عقود تفويض المرفق العام
دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي

فوناس سوهيلة زوجة خباش أستاذة مساعدة
كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية،06000،بجاية، الجزائر.

ملخص

لقد أدى التضارب في أراء الفقه و حتى الإجتهاد القضائي الفرنسي إلى وجود تداخل بين بعض العقود و تقنية التفويض، حيث سمح قانون سابان بتحديد أربعة عقود تتوفر في إثنين منهما معايير التفويض بشكل مطلق وهما عقد الإمتياز و الإيجار أما النوعين الآخرين فلا إجماع بشأن إعتبارهما من عقود التفويض و هما عقد مشاطرة الإستغلال و عقد التسيير.

أما في الجزائر فالوضع مختلف حيث يلاحظ من خلال النصوص القانونية و التنظيمية عدم وضوح موقف المشرع الجزائري بشأن تقنية التفويض رغم تكريسها من خلال عقد الإمتياز الذي يعتبر قلب التفويض في الجزائر.

و قد سمحت لنا الدراسة المقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي من الوقوف على الفراغ القانوني و عدم تأطير عقود تفويض المرفق العام.

كلمات المفاتيح : المرفق العام، عقود القانون العام، التفويض، الجماعات المحلية، التسيير.

Résumé

On peut après examen de la jurisprudence et de la doctrine Françaises distinguer deux types de contrats: les contras qui relèvent toujours de la catégorie de DSP tel que la concession, et l'affermage et les contrats qui peuvent révéler, le cas échéant, de cette catégorie à la condition qu'ils puissent répondre au critère financier c'est le cas de la régie intéressé et de la gérance.

Et si en France, le régime juridique applicable à la délégation de service public, semble bien rodé, depuis la loi du 29 Janvier 1993 (loi SAPIN), en Algérie, on

constate que le législateur qui a fait de la concession le noyau de la délégation n'a posé aucun régime applicable à cette catégorie de contrat publique.

L'étude comparative des contrats de délégation entre les deux législations, nous a permis de constater le vide juridique existant quant à l'élaboration de ces contrats dans la législation Algérienne.

Mots clés: Service public, contrats publics, délégation, collectivités publiques, gestion.

مقدمة

يعتبر تفويض المرفق العام أحد أوجه الشراكة الاقتصادية بين القطاع العام و القطاع الخاص,تهدف من خلاله السلطات العمومية دعم مجالات تتطلب تعبئة رؤوس أموال مهمة وخلق نوع من المنافسة داخل الاقتصاد الوطني الى جانب جلب الاستثمار الأجنبي.

و يعد مصطلح تفويض المرفق العام مصطلح فرنسي من ابتكار الفقه الفرنسي حيث استعمل لأول مرة في سنوات الثمانينات من طرف الأستاذ « J.FAuby» في كتابه المرافق العامة المحلية[1] ، ولم يستعمل في اللغة القانونية الفرنسية إلا في سنوات التسعينات من خلال القانون 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية Loi Joxe ثم في قانون رقم 93-122 المؤرخ في 09جانفي1993 المتعلق بمحاربة الرشوة و تكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية [2] ، أما في الجزائر فنتيجة للتغيرات التي عرفتها الدولة منذ1989 واستجابة للتحولات الاقتصادية التي نجم عنها الانتقال من النظام الاشتراكي الذي يعتمد على الأساليب التقليدية في التسيير إلى النظام الرأسمالي الذي سمح للخواص بالمشاركة في تسيير المرافق العامة ,وكانت البداية مع الأمر رقم96- 13[3] المعدل لقانون المياه لسنة 1983[4] ثم تتالت النصوص القانونية التي كرست هذا التوجه الجديد للدولة الجزائرية, إلا أن مصطلح التفويض لم يستعمل في المنظومة القانونية إلا سنة2005 في قانون المياه رقم 05-12[5] ,حيث إعتمد المشرع الجزائري على تقنية التفويض في تسيير الخدمة العمومية للمياه.

فتفويض المرفق العام هو تقنية تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير المرفق العام حسب العقود المعروفة من قبل (الامتياز، الإيجار، التسيير....الخ)[6].

وقد يبدو للوهلة الأولى أن مسألة التطرق إلى تحديد عقود تفويض المرفق العام سهلة وذلك بالنظر إلى الاختلاف والبعد الواضح في مفهومها، لكن الواقع فإن التطبيق العملي إضافة إلى التقنيات المستحدثة في تنفيذ المرافق العامة وكذالك التضارب في آراء الفقه و حتى الاجتهاد القضائي أدى إلى وجود تداخل بين بعض العقود وتقنية التفويض من جهة وبالمقابل استبعدت بعض العقود من تطبيقات تفويض المرفق العام .

وإذا كانت الجزائر لم تعرف بعد هذا النقاش الذي يميز بين العقود التي تدخل في إطار تفويض المرفق العام وتلك التي تستبعد منها، فإنه في فرنسا الأمر مختلف ما يدفعنا لطرح إشكالية تحديد عقود تفويض المرفق العام و مدى تطبيقها في التشريع الجزائري؟

وللإجابة على الإشكالية ارتأينا الرجوع إلى ماهو معمول به في فرنسا، حيث وقبل العمل بقانون « sapin »كانت عقود تفويض المرفق العام محددة في أربعة تتوفر في اثنين منها معايير التفويض بشكل مطلق[7] ويجب بالتالي اعتبارهما النموذجين الأساسيين لعقود التفويض وهما عقد الامتياز وإيجار المرفق العام (مبحث أول)أما النوعين الآخرين فلا يوجد إجماع بشأن اعتبارهما من عقود التفويض ألا و هما عقد مشاطرة الاستغلال والتسيير (مبحث ثاني) .

المبحث الأول: عقود تفويض المرفق العام المتفق عليها

كانت عقود تفويض المرفق العام في فرنسا وقبل العمل بقانون sapin محددة في أربعة تتوافر في إثنين منهما معايير التفويض بشكل مطلق وهما عقد الامتياز (مطلب أول) وعقد إيجار المرفق العام (مطلب ثاني).

المطلب الأول: عقد إمتياز المرفق العام

تلجا الإدارة إلى التعاقد مع القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة، ويعتبر الامتياز أهم العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص العامة لإدارة المرفق العام حيث يعتبر

عقد الامتياز قلب تفويض المرفق العام و أهم صورة له إلى درجة ذهاب تيار قي فرنسا إلى جمع كل العقود في عقد الامتياز[8](فرع أول) و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي أعاد الاعتبار لعقد الامتياز (فرع ثاني).

الفرع الأول: تنظيم عقد إمتياز المرفق العام

لقد أثار عقد امتياز المرافق العامة سواءً المحلية أو الوطنية تساؤلات عديدة كانت محل دراسات فقهية و تطبيقات قضائية,سواءً في فرنسا أو في الجزائر, و سنحاول في هذا الصدد التطرق الى تعريف عقد الامتياز و إبراز مكانته في كلٍ من التشريع الفرنسي و الجزائري.

أولا.تنظيم إمتياز المرفق العام في فرنسا:سنتناول في هذا الصدد مختلف التعريفات التي حددها الفقه,التشريع و كذا الإجتهاد القضائي الفرنسي.

1-موقف الفقه الفرنسي: لقد أجمع الفقه الفرنسي على أن عقد إمتياز المرفق العام هو من أشهر عقود التفويض,حيث عرفه الاستاذ BRACONNIER كما يلي: " هو العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخصا عموميا أو خاصا باستغلال مرفق عام بكل أعباءه ومخاطره و أرباحه، ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة"[9]

في حين يعرفه الأستاذةCHENAUD على أنه اتفاقية يفوض بموجبها شخص عمومي استغلال مرفق عام لشخص آخر و أجره مرتبط بالنتائج المالية للإستغلال[10].

