

إشكالية خضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية

دفاص عدنان⁽¹⁾

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة محمد الصديق بن يحيى، 18000 جيجل، الجزائر.

البريد الإلكتروني: deffasdnane@gmail.com

الملخص:

لا زالت المؤسسة العمومية الاقتصادية تسيل الحبر وتشكل مجالا خصبا للبحث، بالنظر إلى ذلك الغموض الذي لا زال يكتنف علاقتها بالدولة وما يترتب عليه من نتائج قانونية متناقضة، فهي وفقا للأمر رقم 01-04 تعتبر كائن اقتصادي، ولكن من حيث نصوص أخرى يتم التعامل معها ككائن إداري. فالمشروع الجزائري يعتبر هذه المؤسسة شخصا من أشخاص القانون الخاص، باعتبارها شركة تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون الخاص أغلبية رأس المال، ولكنه كان مترددا في إخضاعها لقانون الصفقات العمومية من عدمه، وهو التردد الذي يجد أساسه في نظرة المشرع إلى طبيعة أموالها ومساهمات الدولة في رأسمالها من جهة، ومقتضيات الوقاية من الفساد ومكافحته باعتبار مسيرتها موظفين عموميين وفقا للقانون رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الكلمات المفتاحية:

منافسة، سوق، مؤسسة، صفقة

تاريخ إرسال المقال: 2020/01/25، تاريخ قبول المقال: 2020/04/09، تاريخ نشر المقال: 2020/07/31

لتهميش المقال: دفاص عدنان، "إشكالية خضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 01، 2020، ص ص. 165-179.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: دفاص عدنان، deffasdnane@gmail.com

The Problematic of Submission the Public Economic Company to the Law on Public Transactions

Abstract:

The public economic company has drawn a lot of ink and is fertile ground for research, given the ambiguity surrounding its relationship with the State, namely, Law n° 01-04 has considered it an economic entity, whereas in terms of other legal texts, it was treated as an administrative entity.

The Algerian legislator, on the one hand, considered this under taking to be a person governed by private law (commercial company) in which the State or any other legal person governed by public law holds a majority of the share capital, but on the other hand it hesitated to subject its contracts to the law of public procurement, given the nature of the contributions of the State to its share capital, and the requirements of prevention and fight against corruption, given that its leaders are public officials, in accordance with Law 06-01 on preventing and combating corruption.

Keywords:

Competition, market, company, project.

La problématique de la soumission de l'entreprise publique économique à la réglementation des marchés publics

Résumé :

L'entreprise publique économique a fait couler beaucoup d'encre et constitue un terrain fertile pour la recherche compte tenu de l'ambiguïté qui entoure sa relation avec l'État. En effet, la loi n° 01-04 l'a considère comme une entité économique, tandis que d'autres textes juridiques l'ont traitée en tant qu'entité administrative.

Le législateur algérien considère, d'une part, cette entreprise comme une personne de droit privé (société commerciale) dans laquelle l'Etat ou toute autre personne morale de droit public détient la majorité du capital social ; d'autre part, il a hésité de soumettre ses contrats au droit des marchés publics et ce, compte tenu de la nature des contributions de l'État à son capital social ainsi que des exigences liées à la prévention et à la lutte contre la corruption, étant donné que ses dirigeants sont des agents publics aux termes de la loi n° 06-01 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption.

Mots clés :

Concurrence, marché, entreprise, projet.

مقدمة

لما كانت الغاية من قانون الصفقات العمومية مرتبطة بحماية المال العام، فكان لزاماً أن يتعلق الأمر بالصفقات العمومية محل نفقات الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، في حين أنّ المؤسسة العمومية الاقتصادية هي شخص من أشخاص القانون الخاص عملاً بنص المادة 2 من الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها¹، وعليه لا يلحقها وصف المصلحة المتعاقدة بمفهوم المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

لكن وبصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام جلب انتباهي نص المادة 9 منه والتي جاء فيها: "لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب. ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية".

هذا النص وإن كان في ظاهره صريحاً في إعفاء المؤسسة العمومية الاقتصادية من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، إلا أنه في الحقيقة هو إعفاء مقنع، بدليل أنه ألزم هذه المؤسسة بمراعاة مبدأ حرية المنافسة في صفقاتها، والذي لا يتحقق في نظر هذه المؤسسة إلا من خلال قانون الصفقات العمومية ولو بصورة مقتبسة، وإذا كانت الصفقة العمومية هي عقد مكتوب يبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، فإن وصف الصفقة العمومية لا يلحق العقود المبرمة من قبل المؤسسة العمومية الاقتصادية باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص.

