

الاسم: أمينة

اللقب: شويب

المؤهل العلمي: شهادة الماجستير

التخصص: القانون العام للأعمال

الرتبة العلمية: أستاذة مساعدة أ

المؤسسة: جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل

الهاتف: 0667065058

البريد الإلكتروني: etudesjijel@yahoo.fr

المحور الرابع: تنظيم عقود تفويضات المرفق العام

عنوان المداخلة: اتفاقية تفويض المرفق العام: مابين تقديم خدمة عامة وتحقيق استثمارات خاصة.

ملخص المداخلة:

Les collectivités territoriales doivent concourir à la satisfaction d'intérêt général. Pour cela, elles exercent un pouvoir de police et gèrent des services publics directement par ses ressources humaines et matérielles ou par des établissements publics. En outre elles exercent un autre mode de gestion de service public, qu'on peut le définir comme un contrat par lequel les collectivités territoriales confient la gestion d'un service public à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, il s'agit d'un contrat administratif qui comme tout contrat, est librement formé par les parties en vertu du principe d'autonomie de la volonté et dont le contenu est librement déterminé en vertu du principe de la liberté contractuelle.

En Algérie, l'encadrement réglementaire des conventions de délégation de service public est, cependant, récent, puisqu'il a fallu attendre le décret exécutif n° 18-199 du 2 août 2018, pour que le régime juridique applicable à ces conventions soit mieux défini, dans le souci d'assurer, avant tout, la transparence et de favoriser la mise en concurrence des candidats à la délégation. La convention de délégation de service public, est un contrat mixte car, elle contient des dispositions de nature réglementaires et d'autres de nature contractuelles, elle a pour objet d'assurer le service public, parce qu'elle concerne en premier lieu la satisfaction de l'intérêt général, et en deuxième lieu la réalisation des investissements privés au profit du délégataire. Pour cela, notre question repose sur la capacité de la convention et ses dispositions pour conserver un équilibre entre les besoins sociaux et les besoins économiques ?

المداخلة كاملة:

اتفاقية تفويض المرفق العام: ما بين تقديم خدمة عامة وتحقيق استثمارات خاصة

من إعداد: الأستاذة شويب أمينة

جامعة محمد الصديق بن يحي -جيجل-

مقدمة:

لا يمكن تصور وجود مرفق عام واستغلاله لأغراض أخرى غير تلك المتعلقة بإشباع الحاجات العامة، فيشكل منذ ظهوره نشاط الإدارة الذي يهدف إلى تحقيق خدمة عامة عن طريق استعمالها لأفضل الأساليب لإدارته والتحكم فيه حتى لا يخرج عن أهدافه ومبادئه، وبغض النظر عن ما إذا كانت هذه الأساليب مباشرة أو غير مباشرة، إلا أنها تعد الأصل في تسيير المرفق العام، وان الخروج عن هذا الأصل والأخذ بأسلوب التفويض للغير للقيام بمهمة التسيير مع احتفاظها بحقها في الإشراف والرقابة، لا يعد مساسا بمبادئ المرفق العام ولا بأهدافه، إذ أنه يخضع لمبدأ التكيف الذي يجعله يتطور وبالتالي يمكن تصور تطور أساليب تسييره بشكل تتكيف وطبيعته الجديدة.

قد ظهر لأول مرة اصطلاح تفويض المرفق العام في فرنسا بموجب المنشور الوزاري الذي صدر في 7 أوت 1987 المتعلق بتفويض إدارة المرافق المحلية، إذ تضمن تنظيم عقود المرفق العام المتعلقة بشروط الإبرام ومدة العقد وطرق الرقابة، وقد توسعت فكرة تطبيق تفويض المرفق العام في سنة 1993 بصور "قانون سابان"، الخاص بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية، لتشمل العقود التي يبرمها الأشخاص العامة جميعا بدون استثناء، فأصبح هذا القانون يمثل الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام. وبعدها جاء "قانون مورسيف"، الذي تضمن تنظيما للصفقات العامة والتفويض لاستغلال المرفق العام، بحيث كرس مجموعة من الإصلاحات ووضع تعريفا موحد لتفويض المرفق العام¹.

أما تجسيد فكرة تفويض المرفق العام في الجزائر، كان عن طريق مجموعة من القوانين تعنى بقطاعات معينة وعن طريق تنظيمات، لا سيما التنظيم الأخير الصادر في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويضات المرفق العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى كان التجسيد عن طريق إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها، والتي يمكن أن تتضمن مشاركة القطاع الخاص في تسيير واستغلال المرافق العامة، فتجاوز مفهوم اتفاقية المرفق العام على أنها عقد إداري يتضمن شروط غير مألوفة لضمان الخدمة العامة واستمراريتها إلى مفهوم آخر، يركز على تصنيفها أنها اتفاقيات تمويلية من شأن تنفيذها يحقق استثمارات خاصة، تتضمن بنودا تنظيمية وأخرى تعاقدية مما يجعلها تتميز عن غيرها من العقود الإدارية، وهذا ما يجعلنا نحدد مجال الدراسة بإشكالية تدور في فحواها حول ما مدى قدرة اتفاقية تفويض المرفق العام بما تتميز به من خصوصية تميزها عن العقود الأخرى لا سيما و أنها من العقود المختلطة في تحقيق التوازن بين أهدافها الاجتماعية المتعلقة بضمان تقديم الخدمة العامة في إطار المصلحة العامة و أهدافها الاقتصادية المتعلقة بتحقيق الاستثمارات الخاصة؟

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لاتفاقية تفويض المرفق العام

المطلب الأول: مفهوم اتفاقية تفويض المرفق العام

الفرع الأول: تحديد تعريف اتفاقية تفويض المرفق العام

¹ وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة استثمار المرافق العامة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

قد يختلط تعريف تقنية تفويض المرفق العام مع تعريف اتفاقية المرفق العام، لا سيما وأن هذه الأخيرة ما هي إلا تنظيم قانوني لتقنية التفويض، مما يجعلها تحدث آثار قانونية في مواجهة مجموعة من الجهات،

خص المشرع الجزائري تفويض المرفق العام بنظام قانوني موحد ومستقل جاءت أحكامه ضمن الباب الثاني من المرسوم الرئاسي رقم 15-247²، قد عرفته المادة 207 منه على أنه "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام، بموجب اتفاقية، وبهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام...."

كما عرفه أيضا ضمن نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-1999³، على أنه حسب مفهوم هذا المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة، إلى المفوض له، بهدف الصالح العام، كما قام بتحديد السلطة المفوضة ضمن المادة 4 منه والتمثلة في الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها.

