إبرام عقد الامتياز الإداري بن الاعتبار الشخصي والدعوى للمنافسة

أ/أكلي نعيمة، طالبة دكتوراه
كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو

ملخص: تشكل عقود الامتياز تعبيرا عن علاقة ثلاثية الأبعاد، فهي تبدأ في العلاقة القائمة بين الجماعة العامة المانحة للامتياز والمجتمع من خلال دخول أولي في علاقة مباشرة مع شخص آخر (الملتزم) عهدت إليه مهمة تحقيق المرفق العام ينتهي في علاقة مع هذا الأخير من جهة والمنتفع من جهة أخرى، كما يرتبط بتنظيم الدولة وإعادة هيكلة مرافقها، ونظرا لأهمية الملتزم في عقد الامتياز في النهوض بعبء التسيير فإنه يمنح العقد كقاعدة عامة على أساس الاعتبار الشخصي، الذي وإن كان في حالات يفرض القانون خلاف ذلك من خلال احترام إجراءات الدعوى للمنافسة.

Abstract :
Summary: form of concession contracts, an expression of three-dimensional relationship, it starts in the relationship between the General Assembly and the awarding of the community during the first entry in the direct relationship with another person (the obligor) entrusted with the task of achieving annex ends in a relationship with the latter hand, on the other hand, also is associated with the organization of the State and the restructuring of its facilities, in view of the importance of the committed in the concession contract in the advancement of the burden of contract management, it gives the general rule on the basis of the personal account, in cases where the law otherwise through respect for the proceedings of competition.

مقدمة:

يعبر عقد الامتياز الإداري عن علاقة عقدية، تتعهد بمقتضاها الدولة ممثلة بأحد هيأتها حسب طبيعة المرفق العام محل العقد، بمهمة تسيير وإدارة مرفق عام تابع لها، لشخص آخر غالبا ما يكون من الخواص، والذي يتحمل على نفقته مستلزمات تشغيل المرفق العام وإدارته، مقابل ما يتحصل عليه من رسوم من جمهور المنتفعين نظير تلقيهم الخدمات العامة، وذلك لمدة محددة، غالبا ما تتسم بالطول تمكينا للملتزم من استعادة ما ينفقه في سبيل إعدادا المرفق العام بالتالي تسييره، فضلا عن تحقيق جانب من الربح باعتباره من الخواص –غالبا– الذي هو هدفه أساسا.

القاعدة العامة أن مانح الامتياز له الاختيار الحر لصاحب الامتياز، بذلك تمتع الإدارة بسلطة واسعة في اختياره على أساس الاعتبار الشخصي، فمبدئيا الإدارة حرة في اختيار الملتزم على أساس الاعتبار الشخصي نظرا لأهميته كعنصر من عناصر العقد، وتستلزم بداهة اختيار الإدارة المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط من الناحيتين المالية والتقنية، وما تجب الإشارة إليه هو وجوب احترام الإدارة للمعايير الموضوعية عند اختيار الملتزم (الكفاءة والقدرة المالية)، كما هو معمول به مثلا في منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز، رغم أنها قاعدة عامة ما لم يفرض على الإدارة في بعض المرافق إتباع إجراءات المنافسة، حيث يلاحظ من خلال التعليمة رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، أن هناك تحول نحو اعتماد إجراءات المزايدات، التي تضمن المنافسة والمساواة بين المترشحين، وعليه ونظرا لمكانة الملتزم في عقود الامتياز الإدارية باعتبار شخصيته محل اعتبار، ونظرا لما يرد على هذه الأخيرة من استثناءات (الدعوى للمنافسة) يفرض الوضع البحث في مبدأ الاعتبار الشخصي كمبدأ عام يعتمد عليه لاختيار الملتزم، للتوصل لمدى إطلاقه من تذبذبه من خلال تدخل المشرع في حالات لفرض احترام إجراءات معينة.

وهو ما نوصل إليه من خلال معالجة الموضوع في النقاط التالية:

أولا: مبدأ الاعتبار الشخصي كمبدأ عام لإبرام عقود الامتياز الإدارية.

