



جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الحماية القانونية لقواعد المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر LMD في الحقوق
تخصص القانون الاداري

إشراف الدكتور:

د. رقرقي محمد زكرياء

إعداد الطالب:

لخاش عبدالقادر

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا
مشرفا و مقرا
مناقشا

بن علي عبد الحميد
رقرقي محمد زكرياء
حمادو دحمان

الدكتور:
الدكتور:
الدكتور

السنة الجامعية : 2018/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون وستردون إلى

عالم الغيب والشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون "

صدق الله العظيم

سورة التوبة الاية 105

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي الكريمين،

إلى أخواتي الأعزاء،

إلى زوجتي وجميع أفراد عائلتها الكريمة،

إلى كل من علمني علما، ينتفع به وكل أعضاء هيئة التدريس

بكلية الحقوق والعلوم السياسية،

إلى كل أفراد العائلة كبيرهم وصغيرهم،

إلى زملائي في العمل ،

إلى جميع الأصدقاء والأحباب،

إلى زملائي في الدفعة،

وإلى كل من ساعدني في انجاز هذا العمل.

لحاش عبدالقادر

كلمة شكر

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه

ملء السموات والأرض، وملء ما شاء من شيء بعد

اعترافا بالفضل، أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور رراقي

مُحَمَّد زكرياء شاكر له إشرافه على هذا العمل، وعنايته ونصحه طيلة فترة انجازه

كما أتقدم بالشكر الخاص للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة

فليجدوا في هذا المقام خالص الامتنان والعرفان

ولا انسي شكر كل من شجعني خلال فترة انجاز البحث،

وعلى رأسهم إخواني وزملائي في العمل

وكذا جميع أعضاء الأسرة الجامعية

بكلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة

سعيدة

لحاش عبدالقادر

قائمة أهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر. الجريدة الرسمية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

د.س.ن. دون سنة النشر

ص. صفحة

ص.ص. من صفحة إلى صفحة

ط. الطبعة

ثانيا: باللغة الفرنسية

CJCE Cour de justice des communautés

européennes **N** Numéro

OP.CIT Référence précédemment citée

P Page

مقدمة

تعتبر المرافق العامة العصب الأساسي التي تظهر من خلاله درجة تطور الدولة، وقد تم تفعيل دور الخواص في هذا المجال عن طريق تعاقد الدولة معهم، لأجل إشراكهم في تسيير واستغلال وإدارة هذه المرافق لتحسين وتطوير الخدمة العمومية، ولا يتم فتح المجال للمبادرة الخاصة في أي قطاع إلا بتكريس مبدأ حرية المنافسة فيه، ويتم ذلك في مجال العقود الإدارية من خلال وضع نظام قانوني، ينظم العلاقة التعاقدية بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص وفقا لقواعد للمنافسة.

وترجع الأهمية التي تحوزها حرية المنافسة في المجالات الاقتصادية، في تأثيرها إيجابيا على الاقتصاد بشكل عام، من خلال إنعاش الحياة الاقتصادية، وتشغيل الأيدي العاملة وضمان مصالح الدولة، والحفاظ على المال العام، مع دورها أيضا في مجال تطوير البحث العلمي والدراسات المتعلقة بالمشاريع الإنشائية والخدمية، وتحقيق العدالة بين الأشخاص المتمين لمهنة واحدة أو نوع نشاط واحد.

وتعتبر المنافسة قيمة حقوقية مرادفة لحرية المبادرة الخاصة التي تضمن الدستور الجزائري الحق في ممارستها ، طبقا لمقتضيات الفصل الرابع من الباب الأول منه وذلك على أساس أن حق الخواص في مزاوله أنشطتهم كفاعلين اقتصاديين، لا تقوم له قائمة على أرض الواقع، إلا إذا كانت شروط المنافسة من أجل ولوج أسواق المعاملات الاقتصادية المؤطرة بضمانات قانونية ناجحة، وتعتبر تفويضات المرافق العامة مجالات لهذه الأسواق، وهذا ما تم تكسيه في النص الجديد المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، المرسوم الرئاسي 247/15¹ الذي حمل في طياته تعديلات جوهرية، ذات أثر اقتصادي والمالي، بخلفيات الاجتماعية لذلك أضحى من الضروري البحث عن مدى تأثير طرق التسيير في صورها الجديدة

¹ المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج.ر. العدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

على مرد ودية المرافق العامة، بشكل من شأنه المحافظة على المال العام وحماية المصلحة العامة، في مقابل ترقية حقوق المتعاملين الاقتصاديين راغبين في دخول تسيير العمومي.

وبالتالي فإن النظام القانوني الحالي للتفويض المرافق العامة، رغم حداثة يمكن أن يكون موضوع العديد من التساؤلات، فيما يخص قدرته على الاستجابة لانشغالات وفعالية هذا النمط من التسيير، إذ تلعب حرية المنافسة نظريا دور الكاشف الأساس للتوازن الاقتصادي المثالي، وهو ما يفسر أهمية التركيز على إشكالية مرحلة منح التفويض التي تحدد الاقتصاد العام للعقد، و تسيير المستقبلي له، فالقواعد المنظمة لهذا النوع من العقود يجب عليها أن توافق بين أمرين هما:

- منح الشخص العام نوعا من الحرية في تسيير المرافق العامة، واحتراما لمقتضيات المتعلقة بمجال المنافسة خصوصا، وأن المرفق العام لم يعد يعرف بالرجوع فقط إلى طبيعة الهيئة المكلفة بتسيير نشاط ومنفعة عامة، بل يتطلب قبوله تحديد الهدف المتوخى، بغض النظر على الطبيعة القانونية للشخص العام أو الخاص المكلف بأدائه.

- أن تنظيم المنافسة في مجال عقود التفويض، لا يهدف فحسب إلى ترسيخ المساواة بين الفاعلين الاقتصاديين، أمام فرص ظفر بها بل هو أيضا وسيلة لضمان شفافية إبرام عقود التفويض.

وعليه تتضح أهمية مبدأ حرية المنافسة، والذي يعتبر من أهم مبادئ التي تحكم تفويض المرفق العام، كونه يكفل لكل من تتوفر فيها شروط عقود تفويض، أن يتقدم بغرض المشاركة فيها، ويحكمه نوعين من مبررات وأسس الفلسفية وهي:

- فكرة الحرية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة.

• وقوف الإدارة موقف الحياد إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطاتها تقديرية لتقرير

فئات المتنافسين التي تدعوها.

وفي هذا الإطار سعى المشرع الجزائري، إلى تكريس عدة آليات قانونية تهدف لحماية المنافسة، حيث أشار في المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 إلى المبادئ التي جاءت في المادة 05 منه، والتي أسست لمنافسة حقيقية وفعالة بنصها على أنه "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

وفي هذا المسعى عمل المرسوم التنفيذي 199/18² من خلال إقراره للمبادئ العامة، التي تحكم تفويض المرفق العام، على توفير الحماية للمنافسة عبر مختلف المراحل اتفاقية تفويض المرفق العام، وخصوصا مناسبة التحضير لها وإبرامها تكريسا لمبدأ حياد الإدارة وحرية المنافسة، والتي تكون الإدارة المفوضة على اختلافها غير حرة في اختيار المتعاقد معها، بل يتعين أن تسلك سبلا محددة وتتبع الإجراءات المبينة قانونا لحماية المصلحة العامة والمال العام، وتكريسا لمبدأ المنافسة وفقا لمعايير الجودة ونجاعة الخدمة العمومية.

ومراعاة الجوانب الأنف ذكرها تتضح أهمية هذا البحث، حيث تتجسد أهمية من خلال تناوله بالدراسة والتحليل، السبل الكفيلة لضمان تحقيق المنافسة المطلوبة في مجال تفويضات المرفق العام، سواء المتوفرة في تنظيم أو تلك التي تم إقرارها حديثا، وعليه من البداية أن تكون المستجدات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحماية المنافسة في هذا المجال، وبالتالي فإن مصدر تكوين هذا البحث، هو تحليل الوضع

² المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بالتفويض المرفق العام، ج، ر، العدد 48 بتاريخ 05 أوت 2018.

الجديد للضمانات القانونية المؤطرة لحق المترشحين لنيل اتفاقية تفويض المرفق العام في المساواة والتنافس الحر.

على مقتضى ما تمت الإشارة إليه، فإن هذا البحث يسعى إلى تحقيق هدف أساسي وهو:

رصد وتحليل الضمانات القانونية الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية المؤطرة لممارسة حرية المنافسة في مجال تفويضات المرفق العام، ولا يتم ذلك إلا بتسليط الضوء على آلية التفويض المرفق العام في ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي 199/18 من حيث، البحث عن مفهومها، أنواعها، تم تحديد مسؤوليات أطرافه، وتبيان وتوضيح حقوق المتعاملين الاقتصاديين في نيل عقود تفويضات المرفق العام.

جاء اختيارنا لموضوع الحماية القانونية لقواعد المنافسة في تفويضات المرفق العام، نظرا للدور المهم الذي تؤديه حرية المنافسة في معظم النشاطات الاقتصادية بوجه عام، وفي مجال تفويضات المرفق العام بشكل خاص، وذلك لكون قواعد المنافسة تؤدي دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد، وتحد من النزاعات في المستقبل، ولكون الموضوع لم يوله الباحثون في الجزائر ما يستحق من الدراسة، رغم أهميته، ولعل ذلك راجع لتأثر النصوص القانونية المتعلقة به ما بين تنظيم الصفقات العمومية ونصوص أخرى، خصوصا قانون المنافسة هذا الأخير الذي تم إدخال قواعده في الصفقات العمومية بموجب القانون 12/08.

تأسيسا كل ما سلف فإن معظم التساؤلات المراد تحليلها، في هذا المقام موصولة بالإشكالية العامة التالية: هل توفر الضمانات القانونية المجسدة في النصوص التشريعية ما يكفي من الحماية لضمان منافسة شريفة ونزيهة في مجال إبرام عقد تفويض المرفق العام؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية العديد من التساؤلات القانونية مفادها:

● ما مدى فعالية كفاءات تفويض المرافق العامة، وموازنتها بين تحديد القطاع العام وحماية المصلحة العامة من جهة، وتوسيع حقوق المتعاملين الاقتصاديين في الترشح لنيل هذا النوع من العقود من جهة أخرى؟.


● ما هو مظهر حماية قواعد المنافسة في تنظيم تفويضات المرفق العام؟ وما هي الحدود التي وضعها المشرع للحد من التطبيق المطلق لمبدأ المنافسة في هذا المجال؟.

سوف نعتمد في معالجة إشكالية هذا البحث المنهج التحليلي نظرا لأهميته وملائمة استخدامه في مجال الدراسات القانونية، خصوصا من خلال تسليط الضوء على النصوص القانونية المتعلقة بحماية المنافسة في تفويضات المرفق العام، وتحليلها، مع الرجوع عند اللزوم إلى التطور التاريخي وذلك بالمقارنة ما بين النصوص السابقة مع الحالية، باعتبار أن الإطار التشريعي المرن والمتحرك عرف تطور لارتباطه بالمجال الاقتصادي. إن الباحث ليواجه في هذا الموضوع صعوبة معتبرة، بسبب قلة ما تم تحريره من مراجع في العقود الإدارية، بصفة عامة والمنافسة في تفويضات المرفق العام بصفة خاصة، فالمجتمع يجد أن ما يتعلق بمجال حماية المنافسة في تفويضات المرفق العام، يكاد يكون منعزلا.

وسعيا إلى تحقيق أهداف هذه الدراسة، والإحاطة بأكبر قدر ممكن من عناصر الإجابة تم تقسيم البحث إلى فصلين:

● نتطرق في أولهما للإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام، والذي يقوم أساسا على الأحكام الواردة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، باعتباره المرجع الأساسي (المبحث الأول)، هذا زيادة إلى المنافسة في نيل عقود تفويض المرفق العام (المبحث الثاني).

- أما الفصل الثاني قابلية الأمر 03/03 المتضمن قانون المنافسة للتطبيق في مجال تفويضات المرفق العام، سواء إلى امتداد قانون المنافسة إلى تفويضات المرفق العام (المبحث الأول) أو صور بعض الممارسات المنافية للمنافسة عند إبرام عقد تفويضات المرافق العامة (المبحث الثاني)



الفصل الأول:
الإطار القانوني لعقود
تفويض المرفق العام

سبق القول إن مرافق العامة أنواع، ولهذا كان من الطبيعي أن تتباين طرق إدارتها، فما صلح لمرفق لا يصلح بالضرورة لآخر، كما أن المرافق تختلف من حيث صلة نشاطهما بالجانب السيادي للدولة، فطبيعة مرافق الأمن، وكذلك الدفاع، والقضاء، والضرائب، تفرض أن تسير من قبل الدولة مباشرة، فلا نتصور أن تعهد به إلى أشخاص القانون الخاص لإدارته لما في ذلك من خطورة كبيرة، قد تهمز كيان الدولة، وهذا خلافا للمرافق أخرى، فلا مضرة من أن تعهد إدارتها لأفراد أو لشركات¹، مثل ما هو الحال بالنسبة للاستغلال آبار البترول أو استغلال الكهرباء أو الغاز أو استغلال الموانئ وغيرها، شريطة أن يتم ذلك بالكيفية والحدود التي بينهما القانون، لذلك على الدولة أن تتخلى في هذا الإطار المحدود عن تسيير بعض المرافق العمومية، خاصة التي تكتسي طابعا تجاريا وصناعيا، والتي يمكن أن تكون محلا للمنافسة لتجنب كل ما يحمله التسيير العمومي من نقائص، ويكون التخلي عن تسيير هذه المرافق في إطار قانوني، يعرف بتفويض المرفق العام²، و هو من الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العمومية، وتأسيسا على ما تقدم نقترح في هذا الفصل مبحثين أساسيان:

✓ المبحث الأول: ماهية عقد تفويض المرفق العام.

✓ المبحث الثاني: إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام.

¹ أعمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، السنة 2007، ص 348 - 349.

² سبع عبدالرحمان، تفويض المرفق العام في ظل القانون 247/15، مذكرة نيل شهادة الماستر حقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الموسم الجامعي 2016/2017، ص4.

المبحث الأول: ماهية عقد تفويض المرفق العام

إن عقود تفويض المرافق العامة تشكل طائفة من العقود الإدارية، التي تسند إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو العام، عبئ الاضطلاع بإدارة المرفق العام، والتي يكون موضوعها أن يعهد باستغلال المرفق إلى مشروع مستقل عن الشخص العام المسئول عن المرفق، فالتفويض يعتبر أحد الطرق الحديثة لإدارة المرافق العامة، بين السلطات العمومية والقطاع الخاص.¹

المطلب الأول: مفهوم عقد تفويض المرفق العام

إن عملية تفويض المرفق العام لا تقود إلى خصخصة المرافق العامة، بل إن الإدارة تحتفظ بسيادتها عليه، وكل ما في الأمر أن المفوض له يدير هذا المرفق، ويستغله لفترة زمنية محدودة بدلا من الإدارة العامة، أو من أجل الإحاطة بتعريف عقد تفويض المرفق العام وتبسيط مضمونه هناك مجموعة من التعاريف التي قدمت لعقد تفويض المرفق العام (الفرع الأول) تم خصائص عقد تفويض المرفق العام (الفرع الثاني) دون الإهمال أطراف عقد التفويض (الفرع الثالث) ونطاق تفويض هذا المرفق (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف عقد تفويض المرفق العام:

يعتبر عقد تفويض المرفق العام أسلوب جديد، وذلك باشتراك الخواص بتسيير المرافق العامة، فقد وردت عدة تعاريف على هذا العقد، نجد منها التعاريف الفقهية، التعارف في القانون المقارن وكذلك تعريف المشرع الجزائري.

أولاً: التعريف الفقهي

لقد حاول العديد من الفقهاء والأساتذة تعريف اتفاقية تفويض المرافق العامة نذكر منها:

¹ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2001 ص 139.

تعريف الأستاذ D.roug، "تفويض المرفق العام هو عقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص، يقوم على الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفقا عاما وهو بالتالي يأخذ عدة أشكال هي من صنع الاجتهاد: الامتياز، إدارة غير مباشرة، إدارة المرفق العام".

أما الفقيهان D. LAURENT و D. ROUSSEFT عرفا هذه التقنية بأنها: "عقد مسمى أو غير مسمى تقوم من خلاله الجماعة العامة المحلية بالنقل لشخص قانوني مستقل لإدارة نشاط ذو منفعة عامة محلية يدخل ضمن صلاحيتها ويقع عليها مهمة تحقيقه".

كما عرفا الفقيهان RIVER و WALINE تقنية التفويض بأنها "اتفاقية تعهد إلى متعاقد مع الإدارة بتنفيذ المرفق العام".¹

تعرف الأستاذة AMEL AOUIJ MRAD تفويض المرفق العام بأنه "العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات والمهام الضرورية لتسيير المرفق العام، واستغلاله لأشخاص من القانون الخاص".²

¹ وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، بيروت، 2009، ص.ص: 58، 59.

² ضريفي نادية، المرجع السابق، ص 129.

La Délégation de service public est : « Un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité a un délégataire public ou privée dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation² du service, le délégataire peut-être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». voyes "La loi Murcef du 11 décembre 2001, mesurant un alinéa supplémentaire dans la loi Sapin N933-122 du janvier 1992

ثانيا: التعريف التشريعي

لقد طرحت العديد من التعريفات التشريعات لعقد تفويض المرفق العام، نجد منها تعريف المشرع

الفرنسي (1) وكذا المغربي (2) المشرع الجزائري (3).

1- تعريف المشرع الفرنسي

لقد عرف المشرع الفرنسي عقد تفويض المرفق العام في المادة الثانية من القانون رقم 116-2001

الصادر في 11 ديسمبر 2001¹، وذلك بالطريقة التي تنسجم مع المبادئ التي أتى بها قانون سابان

(SAPIN) "عقد بموجبه يعهد شخص معنوي من القانون العام تسيير مرفق عمومي يكون مسئولا عنه

لمفوض ضمن القانون العام أو الخاص ويكون المقابل المالي فيه مرتبط بصفة جوهرية بنتائج الاستغلال كما

يمكن أن يلزم المفوض إليه بناء المنشآت أو توفير اللوازم الضرورية للمرفق".

2- تعريف المشرع المغربي :

بخصوص المشرع المغربي فقد عرفت المادة الثانية من القانون رقم 54-05 عقد تفويض المرفق العام

كما يلي: "يعتبر التدبير المفوض عقدا بموجبة يفوض شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى المفوض

لمدة محددة، تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى

المفوض إليه، يخول له حق تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هاما² "

¹ La loi murcef du 11 décembre 2001 .insérant un alinéa supplémentaire dans la loi sapin n93-122 de janvier1993

² قانون رقم 54-05 صادر بتاريخ 14 فيفري 2006، يتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة ج.ر، المغربية. 5404 عدد الصادرة في تاريخ 16 مارس 2006.

3- تعريف المشرع الجزائري:

استعمل المشرع الجزائري لأول مرة مصطلح التفويض في قانوني البلدية والولاية، لسنة 1990 وذلك من خلال المادة 138 من قانون البلدية الملغى، التي نصت على إمكانية تفويض بعض المرافق العمومية المحلية، كإجراء استثنائي بحيث يتم تسييرها بموجب التسيير المباشر، أو عن طريق الامتياز، وفي الحالة عدم نجاح الأسلوبين، يمكن أن تلجأ إلى عملية التفويض، ثم تم النص عليه في القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه أين عرفه في المادة¹ 104 بحيث "يمكن للإدارة المكلفة بالموارد المائية أن تفوض تسيير نشاطات الخدمات العمومية للماء والتطهير كلاً أو جزءاً للمتعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية وضمائمات مالية كافية".

كما يمكن صاحب الامتياز أن يفوض كلاً أو جزءاً من هذه النشاطات لفرع أو عدة فروع لاستغلال المنشآت لهذا الغرض.

ثم تناوله أيضاً في قانون البلدية لسنة 2011 والولاية لسنة 2012 على أنه يمكن تسيير المرافق العامة عن طريق التسيير المباشر أو عن طريق التفويض بموجب عقد وهذا ما جاءت به المادة 156 من القانون البلدية لسنة 2011.²

¹ قانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، ج ر، العدد 60 بتاريخ 04 سبتمبر 2005 المعدل والمتمم.

² قانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية ج ر، العدد 37 المؤرخ في 07 جويلية 2011.

وكذا ما نجده في المادة 149 من القانون الولاية، 2012¹ التي نصت على إمكانية استغلال المصالح العمومية عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به إلى أن صدر المرسوم الرئاسي الذي جاء بتعريف عقد تفويض المرفق العام في المادة 207²

كما عرفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي 199/18 على أنه "تحويل بعض المهام الغير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة إلى المفوض له وتقوم السلطة المفوضة التي تنصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية".

من خلال التعاريف السابقة المقدمة لعقد تفويض المرفق العام والتي تتفق، على أنها "تلك الوسيلة التي من خلالها أن يعهد شخص من القانون العام بتسيير مرفق عام عمومي بصورة كلية أو جزئية لشخص آخر يمكن أن يكون من القانون العام أو الخاص وذلك بمقابل مالي يتعلق بنتائج استغلال المرفق العام مع تحمل هذا الأخير لكافة مخاطر التسيير لمدة من الزمن".

الفرع الثاني: خصائص عقد تفويض المرفق العام

يمكن استنتاج مجموعة من الخصائص التي يتميز بها عقد تفويض المرفق العام من خلال التعاريف السابقة.

أولاً: ارتباط عقد التفويض بوجود مرفق عام

لتطبيق تفويض المرفق العام، يستلزم وجود مرفق عام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فإذا كان العقد لا ينصب على مرفق العام، لا نكون بصدد عقد التفويض مرفق عام، فوجود مرفق عام يحقق إشباع حاجة

¹ قانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 متعلق بالولاية، ج، ر، العدد 12 بتاريخ 29 فيفري 2012.

² المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له، و ذلك مالم يوجد حكم تشريعي مخالف يتم تكفل باجره المفوض له أساسه من استغلال المرفق العام".

عامة أو أداء خدمة سواء كانت هذه الحاجة معنوية كالتعليم والثقافة أو كانت الخدمة مادية كتوفير السلع التموينية¹ بحيث أكدت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ضرورة وجود مرفق عام.²

ثانياً: وجود طرفين مختلفين في عقد التفويض

يتمثل طرفي عقد المرفق العام في المفوض الذي يكون من أشخاص القانون العام، فهو شخص معنوي كالدولة، الجماعات المحلية، والمؤسسات العمومية ذات طابع الإداري أما طرف الثاني فهو المفوض له، يمكن أن يكون شخص من القانون العام أو من القانون الخاص، الذي تنتقل له عملية التسيير، وهو ما جاء به في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 18/199 سابق الذكر كما يمكن تفويض المرفق العام المنشأ أو المسير من قبل عدة أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام، في إطار تجمع.³

ثالثاً: أن ينصب عقد التفويض على استغلال المرفق العام

يعتبر استغلال المرفق العام كعنصر مهم لعقد تفويض المرفق العام، ويكون هذا الاستغلال باستعمال المفوض له سلطاته الكاملة في تسيير المرفق، دون أن يمتلكه وفقاً للغاية من إنشائه، تحت إشراف ورقابة السلطة المانحة للتفويض، كما يقتضي على المفوض له أن يتحمل مخاطر التشغيل واستغلاله للمرفق العام.⁴ وهذا ما يميز عقد تفويض المرفق العام عن عملية الخصخصة، التي تعتبر صفقة تبرمها الإدارة مع طرف آخر من القطاع الخاص، وبمقتضاها تنقل له جزئياً أو كلياً ملكية مشروع، أو شركة عامة مملوكة للدولة،

¹ قروج نوال، عمراي صارة، تفويض تسيير المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2013، ص:12.

² المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

³ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، سالف الذكر.

⁴ لشلق رزيقة، تفويض المرفق العام للخصائص، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014، ص:22.

ومن آثار هذا العقد اعتبار هذا الطرف الآخر شريكا في إدارة المشروع، بنسبة ما يملكه من رأس المال، أما في حالة نقل الملكية كلياً، فإن صلة الإدارة بالمشروع تنقطع نهائياً، وقد نظم المشرع الجزائري عملية الخوصصة في الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها من خلال ما نصت عليه المادة 13¹ منه: "يقصد بالخوصصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى الأشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية...." بينما في عقد تفويض المرفق العام، لا يكون فيها لا نقل ولا خوصصة للملكية، إنما موضوعها هو خوصصة التسيير واستغلال المرفق لمدة محددة من الزمن، دون انقطاع صلة الإدارة بالمرفق نهائياً بل تبقى لها حق الرقابة والإشراف .

