

مكانة المؤسسات الأجنبية في قانون الصفقات العمومية الجزائري

The status of foreign institutions in Algerian public transactions law

ابو السعود عبد الله^{1*} مبروك حدة²

¹ جامعة الشهيد الشيخ العربي التبسي تبسة، abdallahi.abualsoud@univ-tebessa.dz

² جامعة الشهيد الشيخ العربي التبسي تبسة، hadda.mebrouk@univ-tebessa.dz

المخبر: القانون المقارن والدراسات الاجتماعية والاستشرافية، جامعة الشهيد الشيخ العربي التبسي تبسة

تاريخ النشر: 2025-05-18

تاريخ القبول: 2025-04-28

تاريخ الإستلام: 2025-02-19

ملخص:

اتجه المشرع الجزائري وفق النظام القانوني الجديد نحو الانفتاح وتعزيز دور المؤسسات الأجنبية بشكل عام ضمن تعاقدات الصفقات العمومية، وإن كان يعطي الأفضلية للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري؛ فعد كل مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري مؤسسة وطنية وإن كانت أجنبية، والغير خاضعة للقانون الجزائري هي مؤسسة أجنبية غير مقيمة في الجزائر. إلا أنه قيد مرحلي الأبرام والتنفيذ مع هذه المؤسسات الأجنبية في إطار قانون الصفقات العمومية بمجموعة من الضمانات الإجرائية والمالية الضرورية لتنفيذ موضوع الصفقة على الوجه المطلوب. الكلمات المفتاحية: المؤسسات الأجنبية؛ الصفقات العمومية؛ الضمانات؛ القانون 12-23.

Abstract:

In accordance with the new legal system, Algerian legislation tends to open up and strengthen the role of foreign institutions in general in the contracting of public transactions, although it gives preference to institutions subject to Algerian law; Each institution subject to Algerian law is a national but foreign institution. Non-Algerian law is a foreign institution that is not resident in Algeria.

However, it is subject to the stages of conclusion and implementation with these foreign institutions under the Public Transactions Act with a set of procedural and financial safeguards necessary to implement the subject matter of the transaction as required.

Keywords: Foreign Enterprises ; Public Deals ; Guarantees ; Law 23-12.

1. مقدمة

في ظل سعيها لتحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية متكاملة ركزت الجزائر كغيرها من الدول على رد الاعتبار للقطاع الخاص لاسيما الأجنبي منه، من خلال إقرارها لعدد الاصلاحات الاقتصادية بدية تسعينيات القرن الماضي، مكرسة بذلك مبدأ الانفتاح على اقتصاد السوق تكيفا مع التحولات العلمية، لتؤكد على شعار الباب المفتوح أمام تدفق الاموال التابعة للمؤسسات الأجنبية الضرورية لتمويل المشاريع الاقتصادية. وارتبطت مسألة جذب المؤسسات الأجنبية بالبحث عن السبل الكفيلة لتشجيع عملية انتقال رؤوس الاموال إليها، سواء من حيث شروط ممارسة الأنشطة الاقتصادية أو من حيث الامتيازات الممنوحة لهذا النمط من المتعاملين.

من ناحية أخرى تعد الاستثمارات العمومية الملاذ البديل من أجل تأمين التنمية المستدامة في العديد من المجالات في ظل هشاشة القطاع الوطني الخاص، لوضع بنية تحتية تسمح باستقبال الاستثمارات الخاصة وتشجيع رأس المال الأجنبي على الإقامة في الاقليم الوطني، ولا يمكن تنفيذ هذه الاستثمارات إلا من خلال أدوات القانون العام التي تشكل الصفقات العمومية أهمها.

إن الارتباط الوثيق بين الصفقات العمومية والواقع الاقتصادي للبلاد، جعل الإدارة توجه طلباتها العمومية نحو المؤسسات الأجنبية، ليكون دور هذا النمط من المتعاملين أكثر أهمية من بين المتعاملين الاقتصاديين في تنفيذ الاستثمارات العمومية، وهو ما يضفي أهمية هذه الدراسة لتوضيح الجوانب القانونية المتعلقة بالمؤسسة الأجنبية في هذا المجال الحيوي والذي شهد تنظيمه تعاقب نصوص قانونية عديدة.

