

ضوابط الاستثمار الأجنبي في قانون الصفقات العمومية الجزائري

Foreign investment controls in the Algerian Public Procurement Law

د. بلماحي زين العابدين أستاذ محاضر أ

العنثري محمد طالب الدكتوراة*

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - (الجزائر)

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - (الجزائر)

البريد الإلكتروني: ww.juriste_13@hotmail.fr

البريد الإلكتروني: mohammed.elantri@univ-tlemcen.dz

تاريخ النشر: 2022/04/16	تاريخ القبول: 2021/08/23	تاريخ الارسال: 2020/02/28
-------------------------	--------------------------	---------------------------

ملخص :

تمثل اليوم الصفقات العمومية أهمية كبرى في سياسة الاقتصادية للدول، كونها تمثل وسيلة أنجع في انجاز المشاريع الكبرى ورفع المستوى المعيشي للأفراد، وقد اهتمت المشرع الجزائري بتنظيم الصفقات العمومية اهتماما كبيرا من خلال تعديل نصوصها القانونية وجعلها تتماشى مع المتغيرات الاقتصادية الحاصلة في البلد، والهدف من وراء ذلك هو تنويع الجزائر لشركائها المتعاقدين، ووضع ضوابط قانونية تدفع بالمستثمرين الأجانب للعمل في اطار الشراكة مع المؤسسات الوطنية، من أجل ضمان نقل التكنولوجيا والخبرات التقنية التي يتمتع بها المتعاملين الإقتصاديين الأجانب، ويقترن الترشح للصفقات العمومية بالالتزام بالاستثمار الذي اصبح شرطا ضروريا لإبرام الصفقات العمومية، ومن أجل احترام المتعهد الأجنبي للالتزام السابق فقد أقر المشرع جزاءات قانونية في حالة مخالفته، على غرار العقوبات المالية، وعقوبة الإقصاء من المشاركة في الصفقة، وحالة الفسخ التي تعتبر أقصى عقوبة يمكن أن يتعرض لها المتعهد الأجنبي.

الكلمات المفتاحية: الالتزام بالاستثمار، الصفقات العمومية، المؤسسات الوطنية، المتعهد الأجنبي، الإقصاء.

المؤلف المرسل: العنثري محمد*

Abstract:

Today, public deals are of great importance in the economic policy of countries, as they represent a more effective way to accomplish major projects and raise the standard of living for individuals. The aim behind this is to diversify Algeria to its contracting partners, and to establish legal controls for foreign investors to work in partnership with national institutions, in order to ensure the transfer of technology and technical expertise enjoyed by foreign economic dealers, Candidacy for public deals is associated with the obligation to invest, which has become a necessary

condition for concluding public deals, and in order to respect the foreign contractor of the previous commitment, the legislator has passed legal penalties in the event of his violation, such as financial penalties, the sanction of exclusion from participation in the transaction, and the state of annulment, which is the maximum penalty that can be Exposed to the foreign manger.

Key words: commitment to investment, public deals, national institutions, foreign contractor, exclusion.

مقدمة:

شكل الشراء العمومي دورا هاما في تحقيق التوازن الاقتصادي والزيادة في معدلات الإنتاج ليساير التطور العلمي والثقافي والتكنولوجي الذي تشهده دول المعمورة، لذلك كان من الأساس تنظيم هذه المشتريات وفقا لقواعد قانون الصفقات العمومية لكل دولة بما يتماشى والسياسة المتبعة في تسيير شؤون البلاد الداخلية والخارجية، فالصفقات العمومية عصب الحياة الاقتصادية واحدى الدعامات الاساسية في بناء الهيكل المالي والاقتصادي للدول، إستراتيجية الدولة للنهوض بأعباء الخدمة العامة وضرورة حتمية لكل دولة تريد الرفاهية والرخاء لشعبها وذلك بوصفها وسيلة للتنمية والاستثمار؛ فهي أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية.

الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة"، تمثل اليوم الصفقات العمومية أهمية كبرى وذلك نظرا لضخامة المبالغ المالية المرصودة لها وللنتائج المترتبة عن إنجاز المشاريع الكبرى على رفع المستوى المعيشي للأفراد، تسعى الدول التي تتوفر على ملاءة مالية كالجزائر الى تنويع شركائها المتعاقدين من اجل ضمان نقل التكنولوجيا وهذا من خلال تشجيع الاستثمارات.

إن سعي الدولة الى جذب الاستثمارات الاجنبية يجب أن يتوافق ومسعاها لحماية الأموال العمومية الموجهة للإنفاق العمومي ولهذا أدخل المشرع عند صدور المرسوم الرئاسي 15- 247 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فكرة الزام المستثمر الاجنبي بالاستثمار موازاة مع إنجاز الصفقة العمومية.

وعليه نطرح الإشكالية التالية في هذه الدراسة المتعلقة بضوابط الإستثمار الأجنبي في قانون الصفقات العمومية الجزائري:

ماهي الضوابط القانونية لإلتزام المستثمر الأجنبي في انجاز المشاريع على ضوء قانون الصفقات العمومية؟.

ما مدى فعالية الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الإقتصادية للمؤسسات الوطنية؟.

ومن خلال هذه الإشكالية المطروحة التي سنحاول الإجابة عليها من خلال الخطة التالية :

أولا : الإطار القانوني العام للإستثمار الأجنبي في مجال الصفقات العمومية.

ثانيا: مضمون الإلتزام بالاستثمار في مفهوم المادة 84 من قانون الصفقات العمومية.

ثالثا: العقوبات المترتبة عن عدم إحترام شرط الإلتزام بالإستثمار.

نظرا لطبيعة الإشكالية المطروحة وتحقيقا للأهداف المسطرة، فقد رأينا انه من الأنسب لهذه الدراسة هو الاعتماد على المنهج التحليلي القائم على التفسير وتحليل الدور الذي تؤديه الصفقات العمومية في جلب الإستثمارات الأجنبية من أجل تنمية الإقتصادية، والمنهج المقارن وهو المنهج القائم على مقارنة بين مراسيم الصفقات العمومية.

أولا: الإطار القانوني العام للإستثمار الأجنبي في مجال الصفقات العمومية.

عرف نظام الإستثمارات في الجزائر منذ تكريس حرية الإستثمار تطورا ملحوظا، لاسيما في مجال الصفقات العمومية التي تعتبر آلية فعالة في تحقيق التنمية الإقتصادية، خاصة إذ تجسد ذلك في إطار الشراكة بين الدولة أو أحد مؤسساتها العمومية وبين المستثمرين الأجانب الذين يمتلكون الخبرة اللازمة ووسائل الحديثة لتنفيذ المشاريع في وقت معقول وبجودة عالية، وقد سعى المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، لتجسيد سياسية الإستثمار في نطاق الصفة العمومية، وتجلى ذلك من خلال إدراج شرط إنجاز الإستثمارات الأجنبية في إطار شراكة، والذي ينبغي التنصيص عليه في دفتر الشروط.