ويهدف عقد تفويض المرفق العام إلى تحقيق المنفعة العامة والمصلحة العامة، بينما الخوصصة تهدف إلى تحقيق الربح.

رابعاً: ارتباط عقد التفويض بمدة زمنية

يجب أن يحدد عقد التفويض مدة معينة لتفويض المرفق، لأن مدة العقد في الإدارة أقل من مدة العقد في الامتياز، الذي يحتاج لوقت طويل لكي يستعيد رأس وتحقيق هامش من الربح².

ويجب أن تكون اتفاقية التفويض مرتبطة بمدة زمنية، لأن عملية التفويض ليست مؤبدة وهذه المدة تختلف باختلاف عقد التفويض، فقد تكون طويلة كما هو الحال، في عقد الامتياز 30 سنة وتبرير ذلك هو تمكين المفوض إليه (الملتزم) من استرداد تكاليف المنشآت والاستثمارات، التي قد أنجزها وقد تكون

¹ أمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية ونشرها وخصوصيتها ج.ر.ج عدد 47 المؤرخ في 23 أوت 2001.

² لشلق رزيقة، المرجع السابق، ص 23.

قصيرة المدة مثل عقد الإيجار، فالمفوض إليه لا يحتاج إلى مدة طويلة لأنه لم يقدّم بأي استثمار سابق بل يقوم بالاستغلال والتسيير فقط، والمشروع الجزائري في المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 لم يربط اتفاقية التفويض عند تعريفها بالمدة ولكن ربط ذلك في أحكام المرسوم التنفيذي 18/199

خامسا: ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام

يتلقى المفوض له مقابلا ماليا نتيجة استغلاله للمرفق العام، ويتم تحديده استنادا إلى نتائج الاستغلال، ويكون مصدر هذا المقابل الإتاوات التي يدفعها المنتفعون، نتيجة الاستفادة من المرفق حيث أكدت المادة 207 سالفه الذكر على هذه الخاصية، بنصها على أنه يتم التكفل بأجر المفوض له أساسية من استغلال المرفق العام، ويتم تحديدها من الإدارة المفوضة لأنها تدخل ضمن أحكام التنظيمية وقد يكون مصدر المقابل المالي من الإدارة كما هو الشأن في العقود الوكالة المحفزة وعقود التسيير، بحيث يقوم المفوض له بتسيير مرفق عمومي باسم وحساب السلطة العامة، وبالتالي الإدارة هي التي تقوم بدفع المقابل المالي .

سادسا: يجب على المفوض له احترام مبادئ المرفق العام

عند تفويض المرفق العام يجب احترام مبادئ المرفق العام، المنصوص عليها في هذه المادة خاصة مبدأ المساواة بين كل المرتفقين، وضمان استمرارية المرفق، وديمومته، وقابليته للتطور.¹ وهو ما جاء في نص المادة 03 من المرسوم 18/199.²

¹ المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر "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".

² المرسوم التنفيذي 18-199، سالف الذكر "يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف مع ضمان معايير الجودة و في الخدمة العمومية"

الفرع الثالث: أطراف عقد تفويض المرفق العام

إن تفويض المرفق العام باعتباره عقدا يفترض وجود أطراف متعاقدة، وهي السلطة المفوضة، مانحة تفويض المرفق العام (أولا)، والمفوض له المكلف بتسيير واستغلال المرفق العام، والذي قد يكون شخص من القانون العام أو الخاص (ثانيا)، بالإضافة إلى ذلك نجد المستفيدين من المرفق العام (ثالثا).

أولا: السلطة المفوضة

إن خضوع المرفق العام لتقنية التفويض، يستوجب صدور قرار بإبرام عقد التفويض، بحيث تكون السلطة المختصة بإصدار هذا القرار هي تلك التي يدخل المرفق في اختصاصاته، وهي كذلك المسئولة عن إدارته.¹

فالسلطة المفوضة هي مانحة التفويض فهي بذلك شخص معنوي خاضع للقانون العام، يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التي تكون مسؤولة عن تنظيم وتسيير المرفق.

وبعد استقراءنا لنص المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. نجد أن السلطة المفوضة يمكن أن تكون وهو نفسه ما جاء في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 18-199:

¹ محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية بمصر، 2000، ص: 67.

1-الدولة:

من بين المرافق التي تفوضها الدولة نجد المرافق ذات الطابع الوطني، والمؤسسات الوطنية فهي بذلك مرافق قابلة للتفويض، إضافة إلى المرافق الإدارية مثل (الطرق السريعة) عكس المرافق السيادية الدستورية الغير قابلة للتفويض مثل: (العدالة، الأمن، السلطة) كما لا يجوز التفويض بعض المهام الأساسية المحاطة بالأشخاص العامة، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر أن الأقاليم لا يمكن أن يتخلى عن كل صلاحيتها الزراعية إلى أحد أشخاص القانون العام، كما لا يجوز تفويض الأنشطة المتعلقة بممارسة الشخص العام لامتياز السلطة العامة، كالسلطة بالضبط.¹

فالمرافق التي تفوضها الدولة وجدت لكي يستفيد منها كل الأفراد، فهي تحقق المصلحة العامة، فإذا قامت الدولة بإبرام عقد التفويض بموجبه تتنازل عن تسيير المرفق لشخص آخر، فالشخص الذي يمثل الدولة هو الوزير المكلف بالمرفق المعنوي والقطاع المعنوي.²

2-الجماعات الإقليمية:

تعتبر شخصا من أشخاص القانون العام، التي من لها سلطة إصدار قرار تفويض المرفق العام، حيث إنها تفوض تسيير واستغلال المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص وذلك لتحقيق للمصلحة العامة، فيمكن أن تأخذ الهيئات المحلية شكل ولاية أو بلدية، في هذه الحالة إذا كان عقد التفويض المرفق يبرم من طرف الولاية فالشخص الذي يمثله هو الوالي بعد المصادقة المجلس الشعبي الولائي. أما إذا كان عقد

¹ ادير نوال، بشري الويزة، النظام القانوني لعقد التفويض المرافق العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبدالرحمن ميرة بجاية سنة 2016، ص23.

² بركيبة حسام الدين، "تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة" مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية العدد 14 جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014، ص560

التفويض المرفق يبرم من طرف البلدية فالشخص الذي يمثلها هو رئيس المجلس الشعبي بعد مصادقة المجلس الشعبي البلدي .

3-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

هي تلك المؤسسات التابعة للقطاع العام تقوم بتقديم الخدمات العمومية للمواطنين، بحيث عرفها المشرع الجزائري في المادة 02 من الأمر 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي للتوظيف العمومية، بحيث تنص على ما يلي:

"يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها والجماعات والإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي"¹ وقد جاء ذكرها أيضا في المرسوم الرئاسي 247/15

فيمكن لهذه المؤسسات العمومية أن تفوض تسييرها إلى أشخاص القانون الخاص، وجهات أخرى كالجمعيات أو شركات ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تخضع للقانون العام والقانون الخاص.

ثانيا: المفوض له

إن المفوض له هو صاحب التفويض، الذي يتولى تسيير واستغلال المرفق العام، على أحسن صورة حتى يتحقق الهدف ، وهو تحقيق المنفعة العامة حيث لا يوجد شكل قانوني خاص به، فيمكن أن يكون

¹الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جوان 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية. ج، ر، العدد 46 بتاريخ 16 جوان 2006.

المفوض له شخصا طبيعيا أو معنوياً.¹ أو مؤسسة أو جمعية من القانون الخاص فالجمعيات تفوض عندما يخص التفويض المرافق والنشاطات الاجتماعية والثقافية.

وفي المفهوم القانون رقم 05-12² المتعلق بالمياه نجد أن أصحاب الامتياز أو الملتزم قد يكون شخصا طبيعياً، أو معنوياً، خاضعا للقانون العام أو الخاص وفي مفهوم المادة 04 من المرسوم التنفيذي 18-199 قد يكون شخصا معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري.

1- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

هي تلك المؤسسات التي تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا، بشكل مماثل للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة، كما أنها تخضع للقانون العام والقانون الخاص في نطاق محدد، أي نظام قانوني مزدوج فيما يخص علاقتها مع الدولة ونظامها الداخلي وهي تخضع لقواعد القانون العام، أما علاقتها مع الغير فإنها تخضع للقانون الخاص حيث يختص القضاء الإداري بالفصل في منازعتها³ في كل ما يتعلق بإنشائها وتنظيمها وإغائها.

2- الشركات التجارية: قد يكون عادة المفوض له شركة تجارية أي من أشخاص القانون الخاص، غير

أن التفويض يكثر بشكل ملحوظ لشركات الاقتصاد المختلط.⁴

¹ محمد مجّد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص: 109.

² القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، سالف الذكر.

³ ادير نوال ، بشري الويزة ، المرجع السابق ص25.

⁴ محمد مجّد عبد اللطيف، نفس المرجع السابق، ص110

3- شركات الاقتصاد المختلط:

هذه الشركات عبارة عن شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص، ذات تطبيقات خاصة يشترك في تكوين رأس ماله وإدارته أحد أشخاص القانون العام، مع أحد الأفراد والشركات الخاصة بغية تحقيق مصلحة ذات نفع عام، أو إدارة مرفق عام¹، وعليه إن تفويض المرفق لشركات الاقتصاد المختلط يشترط أن تتخذ هذه الأخيرة مشاركة لشخص العام والأفراد المساهمين في تسيير شؤون المرفق العام، بشكل شركة مساهمة تخضع مبدئياً للقانون التجاري.²

الفرع الرابع: نطاق تفويض المرافق العامة

إن مفهوم المرفق العام لحقه الكثير من التطور، وهذا ساهم بشكل كبير في اللجوء إلى التفويض مجالات جديدة، ومعقدة، وبالرجوع إلى طبيعة المرافق العامة نجد نوعان: مرافق يمكن أن تشغل عن طريق التفويض وأخرى مستثناة من ذلك.

أولاً: المرافق القابلة للتفويض

يقصد بها المرافق التي يمكن إن نطبق أسلوب التفويض في إدارتها، فهي جميع المرافق الاقتصادية والمالية التي تقدم خدمات أو منافع عامة للأفراد، ولا يوجد نص قانوني يمنع تفويضها أو عرف يجعل تفويضها غير ممكن، أو المرافق التي يمكن أن تكون محلاً للإدارة من طرف أشخاص القطاع الخاص، بطريقة التفويض

¹ وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 04

² لشلق رزيقة، المرجع السابق، ص 48.

نجد منها، مرفق المياه، البريد، الموانئ والمطارات، كذلك مرافق النقل، السياحة... الخ.¹ وقد أطلق عليها المشرع الجزائري في المادة 02 من المرسوم 199/18 بالمهام غير السيادية.

ثانيا: المرافق غير القابلة للتفويض

إذا كان المبدأ أن المرافق العامة قابلة للتسيير والإدارة بطرق التفويض المختلفة، إلا أن رأي المجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 1986، أشار إلى المرافق غير القابلة للتفويض وهي المرافق المستثناة بسبب طبيعتها الخاصة، وكذا من المشرع عن طريق نص تشريعي بعدم تفويض مرفق معين مثلا المهام المتعلقة بالحالة المدنية، الانتخابات، التزامات الخدمة الوطنية فهي ذات طبيعة خاصة غير قابلة للتفويض.

لقد أكد المشرع الجزائري في المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن تفويض المرفق العمومي مسألة ممكنة، ما لم يوجد نص تشريعي يقضي بخلاف ذلك، بمعنى إذا كانت إرادة المشرع تستبعد مرفق ما من التسيير المفوض، فلا بد من احترام ذلك إلى جانب أيضا المرافق السيادية السابقة الذكر، كالعدالة والدفاع والأمن فهي بحكم القانون لا يمكن تفويضها للخواص.

المطلب الثاني: أشكال عقد التفويض المرفق العام

جاء في نص المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18 سالف الذكر أن شكل التفويض، يحدد بحسب الخطر الذي يتحمله المفوض له ومستوى رقابة السلطة المفوضة ومدى تعقيد المرفق العام. وبحسب المادة 50 من نص المرسوم يحدد مستوى الخطر في ثلاثة (03) مستويات:

*المستوى الأول: هو الحالة التي لا يتحمل فيها المفوض له أي خطر.

¹ مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز الشركات المختلطة، BOT. تفويض المرفق العام، منشورات الحلبي بيروت 2009، ص 444.

*المستوى الثاني: هو الحالة التي يتحمل فيها المفوض جزءا من الخطر.

* المستوى الثالث: هو الحالة التي يتحمل فيها المفوض له كل الخطر.

أما المادة 51 ذكرت أن الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة على التسيير والخدمات، يتم تحديدها حسب حجم الخدمات، قصد الحفاظ على مبادئ تسيير المرفق العام المذكور في المادة 03 من المرسوم وفق مستويين¹:

*المستوى الأول:

هو الحالة التي يمارس فيها السلطة المفوضة، رقابة كلية على المرفق العام موضوع التفويض عندما تحتفظ بإدارته.

*المستوى الثاني:

هو الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوضة، رقابة جزئية على المرفق العام من النوع التفويض عندما يتولى المفوض له الإدارة والتسيير.

كما حدد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الأشكال التي يمكن أن يأخذها تفويض المرفق العام، وذلك في نص المادة 210 التي حددت هذه الأشكال على سبيل المثال، كما أضافت المادة 52 من المرسوم التنفيذي 18-199 انه يمكن أن يأخذ أشكالا أخرى ، وتتمثل هذه الأشكال المنصوص عليها في هذه المادة في عقد الامتياز (الفرع الأول) ثم عقد الإيجار (الفرع الثاني) والوكالة المحفزة (الفرع الثالث) و التسيير (الفرع الرابع).

¹المرسوم التنفيذي 199/18 سالف الذكر.

الفرع الأول: عقد الامتياز

يعد أهم التطبيقات لعقود تفويضات المرفق العام، وقد كان لهذا النوع من أساليب مشاركة القطاع الخاص، دورا بارزا في تسيير وتشبيد كثير من المرافق العامة ولاسيما المرافق العامة الاقتصادية في مدة زمنية معينة محددة، و بهدف تسليط الضوء على عقد الامتياز المرفق العام يقتضي الأمر في البداية التطرق إلى تعريفه، ومعرفة جملة الخصائص المميزة له.

أولا: تعريف عقد الامتياز

هو عقد إداري قائم بين شخص عام يسمى السلطة المفوضة، وشخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام، على أن يتولى هذا الأخير تسيير أحد المرافق العامة الاقتصادية، بإسمه الخاص وتحت مسؤولية إلا أنه يخضع لرقابة السلطة المفوضة فيتقاضى المقابل المالي من مستخدمي المرفق على شكل أتاوى، كما يعرف أنه عقد تعهد الدولة بمقتضاه لأحد الأفراد أو إحدى الهيئات بإدارة مرفق عام بمقابل محدد بالعقد.¹ كما أن الامتياز يظل محافظ على طبيعته القانونية، وعلى مبادئه الأساسية كمرفق عام وأن تدبير نشاطه تتولاه هيئة خاصة.²

فقد عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت، أو اقتناء ممتلكات ضرورية، لإقامة المرفق العام و استغلاله، و إما تعهد له فقط استغلال المرفق العام، وهو التعريف نفسه الذي جاء في نص المادة 53 من المرسوم التنفيذي سابق الذكر، يشغل المفوض له المرفق

¹ مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة مصر، السنة 1999، ص 9

² بوجمعة رضوان، قانون المرافق العامة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2000 ص 123.

العام باسمه وعلى مسؤوليته و تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى على ذلك أتاوى من مستخدم المرفق العام.

يعول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه¹، كما عرفت المادة 03 من قانون الكهرباء والغاز عقد الامتياز: "الامتياز هو عقد استغلال شبكة وتطهيرها حسب هذا القانون لمدة محددة"² وتطرقت المادة 101 من قانون المياه لسنة 2005 المعدل والمتمم لمنح امتياز الخدمات العمومية للمياه، دون إعطاء تعريف ولكن بالرجوع إلى نص المادة 76 من نفس القانون التي عرفت عقد الامتياز على أنه: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك الطبيعية للمياه الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم".

ويذهب الفقيه الدكتور محمد السليمان الطماوي إلى تعريف عقد الامتياز على " أنه عقد إداري يتولى الملتمزم -فردا كان أو شركة- بمقتضاه وعلى مسؤولية إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لتسيير المرافق العامة فضلا عن شروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز"³.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

² قانون رقم 02-01 المؤرخ في 05 فيفري 2002 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر. العدد 08 صادر بتاريخ 06 فيفري 2002.

³ محمد سليمان الطماوي، الأسس العام للعقود الإدارية. مطبعة جامعة عين الشمس، ط5، السنة 1991، ص106

ثانيا خصائص عقد الامتياز:

من خلال مختلف التعاريف التي عرضناها سابقا، يتبين لنا أنه يتميز بجملة من الخصائص والمميزات التي

نوجزها في يلي:

● يعتبر عقد الامتياز عقدا إداريا يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية، على الأخص في الدول التي

تأخذ بهذا الأسلوب بالإدارة مرافقها المهمة.¹

● موضوع عقد الامتياز هو إدارة استغلال المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي.

● عقد الامتياز محددة المدة وطويل نسبيا، فهو ليس أبدي وليس تنازلا عن المرفق العام إنما مجرد

طريقة التسيير ولا يمكن أن تتجاوز المدى لامتياز 30 سنة ويمكن تمديده لموجه ملحقه مرة واحدة

لمدة 04 سنوات وفقا للمادة 53.

● يخضع المرفق الذي يدار بطريق الامتياز للقواعد كافة التي تحكم سير المرافق العامة من حيث ضرورة

سييره بانتظام، وإضطراب، وتحقيق المساواة بين المنتفعين، وقابلية المرفق للتعديل والتطوير.

● المفوض له يتقاضى أتعابه مقابل تسييره للمرفق العام من المنتفعين به، كما يمكن أن تتحمل

الإدارة مانحة الامتياز دفع كل المقابل أو جزء لصاحب الامتياز كما في حالة المرافق العامة المجانية.

الفرع الثاني: عقد الإيجار

يعتبر عقد الإيجار المرافق العامة أحد أساليب تسيير المرفق العام، وهو من بين العقود التي عرفت انتشار

موسعا في الجزائر، ذلك لبساطة إجراءاته فلهذا سنتناول في هذا الصدد تعريف عقد الإيجار ثم خصائصه.

¹ أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري

أولاً: تعريف عقد الإيجار

يعرف عقد الإيجار المرافق العامة بأنه: "عقد تكلف بموجبه الجماعات المحلية شخص (من القانون

الخاص أو القانون العام) مهمة تسيير المرفق مع تحمله مخاطر التسيير"

كما عرف المشرع الجزائري عقد الإيجار المرفق العام بذلك في نص المادة 210

من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.¹

كما يعرف الإيجار انه عقد يكلف بموجبه شخص عمومي المؤجر (شخص آخر المستأجر)، باستغلال

مرفق العمومي لمدة معينة مع تقديم المنشآت والأجهزة، ويقوم المستأجر بتسيير واستغلال المرفق مستخدماً

عماله وأمواله، ويتقاضى مقابلاً مالياً يحدده العقد، ويدفعه المنتفعون عن شكل أتاوه مقابل الخدمة التي

تقدمها، وقد يدفع المستأجر مقابلاً مالياً للشخص العمومي لاسترجاع مصاريف إنشاء المرفق العام.²

ثانياً: خصائص عقد الإيجار:

من خلال التعريف يمكن استخلاص خصائص عقد الإيجار فيما يلي:

● عقد الإيجار من عقود محددة المدة، فهي بذلك عقود متوسطة المدى، الهدف من قصر مدة العقد

هو إمكانية المؤجر من التجديد، وقد حددت المادة 54 من المرسوم التنفيذي 18/199 15 سنة

كحد أقصى

● مصاريف إنجاز وإقامة المنشآت تقع على عاتق المؤجر، ولا تقع على المستأجر، هذا الأخير تقع

عليه تكاليف الصيانة اللازمة وذلك لحسن سير المرفق العام.

¹ المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق العام وصيانته مقابل إتاة سنوية

يدفعها لها ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته".

² ضريفي نادية، المرجع سابق، ص: 172.

- تقع على عاتق المستأجر كافة المخاطر التي يمكن حدوثها عند استغلال تسييره للمرفق العام، غير أنه يتحصل مقابل ذلك على إتاوات يدفعها المستفيدين من المرفق.¹
- يتحصل المستأجر على مقابل مالي ناتج عن الإتاوات التي يدفعها المستفيدين من خدمات المرفق العام، ولا يحتفظ بها لنفسه وإنما يدفع مقابل مالي المؤجر ناشئ عن استغلال المرفق، وهي عبارة عن رسوم مخصصة لتغطية نفقات الإدارة.

الفرع الثالث: عقد الوكالة المحفزة

تعتبر طريقة من طرق تسيير المرافق العامة، وهو عقد تبرمه إحدى سلطات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، لذلك سنحاول ضبط تعريفه ثم خصائصه.

أولاً: تعريف عقد الوكالة المحفزة

هو نظام تعهد بمقتضاه السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام، على حساب السلطة المفوضة التي تمويل بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته.

غير إن المفوض له لا يتحصل على المقابل المالي من طرف المستفيدين بل من السلطة المفوضة، بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال وتضاف إليها منحة إنتاجية وحصصة من الأرباح وهذا ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

¹ اقزوح نوال، عمراي صارة، المرجع سابق، ص 57.

العام¹ في حين يتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستفيدي المرفق العام من طرف السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له، و هو تعريف الوارد في المادة 55 من المرسوم التنفيذي سابق الذكر.

ثانيا: خصائص عقد الوكالة المحفزة

من التعريف السابق يمكن استنتاج خصائص عقد الوكالة المحفزة والتي تتمثل في:

- الاستغلال يكون لحساب الهيئة المفوضة.
- الهيئة العمومية مكلفة بأشغال البناء والصيانة والتجهيزات لسير المرفق العام.
- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط باستغلال المرفق ويكون عن طريق الحصول على نسبة مئوية من رقم الأعمال إضافة إلى علاوات الإنتاج وكضمان للمسير هناك حد أدنى مضمون يحدد له جزائيا مسبقا.
- مخاطر الاستغلال تتحملها الهيئة العمومية والجزء الآخر يتحملها المسير لأن أجره مرتبط بنتيجة الاستغلال.
- إمكانية إضافة إتاوات مرتبطة بالتسيير الفعال والمرد ودية الإنتاجية².
- مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الوكالة المحفزة لعشر (10) سنوات كحد أقصى ويمكن تمديدها بموجبه ملحق مرة واحدة من سلطة المفوضة.

¹ المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر، المادة 9/210 "ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد

نسبة مئوية من رقم الاعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصص من الأرباح، عند الاقتضاء..."

² ضريفي نادية، المرجع السابق ص.ص 157-158

الفرع الرابع: عقد التسيير

تكلف الإدارة بموجب هذا العقد المتعاقد بالاستغلال المرفق، لكن على حساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام، وتحتفظ بإدارته وماله بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية عن رقم الأعمال، وتضاف إليها منحة إنتاجية إذن سنحاول ضبط تعريف لعقد التسيير، ثم تحديد خصائصه.

أولاً: تعريف عقد التسيير

هو عقد مبرم بين هيئة عمومية وشخص من القانون الخاص، هدفه ضمان سير المرفق وعدم تحمل أعباء البناء والتجهيز، بل هو مجرد سير بسيط للمرفق، لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام.¹

لقد عرفه الأستاذ الدكتور رشيد زوايمية على أنه "إجراء جد قريب من الوكالة المحفزة، فهو عقد يبرم بين أحد أشخاص القانون العام المعنوي، المسؤول عن المرفق وشخص عام أو خاص الذي يشغل المرفق العام لحساب سلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام، ويتحصل المفوض له على أجره من السلطة المفوضة مباشرة على شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال مكتملة بمنحة إنتاجية"²

عرفته المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³ وهو على شاكلة تعريف المذكور في المادة 56 من المرسوم التنفيذي 18/199.

¹ ضريفي نادية، المرجع السابق، ص:159.

² Zouaïmia Rachid, La Délégation Conventionnelle De Service Public à La Lumière Du Décret Présidentiel Du 16 Septembre 2015, Revue Académique de la Recherche Juridique, Revue Semestrielle Spécialisée Référencée année, volume 13-101, 2016, P :17.

³ المرسوم الرئاسي 15 / 247 ، سالف الذكر "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته." .

ثانيا: خصائص عقد التسيير

- المسير يسير المرفق العام على حساب السلطة المفوضة، ويضمن السير العادي للمرفق.
- تتحمل الهيئة العمومية من خلال عقد التسيير مخاطر التسيير المالية والتقنية .
- عقد التسيير من عقود التفويض، بالنظر إلى هدفه المتمثل في التسيير وتقديم الخدمات.
- المقابل المالي غير مرتبط بنتائج الاستغلال وكيفية التسيير، بل هو مقابل مالي جزائي محدد مسبقا

في العقد.¹

- لا يمكن أن تتجاوز مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل عقد التسيير خمس (05) سنوات

¹قروج نوال، عمrani صارة، مرجع سابق، ص 59.