انطلاقاً من نص المادة 9 أعلاه، يتضح جلياً أنّ المشرع لا زال يتردد حيال العلاقة بين المؤسسة العمومية الاقتصادية والصفقات العمومية، فلا زال يلزمها بإعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية، أي عليها مراعاة مبدأ حرية المنافسة في عقودها.

من هذا المنطلق، يصبح الأمر أكثر تناقضاً، فالمؤسسة العمومية الاقتصادية شخص من أشخاص القانون الخاص، ولكنها لا تملك حرية اختيار المتعاقد معها، بحجة الحفاظ على مبدأ حرية المنافسة وتفاذي التلاعب بهذه العقود.

¹ - جاء فيها: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام *droit public*، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام *droit commun*، ولقد أضفت الترجمة بالفرنسية لمصطلحي القانون العام الواردتين في النص لأن المقصود منهما مختلف، فالقانون العام الواردة في نهاية النص تنصرف إلى القانون المشترك في المواد التجارية، وهو القانون التجاري.

قد تكون نية المشرع قد انصرفت إلى تغادي مظاهر الفساد التي قد تعتري عقود المؤسسة العمومية الاقتصادية، لا سيما وأنّ تسيير هذا النوع من المؤسسات لا زال يخضع لعقلية اشتراكية ترفض التحرر والمبادرة إما بسبب قلة الكفاءة أو بسبب الخشية من تبعات مسؤولية ضياع أموالها، لا سيما وأنّ الدولة تملك أغلبية رأسمالها، ولذلك نجد أنّ المشرع يتردد في إخضاع هذه المؤسسة لقانون الصفقات العمومية، وعليه يصبح التوازن بين متطلبات تحرر المؤسسة العمومية الاقتصادية واستقلاليتها ومتطلبات الوقاية من الفساد وتبديد أموالها هو هاجس المشرع وإشكالية بحثنا.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لأموال المؤسسة العمومية الاقتصادية

لا شك أنّ علاقة المؤسسة العمومية الاقتصادية بقانون الصفقات العمومية مرهون بنظرة المشرع إلى طبيعة أموالها، وهو معيار في غاية الأهمية، فإذا كان قانون الصفقات العمومية جاء لحماية وترشيد المال العام فإنّ خضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية لأحكامه مرتبط بالضرورة بطبيعة أموالها، باعتبار أنّ الدولة أو إحدى أشخاص القانون العام تملك بالأغلبية رأس مال هذه المؤسسة، ولا يمكن الوقوف على هذه الطبيعة إلا من خلال تتبع مختلف النصوص القانونية النافذة لها.

المطلب الأول: المرحلة السابقة على سنّ قوانين الإصلاحات الاقتصادية سنة 1988

تعتبر سنة 1988 سنة الإصلاحات الاقتصادية بالنسبة للمؤسسة العمومية الاقتصادية بالنظر إلى النصوص القانونية التي صدرت بعد هذا التاريخ، ولكن لا يمكن غضّ الطرف عن المرحلة السابقة لهذه الإصلاحات والتي كانت مصدرا عينيا لها، وعليه وفي سبيل الوقوف على المركز القانوني لأموال المؤسسة العمومية في هذه المرحلة فقد بات من الضروري تحليل النصوص التي كانت سارية المفعول.

الفرع الأول: فترة ما قبل سن قانون الأملاك الوطنية لسنة 1984

نميز في هذه الفترة بين محطتين أساسيتين تتمثل الأولى قبل سنة 1984 والثانية بعد سنة 1984 وهو تاريخ سن قانون الأملاك الوطنية.

بموجب المادة 03 من الأمر رقم 71-74 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات فإنّ المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي لا تعد مالكة لرأسمالها الاجتماعي، فهذا الأخير يعتبر جزءا من ملكية الدولة

التي تمثل الجماعة الوطنية، كما أكدت المادة 02 من نفس الأمر على أنّ مجموع موجوداتها تتكون من الأصول العامة⁽¹⁾.

تبين هذه الأحكام القانونية حق المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي في إدارة الأموال التي أسندت إليها، لكن دون حقها في ملكيتها، فملكيتها تبقى دائما للدولة والجماعة الوطنية تماشيا مع النهج الاقتصادي المتبع، وقد حظيت هذه الأموال بالحماية القانونية ذاتها التي تحظى بها الأموال العمومية من حيث عدم إمكانية التصرف فيها، وعدم جواز الحجز عليها وتملكها، فاقتربت بذلك من الوضع القانوني لأموال الدّومين العام، وذلك نتيجة لتطبيق قواعد قانونية موحدة على جميع أموال الدولة.