الفرع الثاني: اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري

قام المشرع لجزائري بتكييف اتفاقية تفويض المرفق العام على أنها عقد إداري، فلا نحتاج إلى دراسة مفصلة في أحكامها للوصول إلى معرفة طبيعتها القانونية، لكن لا تعد عقد كالعقود الإدارية الأخرى التي تتضمن فقط الشروط غير المألوفة، وإنما تتضمن نوعين من البنود تنظيمية وتعاقدية.

أولى المشرع الجزائري أهمية لتقنية تفويض المرفق العام ومنحها مكانة في مجال القانون الإداري، شأنها شأن الصفقة العمومية، إذ قام بتنظيمهما بموجب تنظيم واحد المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ولعل مبرر ذلك اشتراكهما في الطبيعة التعاقدية وتكليفهما على أنهما عقد إداري، غالبا ما يبرم مع أحد أشخاص القانون الخاص.

لكن بالرغم من ذلك إلا أن اتفاقية تفويض المرفق العام تختلف عن الصفقة العمومية من عدة نواحي:

- لكي نكون أمام اتفاقية مرفق عام يجب أن تكون متضمنة لمجموعة من العناصر يمكن تسميتها بالأسس، تجتمع فيما بينها لتحديد كيفية استغلال وتسيير المرفق العام وما ينجم عن ذلك من آثار خلال تنفيذها، أما بالنسبة للصفقة العمومية فقد حدد المشرع المعيار المالي، للاعتماد عليه في عملية تكليفها.
- بالنظر إلى محل ومضمون كل العقدين، نجد أن اتفاقية المرفق العام تقوم على عملية استغلال المرفق وتسييره وفقا لأشكال محددة على سبيل المثال بموجب التنظيم، مع إمكانية تمويل هذا المشروع العام من طرف المتعاقد مع الإدارة المسؤولة على المرفق العام، بينما الصفقة العمومية فموضوعها يقوم على عملية انجاز أشغال وتأمين لوازم وخدمات، وبذلك يقع تمويل هذا المشروع العام على عاتق الإدارة دون سواها.

² مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج عدد 50، مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

³ مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 2 أوت 2018، ج ر ج ج عدد 48، مؤرخ في 5 أوت 2018.

- أما بالنسبة للمقابل المالي فيعد من أهم المعايير المعتمدة للتمييز بين الصفقة العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام، وقد وصل بهم الحد إلى غاية إعادة تكييف العقد الإداري من اتفاقية تفويض مرفق عام إلى صفقة عمومية من طرف القضاء الفرنسي، على أساس أن المقابل المالي في تفويضات المرفق العام يجب أن يكون مرتبطا ارتباطا جوهريا بنتائج عملية الاستغلال بغض النظر عن مصدره، أما المقابل المالي في الصفقة العمومية فيمثل ثمن القيام بأعمال محددة في الصفقة سواء كانت خدمات أو لوازم أو أشغال⁴.

المطلب الثاني: مضمون اتفاقية المرفق العمومي

لم نجد إشكالا في تحديد الطبيعة القانونية لاتفاقية تفويض المرفق العام، لأن المشرع حددها بموجب نص صريح على أنها عقد إداري، لكن في هذا المقام يصادفنا إشكال يتمثل في مضمون العقد، إذ نتصور على أن يتضمن مجموعة من الشروط غير المألوفة التي يخضع لها المفوض له، الذي لا يكون له أدنى حق في تنظيمه،

إن إطلاق المشرع الجزائي مصطلح الاتفاقية على تفويض المرفق العام، يجعلنا نستبعد أن تكون عمل تنظيمي لتسيير المرفق العام وان يكون للمفوض له في مركز قانوني مسير، بل يوحي على أن يكون شريكا في علاقة قانونية بهدف تحقيق الربح.

بتطبيق نظرية التصرف المختلط على عقود تفويض المرفق العام، التي تقوم على تحقيق التوافق بين مصلحة السلطة المفوضة ومصلحة المفوض له، فنجدها تركز على نوعين من الأحكام، أحكام تنظيمية تتعلق بتنظيم المرفق العام، تمنح للسلطة المفوضة الحق في تعديل البنود التنظيمية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، وأحكام تعاقدية تتمثل في حماية طرفي العقد، لكن بحكم أن اتفاقية تفويض المرفق العام هي عقد إداري الأكيد يمكن تصور أن الأحكام التنظيمية فيه تغطي عن الأحكام التعاقدية.

في اتفاقية تفويض المرافق العامة منح المشرع الجزائي إمكانية السلطة المفوضة الدخول في تفاوض في البنود التعاقدية مع المترشح للتفويض في مجموعة من عناصر العقد المذكورة ضمن المادة 40 من تنظيم تفويضات المرفق العام، لكن ما تجدر الإشارة إليه، أن هذه البنود تقتصر آثارها على المفوض له لتحقيق حد أدنى من الإنتاجية وحتى الأرباح، ولا تمتد لمستعملي المرفق.

الفرع الأول : البنود التنظيمية في اتفاقية المرفق العام

حصر تنظيم المرفق العام وكلما يتعلق بمقتضيات المصلحة العامة في بنود تنظيمية، تضعها السلطة المفوضة عند ممارستها لامتيازات السلطة العامة، بهدف ضمان سير المرفق العام، ولها صلاحية تعديلها بإرادتها المنفردة، وترتبط هذه البنود ارتباطا وطيدا بعملية تنظيم المرفق العام وبالخصائص التي يتميز بها المرفق العام:

- ترتبط البنود التنظيمية بهدف المرفق العام:

⁴ Arrêt du conseil d'Etat français n° 407213 du 24 mai 2017, requalification d'une délégation de service public en marché public. « Les contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas assurée substantiellement de l'exploitation constituent des marchés et des conventions de service public ».

يهدف المرفق العام إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال تلبية الحاجات العامة، فكل بنود الاتفاقية المتعلقة بالمصلحة العامة ومقتضياتها يجب أن تنظم عن طريق أحكام تنظيمية لأنها ترتب آثارا في حق الغير وليس في حق السلطة المفوضة، ومن ذلك ممارسة السلطة المفوضة حقها في استرداد المرفق العام قبل انتهاء مدة التفويض بإرادتها المنفردة وذلك لمقتضيات المصلحة العامة.

أستند في هذا إلى فكرة "ريني شابي" الذي يقول أنه إذا كانت الوظيفة تمارس أساسا لصالح الغير فإنها تمثل مرفقا عاما، وإذا كانت تمارس لتحقيق مصلحة الإدارة، فإنها تمثل وظيفة لصالح النفع العام⁵.

- ترتبط البنود التنظيمية بالخضوع للرقابة:

ممارسة السلطة المفوضة للرقابة والإشراف على عملية تسيير المرفق العام يجب أن تنظم عن طريق قواعد تنظيمية، ولا يمكن أن تكون محل تفاوض مع المفوض له.