المبحث الثاني: إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام

جاء في نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15 "تخضع اتفاقية تفويض المرفق العام لإبرامها إلى مبادئ المفوض عليها في المادة 05 من هذا المرسوم وزيادة على ذلك أن يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه خصوصا إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة قابلية لتكييف"

المطلب الأول: مبادئ إبرام عقود التفويض المرفق العام

يلعب مبدأ حرية المنافسة المبني على حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، الضمانة الأساسية لحسن اختيار المفوض له القادر على الاستجابة لمتطلبات مبادئ سير المرفق العام، المرتبطة بالاستمرارية، المساواة والقابلية للتكييف.

سنسلط الضوء على المبادئ التي يخضع لها تكوين عقد التفويض بمختلف طرقه، ثم المبادئ التي يخضع إليها المفوض له خلال تنفيذ اتفاقية تفويضه، من أجل الوصول إلى الغاية المرجوة من التفويض المرفق العام¹، من خلال أربعة فروع، مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات (الفرع الأول) ثم مبدأ المساواة (الفرع الثاني) مبدأ الشفافية (الفرع الثالث) المبادئ المرتبطة بالمرفق العام (الفرع الرابع).

الفرع الأول: حرية الوصول إلى الطلبات العمومية

مقتضي المبدأ هو إعطاء الحق لكل أشخاص القانون العام والخاص، على السواء المختصين بنوع واحد من النشاط الذي ترمي السلطة المفوضة تفويض تسييره، أن يتقدموا قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم، حظر كل ممارسة مدبرة تهدف إلى الحد من الدخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة، مما

¹ صالح زمال بن علي، "أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام"، مجلة القانون والمجتمع والسلطة، جامعة وهران 02، عدد رقم 06-2017ص165

يحرّمهم من منافع المنافسة، عملاً بأحكام المادة 06 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وفقاً للشروط التي يحددها دفتر الشروط، ولا يتحقق مبدأ حرية الوصول المتعهدين إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض، سواء من حيث كفاءات إبرام عملية التفويض أو من حيث إجراءات إبرامه وهو ما جاء في أحكام المرسوم التنفيذي 199/18.

حيث أن المتمعن في النصوص التطبيقية لأحكام تفويض المرافق العامة والصفقات العمومية الواردة ضمن المرسوم 247/15، قد يبدو أن السلطة المفوضة حرة في اختيار الكيفية التي يختار بها المتعاقد معها¹ إلا أنه بالبحث في النصوص الخاصة ببعض المرافق العمومية والنص الجديد نجد أن المشرع تبني مبدأ الدعوة للمنافسة بين المتعهدين، وذلك من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام كقاعدة عامة في المادة 18 منه.

أما القانون 03-2000 المتعلق بالاستثمار في مجال الاتصالات تنص المادة 32 منه على أنه رخصة استغلال شبكات المواصلات السلكية و اللاسلكية، تمنح على إثر إعلان المنافسة، وتشير الفقرة الثانية "يكون الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة موضوعياً وغير تمييزي وشفافاً ويضمن المساواة في معاملة مقدمي العروض" ووفقاً لأحكام المادة 05 من المرسوم التنفيذي 01-124 وتطبيق هذه المادة رسم المرسوم التنفيذي رقم 01-124 المؤرخ في 09 ماي 2001 الذي يتضمن تحديد الإجراءات المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية، تشير إلى ذلك المادة 09 من نفس المرسوم "...يمكن أن ينص هذا القرار على إجراء المزايدة بإعلان المنافسة الذي يتضمن مرحلتين الأولى مرحلة التأهيل الأولى أما الثانية فهي مرحلة العروض".

¹وليد حيدر جابر، المرجع سابق، ص 262.

و كذا المرسوم التنفيذي رقم 08-114¹ الذي يحدد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز تطبيقاً لأحكام المادة 73 من القانون 02-01 حيث نص على تكييف المرفق العام عندما تتبدل الظروف ولا يحق للمستفيدين من المرفق العام الاعتراض على ذلك وبإمكان الإدارة إلغاء المرفق العام، كما تنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 08/114 سالف الذكر: "يكون منح هذا الامتياز محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الغاز و الكهرباء"

كما يمكن في مجال تفويضات المرفق العام أن يكون هناك استثناءات على مبدأ الطلب على المنافسة، وفي فرنسا حددت المادة 31 من القانون Sapin لسنة 1993² استثنائية يمكن للسلطة المفوضة عدم اللجوء للدعوة للمنافسة، وهو مذهب المشرعين المغربي والتونسي حيث تماثل إلى حد قريب حالات التراضي المنصوص عليها في أحكام إبرام اتفاقية تفويضات المرفق العام الواردة في المرسوم التنفيذي 18/199 منها:

حالة الاستعجال قصد ضمان استمرارية المرفق العام، حالة الاحتكارات الطبيعية بشأن خدمة أو نشاط معين أو بموجب اختصاص متعاملين حاملين براءات اختراع في حالة عدم جدوى للمنافسة أو عقود التفويض التي لا يتجاوز قيمتها مبالغ معينة.³

إما من حيث الإجراءات الإبرام فتكريسا لحرية الوصول إلى اتفاقيات التفويض وجب الاعتماد على وسائل الإشهار، التي تتم عادة ضمن الصحف اليومية، والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور،

¹ المرسوم 08-144 المؤرخ في 09 افريل 2008 المحدد لكفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز ج، ر، العدد 20 بتاريخ

13 افريل 2018

² أبو بكر مُجد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية. 2015، ص ص 134-135.

³ صالح زمال بن علي، المرجع السابق، ص ص، 166-167

خاصة مقررات الهيئات المحلية المركزية التي تقوم بتقديم خدمات مرفقيه، ويجب أن يتضمن الإعلان الطلب على المنافسة¹ بإضافة إلى تسميه السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي أن وجد

- صيغة الطلب على المنافسة.
- موضوع وشكل تفويض المرفق العام.
- المدة القصوى للتفويض.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولى
- قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح
- آخر أجل لتقديم الترشيحات
- مكان إيداع ملف الترشيح
- مكان سحب دفتر الشروط
- دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة
- كفيات تقديم ملف الترشيح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ويكتب عليهم (لا يفتح إلا من طرف لجنة العروض)
- ويجب أن يشير إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة.

ويمكن استلهم نصوص تطبيقية لأحكام المرسوم 247/15 في هذا الشأن و من تشريعات مقارنة كمرسوم 1993/03/29 المحدد للقواعد الخاصة بالعلانية السابقة الذي يفرض نشر الإعلان مرتين: مرة

¹ المادة 27 من المرسوم التنفيذي 199/18 ، سالف الذكر.

في دورية لها نشر الإعلانات القانونية ومرة في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بعقد التفويض.¹

يمكن أيضا اعتماد الإشهار الإلكتروني بعد تبني المشرع إمكانية التعامل عن طريق الوسائط الإلكترونية حسب ما جاء في نص المادة 204 من المرسوم 2015.²

الفرع الثاني: المساواة في معاملة المرشحين

يقتضي مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين، أن لا تنطوي معايير اختيار المفوض له، على طابع تمييزي و بالتالي تعد ضمانا للمنافسة الحرة في مجال تفويض المرافق العامة، إذ تلتزم السلطة المفوضة بوضع معايير تتعلق أساسا بـ:

وتختص بذلك لجنة اختيار و العروض

(1) شروط تقديم التعهدات المقدمة من قبل المتعهدين

La condition d'accès à l'appel d'offre

(2) معايير تقييم وآليات إرساء العقد المحددة الشروط

Les critères d'attribution et les instruments dévaluations des offres

وهو ما أشارت إليه المادة 31 و32 من المرسوم التنفيذي 199/18

¹أبو بكر محمد عثمان، المرجع السابق، ص132.

²المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة الى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني....يرد المتعهدون أو المترشحون على الدعوة للمنافسة بالطريقة الإلكترونية....."

من قبيل ذلك ما أشارت إليه المادة 7 من المرسوم التنفيذي 144/08 أن الامتياز يمنح على أساس

المقاييس العامة الآتية:

- المقدرة التقنية المالية للمترشح للامتياز.
 - احترام كامل أحكام دفتر الشروط الملحق بالمرسوم.
 - احترام التنظيم المعمول به في ميدان أمن الأشخاص والممتلكات وخدمة الزبائن وحماية البيئة.
 - تقديم الضمانات المالية الكافية لتحقيق الخدمة العمومية كضمان حسن التنفيذ لصالح الدولة.
- ويستند هذا المبدأ على دعامة أخرى، هي تكافؤ الفرص بين المتعهدين، بالتزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية، بما يضمن الشفافية على العملية، بل ويمتد ليشمل عدم إمكانية التفاوض مع المتعهدين، قبل إتمام عملية تقييم العروض عن طريق لجنة متخصصة مستقلة عن السلطة المفوضة في عمل أقرب إلى عمل لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض في مجال الصفقات العمومية وتضمن اللجنة اختيار أفضل العروض واستبعاد العروض التي لا تتوفر على الضمانات والقادرة الكافية لدى المترشحين.¹

بقي أن نشير فقط إلى إمكانية أن ترد بعض الاستثناءات على مبادئ المنافسة، كما هو الحال في مجال الصفقات العمومية، وذلك لحماية المتعاملين الوطنيين أمام المتعاملين الأجانب كالعامل بهامش الأفضلية الوطنية أو تخصيص نسبة من الطلبات العمومية من عقود التفويض لفائدة المتعاملين المحليين² وطرح دعوة المنافسة وطنيا فقط دون الدعوة للمنافسة الدولية International التي تبقى مسائل مرهونة

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2017. ص 212

² المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر، المادة 87: "عندما يمكن تلبية بعض الحاجات الوطنية من قبل المؤسسات الصغيرة... تخصص هذه لها"

بتوجهات المشرع في مسألة تفويض المرفق العمومية. وهو ما أشارت إليه المادة 10 من المرسوم 199/18 وهو أن يكون طلب المنافسة وطنيا.

الفرع الثالث: الشفافية في الإجراءات

قدم الفقه عديد من تعريفات لمصطلح الشفافية، منها وضوح ما تقوم به المؤسسات العامة وكذلك وضوح علاقتها مع المواطنين، وعلانية الإجراءات و الغايات والأهداف، سواء في المؤسسات الحكومية أو الغير حكومية، ويعد مبدأ الشفافية عموما من أهم آليات الحكم الرشيد، فمن حق الفرد أن يعلم بكل المسائل ذات العلاقة بمركزه القانوني، ولا يجوز للإدارة أن تمارس اتجاهه شكلا من ممارسة السلبية، فتحرمه مثلا: من حصول على المعلومات التي تخصه، وتمس مصالحه وشؤونه، تحت ذريعة السر المهني، لذلك شهدت الجزائر منذ مدة ظهور بوابات الالكترونية للوزارة، ومراكز الهيئات العامة من أجل تمرير المعلومة، وإطفاء المزيد من الشفافية بخصوص تسيير الملفات، ولا يمكن الحديث عن الشفافية دون التطرق للإشهار باعتباره أهم وسيلة للإعلام، ويقصد به أن تبادر الإدارة المتعاقدة إلى إخطار أصحاب الشأن برغبتها في التعاقد، و في إنجاز مشروع العام (بعنوان الصفقة)، أو تفويض مرفق عام، وفتح مجال المنافسة للعارضين بالغرض تقديم ترشيحاتهم، وفقا لشروط المعلن عنها وتمنحهم فترة الطعن¹ ويعتبر الإعلان المسبق، إجراء ضروري لتكريس الشفافية وضمان منافسة أكبر بين المترشحين، على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة بصفة مسبقة.

وقد كفل المشرع الجزائري الآليات التي يحمي بها المال العام، سواء في مجال المشتريات العامة، أو مجال الأشغال العامة، وغيرها من العقود الإدارية أو الصفقات، وكافة الدول تتطلع على المستوى الوطني أن

¹ أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، المرجع السابق، ص260.

تمكنها القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، من الحصول على القيمة الحقيقية للسلعة أو الخدمة المطلوبة، مقابل المال المدفوع، ومكافحة الفساد وصيانة المال العام، إلى جانب استعمالها كأداة لدعم البرامج الوطنية، وتسعى الدول إلى استعمال سبل وآليات، منها عدم التمييز بين المتنافسين وتعزيز المنافسة الحرة وتبني قواعد واضحة.

ف نجد تكريس المشرع الجزائري لإجراء الإعلان المسبق في نص المادة 105 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه¹، وكذا في المادة 250 التي جاء فيها: "يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ويجب على الأقل باللغة الوطنية واللغة الأجنبية".

الفرع الرابع: المبادئ العامة المرتبطة بالمرفق العام

لقد استقر القضاء والفقه، على استخلاص عدد من المبادئ من أحكام القضاء الإداري الفرنسي تعد من القواعد الجوهرية التي تفرضها الاعتبارات العملية، وتمليها العدالة الاجتماعية ويطلق على هذه المبادئ الأساسية والعامة في سير المرافق العامة وهي تتعلق ب:

- ضمان استمرارية المرافق العامة بانتظام وباضطراد
- المساواة أمام المرافق العامة.
- مسايرة المرافق العامة للتغيير والتعديل وفقا لمقتضيات المصلحة العامة المتغيرة.

وهذه مبادئ أكد عليها المشرع الجزائري في نص المادة 03 من المرسوم 199/18 المتضمن المرفق

العام.

¹ قانون رقم 05-12 سالف الذكر، "يتم تفويض الخدمات العمومية عن طريق عرضها للمنافسة مع تحديد لاسيما محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له شروط تنفيذها ومسؤوليات الملتزم بها وحدة التفويض وكيفية دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين ومعايير وتقييم نوعية الخدمة".

أولاً: مبدأ استمرارية المرافق العامة بانتظام وإضطراد

إن من أهم واجبات السلطة الإدارية، أن تعمل لضمان سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد، حيث يجد المنتفع الخدمة المطلوبة متوفرة في الزمان والمكان المحدد، لأدائها ويرى الفقيه AUBYET PUCOS مبدأ الاستمرارية كما يلي: عندما ينصب نشاط ما كمرفق عام فإنه يلبي حاجة ذات منفعة عامة لحياة الوطنية وللحياة المحلية، إن تبرير استمرارية المرفق العام يرتكز على مبدأ دستوري وسياسي وهو تبات الدولة على هذا الهدف اجتماعي، و ضرورة تفادي الفرصة والاجتهاد، بدور هو اعتبار منذ قرار WINKELL الصادر في 1909/08/01 " أن الاستمرارية هو جوهر المرفق العام"¹، إذا عملاً بمبدأ الاستمرارية المكرس في الاجتهاد الفرنسي دون تأمين دخول المستفيدين من المرفق العام "سير الكاتب بشكل منتظم ورسمي" إن إغلاق مكتب البريد قبل انتهاء الدوام الرسمي يشكل خطأ خدمة تسأل عنه قرار P.C.ETOUICHE BEUF وايضا 1911/12/03 ANOUEY 13/02/1987 .

ثانياً: مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

تطرح مسألة المساواة بين المستعملين في أول الأمر عندما يكون المستعملون في وضع نظامي وتنظيمي، لأنهم جميعاً خاضعون للقواعد نفسها المتعلقة بالمرفق العام.²

ومضمون مبدأ المساواة أمام المرافق العامة، أن جميع المنتفعين متساوون في الحصول على خدمات و سلع المرافق العامة في الدولة، والانتفاع بها إذا توفرت فيهم ذات الشروط المطلوب توفيرها، إذن فمبدأ

¹ هيام مروة، القانون الإداري الخاص، المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها، الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني، ط1، المؤسسة الجمعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص: 50-51.

² جورج قوديل وبيار دفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، 1429هـ - 2008م.

المساواة أمام المرفق العام، يعني عدم التمييز بين المستفيدين من المرفق العام خصوصا إذا كانوا في وضع مماثل.

ثالثا: مبدأ مسايرة المرافق العامة للتغيير والتعديل

وفقا لمقتضيات المصلحة العامة المتغيرة، ويضمن هذا المبدأ لعميلة تنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة عوامل و عناصر وشروط المرنة، الملائمة، الواقعية، وحرية الحركة والتكيف، مع الظروف، والمعطيات حيث يعطي هذا المبدأ السلطات الإدارية المختصة بتنظيم وتسيير المرافق العامة، وانتفضت المصلحة العامة، ضرورة إحداث تغييرات في قواعد وشروط وأحكام تسيير المرافق العامة، ويعود للإدارة وعملا بسلطتها التنظيمية أن يعود سير المرفق العام وتنظيمه، بكافة الوسائل كي يتماشى دائما مع تطور العلمي التكنولوجي¹

المطلب الثاني: كفاءات اختيار المفوض له

يصدر القرار باعتماد تقنية التفويض عن السلطة المختصة في الدولة، ويقتضي على شخص العام أن يعهد إلى إجراء دراسة لمجموعة من العناصر قبل اتخاذ القرار التفويض، ويخضع عقد التفويض المرفق العام لإجراء الإعلان المسبق التي تسمح بتقديم أكثر من عرض منافس، لانتقاء احسن عرض من حيث المزايا التقنية، المالية، النوعية

¹ هيام مروة، المرجع السابق، ص: 58.

ويشكل هذا قيدياً على مبدأ حرية الشخص العام في اختيار صاحب التفويض.¹

الفرع الأول: اعتبارات اختيار أسلوب من أساليب التفويض

من بين ما يؤثر في الإدارة أو الجماعة العامة المفوضة عند اختيار أحد أنواع التفويض، هو موضوع الأشغال والأعمال التي سيقدمها المرفق المراد تفويضه، ويراعي الشخص العام عند اختياره الصورة المناسبة لإدارة المرفق العام مجموعة الاعتبارات أهمها:

أولاً: بناء المنشآت العامة

إذا كان موضوع العقد يتطلب منشآت، فالأسلوب المناسب لإدارة هذا المرفق هو الأسلوب الامتياز وفي حالة ما إذا كان المرفق المراد تشغيله قائماً، ولا حاجة لبناء منشآته فإن النوع المناسب هو أسلوب إيجار المرفق العام أو الإدارة غير مباشرة.

ثانياً: تغطية الاستثمارات

إذا كان المرفق المراد تفويضه، ينتج إيرادات كافية لتغطية الأعباء التي يتكبدها صاحب التفويض فإنه يختار طريقة الامتياز، أما إذا كانت إيرادات المرفق غير كافية لتغطية أعباء التشغيل، فإن الشخص من القانون العام يختار أسلوب عقود الإدارة، أما إذا كانت إيرادات المرفق العام ضخمة جداً تكفي لتغطية أعباء التشغيل وتزيد عنها فيلجأ الشخص العام إلى اعتماد إجارة المرفق العام، حيث يلتزم صاحب التفويض بالدفع إلى شخص العام مقابل استعماله للمرفق.

² حاشي سمية، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون جماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2016-2017 ص 19

ثالثاً: المسؤولية

إذا أراد الشخص العام أن يحمل صاحب التفويض كامل المسؤولية، فإنه يلجأ لعقد الامتياز أو الإيجار، كما يمكن أن يختار طريقة الإدارة إذا أراد أن يتحمل جزء من المسؤولية عن إدارة المرفق العام.¹

رابعاً: نطاق رقابة الشخص العام

يلجأ الشخص العام إلى طريقة الإدارة المباشرة أو الإدارة غير المباشرة، إذا أراد ممارسة رقابة محددة، لكن إذا أراد ممارسة رقابة شاملة ويومية، فإنه يلجأ إلى طريقة الامتياز.

هذه العناصر هي التي تحكم اختيار السلطة المفوضة لنوع من أنواع تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني: السلطة المؤهلة باتخاذ قرار اللجوء على التفويض

بالرجوع إلى التنظيم المرافق العامة نجد أن السلطة المؤهلة باتخاذ قرار اللجوء إلى التفويض، يدخل ضمن الصلاحيات الأساسية للإدارة والتي بدورها تعتبر من مظاهر السيادة فلا يمكن لها التنازل عن هذه الصلاحية لأنها من المكونات الأساسية لوجوده.

أي أن حق تقرير طرق تنظيم المرافق العامة حق يعود إلى الدولة، أو إن الإدارة العامة لها حرية واسعة في اختيار الطريق الأنسب لإدارة واستغلال المرفق العام، وذلك لاعتبارها أدرى بتقدير المصلحة العامة في اختيار طرق الإدارة وهذا كمبدأ العام، إلا أنه هناك بعض الحالات تؤثر على هذه الحرية في حالة وجود نص قانوني صريح يقيد الإدارة بالاعتماد على أسلوب معين لاستغلال المرفق، فلا يمكن لها أن تخرج عن إطار ما حدده نص القانوني، كذلك في حالة ظروف السيادة والمالية والاجتماعية التي تسود البلاد بحيث

¹ مروان محي الدين، المرجع السابق، ص: 402

تفرض على السلطة المفوضة اللجوء إلى تقنية أو إتباع الاستغلال المباشر، الذي يكون في النشاطات غير جالبة للاستثمارات.¹

عندما تكون اتفاقية مبرمة باسم الدولة، فإن السلطة المختصة مبدئياً بالإبرام تكون الوزارة المسئولة عن القطاع، فعلى سبيل المثال في مجال النقل البحري، فإن اتفاقية الامتياز تكون مبرمة من طرف الوزير المكلف بالنقل البحري وصاحب الامتياز وكذلك هو الأمر في مجال الدولة ممثلة بالوزير المكلف المدني، وبمجرد امتياز مرافق النقل الجوي للأشخاص والسلع يجب أن تكون مصادق عليها من طرف مجلس الحكومة.

أما في إطار امتياز الطرق السريعة تكون اتفاقية التفويض مبرمة بين الوزارة المكلفة بالنقل وصاحب الامتياز، ويجب أن تكون مصادق عليها من طرف مجلس الحكومة، حتى مع صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لم يتم ضبط الإجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، فهذه الإجراءات نجدتها تختلف من قطاع إلى آخر، فهناك من القطاعات أين يتم إبرام اتفاقية التفويض بإجراءات مبسطة، كما هو الحال مثلاً النقل البحري، وهناك القطاعات أين يتم عملية التفويض بإتباع إجراءات معقدة بحيث قد يشترط فيها الموافقة من قبل المجلس الوزراء مثل امتياز الطرق السريعة.²

¹ وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص ص: 250-254.

² ZOUAIMIA R. délégation de service public aux personnes privée, P :77,78 . : on s'aperçoit ainsi de la lourdeur des procédures délégation avec les recours systématiques à l'approbation de la convention. En outre rien n'explique la différenciation de régimes applicables en matières d'approbation c'est le cas en matières de transport aérien ou la délégation en matière de convention est approuvée par décret pris en conseil des ministres tandis que la délégation en matière de transport maritime n'est soumise à aucune forme d'approbation.

الفرع الثالث: الطلب على المنافسة

جاء المرسوم التنفيذي الجديد ليكمل ما كان في النصوص القديمة والتي كان فيها أسلوب دعوة للمنافسة كإجراء استثنائي لاسيما في مجال منح عقود الامتياز وسنتطرق لكنتا حالتين فيما يلي:

أولاً: الدعوة إلى المنافسة قبل صدور المرسوم التنفيذي 199/18

وذلك عن طريق اللجوء لتقنية طلب العروض المعتمدة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في مجال إبرام عقود الصفقات العمومية.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بأسلوب طلب العروض، رغم كونه استثناء من القاعدة العامة، التي هي مبدأ الاعتبار الشخصي نظرا لمحل العقد وهو التسيير وإدارة مرفق العام تابع للدولة، مهياً ومخصص أساسا لتحقيق حاجات عامة للجمهور، وذلك على خلاف كينيات إبرام عقود الصفقات العمومية التي تكون فيها الدعوة للمنافسة قاعدة عامة والتراضي استثناء.

الملاحظ انه حتى في ظل اعتماد بعض النصوص قاعدة طلب العروض عند التفويض ، من خلال فتح المجال للمنافسة، إلا أن أغلبيتها لم تنظم كيفية استدراج هذه العروض، ومعايير وأسس اعتماد الملتزم، فنجد مثلا إجراءات منح الامتياز تعتمد على طريقة المزاد العلني والتراضي¹.

بالنسبة للأمر رقم 11/06 الذي حدد مجالات استخدام كل منهما، حيث يعتمد أسلوب المزاد العلني، اعتبارا لمكان تواجد المشروع أو القطعة الأرضية، عملا بأحكام نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07 المحدد لشروط ومنح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة

¹ رقراقي مُجَّد زكرياء، "واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر"، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد الثامن، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2018، ص:66.