حسب المادة 210 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفات العمومية وتفويضات المرفق العام، إن الامتياز "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق 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".[1]

رغم أن المشرع الجزائري تدخل لأول مرة لتنظيم تفويضات المرفق إلى جانب الصفقات العمومية، إلا أنه لم يولها أي اعتبار مقارنة بالصفقات العمومية فلم يخصها إلا بمواد قليلة جدا كما أنه لم يتعرض لمختلف الأحكام التي تحكمه، خاصة إذا ما تعلق الأمر بعقد الامتياز نظرا لضرورته العملية لتخفيف عبء التسيير على الدولة وتلبية حاجات المواطنين.

أ)مفهوم مبدأ الاعتبار الشخصي: 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 الامتياز الإدارية باعتبارها أهمية وأفضل وسيلة تسيير للمرافق العامة في الآونة الأخيرة.

1/ مضمون مبدأ الاعتبار الشخصي: يتوسط عقد الامتياز الإداري طائفة العقود الإدارية غير المسماة، والذي يقوم على إدارة واستغلال مرفق عام تابع للدولة، لمدة محددة، مقابل إتاوات يدفعها المنتفعون بخدمات المرفق العام محله، ونظرا لما ينطوي عليه من أهمية، من خلال توفير وعرض الخدمات العامة للجمهور بالكيفية المطلوبة

فضلا عن السرعة والنوعية المفروضتين، لم يتدخل المشرع كأصل عام لتنظيم هذا العقد خاصة إذا ما تعلق الأمر بكيفية منح، إلا ما صدر عنه من تشريعات متفرقة خاصة ببعض القطاعات، لذا منحت الإدارة المانحة له (عقد الامتياز) 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.

وفي هذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنا التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية،[2] 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 تضيف المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 341/11، يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقل المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية[3]، "إن الامتياز إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية اسمي، غير قابل للتنازل ولا يمكن أن يكون محل تأجير للغير من الباطن تحت طائلة سقوط الحق".

ونظرا لأهمية بعض المرافق العامة ونظرا لإستراتجيتها وأهميتها الاقتصادية قد يتدخل المشرع الجزائري لتحديد الملتزم بصفة شخصية، دون أي إمكانية لمنحه لأشخاص أخرى، كما حدده في امتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب، حيث تنص المادة 5 من القانون رقم 07/05، المتعلق بالمحروقات[4]، "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".

في حين تضيف المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 220/11، يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة[5]، أن: "امتياز إقامة هياكل لتحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة غير قابل للتنازل عنه ولا يمكن أن يكن محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان".

وعليه يتضح جليا ن خلال هذه المواد مبدأ الاعتبار الشخصي وأهمية صاحب الامتياز كمتعاقد مع الإدارة لتسيير المرفق العام تحقيقا وتلبية للحاجات العامة، التي ما أقيم المرفق العام محل العقد لو لا قيامها.

2/أساس مبدأ الاعتبار الشخصي: يتحدد الأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار الملتزم في تكريس طابع المرافق العامة عند إبرام العقد، ذلك 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 العام، 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.[6]

كما يجد مبدأ الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه اختيار الملتزم، أساسه القانوني، في طبيعة عقد الامتياز ذاتها التي تقوم على فكرة التعاون ما بين القطاعين العام والخاص لتأمين المصلحة العامة، ذلك أن الإدارة وإن كانت تفوض تسيير المرفق العام إلا أنه تظل مسؤولة تجاه المنتفعين على تلبية حاجاتهم، فالاستعانة بالخواص فرضته ضرورة الاستفادة من إمكانياتهم المالية والتقنية في التكفل بأعباء الاستغلال.[7]

ب–مبدأ الاعتبار الشخصي بين القيد والإطلاق: رغم أن عقد الامتياز من بين العقود الإدارية غير المسماة، إلا أن المشرع الجزائري تدخل ببعض القوانين القطاعية المنظمة لكل قطاع لتنظيمه، ولو بصفة عامة، مع ترك التفاصيل لدفاتر الشروط واتفاقية الامتياز التي تبرم بين الملتزم والإدارة العامة.

