص طبيعي أو معنوي حق تسيير مرفق عمومي لمدة محددة تحت رقابتها، وبالمقابل يتسلم هذا الأخير مبلغا يتمثل في الثمن الذي يدفعه المتنفعين من خدمات هذه المرفق، ويحدد العقد هذا الثمن أو الإتاوة[6]، ومادام هذا العقد يفوض لأحد الأعوان الاقتصاديين مهمة تسيير مرفق عام، فإن نظام الانتقاء يكتسي رهانا أساسيا.

II- أنواع عقود تفويض المرفق العام

بالرجوع إلى المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 نجدها نصت على الأشكال التي يمكن أن يتخذها تفويض المرفق العام استنادا لمستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة، بحيث قد يأخذ شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة.

ويعد عقد امتياز المرفق العام من أبرز أشكال هذا النوع من العقود، وقد تحددت طبيعته الإدارية وفقا لمقوماته الذاتية التي ميزته تماما عن أي عقد آخر، سواء لاتصاله المباشر بالمرفق العام أو لشروطه المتميزة والتي من

أبرزها وجود الشروط اللائحية التي يتعين على المتعاقد قبولها وتفرض بها الإدارة وجودها، إلى جانب الشروط التعاقدية الأخرى التي تكون محل تفاوض كأي رابطة تعاقدية.

ويعرف عقد الامتياز بأنه: "العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخص عموميا أو خاصا باستغلال مرفق عام بكل أعبائه ومخاطره وأرباحه، ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة"[7]، ومثال ذلك أن تعهد الدولة لأحد الأفراد استغلال خدمات توزيع المياه أو الكهرباء أو الغاز أو استغلال البترول أو استغلال الميناء أو الأسواق العمومية...الخ[8]، ولقد اعتبر القضاء الإداري عقد الامتياز عقد إداري من نوع خاص موضوعه إدارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكليف من الدولة أو أحد هيئاها بالقيام بنشاط معين وخدمة محددة والحصول على مقابل من المتفعين[9].

أما عقد الإيجار فيعرفه الأستاذ C.Boiteau على أنه "عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا استغلال مرفق عام، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون متعلقة مباشرة باستغلال المرفق"[10]. فنكون أمام عقد إيجار عندما تكون منشآت المرفق العام موجودة قبل العقد، ويتولى المستأجر بعض أعمال الصيانة والتجهيزات فقط، فكل من المستأجر والهيئة العمومية المؤجرة مسؤولين عن التجهيزات بنسب متفاوتة محددة في عقد الإيجار، فالهيئة العمومية هي المسؤولة عن توسيع المرفق وتجديده وتجهيزه إذا كانت هذه التجهيزات ضخمة ويكون ذلك عن طريق إبرام صفقات عمومية[11].

كما يعتبر عقد الوكالة أيضا صورة أخرى من صور تفويضات المرفق العام يمكن تعريفه على أنه: "العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية (التي أنشأت المرفق العام) تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح"[12].

وهذا النوع من العقود الإدارية ينقسم بدوره إلى نوعين يتمثل النوع الأول في الوكالة المحفزة، حيث ربط المشرع في هذا النوع المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير نتيجة تسييره للمرفق، برقم الأعمال والإنتاجية والفعالية، وهذا لتشجيع المسير لبذل كل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية وترقيتها والزيادة من فعالية المرفق[13]. والنوع الثاني يتمثل في عقد التسيير الذي يتميز عن عقد الوكالة المحفزة في كون أن أجر المفوض له (المسير) لا يتأثر سلبا بمخاطر وخسائر تسيير المرفق[14].

ثانيا: كيفية اختيار المفوض له بين الاعتبار الشخصي والدعوة للمنافسة

أخضعت المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، لنفس المبادئ التي تخضع لها إجراءات إبرام الصفقات العمومية، كما كرس المشرع المبادئ الأساسية التي تحكم المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، عندما نص في الفقرة الثانية من ذات المادة 209 المذكورة أعلاه على أنه: "...وزيادة على ذلك، يخضع المرفق

العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضية، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكييف".