لإنجاز المشاريع استثمارية، فيمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني، إذا كانت القطعة الأرضية محل العقد تتواجد في بلديات الولايات التالية: الجزائر-عنايه-قسنطينة-وهران-بلديات مقر الولاية ومقر الدائرة في الولايات الأخرى لشمال البلاد، بلديات مقر الولاية في الهضاب العليا، أما خارج هذه البلديات فكان يعمل بأسلوب التراضي بالإضافة إلى البلديات ولايات الجنوب حسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 121¹/07.

وبالتالي يمنح الامتياز على أساس دفتر الشروط النموذجي عن طريق المزاد العلني، إذ يرخص الوزراء كل حسب اختصاصه بمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني، (المادة 05 من نفس الأمر) ومنه فأسلوب التراضي اعتبر استثناء على القاعدة العامة (المزاد العلني) يتم اللجوء إليه في حالات محددة على سبيل الحصر حسب المادة 07 من نفس الأمر، بعد الترخيص مجلس الوزراء بناء على اقتراح من المجلس الوطني للاستثمار تطبيق للمادة 06 من نفس الأمر .

وبعد صدور القانون المالية التكميلي رقم 11/11 أدخل المشرع الجزائري تعديلات على كيفية منح عقد الامتياز، حيث اعتمد طريقة التراضي التي كانت في الأمر رقم 04/08 استثناء، لتصبح الأصل في إبرام عقود امتياز العقار الصناعي، وعليه يكون المشرع قد منح الوالي سلطة منح الامتياز.

وبالتالي تركيز سلطة المنح في يد سلطة واحدة، مع الإبقاء على وصاية وزير السياحة، عملا بأحكام المادة 15 من القانون 11/11، وبالتالي استغنى عنها (موافقة وزير السياحة) بموجب القانون المالية لسنة 2013 واستبدالها بموافقة الوزير المكلف بتهيئة الإقليم.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 121/07 المؤرخ في 23 ابريل 2007 الذي يحدد تطبيق أحكام المرسوم 11/06 المتعلق بشروط وكيفيات منح امتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز المشاريع استثمارية، ج، ر، العدد 27 بتاريخ 25 ابريل 2017.

أما قانون المالية التكميلي لسنة 2015¹ فقد عدل المادة 05 من الأمر رقم 04/08 لتصبح كما يلي: يرخّص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار، الذي يتصرف كما تطلب الأمر ذلك، بالتنسيق مع المديرين الولائيين للقطاعات المعنية على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة، والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية الاقتصادية، وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات.

يلاحظ إذن تذبذب المشروع الجزائري في اعتناق مبدأ واحد نظرا لتعدد المرافق العمومية التي يمكن تسييرها، عن طريق عقد الامتياز، بل تذبذب موقفه حول طريقة اختيار الملتمزم، حتى لو تعلق الأمر بمرفق واحد، وهو ما يعرض القوانين للتعديل والتتميم، بعد فترات ليست بالمتباعدة، مما يؤثر سلبا على مناخ الاستثمار خاصة بالنسبة لعقود الامتياز، التي يمكن أن يكون فيها الملتمزم شخصا أجنبيا لاسيما وأن عقد الامتياز يستلزم أموالا طائلة من قبل الملتمزم باعتباره قد يتضمن إنشاء الهياكل الأساسية، ناهيك عن ضرورة إجراء التأمينات الإجبارية اللازمة: فضلا عن ضرورة مراعاته لمبدأ سير المرفق العام بانتظام وإضطراد وهو ما يفرض على بعض على المجازفة.

¹ القانون 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015 ج.ر. عدد 78 الصادرة في 31 ديسمبر 2014.

ثانيا: الطلب على المنافسة في ظل صدور المرسوم التنفيذي 18-199

إذا كان الهدف من وراء وضع نظام منافسة كشرط جوهري لإبرام عقود الإدارة العامة وتفويضات المرفق العام، خاصة هو الوصول إلى تحقيق امتياز أفضل المتعاقدين¹، فإن تلبية هذا المطلب لا يمكن إلا أن يتوافر مجموعة من شروط جاءت في المرسوم التنفيذي.

أولا: التعريف القانوني:

عرف المشرع الجزائري الطلب على المنافسة في نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 199/18 "على أنه إجراء يستهدف الحصول على أفضل عرض من خلال وضع عدة متعاملين في المنافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقاءهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة. ويمنح التفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل العرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية حسب سلم تقييم محددة في دفتر الشروط المنصوص عليها في المادة 13 أدناه".

ثانيا: أشكال طلب على المنافسة

جاء في نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 199/18 أنه "يكون طلب على المنافسة وطنيا" ويفهم من مما سبق أن هذا الإجراء على مرحلتين أساسيين وهما:

¹ النوي خرشى، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية وتقنية وتكميلية لمعلومة الصفقات العمومية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2018. ص148.

- مرحلة الانتقاء الأولي للمترشحين:

- بينت المادة 12 من تنظيم تفويض المرفق العام أنه الاختيار الأولي على أساس ملفات المترشحين، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشيح المحددة في الجزء الأول من دفتر شروط وعنوانه، دفتر ملف الترشيح في لوح الإعلان على العروض¹.

- مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد:

- على اثر توجيه دعوة إلى المترشحين الذين تم انتقاءهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر شروط، الذي يتضمن دفتين: دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة شروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح.

الجزء الثاني:

هو دفتر العروض ويتضمن البنود الإدارية والبنود المالية، كما يمكن الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة، وفقا لما جاء في نص المادة 14 و15 من المرسوم التنفيذي المتعلق التفويض المرفق العام². هذا ما جاء في أحكام المرسوم التنفيذي الجديد وهو عكس ما كان في النصوص القديمة والتي كان فيها أسلوب الدعوة للمنافسة كإجراء استثنائي لاسيما في تنظيم عقود الامتياز.

الفرع الرابع: أسلوب التراضي كاستثناء:

جاء في النصوص القديمة المتضمنة لهذا الأسلوب ما يعرف بأسلوب الاعتبار الشخصي وكان يعتبر المبدأ العام في إبرام عقود وخصوصا عقود الامتياز. وستطرق إلى دراسة مقارنة فيما يلي:

¹ المرسوم التنفيذي 18-199، سالف الذكر.

² المرسوم التنفيذي 18-199، سالف الذكر.

أولاً: الاعتبار الشخصي كمبدأ لإبرام قبل صدور المرسوم التنفيذي 18/199

يعتبر مبدأ الاعتبار الشخصي مبدأ معمول به في إطار العقود الإدارية، التي لم يتدخل المشرع الجزائري لتحديد كيفية منحها وانعقادها نظراً لأهميتها أو أهمية محلها، لما ينطوي عليه من مصلحة عامة أو مخاطر لا يتحملها إلا من كان كفى لها، وهو ما يتجسد في عقود تفويضات المرفق العام وخصوص عقد الامتياز الذي لم يتدخل المشرع كأصل عام لتنظيمه، خاصة ما يتعلق بكيفية منحه باستثناء تشريعات متفرقة خاصة ببعض القطاعات، منحت الإدارة المانحة سلطة واسعة في اختيار الملتزم على أساس الاعتبار الشخصي لذي يفهم منه، منح العقد للشخص على أساس الاعتبارات الفنية وشخصية تتوفر لديه هو دون غيره باعتباره يتولى تسيير مرفق عام مهياً ومخصص أصلاً لتلبية وإشباع حاجات عامة وما ينطوي على ذلك من مسؤولية¹، في هذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البني التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، على أنه: "يمنح هذا الامتياز بصفة شخصية محضة ويلتزم صاحب الامتياز في جميع التصرفات القانونية التي يقوم بها في إطار هذه الاتفاقية، مهما تكن طبيعتها باحترام أحكام دفتر شروط المرفق" كما تشير المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 341/11 الذي يحدد كيفية منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل أسفل السدود ونقل المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية²، إلى أن امتياز إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه المنشآت التحويل، التزويد المصانع الهيدروكهربائية غير قابل للتنازل، ولا يمكن أن يكون محل تأجير للغير من الباطن تحت طائلة سقوط الحق.

¹ رقراقي مُجّد زكرياء، "واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرفق العامة في الجزائر" نفس المرجع السابق، ص 63.

² المرسوم التنفيذي 341/11 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011 المحدد لكيفية منح امتياز الموارد المائية، عدد 54 الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2011.

من جهتها تضيف المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 220/11 المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية، بإقامة هياكل تحليه مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية، أو تلبية الحاجيات الخاصة أن امتياز إقامة هياكل لتحليه مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة غير قابلة للتنازل عنه، ولا يمكن أن يكون محل تأجير من الباطن للغير تحت طائلة البطلان، بل وأكثر من ذلك تدخل المشرع الجزائري في بعض الحالات لتحديد المفوض له بصفة حصرية، دون أي إمكانية لمنحة لأشخاص غيره بخصوص بعض المرافق العامة ذات الطابع الاستراتيجي، مثل: امتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب.

وعليه يتضح جليا من خلال هذه المواد اعتماد مبدأ الاعتبار الشخصي، وأهمية صاحب الامتياز للتعاقد مع الإدارة لتسيير المرفق العام على أساس أن تنازل الدولة مؤقتا عن إدارة وتسيير المرفق العام للملتزم، يعد من قبيل تنظيم المرفق العام محل العقد والإمكانية التي تتمتع بها الإدارة في اختيار الملتزم في عقد الامتياز، تقابلها التزامات بضرورة إشباع الحاجات العامة عن طريق تأمين أفضل إدارة وتسيير للمرفق، كما يجد مبدأ الاعتبار الشخصي أيضا أساسه في جملة الالتزامات التي تقع على الملتزم، حيث تفرض عليه سهر شخصيا على تسيير المرفق العام وفقا للطريقة المحددة في العقد، والكيفية التي تسمح بتقديم الخدمات العامة للجمهور وإشباعها بطريقة مرضية للمنتفعين¹، زيادة على ما فرضه ضرورة الاستفادة من إمكانيات الخواص المالية والتقنية في التكفل بأعباء استغلال المرفق².

¹ أبو بكر مُجَّد عثمان، المرجع السابق، ص15

² بلبسط سمية، عقد امتياز خدمات النقل البحري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص:98.

من أهم نتائج تفويض المرفق العام، استناداً لمبدأ الاعتبار الشخصي تتمثل في عدم قابليته للتنازل، بمعنى عدم إمكانية اتفاق الملتزم مع الإدارة المانحة للعقد، على أن يحل محله شخص آخر في تنفيذ العقد، الذي أبرمه معها إلا في حالة وجود نص خاص يحدد إجراءات منع الامتياز وإمكانية قابليته للتنازل من عدمها، على غرار القرار الوزاري المشترك الذي يحدد شروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، الموجهة للإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم 15-281 ، وكذا القانون 03/10 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأمولاك الخاصة للدولة¹.

ونفس الأمر يقال بالنسبة لمدى قابلية عقد الامتياز، للانتقال إلى الورثة الذي لا يتم إلا في حالة وجود نص صريح يشير لإمكانية ذلك.

ثانياً: أسلوب التراضي في ظل المرسوم التنفيذي 199/18

تبين لنا مما سبق أن أسلوب الطلب على المنافسة هو القاعدة العامة في إبرام تفويضات المرفق العام، بما يكفل الحق المشاركة لكل المرشحين، ويقيد من جهة الإدارة بجملة من الإجراءات التي تؤدي في مجملها لعقد الإدارة حرיתה في اختيار المتعامل المتعاقد معها لأسباب موضوعية يأتي على رأسها ضمان الشفافية، وتكريس مبدأ الحرية المنافسة على الرغم من إن القانون تفويضات المرفق العام قد أتاح هامشاً معتبراً في

¹ القانون رقم 03/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأمولاك الخاصة للدولة المادة 13 منه على أنه "يكون هو الامتياز قابلاً للتنازل والتوريث طبقاً لأحكام هذا القانون"

الحرية، اختيار المتعاقد في الحالات وظروف معينة لا يمكن معها إتباع أسلوب طلب المنافسة وهو يعرف

بأسلوب التراضي ¹Le gré à gré

أولاً: تعريف التراضي

يعتبر أسلوب إحدى طرق إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، ويعرف التراضي على أنه: "ذلك الاستثناء في التعاقد الذي يقوم به السلطة المتخصصة دون تعدد تشكيلات المنافسة، وذلك في إطار من المنافسة المفتوحة بين المترشحين للتعاقد مع الاحتفاظ بحرية كاملة في اختيار المتعاقد المناسبة شرط الالتزام بالقواعد المنظمة لهذا الأسلوب"²

وقد نظم أسلوب التراضي في المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بالتفويض المرفق العام بنص جاء صريح في هذا المجال وقد اعتبره كأسلوب استثنائي وفق للمادة 08 منه.

ثانياً: أشكال التراضي

نصت المادة 16 من تنظيم تفويض المرفق العام على أن التراضي يمكن أن يأخذ صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.

أولاً: التراضي البسيط:

وفقاً للمادة 18، فإن التراضي البسيط هو إجراء يقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار المفوض له مؤهل لضمان سير المرفق العام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية

¹ رفاقي محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياقوب، سيدي بلعباس، السنة الجامعية، 2013-2014.

² عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق ذكره، ص: 209

رغم أنه أطلق يد الإدارة في امتياز المتعامل المتعاقد معها، ويمكنها من حق اختيار لغرض تقييدها بحالات اللجوء إلى التراضي البسيط بحيث قيدتها نص المادة 20 بحالات تشمل في:

أ) الوضعية الاحتكارية للمرشح واحد:

وهو الحالة التي تتوفر عندما لا يمكن تنفيذ موضوع التفويض إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية احتكارية¹

ب) الحالات الإستعجالية:

وهي حالات تسمح للمصلحة المتعاقدة إبرام اتفاقية التفويض، وفق إجراء التراضي البسيط وقد نصت المادة 21 على إمكانية تجسيدها في عدة صورة وهي:

- عندما تكون اتفاقية التفويض مرفق العام، سارية المفعول لموضوع إجراء النسخ.

- رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد أجال.

- استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.

وفي حالة التراضي أبسط يقوم اختيار دعوة المرشح إلى تقديم عرض المادة 32.

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة

هو إجراء يسمح بإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام بموجب استشارة بسيطة توجه إلى 03 مترشحين على الأقل، ويمكن القول أنها تجد في هذا الإجراء الحرية والمرونة الكافية في اختيار المتعاقد معها.

كما يمكن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، بتوفر إحدى حالات المادة 19 من المرسوم التنفيذي

18-199 وفي الآتي:

¹ المرسوم التنفيذي 18/199، سالف الذكر.

أ- حالة عدم جدوى طلب كل المنافسة:

وتتوفر هذه الحالة عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة وفي هذه الحالة تم اختيار

المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.

ب- حالة تفويض بعض المرافق التي لا تستلزم اللجوء إلى الطلب على المنافسة:

نظرا لطبيعتها الخاصة، ولم يحددها المشرع بل أحالها على التنظيم بموجب قرار وزاري مشترك، ويتم

اختيار المفوض له من ضمن قائمة معدة سابقا، من طرف السلطة المفوضة وهي ملزمة بإتباع نفس دفتر

شروط¹.

إن نجاح مشاركة القطاع الخاص في إدارة وتسيير المرافق العمومية في الجزائر، بموجب تقنية التفويض يبقى

مرهونا، ليس فقط بالإمكانات المادية والمهنية والتقنية، للمفوض له فحسب بل بصورة أساسية بوجود

ضوابط تتضمنها مبادئ، ستفرض على طرفي العقد، منذ بدأ تكوينه وحتى مرحلة تنفيذه، وهو الأمر

الذي يبقى رهين النصوص التطبيقية لأحكام مرسوم 2015 ويقصد بذلك المرسوم التنفيذي

199/18 التي ستحكم تفويض المرافق العمومية، وكذا لتوجهات المشرع والغايات التي يرمي من خلالها

لتطبيق تقنية تفويض المرافق العامة رغم وجود تجارب سبقت صدور مرسوم الرئاسي 247/15 كمرفق المياه

والاتصالات والنقل².

أما عن التساؤل حول مدى قدرة تفويض المرفق العام على التوفيق بين تأمين المرفق العام وغايات

المفوض له الاستثمارية، فيبقى المكلف بتسيير المرفق العام خاضعا لمبادئ المرفق العام .

¹ المرسوم التنفيذي 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام. المرجع السابق.

² صالح زمال بن علي، المرجع السابق، ص 169

الفصل الثاني:

قابلية الأمر 03/03 للتطبيق
في مجال تفويضات
المرفق العام

يمكن تعريف قانون المنافسة على أنه مجموعة القواعد التي تتحكم في المنافسة أو التزاحم بين المتعاملين الاقتصادية في المحافظة على العملاء، وقد وسع القانون 05/10 المتعلق بالمنافسة بمجال تطبيقية سؤال على أشخاص أو النشاطات.¹

كما يهدف الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم إلى تنظيم المنافسة الحرة، وتحديد قواعد حمايتها قصد تنشيط الفعالية الاقتصادية وتحسن ظروف معيشة المستهلكين في جو يسمح ضمان الشفافية والنزاهة، في العلاقات الاقتصادية،² واعتبارا لهذه الأهداف فالأمر يتعلق بالشرعية العامة، التي تضبط بها ممارسة حرية المنافسة في كل مناحي أنشطة الإنتاج وتوزيع و الخدمات.

ولما كانت هذه القواعد القانونية مكملة لبعضها البعض فإنه لا بد من توضع العلاقة الممكنة بين الأمر 03/03 المعدل والمتمم باعتباره الشريعة العامة للمنافسة والمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا المرسوم رقم 199/18 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام .

¹ باطلي غنية "نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر"، مجلة المفكر العدد الثاني عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د س ن، ص 335.

² المادة الأولى من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، ج، ر، العدد 43 بتاريخ 20 جويلية 2003.

ورغم أن كلا النصين لم يتضمنا بصفة مباشرة أي إحالة أو ربط بين الأحكام العامة للمنافسة والأحكام الخاصة بالتنافس لئيل عقود تفويض المرفق العام، فإن ذلك لا يعني القطعية بينهما¹، طالما أنه من المتيسر استنباط عناصر التقاطع الجامعة، بين أحكامها بالنسبة لقابلية امتداد قانون المنافسة المرفق العام (المبحث الأول) أو على مستوى إمكانية اللجوء إلى مقتضيات الأمر 03/03 المعدل المتمم، لقطع دابر الممارسات المقيدة للمنافسة عند إبرام تفويضات المرفق العام (المبحث الثاني).

المبحث الأول: امتداد قانون المنافسة إلى تطبيق مجال تفويضات المرفق العام

إن مسألة امتداد تطبيق قانون المنافسة إلى تفويضات المرفق العام لطرح عدة أسئلة جوهرية تتمحور حول المقاربة بين قانون المنافسة وعقد تفويض المرفق العام، المطلب الأول مما يقودونا حتما إلى إمكانية تطبيق قانون المنافسة على تفويضات المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقاربة بين قانون المنافسة و تفويض المرفق العام

تتضح أوجه التوافق بين تفويض المرفق العام وقانون المنافسة فإذا كان التفويض هدفه تنظيم المرافق العمومية²، وتسييرها بأحسن طريقة، مما يحقق المصلحة العامة

¹ رقرقي محمد زكرياء ، الحماية القانونية .لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 107

² أوقرفوز نوال - مناصرة سهيلة ، خضوع العقود الإدارية لقواعد المنافسة، مذكرة نيل شهادة الماستر في حقوق، تخصص قانون أعمال - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية- السنة الجامعية 2013-2014 ، ص 68.

فإن قانون المنافسة بدوره ينظم السير الحسن للمنافسة بعدم تفضيل مؤسسة على حساب أخرى، وهذا ما سنتطرق إليه في أربعة فروع أولها توافق بين أهدافهم (الفرع الأول) ثم مجال اختصاص وفقا للأمر 03/03 (الفرع الثاني)، ثم نتطرق إلى (الفرع الثالث) علاقة بين قانون المنافسة ونجاعة الخدمة العمومية طبيعة وأخيرا (الفرع الرابع) علاقة بين قانون المنافسة والطلب العمومي، باعتبار أن طلب العمومي هو أساس إيجاد المرافق وتجهيزها.

الفرع الأول: التوافق بين أهداف النظامين

إن مجموعة أهداف التي يسعى إلى تحقيقها كلا من قانون المنافسة وتفويض المرفق العام، تعتبر نفس أهداف في مجال العقود الإدارية لأنها تتوافق في حماية المال العام.

من جهة أولا وحماية المترشحين إلى العقد من تعسف الإدارة المتعاقدة، من جهة أخرى ثانيا.

أولا) حماية المال العام:

تتعلق عقود الإدارة العامة وعقود تفويض المرفق العام خاصة كما رأينا في الفصل الأول بتسيير واستهلاك الأموال العمومية¹، وتعرف الأموال العامة بأنها تلك

¹ جميلة حميدة" مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية" الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام ، يوم 20 ماي 2013 كلية الحقوق، جامعة يحي فارس المدية ص05.

أموال التي يتم تخصيصها للمنفعة العامة، وهي مجموعة الأموال النقدية التي يتم التصرف فيها عند إبرام العقود الإدارية قصد بناء واستغلال وتطوير المرفق العام، لتحقيق المصلحة العامة، و الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها أو حجزها أو تملكها¹ إذن كلاهما يتفقان من خلال العمل على حفاظ على المال العام، فتفويض المرفق العام، يخضع إلى قانون إداري الذي بدوره يهتم بدراسة المال العام و ما يحكمه من قواعد وأحكام القانونية كما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وتعتبر عقود التفويض المرفق العام جزءا من عقود إدارية التي تعتبر من أهم أموال العمومية التي يسهر قانون المنافسة على حمايتها من كل ممارسة، أو نشاط يمكن أن يؤدي إلى مساس بسلامتها فيعمل هذا القانون على ضمان المساواة بين المتعهدين وضمان الإعلام بالمنافسة، واحترام مبادئ الوصول إلى الطلبات العمومية.

فكلاهما يهدفان إلى حسن استغلال المال العام، بإضافة إلى محاربة تلاعب بطلب على المنافسة واستغلال المسؤولين لنفوذهم واختلاسهم للأموال العامة.²

ثانيا) حماية المرشحين من التعسف الإدارة

إن المركز الذي تتمتع به الإدارة في مجال العقود الإدارية، بما فيها عقود تفويض المرفق العام، ومنحها امتيازات الكثيرة في كافة المراحل التي يقوم بها في

¹ أنظر المادة 68 من الأمر 75 - 58 المتضمن القانون المدني

² أوقروز نوال - مناصرية سهيلة، المرجع السابق، ص72.

إبرام العقد، أدى إلى ضعف المركز المتعاقد مع الإدارة التي يمكنها اللجوء إلى وسائل القانونية لضغط على المتعامل المتعاقد.

ويظهر جلياً أن كل من قانون تفويض المرفق العام المتمثل في المرسوم التنفيذي 199/18 والمرسوم الرئاسي 247 /15 المتعلق بصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وقانون المنافسة الأمر 03/03 المعدل المتمم يشتركان في الهدف واحد هو الحماية من تعسف الإدارة المتعاقدة في استعمال امتيازاتها، ويعرف امتياز السلطة العامة على أنه تلك الوقائع وأنظمة التي تصدرها الإدارة بإرادتها أثناء التعاقد، وقانون إداري وضع أساساً للحماية من تعسف السلطة العامة فبإمكان المتضرر أن يلجأ إلى القضاء الإداري باعتباره صاحب الولاية العامة في المادة الإدارية،¹ بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 أما بالنسبة للقانون المنافسة فإنه يهدف إلى حماية المتعاملين المتعاقدين من خلال فتح مجال أمامهم إخطار المجلس المنافسة بكل المخالفات التي تعيق المنافسة الحرة.

الفرع الثاني: مجال الاختصاص وفقاً لقانون المنافسة

تطرح مسألة قواعد الاختصاص وفقاً لأمر رقم 03/03 التطرق للمجال المعني بتطبيق أحكام هذا القانون سواء بالنسبة لموضوعه أو الأشخاص المعنيين به ثم دراسة إشكالية خضوع الشخص العام لقانون المنافسة وحدود تطبيق هذا القانون في المجال المعنى بهذه الدراسة أي مجال التفويضات المرفق العام.

¹ أوقروز نوال - مناصرة سهيلة، المرجع السابق، ص73

ويتحدد مجال تطبيق قانون المنافسة بالاستناد إلى معيارين: أولهما النشاط الاقتصادي، وثانيهما من حيث الأشخاص المعنيين بتطبيقه.