- ترتبط البنود التنظيمية بمبادئ المرفق العام:

يقع على عاتق أطراف اتفاقية تفويض المرفق العام، لا سيما المفوض له التزام احترام كل المبادئ التي تحكم المرفق العام أثناء قيامه باستغلال المرفق، وكل البنود التي ترتبط بهذه المبادئ يجب أن تكون ذات طبيعة تنظيمية.

الفرع الثاني: البنود التفاوضية لاتفاقية المرفق العام

يمكن القول بأن التسمية الحقيقية لهذه البنود هي تعاقدية وليست تفاوضية، تكون محلا للتفاوض بين السلطة المفوضة والمترشحين للتفويض، تشكل المعايير الاقتصادية في اتفاقية تفويض المرفق العام، لأنها مرتبطة بالنتائج الاقتصادية عند تنفيذ الاتفاقية، وقد حددت المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المذكور سابقا، العناصر التي يمكن أن تكون محلا للتفاوض في حدود ما يسمح به دفتر الشروط وتمثل في مدة تفويض المرفق العام، التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة وحتى المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض. كما وسع المشرع الجزائري بموجب نفس المادة من عملية المفاوضات لتشمل كذلك الاقتراحات المتعلقة بتسيير المرفق العام موضوع التفويض واشترط على أن لا تتطرق المفاوضات في أي حال من الأحوال لموضوع التفويض.

وتعد مرحلة المفاوضات مرحلة حاسمة ومتميزة بالنسبة لاتفاقيات تفويض المرفق العام، لأنها تسمح للمترشح، عند الاقتضاء ببذل جهود ويمكن تقديم تنازلات من أجل الحصول على التفويض بشكل لا يتعارض ومضمون دفتر الشروط هذا من جهة، أما من جهة أخرى فهي تسمح بعد إجرائها بانعقاد الاتفاقية.

أولا: المدة

إن القانون الفرنسي المؤرخ في 27 جانفي 1993 والمسمى ب"قانون سابان"، أضاف في القانون الفرنسي فكرة أن يكون تفويض المرفق العام محدد المدة، وأن المعني بتحديد هذه المدة هي الجماعات المحلية أخذا بعين الاعتبار نوع الخدمة التي يقوم بها المفوض له. كما أقر مجلس الدولة الفرنسي على أن

⁵ بوالضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص311.

تكون المدة كافية لتغطية كافة النفقات التي أنفقها المفوض له على عملية استغلال المرفق العام واستثماره أخذا بعين الاعتبار جميع مخاطر الاستغلال المرتبطة بطبيعة المرفق وبمتطلبات السلطة المفوضة بالإضافة إلى تقديرات التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق، بعبارة أخرى، تنتج مدة التفويض عن توازن عام بين مجموعة من العناصر المكونة للعقد والمترابطة فيما بينها، فتكون محلا للتفاوض وبذلك فهي تشكل معيارا اقتصاديا غير محاسبي⁶.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فبموجب التنظيم المتعلق بتفويضات المرفق العام، يكون قد جعل اتفاقية تفويض المرفق العام محددة المدة⁷، وعلى عكس المشرع الفرنسي قام بتحديد مدة كل شكل من أشكال تفويض المرفق العام على حدة ولم يترك المجال للجماعات المحلية على أن تتدخل في ذلك، وقد استند عند تحديده للحد الأقصى لمدة استغلال كل شكل من أشكال تفويض المرفق العام إلى حجم وطبيعة المرفق العام وحتى إلى مجال قيام مسؤولية المفوض له من عدمها وذلك تقديرا للمحافظة على التوازن المالي للاتفاقية والتي تعد من أهم المبادئ التي تحكم العقود الإدارية، فبالنسبة لعقد الامتياز لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى له ثلاثين 30 سنة، مع قابلية تمديدتها مرة واحدة بموجب ملحق، لمدة لا تتعدى أربع 4 سنوات كحد أقصى، بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل، يشترط أن يتضمن ظهور استثمارات مادية جديدة غير منصوص عليها في الاتفاقية⁸. أما عقد الإيجار فيمكن تصنيفه على أنه من العقود متوسطة المدى إذ لا يجوز أن تتعدى مدته خمسة عشر 15 سنة كحد أقصى، لكن مثله مثل الأشكال الأخرى إذ يمكن تمديد هذه المدة لثلاث 3 سنوات كحد أقصى لنفس الأسباب وبنفس الأشكال المقررة للعقد السابق⁹.

أخذ الشكلين الآخرين منحى آخر سواء من حيث المضمون أو من حيث المدة، بحيث يتميزان بقصر المدة وأكثر من ذلك عدم إمكانية التمديد، ومبرر ذلك أن السلطة المفوضة هي الممولة للمشروع العام وما على المفوض له إلا القيام بعملية التسيير، فطبيعة الخدمة وحجمها يفترض تناسبهما والمدة المقررة قانونا لتنفيذها، فشكل الوكالة المحفزة يقوم على مدة عشر 10 سنوات كحد أقصى قابل للتمديد لمدة سنتين كحد أقصى لنفس الأسباب والأشكال المقررة في العقود السابقين¹⁰، وفي شكل التسيير لا يمكن أن تتجاوز مدة الاتفاقية خمس سنوات وهي أقصر مدة غير قابلة للتمديد¹¹.

ثانيا: التعريفات والمنح

من خلال المادة 40 المذكورة سابقا، أخضع المشرع الجزائري التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، لعملية التفاوض، فتصبح بذلك منظمة تنظيميا تعاقديا، مع أن آثارها تمتد إلى الغير وهم المنتفعون، وكذلك تلك التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له في شكل الوكالة المحفزة والتسيير. وبذلك أصبحت التعريفات والمنح في اتفاقية تفويض المرافق العامة معايير اقتصادية خاضعة لإرادة طرفي العقد وغير حسابي تخضع لإرادة السلطة المفوضة لوحدها.

⁶ Jean-Claude DOUENCE, « Délégation de service public », Annuaire des collectivités locales, n° 31, année 2001, pp. 317-318.

⁷ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

⁸ المادة 53 الفقرة الثالثة و الفقرة الرابعة من نفس المرسوم التنفيذي.

⁹ المادة 54 الفقرة الرابعة والفقرة الخامسة من نفس المرسوم التنفيذي.

¹⁰ المادة 55 الفقرة السادسة والفقرة السابعة من نفس المرسوم التنفيذي.

¹¹ المادة 56 الفقرة الخامسة من نفس المرسوم التنفيذي.

المبحث الثاني: تحقيق التوازن بين الأهداف الاجتماعية والاقتصادية في اتفاقية تفويض المرفق العام

إن التوازن بين ضمان تقديم الخدمة العامة وتحقيق الاستثمارات الخاصة ما هو إلا الشق التطبيقي للمبدأ الحديث لتسيير المرفق العام والمتمثل في مبدأ الفعالية الاجتماعية والاقتصادية للمرفق العام، مع أنه فيما مضى كانت عملية استغلال المرفق العام تقوم على مبدأ بسيط وهو تقديم الخدمة العامة بدون الخوض في ما مدى فعاليتها وجودتها.