ونلاحظ أن هذه التعاريف تبرز أهمية دفع الإتاوات كعنصر مكرس لعقد الإمتياز، إلا أن هناك جانب آخر من الفقه يرى بأن العنصر المكرس لعقد الإمتياز لا يتمثل في دفع الإتاوات وإنما يتمثل في منح صاحب الإمتياز إمكانية اللجوء إلى الإشهار و الإستغلال الكلي للمرفق العام.[11]

وتعتبر عقود تفويض المرفق العام وعلى رأسهم عقد الإمتياز عقود إدارية مبرمة بين أحد أشخاص القانون العام وهو مانح الإمتياز من جهة وأحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين من القانون العام أو القانون الخاص .وقد ذهب الفقهاء في

فرنسا و على رأسهم الأستاذ Auby إلى القول بأن لفكرة التفويض جذور تمتد إلى بداية القرن الماضي، عندما اتجهت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري عن طريق عقود الإمتياز.

وهذا ما أكده الفقيهG.MARCOU [12]الذي أكد أنّ المرافق الصناعية و التجارية هي وحدها القابلة لأن تكون محلاً للتفويض وفقاً لقانون سابان، إلاّ أن أغلب الفقه ذهب إلى إمكانية تفويض المرافق العامة الإدارية بشرط أن تكون قابلة للتفويض.

2-موقف المشرع الفرنسي: بالرجوع إلى ما هو معمول به في التشريع الفرنسي،خاصة المادة 38 من قانون sapin[13] التي حددت معايير تفويض المرفق العام كما يلي:"تفويض المرفق العام هو عقد يخول بموجبه شخص من أشخاص القانون العام تسيير مرفق عام ،يتولى مسؤوليته شخص عام أو خاص بمقابل مالي مرتبط بإستغلال المرفق".

وما يلاحظ أن نفس هذه المعايير تتوفر و بشكل مطلق في عقد الإمتياز الذي يشكل إحدى الصور الأساسية لتفويض المرفق العام في فرنسا،فمنذ إصدار المشرع الفرنسي للنظام القانوني للتفويض سنة 1993خضع الإمتياز للقيود و الضوابط الواردة في هذا القانون و أصبح هناك فرق بين إمتياز المرفق العام في صورته التقليدية وإمتياز المرفق العام باعتباره قلب تفويض المرفق العام،وتتمثل هذه الفروقات فيما يلي:

- تخضع عقود تفويض المرفق العام لنظام قانوني وضعه المشرع، أما إمتياز المرفق العام التقليدي فإنه يخضع لأحكام العقد و المبادئ العامة للقانون الإداري.
- يخضع صاحب الإمتياز في إمتياز المرفق العام في صورته التقليدية إلى مبدأ الإختيار الشخصي l'instuituspersonae لصاحب الإمتياز في حين يفرض النظام القانوني للتفويض خضوع إختيار صاحب الإمتياز للإعلان المسبق و إجراءات المنافسة.[14]

ونفس هذه المعايير كرسها المشرع الجزائري في قانون المياه لسنة 2005 حيث تنص المادة 105 من هذا القانون على ما يلي:"يتم تفويض الخدمة العمومية للمياه عن طريق عرضها لمنافسة ....."

ويلاحظ أن المشرع لم ينص على مبدأ الإشهار الذي أكد عليه قانون sapin في فرنسا ، إلا أنه قد يفهم ضمنياً أن الإعلان عن العروض أي المنافسة تقترن بالضرورة بالإشهار.

و هو نفس الموقف الذي تبناه موقف القضاء الفرنسي حيث عرّف مجلس الدولة الفرنسي عقد إمتياز المرفق العام بموجب القرار الصادر بتاريخ 30 مارس 1916[15] الفاصل في نزاع الشركة العامة للإنارة في بوردو و بين مدينة بوردو (ARRET GAZ BORDEAU) بأنه "العقد الذي يخول لفرد أو شركة تسيير مرفق عام على نفقاتهم الخاصة مع أو بدون دعم، مع الحق في جمع الإتاوات على المستخدمين أو أولئك الذين يستفيدون من المرفق العام"

ثانيا: تنظيم إمتياز المرفق العام في الجزائر:سنتعرض في هذا الصدد إلى مختلف التعريفات الفقهية،التشريعية والقضائية لعقد الإمتياز:

1-**موقف الفقه الجزائري:** يعرف الأستاذ زوايمية رشيد عقد إمتياز المرفق العام كما يلي"هو عقد تبرمه الجماعات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يسمى صاحب الامتياز لتسيير مرفق عمومي في إطار إحترام دفتر الشروط، مع تحمل صاحب الإمتياز مخاطر وأعباء التسيير"[16].

كما يعرف الأستاذ لباد ناصر الامتياز أو ما يسمى بالتزام المرفق العام بأنه عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة، الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص، يسمى صاحب الامتياز بتسيير و استغلال مرفق عام لمدة محددة، و يقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله و أمواله متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك في مقابل القيام بتسيير المرفق العام، و يتقاضى صاحب الامتياز مقابلا ماليا يحدد في العقد يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق[17].

نستنتج من خلال هذه التعاريف أن صاحب الإمتياز هو الذي يتكفل بجميع الإستثمارات اللازمة لإنجاز المشروع ،و يستفيد من كل منتوج الإستغلال ، ويتحمل مجمل الأعباء مع إمكانية الحصول على إعانات تقدمها له السلطة مانحة الإمتياز.

فالإمتياز يشمل إذن إنجاز الأشغال اللازمة لإستغلال المرفق العام و يستلزم في النهاية عودة الأملاك "العقارات و المنقولات المستعملة " إلى الجماعات المحلية بعد إنقضاء مدة العقد.[18]

2-**موقف المشرع الجزائري**:لقد حاول المشرع الجزائري إعطاء تعريف قانوني للامتياز من خلال بعض النصوص القانونية,نذكر منها:

- -**الأمر رقم 96-13**:عّرف قانون المياه لسنة 1996المعدل لقانون المياه رقم 83-17 السالف الذكر عقد إمتياز المرفق العام بأنه عقد من عقود القانون العام,تكلف الادارة بموجبه شخصاً عاماً أو خاصاً قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية ,و في هذا الصدد يمكن أن تمنح لصالح الهيئات العمومية و المؤسسات العمومية,و الاشخاص الإعتباريين الخاضعين للقانون الخاص اللذين تتوفر فيهم المؤهلات الضرورية و يكون الإمتياز في جميع الحالات مرفقاً بدفتر الشروط[19]

وما يمكن إستنتاجه من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد إنتقل نقلة نوعية,إذ عبّر صراحة عن نيته في إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة،وذلك تماشياً مع التحولات الجديدة التي تبنتها الدولة وتغيير نظرتها الإديولوجية بشأن تنظيمها الإقتصادي، بعدما كانت هذه الوظيفة حكراً على القطاع العام ليحذو المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي الذي أراد أن يكون عقد الإمتياز من أبر ز عقود تفويض المرفق العام.

و رغم فتح المجال للقطاع الخاص،إلاّ أن الواقع أثبت أن هذا القطاع بقي حكراً على القطاع العام.

- **القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 نوفمبر 1998:**

لقد عرّف هذا القرار الإمتياز في مادته الثانية كما يلي: "طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها، يقصد بالإمتياز العقد الذي من خلاله تكلف الدولة أو البلدية المسماة في صلب النص صاحبة الإمتياز بتسيير خدمة عمومية لتوفير و نقل و توزيع ماء الشرب و إستغلالها و المحافظة عليها تحت مسؤوليتها لمدة محددة مقابل أجر يدفعه المستعملون"[20]

- **قانونالمياهرقم05/12**[21]: لم يرد في هذا القانون أي تعريف جامع مانع للإمتياز كفيل بتحديد طبيعته و محتواه، و كل ما في الأمر أنه أعاد الطرح الذي تبناه قانون المياه لسنة 1983 و الذي مفاده أن صاحب الإمتياز لا يمكن أن يكون إلاّ شخصاً إعتباريا خاضعا للقانون العام دون سواه من الأشخاص الخاصة حيث نص في المادة 101 فقرة 2 على ما يلي: " يمكن الدولة منح إمتياز تسيير الخدمات العمومية لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط و نظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم".