- أولا: مجال تطبيق قانون المنافسة من حيث النشاط الاقتصادي

- يتحدد مجال تطبيق قانون المنافسة على فكرة النشاط الاقتصادي التي أقرتها المادة 02 من قانون المنافسة، والتي حصرته في مجالات الإنتاج والتوزيع والخدمات، بمعنى أن مجال تطبيق قانون المنافسة يتحدد بمجموعة النشاطات التي حددها القانون المتعلق بالمنافسة، وذلك لا يعني بالضرورة أن يكون ثمة مقابل ما يلي للنشاط، إنما تكون العبرة في مدى تأثير النشاط على سوق السلعة والخدمة فنجد على سبيل المثال أن مجال قانون المنافسة قد يمدد إلى تجمعات غير ربحية، مثل النقابات والتعاونيات، متى كان لنشاطها تأثير على سوق الخدمة أو السلعة، مثل قرار تنظيم نقابي بمقاطعة بضاعة معينة، حيث قد يعتبر ذلك من الأعمال المدبرة، حسب مفهوم المادة 06 من قانون المنافسة، والتي قد تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها، أو الإخلال بها.

- ثانيا: تطبيق قانون المنافسة من حيث الأشخاص

بين المشرع الجزائري من خلال المادة الثانية من الأمر 03/03 النشاطات المشمولة¹ بمقتضيات هذا القانون بتأكيد على أنه يطبق على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميين

¹ الأمر 03/03 سالف الذكر.

إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام، وعليه يكون النشاط الاقتصادي سواء الإنتاجي أو التوزيعي أو الخدمي هو العبرة ، عند تحديد مجال أعمال قانون المنافسة، بغض النظر عن طبيعة العون الاقتصادي الممارس لهذا النشاط، من حيث كونه شخصاً خاصاً أو عاماً، فيما عدى الحالات التي يتدخل فيها هذا الأخير، باعتباره سلطة عامة¹ وهي الوضعية التي نجدها في مجال التفويضات المرفق العام،

وبالتالي فإن اصطلاح المؤسسة بمفهوم قانون المنافسة، لا يمكن قصره على الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة، بل يمتد إلى كل شخص يمارس نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، حسب المفهوم الوارد في المادتين 03/02، من الأمر 03/03 متى ثبت قيامه بنشاط اقتصادي، متمثل في منح سلعة أو تقديم خدمة داخل نطاق سوق معين، ما لم يتقرر ارتباط النشاط بمصلحة عامة أو كان ضرورياً لتحقيقها.

الفرع الثالث: قانون المنافسة ونجاعة الخدمة العمومية

نص المشرع الجزائري في المادة 03 من المرسوم المتعلق بتفويض المرفق العام على أنه « يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ

¹ محمد كتنو الشريف ، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02 - 04، منشورات بغداددي، ص 39.

المساواة والاستمرارية والتكيف مع ضمان معايير الجودة و النجاعة في الخدمة العمومية»¹

يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد ربط بين تفويض المرفق العام ونوعية الخدمة المقدمة وجعلها كضمان أساسي.

أولا: مفهوم الخدمة العمومية

1- تعريفها:

أ) مجموعة الأنشطة التي تقدمها الدولة أو الجهة الرسمية في بلدها و المصالح العامة لجميع المواطنين، فالحاجة التي تدفع لتقديمها المتعلقة بعموم الشعب ولا تختص بالفئة دون أخرى، وتتحمل الدول مسؤولية أن أي تقصير في تقديمها.

ب) كما أنها عبارة عن أي عمل رسمي صادر عن المؤسسات الدولة المختلفة من وزارات وهيئات مجالس البلدية ومراكز الشرطة، ومحاكم وغيرها، وهي خدمة لا تتلقى الدولة مقابلها المالي، دائما ففي نزاعات وحفظ الأمن مثلا فإنها لا تجني من ورائها المال من المواطنين، لكنها أحيانا تأخذ مقابلا مثل الخدمة الكهربائية من خلال دفع الفواتير.²

¹ المرسوم التنفيذي 199/18 سالف الذكر.

² عطار نادية ، التسيير العمومي الجديد كأداة لتحسين القطاع العام، مذكرة ماجستير تخصص العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص ص 55-57.

2- معايير الخدمة العمومية:

لها عدة المعايير وهي نفسها مبادئ العامة للمرافق العمومية

أ) المساواة: فلي جميع المواطنين الحق تلقي الخدمة العمومية، دون تمييز على أساس الجنس أو اللون أو العرق والدين.

ب) الديمومة: إن ما يميز الخدمة العمومية، أنها لا تنتهي كونها متواصلة، مما يتطلب من الدولة وضع مخطط من اجل حفظ الخدمة العامة من التوقف بسبب عدم تمويل وإضراب الموظفين.....¹

ج) التطور: يجب أن تواكب الخدمات العمومية أشكال التقدم ولا سيما التكنولوجيا من كالتحديث وسائل النقل العام، وطرق تسديد الفواتير مثلا.

ثانيا: العلاقة بين قانون المنافسة ونجاعة الخدمة العمومية
إن قانون المنافسة يرتبط بالدرجة الأولى بالاقتصاد، بحيث يعرف غالبا بقانون اقتصاد، أي ذو صلة بنشاط مؤسسات في سوق خاضعة لمبدأ الحرية المنافسة ويظهر من خلال الغاية التي يسعى إلى تحقيقها من حيث نص المادة الأولى منه، فهو يسعى لتحسين المعيشة المستهلكين، وهو نوع من الخدمة العمومية، ويرتبط المرفق العام لوجود منتفع، فالهدف من وجود المرفق العامة لتحسين الخدمات لفائدة المنتفعين، ومع فتح قطاع الشبكية على المنافسة، وتدخل عدة

¹ عطار نادية، نفس المرجع السابق، ص ص: 58-60.

المتعاملين زاد الحرص على الحماية، مستعملي هذه المرافق من خلال إلزام المتعاملين باحترام قواعد الأمن أثناء الممارسة نشاطهم وكذلك الحال في مجال الكهرباء والغاز حيث تنص المادة 03 منه من القانون 01/02¹ «يهدف المرفق العام إلى تمويل الكهرباء والغاز عبر مجموع التراب الوطني في أحسن شروط الأمن».

إذا تعتبر نوعية الخدمة رهان يلعب عليه المتعاملين الاقتصاديين قصد جلب أكبر العدد من المنتفعين، وكنتيجة لخضوع المرافق العامة لقانون المنافسة، ثم إعادة صياغة فكرة المرفق العام الذي ظهر بالوجه الجديد، هو الخدمة العامة أو المرفق لصالح الجميع، ويظهر تأثير المنافسة الحرة عليه من خلال إرساء المبادئ الجديدة تعزز المبادئ الكلاسيكية للمرفق العام النوعية، الأمن، الحماية، البيئة وحماية المستهلك.²

الفرع الرابع: طبيعة العلاقة بين قانون والمنافسة والطلبات العمومية

يتم إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام في ظل احترام مبادئ وصول إلى الطلبات العمومية، وعليه أن مسألة العلاقة بين قانون المنافسة والطلبات العمومية تعتبر فسخ واضح، لدرجة جعلت بعض الباحثين في فرنسا يرون أن قانون الطلبات العمومية

¹ القانون 02-01 المؤرخ 05 فيفري 2002 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، سالف الذكر.

² عيساوي عز الدين « ضبط المرافق العامة ، نموذج مرفق المياه.»، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ب د س ن ، ص

¹قابل للذوبان في القانون المنافسة كما واصل القضاء الإداري في فرنسا ممثلاً في مجلس الدولة استعمال عبارة " مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية على الرغم من أنه لم يحدد معاً لهما بدقة".

ومع ذلك يبقى الغموض يطبع العلاقة بين كلا من القانونين - أي قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية .

وباعتبار ان مفهوم المنافسة المعتمد في تنظيم الصفقات العمومية نجده يستجيب لمنطق معين من تلقاء نفسه بما في ذلك تحقيق المبادئ والأهداف الأساسية الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام هي مبادئ مختلفة بعض الأشياء عن تلك المعتمدة في قانون المنافسة بالمعنى الدقيق للكلمة.

وعلى الرغم من اختلافات التي تميز قانون المنافسة عن مجال الطلبات العمومية، إلا أنه يوجد عدة معطيات من شأنها أن تقرب بين القواعد هاذين النظامين، حيث نلاحظ بفرنسا أنه منذ إدماج قانون المنافسة من قبل القاضي الإداري في مجال الشرعية الإدارية أصبح قانون الصفقات العمومية يأخذ بعين الاعتبار بشكل أكبر مقتضيات قانون المنافسة، دون إنكار خصوصية وقد تجسد ذلك من خلال دمج بعض أحكام هذا القانون في مجال عقود الإدارة بالموازاة مع القرار بضرورة وضع قواعد خاصة بالدعوة للمنافسة، في إطار التوفيق بين

¹ رقراقي مُجّد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 95-96

الأهداف كلا القوانين وضمان عدم تصادمها وبالتالي ضمان عدم التعدي على اختصاص مجلس المنافسة، وتوضيح صلاحيات القاضي الإداري بشأن ضمان نزاهة الدعوة المنافسة زيادة على دعوته لقبول تطبيق قانون المنافسة على الأفعال التي يأتيها الشخص العام.¹

وعلى هذا الأساس، قام القضاء الإداري الفرنسي بإدماج مقتضيات المنافسة بشكل واسع عند نظرة المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، زيادة على تلك المقررة بشأن الدعوة للمنافسة مما أدى إلى وضع الخطوط العريضة لمبدأ المساواة في الحصول على المشتريات العامة على وجه التحديد و تأطير وفقا لقانون المنافسة بشكل يدعم قدرة المتعاملين الاقتصاديين على التقديم عروضهم بدون أي تمييز.

واحترام قواعد المنافسة المقررة في القانون الصفقات العمومية، حيث تم إقرار حق المترشح في إخطار قاضي الاستعجال قبل التعاقد في حالة وجود إخلال بسير إجراءات المنافسة قبل توقيع العقد من أجل اتخاذ الإجراء المناسب بخصوص الأوجه المثارة من طرف المترشح لاسيما عدم احترام قواعد الاشتهار والمنافسة.

وبمجرد إقرار هذا الإجراء ثم التساؤل حول كان قانون المنافسة يمكن أن يكون مرجعا لقاضي الاستعجال بخصوص تقدير وجود إخلال بقواعد المنافسة وهو التساؤل الذي رد عليه مجلس المنافسة ايجابيا في قرار Bouygues المؤرخ في

¹ رراقي محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق ص 102-103.

02 جويلية 1999¹ الذي أشار من خلال إلى التجاهل الإدارة لإحكام المادتين 1- L.420 و 2- L.420 من قانون التجاري الفرنسي يمكن أن يشكل سببا قانونيا وجيها للتدخل قاضي الاستعجال، على أن ذلك يقتضي حسب هذا القرار توفر بعض الشروط الهامة مثل ضرورة أن يكون الإخلال مرتكبا من طرف أحد المشتريين العموميين وليس من طرف مقدمي العروض ومن ناحية أخرى يجب أن يمس هذا الإخلال بمبدأ المساواة في معاملة المترشحين للصفقة، وبالتالي يمكن القول أن العلاقة بين القانون المنافسة والطلبات العمومية هي العلاقة التكاملي حيث أن كلا المجالين تحكمهم قواعد، وبالتأكيد المختلفة، ولكن المقاربة، إذ نستنتج من خلال ما سبق أن القواعد الدعوة للمنافسة يمكن اعتبارها مكونا Compositant من مكونات قانون المنافسة.

المطلب الثاني: إمكانية تطبيق قانون المنافسة على تفويضات المرفق العام

لم يتوقف نطاق تطبيق قانون المنافسة على التصرفات التي يأتيتها الأشخاص العمومية بصورة فردية في شكل قرارات الإدارية فقط، بل اتسع مجاله ليشمل حتى التصرفات التي يأتيتها الإدارة في صورة تعاقدية، ضمن العلاقات التي تربطها بالإنفراد أو بالأشخاص القانون الخاص خاصة عن طريق إبرام الصفقات

¹)CEA Juillet , 1999 Ste anonyme Bouygues et autres N206749. Rec. p266, cjeg1999 p620concl La solution a été rendu en L'espece en Matier de délégation de service public. voyes: serino Aldo Le memento du rèfèr précontractuel , procédure , Moyens et jurisprudence, éditions, eyrolles ,2008, p142.

العمومية وعقود تفويضات المرفق العام، إذ يجب على المتعامل المتعاقد الأخذ بعين الاعتبار مبدأ الحرية المنافسة، سواء في مرحلة الإبرام الأولية أو في مرحلة المنح النهائي على غرار ما كرسه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 02 الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل المتمم « .أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية بدأ من نشر الإعلان على المنافسة إلى غاية منح¹ »

وباعتبار أن التفويض المرفق العام هو وسيلة في يد الشخص العام للاستعمال وسير المال العام في إطار المرفق العامة، مما يجعلها مجالا حيويا للتنافس بين المتعاملين الاقتصاديين، وبالتالي إخضاع هذه العقود إلى مجموعة من المبادئ التي يجب احترامها لتكريس لمبدأ حرية المنافسة.

في هذا المجال ومن هذا إمكانية إدراج أحكام قانون المنافسة في مجال تفويضات المرفق العام، عاملا يساهم في إعطاء المزيد من الدعم لأحد الميادين الأساسية، أن القانون المنافسة مجال واسع من حيث الأشخاص حيث يخضع لأحكامه كل من الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاص أو العام، هذا ما كرسه قانون المنافسة بموجب المادة الثانية منه التي تنص على تطبيق أحكام هذا الأمر على ما يلي: "وتلك التي يقوم أشخاص معنوية عمومية" فحسب المادة يخضع أشخاص القانون العام مثلهم أشخاص الخاص لقانون المنافسة، رغم تمتعهم بامتيازات

¹ نصيرة قيراطي، تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية ، مذكرة شهادة الماجستير تحقيق قانون أعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي، 45 قللة، السنة الجامعية 2015-2016، ص91.

وصلاحيات السلطة العامة وقد طرحت مسألة مدى خضوع الأشخاص العامة لقانون المنافسة في فرنسا قضية مدينة بامي، عندما قررت إلغاء امتياز المرفق العام، الممنوح للمؤسسة توزيع المياه، ومنحه لمؤسسة أخرى، فادعت المؤسسة الأولى بأن هذا القرار محل بالقواعد قانون المنافسة تطبيقاً لأحكام المادة 07 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 فقامت بإخطار مجلس المنافسة، وأعلن هذا الأخير عدم قبول الأخطار، وقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى عكس ما قررت مجلس المنافسة أي قابلية المادة 07 للتطبيق على موضوع النزاع و قام باتخاذ إجراء وفق آثار الامتياز الممنوح¹ وتطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام هو مبدأ الذي يجدد تطبيق قانون المنافسة على العقود الإدارية لأنه يستلزم ليكون للعقد إدارياً أن يكون أحد أطراف الصفقة العامة وعقود تفويضات المرفق العام بصفته الخاصة وهو ما كرسه المشرع في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 199/18.

الفرع الأول: نطاق تطبيق قانون المنافسة على تفويضات المرفق العام

يمكن القول أن تطبيق قانون المنافسة على تفويضات المرفق العام لا يثير أي إشكال، بعد إدخال قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية، موازاة مع إدخال المشرع الجزائي، من جهة أخرى التعديلات الضرورية في ظل قانون

¹ رفاقي محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 104 – 110.

الصفقات والتفويضات المرفق العام سنة 2015 وكذا المرسوم التنفيذي 199/18 من أجل حماية مبدأ المنافسة الحرة في جميع التعاقدات الإدارية بحيث يشكل أي إخلال بحرية المنافسة في تفويضات المرفق العام من طرف الإدارة المفوضة مجالاً لتدخل القاضي الإداري من أجل الفصل فيه ولا يمكن لمجلس المنافسة صلاحية المتابعة هذا الإخلال.¹

ويعود تطبيق قانون المنافسة على العقود الإدارية في الجزائر إلى الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة بحيث يفهم ذلك ضمناً من خلال المادة 02 والتي تنص على ما يلي وتطبق أيضاً على كل العقود والاتفاقات **والمشتريات** أو الاتفاقات التي يقصد بها إنجاز نشاطات الإنتاج أو توزيع سلع وخدمات فمن خلال عبارة الجمع كل يفهم إطلاق الحكم على كل العقود أي لا يتسنى أي عقد من تطبيق أحكام الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة كل ما محله يتعلق بإنجاز نشاطات أو التوزيع سلع الخدمات.²

وهو ما أشارت إليه المادة 06 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم، حيث تنص على مايلي " تحضر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات، والاتفاقات الصريحة، عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة المنافسة أو الحد منها أو الإخلال لها في نفس السوق أو في جزء جوهري ..."

¹ رراقي محمد زكرياء ، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق ص111.

² نصيرة قيراطي، المرجع السابق، ص: 100 - 101.

وبالاعتماد على المادة يكون المشرع قد شمل كل تصرف يتضمننا توافق ويطابق الإرادات أيا كان شكله القانوني الذي يظهر به لما في ذلك العقود الإدارية خاصة الصفقات العمومية باعتبارها أعمال القانونية، ونفس الحال بالنسبة لعقد تفويض المرفق العام، وبالتالي مادام تطبيق قانون المنافسة مرتبط بالنشاط الاقتصادي فإنه لا يمكن أن يخرج العقود لها من تأثير على الحرية، المنافسة باعتبارها صورة من صور الاتفاقات، المنصوص عليها ضمن أحكامه ما دام أن إجراءات الإبرام ومنح عقود التفويض المرفق العام لا تختلف عن ما هو معمول في الصفقات العمومية: فلا مانع من إخضاع عملية إبرام عقود النصوص المرفق العام للحضر المقرر على الاتفاقات المنافسة للمنافسة التي قد يقع بين المترشحين على غرار ما **استدركه** المشرع الجزائري حول قانون المنافسة للصفقات العمومية، وذلك بصدور القانون امتداد 08 / 12 حيث تنص المادة 02 منه على تطبيق أحكام هذا الأمر على ما يلي الصفقات العمومية بدءا من نشر الإعلان عن المنافسة إلى المنح المؤقت للصفقة¹ وعدا المادة 06 من نص القانون التي تنص على السماح بمنح الصفقة لفائدة أصحاب هذه الممارسات.

¹ المادة 02 من قانون 08 - 12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المتضمن تعديل الامر 03/03 المتعلق بالمنافسة ،ج،ر، العدد 36

بتاريخ 02 جويلية 2008.

الفرع الثاني: تطبيق قانون المنافسة على المترشحين لنيل عقود تفويض المرفق العام.

تعد أشكال تطبيق قانون المنافسة عند إبرام عقود التفويض المرفق العام أن يفتح المجال للمنافسة بين أشخاص قانون العام والخاص وذلك عن طريق تقديم عرض **سري** في ظروف محترم لا يفتح إلى من قبل لجنة **اختيار وانتقاء** العروض وذلك بعد عملية تقييم العرض التقني والمالي ويمنح عملية لصاحب أحسن العرض والتطور للمصالح الشخصية، التي مصدرها عقد تفويض للمرفق العام، فالكل سيعمل بشتى الطرق والوسائل من أجل الحصول عليها، وذلك منذ نشر الطلب على المنافسة إلى غاية مرحلة اختبار المرشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة .

وكل من له إمكانية اتصال بالأعوان الآخرين لاتفاق على عروض مماثلة أو حول تقديم عطاءات ضرورية أو الاتفاق على منع شخص من المشاركة في تقديم عطاءات، وهو بالذات إن ما قصده المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.¹

وعليه فإن الممارسات المنافية للمنافسة التي يمكن أن يتخذها المترشحين في إطار المنافسة، تظهر على شكل اتفاق صريح أو من دون التقييد بشكلية معينة ، كما

¹ صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام في قانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، فرع

قانون عام كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص 65.

يمكن أن يأخذ شكل التنسيق بين العروض أو تبادل المعلومات، بين المترشحين وحجم المشروعات والأسعار المقدمة من قبل التاريخ المحدد للبحث في طلب على المنافسة، ولا يتم ذلك بالاتفاقات بوسائل أخرى مثل التعسف في وضع الهيمنة بناء على ذلك تجد أن غاية قانوني للمنافسة في حماية السوق والاقتصاد إضافة إلى حماية المصالح المتعاملين الاقتصاديين من خلال فتح المجال لهم.

الفرع الثالث: تطبيق القانون المنافسة على الإدارة المفوضة

لا يقتصر تطبيق أحكام قانون المنافسة في تفويضات المرفق العام على المترشحين فقط، بل يمتد مجاله ليشمل حتى الإدارة المفوضة، وهذا يعني أنه يمكن أن ينتج عن الإدارة ممارسات مقيدة للمنافسة، أثناء قيامها إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، كأن تقوم الإدارة المفوضة بمنح عقد التفويض لأحد الأعوان الاقتصاديين أصحاب اتفاق أو الممارسة المحظورة مع علمها بذلك فهي بذلك تعتبر متواصلة معهم، وبذلك تكون قد خالفت قانون المنافسة، مما يفتح المجال لكل مصلحة الطعن في القرار منح عقد التفويض، وعلاوة كل هذا يمكن ليد الإدارة أن تمتد وتتدخل أيضا في هذه التدابير عن طريق المحاباة والرشوة¹ وعليه يجب عليها أن تحترم كل إجراءات ومبادئ إبرام كما رأينا في المبحث الثاني من الفصل السابق، كما يجب أن تأخذ بعين الاعتبار قواعد قانون المنافسة عند إبرام

¹ بوزيرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة.، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون السوق، كلية الحقوق،

اتفاقية تفويض المرفق العام، خصوصا بعد ما تم إلغاء المرسوم الرئاسي 236/10 قانون الصفقات العمومية السابق بموجب المرسوم 247/15 والذي نصت المادة أولى منه "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقا للقوانين وتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم"، كما انه تخضع الاتفاقيات تفويض إلى المبادئ المنصوص عليها ، لاسيما بوجود العديد من النصوص التي جعلت من التفويض معلق على تنظيم الدعوة إلى المنافسة وبالتالي إلزام الإدارة المفوضة باختيار الأكفأ المتقدمين من ناحية التقنية والمالية على غرار ما هو المعمول به في فرنسا التي شددت مجموعة من النصوص هامة منها من القانون التجاري الفرنسي ،على الوجوب منح التفويض بعد إشهار المسبق وعلى إدارة فتح باب أمام الترشح أكبر قدر من المتعاملين الاقتصاديين¹.

الفرع الرابع: استثناءات تطبيق قانون المنافسة على المرفق العام وصلاحيحة

السلطة العامة

اثر صدور القانون 08-12 الذي يعدل ويتم الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المشرع الجزائري اعترف **بمبدأ** خضوع الأشخاص المعنوية العامة بصفتها الإدارة عامة لقواعد قانون المنافسة.

¹ المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر.

إلا أن المشرع الجزائري قيد هذا الخضوع بإسناد نصت عليه الفقرة الأخيرة من نص المادة 02 والتي تنص عنه. "... غير أنه لا يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة"¹، فمن خلال مصطلح ألا يعيقهم ، يفهم أن تطبيق هذه الأحكام مرهون بشرط عدم إعاقتها لمهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة .

كان المشرع الجزائري في ظل الأمر 03/03 يستبعد نهائيا تطبيق أحكام هذا القانون على الأشخاص العامة، اذا ما تصرفت كسلطة عامة ، وذلك طبقا للمادة 02 منه ولكن في ظل تعديل 2008 أصبح يقتصر الأمر على الإعاقة فقط أي بمفهوم المخالفة تطبيق قانون المنافسة على أداء مهام المرفق العام، وصلاحيات السلطة العامة.²

لكن ماهي المهمة الرئيسية التي أنشأت من أجلها المرافق العامة وصلاحيات السلطة العامة ، والتي تتوقف عندها حدود قواعد قانون المنافسة ولإجابته على ذلك لابد من التطرق الى .

¹ نصيرة قيراطي، المرجع السابق ص ص: 106-107.

² نصيرة قيراطي، نفس المرجع السابق، ص 108.

أ) المصلحة العامة كهدف رئيس للمرفق العام وصلاحيات السلطة العامة

يرتبط مفهوم المرفق العام ارتباطا واسعا بالمصلحة العامة حيث تعتبر هذه الأخيرة هي الهدف الأول، الذي يسعى إليه المشرع من خلال إنشاء هذا المرفق وكذا من خلال ممارسة باقي امتيازات السلطة العامة في الدولة.

