عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر

بقلم د/ سردو محمود

أستاذ محاضر قسم "ب"

بجامعة جيلالي بونعامة بخميس مليانة

ملخص:

لقد تبنى المشرع الجزائري تفويض المرفق العام كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة، حيث صدرت مجموعة من القوانين تتعلق بهذا الموضوع بدأت بقانون المياه ثم قانون البلدية وأخيرا قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث وضع المشرع الجزائري مجموعة من الأحكام الخاصة بهذا الأسلوب غير أنه أحال في كثير من الأحيان إلى التنظيم.

Résumé :

Législateur algérien a adopté la délégation de service publique comme une nouvelle style à la gestion des services publics, où il a publié une série de lois relatives à ce sujet, ont commencé à loi des eaux et la loi relative à la commune et enfin le règlement des marchés publics et des délégations de service public.

الكلمات المفتاحية:

التفويض، المرفق العام، الامتياز، الوكالة المحفزة، المرافق العامة الاقتصادية، اتفاقية التفويض، التسيير.

Mots clés :

Délégation, service publique, concession, régie intéressée, service public économique, convention de délégation, gérance.

مقدمة:

لقد أدت فكرة تطور المرفق العام وظهور المرافق العامة الاقتصادية إلى ظهور أساليب جديدة لتسيير المرافق العامة، ولا سيما المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري أو ما تعرف بالمرافق العامة الاقتصادية، فالمعروف عن هذا النوع من المرافق أنه يحقق عائدات مالية، أي أنه يمول نفسه بنفسه ولو بصفة جزئية، وقصد تحسين الخدمات التي يقدمها

المرفق من جهة ، ورفع الأعباء عن كاهل الإدارة ظهرت هذه الأساليب التي تهدف إلى إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة بل بلغ الحد أحيانا إلى إنشائها كليا أو جزئيا، ومن بين هذه الأساليب نجد عقد التفويض أو ما يعرف بتفويض المرفق العام، هذا الأسلوب الذي ظهر في الفقه والقانون الفرنسي في نهاية القرن الماضي أي في التسعينات، وما زاد هذا الموضوع أهمية هو تطور القانون العام الاقتصادي الذي أصبح هذا الموضوع جزء منه.

ولئن كانت أسلوب التفويض قد ظهر في فرنسا كما ذكرت سابقا، فإنه انتقل إلى العديد من الدول مثل المغرب، تونس لبنان وغيرها، غير أن المشرع الجزائري وإن كان قد تبنى هذا الأسلوب في وقت مبكر من خلال قانون المياه الصادر في سنة 2005، إلا أنه تردد كثيرا في تعميم هذا الأسلوب على باقي المرافق العامة، إلى أن جاء قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي صدر في سنة 2015 والذي أتى ببعض أحكام هذا الأسلوب.

ومحاولة مني لدراسة هذا الموضوع طرحت الإشكالية التالية:

كيف تعامل المشرع الجزائري مع أسلوب تفويض المرفق العام؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمت هذا الموضوع إلى مبحثين هما:

- الإطار العام لتفويض المرفق العام.
- إجراءات تفويض المرفق العام.

المبحث الأول:

الإطار العام لتفويض المرفق العام

إن دراسة تفويض المرفق العام تقتضي الإحاطة بجوانبه الأساسية التي تؤدي إلى التعريف به بما لا يدع غموضا في هذا الموضوع، وذلك fالتطرق إلى مفهومه والمبادئ العامة التي يقوم عليها.

المطلب الأول: مفهوم التفويض للمرفق العام

لقد ظهر مصطلح التسيير المفوض للمرفق العام أو تفويض المرفق العام في المنظومة القانونية الفرنسية في بداية تسعينات القرن الماضي من خلال القانون المتعلق بالإدارة الإقليمية loi Joxe وقانون محاربة الرشوة والشفافية loi Sapin[1]، وإن كان هذا المصطلح استعمل قبل ذلك من طرف الأستاذ J. M. Auby في كتابه الصادر في الثمانينات[2].Les service public local

وحتى يتضح هذا المصطلح سوف أورد هنا مجموعة من التعاريف الفقهية والتشريعية الخاصة بتفويض المرفق العام.