والغريب في هذا القانون أنه إتجه نحو تكريس التفويض كآلية جديدة لإشراك القطاع الخاص في تسيير الخدمة العمومية للمياه،إلا أنه إستبعد عقد الإمتياز من طائفة عقود التفويض ،على عكس المشرع الفرنسي الذي إعتبره الصورة الأساسية للتفويض، و يظهر ذلك بوضوح عند الإطلاع على المادة 101فقرة 2و المادة 104من نفس القانون حيث إعتبر المشرع الجزائري تفويض الخدمة العمومية للمياه كأسلوب مستقل بحد ذاته لا يشمل عقد الإمتياز ، هذا من الناحية الموضوعية أما من الناحية الشكلية فقد خصص المشرع لتقنية التفويض القسم الثاني من الفصل الأول بعنوان تفويض الخدمة العمومية للمياه في حين خصص القسم الأول من نفس الفصل للإمتياز وهذا على عكس ما إستقر عليه التشريع والقضاء الفرنسي.

3-موقف القضاء من عقد إمتياز المرفق العام

لقد ذهب مجلس الدولة الجزائري إلى تعريف عقد الإمتيازفي القرار رقم 11950 / 11952 الصادر بتاريخ 9 مارس 2004 في قضية شركة نقل المسافرين " سريع جنوب" و بين رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران كما يلي: " ... و حيث أن عقد الإمتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تسمح بموجبه السلطة الإمتياز للمستغل، بالإستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل إستثنائي و بهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت و قابل للرجوع فيه...". [23]

فرغم التداخل الموجود بين مفهوم امتياز المرفق العام و الإمتياز التابع الأملاك الوطنية إلاّ أن هذا الأخير لا يدخل في إطار عقود التفويض،وهذا ما تؤكده المادة 64مكرر من القانون رقم 90-30[24]

المتعلق بالأملاك الوطنية التي تنص على ما يلي:"يشكل منح إمتياز الأملاك الوطنية المنصوص عليها في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها،العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحب الملك المسماة بالسلطة صاحبة حق الإمتياز بمنح شخص آخرمعنوي أو طبيعي يسمى صاحب الإمتياز،إستغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي".

و ما يفهم من مضمون هذه المادة أن إمتياز الأملاك العامة الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة لا يشكل دائماً عقد إمتياز المرافق العامة،بحيث أنّ تحقيق المصلحة العامة لا يعود دائماً إلى نشاط المرفق العام المتصل به،ففي مجال التفويض على الهيئة العمومية أن تعبر عن إرادتها عندما يكون هدف تفويض المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة.[25]ضف إلى ذلك تغير مركز المستفيد في الإمتياز و عدم إستقراره ، على عكس صاحب الإمتياز في عقد التفويض الذي يتولى إنشاء الإستثمارات اللازمة لتسيير المرفق العام،ما يفسر طول مدة العقد وتمكين صاحب الإمتياز من إسترداد ما أنفقه في هذه الإستثمارات.

و مسألة إمتياز الأملاك العامة الوطنية قد فصل فيها القضاء و التشريع الفرنسي ،الذي إستبعد هذا العقد من طائفة عقود تفيض المرفق العام حيث خلص إلى أنه ليس من الضروري أن يتزامن إستغلال الأملاك الوطنية في إطار تحقيق المصلحة العامة مع تحقيق نشاط المرفق العام ،لكن العكس صحيح إذ في الغالب أن تفويض المرفق العام يتطلب إستغلال الأملاك الوطنية.[26]

و عليه فإن معيار التمييز بين إمتياز الأملاك الوطنية وتقنية التفويض يبقى في معرفة طبيعة النشاط الذي يستهدف تحقيقه ، فإذا كان هذا الأخيرعبارة عن نشاط مرفقي فإننا نكون بصدد تفويض مرفق عام ، أما إذا كان النشاط ذو طبيعة خاصة و منظماً على أملاك عامة دون أي إرتباط بنشاط مرفقي فنكون عندئذٍ أمام إمتياز الأملاك الوطنية.[27]

الفرع الثاني: عناصر إمتياز المرفق العام

من خلال التعاريف التي قدمها كل من الفقه و المشرع الجزائري يمكن استخلاص عناصر امتياز المرفق العام و هي:

1-أطراف الامتياز: فمن ناحية أطراف الامتياز ، تبقى السلطة مانحة الامتياز هي دائما شخص عام سواء كانت الدولة أو الجماعات المحلية أما الملتزم أو صاحب الامتياز فإنه غالبا ما يكون شخص خاص، غير أن ذلك لا يمنع من أن يكون شخصا عاما ومثال ذلك مؤسستي كهرباء و غاز فرنسا (CMDF و EDF)[28]

2-موضوع العقد: من ناحية المرافق التي يمكن إدارتها بواسطة الامتياز،فإن هذا الأخير يعتبر أسلوبا لإدارة المرافق العامة التجارية والصناعية، وذلك لان تحقيق الربح في هذه المرافق يكفل مقابلا ماليا لصاحب الالتزام ، ومع ذلك فقد أصبح ممكنا اللجوء إلى الامتياز لإدارة المرافق العامة الإدارية التي تتطلب أن يقوم المستفيد منها بدفع مقابل الخدمة مثل الطريق السريع و المستشفيات [29].إذن فموضوع الامتياز هو تسيير مرفق عام و استغلاله وبناء المنشآت الضرورية لتسييره و كذا التجهيزات اللازمة لاستغلاله فصاحب الامتياز لا يقتصر دوره على التسيير فقط بل يتعداه في إنشاء المرفق في حد

ذاته ثم إدارته واستغلاله لتحصيل ما أنفقه في البناء، أي يتحمل صاحب الامتياز كل الاستثمارات المبدئية المتعلقة بالمرفق العام[30].

وأما بخصوص نوعية المرافق العمومية القابلة لأن تكون محل امتياز، فالمشرع الجزائري لم يحدد نوعها، وبقيت بالتالي عامة، تحتمل أن تكون محل امتياز كل المرافق الإدارية و المرافق الصناعية والتجارية كما هو الحال في فرنسا[31].

3-المقابل المالي: فيما يتعلق بالمقابل المالي لصاحب الامتياز، فانه يتقاضى مقابلا ماليا يرتبط مباشرة بنتائج الاستغلال وليس فقط بحسن سير الاستغلال، كما أنه لا يتقاضى صاحب الالتزام ثمنا من الشخص العام مانح الامتياز، فهو يتقاضى إتاوات redevances من المنتفعين، لكن ذلك لا يمنع إمكانية حصوله على موارد مالية أخرى، فيمكن أن يكون المقابل المالي في صورة أخرى مثل الإعلانات[32].

وفي فرنسا، يتحصل صاحب الامتياز على المقابل المالي إما مباشرة من طرف المترفقين (إتاوات) أو عن طريق الإدارة ويكون مرتبطا مباشرة بنتائج استغلال المرفق العام وبالمقابل يتحمل صاحب الامتياز كل أعباء بناء وتجهيز واستغلال وتسيير المرفق العام وهذا هو الفرق بين التسيير المباشر و التسيير عن طريق الامتياز، الذي يعد الطريقة الأنجع لتجنب تحميل ميزانية الدولة والجماعات المحلية مبالغ ضخمة توجه لإنشاء وتسيير المرافق العمومية[33].

4مدة الامتياز: حددت كل التعاريف تقريبا أن للامتياز مدة معينة تكون طويلة مقارنة بالإيجار حتى يستطيع صاحب الامتياز استرداد الأعباء المالية التي دفعها في إنشاء واستغلال المرفق.