ويعتبر دوجي المصلحة العامة انها " أنواع النشاط أو الخدمات التي تصدر الرأي العام في وقت من أوقات وفي دولة معينة، أن على الدولة القيام بها نظرا لأهميتها للجماعة ولعدم إمكانية تأديتها على الوجه الأكمل بدون تدخل الدولة المتزايد في المجالات المتروكة للأفراد خاصة وان تقدير أهمية الخدمات التي يجب إشباعها عن طريق المرافق العامة، فهي بذلك تلك الخدمات التي يعجز الأفراد بوسائلهم الخاصة عن إشباعها¹ ومن هذا فالجهة التي تقرر المصلحة العامة في السلطات العمومية الدولة وجماعات المحلية، فهي المكلفة بتقدير هل هنا حاجات عامة يجب تحقيقها .

ب)إعاققة قانون المنافسة للمهام المرفق العام وصلاحيات السلطة العامة

إذا كان القانون الإداري هدفه المصلحة العامة، فإن قانون المنافسة بدوره ينظم سير حسن للمنافسة بعدم تفضيل مترشح على آخر، بذلك يضمن المصلحة العامة، وهناك الأهداف تتجلى في قانون المنافسة الجزائري، إذ نجد أول تكريس لهذه أهداف في أول قانون كرس المنافسة صراحة وهو الأمر 06/95

¹مُجَّد سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري، نظرية المرفق العام، دار الفكر العربي، الطبعة العاشرة ، ص23.

المتعلق بالمنافسة الملغى وعليه نجد أن الغاية التي يهدف إليها القانون المنافسة هي نفسها في قانون الملغى، أو قانون ساري المفعول والمتمثلة في ما سبق في زيادة فعالية اقتصادية، وتحسين ظروف المعيشية المستهلكين أي تحقيق هدف اقتصادي واجتماعي ينصب في مضمون المصلحة العامة¹.

وعليه لا بد من تقديم المصلحة العامة على قواعد المنافسة لكن يشترط أن تحقق هذا الاستبعاد الهدف المرغوب، فمثلا نجد المرافق تم منح اتفاقية تفويضها عن طريق **التراضي** بسيط وذلك راجع إلى ما جاء في المادة 20 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، وهدف من ذلك تحقيق المصلحة العامة على حساب المنافسة، وبالتالي استبعاد تطبيق قانون المنافسة إذا كان هذه الأخيرة تسببت في إعاقتها أو حالة دون تحقيقها (المصلحة العامة) للمنافسة .

المبحث الثاني: صور بعض الممارسات المنافية للمنافسة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام.

تجدر الإشارة إلى أن قانون المنافسة يعتبر سندا جيدا كفيل بإمداد مجال العقود الإدارية، بحماية قانونية فعالة خصوصا في مجال مجابهة الممارسات المقيدة للمنافسة الممكن إتيانها خصوصا من طرف المتنافسين مما يحتم علينا دراسة، دور

¹كتو محمد الشريف "قانون المنافسة والممارسات التجارية" المرجع السابق. ص ص 28-30.

هذا القانون في مواجهة مثل هذه الممارسات ، لاسيما أن سوق عقود تفويضات المرفق العام يعتبر مجالا خاصا لوجودها.¹

قد يلجأ المتعاملون الاقتصاديون في معظم الأحيان إلى مضاعفة قوتهم، الاقتصادية في السوق، عن طريق استعمال أساليب تتنافى مع قواعد المنافسة الحرة، فتتنظيم المنافسة وفق الضوابط المنصوص عليها بالنظام القانوني للصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام لا يمنع من خلق اتفاقيات منافسة للمنافسة، أو وضع مهين أو تركيز اقتصادي وغيرها من الممارسات المقيدة.

ويتعلق الأمر بالممارسات المنافسة لقواعد المنافسة المذكورة في الأمر رقم 03/03 التي يحتمل أن تنجم عن إقدام بعض المنافسين على إبرام اتفاقيات مقيدة للمنافسة فيما بينهم أو الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على سوق

- المطلب الأول: حضر الاتفاقات المقيدة لمنافسة في تفويضات المرفق العام

إن موضوع حظر الاتفاقات الاقتصادية، يرتبط بشكل واسع بالأهداف الاقتصادية للدولة، وفي هذا الإطار هناك بعض الدول تعتبر مثل هذه الاتفاقات منافسة في حد ذاتها أي تعتمد مبدأ الحظر المطلق ودول أخرى تعتمد الحظر النسبي للاتفاقات الاقتصادية بحيث تشترط توفر مجموعة من الشروط لكي

¹ رراقي محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق ص ص 117- 118.

يخضع الاتفاق للحظر مثلما هو معتمد في فرنسا والجزائر¹ ولتوضيح ذلك يجب التعريف أولا بالاتفاق المقيدة للمنافسة الفرع الأول ثم التطرق لشروط قيام الاتفاق المقيد للمنافسة الفرع الثاني والإخلال بالمنافسة الفرع الثالث، مع الإشارة لبعض نماذج اتفاقات المقيدة للمنافسة في عقود تفويضات المرفق العام.

الفرع الأول: تعريف الاتفاق المقيدة للمنافسة.

تشكل الاتفاقات المقيدة للمنافسة أحد المحاور الهامة في القانون الاقتصادي بصفة عامة، وقانون المنافسة بصفة خاصة، كما تعتبر من أهم المواضيع التي شغلت الدراسات الفقهية، على الرغم من اختلاف المقصود **بها فقها**، وقانونا بحيث يهدف الجانب التشريعي إلى وضع تحديد دقيق، لها من خلال وضع نصوص جامدة لتحديد الممارسة، في حين يهدف **الفقه**، إلى اعتماد مبدأ الملائمة الاقتصادية إلى أهم أي التشريع والفقه، يشتركان في وضع إطار خاص لهذه الممارسة ووضع تعريف جامع لها وعليه ينبغي توضيح المقصود بهذه الممارسة تشريعا وفقها.

¹ تواتي محمد شريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، مذكرة شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2007 ص 17

أولاً: التعريف التشريعي

تنص المادة 06 من الأمر¹ المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على أنه تحظر الممارسات والأعمال المدبرة، والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو الجزء في الجزء جوهري، منها لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من دخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو المنافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني .
- أقسام الأسواق أو مصادر التمويل.
- عرقلة تحديد الأسعار حسب القواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين مما يجرمهم من منافع المنافسة.
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة.²

¹ الأمر 03/03 سالف الذكر.

² ثم نقل هذه المادة بشكل شبه حرفي من قانون حرية الأسعار والمنافسة الفرنسي.

وبالتالي فالمشعر الجزائري على غرار المشعر الفرنسي، لم يتطرق إلى تعريف الاتفاقيات المنافسة للمنافسة، بل اكتفى بسرد بعض الحالات التي يكون فيها الاتفاق محظورا بحيث جاءت صياغة النص عامة.

ثانيا: التعريف الفقهي

التعريف الكلاسيكي للاتفاق، يعتبر أنه: كل توافق في الإدارة لعونين اقتصاديين أو أكثر مستقلين كل واحد عن الآخر، من أجل تقرير إتباع سلوك معين بصيغة مستقلة في السوق، كما رأى مجلس المنافسة الفرنسي أن كل اتفاق يفترض توافق في الإرادات بين الأشخاص الطبيعيّة أو المعنوية ويعتبر شرط مطلق تشكيل الاتفاق المنافي للمنافسة.

إن كل من الفقه والتشريع وإن لم يتوصلا بدراستها إلى وضع تعريف للاتفاق المنافي للمنافسة إلا أن كلاهما يتفقان على أن تحقق هذا الأخير يشترط مجموعة من العناصر تعتبر شروطا ضرورية لشكله مما يستوجب عرضها.

الفرع الثاني : قيام الاتفاق المقيد للمنافسة

ينبغي لقيام الاتفاق، تبني خطة مشتركة بين مجموعة من الأعوان الاقتصاديين بهدف الإخلال الحرية المنافسة داخل سوق واحدة للسلع والخدمات¹، ولا يقوم الاتفاق، في غياب هذا الشرط وبالتالي يتحقق الاتفاق بمجرد انصراف إرادة كل مؤسسة معينة بسلطة القرار إلى الانخراط في قالب المشترك يشكل سلوك

¹تواتي محمد الشريف، المرجع السابق، ص70

الاجتماعي لمجموعة من المؤسسات، مما قد يؤثر من الإيرادات بين مجموعة من المؤسسات، على الاستقلالية المعترف بها لكل منها، وعليه فلتكيف الاتفاق يستدعي إلغاء مجموعة من الإيرادات بين المجموعة من المؤسسات تتمتع باستقلالية في اتخاذ القرار، بحيث يساهم كل منها وبصفة مستقلة في رسم سياستها الخاصة في السوق، وذلك بغية إيجاد هدف مشترك بينهما خاصة مع العلم بأن المنافسة في السوق تقتضي الحفاظ على الاستقلالية قرار كل متعاملين الاقتصاديين سواء من حيث تحديد الأسعار أو الدخول في السوق أو الشروط العامة للبيع.

أما من حيث طبيعة الاتفاق، فإنه ليس من الضروري أن يكون تعاقديا يولد التزامات متبادلة بين المتعاملين المعنيين كما هو معروف في القانون المدني، وإنما قد تكون في صورة ترتيبات ودية بين الأطراف المتواطئة تتمثل في مجرد تشاور بسيط أو تبادل للمعلومات حول أسس الخطة المراد تبنيها.¹

وبالنسبة للقائمين بالتشاور، فإنه ينطبق على جميع المؤسسات مهما كانت طبيعتها سواء تعلق الأمر بأشخاص معنوية أو أشخاص طبيعة، فلا تأثير لذلك حول وجود الاتفاق لكن شرط ممارستها لنشاط اقتصادي² وفي هذا الصدد

¹ تواتي محمد الشريف، مرجع السابق، ص 72.

² نصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 03/03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية

الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2003/2004 ص 64.

يمكن التمييز بين تلك الاتفاقات التي تخص الأعوان الاقتصاديين المتواجدين في نفس المستوى من الإنتاج والتسويق أي الاتفاقات الأفقية وتلك التي تتم على مستويات مختلفة أي الاتفاقات العمودية.

فالاتفاقات الأفقية هي تلك الاتفاقات التي تتم بين مجموعة من المتعاملين المستقلين فيما بينهم أي لا تجمعهم رابطة تبعية بحيث يقومون بنشاط اقتصادي مماثل ويعملون على مستوى واحد في سوق، ففي هذه الحالة يتم تموين السوق من طرف مؤسسات عديدة متواجدة على مستوى واحد كذلك التي تتبع مثلاً سلع من أنماط أو أنواع متشابهة والتي يمكن لجوؤها إلى اتفاق أفقي تتفق بمقتضاه على توزيع السوق فيما بينها، إقصاء المؤسسات التي ليست طرفاً فيه مثل لجوء ما لعرض سلعها بأسعار متدنية بهدف إيجاد منافسيها من السوق بدل منافسة هذه المؤسسات بعضها البعض بأسلوب عفوي ونزيه.¹

أما الاتفاقات العمودية أو الرأسية، فيقصد بها تلك الاتفاقات التي تتم على مستويات مختلفة في السوق من الإنتاج والتوزيع، كالاتفاقات التي تبرم بين منتج يتواجد في مرتبة عليا، وموزعين يتواجدون في القاعدة.

¹ لحراري شالح وبنزة، حماية المستهلك في مجال قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، 2012، ص60.

وبالنسبة لتشكيل الاتفاق، فقد يأخذ شكل عقد أو اتفاقيات مكتوبة وهو ما أسسته المادة 06 من قانون المنافسة بالاتفاقات الصريحة¹، ولا يهم إن كان العقد صحيحا من الناحية القانونية أم لا طالما أن الاتفاق يمس بمدى احترام قواعد المنافسة، كما لا يشترط أن يكتسي الاتفاق شكلا قانونيا واضحا بحيث يمكن أن يتم بطريقة لا تترك أية آثار كتابية ويتعلق الأمر في هذه الحالة بالاتفاقات الضمنية والتي تعد أكثر تعقيدا من حيث الإثبات.

الفرع الثالث: إخلال الاتفاق بالمنافسة

إلى جانب وجود الاتفاق جعلت المادة 06 من قانون المنافسة الاتفاق محظورا إذ كان يرمي إلى مساس بالمنافسة الحرة، وبالتالي ينبغي البحث عن الآثار التي يترتبها على حرية المنافسة سواء بالجد منها أو بالخلال بها.

فيجب أن يكون الأثر المترتب عن الاتفاق هو الإخلال بالمنافسة سواء كان هذا الإخلال محققا أو احتماليا، وهو ما نصت عليه المادة السالفة الذكر ووضحته بشكل صريح يعبر عن رغبة المشرع في الحظر جميع الاتفاقات حتى تلك ليس من الأكيد مساسها بمبدأ حرية المنافسة.²

¹ أي العقود في مفهوم القانون المدني التي ترتب التزامات في ذمة طرفي العقد طالما كانت مولدة للالتزامات، يراجع ديباس سهيلة، "إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية"، مداخلة في الملتقى الوطني السادس " دور الصفقات العمومية في حماية المال العام" كلية الحقوق جامعة المدية، 20 ماي 2011، ص 43.

² نصت المادة 06 السالف ذكرها على أنه " تحظر الممارسات عندما تهدف أو يمكن أن تهدف الى عرقلة حرية المنافسة"

بالتالي يكفي اعتبار اتفاق ما بأنه محظور مجرد انصراف نية الأطراف إلى إعاقه أو تقييد المنافسة الحرة دون ضرورة تحقيق الأهداف غير المشروعة المناهضة للمنافسة¹ يمكن أن يكون تأثير الاتفاق سلبيا على المنافسة من خلال منعها أو الحد منها أو الإخلال بقواعدها بحيث يشكل شرط الإخلال الحرية المنافسة أساسا لتكييف اتفاق ما بأنه ممنوع ومحظورا لذلك فإن الاتفاقات التي تهدف ولا يترتب عنها مساس بقواعد المنافسة لا تشكل ممارسات منافية للمنافسة، ولا تقع تحت طائلة المادة المشار إليها أعلاه

وتتوفر العلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بالمنافسة في حالة ما إذا كان ضرر الذي ألحق بحرية المنافسة من فعل الاتفاق المعني القائم بين الأطراف المتواطئة فيه بحيث ينبغي أن تكون هناك علاقة قائمة بين الاتفاق الذي تم بين الأطراف المعنية وما ينتج عن ذلك من آثار سلبية على حرية المنافسة مما يفوض على السلطة المكلفة بحماية المنافسة دراسة الاتفاق دراسة المحققة وتحليل السوق، اعتمادا على ما نتوصل إليه من حوصلة اقتصادية على هذا السوق فإذا لم يتم إثبات وجود علاقة بين الاتفاق والسير الحسن للمنافسة فلا محل لحظر الاتفاق

2.

¹ ناصري نبيل، المرجع سابق، ص 68.

² لحراري شالح ويزة، المرجع سابق، ص 60.

إن الاتفاق في حد ذاته غير محظور كما رأينا آنفا وإنما شيء المحظور هو عرض الاتفاق والآثار المترتبة عنه إذا كانت مقيد للمنافسة فأحكامه المادة 06 من الأصل المتعلق بالمنافسة لا تمنع إلا الاتفاقات التي تمس بحرية المنافسة وتستثني من ذلك ما أوردته المادة 09 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة بنصها على أنه " لا تخضع لأحكام المادتين 06 و 07 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي تنظيمي اتخذ تطبيقا له يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطوير اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات، الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات أو الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة.

وبالتالي لا يمكن إدانة اتفاقات الأعوان الاقتصاديين في أي سوق بما فيها سوق الطلبات العمومية إذ كانت ناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له بحيث يملك أصحاب هذه الممارسات الحق في تبرير اتفاقهم على أساس وجود هذا النص¹ كما تباح كذلك الاتفاقات المبررة بالتقديم الاقتصادي وتقني ملموس وكان فيها تشجيع للتشغيل أو خفض للبطالة أو كان من شأنها أن تعزز الوضعية

¹ شرط لاستفادة من هذه الأشياء على وجه الخصوص، أن يتوفر بعض الشروط في النص التشريعي المقرر لإنشاء المنع بحيث يجب أن يكون الاتفاق المحظور نتيجة مباشرة وضرورية للنصوص المتمثلة بها، يراجع في هذا الشأن. كتو محمد الشريف: الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو 2004/2005 ص 141.

التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة فتعتبر مثل هذه الاتفاقات مباحة لتأثير ما يجايبها على المصلحة العامة، واستفادة المستهلكين منها بما فيهم المشتريين العموميين.

ينبغي التذكير أن المادة 09 المشار إليها أعلاه اشترطت أن تكون مثل هذه الاتفاقات أو الممارسات، محل ترخيص من مجلس المنافسة ونصت كذلك المادة 08 على إمكانية الحصول على تصريح بعدم تدخل مجلس المنافسة في الممارسات المحددة في المادتين 06 و 07 المتعلقة بالاتفاقات المحظورة ووضعها الهيمنة على السوق.

الفرع الرابع: صورة عن الاتفاقات المقيدة للمنافسة في عقود تفويضات المرفق العام.

تضمن قانون المنافسة في مادته السادسة **أوجهها** خاصة للاتفاقات الاقتصادية المحظورة¹، إلا أنها جاءت على سبيل المثال فقط لا على سبيل الحصر، بحيث يمكن لمجلس المنافسة أن يعاقب كل ممارسة قامت بتقييد المنافسة الحرة توصف بأنها أخذت شكل اتفاق تتوفر فيها شروط المشار إليها سابقا برغم من عدم ورودها في مجموعة التي جاءت بها المادة السادسة.

¹ تراجع الفقرات 1-2-3-4 من المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة

وتبقى من أخطر هذه الاتفاقات، تلك التي يقوم بها أطرافها بمنافسة ترشحهم للتنافس من أجل نيل الصفقات العمومية أو عقود تفويض المرفق العام، التي تعتبر من أكثر الاتفاقات جسامة حسب سلطة المنافسة بفرنسا وذلك لحدها من الكثافة الضغط التنافسي الذي من شأنه أن يتوفر في حالة تقديم المؤسسات لعروضها بشكل مستقل وعلى أساس أن الغش المرتكب على المشتري العمومي يشكل خرق حسب النظام العام الاقتصادي .

ورجوعا لاجتهادات مجلس المنافسة الجزائري نجدها شحيحة في هذا المجال إن لم نقل معدومة مما يحتم علينا الاستئناس بما توصلت إليه سلطة المنافسة بفرنسا من اجتهادات عند نظرها في هذا النوع من الممارسات، بحيث نجد تطبيقات عديدة للاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، نماذج منها لاسيما وأن التشريعين الفرنسي، الجزائري متشابهين في هذا المجال.

أولا: تبادل المعلومات قبل إيداع العروض **Les échanges L'informations**:

يشكل اتفاقا منافيا لقواعد المنافسة بين المؤسسات ثبوت وجود تنسيق أثناء تقديمها لعروض خصوصا من خلال تبادل المترشحين لمعلومات حول محتوى هذه العروض قبل إيداعها، وعن تطبيقها على عقود تفويضات المرفق العام¹

¹ رفاقي محمد زكريا ، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية ، المرجع السابق، ص 120

تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن الدفع بأن الاتفاق لم يشمل إلا جزء من العرض أو بأن العروض المالي المقترح والذي تم منحه الصفقة مؤقتا بعد المشاركة صاحبة في تبادل المعلومات قبل إيداع العروض كان أقل من التقدير الإداري للمصلحة المتعاقدة كذلك الحال المجال بالنسبة لعقود تفويضات المرفق العام.

ثانيا: اتفاقات تقسيم سوق تفويضات المرفق العام

يدخل هذا النوع من الممارسات أيضا في إطار تبادل المعلومات قبل إيداع العروض وقد تم النص في المطة الثالثة من المادة 06 من قانون المنافسة على خطر الاتفاقات المتضمنة أقسام الأسواق وهي الصورة التي تشمل سوق الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تم اعتبار أقسامها من بين الممارسات الأكثر وقوعا، حسب مجلس المنافسة الفرنسي وتعود الغاية من التقسيم السوق إلى الحرص المؤسسات الاقتصادية على تقرير أوضاعها المكتسبة والحفاظ عليها بعرقلة وصول متنافسين محتملين إلى سوق¹. وعندما تتجه هذه الممارسة للمنافسة إلى تقسيم السوق إلى المناطق جغرافية مثل الاتفاق على ترشح المؤسسات المعينة المعلن عنها في إقليم معين وترشح مؤسسات في مناطق أخرى من طلباتها بتخصص الترشح في الإقليم أو من خلال تقسيم القطاعات العمومية التي يسعى المتعاملين الاقتصاديين إلى تلبية طلباتهم بتخصص الترشح في قطاع معين لأحد

¹ رقراقى محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، 126 - 127.

المتعاملين أو أكثر دون الأطراف الأخرى من الاتفاق أو الاتفاق على توزيع حصص الصفقة بين المترشحين.

المطلب الثاني: الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق

زيادة على الاتفاقيات المقيدة للمنافسة التي تطرقنا إليها في المطلب الأول، قد يكون العون الاقتصادي متعسفا¹، وتعتبر وضعية الهيمنة الهدف الذي يسعى المتنافسون للوصول إليه غالبا داخل السوق.

ولتقدير ما إذا كانت العون الاقتصادي² متعسفا في وضعية الهيمنة، يجب بداية تحديد تعريف وضعية الهيمنة على السوق (الفرع الأول)، ثم المعايير المميزة لوضعية

¹ يقصد بالتعسف الاستخدام السيئ الفاحش لميزة قانونية، ومنه يقال التعسف في استعمال الحق والمراد منه ما جاء في مادة 24 مكرر قانون مدني في عليان عدة فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلاميين، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2016.

² نص المشرع الجزائري على تعريف كل من العون الاقتصادي والمستهلك في المادة 03 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي جاء فيها ما يلي تقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

1. العون الاقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حربي المقدم خدمات أيا كانت صفة القانونية ممارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو يقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها.

2. المستهلك : كل نشاط طبيعي أو معنوي يقتضي سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرض وبجردة من كل طابعي

مهني. نقلا عن شايب بوزيان ، الاستغلال التعسفي لوضعية على السوق كممارسة مقيدة للمنافسة ، ص79.

الهيمنة (الفرع الثاني)، ثم معالجة فكرة الاستخدام¹ لتعسفي لوضعية الهيمنة على السوق (الفرع الثالث)، ثم صور الأوضاع المهيمنة في تفويضات المرفق العام (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف وضعية الهيمنة

يقصد بوضعية الهيمنة تلك القوة الاقتصادية التي تحصل عليها مؤسسة وتتيح لها سلطة التخلص من منافسة مؤسسات أخرى موجودة في السوق نفسها ، وقد عرفتها المادة 3 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة الهيمنة " هي الوضعية التي تمكن مؤسسة من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني، من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه² وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها " وعلى خلاف المشرع الجزائري، لم يعرف القانون الأوروبي والفرنسي وضعية الهيمنة، لذلك تولى الاجتهاد القضائي الأوروبي هذه المهمة، حيث عرفت محكمة العدل الأوروبية وضعية الهيمنة على أنها " القوة الاقتصادية التي تحوزها مؤسسة المعنية تمنحها القدرة على وضع العوائق أمام

¹ محمد شريف كتبو، قانون المنافسة و الممارسات والممارسات التجارية وفقا للأمر 03/03 ،القانون 04-02، منشورات بغداددي،

الجزائر 2010، ص 47.

² الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة

المنافسة الفعلية في سوق المعنية، وتمكنه من اتخاذ القرارات من جانب واحد في مواجهة منافسة وعملائه وكذلك المستهلكين"

ويتبين من خلال هذا التعريف أن العون الاقتصادي يصبح في مركز السيطرة إذا كانت قراراته التجارية والاقتصادية تتخذ دون اعتبار، لمنافسة أو لعملائه ودون الرجوع إلى أي منهم، أي أنه يتخذ قراراته باستقلالية تامة دون وضع اعتبار لحجم المنافسة أو حالة المستهلكين في السوق الذي يعمل فيه.¹

الفرع الثاني: المعايير المميزة لوضعية الهيمنة

يتطلب معرفة مدى تحقق وضعية الهيمنة في السوق القياس ذلك عن طريق معايير المؤشرات المختلفة ويمكن تصنيف تلك معايير إلى معايير رئيسية وهي غالبا ما تكون كمية وأخرى ثانوية وهي دائما تكون نوعين²

أولا: المعايير الكمية

تعد المعايير الكمية من أهم المعايير التي تقاس بها الهيمنة مؤسسة على السوق وتمثل في حصة السوق، والقوة الاقتصادية و المالية للمؤسسة.

¹ لينا حسن ذكي، قانون المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري الفرنسي الأوروبي، المكتبة العالمية، القاهرة 2015 ص178.

² حدد المشرع الجزائري المعايير يمكن من خلالها قياس وضعية الهيمنة في السوق المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ 14 أكتوبر لسنة 2000 الملغى بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة بموجب المادة 73 منه راجع ذلك .