وعليه، فالمفهوم القانوني للاشتراك في ملكية الدولة لا يقوم على تجزئة أموال الدولة، كما أن المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي تعتبر مجرد مراكز لإنتاج وتأدية الخدمات اقتضت وجودها الضّرورات الموضوعية لإدارة الاقتصاد الوطني⁽²⁾، ولم يكن هناك أي فصل بين ملكية المؤسسة وملكية الدولة، فبالرجوع إلى نصّ المادة 14 من دستور 1976 نجدها قد كرست ملكية الدولة بصفة لا رجعة فيها على: "جميع المؤسسات والبنوك، ومؤسسات التأمين، ... ومجموع المصانع والمؤسسات والمنشآت الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي أقامت الدولة أو تقيمها أو تطورها أو اكتسبتها أو تكتسبها"⁽³⁾.

فعلى حد تعبير الأستاذ رحمانى أحمد "كل الأملاك المذكورة في المادة 14 من دستور 1976 تعد ملكية حصرية للدولة وأن الفصل بين رأس المال الاجتماعي وأصول المؤسسات الاشتراكية لا يمكن تصوره، من حيث أنّه حتى الأصول المتحصل عليها من قبل هذه المؤسسات خلال حياتها الاجتماعية تعتبر ملكية الدولة"⁽⁴⁾. لكن المؤسس الدستوري عاد ليلطف من الحكم أعلاه من خلال نصّ المادة 15 من دستور 1976 نفسه، حيث جاء في فقرتها الأولى أنه: "على المؤسسات الاشتراكية التي تكلفها الدولة باستثمار أو استغلال أو تنمية جزء من ممتلكاتها أن تذكر في موازنتها وفقا لأحكام القانون قيمة الأصول المعادلة لقيمة الممتلكات الموضوعة تحت تصرفها"، وبذلك يكون قد أبقى للمشرع فسحة لكي يميز لأول مرة بين الرأسمال الاجتماعي وأصول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي.

¹ - أمر رقم 71-74 مؤرخ في 16 نوفمبر 1971، متعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، ج ر عدد 101، صادر بتاريخ 13 ديسمبر 1971 (ملغى).

² - لكل صالح: مدى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي في الجزائر "رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 14 ماي 2018، ص ص 37-38.

³ - دستور 1976، منشور بموجب الأمر رقم 96-97، مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، متضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ج ر عدد 94 صادر بتاريخ 2 نوفمبر 1976.

⁴ - RAHMANI Ahmed. « L'évolution du statut du patrimoine de l'entreprise publique économique » RASJEP, n°1 et 2, 1991, p 121.

الفرع الثاني: في ظل قانون الأملاك الوطنية سنة 1984

بعد صدور القانون رقم 84-16 المتعلق بالأملاك الوطنية⁽⁵⁾، اعتبرت المادة 48 منه أن الوسائل والممتلكات المنقولة والمكتسبة أو المنجزة من قبل المؤسسات أثناء حياتها الاجتماعية، تابعة للذمة المالية لها بينما أكدت المادة 19-02 منه على تقرير حق ملكية الدولة لرأس المال الاجتماعي المعبأ في ذمتها. لم يقتصر القانون رقم 84-16 المتعلق بالأملاك الوطنية على التمييز بين رأس المال الاجتماعي وأصول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي وإنما أقر كذلك حق التصرف لهذه المؤسسات على أموالها باستثناء رأس مالها الاجتماعي، حيث نصت المادة 91 منه على أنه "تطبيقا لنص المادة 15 من الدستور، تمنح الدولة بعض الممتلكات والأموال إلى المؤسسات والمنشآت والهيئات التابعة لها في شكل صندوق اجتماعي قصد تمكينها من انجاز الأهداف المسطرة لها في إطار التخطيط لا يجوز التصرف في هذا الصندوق الاجتماعي ولا حجزه...".

أما المادة 92 من نفس القانون فقد نصت على أنه "تهدف أساسا عدم قابلية التصرف المشار إليها في المادة 91 أعلاه إلى ضمان المحافظة الاقتصادية والحسابية للصندوق الاجتماعي الذي تمنحه الدولة مع ضمان احتمال استرداده، ولا تمتس مسبقا أي عنصر معين من عناصر الأصول...". وأخيرا نصت المادة 93 على أنه: "تكون الممتلكات والقيم التي يتمكن منها الصندوق غير قابلة للحجز. ويمكن الوفاء بالتزامات المؤسسة بواسطة العناصر والأصول الأخرى باستثناء الصندوق الاجتماعي وفقا للشروط والأشكال والحدود المنصوص عليها بموجب القانون".