إن تحديد المدة بالنسبة للامتياز هو دليل على أنه غير مؤبد و أن المرفق العام هو ملك للجماعة العمومية، وهذا ما يجعله ورغم طول مدة استغلاله من طرف الخواص يحتفظ بصفة المرفق العام، لأن هدف الامتياز ليس التنازل عن المرفق العام فهو مجرد طريقة لتسييره واستغلاله[34].

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لامتياز المرفق العام

إن الهدف من تحديد الطبيعة القانونية لعقد إمتياز المرفق العام هو معرفة التصرفات القانونية التي ينتمي إليها هذا العقد،الذي يعد من أهم العقود الإدارية.وقد إختلف الفقه سواءً في الجزائر أو في فرنسا في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإمتياز كون الإدارة طرفا فيه وكون أن محل العقد هو تسيير مرفق عام ،وأن الطرف المتعاقد مع الادارة غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص،فهل يعني ذلك أن عقد الإمتياز هو وسيلة تنظيمية في يد الشخص العمومي وبالتالي له طابع تنظيمي،أم أن المتعاقد مع الإدارة له الحرية في التعبير عن إرادته وبالتالي ينتج هذا العقد نتيجة اتفاق إدارتين أي له طابع تعاقدي،أم أنه يتميز بطبيعة مزدوجة ؟

1- **الشروط التنظيمية**: بالرجوع إلى التعليمة رقم 94-848/3 المتعلقة بإمتياز المرافق العامة المحلية،تتمثل الشروط التنظيمية في تلك الشروط التي تملك السلطة مانحة الامتياز حق تعديلها في كل وقت دعت إليه ضرورة تنظيم المرفق العام،وتمتد آثارها إلى المرتفقين كالشروط الخاصة بتنظيم الأشغال و سيرها،وتحديد الأتاوات التي يجوز تحصيلها و بيان كيفية ادارة الخدمة للمستعملين و شروطها والاجراءات الكفيلة بسلامتهم .ويبرر وضعها بأن الادارة مانحة الامتياز تبقى دائماً مسؤولة عن تنظيم المرفق العام مهما كانت طريقة تسييره.[35] و هو نفس موقف الفقه الفرنسي حيث إعترف هذا الأخير بالطبيعة التنظيمية للأحكام المتعلقة بعمال و مستخدمي صاحب الإمتياز حيث يؤكد الفقيه دي لوبادار بأن دفاتر الشروط تتضمن أحكاما في مواجهة المستخدمين و هي أحكام تدخل ضمن الشروط التنظيمية.[36]

وقد أكد المشرع الجزائري هذا التوجه في المرسوم التنفيذي رقم 03-280 المحدد لكيفية منح إمتياز الأملاك الوطنية لإستغلال بحيرتي "أوبيرة وملاح" بولاية الطارف[37] حيث تنص المادة 2 منه على ما يلي:"يتم منح إمتياز الأملاك الوطنية

لإستغلال بحيرتي أوبيرة وملاح عن طريق مزايدة حسب دفتري الشروط الخاصين بكل بحيرة من البحيرتين ....".

كما ورد في المادة 9 من دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للمياه المصادق عليه سنة 2008[38] بعض البنود الخاصة بالمستخدمين التي يجب أن يحترمها صاحب الامتياز ،حيث تشكل إلتزامات مكملة لما تم الاتفاق عليه بحرية بين صاحب الامتياز و مستخدميه.

2- **الشروط التعاقدية** : هي تلك الشروط التي يتم الاتفاق عليها بين طرفي عقد الامتياز بناءً على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " وهي لا تهم المرتفقين مباشرة ، كتلك المتعلقة بمدة العقد والأعباء المالية المتبادلة بين السلطة مانحة الامتياز و صاحب الامتياز.

و صفوة القول أن عقد الإمتياز له طابع مختلط ، ويظهر ذلك من خلال إحتوائه على أحكام تنظيمية وأخرى تعاقدية مع تغليب البنود التنظيمية في الغالب وهذا ما يظهر من خلال الإطلاع على محتوى دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للمياه السالف الذكر، فعلى سبيل المثال قد إحتلت الأحكام المتعلقة بشروط استغلال المرفق العام النصيب الأوفر من محتوى دفتر الشروط .

المطلب الثاني: عقد الإيجار

عقد إيجار المرفق العام هو من العقود التي تعد نموذجا لتفويض المرفق العام حيث بقي ولمدة طويلة مرتبطا بالامتياز (فرع أول) لكن يختلف عنه من حيث عدم تحمل المستأجر لعمليات البناء و الاستثمارات (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف عقد الإيجار

يشكل عقد إيجار المرفق العام ذلك العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص معنوي عام يسمى المؤجر بتفويض شخص آخر يسمى المستأجر تسيير مرفق عام على أن يقدم له التجهيزات الضرورية و يتلقى المستأجر مقابل مالي من المؤجر و يكون المقابل المالي مرتبط بالإتاواة التي يدفعها المنتفعين من المرفق و يعرفه الأستاذ

Boiteau (c) لى أنه:" هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أوضاعا استقلال مرفق عام، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، و يتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون، وهي متعلقة مباشرة باستغلال المرفق"[39].

فنكون أمام عقد إيجار المرفق العام حسب الأستاذ Braconier عندما تكون منشآت المرفق العام موجودة قبل العقد، و يتولى المستأجر فقط بعض أعمال الصيانة و التجهيزات و يبقى كل من المستأجر و الهيئة العمومية المؤجرة مسؤول عن التجهيزات بنسب متفاوتة محددة في عقد الإيجار، فالهيئة العمومية المؤِجرة مسؤولة عن توسيع المرفق، تجديده وتجهيزه، إذا كانت هذه التجهيزات ضخمة و يكون ذلك عن طريق إبرام الصفقات العمومية.

و للإيجار عدة مزايا، حيث تتولى الإدارة بناء و تجهيز المرفق العام لتفسح المجال للخواص لتسييره بفعالية، كما هو معروف عن القطاع الخاص بتسييره الفعال و اعتماده على أساليب حديثة و تكنولوجيات عالية[40]

وتجدر الاستشارة إلى أن عقد إيجار المرفق العام عرف تطورا ملحوظا في السنوات الأخيرة مقارنة بالامتياز خاصة في فرنسا و ذلك في مجالات عديدة كالسياحة، التسلية، حيث قامت السلطات العامة بإنشاء مرافق ثقافية واجتماعية و لجأت للإيجار لتسيير أغلب هذه المرافق العمومية للتقليص من أعباء التسيير[41].

على عكس الوضع في الجزائر حيث لم يحض عقد إيجار المرفق العام باهتمام المشرع،إذ يتضح من خلال الإطلاع على النصوص التشريعية و التنظيمية غياب أي تأطير لعقد إيجار المرفق العام ما عادا ما جاءت به التعليمة الوزارية الصادرة عن وزير الداخلية سنة 1994 التي عرفت عقد الإيجار من خلال تمييزه عن عقد الامتياز وتطبيق نفس الإجراءات التي يخضع إليها هذا الأخير كضرورة إحترام قواعد الاشهار، الشفافية وأحكام دفتر الشروط .

والغريب في الأمر أن هذا الأسلوب لم يعتمده المشرع الجزائري في قانون البلدية الجديد مما يدفعنا للتساؤل عن مصير التعليمة الوزارية السالفة الذكر باعتبارها النص القانوني الوحيد الذي أعطى أولوية لعقد الإيجار في تسيير المرافق العامة المحلية وإشراك القطاع الخاص في عملية التنمية المحلية،خاصة وأن التجربة الفرنسية في هذا المجال أثبت نجاعته، حيث أصبحت البلديات في فرنسا تعتمد أسلوب الإيجار فيما يخص تأجير أسواقها وكراء حقوق الوقوف مما مكنها من الحصول على مداخيل مالية كبيرة.