(أ) حصة السوق:

تمثل حصة في السوق المعيار أو المؤثر الرئيسي الذي يجب اللجوء إليه أولاً للحكم عما إذا كانت المؤسسة في وضعية الهيمنة، أم لا، فكلما كانت الحصة في السوق كبيرة كلما كان ذلك مؤشراً واضحاً على وجود مثل هذه الهيمنة، والعكس كلما كانت هذه الحصة صغيرة كلما كان ذلك دليلاً على غيابها.¹

فلتحديد الوضع المهيمن للعبء الاقتصادي في السوق، يتعين حصر مقدار حصته ووضع اتجاه منافسة² إذا تشكل امتلاك المؤسسة لحصة هامة في السوق أكثر الدلالات قوة على قيام وضعية الهيمنة، حيث تقوم المؤسسة بالسيطرة على نسبة مئوية عالمية من المبيعات التي تحققت في السوق ككل بالمقارنة بحجم مبيعات المؤسسات الأخرى المنافسة التي تعمل في ذات السوق³، ومن الناحية العملية لا يوجد رقم معين يحدد الحصة التي تكون بموجبها المؤسسة في وضعية هيمنة⁴، غير أن تعتبر تجاوز حصة المؤسسة نسبة 80% من حصص السوق يفترض فيها

¹ شايب بوزيان ، "استغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق كممارسة مقيدة للمنافسة"، مجلة القانون، العدد الثامن، معهد العلوم الإدارية والقانونية، المركز الجامعي أحمد زبانة ، غليزان ، الجزائر ، جوان 2017 ص 83.

² خليل فيكتور تادرس:، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية دراسة المقارنة، دار النهضة العربية القاهرة 2007 ص 27.

³ لينا حسن ذكي، المرجع السابق، ص 197.

⁴ محمد الشريف كتو: قانون المنافسة والممارسات التجارية، المرجع السابق ص 47.

القيام وضعية الهيمنة، وهذا دون الأخذ بالاعتبار ارتباطها بعوامل أخرى والتي تتمثل في هيكل السوق أي حجم توزيع، البائعين والمشترين ومدى وجود حواجز لدخول السوق والأداء الاقتصادي للمؤسسة المهيمنة أي القدرة على التحكم في الأسعار واستبعاد المنافسة.

ب) معايير القوة الاقتصادية والمالية:

إن الانتماء المؤسسة لإحدى المجموعات الاقتصادية القوية التي تحتل الصدارة في إحدى قطاعات النشاط الاقتصادي، يعد مؤشرا يمكن الاسترشاد به لتحديد مدى الهيمنة المؤسسة المنتمية على السوق.

إن كثيرا من المؤسسات قد بدأت في التجمع مع بعضها لزيادة قوتها الاقتصادية والمالية وأصبحت تعتمد على ضخامة حجم استثماراتها وتعدد أنشطتها وقوتها المالية¹، حيث تمثل القوة الاقتصادية التي تتمتع بها المؤسسة ما على مستوى السوق مقياسها مهما، لتقدير مدى حيازتها لوضعية الهيمنة فالانتماء إلى مجموعة اقتصادية قوية لها في مجال الاقتصادي وضعية قيادية على المستوى الوطني هو مؤشر ضمن مؤشرات أخرى لإثبات وضعية الهيمنة.²

¹ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق ص 56.

² محمد شريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، نفس المرجع السابق ص 137.

ويمكن قياس معيار القوة الاقتصادية من خلال عناصر متعددة، رقم الأعمال المحقق لمجموعة المؤسسات التي ينتمي إليها¹ وعدد وأهمية الاتفاقات المالية الاقتصادية والمالية المبرمة مع المجموعات الأخرى مدى توافر عوائق دخول منافسين آخرين في السوق القدرة على رفع الأسعار أو ممارسة التمييز الغير العادل بين الأعوان، سهولة الحصول على مصادر التمويل²

ثانيا: المعايير النوعية

يمكن أن تتمتع المؤسسة بوضعية هيمنة من خلال بعض المؤشرات النوعية وهي حالة المنافسة ، وكذلك معايير أخرى.

أ) حالة المنافسة: يثار التساؤل عن ماهية الشيء الذي يخول التاجر سلطة رفع الأسعار أو تفادي المنافس، حيث أن لا يتركز هذا المعيار على السلطة السياسية أو الواجهة الاجتماعية بل هو مقدرة اقتصادية في السوق تعتمد على قدرة المنافسة في السوق، حيث أنه كلما زادت نسبة المبيعات مقارنة مع المنافسين قربت المؤسسة إلى مركز المهيمن الاحتكاري.

¹لينا حسن ذكي، المرجع السابق ص 202

²قواسم الغالية، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة أمجد بوقرة، بومرداس، 2007 ص 38.

ويمكن لمؤسسة غير حائزة لحصة هامة في السوق أن تكتسب استقلالية في مواجهة منافسيها وهذا بسبب ضعف حصتهم الفردية، وهو الأمر الذي يسمح لها بالحصول على وضعية الهيمنة على السوق.

وفي المقابل فإن امتلاك مؤسسة ما حصة كبيرة من السوق لا يعني حتما تواجدها في وضعية الهيمنة، خاصة إذا لاقت منافسة شديدة من قبل مؤسسات من نفس الحجم، ولها نفس القوة الاقتصادية، لذلك لإثبات وضعية الهيمنة، يجب أن يتم إلى جانب حصة السوق إضافة الوضع التنافسي في قطاع المعني.

ب) المعايير النوعية الأخرى:

تشترك في تحديد مدى اكتساب مؤسسة ما لوضعية الهيمنة في السوق عدة معايير أخرى نوعية، غير أنها المعايير لا تكفي وحدها، ومنها الامتيازات التجارية المالية أو التقنية التي تتمتع بها المؤسسة في مواجهة منافسيها¹

وكذلك امتلاك المؤسسة، تكنولوجيا متقدمة تستخدمها في إنتاجها أو التسويق كما تسهل عليها الدخول بحرية إلى السوق، أو امتلاك براءة اختراع أو

¹ وفي قرار رقم 27- ق 1190 ديسمبر 1990، المتعلق بمؤسسة Les nouvelles messagerie de la presse parisienne وضع مجلس المنافسة الفرنسي مبدأ يتمثل في ما يلي: من أجل إثبات وجود وضعية الهيمنة في السوق يجب أخذ بعين الاعتبار مختلف العناصر المتعلقة بحصة المؤسسة المعنية في السوق وحصص منافسيها المتعددين العناصر النوعية الخاصة لها مثل التفوق في التسيير الاحتكار التعسفي أو الفعل التجاري، حيث هناك عدة عوامل أخرى من النظام النوعي تساهم في تحديد وضعية الهيمنة دون أن تكون كافية في حد ذاتها نقلا عن قواسم الغالية، المرجع السابق ص 39.

حق من الحقوق الملكية الأدبية وانتصار المنتج الجزائري للشركة المعنية مهما كان سببه، القدرة التي تتمتع بها المؤسسة في الاحتفاظ بمستوى معين من الأسعار يكون أكثر ارتفاعاً من الأسعار المنافسة، وكذلك تحكمها في تقلبات الأسعار المنافسة، وكذلك تحكمها في تقلبات الأسعار.

ولا يمكن إيدانة المؤسسة مهيمنة بمجرد حيازتها على هذه المرتبة وإنما لا بد أن يصدر منها سلوك يتصف بالتعسف وتخالف قانون المنافسة.

الفرع الثالث: كيفية الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق

لا يمنع قانون المنافسة الوضعية الهيمنة في حد ذاتها، لكنه يمنع الاستغلال التعسفي في استعمالها، خاصة عندما يكون الغرض منه إخلال بحرية المنافسة في السوق لذلك يطرح التساؤل حول إثبات التعسف في وضعية الهيمنة، وشروط تحقق الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة.¹

أولاً: إثبات التعسف في وضعية الهيمنة

يقع على عبء إثبات التعسف في وضعية الهيمنة وفقاً للقواعد العامة على من يدعي أن الممارسات المشتركة منها لها طابعاً تعسفياً، كذلك فإنه على من يدعي وجود التعسف في ممارسة أن تثبت وقوع التعسف فعلاً، وذلك دون

¹ شايب بوزيان، المرجع السابق ص 86.

اكتفاء بمجرد الادعاءات في هذا الصدد قضت محكمة العدل الأوروبية في قضية

Saceen أن يستعين على من يتواجد في وضعية الهيمنة، تبرير تصرفه¹

ويمكن أن يتشف إثبات التعسف من خلال إرادة العون الاقتصادي ذاته وذلك

بالنظر إلى سلوكياته الممارسة، والتي يكون هدفها الوحيد تصنيف المنافسة وإقصاء

المنافسين وإما النظر إلى أن مثل هذه السلوكيات لم تكن لتحدث لو لم تكن هذه

المؤسسة فتمتع بوضعية الهيمنة على السوق.²

ثانيا: شروط تحقيق الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة.

يتبين من استقراء نص المادة 07 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة أن الشروط

الواجب توافرها لتحقيق الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة هي ضرورة تواجد

مؤسسة في وضعية الهيمنة، ويجب أن يكون هناك مساس بالمنافسة، وأن يكون

هناك ارتباط بين المساس بالمنافسة ووضعية الهيمنة.

أ- المركز المهيمن المؤسسة:

يعد تمتع المؤسسة بالمركز المهيمن في السوق الشرط الأساسي الذي يلزم توافره

للقول أن الممارسة التي قامت بها المؤسسة، تعتبر تعسفا في استغلال وضعية

¹ CJCE.13Juillet 1989, "SACEM/TOURNIER".Rec,cjce 1989. p.521.

² تبورسي مُجّد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 69.

الهيمنة ويمكن إسناد التعسف في استخدام الوضعية الهيمنة ما لمؤسسة واحدة أو لمجموعة من المؤسسات تماس أنشطة الإنتاج والتوزيع أو التقديم للخدمات.

ويستوي في هذا الشأن لوجود وضعية الهيمنة، أن تكون على مجموع السوق الداخلية أو جزء جوهري منها، أو أن تكون الهيمنة على سوق واحد أو على العديد من الأسواق المترابطة.¹

ب- وجود مساس بالمنافسة:

لكي يتم إضفاء الصفة التعسفية على ممارسة صادرة من مؤسسة المهيمنة يجب أن ينجم عن آثار هذه الممارسة أو عن هدفها مساسا بالمنافسة أو يجب أن يكون مساسا للممارسات التعسفية بالمنافسة محسوسا، حيث لا تكون الممارسات التعسفية ممنوعة إلا إذا كان مساسها بالمنافسة قد بلغ حدا ملموسا وحساسا.²

ويترتب على هذا الشرط أثر واحد وهو وجوب تحري مجلس المنافسة بأن الممارسة، تعيق بما فيه الكفاية آليات المنافسة ببلوغها درجة الحساسية، وهذه الأخيرة ليست بطبيعة الحال عماد التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة، فهذا

¹ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق ص 122.

² قواسم الغالية، المرجع السابق ص 47.

التحفظ المتبع من طرف الهيئات المنافسة يرجع إلى إلزام وجود مساس الفعلي بالمنافسة، فالممارسة تكون غير مدانة، إذا لم يكن لها أثر على السوق.¹

وعموماً يجب إقامة الدليل على وجود ممارسة احتكارية من بين الممارسات التي ذكرها المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة والتي تقابلها المادة 2 - 420 من القانون التجاري الفرنسي.

ت- ارتباط المساس بالمنافسة بوضعية الهيمنة

لا يكفي للإدانة المؤسسة بالتعسف في وضعية الهيمنة أن يكون لتلك المؤسسة سلطة التأثير على السوق، بل زيادة على ذلك يجب صدور تصرف من شأنه عرقلة حرية المنافسة في السوق أو إضعافها وتقيدها² لي أن تكون العرقلة التي أصابت السير العادي للسوق نتيجة سلطة التأثير استخدمتها المؤسسة.³

وقد نص المشرع في المادة 01 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة على حظر كل التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، لكن يشترط أن ذلك التعسف يكون عن قصد، وهو الأمر الذي يفهم منه عدم معاقبة المشرع على الممارسات الاحتكارية التي شأنها تقييد المنافسة ولا تتوفر فيها قصد تقييد المنافسة

¹ مقدم توفيق، علاج الممارسات المقيدة بالمنافسة للتعسف الناتج عن وضعية الهيمنة في مجال الاتصالات، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق جامعة وهران، 2011، ص 39.

² خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 122.

³ قواسم الغالية، المرجع السابق، ص 48.

الفرع الرابع: صور الأوضاع المهيمنة في تفويضات المرفق العام

يمكن للتعسف في وضعية الهيمنة في إطار تفويضات المرفق العام على غرار الصفقات العمومية أن يأخذ أشكال متعددة لاسيما وأن الممارسات التعسفية المذكورة في تشريع المنافسة وردت على سبيل المثل لا الحصر وهو ما يفتح باب الاجتهاد لهيئات المنافسة للتوسع في تكيف الوضعيات التي تجيب لمقومات التعسف في استغلال وضعية هيمنة اقتصادية على سوق المعنية ومن بينها تفويضات المرفق العام التي نجد أن مثل هذه الممارسات على مستواها قد ينسب فيها الشخص العام أو المؤسسات الخاصة المرشحة لنيل تفويضات المرفق العام.

أ) التعسف في وضعية الهيمنة من طرف الأشخاص العامة:

وفقا لمجلس الدولة الفرنسي، تعتبر الأشخاص العامة الأكثر تسببا في قيام هذه الممارسة في مجال الطلب العمومي¹ بسبب سماح القانون الفرنسي لمثل هذه الأشخاص بالترشح لنيل الصفقات العمومية إلى جلب المؤسسات الخاصة يدفعها لإحلال وضعية مهيمنة، قد تتعسف في استغلالها نتيجة الامتيازات النظامية التي يحوزها كما قد نسب الإدارة في خلق حالة تعسف تلقائي لوضعية

¹ رقرقي مُجد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة

مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون قوة التحريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي

اليابس، سيدي بلعباس السنة الجامعية 2017-2018، ص 150.

هيمنة على سوق الطلب العمومي إذا منح حق حصريا لمؤسسة معينة نفس الحال بالنسبة لتفويضات المرفق العام .

ترشح الشخص العام وتعسفه في استغلال امتيازاته النظامية، بالعودة للمرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، الجزائري نجده قد أعفى تماما العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية، والمؤسسات العمومية ذات طابع الإداري، فيما بينها والعقود المبرمة مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تزاول هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة،¹ وذلك على الرغم من أن هذه المؤسسات لا تختلف من الناحية الموضوعية عن بغية المؤسسات الاقتصادية الخاصة مما يعد تمييزا لا يخدم الحرية.

المنافسة لا يستتاع في ظل رغبة التنظيم إضفاء العدالة بين المتنافسين تمكنهم من الوصول للطلبات العمومية على قدم المساواة.

يبدو هذا الاستثناء مخالفا لمبدأ المساواة المكفول دستوريا والمنصوص عليه أيضا في القانون المنافسة الجزائري² خصوصا في ظل تدخل الدولة في تنظيم الاقتصاد والذي ساهم إلى حد كبير في تحقيق التقارب بين أنشطة يمكن يتولاها القطاع

¹ المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

² النوي خرشى، المرجع السابق، ص 127.

العام أو القطاع الخاص كما أن بعض الأنشطة يمكن أن تكون محلا للتأمين ثم تتم خصوصيتها دون أن يترتب على ذلك التأثير في خصائصها الأساسية.¹

في حين تعتبر الأشخاص العامة في فرنسا ملزمة بأن تخضع للمنافسة العقود تبرمها مع أشخاص العامة، أخرى بحيث تكون خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، ولقواعد المنافسة على أن ذلك مقيد بشروط يجب توافرها حتى يكون منع الصفقة عمومية أو عقد تفويض، مرفق عام إلى مؤسسة العامة خاضعا لمبدأ المساواة وحرية المنافسة المسند في تحديد السعر الذي تقترحه جميع التكاليف المباشرة التي تساهم في تكوين تكاليف تنفيذ موضوع الصفقة مع عدم جواز استفادة المؤسسة العامة عند تحديد السعر الذي تقترحه من المزايا التي ترجع إلى الإيرادات والوسائل الممنوحة لها لأداء مهمة المرفق العام وذلك منعا من وضع سعر أقل من سعر التكلفة وأخيرا يجب على شخص العام المرشح أن يبرر السعر الذي يقترحه كلما كان ذو ضروريا، بواسطة وثائق محاسبة أو بأية معلومات أخرى مناسبة.

كما رأى مجلس الدول الفرنسي² أن وضع مركز الشخص العام من حيث التزاماته الاجتماعية الواردة بقانون العمل والتأمينات الاجتماعية عن مركز

¹ رقراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 152.

² محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق ص 73.

المؤسسات الخاصة ليس من شأنه أن يضعه وبالضرورة في مركز يميز من المؤسسة الخاصة وبالتالي إخلال المنافسة.

زيادة أن مبدأ المنافسة لا يمنع شخصا عاما يمارس نشاطا من أن يحصل على مساعدات مالية من الدولة غير أن حرية المنافسة تحظر عليه سعر التكلفة الحقيقي وهو نفس الموقف الذي تبنته محكمة عدل المجموعة الأوروبية بتصريحها أن الدعم المالي الممنوح المؤسسة عمومية مشاركة إلى جلب المترشحين من الخواص لا يشكل بذاته حاجزا لتحقيق المنافسة الحرة في إطار وصفقة عمومية¹

وإذا كان القانون الجزائري قد فضل بشكل غير مفهوم في المسألة من خلال إعفاء الشخص العام، من الخضوع لتنظيم الصفقات العمومية فإن ضمان عدم التواجد الشخص العام في وضعية هيمنة في مجال العقود الإدارية التعسفية، في استعمالها بفرنسا متوقف على مدى تقيده بشروط المشار إليها أعلاه بحيث أن مشاركة المؤسسات العمومية في المنافسة ستظل مصدر المخاطر حقيقة على حظوظ المتنافسين من القطاع الخاص، يسبب احتمال تأثر المنافسة بوشاح العلاقة القائمة بين هذه المؤسسات والمستوى العمومي، على غرار توفيرها على امتياز الاستفادة من القنوات التواصل المتيسرة والتي من شأنها إتاحة الوصول إلى المعلومات حاسمة ليست في تناول العموم زيادة على إمكانية استغلال الشخص العام للامتيازات النظامية ، التي يجوزها من أجل تقديم العروض أسعار منخفضة

¹ رقراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 153.

بصورة تعسفية، مقارنة بتكاليف الإنتاج والتمويل والتسويق المفروضة على المؤسسات التابعة للقطاع الخاص ، تسبب الإدارة في خلق حالة التعسف تلقائي لوضعية الهيمنة.

يرجع الفضل في خطر لجوء الإدارة للتسبب في حالة التعسف التلقائي بمؤسسة على السوق إلى نظرية الأثر مفيد والنافع لقواعد المنافسة، السائدة في القانون والقضاء والأوروبيين، والمكرسة من طرف القضاء الفرنسي والتي بموجبها يجب على السلطات العمومية أن لا تخل بقرار الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة، وهي النظرية التي أقرت بمبدأ نفاذ قانون المنافسة على القرارات الإدارية وبالتالي إدماج قواعد المنافسة في كتلة المشروعية الإدارية مثلما أوضحناها سابقاً، وإلى جانب هذه النظرية ظهرت نظرية أخرى في القانون الأوروبي وهي نظرية التعسف التلقائي، في وضعية الهيمنة والتي كان لها الفضل في إبراز كشف دور الإدارة في دفع الأعوان الاقتصاديين بواسطة¹ قراراتها إلى ارتكاب الأفعال المنافية للمنافسة، وبمقتضى هذه النظرية يمكن مراقبة الآثار الناجمة عن تصرف إداري، وفيما إذا كان من شأن آثار هذا التصرف أن تؤدي تلقائياً إلى إيجاد وضعية هيمنة على سوق لصالح عون اقتصادي، مما يسمح له باستغلال تلك الوضعية تعسفياً خلافاً لقانون المنافسة.

وقد دخلت هاتان نظريتان إلى القانون الفرنسي عن طريق القاضي الإداري، الذي بمجرد أن تقبل فكرة نفاذ القانون المنافسة في مواجهة قرارات السلطات العمومية، حتى عمد إلى نزع الحصانة التي تتمتع بها اللوائح والتنظيمات العامة والقرارات التي تخل بقانون المنافسة.²

¹Sophie nicinski, Droit public de la concurrence, op, ciT, p 36.

² رراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية ، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 156

سبقت الإشارة إلى إمكانية منح الدولة للمؤسسات العامة أو الخاصة حقوقا خاصة أو حصرية تتماشى مع أهدافها الاقتصادية مثل بحث المؤسسات على بدل مجهود من أجل الاختراع عن طريق منع حق حصري على شيء المخترع ففي حالة ما إذا كان الحق الحصري أو الخاص يتجاوز مثل هذا الصدف، فالدولة أو الهيئات الإدارية التابعة لها بالجماعات الإقليمية، يمكن أن تتعرض للإدانة إذا كان تنظيم المانح لحق الحصري أو خاص يؤدي بالمؤسسة المستفيدة منه إلى التعسف تلقائيا في وضعيتها.¹

(ب) التعسف في وضعية الهيمنة من طرف المؤسسات الخاصة المرشحة

إن النظام القانوني للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لا يسمح لوحده لضمان فعالية الصفقات واتفاقات العمومية للتفويض، في ظل إمكانية تأثرها بشكل معتبر بسبب أوضاع الهيمنة، لبعض المؤسسات الاقتصادية المرشحة وإن كان يعرف إمكانية قيامها² وعلى هذا الأساس يلجأ المشتري العمومي لقواعد القانون المنافسة لضمان السير التنافسي للسوق سعيا لإتمام عملية شراء في ظل أحسن الظروف من حيث الجودة السعر أمام احتمال تجسد ممارسة، التعسف في استغلال وضعية الهيمنة من طرف المؤسسات المرشحة لنيل الصفقات العمومية، خصوصا في حالة لجوئها إلى إبرام الصفقات وعقود غير متوازنة استغلالها لوضعيتها الاقتصادية تسبب وضعيتها الهيمنة في إلغاء المنافسة في سوق الطلبات العمومية.

¹ ترجع المادة 43 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية السالفة الذكر .

² المادة 72 من المرسوم الوثائق 247/15 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

التعسف من خلال إبرام العقود غير متوازنة Les Contrats dés équilibres قد يجد المتعامل العمومي في بعض الحالات نفسه في مواجهة مؤسسة عارضة، تحتل وضعية الهيمنة تستغلها لضغط عليه من أجل إبرام عقود عقود تضمن بنودا تعسفية ليست صالحة، مثل فرضها لبند يتضمن تحديد نوعية معينة للسلعة أو الخدمة، أو موضوع للتعاقد دون غيرها، أو بند يتضمن آجالا طويلة، مقارنة بتلك التي تنفذ خلالها صفقات مشابهة مستقلة معها مع وجوب لإبلاغها بصفة مسبقة من طرف المتعامل العمومي إذا صار في إبرام عقود أخرى وقبول عرضها بطريقة تلقائية في حالة مشاركتها في صفقاته، إن مثل هذه الشروط التعسفية يمنحها التشريع المنافسة الجزائرية بدوره بحيث يمنع القانون المنافسة¹، كل التعسف الناتج عن الهيمنة على السوق... قصد تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات، اتجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة².

يمكن أيضا للمؤسسة المرشحة التي تحتل وضعية الهيمنة، أن تضغط على المتعامل العمومي من خلال ربطها إبرام العقود بقبوله يتضمن دفتر شروط مسائل أخرى 8 تربط بينها وبين موضوع العقد آية رابطة أولها دور ثانوي مقارنة بالموضوع الرئيسي للعقد حيث يمنع القانون التعسف الناتج عن وضعية

¹ المادة 07 الفقرة 05 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

² أشار إلى ذلك أيضا القرار رقم 13162 لسنة 2005 المعني بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة ومنح الاحتكارات المصري،، الجريدة الرسمية العدد 32 مكرر. الصادرة بتاريخ 17 أوت 2017.

هيمنة إذا كان القصد منه إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات، إضافة ليس لها علاقة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو وفقا للأعراف التجارية.¹

ويدخل ضمن هذا الإطار أيضا استغلال مؤسسة مهيمنة، وضعيتها لرفع أسعار منتجاتها وخدماتها مخالفة في ذلك القواعد التنافسية في تحديد الأسعار وقد تبرر ذلك بحرصها على تحسين منتجاتها أو الحفاظ على مناصب الشغل أو لسبب آخر لكن هذا لا يمنع من تشكيل هذه الممارسات تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة، خاضع لحظر المنصوص عليه في المادة 07 من الأمر رقم 03/03.²

التعسف من خلال إلغاء المنافسة في السوق:

قد تسبب عدم يقظة المتعامل أحيانا *Manque de vigilance* في عدم منع الاستغلال التعسفي لمعامل اقتصادي لوضعية الهيمنة التي قد تتسبب في إلغاء المنافسة في السوق وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بقوله يحظر لتعسف قصد الحد في ممارسة النشاطات التجارية.