لقد أورد الفقه الفرنسي العيد من التعريف لهذا الأسلوب، إذ عرف الأستاذ دروبنكو B. Drobenko بأنه العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق لمفوض له –شخص عام أو خاص–ويكون أجر المفوض له مرتبطا بنتائج استغلال المرفق[3]، أي أن تفويض المرفق العام هو العقد الذي يفوض بموجبه شخص عام (الدولة أو أحد فروعها) ويسمى المفوض، شخص آخر وهو المفوض له مهمة تسيير مرفق عام، ويتلقى هذا الأخير مقابله المالي من نتائج استغلال هذا المرفق.

وعرفه الأستاذ Carol بأنه تقنية من شأنها تمكين المتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود الموجودة والمعروفة باسم الامتياز والتسيير، فهو مفهوم واسع يشمل كل العقود التي تتنازل الدولة من خلالها عن تسيير مرفق عام[4].

وأما بالنسبة للفقه العربي فقد عرفه الأستاذ عبد القادر باينة بأنه يقترب من الامتياز ويعتبر شكلا جديد في تدبير المرفق العام، يتم بواسطة عقد بمقتضاه تعهد الإدارة بتدبير مرفق عام وتساهم في ذلك

بتقديم بعض المنشآت أو المعدات التي كانت تستعملها لذات الغرض، وتستفيد في ذلك الإدارة ببعض الامتيازات، ويتلقى المفوض إليه مقابل تدبيره للمرفق العام ربحا أو تعريفات من المرتفقين[5].

فمن خلال هذه التعاريف الفقهية نستنتج أن تفويض المرفق العام هو

وأما بالنسبة لتعريفه من المشرع، فإن قانون سابان الذي يعتبر أول تشريع تبنى هذا الأسلوب فإنه لم يعرفه في بداية الأمر بل ترك الفقه، غير أنه تدارك هذا الأمر في سنة 2000 وقدم له التعريف التالي:

Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service[6].

أي هو عقد بمقتضاه يعهد شخص معنوي عام تسيير مرفق تحت مسؤوليته إلى مفوض له من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، ويكون الأداء مرتبط بنتائج الاستغلال، وقد يكلف المفوض له بإقامة منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية للمرفق العام.

وقد تناول المشرع الجزائري تفويض المرفق العام من خلال قانون المياه[7]، قانون البلدية[8] وقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[9]، غير أنه لم يعط تعريفا له، وبالرجوع إلى قانون الأملاك الوطنية[10]، نجده قد ذكره باسم الامتياز وعرفه بأنه "العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي، يسمى صاحب الامتياز حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء و/ أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز."

فمن خلال التعاريف السابقة يمكن القول إن التفويض هو عبارة عن انسحاب الدولة أو الجماعة الإقليمية من مباشرة عملية التسيير ومنحها لشخص من أشخاص القانون الخاص لمباشرة هذا التسيير، ويتميز التسيير عن طريق التفويض بالخصائص التالية:

- تفويض المرفق العام هو عقد وكالة حيث تقوم الإدارة من خلاله بتوكيل مهمة تسيير واستغلال المرفق العام لشخص آخر.
- عقد التفويض من العقود الإدارية التي تخضع للقانون الإداري وتختلف عن عقود القانون الخاص، وأطرافه هما المفوض وهو شخص معنوي عام والمفوض له وهو شخص عام أو خاص.
- عقود التفويض من العقود الزمنية، إذ هو محدد بمدة معينة تحدد في العقد ولا يمكن أن يكون هذا العقد لمدة غير محددة.

وينقسم تفويض المرفق العام إلى نوعين: تفويض أصلي وتفويض فرعي

1-التفويض الأصلي:

يعتبر التفويض الأصلي ذلك التفويض الذي تقوم فيه الهيئة المسؤولة عن المرفق بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق إلى شخص آخر (المفوض له) بصفة أصلية، أي لا تستمد الهيئة المفوضة صلاحياتها في التفويض من سلطة أخرى أو هيئة أخرى، أي أن لا يكون الشخص المفوض نفسه مفوض له تسيير هذا المرفق العام.