1- تعريف الإستثمار الأجنبي والصفقات العمومية:

يمثل كل من الإستثمار الأجنبي والصفقات العمومية عنصران أساسيان في سياسية الدولة لتحقيق التنمية الإقتصادية وتلبية الإحتياجات الهامة للأفراد، لكن لكل واحد من العنصران له مفاهيم وتعريف يختلف بها عن الآخر، وهذا ما سنتناوله تباعا:

1-1 تعريف الإستثمار الأجنبي :

تعددت التعاريف التي قيلت بصدد الإستثمار من جانب الفقه، حيث أن الإستثمار عملية مركبة تجمع عناصر اقتصادية وعناصر قانونية، لذلك وجب علينا أن نقف على مفهوم الإستثمار الأجنبي لدى الإقتصاديين والقانونية .

فقد عرفه بعض فقهاء الإقتصاد الإستثمار بأنه : "التضحية بالأموال الحالية في سبيل أموال مستقبلية"²، وعرفه فريق آخر بأنه "قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد المالية والتكنولوجيا والخبرة الفنية في جميع المجالات الى الدول المضيفة"³، وعلى مستوى المنظمات الدولية فقد عرفه صندوق النقد الدولي (F.M I) على أنه "ذلك الاستثمار الذي يجري بهدف الحصول على فوائد مستمرة في شركة تمارس نشاطها في إقليم اقتصاد غير اقتصاد المستثمر الأجنبي، وبالشكل الذي يمكن هذا الأخير من الحصول على حق اتخاذ القرار الفعلي في تسيير الشركة، عن طريق امتلاك كل أو جزء من رأس المال الخاص بهذه الشركة"⁴.

2-1 تعريف الصفقات العمومية :

تعتبر الصفقات العمومية نوع من التصرفات القانونية التي تصدرها الإدارة في إطار أداء الوظيفة الإدارية وتحقيق الخدمة العمومية وتسيير المرافق العمومية وهي من حيث التأصيل القانوني عبارة عن عقد إداري إلا أن هذا الأخير يتخذ طبيعة وشكل محدد يجعله مختلف في العديد من جوانبه عن العقود الخاصة التي تقتضي توافق الإرادتين على إحداث آثار قانونية، فضلا عن ذلك احتواء الصفقات العمومية على بعض الجوانب الفنية وتعلق إنجاز مشاريعها على تقنيات وخبرات معينة، جعلها بذلك تنفرد بالعديد من الأحكام التشريعية والتنظيمية مقارنة بالعقد بمفهومه العام الذي يكفي فيه تطابق الإرادتين على إحداث الآثار القانونية بذلك من باب أولى التعرّيج على مفهوم الصفقة العمومية، من الناحية اللغوية والإصطلاحية، ثم معالجة الجانب التشريع والقضاء والفقه.

3-1 التعريف اللغوي والإصطلاحي

- التعريف اللغوي :

إن كلمة "صفقة" لغة هي العقد أو البيعة، ويقال صفقة رابحة أو خاسرة، وكلمة صفقة مأخوذة من صفق، بمعنى ضرب اليد على اليد في البيع وهي علامة على إجرائه، أما في الاصطلاح فكلمة صفقة دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر، كما يتضمن المفهوم أيضا صيغة تجارية بحثه احتكرتها اللغة الاقتصادية وتداولته كمصطلح خاص بعالم المال والأعمال⁵.

- التعريف الإصطلاحي

أما الصفقات العمومية في المفهوم الاصطلاحي، فهي عمل قانوني صادر عن توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية، والعقد الإداري كما هو معلوم يعرف بأنه عقد يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمينه العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁶، إلا أنه يتميز عن هذه الأخيرة كون الإدارة طرفا جوهريا فيه وهي تحوز امتيازات لا مثيل لها في الأحكام المتعلقة بالعقود الخاصة، إذ لا وجه للتساوي بين المراكز القانونية طرفي العقد، فالإدارة تتمتع بجملة من الامتيازات القانونية في كافة المراحل التي تمر بها عملية إبرام العقود الإدارية إلى غاية تنفيذها أو إنهاؤها، والصفقات العمومية هي صورة من صور العقود الإدارية وتحتل أهمية كبرى في مجال المعاملات الاقتصادية، لذلك أولاهها المشرع الجزائري أهمية خاصة من خلال استقلالها بتشريع خاص وأحكام فنية تتماشى مع طبيعة أهدافها.

- التعريف القانوني:

من منطلق أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى بالنظر للدور الكبير الرائد للقضاء الإداري، كان علينا أن نسوق أولا التعريف التشريعي لنتبعه بالتعريف القضائي، ثم جهود المشرع والقضاء بتبيان جهود الفقه⁷.

فقد عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة الثانية (02) بقولها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات"، وما يلاحظ عبر القوانين لاولتنظيمات السابقة للصفقات العمومية⁸ أن المشرع الجزائري كان في كل مرة يعطي تعريفا للصفقة بصيغة متباينة بين مرحلة وأخرى، وهذا ربما راجع مراحل وحقب زمنية اقتصادية وسياسية مختلفة والتي عرفت الجزائر.

- التعريف الفقهي:

لقد أجمع فقه القانون الإداري أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشأ قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه⁹، كما وردت بعض التعريفات الفقهية

للصفقات العمومية من بينها ما تبناه الفقيه الفرنسي أندري ديلويادر بأنها عقود بمقتضاها يلتزم المتعاقد القيام بأعمال لفائدة الإدارة العمومية مقابل ثمن محدد، وورد في تعريف آخر أن الصفقة العمومية عقد مكتوب بين طرفين أو أكثر يلتزم فيه الأطراف بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه¹⁰، وإذا كان العقد الإداري يتفق مع العقد المدني من حيث توافق بين الإرادتين بقصد إحداث الأثر القانوني المترتب على العقد، إلا أن الفقه الإداري بين وحلل أهم الفوارق والمميزات الموجودة بينهما، فبين الفقه طبيعة العقد الإداري على أنه «العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام يقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص تسمى شروط غليظة»¹¹.

-التعريف القضائي:

عرف القضاء الإداري الصفقات العمومية، حال فصله في بعض المنازعات، ولا مانع أن تبادر الجهة القضائية المختصة في المادة الإدارية الى اعطاء تعريف لمصطلح قانوني ما، خاصة إن كانت هذه الجهة تتموقع في قمة هرم القضاء الإداري، وهو أمر طبيعي لجهة القضاء.

إن القضاء الإداري وهو بصدد الفصل في المنازعات الخاصة بالصفقات العمومية، قد تعرض عليه أحيانا إعطاء تفسيرات وتحاليل موجودة في التشريع والمتعلق بالصفقات العمومية وأن لا يخرج عنه، غير أن الوظيفة الطبيعية للقضاء تفرض عليه إعطاء تفسير وتحليل لهذا التعريف، وفي هذا الصدد نشير إلى تعريف مجلس الدولة للصفقات العمومية، في قرار له بتاريخ 2002/12/17 بقوله: "وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول المقاولات أو انجاز مشروع أو أداء خدمات..."¹²، وما يلاحظ في هذا التعريف أن مجلس الدولة الجزائري قد حصر أطراف العقد في الدولة وأحد الخواص، وهو ما لا يفي بالمدلول القانوني للصفقة العمومية، من حيث أن هذه الأخيرة قد تجمع طرفا آخر غير الدولة ممثلا في الولاية أو البلدية أو مؤسسة إدارية، لاسيما وأن القوانين الجاري العمل بها تعترف لهذه الهيئات بحق التقاضي في مقدمتها القانون المدني في المواد 49 و50 منه، ولم يتناول التعريف أيضا عنصر الشكل والإجراءات المحددة قانونا، بالرغم من تأكيد قانون الصفقات العمومية على هذا الجانب.