الفرع الثاني: خصائص عقد الايجار

نستنتج من خلال مختلف التعاريف السابقة بأن لعقد الايجار خصائص تميزه عن غيره من عقود تفويض المرفق العام ،تتمثل فيما يلي:

- **تحمل الشخص العام نفقات إقامة المنشآت الأساسية:** تتولى السلطة مانحة التفويض تحمل نفقات إقامة المرفق العام أو إقامة المنشآت الأساسية العائدة له،حيث يسلم الشخص العام المرفق إلى المستأجر جاهزاً للتشغيل ويتولى هذا الأخير إدارته و استغلاله.

وإذا كان يقع على عاتق الشخص العام(المؤجر) إقامة المنشآت الأساسية للمرفق ،فان المستأجر يقع على عاتقه تأمين بعض المنشآت الثانوية الضرورية لتشغيل المرفق العام. أما نفقات توسيع المرفق و تطويره تعود على المؤجر، إلا أنه يمكن أن ينص العقد على أن توزع النفقات بين طرفي العقد وفقا لآليات يحددها دفتر الشروط.[41]

- **مدة العقد في عقد إيجار المرفق العام :**

لما كانت الاستثمارات المكرسة من طرف المستأجر متواضعة و مقتصرة على نفقات التشغيل و الصيانة دون تحمل نفقات إقامة المرفق ، كانت مدة العقد قصيرة حددتها التعليمة الوزارية السالفة الذكرب12 سنة كأقصى حد.

- **تأدية جزء من المقابل المالي :**

تقتضي القاعدة العامة في عقود الامتياز بأن يحصل صاحب الامتياز على المقابل المالي من المستفيدين من خدمات المرفق،أما في عقد إيجار المرفق العام، فإن

المستأجر ملزم بتأدية مبلغ محدد إلى الشخص العام المؤجر مقابل إستعماله للمنشآت العائدة للمرفق العام و التي تكبد الشخص العام نفقات إقامتها.

و قد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أن المبلغ المؤدى من المستأجر للسلطة العامة ليس له الطابع الضريبي بل يشكل عنصر مكون للثمن الذي تكبدته الإدارة و المتعلق بنفقات إقامة منشآت المرفق العام[42]

الفرع الثالث:تمييز عقد الإيجار عن إمتياز المرفق العام.

بقي الإيجار و لمدة طويلة مرتبطا بالامتياز و جزءا منه، و هذا ما ذهب إليه المشرع المغربي من خلال منشور وزاري[43] حاول فيه تعريف عقد إيجار المرفق العام و جاء فيه على الخصوص أن عقد إيجار المرفق العام هو نوع من الامتياز، تكون فيه مصاريف التأسيس الأوّلي للمرفق مدفوعة من طرف الشخص المعنوي العام المانح للامتياز، في حين يتلقى المستأجر منشأة جاهزة للإستعمال و لا يدفع أو يؤمن إلاّ أموال التسيير المستثمر، و يجب عليه أن يحافظ على المرفق الذي يستغله على نفقاته و مسؤوليته و ذلك عن طريق الرسوم التي يتقاضاها من المستعملين.

و يضيف المنشور أنّ الشخص المعنوي العام لا يساهم في النتائج المالية للاستغلال و لكن بإمكانه أن يفرض رسما على هذا الاستغلال بموجب الاتفاقية.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي وفقا لحكم له في قضية Commune d'Elancourt في 29أفريل1987[44] إلى التأكيد على أن عقد إيجار مرفق عام يختلف عن امتياز المرفق العام وفقا لمعيارين:

- المعيار المالي: من ناحية يلتزم المستأجر بدفع مقابل مالي للادراة من حصيلة ما يتقاضاه من المنتفعين و ذلك حتى يمكن له استهلاك قيمة التجهيزات و الانشاءات التي قام بتنفيذها[45]وهذا المقابل الذي يدفعه المستأجر يعتبر أحد الخصائص المميزة لعقد الايجار، لكن ليس هناك ما يستبعد أحيانا أن يقوم صاحب الامتياز بدفع مقابل للسلطة المانحة للإمتياز[46].

• **المعيار المادي**:و من ناحية أخرى، فإنّ عقد الإيجار خلافا للإمتياز الذي لا يلقي على عاتق المستأجر تنفيذ إنشاءات تتطلب استثمارات مهمة. وهذا ما ذهبت إليه التعليمة الوزارية لسنة 1994السالفة الذكر.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم أن التمييز بين عقد الإيجار و إمتياز المرفق العام يستند إلى عدم تكليف المستأجر بانشاء و استغلال منشآت تقتضي استثمارات مهمة، لذلك فمدة عقد الامتياز تكون عادة أطول من مدة عقد إيجار المرفق العام [47] و في كثير من الحالات، قد يتحول الإمتياز إلى ايجار و صاحب الامتياز الى مستأجر عندما تهتلك الاستثمارات الأولية، وفي بعض الأحيان قد يدفع المستأجر إتاوات للهيئة العمومية تسمى «Surtaxe » مقابل استغلاله للمرفق العام[48].

و عقد الإيجار كأحد طرق تفويض المرفق العام لا تعرف تطبيقات في الواقع العملي الجزائري على عكس نظيره الفرنسي حيث قامت السلطات العامة الفرنسية بإنشاء عدة مرافق ثقافية و اجتماعية لتسيير أغلب هذه المرافق العامة عن طريق عقد الإيجار، الذي أصبح يجلب اهتمام المؤسسات الخاصة التي تهدف إلى الربح أكثر من الامتياز، لأنّ المستأجر لا يدفع أموالا ضخمة في البناء و يكتفي فقط بالتسيير و الاستغلال، وهذا ما لا يكلفه الكثير بالمقارنة مع الامتياز، لذلك نجد الإيجار في أغلب الأحيان متوسط أو قصير المدى [49]

المبحث الثاني:عقود تفويض المرفق العام غير المتفق عليها.

إذا كان كل من امتياز و إيجار المرفق العام النموذجين الأساسيين لعقود تفويض المرفق العام، فإن عقد مشاطرة الاستغلال و عقد التسيير لا يوجد بشأنهما إجماع بشأن اعتبارهما من عقود التفويض

وفي هذا الشأن أكد حكم Préfet des Bouches du Rhône أن العقد لا يمكن أن يخضع في نفس الوقت في إبرامه للقواعد الخاصة بالعقود الإدارية العامة و قواعد عقود التفويض الواردة في قانون Sapin[50]

المطلب الأول: تنظيم عقدي مشاطرة الاستغلال و التسيير: يعد عقد مشاطرة الاستغلال وعقد التسيير من العقود التي لم تحض بإجماع الفقهاء في فرنسا بشأن اعتبارهما من عقود تفويض المرفق العام (فرع أوّل) غير أنه بالرجوع الى الاجتهاد القضائي الفرنسي و الى خصائص كل عقد يتحدد لنا و بوضوح احتواءهما على المعايير التي حددها قانونSapin (فرع ثاني).

الفرع الأول: تنظيم عقد مشاطرة الاستغلال.

1-**موقف المشرع الفرنسي**:ليس هناك نص تشريعي أو تنظيمي موحد لأسلوب مشاطرة الإستغلال كما هو الحال بالنسبة لعقد الإمتياز إلا أنه إذا بحثنا في النصوص القانونية الفرنسية نجد أن قانون البلديات رقم R 324-6 عّرفه كما يلي: " إن المشاريع التي تستغل المرافق العامة بأسلوب الإدارة الغير مباشرة تخضع في كل ما يتعلق بالإستغلال، و بالأشغال المنفذة لحساب الإدارة لكل التدابير و الرقابة و للإلتزامات المفروضة عليهم".