هكذا يكون قانون الأملاك الوطنية لسنة 1984 قد اعترف بوجود مصالح ذاتية للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي، والتي تسعى لتحقيقها من أجل ضمان تواجدها في السوق، على غرار المؤسسات الرأسمالية، ولكن في إطار التخطيط المركزي، فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بعدم جواز التصرف أو الحجز أو التملك بالتقادم للأصول العامة فإنه يمكن استثناء أن تحدد القوانين التي تخصص هذه الأصول لصالح المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي شروط إدارتها والتصرف فيها⁽⁶⁾.

وعليه فالتمييز بين الرأسمال الاجتماعي وأصول المؤسسات الاشتراكية قبل صدور قوانين الإصلاحات سنة 1988 مر بفترتين أساسيتين، الأولى قبل سن قانون الأملاك الوطنية سنة 1984 والتي لم يكن فيها التمييز بين الرأسمال الاجتماعي وأصول المؤسسات، حيث كانت كلها تعتبر أملاك عمومية، والفترة الثانية بعد سنة

⁵- قانون رقم 84-16، مؤرخ في 30 يونيو 1984، متعلق بالأملاك الوطنية، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 03 يوليو 1984، (ملغى).

⁶- لكحل صالح، مدى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي في الجزائر، المرجع السابق، ص 40.

1984 حيث وقع نوع من الفصل بينهما لكن بوجود استثناءات معينة مع بقاء الرأسمال الاجتماعي دائما ملك للدولة (7).

لقد مهد القانون رقم 84-16 لصدور القوانين المكرسة لاستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية وذلك عبر عدة مستويات، فبدأ من التمييز بين رأس المال الاجتماعي وأصول هذه المؤسسات، وصولا إلى جواز الحجز على أصولها مع إمكانية توقيع الإفلاس عليها، وفي الأخير إدراج مبدأ تسيير صناعي وتجاري يخضع لاعتبارات مالية (8).

المطلب الثاني: مرحلة ما بعد سن قوانين الإصلاحات الاقتصادية سنة 1988

سبق القول أن سنة 1988 هي سنة الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر بامتياز، إذ صدرت عدة نصوص قانونية حاول من خلالها المشرع معالجة إشكالية المركز القانوني لأموال المؤسسة العمومية الاقتصادية.

الفرع الأول: القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية

بصدور القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁹، أصبحت هذه الأخيرة فضلا عن تمتعها بأصولها المادية، تمتع بملكية رأس المال الاجتماعي المساهم به من قبل الدولة، فطبقا لنص المادة 16 من القانون رقم 88-01 فانه: "تتوفر المؤسسة العمومية الاقتصادية على رأس مال تأسيسي مكتتب ومدفوع بكامله حسب الأشكال التي نصت عليها قواعد القانون التجاري...".

كما نصت المادة 17 من ذات القانون على أنه: "يترتب على دفع الحصص باختلاف نوعها تحويل الملكية لصالح المؤسسة العمومية الاقتصادية المعنية، وتصبح عندئذ الأملاك المحولة أملاكا للمؤسسة العمومية الاقتصادية، وتحكمها القواعد المطبقة في هذا الشأن".

دستوريا، لم ينكرس زوال ملكية الدولة لمؤسساتها العمومية الاقتصادية كأشخاص قانونية لها كيانها القانوني المستقل عن كيان الدولة إلا في دستور 1989، ثم بعد ذلك في دستور 1996 وذلك عندما استبعدت هذه المؤسسات من ضمن الملكية العامة، وعليه انتقلنا من فكرة ملكية الدولة إلى فكرة ملكية المؤسسة العمومية الاقتصادية لتصبح الدولة مجرد مساهم.

⁷ - شحات محمود، قانون الخصخصة في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، سنة 2007، ص 37.

⁸ - لكل صالح، المرجع السابق، ص 40.

⁹ - قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 جانفي 1988، متضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ر ج عدد 2 صادر في 13 جانفي 1988.

على هذا النحو، تتضح جليا محاولة الفصل بين الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية، حيث تم تجريد أصول المؤسسات العمومية الاقتصادية من صفة العمومية (الدومين العام) وتحولها إلى أملاك الدومين الخاص للدولة تمهيدا لإخضاعها للقواعد نفسها السارية على الملكية الخاصة⁽¹⁰⁾، وهو ما تجسد لاحقا بموجب القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية⁽¹¹⁾.