ويجد هذا المبدأ أساسه في أحد أسباب اللجوء إلى تقنية التفويض ذاتها المتعلقة بالدوافع الاجتماعية¹²، خاصة وأن حاجات المواطنين في تطور وتزايد مستمر، مما حتم على الدولة البحث عن آليات للتسيير الفعال للمرفق العام، من شأنه تحقيق فعالية في تطوير الخدمة ونجاعتها، ويكون ذلك بفتح المجال أمام أصحاب القدرات المادية والتقنية حتى وإن كانوا من القطاع الخاص لضمان تنفيذ اتفاقية التفويض بالشكل الذي يضمن تحقيق الأهداف التقليدية من جهة، وتحقيق استثمارات خاصة من جهة أخرى التي كانت من أهم الدوافع الاقتصادية للجوء إلى اتفاقية تفويض المرفق العام.

المطلب الأول: مضمون الاتفاقية لضمان تقديم الخدمة العامة

تتضمن اتفاقية المرفق العام مجموعة من البنود لا يمكن مخالفتها أو تغييرها بحكم أنها متعلقة بموضوع الاتفاقية، التي يهدف تنفيذها أساسا إلى تحقيق خدمة عامة، ومن أهم هذه البنود تلك المتعلقة بإجراءات إبرام اتفاقية التفويض المقررة بموجب نصوص تنظيمية والملزِم إتباعها في إطار احترام تطبيق مجموعة من المبادئ المتعلقة بالشفافية والمساواة، وكذلك الشق المتعلق بتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق و كل الآثار القانونية الناجمة عن ذلك.

الفرع الأول: من حيث إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

إن نجاعة عملية اختيار الطرف المفوض له في علاقة تسيير المرفق العام تؤدي بالضرورة إلى اختيار الأفضل، وبالتالي ضمان تقديم الخدمة العامة، استمرارها، تكييفها وتطورها، لذلك تدخل المشرع الجزائري لتنظيم هذه العملية، كما أقر صيغة الطلب على المنافسة كقاعدة عامة وصيغة التراضي كاستثناء¹³.

أولا: الدعوة إلى المنافسة

تلتزم السلطة المفوضة عند إبرامها لاتفاقية المرفق العام باحترام مجموعة من الإجراءات تضمن الشفافية والمساواة بين المترشحين، وكذلك تفيد حرية اختيار السلطة المسؤولة على المرفق العام للمتعاقل المتعاقد معها، وهذا ما أقرته المادة 209 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹⁴، والتي أحالتنا إلى المادة 5 من نفس التنظيم والتي تنص على " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

¹² زمال صالح، "مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247"، حوليات جامعة الجزائر I، العدد 32، الجزء الأول، 2018، ص511.

¹³ المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

¹⁴ تنص المادة على أنه: " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم. وزيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف."

فبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يورد مصطلح تفويض مرفق عام ضمن نص المادة، وبالرغم كذلك من أن اتفاقيات المرفق العام لا تقوم على اعتبار المال العام وتسييره وإمكانية تبديده بالقوة التي تحكم الصفقة العمومية، إلا أنه أحالنا على هذه المادة، وبالفعل عمل المشرع الجزائري على احترام هذه المبادئ خلال سنه لمجموعة الإجراءات المقررة لإبرام اتفاقية التفويض بما يلزم السلطة المفوضة على احترام ذلك.

- إجراء نشر الإعلان المسبق:

إن إجراء نشر الإعلان المسبق ما هو إلا تكريس لمبدأي حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين المترشحين، والهدف منه هو إمكانية حصول السلطة المفوضة على عدة طلبات الترشح، مما يؤدي إلى خلق مناخ تنافسي يفرض عليها أن تقارن بين العروض لانتقاء الأفضل، ومن شأن هذا الإجراء أن يضمن شفافية ومنافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة المسؤولة عن المرفق العام مسبقاً، وهذا ما أكدته نص المادة 11 من تنظيم تفويضات المرفق العام، القرارات التي يمكن اتخاذها، وبذلك يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض الذي يتمثل في العرض المتضمن أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط.

لقد حدد المشرع الجزائري إجراء الإعلان المسبق مع تحديد البيانات التي يجب أن يتضمنها هذا الإعلان، المتمثلة في صيغة الطلب على المنافسة، موضوع وشكل تفويض المرفق العام، المدة القصوى للتفويض، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي، قائمة الوثائق المكونة لملف الترشح¹⁵، آخر أجل لتقديم ملف الترشح¹⁶ ومكان إيداعه، دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة، كفاءات تقديم ملف الترشح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم يعني مجهول الهوية، يكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض" و يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة¹⁷.

وتلتزم السلطة المفوضة بنشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ويجب عليها إشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية¹⁸، وهي قاعدة عامة لا يمكن الخروج عنها إلا بنص قانوني¹⁹.

- إجراء اختيار وانتقاء العروض:

بعد الدعوة على المنافسة بموجب إجراء نشر الإعلان المسبق وتلقي الترشيحات، تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في مرحلة أولى وفي جلسة علنية، بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من طرف

¹⁵ يجب أن يتضمن ملف الترشح حسب المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مجموعة من الوثائق تتمثل في، تصريح بالنزاهة: القانون الأساسي للشركة، مستخرج السجل التجاري، رقم التعريف الجبائي وكل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين المذكورين في دفتر الشروط.

¹⁶ تقوم السلطة المفوضة بتقدير مدة وتاريخ إيداع العروض بشكل يفسح المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين بمعنى أن تكون المدة كافية لتحضير عروضهم، وفي حالة ما إذا صادف تاريخ إيداع العروض يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يجب تمديده إلى اليوم الموالي، كما يمكن للسلطة المفوضة تمديد المدة المحددة لإيداع العروض مرة واحدة بطلب معال من أحد المترشحين. على أن يخضع تاريخ التمديد إلى قواعد الإشهار المذكورة ضمن المادة 25، أنظر المادة 28 من نفس المرسوم التنفيذي.

¹⁷ المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

¹⁸ المادة 25 من نفس المرسوم التنفيذي.

¹⁹ قد أقرت المادة 26 من نفس التنظيم استثناء على هذه القاعدة العامة إذ تنص على: " بغض النظر عن أحكام المادة 25 أعلاه، يمكن إعفاء بعض المرافق العمومية، نظراً إلى حجمها نطاق نشاطها، من إجبارية الإشهار في الجرائد، شريطة ضمان إشهار واسع بكل وسيلة أخرى. ومهما يكن من أمر، فإنه يتعين على السلطة المفوضة أن تعلق لجونها لهذا الإجراء".