أما التعريف الثاني فقد ورد في التعليمة الوزارية الصادرة سنة 1975 و قد جاء فيها " يتمثل أسلوب الإدارة الغير مباشرة بقيام الجماعة العامة في تمويل منشآت المرفق التي تعهد مهمة إستغلاله و صيانته إلى شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص لحسابها مقابل عائدات محققة من قبل المنتفعين بل تتمثل في علاوة تتحدد بنسبة مئوية من حجم الأعمال يضاف إليها علاوة تحدد وفقا للإنتاجية و بصورة إحتمالية سندا لجزء من الأرباح"[51].

2-**موقف الفقه الفرنسي:** لقد ذهب الفقه الفرنسي و على رأسهم الأستاذ Braconnier (S)إلى تعريف عقد مشاطرة الاستغلال على أنه: " هو العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية تسيير و صيانة 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 و جزء من الأرباح"[52]

و منه نستنتج أن المقابل المالي في عقد مشاطرة الإستغلال الذي تقدمه الإدارة للمتعاقد معها يتكون من عنصرين:

1-**عنصر ثابت"مضمون"**: و هو مبلغ من المال يتقاضاه المتعاقد مع السلطة العامة سواء كان المرفق ناجحًا في نشاطه أم خاسرًا.

2-**عنصر متغيّر**: و هو عبارة عن مكافأة إضافية يختلف مقدارها في حالة نجاح المرفق العام و تحقيقه لأرباح و تقدر المكافأة عادةً على أساس الربح الصافي أو على أساس الدخل الإجمالي[53]

مما جعل أغلبية الفقه في فرنسا يقرون بأن عقد مشاطرة الاستغلال لا يدخل ضمن عقود تفويض المرفق العام بالنظر لكيفية تحصيل المقابل المالي، على عكس الإجتهاد القضائي الذي كيّف هذا النوع من العقود على أنها من عقود تفويض المرفق العام و ذلك لأن المقابل المالي المحصّل من طرف المسير مرتبط بنتيجة الاستغلال، و هذا بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 جوان 1999 في قضية « SMITOM » حيث أكد بأن عقد مشاطرة الاستغلال هو تفويض للمرفق العام بالنظر لكيفية تحصيل المقابل المالي و ارتباطه بإستغلال المرفق[54]

و في الجزائر فإن هذه الطريقة لم تستعمل إلاّ نادرًا على العكس فرنسا، على أساس أن هذا الأسلوب يجسد بالفعل خوصصة تسيير المرفق العام دون تحمل المسير لعبئ البناء و التجهيز و حصوله على مقابل مالي نتيجة تسييره يكون مرتبط برقم الأعمال و الإنتاجية و الفعالية.

و نلاحظ أن عقد مشاطرة الإستغلال يشجع المسير لبذل كل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية و ترقيتها و الزيادة من فعالية المرفق، فكلما زادت حرية التسيير اقتربت من طريقة الامتياز و الإيجار[55]

الفرع الثاني: عقد التسيير: تقتضي دراسة عقد التسيير التطرق إلى تعريفه و تمييزه عن عقد مشاطرة الاستغلال لكون كلا العقدين لم يتفق بشأنهما هل هما

من عقود تفويض المرفق العام من جهة و البحث عن مدى احتوائه على معايير التفويض من جهة أخرى.

1-**تنظيم عقد تسيير المرفق العام في فرنسا:** لقد استقر الفقه على أن عقد تسيير المرفق العام هو عقد يبرم بين هيئة عمومية و شخص من القانون الخاص، هدفه ضمان سير المرفق العام و عدم تحمل أعباء البناء و التجهيز، بل هو مجرد مسيّر بسيط للمرفق لا يتحمل أرباح و خسائر تسيير المرفق العام[56].

وفي هذا الشأن يعرف الفقه الفرنسي عقد التسيير كما يلي: " هو عقد يفوض بموجبه شخص من القانون العام للغير (شخصا طبيعيا أو معنويا من الخواص)"تسيير مرفق عام لحساب الجماعة العمومية بمقابل مالي جزافي، فهو يضمن التسيير اليومي و العادي للمرفق بكل عناصره"[57]

لذلك ذهب الأستاذ (c) Boiteauإلى القول بأنّ عقد التسيير ليس تفويضا للمرفق العام بالنظر إلى المقابل المالي الذي يتقاضاه المسيّر على أساس أنه مبلغ جزافي ليس له ارتباط باستغلال المرفق، و لا يتحمل خسائر و أرباح التسيير[58].

و نفس الموقف اتخذه الأستاذ (S) Braconnier الذي لم يدرج عقد التسيير في عقود تفويض المرفق العام في كتابهDroit des services publicsعندما تعرض لعقود تفويض المرفق العام[59].

أما المشرع الفرنسي فقد تبنى هذا الأسلوب في مجال تفويض النقل العام ونص على أحكام هذا العقد في المرسوم المتعلق بالنقل العام المحلي الصادر في 29أوت 1991 كما يلي :

"Dans le contrat de gérance, l'autorité organisatrice, assure en cas d'insuffisance des recettes, la couverture des dépenses exposées par l'exploitation dans la limite d'un budget annuel qu'elle approuve. En cas d'excédent es recettes sur les dépenses, l'excédent est versé à l'autorité organisatrice. L'exploitant perçoit une rémunération déterminée en fonction de la nature et du volume des prestations fournies et éventuellement au moyen d'une prime calculée en fonction de paramètre significatif de l'amélioration de la gestion du réseau"[60].

و رغم عدم إجماع الفقهاء حول إنتماء عقد التسيير لطائفة عقود تفويض المرفق العام إلاّ أنه يجد تطبيقا له في فرنسا خاصة في مجال إدارة ساحات انتظار السيارات (مواقف السيارات)[61].

2- تنظيم عقد تسيير المرفق العام في التشريع الجزائري

ليس هناك تعريف تشريعي أو تنظيمي لعقد تسيير المرفق العام ،و إنما نظم المشرع عقد التسييرفي القانون الخاص وذلك بموجب القانون رقم 89-01في المادة الأولى كما يلي :"عقد التسييرهو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها،يسمى مسيراً إزاء مؤسسة عمومية إقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد بتسيير كل أملاكها أو بعضها باسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييره ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع "[62].

ونشير إلى أن عقد التسيير المشار إليه في هذه المادة يدخل في طائفة عقود الأعمال التي تهتم بالنشاطات الاقتصادية كمجال تنظيم واستغلال الفنادق[63]وبالتالي لايدخل في طائفة عقود التفويض.

ورغم عدم تقنين عقد تسيير المرفق العام وعدم وجود نظام قانوني له، إلا أنه تم إعتماده في قطاع المياه وفي إطار تفويض الخدمة العمومية للمياه حيث قامت مؤسسة " الجزائرية للمياه" بتفويض تسيير خدمات التزويد بالمياه في مدينة الجزائر العاصمة لصالح المتعامل الفرنسي « suezenvironnement » لمدة خمس سنوات و نصف، ابتداءا من مارس 2006 و هي المدة القانونية التي تستغرقها عقود التسيير ،وقد تم تجديد هذا العقد لمدة 5سنوات أخرى تنتهي مدته سنة 2016.

وقد حققت هذه المؤسسة نتائج جد مرضية وذلك حسب سكان مدينة الجزائر العاصمة ومدير شركة سيال السيد JHON Marc jhanحصيلة نشاط الشركة خلال العقد الأول كما يلي:

- إرتفاع نسبة التزويد بالمياه الصالحة للشرب من8 %في سنة 2006 إلى نسبة 100%.

- إيصالها نسبته 53%من سكان مدينة الجزائر العاصمة بشبكة التطهير مقابل نسبة 6% سنة 2006 عند إبرام العقد[64].

إضافة إلى ذلك، لم يفصل قانون المياه عن كيفية حصول المفوض إليه عن المقابل المالي، فهل يتحصل على أجرة من الهيئة المفوضة أم مباشرة من المرتفقين كما توضحه المادة 105 منه " يتم تفويض الخدمة العمومية للمياه ..... مع تحديد لا سيما ..... و كيفيات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين".