الفرع الثاني: القانون 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية

بالرجوع إلى القانون 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية⁽¹²⁾، وخاصة الفقرتان 10 و12 من المادة 18 فإن الأملاك الوطنية الخاصة للدولة تشمل خصوصا:

- الحقوق والقيم المنقولة التي اقتنتها أو حققتها الدولة، وتمثل مقابل قيمة الحصص أو التهييدات والقيم المنقولة المذكورة في المادة 49 من نفس القانون.
- السندات والقيم المنقولة التي تمثل مقابل قيمة الأملاك والحقوق المختلفة الأنواع التي تقدمها الدولة بغية المساهمة في تكوين الشركات المختلطة للاقتصاد وفقا للقانون.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأملاك الوطنية رقم 90-30 في ظل ظروف اقتصادية وسياسية معينة مما أدى إلى المحافظة على الاتجاه الذي يضيف حماية قانونية صارمة على رأس المال الاجتماعي للمؤسسة العمومية الاقتصادية، وخاصة في مجال عدم قابليته للتنازل و الحجز عليه، لكن سرعان ما تنازل المشرع على هذه المبادئ بسبب الأزمة المالية وضغوطات صندوق النقد الدولي⁽¹³⁾.

10- صبايحي ربيعة، أثر الطبيعة العمومية للمؤسسة العامة الاقتصادية على صفتها التجارية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون التنمية الوطنية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1996/1977، ص 218.

11 - قانون رقم 90-30 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 52 الصادر بتاريخ 02 ديسمبر سنة 1990، معدل ومتم بموجب القانون رقم 08-14، المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، ج ر العدد 44، الصادر بتاريخ 03 غشت سنة 2008.

12 - قانون رقم 90-30 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 52 الصادر بتاريخ 02 ديسمبر سنة 1990، معدل ومتم بموجب القانون رقم 08-14، المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، ج ر العدد 44، الصادر بتاريخ 03 غشت سنة 2008.

13- بن دقيش عفاف، تنظيم القطاع العام الاقتصادي في الجزائر منذ 1988، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015/2016، ص 17.

الفرع الثالث: مرحلة قوانين الخوصصة

أدت الأزمة الاقتصادية في الجزائر بداية الثمانينات نتيجة انهيار أسعار البترول إلى سلسلة من الإصلاحات الهيكلية بدأت بقانون المالية التكميلي لسنة 1994⁽¹⁴⁾، والذي أجاز التنازل عن أموال المؤسسات العمومية الاقتصادية في إطار عمليات الخوصصة، حيث نصت المادة 24 منه على إمكانية تنازل المؤسسة العمومية الاقتصادية عن ممتلكاتها، ولو بشكل جزئي، وهي أول بادرة للخوصصة في الجزائر.

عملا بهذا التوجه الجديد من المشرع، تم تجسيد نية الخوصصة بصدور القانون رقم 95-22 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية⁽¹⁵⁾، بعد ذلك صدر الأمر 95-25 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة⁽¹⁶⁾، بحيث حسم الجدول القائم حول طبيعة رأس المال التأسيسي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽¹⁷⁾، حتى ولو أنه على صعيد النصوص القانونية استمر المشرع في العمل بنصين قانونيين متوازيين هما الأمر رقم 95-22 و الأمر 95-25.

وتكريسا لنص المادة 24 من قانون المالية لسنة 1994، نصت المادة 24 من الأمر 95-25 على أنه: "يمكن التنازل عن الذمة المالية للمؤسسات العمومية الاقتصادية المندرجة ضمن مجال تطبيق هذا الأمر والتصرف فيها وفق قواعد القانون العام¹⁸، دون المساس بأحكام المادتين 7 و 20 أعلاه.

يمثل رأسمال الشركة الزمن الدائم وغير القابل للتخفيض لدى دائني الشركة"، وبذلك يكون المشرع قد عبر بصريح النص عن رغبته الملحة في تحرير رأس مال المؤسسة العمومية الاقتصادية الذي أصبح قابلا للتنازل عنه و التصرف فيه، وهو ما تضمنه الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها¹⁹، الذي ألغى الأمرين رقم 95-22 و 95-25، بما يعكس جليا نية المشرع في التخلي عن فكرة التمييز بين أموال المؤسس ومساهمات الدولة في رأسمالها.

14- أمر رقم 94-08، مؤرخ في 26 مايو 1994، متضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج ر عدد 33 صادر بتاريخ 28 مايو 1994.

15- أمر رقم 95-22، مؤرخ في 26 غشت 1995، يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، ج ر عدد 48، صادر بتاريخ 03 سبتمبر 1995 (ملغى).

16- أمر رقم 95-25، مؤرخ في 25 سبتمبر 1995، يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر عدد 55، صادر بتاريخ 27 سبتمبر 1995 (ملغى).

17- بن دقيش عفاف، المرجع السابق، ص 18.

- ينصرف وصف القانون العام هنا إلى الشريعة العامة أو القانون المشترك في المجال التجاري وهو القانون التجاري¹⁸.