2-التفويض الفرعي:

يتم التفويض الفرعي من خلال قيام المفوض له الأصلي بتحويل كل النشاط المفوض له أو جزء منه إلى شخص آخر.

غير أن اعتبار العقد الذي يبرمه المفوض له (التفويض الفرعي) تفويضا لم يجمع عليه الفقه، حيث ثار جدل بشأن هذا الموضوع، وانتهى الأمر بوضع مجموعة من الشروط يجب أن تتوافر في هذا النوع من الاتفاقيات لتدخل في إطار تفويض المرفق العام، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- أن يكون موضوع ومحل عقد التفويض الفرعي هو استغلال وتسيير المرفق العام
- أن تحتفظ السلطة المفوضة بكل صلاحياتها في التنظيم والرقابة، بصفتها صاحبة المرفق العام والمسؤولة عن تنظيمه وسيره، حيث يتحول المفوض له الأصلي إلى سلطة مفوضة عندما يبرم عقد التفويض الفرعي، وينتج عنه خضوع التفويض الفرعي لرقابة السلطة المفوضة الأصلية، وأن يتم هذا التفويض باسم ولحساب السلطة المفوضة الأصلية.
- أن تخضع اتفاقية التفويض الفرعي في إبرامها لإجراءات الإشهار والمنافسة.

المطلب الثاني: المبادئ العامة لعقد التفويض

يقوم التسيير المفوض على مجموعة من الأسس والمبادئ وهي: وجود مرفق عام قابل للتسيير عن طريق التفويض، وجود علاقة تعاقدية بين المفوض والمفوض له، أن يؤدي التفويض إلى استغلال المرفق العام، وأن يرتبط المقابل المالي الذي يأخذ المفوض له مع نتائج الاستغلال.

أولا: مرفق عام قابل للتفويض

يعد تفويض المرفق العام أحد الطرق إدارة المرافق العامة ، و بالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض ، فإذا غاب المرفق العام فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، وقد لحق بمفهوم المرفق العام الكثير من التطور ، فلم يعد قاصرا علي المجالات التقليدية ، بل شمل العديد من النشاطات التي كانت لا تدخل تقليديا في مفهوم المرفق العام ولا سيما بظهور المرافق العامة الاقتصادية، وقد ساهم هذا التطور في اعتماد تقنية التفويض في مجالات متعددة و بصورة واسعة ، إلا أن الدساتير و القوانين النافذة تمنع في غالب الأحيان أشخاص القانون العام من تفويض إدارة بعض المرافق العامة نظرا لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها[11].

وقد حدد المشرع الجزائري المرافق العامة البلدية فيما يلي:

- التزويد بالمياه الصالحة للشرب.
- صيانة الطرقات وإشارات المرور.
- الإنارة العمومية.
- الأسواق المغطاة والأسواق والموازين العمومية.
- الحظائر ومساحات التوقف.
- المحاشر.
- النقل الجماعي.
- الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء.
- الفضاءات الثقافية التابعة لأملاك البلدية.
- فضاءات التسلية التابعة لأملاك البلدية.
- المساحات الخضراء[12].

ولم يحدد المشرع الجزائري المرافق العامة غير القابلة للتفويض[13]، حيث جعل جميع المرافق البلدية قابلة للتفويض إلا ما يتنافى مع طبيعتها، كما أن الأمر لا يتوقف على قانون البلدية فحسب بل كل المرافق العامة سواء كانت تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية هي مرافق عامة قابلة للتفويض، ولا سيما مرفق المياه الذي تناوله المشرع الجزائري بنصوص خاصة، ويستثنى من هذه العملية المرافق العامة الدستورية مثل الصحة، الأمن والدفاع التي لا يمكن تفويضها لأشخاص القانون الخاص.

ثانيا: العلاقة التعاقدية:

إن للعلاقة القائمة بين مانح التفويض وصاحب التفويض هي علاقة تعاقدية، فمانح التفويض هو شخص عام يمكن أن يكون الدولة أو البلديات أو المؤسسات العامة، وصاحب التفويض هو شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن يكون شخصا عاما أو خاصا، أي أن أطراف العقد هما شخص معنوي

عام وآخر خاص، من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا العقد مرتبط بمرفق عام فهو عقد إداري لأن الشخص المعنوي العام طرفا فيه بصفته صاحب السلطة والسيادة، ولأن موضوعه يرتبط بالمرفق العام.