فتدخل المشرع بجملة من الأحكام حسب القطاع المنظم، يقر بالاعتبار الشخصي لشخصية الملتزم، حيث جعله أسميا وشخصيا، وحتى أحيانا يمنح بصفة مطلقة لشخص معين، أو ووضع بعض الشروط كالتمتع بالجنسية الجزائرية، إلا أنه من جهة أخرى تساهل بعض الشيء حيث جعل من نفس العقد الذي جعله يمنح على أساس الاعتبار الشخصي قابلا للتنازل انتقال للورثة في حالة وفاة الملتزم.

1–مدى قابلية عقد الامتياز للتنازل: يقصد بالتنازل عن عقد الامتياز، اتفاق الملتزم مع الإدارة المانحة للعقد على أن يحل محله في تنفيذ العقد الذي أبرمه معها (الإدارة) من خلال تلمه لكافة الالتزامات التي يمليها عليه واكتساب الحقوق التي خولها له.[8]

فحسب المادة 2 من 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 281/15،[9] فإنه: "يخضع منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع التقية العقارية ذات الطابع التجاري، المذكورة في المادة

الأولى أعلاه، لصيغة منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل طبقا للشروط والكيفيات المحددة بموجب المسوم التنفيذي رقم 281/15 المؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2015 والمذكور أعلاه، وكذا دفتر الشروط الملحق به".

كما تضيف المادة 13 من القانون رقم 03/10، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة[10]، "يكون حق الامتياز قابلا للتنازل والتوريث والحجز طبقا لأحكام هذا القانون".

وهو نفس المبدأ تبنته المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 281/15، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز القابل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري[11]، حيث تقضي أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون العام أو الخاص له صفة المرقي العقاري، في مفهوم التشريع والتنظيم المعمول بهما، يطلب الاستفادة من منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على قطعة أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة، يجب أن يعد ملفا ويرسله إلى أمانة اللجنة التقنية...".

وعليه إذن اعتبارا لهذه النصوص وفي ظل غياب نص خاص يحدد إجراءات منح الامتياز وإجراءاته، يبقى لمبدأ الاعتبار الشخصي الأثر البالغ لاعتناقه واعتماد لاختيار الملتزم، ما يجعل من شخصيته محل اعتبار، يفترض معها عدم التنازل بصفة قطعية عن العقد.

2-مدى قابلية عقد الامتياز للانتقال إلى الورثة: حسب نص المادة 2/11 من المرسوم التنفيذي رقم 57/08، يحدد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته[12]، فإنه: "غير أنه، في حالة وفاة صاحب الامتياز يمكن ذوي حقوقه أن يواصلوا استغلال خدمات النقل البحري إلى غاية نهاية مدة الامتياز، شريطة أن

يبغوا بذلك السلطة المانحة للامتياز في أجل لا تتجاوز مدته شهرين (2) ويمتثلوا لأحكام دفتر الشروط".

في حين تنص المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 69/07، مؤرخ في 19 فيفري سنة 2007، يحدد شروط كيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، "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 أنه: "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".

وعليه إذن إذا كان هذا العقد غير قابلا للتنازل عنه، كما يمنع أن يكون محل للإيجار من الباطن، كيف له أن يتنقل إلى الورثة؟، أفعلا هذا الأخير (الورثة) من شأنه أن يتسم بنفس الصفات ويتحلى بنفس روح المسؤولية التي كان مورثهم عليها، وعليه يتضح تعارض موقف المشرع الجزائري في مختلف الأحكام المنظمة لعد الامتياز، خاصة إذا ما تعلق الأمر بمبدأ الاعتبار الشخصي، الذي من المفروض يمنع معه أي تنازل، أو إيجار، أو تعاقد من الباطن وحتى الانتقال إلى الورثة، وهو ما تساهل معه المشرع الجزائري بعض الشيء.

وهو نفس الأمر الذي اعتنقته المادة 25 من مرسوم تنفيذي رقم 341/11، يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند

أسفل السدود ونقل المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية: "في حالة الوفاة يمنح الورثة أجل سنة ابتداء من تاريخ وفاة مورثهم من أجل:

-اختيار واحد منهم ليمثلهم ويتكفل بحقوق وأعباء مورثهم في المستثمرة، مع مراعاة أحاكم قانون الأسرة في حالة وجود قصر،

-التنازل بمقابل أو مجانا لأحدهم.