2- علاقة الاستثمار الأجنبي بقانون الصفقات العمومية:

غداة الاستقلال توجهت الجزائر إلى تبني سياسة اقتصادية للنهوض بالبلاد، حيث شرعت مباشرة وحتى قبل سن أول قانون للصفقات العمومية في إصدار قانون للاستثمارات سنة 1963¹³، بهدف جذب رؤوس الأموال الأجنبية، من خلال الاعتراف للمتعهدين الأجانب بامتيازات في إطار قانون الصفقات العمومية لكن سرعان ما تحول هذا الإستدراج للمتعهدين الأجانب إلى إلزام قانوني بالاستثمار بالموازاة مع انجاز الصفقات العمومية، وهذا بفعل التغيرات التي عرفت البلاد في السنوات الأخيرة.

1-2 الاعتراف للمتعهدين الأجانب بامتيازات في إطار قانون الصفقات العمومية

كان قانون الاستثمارات الأول لسنة 1963 موجهًا أساسًا لرؤوس الأموال الأجنبية، وتضمن إمكانية منحها أفضلية في الحصول على الطلبات العمومية¹⁴، والتي نصت عليها المادة 3/9 على أنه :

" Outre les garanties qui leur sont accordées au titre V du présent code ,les entreprises agréées bénéficieront des avantages suivants :

- de commandes de l'état dans le cadre des marchés publics de travaux et de fournitures

ليتم استبعاد هذا الامتياز عند صدور القانون الثاني للاستثمار بالأمر 284/66 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966¹⁵، ولهذا سنحاول أن نبرز أهم التطورات التي عرفت الامتيازات الممنوحة في قانون الصفقات العمومية للمتعاملين الأجانب لتتوقف عند التمييز بين المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر والمؤسسات الأجنبية.

2-2 تطور الامتيازات الممنوحة للمتعاملين الأجانب في قانون الصفقات العمومية:

تم تجسيد الفكرة التي بمقتضاها يتمتع المستثمر الأجنبي بامتياز الأفضلية في الحصول على الطلبات العمومية عند صدور أول قانون للصفقات العمومية بالأمر رقم 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية¹⁶، إذ تضمن الأمر التمييز بين المؤسسات الأجنبية والمؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر، ولقد كانت المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر موضوعاً لأول منشور أصدرته اللجنة المركزية للصفقات، لقد عرف هذا المنشور المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر على أنها كل مؤسسة أجنبية تملك على التراب الوطني مرافق مهنية دائمة ضرورية لإنجاز كل أو جزء من الخدمات التي تطلبها الإدارة تتضمن الامتيازات الممنوحة للمؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر المساواة بينها وبين المؤسسات الوطنية وهذا من خلال الاعتراف لها بـ :

- الاستفادة من الأولوية في منح الصفقات حتى لو كانت الأسعار التي تقترحها اعلي من الأسعار التي عرضتها المؤسسات المنافسة،
 - الإدماج في البطاقية الوطنية للمؤسسات المستفيدة من الأولوية في منح الصفقات،
 - المشاركة في الصفقات المبرمة بإجراء المزايدة الذي تستبعد فيه المؤسسات الأجنبية،
 - إمكانية اختيارها كمتعامل ثانوي والذي يعتبر حكرا على المتعاملين الوطنيين،
- تم حذف النص على المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر عند صدور ثاني قانون للصفقات لمرسوم 82-145، يتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي¹⁷، وعاد المشرع ليعيدها منذ صدور المرسوم التنفيذي رقم 91-434 يتضمن الصفقات العمومية¹⁸، في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹⁹.

2-3 التمييز بين المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر والمؤسسات الأجنبية:

اعترف المشرع في المراسيم السابقة المنظمة للصفقات العمومية، بإمكانية حصول لمتعاقدين الأجانب على صفقات عمومية مستعملا معيار الصفة الأجنبي كمعيار مشترك بينهم، لكن إن أضفى صفة الأجنبية صراحة على المتعاقد الأجنبي غير المقيم فالوضع مختلف بالنسبة لنظيره المقيم الذي احتواه تحت تسمية المؤسسة الخاضعة للقانون الجزائري -التي قد تكون إما وطنية أو أجنبية مقيمة بالجزائر- في حين أن المادة 17 من المرسوم 02-250²⁰ ذكرتهم صراحة عندما مكّنت المصلحة المتعاقدة من إبرام صفقاتها مع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر والمتعاملين الأجانب، وقد تأرجح موقف المشرع الجزائري من معايير تحديد الصفة الأجنبية بين تبنيه معيار المقر الاجتماعي كأصل ومعيار مركز النشاط كاستثناء.

- معيار المقر الاجتماعي كأصل لتحديد الصفة الأجنبية

انطلاقا من المادة 3 / 10 من القانون المدني²¹ التي نصت على أنه "...أما الأشخاص الاعتبارية من شركات ومؤسسات وجمعيات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي و الفعلي" وكذا المادة 50 منه التي نصت أنه " الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج و لها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر"، والمادة 547 من القانون التجاري²² التي نصت أنه " يكون موطن الشركة في مركز الشركة"، يظهر أن المشرع عرّف الموطن بـ " المكان الذي يوجد فيه مركز إدارة الشخص المعنوي".

كما أخذ بمعيار المقر الاجتماعي لتحديد موطن الشخص الاعتباري والقانون الواجب التطبيق عليه ولم يأخذ به صراحة لتحديد جنسيته، فمتى كان مركز إدارته الرئيسي والفعلي بالجزائر طبق عليه القانون الجزائري وعُدَّ موطنه بالجزائر؛ أي أن المشرع الجزائري ربط الشخص الاعتباري بقانون مقره الاجتماعي كقاعدة عامة المحدد القانون الواجب التطبيق عليه من جهة وموطنه من جهة أخرى، طالما كان للموطن دور في تحديد جنسية الشخص الاعتباري كون الدولة تمنحه جنسيتها استنادا إلى معيار موطنه أو معيار اندماجه²³. يكتسب هذا الأخير جنسية الدولة التي اتخذها موطناً له، ليتحدّد موطنه بمكان مركز إدارته الرئيسي والفعلي، هذا الموطن هو الذي يحدد جنسية الشخص المعنوي، باستعمال علاقة التعدي نجد أن المقر الاجتماعي هو المعيار المعتمد لتحديد جنسية الشخص المعنوي، وتحدد بذلك القوانين التي يخضع لها باعتبار الجنسية ضابط إسناد لتحديد هذه القوانين.

نستنتج إذن أنّ المشرع الجزائري اعتمد معيار المقر الاجتماعي كأصل لتحديد جنسية الشخص المعنوي بصفة ضمنية وليست صريحة واعتمد ذات المعيار لتحديد موطنه والقانون المطبق عليه، عكس هذا فإن هذه الشخصية المعنوية التي يتواجد مركز إدارتها الرئيسي والفعلي خارج الجزائر، تعتبر أجنبية تبعا لدولة تواجد مقرها الاجتماعي.