ثالثا: استغلال المرفق العام

يجب أن يكون موضوع عقد التفويض استغلال مرفق عام، أي إدارة المرفق و تشغيله وفقا للغاية من إنشائه، تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض، فإذا كان صاحب التفويض يلتزم بتشغيل المرفق العام واستغلاله فإن ذلك يقتضي أن يتحمل مخاطر التشغيل، وأما إذا اقتصر دور صاحب التفويض علي إدارة المرفق دون تحمل مخاطر التشغيل بصورة كلية أو جزئية ، فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام ، كأن يتولى الشخص الخاص إدارة المرفق لقاء بدل محدد دون أن يتحمل مخاطر استغلال المرفق كالعقود المبرمة مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجر محدد لتشغيل معامل إنتاج الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء أو إدارة الحاويات في الموانئ ، فلا تعد هذه العقود تفويض مرفق عام[14].

ويلقى على عاتق صاحب التفويض القيام بجميع الأعمال الضرورية لتنفيذ المرفق العام موضوع العقد، ويجب أن يكون تحويل إدارة المرفق العام من الشخص العام إلى الشخص الخاص شاملا، بحيث يتولى الشخص الخاص أو صاحب التفويض القيام بجميع الأعمال التي يقتضها تأمين حسن تشغيل واستغلال المرفق العام.

ويتولى صاحب التفويض استغلال المرفق العام على نفقته، ويلقي على عاتقه تمويل عمليات التشغيل، وفي بعض العقود يتحمل أعباء إقامة المرفق العام أو جزء منه، ويقابل ذلك حصول صاحب التفويض على التعريفات الناتجة عن استعمال المستفيدين لخدمات المرفق العام، أو على أجر محدد من قبل السلطة المانحة، ويجب أن يكفي المقابل المالي لتشغيل المرفق العام لنفقات التشغيل وتحقق لصاحب التفويض الأرباح التي يسعي إليها.

ويعتبر تحمل صاحب التفويض لمخاطر استغلال المرفق العام المعيار المعتمد من طرف القضاء الإداري لتمييز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من العقود الإدارية.

ويترتب على ضرورة قيام صاحب التفويض بإدارة واستغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته مجموعة من النتائج وأهمها:

- يقتضي أن تعطي اتفاقية التفويض صاحب التفويض الحق في تحديد القواعد والأنظمة الداخلية التي يخضع لها المرفق العام موضوع التشغيل والمتعلقة بتأدية الخدمات وعمليات التشغيل.
- يجب علي صاحب التفويض استخدام الإجراء والعاملين من اجل تأمين الأعمال المتعلقة بالتشغيل، وتقوم مع هؤلاء العاملين علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص لاسيما قانون العمل.
- تنشأ علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض من ناحية والمستفيدين من خدمات المرفق العام من ناحية أخري، وتخضع هذه العلاقة لأحكام القانون الخاص.
- يقتضي أن يمنح صاحب التفويض بعض امتيازات السلطة العامة التي يقتضها حسن التنفيذ المرفق العام، كحق طلب الاستهلاك.
- يجب علي صاحب التفويض تأمين الأموال اللازمة لتشغيل المرفق العام، وهذه الأموال يقتضي إعادتها إلى الشخص العام عند الانتهاء من تنفيذ العقد لطالما أنها مرتبطة بتشغيل المرفق وتجدر الإشارة إلى أن تحمل صاحب التفويض لمخاطر استغلال ليس على درجة واحدة، فقد يكون شاملا في بعض العقود الإدارية كعقد الامتياز وإجارة المرفق العام، وعلى درجة اقل في عقود الإدارة بالشراكة ومشروع صفقة الأشغال العامة.

كما أن تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستثمار بمفرده قد طرأ عليه عدة تطورات، فلم يعد صاحب التفويض يواجه هذه المخاطر بمفرده، بل أصبح هناك نوع من التضامن بين طرفي العقد وذلك بهدف تمكين صاحب التفويض من مواجهة مخاطر التشغيل ومواجهة الصعوبات من دون تعطيل المرفق ومن أهم الوسائل التي تحقق التضامن المالي بين طرفي العقد هي:

– ضمان القروض التي يقترضها صاحب التفويض من المؤسسات المالية[15].