المرشحين، وبذلك في هذه المرحلة تكون مهمتها محدودة وشكلية لا تدخل في دراسة المعايير الموضوعية التي يجب أن تتوفر في المترشح، تم تأتي مرحلة ثانية ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة، أين تعهد إليها مهمة أخرى تتمثل في دراسة ملفات الترشيح، فتقوم بإعداد قائمة المترشحين الذي تتوفر فيهم شروط التأهيل المنصوص عليها في الجزء الأول من دفتر الشروط وكذلك المعايير المحددة في الطلب على المنافسة، بالإضافة إلى دراسة العروض المقدمة من طرف المترشحين المقبولين وتقييمها حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط، وأخيرا تقوم بإعداد قائمة العروض، مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب النقاط المتحصل عليها²⁰.

بعد إعداد قائمة العروض، تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشحين المؤهلين بكل وسيلة تراها ملائمة للغرض، لسحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم خلال مدة معينة من طرف السلطة المفوضة والتي تحدد تبعا لحجم ونطاق نشاط المرفق العام²¹ بمعنى أنها متغيرة، تحكمها علاقة تناسبية بنشاط المرفق من حيث حجمه ونطاقه، ثم تأتي مرحلة مهمة وهي مرحلة إجراء التفاوض على العناصر المذكورة ضمن نص المادة 40 من تنظيم تفويضات المرفق العام دون سواها، فتقوم خلالها لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين المؤهلين، كتابيا وكل على حدة من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية في حدود ما يسمح به دفتر الشروط. بعد الانتهاء تقوم اللجنة بتحرير محضر مفاوضة وتقييم العروض خلال كل جلسة مفاوضة، يتضمن قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيبا تفضيليا، وبعدها تقترح على السلطة المفوضة المترشح الذي يتم انتقاؤه وقدم أحسن عرض²².

- إجراء المنح المؤقت وإعداد مشروع اتفاقية تفويض المرفق العمومي:

إن قرار المنح المؤقت من اختصاص السلطة المفوضة، يشترط المشرع الجزائري نشره بكل وسيلة مناسبة وإشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغتين الوطنية واللغة الأجنبية²³. للمترشح الحق في الاحتجاج على قرار المنح المؤقت للتفويض عن طريق رفع طعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام²⁴، في أجل لا يتعدى عشرين 20 يوما، ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، تقوم اللجنة بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرين 20 يوما ابتداء من تاريخ استلامها للطعن، بعد ذلك تقوم بتبليغ قرارها للمعلل الى السلطة المفوضة والمفوض له²⁵.

بعد انقضاء آجال الطعون تقوم السلطة المفوضة بإعداد اتفاقية التفويض التي تبرم بين المترشح المقبول من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض، وتسلم نسخة من الاتفاقية إلى المترشح المقبول²⁶، لكن في حالة رفض هذا المترشح استلام التبليغ بالاتفاقية أو رفض توقيعها، فيمكن للسلطة المفوضة إلغاء المنح المؤقت

²⁰ المادة 31 من نفس المرسوم التنفيذي.

²¹ المادة 32 من نفس المرسوم التنفيذي.

²² المادة 35 من نفس المرسوم التنفيذي.

²³ الفقرة الأولى من المادة 41 من نفس المرسوم التنفيذي.

²⁴ تنشئ لجنة تفويضات المرفق العام من طرف السلطة المفوضة فتختص بممارسة رقابة خارجية، تتشكل على مستوى الولاية من: ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيسا، ممثلين عن السلطة المفوضة، ممثل عن المجلس الشعبي الولائي، ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية، ممثل عن المديرية الولائية للأموال الوطنية. أما على المستوى البلدي فتتشكل من: ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي رئيسا، ممثلين عن السلطة المفوضة، ممثل عن المجلس الشعبي البلدي، ممثل عن المصالح غير المركزية للأموال الوطنية؛ ممثل عن المصالح غير ممرضة للميزانية. المادتين 78 و79 من نفس المرسوم التنفيذي. قد حدد المشرع الجزائري عهدة هذه اللجنة ومهامها ضمن المادتين 80 و81 من نفس المرسوم التنفيذي.

²⁵ المادة 42 من نفس المرسوم التنفيذي.

²⁶ المادة 44 من نفس المرسوم التنفيذي.

للتفويض واللجوء إلى المترشح الموالي الوارد في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات وتقييم العروض المعد من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض²⁷.

ثانياً: التراضي

إن لجوء السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي يعد من جهة، تقييداً لمبدأ الدعوة على المنافسة، ومن جهة أخرى تجسيداً لحرية السلطة في اختيار المتعامل المتعاقد معها، لكن بموجب التنظيم المتعلق بتفويضات المرفق العام يعد إجراء استثنائي، لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالات منصوص عليها صراحة ضمن نصوصه.

تتمثل حالات اللجوء إلى التراضي بحسب المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 سالف الذكر فيما يلي:

- عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى، يجب أن يعاد نفس الإجراء للمرة الثانية وبنفس الأشكال، لكن في حالة إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي.

كما قام بتحديد حالات إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة بموجب المادة 15 من تنظيم تفويضات المرفق العام سالف الذكر والتي تتمثل فيما يلي:

- إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى، عدم استلام أي عرض، في حالة استلام عرض واحد أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.
- إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية، عدم استلام أي عرض أو في حالة عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، لكن في حالة استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية، يتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط، فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات المتعلقة بالمنح وبذلك لا يمكن في هذه الحالة اللجوء إلى إجراء التراضي.

حسب المادة 16 من تنظيم تفويضات المرفق العام، يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.

و يقصد بالتراضي البسيط، إجراء تقوم به السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية²⁸، ولا يمكن اللجوء إلى هذا النوع من التراضي إلا في حالات محددة في القانون وهي:

- إما في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمترشح واحد يحتل وضعية احتكارية، وإما في الحالات الاستعجالية التي تتمثل في حالة ما أن تكون اتفاقية تفويض عام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ وفي حالة استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من

²⁷ المادة 43 من نفس المرسوم التنفيذي.
²⁸ المادة 18 من نفس المرسوم التنفيذي.

طرف المفوض له، أو في حالة رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون محله تمديد الأجل²⁹.

أما التراضي بعد الاستشارة، فيقصد به إجراء تقوم به السلطة المفوضة لاختيار مفوض له من بين ثلاثة 3 مترشحين مؤهلين، على الأقل³⁰، وقد حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 19 من نفس التنظيم، حالات اللجوء إليه وتمثل فيما يلي:

- عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.
- عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، ويتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات المحلية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام.