والحقيقة أن اللجوء إلى المؤسسات الأجنبية في مجال الصفقات في التشريع الجزائري ليس وليد مرحلة الاصلاحات الاقتصادية، إذ أنه بالعودة الى النصوص القانونية نجد أن المشرع سمح لهذا النمط من المتعاملين بالولوج إلى مجال الصفقات العمومية مطلع الاستقلال بالنظر لحاجات إعادة الاعمار ووضع بنية تحتية وتنمية اقتصادية، بل وجعل الظفر بالصفقات امتيازاً للمؤسسات الأجنبية التي تقيم الاستثمارات خاصة على الإقليم الوطني، غير أن القطاع الوطني الخاص ظل يدفع نحو تحجيم دور المؤسسات الأجنبية وتقليص حصتها من الطلب العمومي لاسيما مع زيادة عدد المؤسسات الخاصة الوطنية، وفي ظل تنوع وحجم العقود العمومية التي لا تستدعي في نظرهم اللجوء الى هذا النمط من المتعاملين في أغلب الصفقات.

وسواء شدد المشرع في بعض النصوص المنظمة للصفقات العمومية على المؤسسة الأجنبية، أو أزال قيود مشاركتها، تبقى مكانة المؤسسة الأجنبية محل إشكالية قانونية لاسيما شروط مشاركتها والالتزامات المفروضة عليها، برغم من إقرار المشرع لمبدأ المساواة بين المتعاملين ومن قبله تبني مبدأ المنافسة دون وضع قيود تمييزية بين المتعاملين؟

باعتماد المنهج الوصفي والتحليلي للنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية، والتي تناولت جوانب متعددة لمساهمة المؤسسات الأجنبية في هذا المجال الحيوي في الجزائر، نحاول الإجابة عن الإشكالية المطروحة من خلال محورين؛ الأول ويتعلق بتحديد مفهوم المؤسسة الأجنبية ضمن قانون الصفقات العمومية والنصوص القانونية ذات الصلة، في حين نخصص المحور الثاني للأحكام النازمة للتعاقد مع المؤسسات الأجنبية ضمن قانون الصفقات العمومية.

توصف المؤسسات الأجنبية عموماً بأنها كيانات قانونية معنوية عاملة خارج أقاليمها الوطنية، وتستثمر موارد مالية كبيرة في اقتصاديات تلك الأقاليم الأجنبية (Bhardwa، 2023)، إلا أن المشرع الجزائري قد وضع مفهوماً مغايراً نوعاً ما لهذا الوصف.

وفي ظل تعدد النصوص القانونية التي نظمت الصفقات العمومية بداية بالأمر رقم 67-91 إلى غاية صدور القانون رقم 23-12، لذا ارتأينا ضبط مفهوم المؤسسة الأجنبية ضمن أحكام هذه الأخيرة لاسيما في ظل التغيرات الاقتصادية التي رافقت البيئة التشريعية في مجال الصفقات العمومية، كما نبحت في القوانين ذات الصلة بمجال الصفقات لتحديد دقيق لهذا النمط من المتعاملين الاقتصاديين.

1. مفهوم المؤسسات الأجنبية ضمن تنظيمات الصفقات العمومية:

برغم قبول المؤسسة الأجنبية كنمط من المتعاملين الاقتصاديين للتعاقد في مجال الصفقات العمومية، إلا أن المشرع الجزائري تناول موضوع المؤسسات الأجنبية بطابع متذبذب، فتارة يقوم بتوصيفها بمعيار الكينونة والاستقرار، وتارة أخرى يقوم بتوصيفها بمعيار الخضوع، أو يسقط هذه المعايير لاعتبارات وطنية واقتصادية، بترتيب زمني نحاول معالجة مفهوم المؤسسات الأجنبية ضمن كافة التنظيمات في تأصيل قانوني لهذا النمط من المتعاملين.