– أداء السلطة المانحة مساهمات مالية إلي صاحب التفويض بهدف تأمين التوازن المالي للعقد وتغطية الخسائر التي تلحق بصاحب التفويض خصوصا بالنسبة للمرافق التي يلحق بها خسائر دورية كمرفق النقل الحضري.

– دفع الأشخاص العامة جزءا من المقابل المالي يكون متغيرا حسب نتائج الاستغلال وتطوره.

– أداء التعويضات إلي صاحب التفويض عند حدوث ظروف طارئة غير متوقعة عند إبرام العقد[16].

رابعا: ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

لقد أكد الفقه والقضاء على أن عقد تفويض المرفق العام يتضمن ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج الاستثمار، ويعني ذلك أن المقابل المالي يجب ان يعكس تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستثمار التي تنتج من ادارته للمرفق وتشغيله على نفقته ومسؤوليته.

ولا يعني ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار أن مصدر المقابل المالي هو المستفيدين من خدمات المرفق العام، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخري تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال وإن كان جزء من المقابل المالي يدفع من قبل الشخص العام أو كان هذا الأخير يساهم في دعم المرفق.

ويشكل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار معيارا للتميز بين عقد تفويض المرفق العام و الصفقات العمومية ، فإذا كان المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض يمثل ثمنا للخدمات المقدمة دون أن يتحمل صاحب التفويض آية مخاطر ، فنكون بصدد صفقة عامة و ليس عقد تفويض مرفق عام ، و هذا ما أكد عليه القضاء الإداري الفرنسي الذي اعتبر في احد أحكامه أن المقابل المالي الذي يدفعه الشخص العام المحلي الذي عهد إلي جمعية استغلال مركز الترفيه، بحيث يقوم الشخص العام بإعطاء الجمعية مقابلا ماليا للخدمات المقدمة دون أن يتحمل أية مخاطر مالية ، يشكل ثمنا للخدمات المقدمة ، ويعني ذلك أن العقد لا يمكن اعتباره تفويض مرفق و إنما هو صفقة عامة[17].

وليس من الضروري لاعتبار المقابل المالي مرتبط بنتائج الاستثمار أن يكون مصدره أو القسم الأكبر منه، المستفيدين من خدمات المرفق العام، وإنما يشترط أن يرتبط بنتائج الاستغلال، إذ يمكن

أن يكون القسم الأكبر من المقابل المالي مصدره المستفيدين دون أن يعكس ذلك ارتباطه بنتائج الاستغلال.

المبحث الثاني:

إجراء تفويض المرفق العام

لم يتناول قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إجراءات إبرام عقد التفويض وإنما حدد مجموعة الأشكال الخاصة بهذا العقد من جهة، واشترط أن يتم هذا العقد في شكل اتفاقية.

المطلب الأول: أشكال عقد التفويض

لقد وضع المشرع الجزائري مجموعة من الأشكال الخاصة بتفويض المرفق العام، حيث نصت المادة 210 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام حسب مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير كما هي محددة أدناه.
كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبنية فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم."

فمن خلال هذا النص نجد المشرع الجزائري ذكر أربع أساليب لتفويض المرفق العام على سبيل المثال وهي الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة والتسيير، كما يمكن تكييف أساليب أخرى على أنها تفويضات مرفق عام وذكرها التشريع والفقه الفرنسيين وهي مشروع الأشغال العامة، عقد الإجارة الحكرية والامتيازات ذات الأجرة الافتراضية.

أولا: الامتياز

عرف المشرع الجزائري الامتياز بأنه الأسلوب الذي "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة مرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه"[18].

فمن خلال هذا التعريف يمكن القول، أن الامتياز يتميز بالخصائص التالية:

- يتضمن عقد الامتياز تفويض أحد أشخاص القانون العام إدارة مرفق عام إلى شخص آخر سواء كان طبيعيا أو معنويا، عاما كان أو خاص.
- يتولى صاحب الامتياز مقابلا ماليا من المستفيدين من خدمات المرفق العام، ويقتضي أن يغطي المبلغ المالي الأعباء التي يتحملها صاحب الامتياز ويحقق الأرباح.
- يمكن أن يتضمن عقد الامتياز إقامة منشآت عامة، أو اقتناء ممتلكات.