19- أمر رقم 01-04 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج ر عدد 47، صادر في 22 أوت 2001.

الفرع الرابع: الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها

تخضع الأموال العمومية Fonds Publics الموظفة في المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الأملاك الوطنية، لاسيما الأحكام المتعلقة بتسيير الأملاك الخاصة للدولة، حيث نصت المادة 3/3 من الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها على أنه: "تخضع الأموال المذكورة أعلاه لأحكام القانون 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، ولاسيما منها الأحكام المتعلقة بتسيير الأملاك الخاصة للدولة".

وبالرجوع إلى نفس الأمر أعلاه كذلك، نجد أنّ المشرع قد نظم أموال المؤسسات العمومية الاقتصادية وذلك من خلال الفصل بين رأس المال الاجتماعي وأصول هذه المؤسسات التي تتكون من الممتلكات والثروات التي تكتسبها أثناء نشاطها، حيث نصت المادة 4 منه على: "ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها وقابلة للتصرف فيها طبقاً لقواعد القانون العام وأحكام هذا الأمر، ويشكل رأسمالها الاجتماعي الرهن الدائم وغير المنقوص للدائنين الاجتماعيين".

وعليه نستنتج أنّ أصول المؤسسات العمومية الاقتصادية تعتبر أموالاً خاصة (من أموال الدومين الخاص)، بحيث يجوز التصرف فيها والحجز عليها من قبل الدائنين، كما يجوز تملكها بالتقادم، بالرغم من استمرار بعض النصوص القانونية التي استحدثت سنة 1993 على غرار نص المادة 2/217 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 والذي جاء فيه: "تخضع الشركات ذات رؤوس أموال عمومية كلياً أو جزئياً لأحكام هذا الباب المتعلقة بالإفلاس والتسويات القضائية...".

غير أنه يمكن أن تتخذ السلطة العمومية المؤهلة عن طريق التنظيم تدابير تسديد مستحقات الدائنين⁽²⁰⁾، وهذا النص في الحقيقة يعكس نظرة المشرع في فترة زمنية ما لم يعد هناك ما يبررها اليوم، لا سيما وأن المشرع قد فصل في طبيعة أموال المؤسسة العمومية الاقتصادية.

²⁰ - مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل ويتم القانون التجاري، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 25 أبريل 1993.

المبحث الثاني: مراحل خضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية

يعتبر قانون الصفقات العمومية من أكثر القوانين تجددًا، إذ في كل مرة يصدر المشرع قانونًا جديدًا ويلغي الأحكام القديمة، مما يدل على عدم وجود رؤية واضحة، ومن خلال مختلف هذه القوانين المتتالية يمكن أن نلمس مدى تردد المشرع حيال إخضاع المؤسسة العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية، بالرغم من فصله الواضح في طبيعة أموالها كما وصلنا إليه في المبحث الأول.

المطلب الأول: مراحل تكريس قاعدة عدم خضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية

عرفت الصفقات العمومية العديد من النصوص القانونية وعلى رأسها المرسوم الرئاسي رقم 02-250²¹، الملغى بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236²²، الملغى هو الآخر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247²³.

الفرع الأول: المرسوم الرئاسي رقم 02-250

بالرجوع إلى نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 نجد أنّ قانون الصفقات العمومية يطبق على الصفقات محل مصاريف: الإدارات العمومية، والهيئات الوطنية المستقلة، والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالإضافة إلى مراكز البحث والتّسمية، والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة. من خلال هذا النص نجد أنّ المؤسسة العمومية الاقتصادية لا تخضع لقانون الصفقات العمومية، ولكن ذلك لا يمنعها من أن تكيف عقودها بما يتوافق مع هذا القانون دون أن تترتب على ذلك النتائج القانونية المتعلقة بتطبيق قانون الصفقات العمومية وعلى رأسها الاختصاص القضائي.

²¹- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر في 28 جويلية 2002 (ملغى).

²²- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010 (ملغى).

²³- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

الفرع الثاني: المرسوم الرئاسي رقم 10-236

جاء في نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أنّ قانون الصفقات العمومية الذي ألغى المرسوم الرئاسي رقم 02-250 يطبق على الصفقات محل نفقات الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

بالنظر إلى هذا النص نجد أنّ المشرع عاد وأخضع المؤسسة العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية بشرط أن تكون العملية المكلفة بها ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، وهو أمر قد يشكل عائقاً أمام استقلالية هذه المؤسسة وفقاً للأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها²⁴، والذي يخضعها للقانون التجاري باعتبارها شخص من أشخاص القانون الخاص مملوكة بالأغلبية من طرف شخص من أشخاص القانون العام²⁵، ولعل ما حمل المشرع على هذا الأمر هو محاولة حماية الأموال العمومية التي تم تمويل المشروع بها من الخزينة العمومية فقط، وليس حماية أموال المؤسسة ذاتها.