- يعتبر معيار مركز النشاط استثناء على قاعدة المقر الاجتماعي سابقة الذكر، إذ أنّ المادة 10²⁴ والمادة 50²⁵ في فقرتها الأخيرة من القانون المدني، والمادة 547 من القانون التجاري²⁶ نصت أنه في حالة ما إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا بالجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري، نسجل على هذه المواد:

- أنها دعمت بصفة ضمنية موقف المشرع الجزائري حول تبني مركز الإدارة الرئيسي كأصل لتحديد جنسية الشخص المعنوي من خلال الربط بين صفته الأجنبية وتواجد مركزه الرئيسي خارج الجزائر.

- في حالة تواجد المركز الرئيسي أو المقر الاجتماعي للشخص الاعتباري في الخارج لا شك أن جنسيته أجنبية، غير أنه يمارس نشاطا بالجزائر؛ أي مركز نشاطه متواجد بالجزائر وفي هذه الحالة يخضع للتشريع الجزائري استنادا لمركز نشاطه، وعليه يتجلى أن المشرع اعتمد معيار مركز النشاط لتحديد الصفة الأجنبية للشخص المعنوي كاستثناء بالربط بين هذه الصفة ومركز نشاطه المتواجد بالجزائر.

وربط المشرع الجزائري جنسية الشخص المعنوي بالدولة التي يوجد فيها مقره الاجتماعي والفعلي والرئيسي كقاعدة عامة، إلا أن الاستثناء المقرر في حالة ممارسة هذا

الشخص نشاطا في الجزائر يعتبر مركزه، يخضع بالتالي للقانون الجزائري دون أن يتغبر مركزه القانوني، باعتباره مؤسسة أجنبية تكتسب جنسية الدولة التي يتواجد فيه مقره الاجتماعي، والغرض من إخضاعه للقانون الجزائري هو فرض الرقابة على نشاط الأشخاص الأجنبية التي تزاوله وحماية للاقتصاد الوطني، وتطبيقا لقاعدة إقليمية القوانين المعبرة عن سيادة الدولة في تطبيق قوانينها داخل حدود إقليمها.

ثانيا - مضمون الالتزام بالاستثمار في مفهوم المادة 84 من قانون الصفقات العمومية:

الأصل في الاقتصاد الليبرالي هو الاعتراف بالحرية الاقتصادية وهذا يعني أن الاستثمار بدوره يتم بشكل حر وهذا ما ينص عليه الدستور 1996 من خلال نص المادة 43 فقرة 01 إذ نصت على أن "حرية الاستثمار والتجارة مضمونة وتمارس في إطار القانون"²⁷، بذلك يعتبر حرية التجارة والاستثمار مبدأ دستوريا بالدرجة الأولى، ونص قانون الاستثمارات بدوره على حرية الاستثمار وذلك من خلال نص المادة 01/04 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار التي نصت على أنه: تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة"²⁸، وإذا كانت بداية قانون الصفقات العمومية هو جعله آلية لجذب الاستثمارات الأجنبية، فإن المشرع بداية من 2015 تبني توجهها خاصا يتناسب مع السياسة الجديدة للدولة في مجال الاستثمارات الأجنبية القائمة على فكرة الشراكة مع المتعامل الوطني، وهذا ما جسده المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من خلال تكريس الالتزام بالاستثمار وتقويته بإقرار عقوبات عن عدم إحترام هذا الشرط. المنصوص عليه في دفتر الشروط.

1- محتوى الالتزام بالاستثمار الأجنبي و آثاره على التنمية الاقتصادية :

يمثل الالتزام بالاستثمار إستثناء على القاعدة العامة في معايير إختيار المتعامل المتعاقد المتضمنة في دفاتر الشروط، والمنصوص عليها في المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1-1 محتوى الالتزام بالاستثمار:

كأصل عام في قواعد الصفقات العمومية، هو أن المصلحة المتعاقدة تضع تحت تصرف المترشحين دفتر شروط يتضمن العناصر التي تسمح لهم بإعداد عروضهم، إلا أن المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر، خرجت على هذا المبدأ المتعارف عليه، والذي يستجيب للمقاييس المهنية، في كونها تلزم المصلحة المتعاقدة أن تنص دفاتر شروط

الدعوات للمنافسة الدولية، شرطا يلزم المتعهدين بالاستثمار في اطار شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات التابعة لها، وقد تضمنت المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، تقييدا بحيث نصت: "يجب أن تنص دفاتر شروط دعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية التي تحدد منها الحكومة بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الالتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بمشاريع تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها هذا يعني أنه:

- لا يشترط الالتزام بالاستثمار إلا في الصفقات التي تبرم في إطار السياسات العمومية للتنمية، التي تحددها الحكومة.

- وجود قائمة المشاريع الخاضعة للالتزام بالاستثمار بموجب مقرر من السلطة المختصة المبينة أعلاه.

ويعتبر الالتزام بالاستثمار إجراء إلزاميا لقبول عرض المتعهد الأجنبي تحت طائلة رفض عرضه وهذا ما يستشف من كلمة "يجب الالتزام، وقد حدد القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 نوفمبر 2013 كفاءات تطبيق الالتزام بالاستثمار بالمتعاملين الإقتصاديين الأجانب²⁹، وبين أن هذا الالتزام يتجسد عن طريق الشراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، ويمكن أن يتضمن ملف المناقصة قائمة غير محددة للمؤسسات التي يمكنها تجسيد عملية شراكة مع المتعهد الأجنبي³⁰، هذا الأخير يمكن له الإعلان عن اسم الشريك أو الشركاء الجزائريين بعد أن يبلغ بالصفقة ويمكن لسلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير، حسب الحالة إعفاء المتعهد الأجنبي الذي جسد عملية استثمار أو التزم بتجسيدها، حسب الشروط المحددة في المادة 03 من القرار الوزاري المشترك من الالتزام بالاستثمار وإدراج ذلك في دفتر الشروط.

2-1 إجراء الالتزام بالاستثمار:

يعتبر الالتزام بالاستثمار إجراء إلزاميا لقبول العرض، ويتم الالتزام بالاستثمار دائما في شكل شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلب رأسمالها جزائريون قيمون، ويجب أن يتضمن ملف المناقصة قائمة غير محددة للمؤسسات التي يمكنها تجسيد عملية شراكة مع المتعهد الأجنبي، يجب أن يتطلب دفتر الشروط ضمانات مالية من المتعامل الأجنبي، ويقصد بال ضمانات المالية تلك الضمانات التي يكونها المتعامل المتعاقد

لضمان تنفيذ الصفقة³⁰، كما وضعت الحكومة شروطاً أخرى تتعلق بإلزامية أن يرافق عرض المتعهد الأجنبي التزاماً مكتوباً بالقيام بالاستثمار تم تحديد نموذجها، ومن جانبها يتوجب على المصلحة المتعاقدة ضمان متابعة سير عملية تجسيد الاستثمار وإرسال تقرير محلي إلى وزير المالية والصناعة كل ثلاثة أشهر، وبصفة دورية³¹ وفي حالة ما إذا لم يتم تجسيد الاستثمار قبل الاستلام النهائي للصفقة ولم يكن ذلك راجعاً إلى مسؤولية المتعاقد الأجنبي يقوم الطرفان بالاتفاق حول كيفية تجسيده حسب اتفاق يرضي الطرفين.