وبهذه الخصائص يتميز الامتياز عن باقي أساليب التفويض[19].

ثانيا: الإيجار

عرف المشرع الجزائري الإيجار بأنه "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته.

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام."[20]

فإيجار المرفق العام يتميز بالخصائص التالية:

- تتولى الدولة إقامة المرفق العام ونفقات المنشآت الأساسية له، وهذا عكس الامتياز الذي يتولى فيه المفوض له إقامة المرفق العام أو تجهيزه.
- يتولى المفوض له تسيير المرفق العام وصيانته دون إقامة المنشآت الأساسية.

- يتلقى المفوض له أتاوى تدفع من طرف مستعملي المرفق العام كما هو الحال في الامتياز.
- يتولى المفوض له دفع إتاوة سنوية إلى الهيئة المفوضة.

ثالثا: الوكالة المحفزة

عرف المشرع الجزائري الوكالة المحفزة بأن "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.

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصّل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية"[21].

فالوكالة المحفزة تتميز بالخصائص التالية:

- تتولى الهيئة المفوضة إقامة المرفق العام وإدارته.
- يتولى المفوض إما تسيير المرفق العام أو تسييره صيانته معا.
- يتولى المفوض له استغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة وليس لحسابه الخاص حيث يحول المبالغ المحصلة من مستعملي المرفق العام إلى الهيئة المفوضة.
- تحدد إتاوة استعمال المرفق العام من طرف الجمهور بالاشتراك بين الهيئة المفوضة والشخص المفوض له.
- يتلقى المفوض له أجره من الهيئة المفوضة وليس من الجمهور المستعمل المرفق العام.
- تحدد أجرة المفوض بنسبة مئوية من رقم الأعمال ويمكن أن تضاف إليها منحة إنتاجية وجزء من الأرباح المحققة، حسب نص الاتفاقية.

رابعا: التسيير

عرف المشرع الجزائري التسيير بأنه "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح، وفي حالة العجز فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي

يتقاضى أجرا جزافي، ويحصّل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية"[22]

من خلال هذا النص، فإن التسيير كأسلوب للتفويض يتميز بالخصائص التالية:

- تتولى الهيئة المفوضة المرفق العام وتحتفظ بإدارته كما هو الحال في الوكالة المحفزة
- يتولى المفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته معا، كما هو الحال في الوكالة المحفزة.
- يقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب الهيئة المفوضة، كما هو الحال في الوكالة.
- تحدد الهيئة المفوضة الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام لوحدها دون مشاركة المسير، بعكس الوكالة المحفزة.
- يحصل المفوض له التعريفات لحساب الهيئة المفوضة وليس لحسابه الخاص، كما هو الحال في الوكالة المحفزة.
- يدفع أجر المفوض له مباشرة من طرف الهيئة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال نضاف إليها منحة إنتاجية.
- تعوض الهيئة المفوضة للمفوض له في حالة العجز بمنحه أجرا جزافيا.

ومن هنا يمكن القول إن التسيير يختلف عن الوكالة المحفزة في أن المفوض له لا يشارك الهيئة المفوضة في تحديد التعريفات الواجب دفعها من طرف مستعملي المرفق العام، وبالمقابل يتلقى المفوض أجره جزافا في حالة العجز.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري الفرنسي في تكييف عقد التسيير كعقد تفويض للمرفق العام، حيث كيفه مرة على أنه عقد صفقة عمومية، في حين كيفه مرة أخرى بأنه عقد تفويض، إذ أن العبرة في التفرقة بين التفويض والصفقة العمومية هو مدى ارتباط المقابل بنتائج الاستغلال، وهذا الارتباط يشكل أحد العناصر الرئيسية المكونة لعقد التفويض، فبدونه يكيف العقد بأنه صفقة عمومية وليس تفويضا[23].