-التنازل عن حقوقهم حسب الشروط المحددة في هذا القانون.

عند انقضاء هذا الأجل، وعند عدم اختيار الورثة لإحدى الحالات المبينة في هذه المادة، يخطر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية الجهة القضائية المختصة بذلك".

ثانيا: الدعوى للمنافسة كإجراء استثنائي لإبرام عقود الامتياز.

أ- الدعوى للمنافسة في عقود الامتياز: رغم أن تدخل المشرع الجزائري في مجال تنظيم عقود الامتياز قاصرا مقارنة بأهمية مثل هذا العقد، ورغم عدم تنظيمه لمرحلة اختيار الملتزم تنظيما يساير ويخدم كل عق، تاركا ذلك للسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة، إلا أنه تدخل بموجب بعض القوانين، ليجعل من منحه علقا على الدعوى للمنافسة بالتالي اختيار أكفأ المتقدمين من الناحيتين التقنية فضلا عن المالية، حيث تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08، يحدد كيفيات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته[13]، على أنه: "وفقا لأحكام المادتين 72 و73 من القانون رقم 01/02 المؤرخ في 5 فبراير سنة 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".

ليأتي المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[14]، ليعرف طلب العروض بموجب المادة 40 منه، على أنه: "طلب العروض هو 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 طلبة 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".

كما تنص المادة 2 من القرار الذي يحدد كيفيات إعلان الترشح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، المتوفرة[15]، 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 03/10، المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010 والمذكور أعلاه".

في حين فصل الأمر رقم 04/08، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[16]، بين حالات منح الامتياز بناء على طلب العروض، الذي هو الأصل العام، وحالات اللجوء إلى التراضي، فعملا بأحكام المادة 3 منه، فإنه: "يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد أو بالتراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص

الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية وبشرط احترام قواعد التعمير المعمول بها..".

لتأتي المادة 7 منه تحدد على سبيل الحصر الحالات التي يمكن فيها منح الامتياز على أساس الاعتبار الشخصي (التراضي)، حيث تنص: "تكون قابلة لمنح الامتياز بالتراضي، مشاريع الاستثمار التي:

-يكون لها طابع الأولوية والأهمية الوطنية،

-تشارك في تلبية الطلب الوطني على السكن،

-محدثة بقوة لمناصب الشغل أو القيمة المضافة،

-تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة،

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

تضيف أيضا المادة 3 من دفتر الشروط الذي يحدد الشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة لأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 152/09، أنه: "يتم منح الامتياز عن طريق المزاد العلني، إما عن طريق المزايدات الشفوية وإما بالتعهدات المختومة، ويعلن قبل ثلاثين (30) يوما على الأقل عن طريق ملصقات وإعلانات تنشر في يوميتين وطنيتين مرتين على الأقل، وعند الاقتضاء، بأية وسيلة إشهارية أخرى تتضمن على الخصوص ما يأتي:...".

وعليه إذن يتبين موقف المشرع الجزائري من الأخذ بأسلوب العطاءات بصريح العبارة، رغم أنه استثناء من القاعدة العامة التي هي مبدأ الاعتبار الشخصي نظرا لمحل العقد وهو تسيير وإدارة رفق عام تابع للدولة، مهيأ ومخصص أساس لتحقيق حاجات عامة للجمهور.

ب) موقف المشرع من الدعوة للمنافسة كأساس لاختيار الملتزم.

1/ تذبذب موقف المشرع الجزائري: تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في اختيار الملتزم وفق الطريقة الأنسب لتحقيق هدف وغرض العقد، رغم أن موقف المشرع الجزائري متذبذب في هذا المجال، فتارة يعتمد على مبدأ الاعتبار الشخصي من خلال تدعيم مبدأ التراضي في اختيار الملتزم، رغم أنه يفرض عليها مراعاة بعض الاعتبارات مثل القدرات المالية والتقنية، وإمكانيته لاستعمال التكنولوجيات الحديثة وعصرنة التسيير، وتارة أخرى يعتمد مبدأ الطلب العروض من خلال فتح المجال للمنافسة، رغم أنه في غالب الأحيان لا ينظم كيفية استدرج العروض، ومعايير وأسس اعتماد الملتزم، فكانت إجراءات منح الامتياز تعتمد على طريقة المزاد العلني والتراضي في الأمر رقم 11/06، وحددت مجالات استخدام كلّ منهما، حيث يُعتمد أسلوب المزاد العلني اعتبارا لمكان تواجد المشروع أو القطعة الأرضية عملا بأحكام نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07، يحدد شروط ومنح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[17]، فيمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني إذ 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 121/07.