¹ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة القوة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو 2005.

² رراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 160-161.

من أمثلة ذلك في مجال تفويضات المرفق العام، لجوء المفوض له بشكل غير مشروع إلى التعامل مع المتعاقد أو عدة متعاقدين من الباطن قصد تكليفهم بتعقيد حصة أو عدة حصص من الأعمال الموكولة إليه برسم اتفاقية التفويض في إطار ما يعرف بالمناولة.¹

والثابت أن آلية المناولة تقوي حظوظ المتنافس الذي يلجأ إليها في الفور وبعد التفويض بالنظر إلى أنها تقوي من قدرته التنافسية على الالتزام بالمدة المقترحة، لتنفيذ التزاماته مثلا لكن كيف تصبح هذه الآلية مصدر الوضعية هيمنة حسب مدلول قانون المنافسة مثلها مثل الصفقة رغم الشروط المقررة بشأنها في تنظيم الصفقات العمومية.

صحيح أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري على غرار نظيري الفرنسي يتضمن شروطا من شأنها أن تحد من تحريف المنافسة تحت إشراف حائز الصفقة الذي يملك حرية اختيار المتعاقدين معه بغض النظر عن معايير تقييم العروض التي تتقيد بها الإدارة المتعاقدة خلال دورة الأولى المنافسة.

وبالتالي ليس من المستبعد أن يتم إضرار المناولين من طرف الحائز على عقد تفويض على خلفية اعتبارات متصلة بالاستغلال التعسفي لوضعية المهيمن على جزء

¹ طبقا للمادة 60 من المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام " يقصد بالمناولة في المرسوم الإجراء الذي يعهد من خلال المفوض له لشخص آخر يسعى أو معنوي يدعى "المناول"، تنفيذ جزء من الاتفاقية المبرمة من السلطات المفوضة أو المفوض له".

كما يمكن للمؤسسات المرشحة اللجوء لتقديم عروض مشتركة بدون الالتزام شروط المحددة قانون مما يسمح لها باستثمار في السوق عن طريق تكوين مجموعة من المنافسين يقدمون لعروض تنافس ويتعاقدون من الباطن فيما بينهم.

تشكل الممارسات المنافسة للمنافسة تصرفات من شأنها تقييد المنافسة في السوق والأضرار بالأعوان الاقتصاديين لذلك تدخل المشرع الجزائري لحظرها، ومعاقبة كل شخص يحاول عرقلة السير للمنافسة وذلك من خلال العقوبات الردعية التي يوقعها المجلس المنافسة.¹

حيث ركز القانون المنافسة في هذا الإطار على وضع التدابير وقائية وحماية، لمواجهة كل أشكال المنافسة التعسفية التمييزية في السوق، كما حدد مجال تطبيقه ليشمل جميع أنشطته إنتاج التوزيع والخدمات، بما فيها تلك التي تقوم بها الأشخاص المعنوية.

وعليه وفقا لما سبق ذكره فإن تصرفات الأشخاص المعنوية العامة فعلا لعون اقتصادي في السوق، ومارست نشاط اقتصادي ترتب فيه ممارس من ممارسات سالف ذكرها، فإنها بذلك تخضع لرقابة مجلس المنافسة، عندما ترمي إلا ما نصت إليه المادة 7/6 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم.

ولقد تصدى مجلس المنافسة الفرنسي لعدد من الممارسات، منها قضية هيئة مطارات باريس في التاريخ 15 ديسمبر 1998²، هذه الأخيرة كانت مسؤولة عن ممارسة الاستعمال وضعية الهيمنة الاقتصادية في علاقتها بشركات الخدمات الملاحية أما بالنسبة لمجلس المنافسة الجزائري لم يتصدى لأي

¹ زيدان عبد النور " الممارسات المقيدة للمنافسة لمجال الصفقات العمومية" مجلة صوت القانون، المجلة الخامسة، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله، تبيارة ص 196.

² قيراطي نصيرة، المرجع السابق، ص 43-44 راجع ذلك في

الممارسة المنافية للمنافسة. للأشخاص بمناسبة ممارستها للنشاط الاقتصادي الذي تعتبر عقود تفويض المرفق العام أحد مجالاتها.

الخاتمة

الخاتمة:

تعتبر المنافسة الحرة الضمانة التي توفر المناخ الصحي، اللازم لتوسيع نطاق السوق وزيادة قدرة الاستثمارات الجديدة على التوسيع، وهي السبيل الوحيد لتحقيق ازدهار، ولا تقوم المنافسة المشروعة إلا إذا وجد قانون يحدد إطارها وضوابطها .

إن تنظيم عملية المنافسة في ميدان تفويضات المرفق العام، يجب أن يرقى إلى مستوى يضمن تحقيق نجاعة الخدمة العمومية، بالمقابل الحفاظ على المال العام، وذلك بإرساء على المتعاقدين الذين يضمنون حسن تسيير المرفق العام المفوض، أما من حيث طريقة تسييره، أو استثماره أو تقديم الخدمات للمرتفقين، والتدبير الجيد في هذا المجال يستدعي تنظيم المنافسة عادلة ونزيهة.

ومن مظاهر الارتقاء بالإطار التشريعي في مجال حماية قواعد المنافسة في مجال التفويضات المرافق العامة، الضمانات التي تضمنها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 ديسمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، وكذا المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام باعتبارها مرجعا لحماية قواعد المنافسة في هذا المجال.

وباعتبار أن الضمانات القانونية لحماية قواعد المنافسة تبرز من خلال ضبط قواعد الدعوة للمنافسة ضبطا دقيقا على جميع مراحل، اتفاقيات التفويض، بداية من اختبار أسلوب التفويض المناسب وتحديد طريقة إبرام مما يجعل الطلب على المنافسة قاعدة عامة في التعاقد أو التراضي كاستثناء، مع توضيح أشكال هذه الأساليب وحالات اللجوء إليها.

وقد خلص البحث الذي كان هدفه الإلمام بالإطار التشريعي المعتمد في ميدان التفويض المرفق العام من خلال إقرار إمكانية امتداد قانون المنافسة للتطبيق في ميدان تفويضات المرفق العام وعدا الآليات المرصودة لحماية حرية المنافسة إلى النتائج التالية :

1- تفويضات المرافق العامة هي طريقة أصلية في التسيير المؤطرة بواسطة قواعد تهدف إلى إقامة شراكة فعالة بين قطاع الخاص والعام مادام أن هذا العقد يفوض لأحد الأعوان الاقتصاديين مهمة تسيير مرفق عام، فإن نظام الانتقاء فيه يكتسي رهانا أساسيا.

2- إغفال القانون الجزائري مسألة إخضاع عقود تفويضات المرافق العامة لقواعد المنافسة حيث أن واضعي النصوص المتعلقة بالمنافسة في الجزائر، أغفلوا إخضاع هذا النوع من العقود لقواعد المنافسة بحيث لا تخضع لأحكام المادة 02 من الأمر المتعلق بالمنافسة سوى الصفقات العمومية، وهذا بالعكس القانون الفرنسي الذي خص بالذكر عقود التفويض المرفق العام.

3- إن أشخاص القانون العام، مبدئيا لا تخوض المنافسة في أي قطاع ولا تنافس أي شخص فنشاطها يقتصر على الإدارة وموضوعها تقديم خدمة عامة، لكن إذا مارست الأشخاص المعنوية العامة للنشاطات اقتصادية من إنتاج وتوزيع الخدمات فإنها تخضع بذلك لقواعد قانون المنافسة مثلها مثل أي شخص خاص، وتعتبر عقود تفويض المرفق العام أحد مجالاتها.

4- تظهر دراسة موضوع " الحماية القانونية لقواعد المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر"، بأن المبادئ العامة للمرفق العام، تظل القائمة بالرغم من فتحه على المنافسة، وتم تعزيزه بمبادئ جديدة لضمان استمراره، ويمكن القول أن المرفق العام ظهر بوجه آخر وهو المرفق لصالح الجميع " الخدمة العامة".

5- الإدارة المفوضة وهي بصدد القيام بمهامها قد تأتي بتصرفات مقيدة للمنافسة مما يجعلها تقع في دائرة الخطر، ولكن لا يمكن التسليم التلقائي بمبدأ إلا بتوفر مجموعة من شروط، من بينها أن يكون الشخص عون اقتصادي أو يمارس نشاط اقتصادي.

وسعياً لذلك خلص البحث إلى جملة من الاقتراحات الهادفة إلى تعزيز المناخ المنافسة في مجال تفويضات المرفق العام وذلك يتوقف على المفوض له وبالإطار القانوني المنافسة في مجال تفويضات المرافق العامة وكذا الأطراف المعنية بهذا السياسة وهذه الاقتراحات كالتالي:

1- ضرورة إخضاع هذه العقود القواعد القانونية المنظمة للمنافسة من خلال إدراجها في قانون المنافسة على غرار الصفقات العمومية.

2- يجب ترسيخ مبدأ شفافية عن طريق نصوص قانونية ملزمة، حيال جميع المتدخلين في هذا المجال سواء كانوا المترشحين من جهة ومن جهة أخرى إقرار آليات صارمة ومقبولة للتدخل البعدي في حال إخلال بقواعد المنافسة سواء كانت آليات اصلاحية أو ردعية لضمان المنافسة في مجال التفويضات .

3- تحسيس المؤسسات بمخاطر العروض المنسقة بشأنها والمتواصلة في مجال تفويضات المرافق العامة بهدف تسهيل الكشف عن وضعيات المنافية بالمنافسة .

4- نشر ثقافة المبادرة بالتبليغ عن الممارسات المنافية للمنافسة وإخطار الجهات الرسمية مصحوبة بحماية إجراءات المعاينة و الإثبات.

5- توسع مجال اللجوء إلى مجلس المنافسة وإخطاره بالممارسات التي تنافي المنافسة في ميدان تفويضات المرافق العامة، وذلك بالتنسيق على وجوب استشارة مجلس المنافسة

6- وجوب تكوين الموظفين والأعوان العموميين المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة تفويضات المرفق العام، وهو من نصت عليه كلا المادتان 211- 212 من تنظيم الصنفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

قائمة المراجع

I. الكتب:

- (1) الطماوي مُجَّد سليمان، الأسس العامة للعقود، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة عين الشمس، القاهرة، 1991
- (2) الطماوي مُجَّد سليمان، مبادئ القانون الإداري نظرية المرفق العام، دار الفكر العربي، الطبعة العاشرة.
- (3) بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، الجسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2007
- (4) بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- (5) تبورسي مُجَّد، الضوابط القانونية للحرية للمنافسة في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2005.
- (6) جابر وليد حيدر، التفويض إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2009.
- (7) خرشي النوي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية وتعليمية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- (8) ذكي لينا حسن، قانون المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة المقارنة في القانون المصري الفرنسي الأوروبي، المكتبة العالمية، القاهرة، 2015.
- (9) رضوان بوجمعة، قانون المرافق العامة مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، 2000.
- (10) عثمان مُجَّد أبو بكر، عقود تفويض المرفق العام، الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2015.
- (11) عوابدي عمار، القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

12) عبد اللطيف مُجَّد مُجَّد، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

13) فيكتور خليل تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية

المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دراسة مقارنة، دار النهضة القاهرة 2007.

14) قوديل جورج، بيار دفولفيه، القانون الإداري الجزء الثاني ترجمة، منصور قاضي، الطبعة الأولى

2008.

15) قطب مروان محي الدين، خصخصة المرافق العامة، الامتياز الشركات المختلطة -BOT-

تفويض المرفق ، منشورات الحلبي، بيروت 2004.

16) كتو مُجَّد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية، وفقا لأمر 03/03 والقانون 04/02،

بدون الطبعة، منشورات بغداددي، الجزائر، 2011.

17) مروة هيام، القانون الإداري الخاص المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها، الاستملاك الأشغال

العامة، التنظيم المدني، المؤسسة الجمعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى.

18) ضريفي نادية ، تسيير المرفق العام والتحويلات جديدة، دار البيضاء الجزائر، 2001.

I. الرسائل والمذكرات:

(1) الرسائل:

1- رقراقي مُجَّد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، دراسة المقارنة بين

التشريعين الجزائري الفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، علوم في القانون فرع التجريم في

الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، السنة

الجامعية 2018/2017.

- 2- عليان عدة، فكرة النظام والحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016
- 3- كتو محمد شريف، الممارسات المنافسة في القانون الجزائري دراسة مقارنة القانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو 2004/2005.
- 4- مسعد جيلالي، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو 2005.
- (2) المذكرات:
1. أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة الماجستير كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
 2. بلبسط سمية، عقد امتياز خدمات النقل البحري، لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.
 3. بوزيرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع القانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2008.
 4. تواتي محمد شريف، قمع الاتفاقات في القانون المنافسة، مذكرة شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق العلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2007.
 5. رقراقي محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد للمنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2014/2015.

6. قواسم الغالية، التعسف في الوضعية الهيمنة على السوق في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أمجد بوقرة، بومرداس، 2007.
7. نصيرة قيراطي، تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية، مذكرة شهادة الماجستير تحقيق قانون أعمال، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة 08 ماي 45 قالمة، السنة الجامعة 2015.
8. لحراري شالح ويزة، حماية مستهلك في ظل القانون حماية مستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012.
9. ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 03/03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو السنة الجامعية 2004/2003.
10. مقدم توفيق، علاج الممارسات المقيدة للمنافسة، التعسف الناتج عن الوضعية الهيمنة في مجال الاتصالات، مذكرة الماجستير كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011.
11. أوقروز نوال، مناصرة سهلة، خضوع العقود الإدارية لقواعد المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية السنة الجامعية 2014-2013
12. إدير نوال، بشري الويزة، النظام الإقليمي العقد التفويض المرافق العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان، ميرة بجاية سنة 2016.

13. حاشي سمية، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون جماعات المحلية الهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان، ميرة بجاية السنة الجامعية 2016/2017.
14. سبع عبد الرحمان، تفويض المرفق العام في ظل 247/15، مذكرة شهادة الماستر حقوق تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2016/2017.
15. صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشغال القانون العام في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر فرع القانون عام، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2012.
16. عطال نادية، التسيير العمومي جديد كأداة لتحسين القطاع العام، مذكرة الماستر تخصص العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2014/2015.
17. قروج نوال، عمراني صارة، تفويض المرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2013.
18. لشلق رزيقة، تفويض المرفق العام للخواص، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص القانون الإداري، جامعة مُجَّد خيضر، بسكرة، 2014.

II. المقالات والمدخلات:

1. المقالات:

- 1- بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة العامة، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية العدد 14 جامعة مُجَّد خيضر، بسكرة، 2014.

2- بن علي صالح زمان، أسس إبرام عقود التفويض المرفق العام، مجلة القانون والمجتمع والسلطة،
جامعة وهران 02 العدد رقم 06 ب 2017.

3- باطلي غنية، نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر، مجلة الفكر العدد الثاني عشر كلية الحقوق
العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة.

4- رراقي محمد زكرياء، واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر، مجلة
الدراسات الحقوقية العدد الثامن جامعة دكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2018.

5- زيدان عبد النور، الممارسات المقيدة للمنافسة لمجال الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلة
الخامسة، المركز الجامعي، مرسللي عبد الله، تبازة.

6- شايب بوزيان، استغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق كممارسة مقيدة للمنافسة، مجلة
القانون، العدد الثامن، معهد العلوم الإدارية القانونية المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، الجزائر،
جوان، 2017.

7- عيساوي عز الدين، ضبط المرافق العامة نموذج مرفق المياه كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة
بجاية.

2. الملتقيات:

1- جميلة حميدة، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية، الملتقى الوطني
السادس حول دور الصفقات العمومية وحماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس المدية،
20 ماي 2013.

2-دياش سهيلة، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، مداخلة في ملتقى السادس، دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق جامعة المدية، 20 ماي 2013.

III. النصوص القانونية:

1- الدساتير:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 المعدل والمتمم.

2- القوانين:

1- قانون 02-01 المؤرخ في 05 فيفري يتعلق بالكهرباء توزيع الغاز بواسطة القنوات والعدد 08 صادر بتاريخ 06 فيفري 2002.

2- قانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه ج.ر العدد 60 بتاريخ 04 سبتمبر 2005 المعدل والمتمم.

3- قانون رقم 05-54 صادر بتاريخ 14 فيفري 2006 يتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة ج.ر المغربية 5404 عدد الصادر في 16 مارس 2006.

4- قانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية ج.ر العدد 37 المؤرخ في 07 جويلية 2011

5- قانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 متعلق بالولاية ج.ر العدد 12 بتاريخ 29 فيفري 2012

6- قانون 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015 ج.ر العدد 78 الصادر بتاريخ في 31 ديسمبر 2014.

3- الأوامر:

1. أمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2011 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية ونشرها وخصوصيتها ج.ر عدد 47 المؤرخ في 23 أوت 2001.

2. الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم

3. الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جوان 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة ج.ر العدد 46 بتاريخ 16 جوان 2006

4. الأمر 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكيفية منح الامتيازات والتنازل على الأراضي التابعة لأملكها الخاصة للدولة الموجهة لانجاز المشاريع استثمارية ملغية ج.ر عدد 27 الصادرة في 25 أبريل 2007.

4- المراسيم الرئاسية

- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام ج.ر العدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

5- المراسيم التنفيذية

(1) المرسوم 08-144 المؤرخ في 09 أبريل 2008 المحدد للكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز ج.ر العدد 20 بتاريخ 13 أبريل 2018

(2) المرسوم التنفيذي 341/11 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011 المحدد للكيفيات منح امتيازات الموارد المالية عدد 54 صادر في تاريخ 02 أكتوبر 2011.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض العام ج.ر العدد 48 بتاريخ 05 أوت 2018.

I. الكتب الأجنبية

1-NICINSKI Sophie, Droit public de la concurrence, LGDG, Paris,2004

2-Zouaimia Rachid, la délégation conventtionnelle De service public à la lumuère du décret présidentielle du 16 septembre 2015, revue de Academique du la recherche juridique, revue semestrielle spécialisée référence année, volume 13-10-2016.

3-Zouaimia Rachid, Droit de la concurrence euen, belkeice, Algerie 2012.

II –documents

1-Loi murcef du 11decembre 2001, www.legisfrance.gouv.fr

الفهرس

الإهداء

كلمة شكر

01.....	مقدمة.....
08.....	الفصل الأول: الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام.....
.10.....	المبحث الأول: ماهية عقد تفويض المرفق العام.....
10.....	المطلب الأول: مفهوم عقد تفويض المرفق العام.....
.10.....	الفرع الأول: تعريف عقد تفويض المرفق العام.....
14.....	الفرع الثاني: خصائص عقد تفويض المرفق العام.....
18.....	الفرع الثالث: أطراف عقد تفويض المرفق العام.....
22.....	الفرع الرابع: نطاق تفويض المرفق العام.....
23.....	المطلب الثاني: أشكال عقد تفويض المرفق العام.....
25.....	الفرع الأول: عقد الامتياز.....
27.....	الفرع الثاني: عقد الإيجار.....
29.....	الفرع الثالث: عقد وكالة المحفزة.....

- 31..... الفرع الرابع: عقد التسيير
- 33..... المبحث الثاني: إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام
- 33..... المطلب الأول: مبادئ إبرام عقود التفويض للمرفق العام
- 33..... الفرع الأول: حرية الوصول إلى الطلبات العمومية
- 37..... الفرع الثاني: المساواة في معاملة المرشحين
- 39..... الفرع الثالث : الشفافية في الإجراءات
- 40..... الفرع الرابع: المبادئ العامة المرتبطة بالمرفق العام
- 42..... المطلب الثاني: كفاءات اختيار المفوض له
- 43..... الفرع الأول: اعتبارات اختيار أسلوب من أساليب التفويض
- 44..... الفرع الثاني: السلطة المؤهلة باتخاذ قرار اللجوء على التفويض
- 46..... الفرع الثالث: الطلب على المنافسة
- 50..... الفرع الرابع: أسلوب لتراضي كاستثناء
- 56..... الفصل الثاني: قابلية الأمر 03/03 للتطبيق في مجال تفويضات المرفق العام
- 59..... المبحث الأول: امتداد قانون المنافسة إلى تطبيق مجال تفويضات المرفق العام
- 59..... المطلب الأول: المقاربة بين قانون المنافسة وتفويض المرفق العام

- 60..... الفرع الأول: التوافق بين أهداف النظامين
- 62..... الفرع الثاني: مجال الاختصاص وفقا لقانون المنافسة
- 64..... الفرع الثالث: قانون المنافسة ونجاعة الخدمة العمومية
- 67..... الفرع الرابع: طبيعة العلاقة بين قانون المنافسة والطلبات العمومية
- 70..... المطلب الثاني: إمكانية تطبيق قانون المنافسة على تفويضات المرفق العام
- 72..... الفرع الأول: نطاق تطبيق قانون المنافسة على تفويضات المرفق العام
- 75..... الفرع الثاني: تطبيق قانون المنافسة على المترشحين لنيل عقود تفويض المرفق العام
- 76..... الفرع الثالث: تطبيق القانون المنافسة على الإدارة المفوضة
- 77..... الفرع الرابع: استثناءات تطبيق قانون المنافسة على المرفق العام وصلاحيه السلطة العامة
- 80..... المبحث الثاني: صور بعض الممارسات المنافية للمنافسة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام
- 81..... المطلب الأول: حضر الاتفاقات المقيدة لمنافسة في تفويضات المرفق العام
- 82..... الفرع الأول: تعريف الاتفاق المقيدة المنافسة
- 84..... الفرع الثاني: قيام الاتفاق المقيد للمنافسة
- 87..... الفرع الثالث: إخلال الاتفاق بالمنافسة
- 90..... الفرع الرابع: صورة عن الاتفاقات المقيدة للمنافسة في عقود تفويضات المرفق العام

93.....	المطلب الثاني: الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق
94.....	الفرع الأول: تعريف وضعية الهيمنة
95.....	الفرع الثاني: المعايير المميزة لوضعية الهيمنة
100.....	الفرع الثالث: كيفية الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق
104.....	الفرع الرابع: صور الأوضاع المهيمنة في تفويضات المرفق العام
115.....	الخاتمة
120.....	قائمة المراجع
130.....	الفهرس
134.....	ملخص

ملخص:

تعتبر حماية قواعد المنافسة في مجال تفويضات المرافق العامة في الجزائر، من المواضيع المهمة نظرا لارتباطها بمسألتين أساسيتين: تتمثل الأولى في التوفيق بين حق المترشحين في ضمان منافسة نزيهة بينهم، في حين تتجسد الثانية، في ضرورة ضبط هذه القواعد مما يمكن الإدارة من تحقيق الغرض من إبرام عقود تفويضات المرفق العام، لاسيما ضمان فعاليتها والمحافظة على المال العام وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

وبذلك، فإن مبدأ المنافسة في تفويضات المرفق العام، يسعى للموازنة بين ترسيخ الشفافية والحفاظ على مصالح الفاعلين الاقتصاديين بالقطاع الخاص، وفقا لمعايير والشروط السارية على الجميع، كما يخشى ان يتم السيطرة على سوق تفويضات المرفق العام من طرف بعض المترشحين بسبب الممارسات المنافية.

فهل توفر الضمانات التشريعية، ما يكفي لضمان المساواة ومواجهة الممارسات المنافية؟

تلك هي الإشكالات التي تسعى هذه الدراسة إلى احتواءها بالدراسة والتحليل.

Résumé :

La protection des règles de concurrence dans le domaine des délégation de service public est un sujet intéressant en raison de son association avec deux principaux : le premier est de concilier le droit des candidats j'assurer une concurrence loyale entre eux ,tandis que le deuxième consiste à la nécessité d'adapter ces règles pour permettre à l'administration d'atteindre l'objectif de conclure des actes des délégations de services publique ,Pour assurer l'efficacité et maintenir l'argent public ,et donc ,garantir intérêt public.

Ainsi, le principe de la concurrence dans les délégations des services public ,conçu pour équilibre lacansolidalion de la transparence et de la sauvegarde désintérêts des opérateurs économique dans le secteur privé.

Selon les critères et les conditions applicables à tout le monde ,il est également à craindre que ces actes de délégation être dominés par certains candidats en raison ,pratiques anticoncurrentielles .

Alors es-que les garanties législatives , peuvent fournir, pour les personnes ,une protection adèquate,face aux pratiques qui violent les règles de la concurrence ?.

Telle est la réflexion que cette étude cherché de contenir par étude et analyse .