ولعل المشرع الجزائري وفق في اعتبار عقد التسيير أسلوب لتفويض المرفق العام، حيث اشترط ارتباط أجر التفويض بنتائج الاستغلال وهي منحة الإنتاجية.

المطلب الثاني: اتفاقية التفويض

يتفق الفقه والقانون على أن تفويض المرفق العام يتم بموجب اتفاقية بين الهيئة المفوضة والمفوض له، قد نص المشرع الجزائري على أن نموذج اتفاقية التفويض الخاصة باستغلال الأملاك العمومية المائية يتم بموجب مرسوم تنفيذي، كما تخضع الاتفاقية عند إبرامها مع المفوض له تخضع للموافقة عن طريق قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمياه والوزير المكلف بالداخلية[24]، كما اشترط خضوع هذه الاتفاقية لمجموعة من المبادئ تحكم إبرامها وتنفيذها.

الفرع الأول: المبادئ التي تبرم في إطارها الاتفاقية

يتفق الفقه والتشريع على أن تفويض المرفق العام يتم في شكل اتفاقية تبرم في ظل منافسة حرة ونزيهة، ولذلك فقد اشترط المشرع الجزائري ابرام اتفاقية التفويض في إطار ثلاث مبادئ [25] وهي:

- حرية الوصول للطلبات
- المساواة في المعاملة.
- شفافية الإجراءات.

أولا: حرية الوصول إلى الطلبات

لقد جسد المشرع الجزائري مبدأ مهما في مجال إبرام الصفقات العمومية وهو تحقيق حرية المتعاملين في الوصول الطلبات المراد إبرامها، ثم عمم هذا المبدأ على تفويض المرفق العام، ذلك أن التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة يخضع لمبدأ المنافسة، التي لا يمكن أن تتحقق في ظل غياب نشر المعلومات اللازمة التي تمكن المتعامل من الوصول إلى العقد الذي ترغب الهيئة العمومية إبرامه.

فمبدأ الحرية يقتضي إلزامية نشر الإعلان الخاص بتفويض المرفق العام الذي ترغب الدولة في منحه للخواص من أجل تسييره، ويجب أن يكون هذا النشر واسعا سواء عبر الوسائل وفي الأماكن التي تمكن الراغبين في التعاقد من الاطلاع عليه، كالنشر في الصحف أو الوسائل السمعية البصرية، وعلى شبكات الانترنيت وغيرها.

كما يجب أن يتضمن إعلان التفويض جميع البيانات الخاصة بالمرفق العام والبيانات الخاصة بالعقد المراد إبرامه ومهلة تقديم العرض، وإذا لم يتم نشر هذه البيانات فينبغي تمكين المترشح الاطلاع عليها بأي وسيلة ممكنة.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يحدد إجراءات تحقيق هذا المبدأ، فإن قانون سابان نص على أن النشر يتم في إحدى الوسائل المؤهلة لنشر الإعلانات القانونية وفي إحدى وسائل الإعلان المتخصصة والمتعلقة بالنشاط الاقتصادي.[26]

ثانيا: مبدأ المساواة

يقتضي مبدأ المساواة أن يعامل المرشحون للتعاقد من أجل تسيير المرفق العام بنفس المعاملة، حيث تلتزم الهيئة المتعاقدة بقبول جميع المترشحين الذ=ين تتوافر فيهم الشروط التي يفرضها القانون.

وتخضع عملية اختيار المرشحين إلى رقابة القاضي الإداري، حيث يمكن الطعن في قرار عدم قبول أحد المترشحين في قائمة المقبولين لتجاوز حدود السلطة، وينظر القاضي الإداري بدوره في مدى توفر الشروط والضمانات المالية، والمعايير المطلوبة لدى المرشح صاحب الطعن.[27]

ثالثا: شفافية الإجراءات

يجب أن تتم عملية إبرام عقد التفويض في ظل إجراءات شفافة، حيث تتولى الهيئة المفوضة فتح العروض المقدمة في المهلة المحددة، ويجب أن تكون هذه المهلة كافية لتقديم العروض.