غير أن ذات المرسوم وإن كان يحدد المبادئ العامة في مجال الشفافية والإشهار والمنافسة، فإنه لا يحيل إلى أي شكل خاص لإبرام هذا النوع من العقود كما هو الحال في مجال الصفقات العمومية، بحيث نصت المادة 217 منه، على أن تحديد كيفيات ذلك سيكون بموجب مرسوم تنفيذي، وهو ما يشكل فجوة في ظل وجود نصوص قانونية خاصة ببعض القطاعات، منحت الإدارة المانحة لعقد الامتياز سلطات واسعة في اختيار الملتزم على أساس الاعتبار الشخصي (I)، وإن كان العقد في حالات أخرى يمنح بعد الدعوة للمنافسة (II).

I- الاعتبار الشخصي كمبدأ عام لإبرام عقود الامتياز

يعتبر مبدأ الاعتبار الشخصي مبدأ معمول به في إطار العقود الإدارية التي لم يتدخل المشرع الجزائري لتحديد كيفية منحها وانعقادها نظرا لأهميتها أو أهمية محلها، لما ينطوي عليه من مصلحة عامة، أو مخاطر لا يتحملها إلا من كان كفء لها، وهو ما يتجسد في عقود تفويضات المرفق العام وخصوصا عقد الامتياز، الذي لم يتدخل المشرع كأصل عام لتنظيمه خاصة ما يتعلق بكيفية منحه، باستثناء تشريعات متفرقة خاصة ببعض القطاعات، منحت الإدارة المانحة سلطة واسعة في اختيار الملتزم على أساس الاعتبار الشخصي، والذي يفهم منه منح العقد للشخص على أساس اعتبارات فنية وشخصية تتوفر لديه هو دون غيره، باعتباره يتولى تسيير مرفق عام مهيأ ومخصص أصلا لتلبية وإشباع حاجات عامة، وما ينطوي على ذلك من مسؤولية.

في هذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية[15]، على أنه: "يمنح هذا الامتياز بصفة شخصية محضة، ويلتزم صاحب الامتياز في جميع التصرفات القانونية التي يقوم بها في إطار هذه الاتفاقية مهما تكن طبيعتها باحترام أحكام دفتر الشروط المرفق". كما تشير المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 11/ 341، الذي يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقل المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية[16]، إلى "إن امتياز إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية إسمي، غير قابل للتنازل ولا يمكن أن يكون محل تأجير للغير من الباطن تحت طائلة سقوط الحق".

من جهتها، تضيف المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 11/ 220، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة[17]، أن: "امتياز إقامة هياكل لتحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة غير قابل للتنازل عنه ولا يمكن أن يكون محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان".

بل وأكثر من ذلك تدخل المشرع الجزائري في بعض الحالات لتحديد المفوض له بصفة حصرية دون أي إمكانية لمنحه لأشخاص غيره، بخصوص بعض المرافق العامة ذات الطابع الاستراتيجي، مثل امتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب[18].

وعليه يتضح جليا من خلال هذه المواد اعتماد مبدأ الاعتبار الشخصي وأهمية صاحب الامتياز للتعاقد مع الإدارة لتسيير المرفق العام، على أساس أن تنازل الدولة مؤقتا عن إدارة وتسيير المرفق العام للملتزم يعد من قبيل تنظيم المرفق العام محل العقد، والإمكانية التي تتمتع بها الإدارة في اختيار الملتزم في عقد الامتياز تقابلها التزامات بضرورة إشباع الحاجات العامة عن طريق تأمين أفضل إدارة وسير للمرفق، كما يجد مبدأ الاعتبار الشخصي أيضا أساسه في جملة الالتزامات التي تقع على الملتزم حيث تفرض عليه السهر شخصيا على تسيير المرفق العام وفقا للطريقة المحددة في العقد، والكيفية التي تسمح بتقديم الخدمات العامة للجمهور وإشباعها بطريقة مرضية للمنتفعين[19]، زيادة على ما فرضته ضرورة الاستفادة من إمكانيات الخواص المالية والتقنية في التكفل بأعباء استغلال المرفق[20].