لكن وبموجب الفقرة الثالثة من المادة 2 أعلاه، أجبر المشرع هذه المؤسسة العمومية الاقتصادية عندما لا تكون مكلفة بمشروع ممول كلياً أو جزئياً من الخزينة العمومية، على اعتماد أحكام قانون الصفقات العمومية والمصادقة عليها من طرف الهيئات الاجتماعية لهذه المؤسسات الاقتصادية ومجالسها الإدارية، لكن لا يفهم من ذلك أن تترتب الآثار القانونية لهذا القانون ولا سيما الاختصاص القضائي.

والملاحظ بالنسبة إلى هذا القانون هو أنّ المشرع أخضع ولأول مرة الصنف العمومية لمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، أي إخضاعها لمبدأ المنافسة وهو التفسير الوحيد لنص الفقرة الثالثة من المادة 2 أعلاه، أي أنه يتعين على المؤسسة العمومية الاقتصادية احترام هذه المبادئ في عقودها، بما يضمن - حسب نية المشرع - إضفاء شفافية أكبر على عقودها.

²⁴ - أمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها، ج ر عدد 47، صادر في 22 أوت 2001.

²⁵ - تنص المادة 2 من الأمر رقم 01-04 على أن: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام **droit public**، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام"، وهنا يتعين التنبية إلى أن عبارة القانون العام في نهاية النص يقصد بها القانون المشترك **droit commun** أي الشريعة العامة في المواد التجارية وهو القانون التجاري.

الفرع الثالث: المرسوم الرئاسي رقم 15-247

يصدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي ألغى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فصل المشرع نهائيا في مسألة خضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية بموجب المادة 9 منه والتي جاء فيها: "لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب..."، وهذا المنع جاء مطلقا ولم يقرنه المشرع بأي شرط، بمعنى أنه يتحقق ولو كلفت هذه المؤسسة بإنجاز عملية ممولة كليا من الخزينة العمومية، وهو انتصار لمبدأ استقلالية المؤسسة الاقتصادية وتجاريتها.

لكن في المقابل ألزم المشرع هذه المؤسسة بضرورة مراعاة مبدأ المنافسة في عقودها، من خلال السعي في اعتماد أحكام مكيفة تراعي هذا المبدأ، ومن الناحية العملية نجد أن أغلب المدراء يعتمدون أحكاما تحاكي قانون الصفقات وفي بعض الأحيان يعتمدون قانون الصفقات نفسه، وطبعا وحتى في هذا الفرض لا تترتب النتائج القانونية المترتبة على تطبيق قانون الصفقات العمومية، ومسلك المشرع بضرورة مراعاة مبدأ المنافسة والشفافية جاء ليتناغم مع نصّ المواد 9، 26 و 27 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته²⁶، لا سيما وأنّ وصف الموظف العمومي يلحق مسيري المؤسسة العمومية الاقتصادية بمفهوم نصّ المادة 2 من نفس القانون.

المطلب الثاني: الاستثناء على عدم خضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية

سبق القول بأنّ المشرع الجزائري وبموجب نصّ المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد أبقى المؤسسة الاقتصادية من أحكام هذا القانون بشرط العمل على احترام مبدأ المنافسة الحرّة في عقودها فقط.

كما نصت المادة 7 من ذات المرسوم على أنّ هذا القانون لا يطبق على عقود الإشراف المنتدب على المشاريع، وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 14-320 المعدل والمتمم²⁷، وهي النقطة التي تحتاج إلى بعض التفصيل لعلاقتها الكبيرة مع المؤسسة العمومية الاقتصادية.

²⁶ - قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14 صادر في 8 مارس 2006. معدل ومتمم بموجب القانون رقم 11-14 المؤرخ في 2 أوت 2011، ج ر عدد 44، صادر في 10 أوت 2011.

²⁷ - مرسوم تنفيذي رقم 14-320 مؤرخ 20 نوفمبر سنة 2014 يتعلق بالإشراف على المشروع والإشراف المنتدب على المشروع.

الفرع الأول: اتفاقية الإشراف المنتدب على المشاريع

تم تنظيم مسألة الإشراف المنتدب على المشاريع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 14-320 المذكور أعلاه فالإشراف المنتدب هو تفويض عمليات التجهيز العمومي من طرف صاحب المشروع إلى صاحب المشروع المنتدب بصفته أمرا بالصرف ثانويا.