1.1 المؤسسة الأجنبية ضمن الأمر 67-90: أشار هذا الأمر إلى توصيف المؤسسة الأجنبية عبر ذكر معيار الاستقرار ضمن المادة 32 منه، حيث ورد ضمنها "إذا لم تتضمن الصفقة إلا توريدات بسيطة من النوع العادي فتبرم دائما وفقا لطريقة المناقصة وتخصص هذه المناقصات للمؤسسات المستقرة بالجزائر" (الأمر 67-90 يتضمن قانون الصفقات العمومية، 1967)، مما يعني أن المشرع الجزائري قد استبعد المؤسسات الأجنبية الغير مستقرة في الجزائر، وإن كانت عاملة في الإقليم الوطني.

من جهة أخرى خصصت احكام الفصل السابع من أمر 1967 قواعد قانونية خاصة بالصفقات التوريد المبرمة مع المؤسسات الأجنبية ضمن المواد 68 إلى 71 منه، والمقصود بها المؤسسات غير المستقرة بالإقليم الوطني. برغم أن المشرع في هذا القانون قدم صورتين للمؤسسة الأجنبية، ووصف الأولى بالمستقرة بالجزائر، والثانية أضفى عليها وصف المؤسسة الأجنبية، إلا أنه لم يحدد على وجه الدقة مفهوم وشروط ومعايير التفرقة بين صور المؤسسة الأجنبية.

2.1 المؤسسة الأجنبية ضمن المرسوم 82-145: لقد تبني المشرع بموجب هذا المرسوم معيار جديد لتحديد مفهوم المؤسسات الأجنبية، اذ يتعلق هذا المعيار بالضمانات المقدمة من هذه المؤسسات، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 22 منه "يقصد بالمتعاملين الأجانب في مفهوم هذا المرسوم المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات حسن التنفيذ الملائمة"، فيما صنفّت المادة 24 من ذات المرسوم المتعاملين الاجانب إلى صنفين؛ وهما المؤسسة الأجنبية التي تقدم ضمانات حكومية وأخرى تقدم ضمانات حسن التنفيذ. (المادة 24 من المرسوم 82-145 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، 1982)

فيما يعود غياب المؤسسات الأجنبية المستقرة بالجزائر إلى المنهج الاقتصادي الذي اتخذته الجزائر منذ سنة 1966 إلى غاية 1982 بجملة من الإصلاحات القانونية القائمة على الفكر الاشتراكي، وهيمنة القطاع العام على كافة الأنشطة الاقتصادية، وتهميش المبادرة الفردية سواء الوطنية أو الأجنبية، عدى ما يكون في شكل شراكة عام خاص أو ما اصطلح عليه في تلك الحقبة بشركات الاقتصاد المختلط التي تملك الدولة أو أجهزتها فيها أغلبية رأس المال.

3.1 المؤسسة الأجنبية ضمن المرسوم التنفيذي 91-434: يأتي هذا المرسوم والتنظيمات اللاحقة له بعد تبني المشرع جملة من الإصلاحات الاقتصادية القائمة على التخلي عن المنهج الاشتراكي والتوجه نحو اقتصاد السوق (القادر، 2015، صفحة 54)، مما أثر على الحركة التشريعية في العديد من المجالات ومنها تحديد مفهوم المؤسسات الأجنبية في إطار قانون الصفقات.

أعاد مرسوم 1991 النص على المؤسسات الأجنبية المقيمة بالجزائر من خلال المادة 15 التي نصت على عقد البرنامج "ويبرم عقد البرنامج ... مع المؤسسات الأجنبية الواقعة بالجزائر..."، وكذا المادة 17 المحددة للمتعاملين المتعاقدين "يمكن للمصلحة المتعاقدة... ومع المؤسسات الأجنبية الواقعة بالجزائر"، مع الإبقاء على الصنف الثاني من المؤسسات الأجنبية والقصد هنا غير المقيمة بالجزائر ضمن نص المادة 19 منه.