إن أهم نتائج تفويض المرفق العام استنادا لمبدأ الاعتبار الشخصي تتمثل في عدم قابليته للتنازل، بمعنى عدم إمكانية اتفاق الملتزم مع الإدارة المانحة للعقد على أن يحل محله شخص آخر في تنفيذ العقد الذي أبرمه معها[21]، إلا في حالة وجود نص خاص يحدد إجراءات منح الامتياز وإمكانية قابليته للتنازل من عدمها، على غرار القرار الوزاري المشترك، الذي يحدد شروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم 15/ 281[22]، وكذا القانون 10/ 03 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة[23].

ونفس الأمر يقال بالنسبة لمدى قابلية عقد الامتياز للانتقال إلى الورثة، والذي لا يتم إلا في حالة وجود نص صريح يشير لإمكانية ذلك[24].

II- الدعوة للمنافسة كإجراء استثنائي لإبرام عقود الامتياز

رغم أن تدخل المشرع الجزائري في مجال تنظيم عقود الامتياز لازال ضعيفا مقارنة بأهمية مثل هذا العقد، ورغم عدم تنظيمه لمرحلة اختيار الملتزم تنظيما يساير ويخدم الحركية الاقتصادية للدولة، وترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة، إلا أنه تدخل بموجب بعض القوانين، ليجعل من منحه معلقا على تنظيم الدعوة للمنافسة، وبالتالي اختيار أكفأ المتقدمين من الناحيتين التقنية والمالية[25]، وذلك عن طريق اللجوء لتقنية طلب العروض المعتمدة في المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247[26]، في مجال إبرام عقود الصفقات العمومية.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بأسلوب طلب العروض، رغم كونه استثناء من القاعدة العامة التي هي مبدأ الاعتبار الشخصي، نظرا لمحل العقد وهو تسيير وإدارة مرفق عام تابع للدولة، مهيأ ومخصص أساسا لتحقيق حاجات عامة للجمهور، وذلك على خلاف كيفيات إبرام عقود الصفقات العمومية، التي تكون فيها الدعوة للمنافسة قاعدة عامة، والتراضي استثناء.

الملاحظ أنه حتى في ظل اعتماد بعض النصوص قاعدة طلب العروض عند تفويض المرفق من خلال فتح المجال للمنافسة، إلا أن غالبيتها لم تنظم كيفية استدراج هذه العروض، ومعايير وأسس اعتماد الملتزم، فنجد مثلا إجراءات منح الامتياز تعتمد على طريقة المزاد العلني والتراضي في

الأمر رقم 06/ 11[27]، الذي حدد مجالات استخدام كل منهما، حيث يعتمد أسلوب المزاد العلني اعتبارا لمكان تواجد المشروع أو القطعة الأرضية عملا بأحكام نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 07/ 121، المحدد لشروط ومنح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[28]، فيمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني إذا كانت القطعة الأرضية محل العقد تتواجد في بلديات الولايات التالية: الجزائر، عنابة، قسنطينة، وهران، بلديات مقر الولاية ومقر الدائرة في الولايات الأخرى لشمال البلاد، بلديات مقر الولاية في الهضاب العليا، أما خارج هذه البلديات فكان يعمل أسلوب التراضي بالإضافة إلى بلديات ولايات الجنوب حسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 07/ 121.

وبالتالي يمنح الامتياز على أساس دفتر الشروط النموذجي عن طريق المزاد العلني، إذ يرخص الوزراء كل حسب اختصاصه بمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني (المادة 05 من نفس الأمر)، ومنه فأسلوب التراضي اعتبر استثناءا على القاعدة العامة (المزاد العلني)، يتم اللجوء إليه في حالات محددة على سبيل الحصر حسب المادة 07 من نفس الأمر، بعد ترخيص مجلس الوزراء بناء على اقتراح من المجلس الوطني للاستثمار تطبيقا للمادة 06 من نفس الأمر.