كما تقتضي الشفافية، أن تكون الإجراءات من بداية العملية وهي الإعلان عن النية في التعاقد إلى تلقي العروض وفتحها وترتيب المترشحين في شفافية تامة، حيث تكون محاضر فتح العروض وتقييمها مسببة، ويحق لكل شخص الاطلاع عليها، كما تمنح مهلة للمترشحين المقصون لتقديم الطعون بكل حرية وفي إطار الشفافية.

الفرع الثاني: تنفيذ الاتفاقية

لقد نص المشرع الجزائري على تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق يجب أن تتم في إطار مبادئ ثلاثة وهي الاستمرارية، المساواة والقابلية للتكيف[28]، ولعل هذه المبادئ هي المبادئ الأساسية التي يقوم المرفق العام، وبالتالي فإن مقصود المشرع الجزائري من هذا النص هو أن عقد التفويض يجب أن يضمن سير المرفق العام وفق المبادئ الأساسية لسيره، أي أن لا يؤدي هذا العقد إلى التغيير في طبيعة المرفق العام أو إبعاده عن الهدف الأساسي الذي وجد لأجله وهو تقديم الخدمة العمومية التي لا يمكن أن تتم بدون هذه المبادئ.

خاتمة:

لقد حاول المشرع الجزائري مواكبة التغيرات التي طرأت على أساليب تسيير المرافق العامة، وتبنى فكرة التفويض من خلال قانون المياه ثم قانون البلدية وأخيرا قانون الصفقات العمومية، حيث تبنى بموجب هذا الأخير مجموعة من الأشكال الخاصة بهذا العقد، غير أنه بقي مترددا في وضع أحكام مفصلة تحكم هذا الأسلوب من التسيير، حيث أحال الكثير من الأحكام إلى التنظيم، وفي ظل غياب هذا التنظيم يبقى عقد التفويض في الجزائر مجرد حبر على ورق.

[1] - Loi 93-122 du 29/01/1993 relative a la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publique.

[2]- أوكال حسين، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، ص 127.

[3]- المرجع السابق، 128

[4]- بودراف مصطفى، التسيير المفوض والتجربة الجزائرية في مجال المياه، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المؤسسات ، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2011-2012، ص44.

[5]– عبد القادر باين، " أشكال النشاط الإداري" مشورات زاوية ، مطبعة الأمنية الرباط، 2007 ، ص21.

[6] - L'art.38 de la Loi 93-122 du 29/01/1993 relative a la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publique.

[7]- أنظر المواد من 104 إلى 110 من القانون 12/05 المؤرخ 2005/08/14 المتعلق بالمياه ، المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية العدد 60.

[8]- القانون 10/11 المؤرخ في 2011/07/22 المتعلق بالبلدية، جريدة الرسمية العدد 37، السنة 38.

[9]- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 والمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50.

[10]- أنظر المادة 64 مكرر من القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون 14/08 المؤرخ في 2008/07/20، لجريدة الرسمية العدد 44.

[11]- محي الدين القطب، ص444.

[12]- المادة 149 من قانون

[13]- أنظر المادة 15 من قانون البلدية.

[14]- محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 445.

[15]- نصت المادة 66 من قانون الأملاك الوطنية في فقرتها الأخيرة على إمكانية رهن المنشآت التي أقامها صاحب الامتياز من أجل تمويل المرفق العام.

[16]- محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 450.

[17]- المرع السابق، ص451.

[18]- أنظر الفقرات 4،3 و5 من المادة 210

[19]- محي الدين القطب، مرجع سابق، ص454.

[20]- أنظر الفقرتين 7 و8 من المادة 210.

[21]- أنظر الفقرات 9، 10 11 من المادة 209

[22]- أنظر الفقرات 12، 13 و14 من المادة 210 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[23]- نفس المرجع، 460.

[24]- أنظر المرسوم التنفيذي 10- 275 المؤرخ في 4 نوفمبر سنة 2010 يحدد كيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، الجريدة الرسمية، العدد 68.

[25]- نصت المادة 02/209 على أن "تخضع اتفاقية التفويض إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم "، وقد حددت المادة 5 هذه المبادئ في الحرية، المساواة والشفافية.

[26]. Jean Paul Valette, droit de services publics, ellipses, paris 2006,p 196.

[27]- محي الدين القطب، مرجع سابق، 484.

[28]- أنظر الفقرة 2 من المادة 209 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.