يتم إشهار قرار المنح المؤقت لتفويض المرفق العام في حالة التراضي بعد الاستشارة، عن طريق جميع الوسائل المتاحة، حسب حجم ونطاق نشاط المرافق العام تطبيقا لنص المادة 41 في فقرتها الثانية من تنظيم تفويضات المرفق العام. وتطبق عليه نفس إجراءات الطعن المقررة في المنح المؤقت بعد إجراء الطلب على المنافسة وكذلك تلك المتعلقة بإعداد مشروع الاتفاقية.

الفرع الثاني: من حيث تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام

أولاً: حقوق والتزامات السلطة المفوضة

- حق السلطة المفوضة في الرقابة والإشراف:

للسلطة المفوضة الحق في الرقابة والإشراف على عملية تسيير المرفق العام في مواجهة المفوض له، كما يمكن اعتبار هذا الحق التزاما لفائدة مستعملو المرفق وذلك لضمان تحقيق الأهداف المرجوة من إبرام اتفاقية التفويض لا سيما ضمان تقديم خدمة عامة تنماشى ومتطلباتهم المتطورة، وذلك باستعمال مجموعة من الآليات مقررة بموجب القانون.

فلسلطة المفوضة الحق في متابعة تنفيذ الاتفاقية من خلال ممارسة المراقبة الميدانية للمرفق العام محل التفويض، ومراقبة كل الوثائق المتعلقة بذلك، وكذلك التقارير السداسية التي يعدها المفوض له³¹، ومن حقها كذلك، الحصول على تقارير دورية من طرف المفوض له، وفقا للكيفيات والأجال المحددة بموجب الاتفاقية³².

كما يستوجب على السلطة المفوضة بعقد اجتماع واحد على الأقل، كل ثلاثة أشهر مع المفوض له، لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام، وينتهي الاجتماع

²⁹ المادة 21 من نفس المرسوم التنفيذي.

³⁰ المادة 17 من نفس المرسوم التنفيذي.

³¹ المادة 82 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

³² الفقرة الثانية من المادة 82 من نفس المرسوم التنفيذي.

بإعداد تقرير شامل يرسل إلى السلطة الوصية عند الاقتضاء³³، ويعتبر هذا الإجراء شكلاً من أشكال الرقابة البعدية لتفويضات المرفق العام.

وقد حدد المشرع الجزائري مستويات ودرجات رقابة السلطة المفوضة، فتكون الرقابة على التسيير والخدمات ويتم تحديدها حسب حجم الخدمات التي يتولاها المفوض له، قصد الحفاظ على مبادئ تسيير المرفق العام ويكون على مستويين، المستوى الأول، حق السلطة المفوضة ممارسة رقابة كلية لأنها تحتفظ بإدارة المرفق كما هو الحال بالنسبة لشكل الوكالة المحفزة وشكل التسيير، أما المستوى الثاني وهي ممارستها رقابة جزئية على المرفق العام لان المفوض له هو الذي يقوم بتسييره وإدارته³⁴ كما هو الحال بالنسبة للامتياز والإيجار.

- حق السلطة المفوضة في تعديل الاتفاقية بإرادتها المنفردة:

بحكم مقتضيات ومتطلبات المرفق العام، يقوم حق السلطة المفوضة في تعديل اتفاقية تفويض المرفق العام إرادتها المنفردة، دون الحاجة إلى موافقة المفوض له، بالشكل الذي يزيد من التزاماته أو ينقصها دون المساس بمضمون الاتفاقية ولا بالالتزامات المالية التي تتضمنها، ويعد هذا من مهام ممارستها لامتيازات السلطة العامة³⁵.

- حق السلطة المفوضة في توقيع الجزاءات:

إن الهدف من توقيع الجزاءات على المفوض له هو لضمان استمرارية سير المرفق العام، وليس لتعويض السلطة المفوضة عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بها³⁶، وتتعدد هذه الجزاءات في حق المفوض له ما إذا أخل بالتزاماته وفق ما تنص عليه الاتفاقية، غير أنه قبل لجوء السلطة المفوضة إلى توقيع تلك الجزاءات المتمثلة في الغرامات، تلتزم أن توجه إعدارين له، لتدارك النقائص المسجلة في الأجل المحددة، وعند انقضاء هذه الأجل تطبق السلطة المفوضة الغرامات المنصوص عليها في الاتفاقية وفي حالة ما إذا استمر المفوض له في الإخلال بالتزاماته، يمكن للسلطة المفوضة اللجوء إلى فسخ الاتفاقية بإرادتها المنفردة دون تعويض المفوض له تطبيقاً لنص المادة 62 من تنظيم تفويضات المرفق العام³⁷.

- التزام السلطة المفوضة بالمحافظة على التوازن المالي في اتفاقية التفويض:

من المبادئ التي تحكم العقود الإدارية، حق ضمان التوازن المالي للعقد، خاصة وأن المقابل المالي الذي يمكن أن يتحصل عليه المفوض له عند تنفيذه للمرفق العام، غير قابل للتغيير، فعلى السلطة المفوضة التدخل عند الاقتضاء للحفاظ على الحقوق المالية للمفوض له، من خلال ضمان أن تكون مستحقته متوازنة مع نفقاته وأعبائه. ويعد من مصلحتها المحافظة على التوازن المالي في اتفاقية تفويض المرفق العام وضرورة بقائه قائماً طوال مدة التنفيذ، وذلك لأنه يضمن تغطية نفقات الاستغلال، وإلا تعرض المرفق إلى خطر التوقف وعدم الاستمرارية، إلا أنه يمكن أن تحصل أثناء تنفيذ الاتفاقية ظروف طارئة

33 المادة 83 من نفس المرسوم التنفيذي.

34 المادة 51 من نفس المرسوم التنفيذي.

35 لباد ناصر، القانون الإداري - النشاط الإداري، الجزء الثاني، الجزائر، 2004، ص 440.

36 ماجد راغب الحلو، القانون الإداري - ذاتية القانون الإداري، المركزية واللامركزية، الأموال العامة للموظف العام، المرافق العامة، الضبط الإداري، السلطة التقديرية، التنفيذ المباشر، نزع الملكية للمنفعة العامة، التحكيم الإداري، الحجز الإداري - مصر، 2003، ص 496.

37 في هذه الحالة يمكن للمفوض له الذي يحتج على قرار الفسخ أن يقدم طعناً لدى لجنة التسوية الودية للنزاعات المذكورة في المادة 71 في أجل لا يتعدى 10 أيام، ابتداء من تاريخ استلام قرار الفسخ الذي تم تبليغه إياه، وتدرس لجنة التسوية الودية للنزاعات ملف الطعن وتتخذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى 20 يوماً ابتداء من تاريخ استلام الطعن. أنظر المادة 63 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام.

أو تتخذ السلطة المفوضة إجراءات من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي مما يهدد استمرارية تسيير المرفق، ويحمل السلطة المفوضة على التدخل لإعادة هذا التوازن³⁸.