وبعد صدور قانون المالية التكميلي رقم 11/ 11[29]، أدخل المشرع تعديلات على كيفية منح عقد الامتياز، حيث اعتمد طريقة التراضي التي كانت في الأمر رقم 08/ 04[30] استثناءا لتصبح الأصل في إبرام عقود امتياز العقار الصناعي، وعليه يكون المشرع قد منح الوالي سلطة منح الامتياز،

وبالتالي تركيز سلطة المنح في يد سلطة واحدة مع الإبقاء على وصاية وزير السياحة، عملا بأحكام المادة 15 من القانون رقم 11/ 11، والتي استغني عنها (موافقة وزير السياحة) بموجب قانون المالية لسنة 2013، واستبدلها بموافقة الوزير المكلف بتهيئة الإقليم.

أما قانون المالية التكميلي لسنة 2015[31]، فقد عدل المادة 05 من الأمر رقم 08/ 04 لتصبح كما يلي: "يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي بناءا على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار الذي يتصرف كلما تطلب الأمر ذلك بالتنسيق مع المديرين الولائيين للقطاعات المعنية على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة، والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات".

يلاحظ إذن تذبذب المشرع الجزائري في اعتناق مبدأ واحد، نظرا لتعدد المرافق العمومية التي يمكن تسييرها عن طريق عقد الامتياز، بل تذبذب موقفه حول طريقة اختيار الملتزم حتى لو تعلق الأمر بمرفق واحد، وهو ما يعرض القوانين للتعديل والتتميم بعد فترات ليست بالمتباعدة، مما يؤثر سلبا على مناخ الاستثمار، خاصة بالنسبة لعقود الامتياز التي يمكن أن يكون فيها الملتزم شخصا أجنبيا، لاسيما وأن عقد الامتياز يستلزم أموالا طائلة من قبل الملتزم باعتباره قد يتضمن إنشاء الهياكل الأساسية، ناهيك عن ضرورة إجراء التأمينات الإجبارية اللازمة، فضلا عن ضرورة مراعاته لمبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد، وهو ما يفرض عليه بعضا من المجازفة.

وما يزيد الأمر تعقيدا أن قانون المنافسة من جهته حتى بعد تعديله سنة 2008 وامتداد تطبيقه للعقود الإدارية وخصوصا الصفقات العمومية[32]، أعفى بصفة غامضة عقود تفويض المرافق العامة من تطبيق أحكامه، على خلاف التشريع الفرنسي الذي ينص على أن قواعد المنافسة تطبق على جميع نشاطات الإنتاج، والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي تكون بفعل الأشخاص العامة، لاسيما في إطار عقود تفويض إدارة المرفق العام[33].

وهو ما التزمت به هيئات المنافسة الفرنسية من خلال تطبيقها لقانون المنافسة على المؤسسات المكلفة بعقود امتياز تسيير المرافق العامة[34]، إذ تكون ممارساتهم في هذه الحالة حسبها بعيدة عن مقومات السلطة العامة لارتباطها الوثيق بالنشاط الاقتصادي، وبالتالي يمكن أن تتابع من طرف مجلس المنافسة، في حالة اعتبارها ممارسات مقيدة للمنافسة[35].

على أن واضعي النصوص المتعلقة بالمنافسة في الجزائر، أغفلوا إخضاع هذا النوع من العقود لقواعد المنافسة، بحيث لا تخضع لأحكام قانون المنافسة سوى الصفقات العمومية، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي يخاطب بصفة خاصة عقود تفويض المرفق العام[36]، وإن كان ذلك حسب البعض ذو أهمية محدودة كونه يتعلق بنشاط المفوض له تسيير المرفق العام، ولا يتعلق بتاتا بنشاط المفوض[37]، فيمكن بذلك لمجلس المنافسة أن يعلن عدم اختصاصه لدارسة إجراء التنازل الذي من خلاله تختار الإدارة القائم بخدماتها، ولكنه يمكن أن يتصدى للممارسات المقيدة للمنافسة السابقة أو اللاحقة لهذا الاختيار[38].