وإلزامية المستثمر الأجنبي على إقامة مشروع مماثل للصفقة التي أحرزها بالجزائر، تأتي كخطوة نحو إقامة مشاريع استثمارية جزائرية بالشراكة مع أجنب لرفع نسبة الاستثمارات داخل الجزائر، ذلك لأن الاستثمار يعتبر المنبع الأساسي لخلق الثروة ومنها استحداث مناصب شغل جديدة، إلا أن هذا القيد الجديد الذي يدرج في سياق حماية الاقتصاد الوطني شأنه شأن قاعدة الاستثمار بالجزائر والحق في الشفعة الذي أوجده الدولة، قد يشكل برأي المتابعين للشأن الاقتصادي عاملاً من عوامل التنفير على اعتبار أن العديد من المتعاملين الاقتصاديين ينزعون إلى عقود التعامل قصيرة المدى أو متوسطة المدى، خاصة وأن وزارة الصناعة التي وعدت في العديد من المرات بمراجعة مناخ الاستثمار ورفع العقوبات والمشاكل التي تجعل من السوق الجزائرية غير مستقطبة ما زالت لم تفرج بعد عن نتائج الدراسة التي أطلقتها لتحسين مناخ الاستثمار³².

3-1 الإستثناءات الواردة على إلزامية الاستثمار .

بالرجوع للمرسوم الرئاسي 10-236 السابق المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، نص على أنه يمكن لسلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير إعفاء المتعهد الأجنبي من الإلتزام بالاستثمار وإدراج ذلك في دفتر الشروط الذي يعد بمثابة العقد المبدئي بين المتعاقدين، والذي يعني أن الإلتزام السابق كان شرطاً نسبياً يجوز إسقاطه في المرسوم الرئاسي 10-236³³، لكن المشرع الجزائري أكد على إلزامية الاستثمار في مجال الصفقات العمومية، وبقي محتفظاً بإمكانية التنازل عنه، وهذا في الحالات الإستثنائية التي أوردها في المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، ويتعلق الأمر بحالة التراضي بعد الإستشارة والتراضي البسيط الخاصة بالمؤسسات السيادية في الدولة، وهذا ما نصت عليه المادة 84 فقرة 05 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: "يمكن الصفقات المبرمة وفق اجراء التراضي بعد الاستشارة، الخاصة بمؤسسات السيادية في الدولة واجراء التراضي البسيط أن لا تخضع لأحكام هذه

المادة"، وبالتالي يكون المتعهد الأجنبي غير ملزم بالاستثمار في إطار الشراكة في الأحوال التالية:

- حالة التراضي بعد الإستشارة الخاص بالمؤسسات السيادية"

يستثنى من الإلتزام بالإستثمار، الصفقات العمومية التي تبرم وفق التراضي بعد الإستشارة، الذي نصت عليه المادة 51 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بقولها: " تلجأ المصلحة المتعاقدة الى التراضي بعد الإستشارة في الحالات الآتية :
- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة ".
وتبقى باقي حالات التراضي بعد الإستشارة خاضعة للإلتزام بالإستثمار، وحسن ما فعل المشرع عندما رفع هذا الإلتزام على المتعهد الأجنبي حينما قال أنه يمكن الصفقات المبرمة وفق اجراء التراضي بعد الاستشارة، الخاصة بمؤسسات السيادية في الدولة واجراء التراضي البسيط أن لا تخضع لأحكام هذه المادة 84³⁴.

- حالة التراضي البسيط :

حدد المشرع حالات اللجوء الى التراضي البسيط بموجب المادة 49 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك عندما لا يكون تنفيذ الخدمات الا على يد متعامل وحيد يحتكر وضعية احتكارية، أو في حالة الإستعجال الملح المعلن بخطر داهم يتعرض له ملك او استثمار، أو في حالة تموين مستعجل مخصص لضمتن سير الاقتصاد، أو عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية³⁶، فهذه الحالات تخرج من دائرة الإلتزام بالإستثمار بالنسبة للمتعهد الأجنبي، الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية السيادية في الدولة، لكن هذا يضيف غموضا على حالات التراضي البسيط، بعبارة أخرى هل ستكون الإعتبارات السيادية مبررا كافيا لإعفاء المتعهدين الأجانب من الإلتزام بالإستثمار في صفقات التراضي مع المؤسسات الوطنية؟، ويبدو أن السبب الحقيقي من وراء إقرار المشرع الجزائري لهذا الإستثناء، هو مراعاة خصوصية الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسات السيادية في الدولة، وذلك من حيث السرعة في التسيير والتقليل من الإلتزامات التي تتقل كاهل المتعاملين الإقتصاديين. وحتى يتم انجاز الصفقة تتماشى مع حالات اللجوء الى التراضي.

2 الآثار الإستثمارية الأجنبية في مجال الصفقات العمومية :

يلعب الإستثمار الأجنبي دورا مهما وإيجابيا في عملية التنمية الإقتصادية، وتعول عليه الدول في حل مشكلاتها الإقتصادية كالفقر والبطالة، فهو يرتب جملة من الآثار التي تدفع عملية النمو الإقتصادي إلى الإمام وأهمها :

1-2 الإستثمار الأجنبي وتحقيق التنمية الإقتصادية:

تعرف التنمية الإقتصادية بأنها: "عملية يزداد بواسطتها الدخل القومي الحقيقي للإقتصاد خلال فترة زمنية طويلة³⁶،...أو هي تلك الإجراءات والجهود التي تبذل في سبيل رفع معدل نمو الدخل القومي والفرد³⁷، ولما كان العجز يصيب الإقتصاد الوطني بسبب ضعف الإدخار والإفتقار إلى القدرات التكنولوجية، ونظرت العديد من الدول سواء النامية أو المتقدمة منها إلى الإستثمارات الأجنبية على أنها المنفذ الوحيد وذلك لما تحتويه من تكنولوجيات ومهارات إدارية، فالإستثمارات الأجنبية تساهم في زيادة معدل التكوين الرأسمالي وبالتالي سد الفجوة الإدخارية لتمويل الإستثمارات اللازمة لعملية التنمية الإقتصادية، كما أنها تصطبغ معها التكنولوجية الحديثة التي تلعب دورا بارزا في استراتيجيات التنمية التي تضعها الدول، من خلال زيادة الإنتاج ورفع الصادرات، مما يساهم في تحقيق تنمية اقتصادية.

- الإستثمار الأجنبي ودوره في ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة :

يقصد بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، بأنها مؤسسة إنتاج السلع و/أو الخدمات، والتي تشغل من واحد (1) إلى مائتين وخمسين (250) شخصا، ولا يتجاوز رقم أعمالها السنوي أربعة (04) ملايين دينار جزائري، أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية مليار (01) دينار جزائري³⁸، في سبيل تحسين مناخ الأعمال خاصة بالنسبة للمقاولات الوطنية التي يهيمن عليها الطابع الصغير المتوسط، سمح المشرع الجزائري لهذه المؤسسات بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الانجاز المشاريع، سعيا منه لإدماجها في سوق الطلبات العمومية، وتجسد ذلك بالنص على المناولة في الصفقات العمومية، إذ أوجب المرسوم الرئاسي 15-247 على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط في حالة تعهد المؤسسات الأجنبية لوحدها، متى كان مبررا أن تخصص ثلاثين في المائة (30%) من مبلغ الصفقة الأصلي كمناولة لصالح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري³⁹.