فكان الامتياز يُمنح على أساس دفتر الشروط النموذجي عن طريق المزاد العلني الذي كان القاعدة العامة حسب الأمر رقم 04/08، إذ يرخص الوزراء كل حسب اختصاصه بمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني(المادة 05 من نفس الأمر)،

ومنه فأسلوب التراضي 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 بناءا على اقتراح من المجلس الوطني للاستثمار تطبيقا للمادة 06 من نفس الأمر.

بعد صدور قانون المالية التكميلي رقم 11/11 أدخل المشرع تعديلات على كيفية منح عقد الامتياز، حيث اعتمد طريقة التراضي التي كانت في القانون رقم 04/08 استثناءا لتصبح الأصل في إبرام عقود امتياز العقار الصناعي، وعليه يكون المشرع قد منح الوالي سلطة منح الامتياز، بالتالي تركيز سلطة المنح في يدّ سلطة واحدة مع الإبقاء على وصاية وزير السياحة، عملا بأحكام المادة 15 من القانون رقم 11/11، والتي استغنى عنها (موافقة وزير السياحة) بموجب قانون المالية لسنة 2013، واستبدلها بموافقة الوزير المكلف بتهيئة الإقليم.

أما قانون المالية التكميلي لسنة 2015 عدل المادة 05 من الأمر رقم 04/08 كما يلي: "يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي بناءا على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار الذي يتصرف كلما تتطلب 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.

–بناءا على اقتراح الهيئة الكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل محيط المدينة الجديدة بعد موافقة الوزير المكلف بالمدينة،

-بناءا على موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة على الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة".

2/ تأثير التعديلات المتكررة على تشجيع الاستثمار: كما سبق وأن تعرضنا لإجراءات أو مبادئ اعتماد الملتزم، تبين لنا تذبذب المشرع الجزائري في اعتناق مبدأ واحد، نظرا لتعدد المرافق العمومية التي يمكن تسييرها عن طريق عقد الامتياز، وإن لاحظنا تذبذب موقف المشرع حول طريق اختيار الملتزم حتى لو تعلق الأمر بمرفق واحد، وهو ما يعرض القوانين للتعديل والتتميم، بعد فترات ليست بالمتباعدة، وهو ما يؤثر سلبا على مناخ الاستثمار، خاصة إذا بالنسبة لعقود الامتياز التي يمكن أن يكون فيها الملتزم شخصا أجنبيا، لتخوفهم على مصالحهم، نظرا لمبدأ عدم الاستقرار التشريعي السائد في الجزائر، خاصة 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 واستمرار ما يفض عليه بعضا من المجازفة، دون الأخذ بعين الاعتبار طول المدة التي يبره لها مقارنة بالعقود الإدارية عامة.

فضلا عن عدم الاستقرار التشريعي الذي تتميز به القوانين الجزائرية، يمكن رصد نقطة أخرى في مجال عقود الامتياز يمكن أن تؤثر سلبا على السير الحسن لعملية إبرام العقد ومنه تنفيذه في ظروف عمل تسمح بتلبية الحاجات العامة فضلا عن تحقيق جانب من الربح من جانب الملتزم، باعتباره في غالب الأحيان من الخواص، وما التزام إلا رغبة منه في الحصول على جانب من الربح، وهو تعدد الجهات القائمة التي تحددها القوانين للمصادقة على العقد، فضلا عن التعديل في هذه الجهات، وهو ما يؤثر سلبا على تشجيع الاستثمار بسبب المساس بمبدأ الاستقرار التشريعي بالتالي عدم الاستقرار القانوني وتهديد مصالح المستثمرين.