خاتمة

يعتبر عقد الامتياز من أبرز العقود الإدارية خاصة بعد الإصلاحات التي تبنتها الجزائر بعد سنة 1989، وصدور تعليمة وزير الداخلية والجماعات المحلية رقم 3.98/ 842، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، التي اعتبرته الطريقة المثلى لتسيير المرافق العمومية المحلية على الأقل.

ورغم أهمية هذا العقد إلا أن المشرع الجزائري لم يوفه بالتنظيم الكافي الذي يتطلبه باعتباره ينصب على إدارة مرفق عام تابع للجهة الإدارية، تبقى ضامنة لتسييره، من خلال ممارسة رقابة عليه.

وتعتبر مرحلة اختيار الملتزم المرحلة الحاسمة في عقد الامتياز، ذلك أن التسيير الفعال يبدأ بالاختيار العقلاني للملتزم، وعموما تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في اختياره على أساس الاعتبار الشخصي، رغم أن هناك بعض التدخلات من المشرع لتنظيم هذه المرحلة من استلزام اتباع إجراءات طلب العروض، وإن كان متذبذبا في ذلك حيث تتعرض القوانين للتعديلات المتكررة، والتي تمس خاصة طريقة اختيار الملتزم، ناهيك عن تدخل المشرع لإقرار هذه التعديلات بموجب قوانين المالية، وإن كان ذلك يؤثر سلبا على الامتياز كأسلوب للتسيير من خلال إمكانية ضياع حقوق الملتزم، لذلك ينبغي تعزيز مبدأ الاستقرار التشريعي لجلب المستثمر خاصة الأجنبي، ناهيك عن الابتعاد عن التشريع بموجب قوانين المالية.

كما يجب سد الفراغ الذي يعرفه قانون المنافسة بحيث يجب أن تحكم وتنظم قواعد المنافسة الصفقات العمومية وكذلك التفويضات

الاتفاقية، خصوصا بعدما تم إلغاء المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، السالف ذكره، والذي نصت المادة الأولى منه على أنه: "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم". كما نصت المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 سالفة الذكر على أن: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم".

الهوامش

[1] *المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 المؤرخ* في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر عدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

[2] Rachid Zouaimia, La délégation de service public au profit de personnes privées, Éditions Belkeise, Alger, 2012, p. 04.

–للإطلاع أكثر على المجالات التي يمكن أن تكون محل تفويض للمرفق العام من طرف الجماعات الإقليمية، تراجع المواد 149 و150 من القانون رقم 10/ 11 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 37 الصادرة في 03 جويلية 2011 والمواد 141 و149 من القانون رقم 12/ 07 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر عدد 12 الصادرة في 29 فبراير 2012.

[3] مصطلح تفويض المرفق العام ظهر في بداية الأمر في فرنسا على يد الأستاذ Auby من خلال إعداده لدراسة تتعلق بالمرافق العامة سنة 1980، ولكن المشرع الفرنسي كرس تقنية التفويض باعتبارها فئة قانونية جديدة لاسيما في حقل العقود الإدارية، فأصدر القانون رقم 93/ 122 سنة 1993 المتعلق بتجنب الفساد وتكريس الشفافية في الإجراءات، وأطلق على هذا القانون تسمية Loi sapin الذي تضمن تنظيما واضحا لتفويض المرافق العامة، بحيث شكل هذا القانون مع تعديلاته، الإطار القانوني لتفويض المرفق العام.

–Loi N°93-122 du 29 janvier 1993, relative la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Art 38/1, "*Une droit public confie la gestion d'un*

service public dont elle a la responsabilité du délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, le délégation peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaire au service". Voyez: *Jean-François* Auby, La délégation de service public, guide pratique, Dalloz, Paris, 1997, p.16.

[4] نصت المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام [1]. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية. وبهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام".

[5] تنص المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية، على أنه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية، مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات".

[6] يعرب محمدالشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سورية، 2010، ص. 91.