كما أدرج نصا قانونيا يساعد على نقل الخبرة التي يتمتع بها المتعاملين الإقتصاديين الأجانب، إلى نظرائهم الجزائريين للنهوض بالإقتصاد الوطني، وذلك بإلزام المصلحة

المتعاقدة عند دعوتها للمنافسة وطنية ودولية، أن تدرج ضمن دفتر الشروط أحكاما تسمح بضمان تكوين ونقل المعرفة التي ترتبط بموضوع الصفقة في إطار ترقية الإنتاج الوطني، كل هذه الإجراءات تبين رغبة الدولة في حماية الإقتصاد الوطني وتشجيع القطاع الخاص على تحقيق التنمية الإقتصادية، من خلال الدخول في شراكة استثمارية مع المتعاملين الأجانب.

- الإستثمار الأجنبي ودوره في ترقية المنتجات الوطنية :

لا يؤثر الإجراء المتبع في الإعلان عن المنافسة وطنية كانت أم دولية في سياسة الحماية المخصصة للمنتج الوطني، وهذا تماشيا مع السياسة الترشيدية للنفقات في مجال الصفقات العمومية، تخفيضها لفاتورة استيراد هذه المنتجات وبالتالي التقليل من القيمة الإجمالية لمبلغ الصفقة⁴⁰، من أجل تحقيق ذلك ألزم القانون المصلحة المتعاقدة إدراج في دفتر الشروط الخاص بالمنافسة تدابير لا تسمح باللجوء للمنتج المستورد إلا في حال كان المنتج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة، هنا لا إشكال في اعتماد المنتجات غير الوطنية⁴¹.

حيث نصت المادة 129 على أن كما بقولها: يلزم المتعاملون المتعاقدون الأجانب، المستفيدون من هامش الأفضلية المنصوص عليها في المادة 83 من هذا المرسوم، بإستعمال المواد والخدمات المنتجة محليا، ويقع على المصلحة المتعاقدة التزام بالتأكد من تنفيذ الإلتزامات المتعقدة بها في هذا الشأن، وتخصص أفضلية حسب نسبة اندماج المنتج في الإقتصاد الوطني ومدى أهمية الحصص أو المنتجات التي تكون محل عقد مناوله أو اقتناء في السوق الجزائرية، بمعنى أن المنتجات المندمجة أو الحصص أو المنتجات المقتناة من السوق الجزائرية تحظى بالأفضلية عند التقييم الخاص بالعروض في الحدود التي نص عليها القانون 25 بالمائة للمنتج الوطني⁴².

ثالثا العقوبات المترتبة عن عدم إحترام شرط الإلتزام بالإستثمار:

في حالة معايينة المصلحة المتعاقدة لمشروع الاستثمار، وتأكدت أن المتعهد الأجنبي لم يجسد الإستثمار طبقا للبرنامج التعاقدية والمنهجية المنصوص عليه في دفتر الشروط وهذا بخطأ منه، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعذاره حسب الشروط المبينة في المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بأن يتدارك ذلك في الآجال المحددة في الإعذار، تحت طائلة تطبيق العقوبات المالية

وحسب الشروط المحددة في المادة 147 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، وكذا تسجيله في قائمة الممنوعين من التعاقد بمقتضى المادة 75 منه.

1- تطبيق العقوبات المالية :

يقصد بالعقوبات المالية هي تلك مبالغ مالية التي تمثل مقابلا للضرر الذي يلحق بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية والتي يعتبر مدينا بها لها، وتطبق على المتعامل الأجنبي الغرامات المالية التعاقدية والتي هي عبارة عن تعويضات جزافية يتفق عليها في الصفقة العمومية في حالة ما إذا قصر المتعامل الأجنبي في إتمام الالتزام بالاستثمار من المرسوم الرئاسي وهذا ما نصت عليه المادة 147 في فقرتها الثالثة بقولها: "تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة، تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية".

وتتمتع الغرامات التأخيرية بطابع تعاقدية اذ يجب النص عليها في دفتر الشروط، لكن تعود للمصلحة المتعاقدة السلطة في إيقاعها والتي يمكنها إعفاء المتعامل الأجنبي من دفعها، في حالات خاصة، يمنح النص على بند العقوبات التأخيرية المصلحة المتعاقدة الحق في اقتطاعها من الدفعات بموجب بنود الصفقة، فيقتطع مبلغ الغرامات من الدفعات على الحساب أو على التسوية على رصيد الحساب، وإذا ما رأت المصلحة المتعاقدة ضرورة فسخ الصفقة، فإنه يمكن لها ذلك تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه، بعد الموافقة المسبقة من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة.

2 التسجيل في قائمة الممنوعين من التعاقد:

يؤدي الإخلال بالالتزام بالاستثمار إلى التسجيل في قائمة الممنوعين من التعاقد⁴³ والذي يمثل اجراء جديدا أتى به المشرع عند إصدار المرسوم الرئاسي السابق 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 44، وكرسه أيضا المشرع الجزائري أيضا في المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نص عليه في المادة 75 منه: "يقصى، بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين أخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 84 من هذا المرسوم.

توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"⁴⁵. تعتبر عقوبة التسجيل في قائمة الممنوعين من التعهد عقوبة جديدة، صارمة لكنها ذات فعالية في نظام الصفقات العمومية، إذ أن كون التسجيل فيها يعني الإقصاء بشكل مؤقت أو نهائي⁴⁶ من الترشح مستقبلاً للصفقات، يجعل المتعاقد الأجنبي يحرص على اتمام تجسيد الاستثمار حتى لا يتعرض للإقصاء مستقبلاً من الترشح للحصول على صفقات جديدة .

3 فسخ الصفقة:

من المبادئ الأساسية في العقود الإدارية، أن للإدارة حقاً أصيلاً في فسخ العقود الإدارية إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية إخلالاً يستلزم فرض هذه العقوبة الصارمة، وإذا وجدت الإدارة أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد⁴⁷، وفسخ الصفقة هو قمة الجزاءات التي يمكن أن يتعرض لها المتعهد الأجنبي جزاء إخلاله بالتزامه التعاقدية في تجسيد الاستثمار، وتقع العقوبة على المتعامل الأجنبي بعد أن تكون كل الوسائل لم تفلح في إصلاحه، مما يفقد المصلحة المتعاقدة الثقة في التعامل معه نتيجة لتولد يقين لديها بأن التعامل مع هذا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة، ولا تلجأ المصلحة إلى الجزاء عادة إلا في حالة الإخلال الفادح أو الخطأ المتكرر الذي يفقدها الأمل⁴⁸ في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، وهذا ما نصت المادة 84 في فقرتها 04 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر على أنه "يمكن المصلحة المتعاقدة، زيادة على ذلك إذا رأت ضرورة في ذلك، فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي، دون سواه بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة".

إلى جانب ذلك فلا يمكن بأي حال من الأحوال الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة القاضي بالفسخ، عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحق بها بسبب خطأ المتعاقد معها، كما يتحمل المتعامل المتعاقد التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة⁴⁹ وهو ما يمثل إضافة جاء بها المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي الجديد للصفقات العمومية، ليكرس ويثبت الإلتزامات الواقعة على عاتق المتعامل المتعاقد، بما فهم المتعهد الأجنبي التزامه بالإستثمار في شراكة، حيث أن المشرع لم ينص صراحة في المرسوم الرئاسي السابق 10-236 على وجوب تحمل المتعامل المتعاقد للتكاليف الإضافية الناجمة عن الصفقة الجديدة، كما لم يورد إمكانية الفسخ الجزئي⁵⁰.