هذا يعني أن حدوث الاختلال في التوازن المالي، يرجع إلى إمكانية تعرض المفوض له إلى أحداث غير متوقعة وغير منصوص عليها في الاتفاقية، مما يؤدي إلى الزيادة في الأعباء، تجعل تنفيذ الاتفاقية تكاليف باهظة الثمن، تتدخل السلطة المفوضة لتعويض المفوض له وإرجاع التوازن المالي للعقد من جديد، حتى وإن لم ترتكب أي خطأ، بل افتراض حسن النية وكذلك مقتضيات المصلحة العامة، لضمان حسن تسيير المرفق العام وهذا ما تؤكد المادة 56 في فقرتها ما قبل الأخيرة التي تنص على ".... وفي حالة العجز، تعوض السلطة المفوضة المسير بأجر جزافي.....".

ثانياً: حقوق والتزامات المفوض له

- الحق في الحصول على المقابل المالي:

إن الحق في الحصول على المقابل المالي هو الهدف من جهة المفوض له في إبرام الاتفاقية، لتحقيق كسب مادي خاصة إذا كان المفوض له شخص من أشخاص القانون الخاص، ويكون متفق عليه في مضمون الاتفاقية، بحيث يكون مرتبط بنتائج استغلال المرفق العام³⁹، ويكون على شكل تعريفات أو إتاوات يتحصل عليها من المنتفعين والسلطة المفوضة حسب شكل التفويض المعتمد⁴⁰، بمعنى إذا كان استغلال المرفق العام باسم المفوض له وتحت مسؤوليته فإنه يتحصل على المقابل المالي من المنتفعين من خدمة المرفق العام كما في عقد الامتياز وعقد الإيجار، أما إذا كان الاستغلال لحساب السلطة المفوضة، وتكون هي الممول لإقامته ففي هذه الحالة يتلقى المفوض له المقابل المالي من السلطة المفوضة كعقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير. وتكون هذه التعريفات محلاً للتفاوض بين السلطة المفوضة والمترشح للتفويض حسب المادة 40 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام المذكور سابقاً.

- الحق في التعويضات:

حسب المادة 64 من تنظيم تفويضات المرفق العام، فيحق للمفوض له الحصول على تعويض من السلطة المفوضة في حالة ما إذا لجأت إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام عند الاقتضاء بإرادتها المنفردة، بهدف ضمان استمرارية المرفق والحفاظ على الصالح العام، وتقوم السلطة المفوضة بتحديد التعويض لصالح المفوض له طبقاً لبند الاتفاقية.

- الالتزام بتسيير واستغلال المرفق العام:

يلتزم المفوض له باستغلال المرفق العام محل اتفاقية التفويض بنفسه، وأن يتحمل مسؤولية استغلاله، وبذلك فالمفوض له مسؤول عن تنفيذ المرفق العام شخصياً، وضمان التسيير الفعال والمستمر للمرفق ومعايير الجودة والنجاحة في الخدمة العمومية، ومن الآثار التي تنتج عن الاعتبار الشخصي في اتفاقية

³⁸ مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة – الامتياز، الشركات المختلطة، BOT، تفويض المرفق العام- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص ص. 371-372.

³⁹ يعد من أهم الأسس التي تقوم عليها عملية تفويض المرفق العام، بحيث أكد الاجتهاد القضائي الفرنسي على ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بنتائج استغلال المرفق العام، بمعنى أن المقابل المالي يجب أن يعكس تحمل المفوض له لمخاطر الاستغلال التي تنتج عن تسييره للمرفق العام على نفقته ومسؤوليته، وهذا لا يعني أنه يجب أن يكون مصدر المقابل المالي من مستعملو المرفق محل التفويض، بل يمكن أن تكون مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال كأن تقدمه السلطة المفوضة.

⁴⁰ المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

التفويض، أنه لا يجوز التنازل عن تسيير واستغلال المرفق العام للغير، بمعنى آخر عدم إمكانية المفوض له الاستفادة من تفويض المرفق العام، أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر⁴¹، غير أنه إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير، يمكن للمفوض له اللجوء إلى مناول⁴² جزء من المرفق العام المفوض، لكن بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة، كما لا يمكن اللجوء إلى مناول كل المرفق يعني التنازل الكلي. كما يلتزم أيضا بالخضوع والمثول إلى رقابة السلطة المفوضة عند تنفيذ بنود الاتفاقية، بالإضافة إلى التزامه بعدم استعمال ممتلكات المرفق العام لأغراض شخصية أو لأغراض أخرى غير متعلقة بتنفيذ المرفق العام، سواء تلك التي أنجزها أو اقتناها بنفسه و تلك التي أنجزتها أو اقتنتها السلطة المفوضة⁴³، وفي حالة الاستعمال غير العقلاني أو تعسفي لهذه الممتلكات من قبل المفوض له، يلتزم هذا الأخير بتعويض السلطة المفوضة وفقا لبنود الاتفاقية⁴⁴.

- الالتزام باحترام المبادئ الأساسية للمرفق العام:

يلتزم المفوض له بتطبيق لنص المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي تحيلنا بدورها للمادة 5 من نفس المرسوم الرئاسي، باحترام المبادئ التي تحكم المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، لاسيما مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف، تطبيقا لهذه المادة يلتزم المفوض له عند قيامه بتسيير المرفق العام:

باتخاذ كل التدابير اللازمة لمواجهة حالات الطوارئ التي من شأنها إعاقة مبدأ الاستمرارية، كحالة الإضراب مثلا فرغم كونه حقا دستوريا إلا أنه يمكن أن يؤدي إلى أضرار، لذلك يجب على المفوض له ضمان الحد الأدنى لتقديم الخدمة المرتبطة بالمرفق العام، لكن في حالة الإهمال والمساس بالمبدأ تقوم مسؤولية المفوض له، وحق المنتفعين في المطالبة القضائية لإبطال أي تصرف مخالف للمبدأ، أو المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن ذلك والتي مست بمبدأ الاستمرارية، والأکید تغليب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة، ما إذا كان هناك تضارب بينهما، مما تؤدي إلى تحمل المفوض له الخسائر التي لم تكن متوقعة عند تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام.

نفس الشيء بالنسبة لاحترام مبدأ التكيف، بحيث يلتزم المفوض له باتخاذ جميع التدابير الضرورية لتكييف المرفق العام مع موضوع التفويض في إطار تحقيق المصلحة العامة، مع عدم الأخذ بعين الاعتبار مصالحه الشخصية، كما يلتزم بالامتثال والخضوع لسلطة الإدارة مانحة التفويض، إذا ما قامت بعمليات الإلغاء أو التعديل بإرادتها المنفردة إذا اقتضى مبدأ التكيف ذلك.