[7] Stéphane Braconnier, Droit des services publics, Presses universitaire de France, 2004, p. 383.

[8] من بين عقود الامتياز المنصوص عليها في التشريع الجزائري، نذكر عقد امتياز الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، المنصوص عليه في المادة 04 من القانون رقم 10/ 03 المؤرخ في 15 أوت 2010، المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، والمصالح المنصوص عليها في المادة 150 من قانون البلدية رقم 11/ 10، والمادة 149 من القانون رقم 12/ 07 المتعلق بالولاية، والمادة 101 من القانون رقم 05/ 12 المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، ج ر عدد 60 الصادرة في 04 سبتمبر 2005.

[9] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 356.

[10] Claudie Boiteau, Les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale, Paris, France, 1999, p. 98.

[11] Stéphane Braconnier, op. cit., p. 439.

[12] Idem, p. 440.

[13] تنص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على ما يلي: "...–الوكالة المحفزة: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من الأرباح، عند الاقتضاء...".

[14] تنص المادة 210 المذكورة أعلاه على ما يلي: "... تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح، وفي حالة العجز فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا...".

[15] الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، المرفقة بالمرسوم التنفيذي رقم 15/ 305، المؤرخ في 05 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيين المطبقين على منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 09 ديسمبر .2015

[16] المرسوم التنفيذي رقم 11/ 341 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج ر عدد 54، الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر .2011

[17] المرسوم التنفيذي رقم 11/ 220 المؤرخ في 12 جوان 2011، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة ، ج ر عدد 34، الصادرة بتاريخ 19 جوان .2011

[18] تنص المادة 05 من القانون رقم 05/ 07 المؤرخ في 28 أفريل 2005، المتعلق بالمحروقات، المعدلة بالمادة 02 من القانون رقم 13/ 01 المؤرخ في 20 فيفري 2013، ج عدد 11 الصادرة بتاريخ 24 فيفري 2013 على أنه: "صاحب الامتياز: المؤسسة الوطنية سوناطراك –شركة ذات أسهم، أو أحد فروعها الذي يستفيد من امتياز النقل بواسطة الأنابيب متحملة في ذلك الأخطار والتكاليف والخسائر المترتبة على ذلك. كما يعتبر أيضا صاحب امتياز كل شخص يستفيد من الامتياز الخاص بالقنوات الدولية متحمل في ذلك الأخطار والتكاليف والخسائر المترتبة على ذلك".

[19] أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، در الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص .25

[20] بلسبط سمية، عقد امتياز خدمات النقل البحري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص .98

[21] عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في أثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 32.

[22] القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 جوان 2016، المحدد لشروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم 15/ 281، المؤرخ في 26 أكتوبر 2005، ج ر عدد 62 الصادرة بتاريخ 23 أكتوبر 2016، حيث تنص المادة 02 منه على أنه "يخضع منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، المذكورة في المادة الأولى أعلاه، لصيغة منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل طبقا للشروط والكيفيات المحددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15/ 281 المؤرخ في 26 أكتوبر 2015 والمذكور أعلاه، وكذا دفتر الشروط الملحق بـه".

[23] القانون رقم 10/ 03 المؤرخ في 15 أوت 2010، المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، سابق الذكر، حيث نصت المادة 13 منه على أنه "يكون حق الامتياز قابلا للتنازل والتوريث والحجز طبقا لأحكام هذا القانون".