و يفهم من عبارة " كيفيات دفع أجر" التي تفيد وجود عدة طرق لتحديد أجر المفوض له، إلاّ أن استعمال عبارة " أو تسعيرة الخدمة" توحي بأنّ المقابل المالي يتمثل أساسا في الإتاوات المدفوعة من طرف المرتفقين.

وما يمكن قوله أنّ الأجر يختلف باختلاف طبيعة عقد التفويض الذي يمكن أن يتخذ شكل عقد التسيير و بالتالي يتم تحديد الأجر بصفة جزافية و يتلقاه المفوض له مباشرة من المفوض أو عقد الإيجار أين يكون أجر المفوض له عبارة عن الإتاوات التي يدفعها المرتفقين[65].

الفرع الثاني: مدى توافر معايير التفويض في عقد التسيير

لمعرفة مكانة عقد التسيير ضمن عقود تفويض المرفق العام يجب أولا التطرق إلى مدى توافر معايير التفويض[66] التي حددها قانون sapin والمتمثلة في وجود مرفق عام، وعلاقة تعاقدية إلى جانب إستغلال المرفق و إرتباط المقابل المالي بنتائج الإستغلال الذي يعكس و فق الفقه و الإجتهاد القضائي الفرنسي تحمل صاحب التفويض لمخاطر الإستثمار التي تنتج عن إستغلاله للمرفق و تشغيله على نفقته و مسؤوليته[67].و يشكل إرتباط المقابل المالي بنتائج الإستغلال معيارا للتمييز بين عقود تفويض المرفق العام باقي العقود الإدارية كالصفقة العمومية.

و على ضوء ما تم دراسته نلاحظ توافر كل معايير تفويض المرفق العام في عقد التسيير بالرغم من كون أن المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد مع الإدارة

يحدد بصفة جزافية دون أي إضافات أو علاوات إضافية مرتبطة بالإدارة الحسنة للمرفق العام على عكس عقد مشاطرة الإستغلال الذي يكون فيه المبلغ المالي مشكل من عائدات يتقاضاها صاحب التفويض بصورة جزافية و ثابتة من الجماعة العامة.

وقد إعتبر الفقيه AUBY أن التفويض في إدارة وتسيير المرافق العامة كفئة قانونية مستقلة لا تتصل بالضرورة بعنصر المخاطر ، لكونه لا يشكل عنصرا أساسيا في تقنية التفويض[68] .

و في ما يتعلق بمدى علاقة المقابل المالي بفكرة المخاطر هي من خصائص عقد التسيير وعقد مشاطرة الاستغلال حيث يكون المقابل المالي الذي يتحصل عليها المتعاقد مع الادارة في الغالب مرتبطة بنتائج الاستغلال دون أن يتحمل أية مسؤولية مالية باعتبار أن الجماعة العامة تبقى هي المسؤولة لوحدها عن تحقيق المرفق العام[69] .

و عليه نستنتج أن عقد تسيير المرفق العام هو طريقة من طرق إدارة المرفق العام و يتميز عن عقد مشاطرة الاستغلال في أنّ المسيّر (Le gérant)يتقاضى مقابلا ماليا جزافيا قد يقترن أحيانا بحوافز تتعلق بنتائج إستغلال المرفق، و لذلك يمكن أن يختلف المقابل المالي الجزافي من فترة لأخرى ، في حين يتحصل المفوض إليه في امتياز المرفق العام و عقد الإيجار على المقابل المالي من الأرباح التي يدرها من تسييره للمرفق العام.

و من خلال هذا يتبين أن طريقة التسيير تبقى قريبة جدًا من طريقة مشاطرة الاستغلال يصعب معها التفرقة بينهما من الناحية النظرية و العملية.

خاتمة

لقد أدت التحولات التي عرفتها الجزائر و انتهاجها للنظام الليبرالي الذي فرض عليها ضرورة اللجوء إلى تبني طرق جديدة مكملة للطرق التقليدية لتسيير المرفق العام تتلاءم مع هذا النظام الجديد و هو تفويض المرفق العام، حيث يتضح من خلال الإطلاع على النصوص القانونية و التنظيمية بأن المشرع الجزائري إعتمد

على أسلوب الإمتياز لتسيير معظم المرافق العامة الحيوية (النقل العام، المياه، الإتصالات السلكية و اللاسلكية.....الخ) ، إلا أنه لم يخصه بقانون خاص ينظمه كباقي العقود الإدارية مما جعل أساليب إبرامه أو كيفيات و شروط إختيار الملتزمين تختلف بإختلاف المرافق العامة موضوع الإمتياز، و هذاما أدى إلى عدم وضوح موقف المشرع الجزائري بشأن تقنية التفويض من جهة وبشأن عقود تفويض المرفق العام من جهة أخرى.

كما يلاحظ غموض موقف المشرع بشأن مكانة عقد الإمتياز وعقد الايجار ضمن عقود تفويض المرفق العام و إعتمادهما كآلية جديدة تسمح بإشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة ،و يتضح ذلك جليا من خلال قانوني البلدية و الولاية أين جعل المشرع التسيير عن طريق الإستغلال المباشر و المؤسسة العمومية هو المبدأ و إستثناءا يمكن أن تكون المرافق العامة المحلية محل إمتياز في حين لا نجد أي إشارة لعقد الايجار،ما عادا ما جاء في مضمون التعليمة الوزارية لسنة 1994.

في حين نلاحظ إستبعاد المشرع الجزائري لعقد الإمتياز في مجال تفويض الخدمة العمومية للمياه للخواص حيث تبنى طرحا مفاده أن صاحب الامتياز لا يمكن أن يكون إلا شخصاً إعتباريا خاضعاً للقانون العام دون سواه من الأشخاص الخاصة. وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي عّرف عقد الإمتيازو كرسه كما أطره من خلال قوانين خاصة, فبعدما كانت أحكامه متناثرة أطرها القانون رقم 12/93 من خلال وضع قيود على كيفية اختيار المفوض له و هذا بغرض إضفاء نوع من المنافسة و الشفافية في إبرام هذا النوع من العقود.

فعجز الأشخاص العامة على تسيير كل المرافق العامة بطريقة مباشرة أدى إلى ضرورة تفويض هذا المرفق لشخص خاص يتولى تسييره أو استغلاله و هذا ما كرسه بالفعل المشرع الجزائري في قانون المياه لسنة 2005، حيث سمح هذا الأسلوب الجديد الذي تم إقراره بخلق نوع من الشراكة مع القطاع الخاص، وهذا ما تم تجسيده من خلال تفويض الخدمة العمومية للمياه للمتعامل الفرنسي

suez environnementعن طريق عقد التسيير،الذي لا نجد له أي تأطير في المنظومة التشريعية وهذا على غرار عقد مشاطرة الاستغلال.

أما في فرنسا، مهد فكرة تفويض المرفق العام، فقد أخذ المشرع الفرنسي بأربع أنواع من العقود و هي: الامتياز، الإيجار بالإضافة إلى عقد مشاطرة الاستغلال و عقد التسيير اللذان اعتبرهما القضاء الفرنسي مؤخرا من عقود تفويض المرفق العام و هذا على عكس المشرع الجزائري الذي جعل من الامتياز محور تفويض المرفق العام.

و تجدر الإشارة في الأخير إلى أنه و إن كان قانون Sapin قد تضمن تكريسا لفكرة عقود تفويض المرفق العام فانّ ذلك لا يعني حصر هذه الفكرة على هذه النماذج الأربعة و إنّما يمكن أن تقبل أية عقود أخرى تتوافر فيها معايير التفويض ،مثل عقد الإجارة الحكرية الإداريLe bail emphytéotique administratif الذي إعتمده المشرع الفرنسي كأسلوب لإقامة بعض المرافق العامة كالثانويات الرسمية ومواقف السيارات.