الخاتمة:

يمثل جذب الاستثمارات الأجنبية الهدف الذي تسعى إليه معظم الدول النامية خاصة منذ التسعينات ولأجل هذا قامت الدول بما فيها الجزائر بتكييف قوانينها الداخلية من أجل استقطاب الاستثمارات وكان مجال الصفقات العمومية من المجالات التي اعتمد عليها المشرع لهذا الغرض، إلا أن التوجه الجديد للدولة في الظروف الاقتصادية الجديدة المتميزة بالملاءة المالية والمشاريع الكبرى فرض عليها أن تفرض على المستثمر الأجنبي التزاما بالاستثمار في إطار شراكة مع المتعامل الوطني وهذا استجابة للطلبات التي عرفها المتعاملين الوطنيين بشأن استفادة الأجانب من معظم الصفقات العمومية، ففي ظل القانون الحالي كل طلب للترشح للصفقات العمومية يقترب بالالتزام بالاستثمار الذي أصبح شرطاً ضرورياً لإبرام الصفقات العمومية.

ويأتي هذا كخطوة لإقامة مشاريع استثمارية جزائرية بالشراكة مع المتعاملين الأجانب لرفع الإقتصاد المحلي وتحقيق التنمية للمجتمع الجزائري، ولأجل هذا قامت الدول بما فيها الجزائر بتكييف قوانينها الداخلية من أجل استقطاب الاستثمارات، وكان مجال الصفقات العمومية من المجالات التي اعتمد عليها المشرع لهذا الغرض، إلا أن التوجه الجديد للدولة في الظروف الاقتصادية الجديدة المتميزة بالملاءة المالية والمشاريع الكبرى، فرض عليها أن تفرض على المستثمر الأجنبي التزاما بالاستثمار في إطار شراكة مع المتعامل الوطني، وهذا استجابة للطلبات التي قدمها المتعاملين الوطنيين بشأن استفادة الأجانب من معظم الصفقات العمومية.

إن السياسة التي تبنتها الجزائر في إبرام عقود الصفقات العمومية لكونها العقود الأهم إلى رفع الاستثمار في الجزائر وتبني نظام الشراكة، هذا ما يعبر بشكل واضح عن نية الحكومة في التقليل من حصة المتعاملين الأجانب في مجال الصفقات العمومية، فيما يتساءل البعض حول تبرير هذا التحيز لصالح المؤسسات الوطنية على حساب الأداء والجودة، كما أن الأمر يستدعي مزيداً من التفكير بشأن مضمون الحماية الاقتصادية والأفضلية الوطنية وأهميتها في عالم المنافسة المفتوحة.

الآن ما يمكن ملاحظته في هذه الدراسة أن الإلتزام بالاستثمار في إطار الشراكة مع الأجانب، يشوبه بعض من الغموض وعدم الوضوح في بعض جوانبه، كعدم بيان طبيعة الإلتزام بالاستثمار وتضارب المواقف حول استثناءات أعماله في المرسوم الرئاسي الجديد للصفقات العمومية، مما قد يشكل في نظر البعض من المتعاملين الأجانب عاملاً من

عوامل التنفير من الإستثمار، ومن خلال هذه الدراسة يمكن الخروج بمجموعة من النتائج نبرزها فيم يلي:

* الإلتزام بالإستثمار في إطار الصفقات العمومية عن طريق الشراكة بين المؤسسات الوطنية والمتعاملين الإقتصاديين الأجانب، عن طريق تخصيص نسبة 30% من مبلغ الصفقة، لفائدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، لدفعها لولوج عالم الأعمال والمشاريع الاقتصادية وكذا الإستفادة الخبرات ونقل التكنولوجيات التي تتوفر لدى المؤسسات الأجنبية.

* التكريس القانوني للجانب الإجتماعي، من حيث إلزام المتعاملين الإقتصاديين الوطنيين أو الأجانب على احترام قواعد تشغيل العمل، وفرض عقوبات صارمة على المخالفين لهذه القواعد، قد تصل إلى حد الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. * تريب مسؤولية قانونية على المؤسسات والشركات التي لا تحترم قواعد التأمين الاجتماعي للعمال فيما يخص عدم التصريح بهم لدى صناديق الضمان الاجتماعي، وتكثر هذه الحالة في صفقات الأشغال التي قد يتعرض فيها العمال لكثير من المخاطر.

* شمول الإلتزام بالإستثمار مجالات معينة بذاتها دون غيرها، كالمشاريع التي تحددها سلطة الهيئة العمومية، أو الوزير المعني، وهذا بموجب مقرر.

وحتى يكون الإستثمار الأجنبي في مجال الصفقات العمومية ذات فعالية في تحقيق التنمية اقتصادية لاسيما في مجال المؤسسات على اختلاف مستوياتها ومشرها، لا بأس من أن نقدم بعض الإقتراحات :

* حشد وجمع كافة الإمكانيات وموارد المجتمع المالية والبشرية، بما فيها طاقات وخبرات وموارد كل من القطاع العام والخاص لتحقيق الإستقرار الإقتصادي ودفع عملية التنمية المستدامة بشيقيها الإقتصادي والإجتماعي.

* تهيئة البيئة القانونية والتشريعية تسمح بجذب مصادر التمويل والتوسع في المشاريع لخلق فرص عمل جديدة، ودعم الإستقرار الإقتصادي وتحقيق الكفاءة والتنمية الإقتصادية والإجتماعية .

* ينبغي ضبط مضمون الإلتزام بالإستثمار في إطار الشراكة، وتحديد شكله في الواقع الإقتصادي، حتى يسمح للمتعهد الأجنبي من إدراك المسار الحقيقي لهذا الإلتزام من جهة، وإزالة الصورة السلبية لهذا الإلتزام في كونه حاجس يحول دون نجاح تنفيذ الصفقات العمومية في الجزائر.

الهوامش:

- 1 المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.
- 2 مفتاح عامر سيف النصر، الإستثمارات الأجنبية المعوقات والضمانات القانونية (دراسة مقارنة)، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص. 14.
- 3 أبو جحف عبد السلام، اقتصاديات الإستثمار الدولي، طبعة 3، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1991، ص. 21.
- 4 سطحي جابر، دور الإستثمار الأجنبي المباشر في تحسين المزيج التسويقي للمؤسسات الجزائرية، (دراسة حالة مؤسسة موبيليس، جازي وأوريدو)، أطروحة دكتوراة في العلوم الإقتصادية، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص. 12.
- 5 حميدة جميلة، " مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية"، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي 2013، جامعة المدية، الجزائر، ص. 03.
- 6 حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص. 4.
- 7 بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015) طبعة 05، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2017، ص. 69.
- 8 لمزيد من الإطلاع، ينظر للمواد :
- المادة 01، الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 27 يونيو 1967، عدد 52 (ملغى)، المتمم بالأمر رقم 69-32، المؤرخ في 22 نايو 1969، الجريدة الرسمية، الصادرة في 27 مايو 1969، عدد 46، ص. 563. والمعدل بالأمر رقم 70-57، المؤرخ في 06 غشت 1970، الجريدة الرسمية، الصادرة في 18 غشت 1970، العدد 70، ص. 1032 والمعدل بالأمر رقم 71-84، المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، الجريدة الرسمية، الصادرة في 30 ديسمبر 1971، العدد 107، ص. 1858. والمعدل بالأمر رقم 74-09، المؤرخ في 30 يناير 1974، الجريدة الرسمية، الصادرة في 12 فبراير 1974، العدد 13، ص. 198. والمعدل بالأمر رقم 76-11، المؤرخ في 20 فبراير 1976، الجريدة الرسمية، العدد 20، الصادرة في 09 مارس 1976، ص. 275 (ملغى).
- المادة 04، أمر 82-145، المؤرخ في 10 أبريل 1982، يتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 13 أبريل 1982، (ملغى).
- المادة 03، من المرسوم التنفيذي 91-434، المؤرخ في 09/11/1991، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 57، لسنة 1991 (ملغى).
- 9 بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 98.
- 10 نسيغة فيصل، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، العدد الخامس، 2009، بسكرة، الجزائر، ص. 110.
- 11 حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص. 6.
- 12 قرار غير منشور، مؤرخ في 17 ديسمبر 2002، في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ببسكرة، ضد (ق.أ)، تحت رقم 6215، فهرس 873، أشار اليه: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص. 94.
- 13 القانون رقم 63/277، المؤرخ في 26 جويلية 1963، المتعلق بالإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 53، لمؤرخة في 2 أوت 1963، الملغى بالأمر رقم 66-284، المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، المتضمن قانون الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 80، الصادرة بتاريخ 17 سبتمبر 1966، الملغى بالقانون رقم 82-11، المؤرخ في 21 غشت 1982، يتعلق بالإستثمار الإقتصادي الخاص الوطني، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، والمتعلق بترقية الإستثمار، والمعدل والمتمم، بالأمر 03/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 47، الصادرة بتاريخ 22 غشت 2001، ص. 4، المعدل والمتمم، بالأمر 06-08، المؤرخ في 15 يوليو 2006، الجريدة الرسمية، العدد 47، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2006، ص. 17.

- 14 مهنان إدريس، "تطور النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002، ص 11.
- 15 الأمر رقم 284/66، المتعلق بالاستثمار، السالف الذكر، (الملغى).
- 16 الأمر رقم 90-67، المتضمن قانون الصفقات العمومية، السالف الذكر، (الملغى).
- 17 الرسوم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل 1982، يتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 13 أبريل 1982، (ملغى).
- 18 المرسوم التنفيذي 91-334 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 57، (ملغى).
- 19 المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.
- 20 المرسوم الرئاسي 02-250، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 55 الجريدة الرسمية، العدد 05، المؤرخة في 28 نوفمبر 2002، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي 03-301، المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، الجريدة الرسمية، العدد 55، المؤرخة في 14 ديسمبر 2003، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي 08-388، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، الجريدة الرسمية، العدد 62، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008، (الملغى).
- 21 الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005، ص 17.
- 22 الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، المع د ل والمت م م بالقانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق ل 06 فيفري سنة 2005، الجريدة الرسمية، ع 101، صادرة بتاريخ 09 فيفري 2005، ص 12 المعدل والمتمم بموجب القانون 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، الجريدة الرسمية، العدد 71، الصادرة في 30 ديسمبر 2015 ص 05.
- 23 قدوح حمامة، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراة، فرع القانون العام، إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، ص 190.
- 24 نصت المادة 10/04 من القانون المدني "غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاط في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".
- 25 نصت المادة 50، الفقرة الأخيرة من القانون المدني الجزائري أن "الشركات التي يكون مركزها في الخارج ولها في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر"
- 26 نصت المادة 547 من القانون التجاري على أنه: "تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري".
- 27 المادة 4/43 من الدستور الجزائري لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07/12/1996، الجريدة الرسمية، العدد 76، المؤرخة في 08/12/1996. والمعدل بالقانون رقم 16/01، المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.
- 28 الأمر 03/01، المتعلق بتطوير الاستثمار، السالف الذكر.
- 29 القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 27 نوفمبر 2013، يحدد كيفية تطبيق الإلتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعاملين الإقتصاديين الأجانب، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 09 أبريل 2014، ص 25.
- 30 أكرور ميريام "الاستثمار الأجنبي والصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس، حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي 2013، كلية الحقوق، جامعة فارس محمد، المدينة، الجزائر، ص. 08.
- 31 نزيه عبد المقصود محمد مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص. 465.
- 32 المادة 06، من قرار وزير المالية، المؤرخ في 27 نوفمبر 2013، يحدّد كيفية تطبيق الإلتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعامل الإقتصاديين الأجانب، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 9 أبريل 2014، ص 25.

- 33 بن سالم خيرة، تفعيل الاستثمار الاجنبي في عقود الصفقات العمومية، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، العدد الثالث، 2016، بسكرة، الجزائر، ص 389.
- 34 المادة 24، المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي 11-98، المؤرخ في 01 مارس 2011، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي 11-222، المؤرخ في 16 جوان 2011، الجريدة الرسمية، العدد 34، المؤرخة في 19 جوان 2011، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي 12-23، المؤرخ في 18 جانفي 2012، الجريدة الرسمية، العدد 04، المؤرخة في 26 جانفي 2012، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي 13-03، المؤرخ في 13 يناير 2013 الجريدة الرسمية، العدد 02، المؤرخة في 13 يناير 2013 (الملغى).
- 35 المادة 84، فقرة 05، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.
- 36 المادة 49، من نفس المرسوم.
- 37 بكري كامل، مبادئ الاقتصاد، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1988، ص 529.
- 38 نزيه عبد المقصود محمد مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 462.
- 39 المادة 05، من قانون رقم 17-02، المؤرخ في 10/01/2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية، العدد 02، الصادرة بتاريخ 11 جانفي 2017، ص 04.
- 40 المواد 83، 85، من المرسوم الرئاسي 15/247، المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.
- 41 عبد الغني بولكور، عن أولوية المنتج ذو المنشأ الوطني والمؤسسات الوطنية في مجال الصفقات العمومية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الخامس، 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، ص 194.
- 42 الفقرة الأخيرة، من 85، من المرسوم الرئاسي 15/247، المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.
- 43 المادة 85، من نفس المرسوم .
- 44 قرار وزير المالية، المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 17، الصادرة في 16 مارس 2016، ص 35.
- 45 المرسوم الرئاسي 10-236، المتعلق بالصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر، (الملغى).
- 46 المادة 75، من المرسوم الرئاسي 15/247، المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.
- 47 قرار وزير المالية، المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 17، الصادرة في 16 مارس 2016، ص 36.
- 48 سكران فوزية، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 141.
- 49 راغب الحلو ماجد، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 148.
- 50 المادة 152، من المرسوم الرئاسي 15/247، المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.
- 51 نصت المدة 112، الفقرة 02، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتعلق بالصفقات العمومية: "وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الاجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد"، كما نصت في الفقرة 03 من نفس المادة على أنه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية الى اصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها"، السالف الذكر، (الملغى).