ويقصد بصاحب المشروع في مفهوم هذا المرسوم، الدولة، بصفتها شخصا معنويا خاضعا للقانون العام يبادر بمشروع أو برنامج بهدف دراسته، أو إنجازه، يحدد بوضوح وتكرس الأهداف والوسائل والنتائج المرتقبة منه²⁸، ويقصد بصاحب المشروع المنتدب في مفهوم هذا المرسوم كذلك، المؤسسة أو الهيئة العمومية التي يفوض لها المشروع أو البرنامج من قبل صاحب المشروع عن طريق اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع بحيث تكلف بتنفيذ و/أو إنجاز كل أو جزء من المشروع أو البرنامج وذلك باسم ولحساب صاحب المشروع²⁹، ويتعين أن يكون صاحب المشروع المنتدب على الخصوص:- المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري- المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي- مركز البحث والتطوير- المؤسسة العمومية الاقتصادية، وهي موضوع هذه الدراسة.

وعليه فاتفاقية الإشراف المنتدب قد تبرم مع مؤسسة عمومية اقتصادية، وهو ما يهنا هنا، وبالعودة إلى نص المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن هذه الاتفاقية لا تخضع لقانون الصفقات العمومية وهو نص صريح، فيمكن بالنتيجة للدولة أن تختار صاحب المشروع المنتدب بكل حرية.

الفرع الثاني: عقد الإشراف على الانجاز

لا يجوز الخلط بين اتفاقية الإشراف المنتدب - التي تبرم بين الدولة صاحبة المشروع والمؤسسة العمومية الاقتصادية باعتبارها صاحبة المشروع المنتدب - وعقد الإشراف على الانجاز الذي يربط بين صاحب المشروع المنتدب (المؤسسة العمومية الاقتصادية في هذه الحالة) والمشرف على الانجاز، بدليل ما جاء في نص المادة 7 من المرسوم التنفيذي 14-230 أعلاه: " يجب أن تحدد اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع على الخصوص البنود الآتية: (...)

-تنظيم واختيار المشرف على الإنجاز والمتدخل في المشروع.

-إمضاء العقود المتعلقة بالإشراف على الإنجاز والمتدخلين الآخرين (...)

²⁸- المادة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

²⁹- المادة 03 من نفس المرسوم التنفيذي، مصدر سابق.

وهو ما تأكد في نصّ المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي جاء فيها: "تخضع الصفقات العمومية المبرمة من طرف صاحب مشروع منتدب باسم ولحساب صاحب مشروع تطبيقاً لاتفاقية إشراف منتدب على المشروع، لأحكام هذا الباب".

وعليه أصبح جلياً ذلك التمييز بين إبرام اتفاقية الإشراف المنتدب على المشروع وإبرام عقد الإشراف على الانجاز، ففي هذه الحالة الأولى لا يطبق قانون الصفقات العمومية، أما في الحالة الثانية فيتعين على المؤسسة العمومية عند اختيارها للمقولة المشرفة على الانجاز أن تتقيد بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لأنها تتصرف باسم ولحساب الدولة صاحبة المشروع، وهنا تكمن فكرة حماية المال العام المتوخاة من هذا المرسوم الرئاسي.

خاتمة

أخلص في النهاية إلى أنّ المشرع وإن كان مقتنعاً بأنّ المؤسسة العمومية الاقتصادية هي شخص من أشخاص القانون الخاص وتخضع بمناسبة إبرام عقودها إلى أحكام القانون الخاص في صورة القانون المدني والقانون التجاري، إلا أنه لم يحررها تماماً من أحكام قانون الصفقات العمومية عندما ألزمها بضرورة وضع أحكام كافية تراعي فيها مبدأ حرية المنافسة بمناسبة تلك العقود.

هذا المقتضى جاء حتى يكون هناك نوع من التناغم بين أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وأحكام القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته لاسيما وأنّ هذا القانون قد مدّ وصف الموظف العمومي إلى مسيري المؤسسة العمومية الاقتصادية، بمعنى أنّ إلزام المؤسسة العمومية بتكليف عقودها بما يضمن احترام مبدأ حرية المنافسة لا يترتب عنه اعتبار عقودها صفقات عمومية، ولكن حتى تتم الوقاية من جرائم الفساد فقط.

لكن ما يخشى منه، هو أن تتحول هذه المقننات القانونية إلى إكراهات وعوائق تكبح كل مبادرة لهذه المؤسسة باعتبارها عون اقتصادي يرمي إلى تحقيق الربح، في سوق تنافسية تقتضي السرعة في التعاقد وانتهاز الفرص التي تتيحها هذه السوق.