الهوامش

1- AUBY JEAN FRANÇOIS : les services publics locaux, PUF, Paris, 1982, P1

2- La loi d'orientation N°92-125 du 06 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, JO F N° 33 du 08 Février 1992. www.légifrance.gov.fr.

3- La loi N°93-122 du 09 Janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Modifié par la loi N°2001.1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier, JO RF N° 25 du 30 Janvier 1993. www.légifrance.gov.fr

4- الأمر رقم 96-13 مؤرخ في 15 جوان 1996، يعدل و يتمم القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 جويلية 1983 المتعلق بالمياه، ج ر عدد 37 لسنة 1996 (ملغى).

5- الأمر 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، معل و متمم بموجب القانون رقم 08-03 مؤرخ في 23 جانفي 2008، ج ر عدد 04، معل و متمم بموجب الأمر رقم 09-02 مؤرخ في 22 جويلية 2009، ج ر عدد 44 صادر في 22 جويلية 2009.

6- DELANCOUR ERIC, JULIEN, Antoine, et autres la loi Sapin et les délégations de services public « 10 ans d'application jurisprudentielles » lilec, paris, 2003, P19.

7- BRACONNIER STEPHANE, droit des services publics, PUF, Paris, 2004 P 176

8- ضريفي نادية: تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر،2010،ص 153

9- BRACONNIER STEPHANE, droit des services publics, Op.cit P 436

10- CHENAUD FRAZIER (c): la notion de délégation de service public, RDP, N°1, 1995, P188.

11- LEBRETON (G): Droit administratif général,4éme édition, DALLOZ, Paris, 2007, P154

12- MARCOU (G), la notion de la délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993, RFDA, N° 4, 1994, P 698.
13- La loi N° 93-122, Op cit
14- ALIBERT (A). l'instuitus personae dans la concession de service public, un principe de mutation? Revue administrative, 1990, P 507
أنظر كذلك في هذا الشأن مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الإمتياز الشركات المختلطة، البوت، تفويض المرفق العام) منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 437
15- CE : Arrêt du 30 mars 1916 N°59928 « compagnie générale d'éclairage de Bordeau. www. Conseild'Etat.fr
16- ZOUAIMIA RACHID : « la délégation de service public au profit des personnes privées » Maison d'édition Belkeise.2012 P74.
17-لباد ناصر ، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة السابعة، لباد للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص 212.
18- GUGLIELMI (G), KOUBI (G), Droit de service public,montchretien,Paris ,2004,P346.
19-أمر رقم 96-13، مرجع سابق
20-القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 نوفمبر 1998 الذي يحدد دفتر الشروط النموذجي لمنح إمتيازإستغلال الخدمات العمومية لتزويد بماء الشرب, ج ر عدد 21 لسنة 1999
21-الأمر رقم 05-12 المتعلق بالمياه مرجع سابق
22-ضريفي نادية: تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، مرجع سابق ص، 166.
23-قرار رقم 11952/11950 الصادر بتاريخ 2004/03/09،شركة المسافرين " سريع جنوب" ضد رئيس بلدية وهران، الغرفة الثالثة. www.conseil d'Etat.dz
24-قانون رقم 90-30 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالأملاك الوطنية، معدل و متمم بموجب قانون رقم 08-14 مؤرخ في 20 جويلية 2008، ج ر عدد 44 بتاريخ 03 أوت 2008.
25- ZOUAIMIA RACHID: La délégation conventionnelle de service public au profit au profit des personnes privées ENA, N°41, 2001 P09et 10.
26-وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و إستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 ، ص 583
27- CHERAUD FRAZIER, la notion de délégation de service public,Op cit, P183.
28-سدراتي فؤاد: تفويض المرفق العام، بحث لنيل ديبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2001، ص 25
29-سدراتي فؤاد: تفويض المرفق العام، نفس المرجع، ص 25
30-ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، مرجع سابق ص، 169
31-ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، نفس المرجع،ص 196
32-سدراتي فؤاد: تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 25
33-عبد اللطيفمحمد محمد: تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية 2000، ص 71

34-بن بارك راضية: التعليق على التعليمة رقم 94.3 / 892 المتعلقة بإمتياز المرافق العمومية و تأجيرها، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، 2002 ص 45

35-أوكال حسين، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون 2010 ص 115.

36- REHAL BENAMAR, la concession de service public en droit Algérien, revue ENA, N° 2, 1994 P 16.

37-مرسوم تنفيذي رقم 03-280 مؤرخ في 23 أوت 2003، المحدد لكيفية منح إمتياز الأملاك الوطنية لإستغلال بحيرتي أوبيرة و ملاح ج ر عدد 1 لسنة 2005.

38- مرسوم تنفيذي رقم 08-54 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي لإمتياز الخدمة العمومية لمياه الشرب و نظام الخدمة المتعلق به. ج ر عدد 19 لستة 2008.

39- BOITEAU (C) : les conventions de délégation de service public, imprimerie nationale, 1999, P 98.

40- BRACONNIER STEPHANE, droit des services publics, Op.cit P439

41- Idem, P 439

42-مروان محي الدين، القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، (الإمتياز، الشركات المختلطة، BOT, ، تفويض المرفق العام)، مرجع سابق ص 456.

43-منشور وزاري عدد 75634 مؤرخ في 13 ديسمبر 1975، عن سدراتي فؤاد، مرجع سابق، ص 32.

44- CE, 29 Avril 1987, Commune D'Elancourt, Rec, P 152, RFDA, 1987

45-مروان محي الدين، القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، (الإمتياز، الشركات المختلطة، BOT, تفويض المرفق العام)، مرجع سابق ص 456.

46-عبد اللطيفمحمد محمد: تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 81

47- BOITEAU (C) : les conventions de délégation de service public, Op cit , P 100.

48-ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، مرجع سابق ص، 157

49-عبد اللطيفمحمد محمد: تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 78

50- CE 15 avril 1996, préfet des bouches du Rhône, AJDA, 1996, 732. " cette stipulation obligeait à regarder le dit contrat comme un marché soumis aux règles régissant les marchés publics.

51- ALEXANDRE CRAPENTIER, le contrat de la régie intéressée, un labyrinthe juridique, les petites affiches, 29 septembre 1997, P 8.

52- BRACONNIER STEPHANE: droit des services publics, Op.cit P 440

53- BOITEAU (C) : les conventions de délégation de service public, Op cit , P 100.

54- BERGEAL CATHRINE: conclusion sur CE 30 juin 1999, syndicat mixte du traitement des déchets centre ouest seine et marnais (SMITOM), AJDA, 1999 P 714.

55-ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة ، مرجع سابق ص، 158

56- CHENAUD FRAZIER (c) : Op.cit P148,

57- Idem,p 1

58- BOITEAU (C) : les conventions de délégation de service public, Op cit , P 96.

59- BRACONNIER STEPHANE: droit des services publics, Op.cit P 442

60- FRANCIS TROJET: service public, faire ou déléguer? LITEC, Paris 1995, P21.

61- عبد اللطيفمحمد محمد: الإتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الإقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 122

62- القانون رقم 89-01 مؤرخ في 7 فيفري 1989 متمم للأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 6 صادر في 8 فيفري 1998

63- آيت منصور كمال: عقد التسيير، دار بلقيس الجزائر، 2013 ص 7

64- Alger eau potable disponible 24h /24h: www.emag.suez.environnement.com.alger.

65- **أوكال حسين**، مرجع سابق، ص 135

66- GYUILLAUME DELALOY les délégations de services publics ou la délicate conciliation des principes d'égal accès des candidats et de libre choix de délégataire » CJFI N° 56. 2009P90.

67- وليد جابر حيدر، نفس المرجع، ص 450 .

68- AUBY JEAN FRANÇOIS : la délégation de service public, PUF, que sais je ? 1ère édition, Paris, 1995, P21.

69- ALDO (S) et ALEXANDRE GAUTIER: la notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, le cas de la régie intéressé, AJDA, 2003, P829.