خاتمة:

يعتبر عقد الامتياز من أبرز العقد الإدارية غير المسماة في الآونة الأخيرة، خاصة بعد الإصلاحات التي تبنتها الجزائر بعد سنة 1989، وصدور تعليمة وير الداخلية والجماعات المحلية رقم 842/3.98، المتعلقة بامتياز لمرافق العمومية المحلية وتأجيرها، التي اعتبرت منه الطريقة المثل لتسيير المرافق العمومية المحلية على الأقل.

ورغم أهمية هذا العقد إلا 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.

تعتبر 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 إتباع إجراءات استدراج العروض، وإن كان متذبذبا في رأيه 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، تعتب مرحلة شاقة البحث في قوانين المالية للتأكد من أن قانون ما تعدل أو لا، لذا نطالب أولا بمبدأ الاستقرار التشريعي لجلب المستثمر خاصة الأجنبي، ناهيك عن الابتعاد عن التشريع بموجب قوانين المالية.

التهميش:

[1]–ما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع الجزائري لم يميز بين الملتزم باعتباره طرفا في عقد الامتياز، وبين المفوض له باعتباره طرفا في التفويض، حيث ثمة فرق بين المصطلحين (الامتياز والتفويض"، حيث اعتبارا لنفس القانون يعتبر الامتياز طريقة من طرق التفويض، وعليه حبذا لو يعدل المشرع الجزائري من مصطلح المفوض له بصاحب

الامتياز، باعتباره يفي الغرض بدقة على أساس أن جميع القوانين على غرار المبادرات الفقهية التي تناولت موضوع الامتياز أطلقت على الطرف الثاني في عقد الامتياز إلى جانب الطرف المعنوي العام بصاحب الامتياز أو الملتزم.

[2]–الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، المرفقة بالمرسوم التنفيذي رقم 15-305، مؤرخ في 5 ديسمبر سنة 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 صادر بتاريخ 9 ديسمبر سنة 2015.

[3]–المرسوم التنفيذي رقم 11-341، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2011، يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقا المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج ر عدد 54، صادر بتاريخ 2 أكتوبر سنة 2011.

[4]–المادة 5 من القانون رقم 05-07، المؤرخ في 28 أفريل سنة 2005، المتعلق بالمحروقات، المعدلة بالمادة 2 من القانون رقم 13-01، مؤرخ في 20 فيفري سنة 2013، ج عدد 11 صادر بتاريخ 24 فيفري سنة 2013،

[5] –المرسوم التنفيذي رقم 11-220، مؤرخ في 12 جوان سنة 2011، يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة، ج ر عد 34، صادر بتاريخ 19 جوان 2011

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

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

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

[9]– القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 جوان 2016، 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، المؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2005، ج ر عدد 62 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر سنة 2016،

[10]–القانون رقم 10-03، المؤرخ في 15 أوت سنة 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت سنة 2010،

[11]– المرسوم التنفيذي رقم 15-281، مؤرخ في 26 اكتوبر سنة 2015، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز القابل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، ج ر عدد 58، الصادر بتاريخ 4 نوفمبر سنة 2015،

[12]– مرسوم تنفيذي رقم 08-57، مؤرخ في 13 فيفري سنة 2008، يحدد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج ر عدد 9، صادر بتاريخ 24 فيفري سنة 2008،

[13]– المرسوم التنفيذي رقم 08-114، مؤرخ في 9 أفريل سنة 2008، يحدد كيفيات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج ر عدد 20 صادر بتاريخ 13 أفريل سنة 2008.

[14]–مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، صار بتاريخ 20 سبتمبر سنة 2015،

[15]– القرار المؤرخ في 11 نوفمبر سنة 2012، يحدد كيفيات إعلان الترشح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، المتوفرة، ج ر عدد 44 صادر بتاريخ 15 سبتمبر سنة 2013.

[16]– الأمر رقم 08-04، مؤرخ في 1 سبتمبر سنة 2008، يحد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49، صادر بتاريخ 3 سبتمبر سنة 2008.

[17]–المرسوم التنفيذي رقم 07-121 مؤرخ في 23 أفريل 2007، يتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 06-11 الذي يحدّد شروط كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27، الصادر في 25 أفريل 2007، (ملغى).