الالتزام بتحقيق المساواة في تقديم الخدمة للمنتفعين، ولا يقصد بالمساواة في هذا المقام، تحقيق المنفعة للمنتفعين بشكل متشابه على الإطلاق، وإنما الانتفاع وفق الشروط التي يضعها القانون، بمعنى المساواة

41 المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

42 يقصد بالمناولة في مفهوم المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام، الإجراء الذي يعهد من خلاله المفوض له لشخص آخر طبيعي أو معنوي يدعى "المناول" تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له، شريطة أن يتضمن هذا الجزء من الاتفاقية إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام أو لسيره، وذلك في حدود 40 بالمائة من اتفاقية تفويض المرفق العام، وفقا للمادة 60 من نفس المرسوم التنفيذي. ويكون محل المناولة هو إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات من طرف مناوّل أو عدة مناوّلين الذين تم اختيارهم بعد الموافقة المسبقة من السلطة المفوضة، حسب درجة تعقيدها، ويبقى المفوض له المسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة، عن تنفيذ الجزء من الاتفاقية، كما لا يمكن اللجوء إلى المناولة إلا إذا نصت اتفاقية تفويض المرفق العام صراحة على ذلك، وفقا للمادة 61 من نفس المرسوم التنفيذي.

43 المادة 68 من نفس المرسوم التنفيذي.

44 المادة 69 من نفس المرسوم التنفيذي.

في تطبيق القانون بخصوص تقديم الخدمة العمومية وهذا يبرر التباين في تقديم هذه الخدمات ودرجاتها بالنظر إلى تغير المكان أو نوع الخدمة أو غيرها.

المطلب الثاني: مضمون الاتفاقية لتحقيق الاستثمارات الخاصة

إن مضمون الاتفاقية لتحقيق الاستثمارات الخاصة يتعلق بشقها الاقتصادي، فهي عناصر ذات طبيعة اقتصادية مرتبطة فيما بينها وتحكمها علاقة تناسبية، فالجهة المكلفة بتمويل المشاريع العامة تختلف من شكل تفويض إلى آخر وبذلك تختلف طريقة التسيير وطبيعة المقابل المالي. المفوض له لما يتدخل في العلاقة القانونية لتسيير المرفق العام، حتى وإن كانت مهامه هي ضمان تقديم خدمة عامة و ضمان تطويرها وجودتها إلى أن الدافع لإبرامه العقد هو دافع اقتصادي بحت وهو الحصول على الأرباح،

الفرع الأول: من حيث تمويل المشروع العام واستثماره

يقوم امتياز المرفق العام على تمويل كلي من طرف المفوض له، الذي يتولى عملية استغلاله فقط أو انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله باسمه وتحت مسؤوليته⁴⁵، لمدة لا تتعدى 30 سنة⁴⁶، بالشكل التي يمكن خلالها تغطية كل ما أنفقه على استغلال المرفق العام، أما بالنسبة لإيجار المرفق العام، فالمفوض له يتولى تسييره أو تسييره وصيانته، لمدة أقصاها 15 سنوات⁴⁷، مقابل إتاوة سنوية يدفعها للسلطة المفوضة، يتصرف لحسابه وعلى مسؤوليته ولا دخل للسلطة المفوضة في تمويله، فمن خلال هذين الشكلين المفوض له يمارس مهامه بكل استقلالية عن السلطة المفوضة.

الوكالة المحفزة، يكون محلها تسيير وصيانة المرفق العام الذي تموله السلطة المفوضة وتقوم بنفسها بإدارته لمدة 10 سنوات كحد أقصى⁴⁸، وبالتالي فهي تمارس رقابة كلية على عملية تسييره خاصة وأن المفوض له يعمل لحسابها و شكل التسيير يقوم على عملية التسيير لمدة أقصاها 5 سنوات⁴⁹ لصالح السلطة المفوضة، المفوض له لا يتحمل أي خطر لأن السلطة المفوضة هي التي تقوم بتمويله.

الفرع الثاني: من حيث طبيعة المقابل المالي

يتقاضى المفوض له مقابله المالي في عقد الامتياز من طرف مستعملو المرفق مباشرة، فهو يحصلها لنفسه والسلطة المفوضة لا تتدخل إلا لممارسة رقابة لضمان سير المرفق العام. وبذلك مجموع التعريفات التي يحصلها تعتبر استثمارات خاصة به. ويتقاضى أيضا المفوض له مقابله المالي مباشرة من مستعملو المرفق ، ومجموعها يشكل استثمارا خاصا به.

أما بالنسبة للمقابل المالي في الوكالة المحفزة، فالمفوض له لا يحصله من طرف المنتفعين من المرفق ، وإنما يقوم بتحصيلها لصالح السلطة المفوضة التي تقوم بإعطائه منحة متغيرة بتغير نسبة تحقيق رقم الأعمال ومنحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء، فهنا السلطة المفوضة من خلال طبيعة المقابل المالي تعمل على تحفيز المفوض له لكي يحقق مردودية، فيكون هنا اشتراك في تقسيم استثمارات المحفزة وهذا ما هو إلا تجسيد لنظام الشراكة بين العام والخاص، ونفس المبدأ بالنسبة لشكل التسيير الذي يعد شكل

45 المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

46 المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مرجع سابق.

47 المادة 54 من نفس المرسوم التنفيذي.

48 المادة 55 من نفس المرسوم التنفيذي.

49 المادة 56 من نفس المرسوم التنفيذي.

بسيط جدا بالمقارنة بالأشكال الأخرى لكن يحقق مردودية محفزة، ويتم الاشتراك في الاستثمارات بنسب متفاوتة بين السلطة المفوضة والمفوض له.

خاتمة:

تستعمل الدولة اتفاقية تفويض المرفق العام كآلية لتمويل المشاريع العامة من طرف شخص آخر من شأنه أمن يتحمل أيضا مسؤولية التسيير والمخاطر التي يمكن أن تنجم عنه. لكن رغم ذلك لا يمكن الجزم بأن الدولة تريد تجسيد علاقة قانونية تقوم على مبدأ رابح رابح، لكن الأكيد أنها تريد أن تستثمر في تسيير المرافق العامة، فهي لم تكتف بالحاجة إلى تخفيف الأعباء العامة على الجهات المحلية في استغلال المرافق العامة، ولم تكتف أيضا بالنهوض بالمرافق المهمة ومنحها للخوادم لتنفيذها، وإنما تسعى جاهدة باستعمال اتفاقية تفويض المرفق العام وما تتضمنها كآلية لتجسيد الشراكة بين القطاع العام والخاص، بحكم ما تتضمنه من بنود مرنة بل أكثر من ذلك محفزة وتحقيق التوازن بين حاجات السلطة المفوضة وحاجات المفوض له.