[24] تراجع في هذا الصدد المادة 11 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08/ 57، المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج.ر عدد 9، الصادرة بتاريخ 24 فيفري 2008، والتي نصت على أنه: "في حالة وفاة صاحب الامتياز يمكن ذوي حقوقه أن يواصلوا استغلال خدمات النقل البحري إلى غاية نهاية مدة الامتياز، شريطة أن يبلغوا بذلك السلطة المانحة للامتياز في أجل لا تتجاوز مدته شهرين (2) ويمتثلوا لأحكام دفتر الشروط". والمادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 07/ 69 المؤرخ في 19 فيفري 2007، المحدد لشروط وكيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، ج.ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 21 فيفري 2007، التي نصت على أنه "في حالة وفاة صاحب الامتياز، يستطيع ذوو حقوقه الاستمرار في استغلال الامتياز بشرط أن يعلموا الوزير المكلف بالمياه الحموية بذلك عن طريق الوالي المختص إقليميا في أجل لا يتعدى شهرين (2) وأن يمتثلوا لأحكام هذا المرسوم في أجل لا يتعدى (6) أشهر ابتداء من تاريخ الوفاة". رغم أن المادة 24 من ذات المرسوم تقضي بأن: "الامتياز غير قابل للتنازل عنه وغير قابل للتحويل. يمكن أن يرخص منبع المياه الحموية كله أو جزء منه. لا يمكن أن يكون موضوع تأجير من الباطن من طرف صاحب الامتياز من الغير".

[25] راجع مثلا: المرسوم التنفيذي رقم 08/ 114 المؤرخ في 9 أفريل 2008، المحدد لكيفيات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج ر عدد 20 الصادرة بتاريخ 13 أفريل 2008. والذي نصت المادة 06 منه على أنه: "وفقا لأحكام المادتين 72 و73 من القانون رقم 02/ 01 المؤرخ في 05 فبراير 2002 والمذكور أعلاه، يمنح امتياز توزيع الكهرباء و/ أو الغاز من طرف الدولة ممثلة في الوزير المكلف بالطاقة، ويكون منح هذا الامتياز محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الكهرباء والغاز". والمادة 02 من القرار الذي يحدد كيفيات إعلان الترشح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 15 سبتمبر 2013، والتي نصت على أنه: ""يمكن أن تمنح الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية المتوفرة بعد إعلان ترشح أشخاص طبيعيين ذوي جنسية جزائرية حسب الأولوية التي منحتها أحكام المادة 17 من القانون رقم 10/ 03، المؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010 والمذكور أعلاه".

[26] يعرف طلب العروض حسب المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، على أنه: " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء. ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات".

[27] الأمر رقم 06/ 11 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ملغى)، ج.ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007.

[28] المرسوم التنفيذي رقم 07/ 121 المؤرخ في 23 أفريل 2007، المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم06/ 11 الذي يحدد شروط كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007.

[29] القانون رقم 11/ 11 المؤرخ في 18 جويلية 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج.ر عدد 40 الصادرة في 20 جويلية 2011.

[30] الأمر رقم 08/ 04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 والذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر عدد 49 الصادرة في 03 سبتمبر .2008

[31] القانون رقم 14/ 10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر عدد 78 الصادرة في 31 ديسمبر 2014.

[32] القانون رقم 08/ 12 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر عدد 36 الصادرة بتاريخ 02 جوان 2008.

[33] Voyez l'article L.410-1 du code de commerce français.

[34] أمزيد الجيلالي، الحماية القانونية والقضائية لقواعد المنافسة في صفقات الدولة، الطبعة الثانية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2012، ص. 99.

[35] Voyez à titre d'exemple: Décision du conseil de la concurrence n° 09-D-17 du 22 Avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de *Basse-Normandie*. Cité par: Debroux Michel, Nicolas-Vullierme Laurence, et Sarrazin Cyril, Ententes : chroniques, Revue Concurrences, n° 3-2009, Paris, p. 84.

[36] Rachid Zouaimia, op. cit., pp. 82 – 83.

[37] عيساوي عز الدين، جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة: البحث عن المصالحة، مداخلة في الملتقى الوطني حول "أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 و01 ديسمبر 2011 ، ص. 101، غير منشورة.

– Voyez également: Daniel Daniel Mainguy, Jean-Louis Respaud et Malo Depincé, Droit de la concurrence, LexisNexis, Paris, 2010, p. 203.

[38] CA Paris, arrêt du 29 janvier 2002, Sté Saturg et autres. Voyez: Marie Malauri-Vignal, Droit de la concurrence interne et communautaire, 4ème édition, Dalloz, Paris, 2008, p. 40.