4.1 المؤسسة الأجنبية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 02-205: تؤكد أحكام مرسوم 2002 على ما ورد في المرسوم آنف الذكر (المادة 17 و 18 من المرسوم الرئاسي 02-250 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، 2002)، ويرى الباحث أن هذا الأمر أتى كاستجابة لسير الجزائر نحو اقتصاد السوق رغبة في استقطاب الاستثمار الأجنبي، لاسيما بعد تبني مبدأ حرية الصناعة والتجارة صراحة ضمن التعديل الدستوري لسنة 1996 (المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 يتعلق باصدار نص تعديل الدستور، 1996)

يلاحظ الباحث أن المشرع الجزائري قد بذل جهدا حثيثا لإزالة الغموض الذي كان يكتنف معيار الاستقرار كمحدد للتمييز بين مفهوم المؤسسات الأجنبية المقيمة والغير مقيمة في الجزائر، إلا أنه من وجهة نظر الباحث لم يحدد المشرع ذلك بدقة عالية كافية لإزالة الغموض، خاصة من ناحية المؤسسات الغير دائمة.

5.1 المؤسسة الأجنبية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 10-236: تبنى المشرع الجزائري من خلال هذا المرسوم معيار الخضوع لتحديد مفهوم المؤسسات الأجنبية، إذ أشارت المادة 22 منه الى إيضاح معنى الاستقرار من خلال تحديد مصطلح المؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر بأنها كل مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، بينما حدد مصطلح المؤسسات الأجنبية الغير مقيمة في الجزائر بلفظ المؤسسات الأجنبية. (المادة 22 من المرسوم الرئاسي 10-236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، 2010)

6.1 المؤسسة الأجنبية ضمن المرسوم الرئاسي 15-247: أعاد التأكيد على معيار الخضوع للتمييز بين المؤسسات الأجنبية المقيمة والغير مقيمة في الجزائر بغية ازالة الغموض الذي كان يكتنف معنى الاستقرار ضمن النصوص القانونية السابقة. (المادة 38 من المرسوم الرئاسي 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، 2015)

يلاحظ الباحث على سياق المرسومين سالفين الذكر أن المشرع الجزائري استخدم لفظ المؤسسات الأجنبية للتعبير عن المؤسسات الأجنبية الغير مقيمة في الجزائر بعد أن كان يستخدم لفظ المتعامل الأجنبي للدلالة عليها ضمن المرسوم التنفيذي 91-434 والمرسوم الرئاسي 02-250 السابقين، وكان من المستحسن برأي الباحث ترك هذا اللفظ واستخدام لفظ المتعامل الأجنبي لإزالة الغموض بين هذين النوعين، إذ أن استخدامه يوحي بأنه يشمل الأخيرين.

7.1 المؤسسة الأجنبية في ظل القانون 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية: أعاد المشرع الجزائري التأكيد على معيار الخضوع بشكل ضمني للتمييز بين المؤسسات الأجنبية المقيمة والغير مقيمة في الجزائر، اذ يمكن اعتبار المؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر مؤسسة وطنية بموجب هذا القانون، ويمكن الاسترشاد بالفقرة الثانية

من المادة 547 من القانون التجاري الجزائري التي جعلت الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطها في الجزائر خاضعة للقانون الجزائري. (المادة 547 من الأمر 75-59 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، 1975) وتجدر الإشارة الى أن القانون 23-12 لم يحدد صراحة المؤسسات الأجنبية المقيمة كأحد المتعاملين الاقتصاديين الذين يحق لهم المشاركة في ابرام الصفقات العمومية، وهذا على خلاف ما صرح به المشرع الجزائري ضمن النصوص القانونية السابقة. (المادة 60 من القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، 2023)

8.1 منشور اللجنة المركزية للصفقات العمومية: لقد تبني المشرع الجزائري في هذا المنشور معيار الاستقرار، حينما أشار الى من يستحق المنافسة في الصفقات العمومية، اذ ذكر منها المؤسسات الأجنبية المستقرة والغير مستقرة، وقد أوضح هذا المعيار من خلال اقتصر هذا الوصف على المؤسسات الأجنبية المملوكة لمنشآت مهنية دائمة في الجزائر، بحيث تسمح هذه المنشآت بقيام المؤسسات الأجنبية بأداء الخدمات المطلوبة منها. (منشور وزاري صادر عن اللجنة المركزية للصفقات العمومية 1968)

يلاحظ الباحث حرص المشرع الجزائري على توضيح الغموض الذي اكتنف معيار الاستقرار ضمن المادة 32 من الأمر 67-90، اذ ربط معيار الاستقرار بامتلاك المؤسسات الأجنبية منشآت مهنية دائمة داخل الإقليم الوطني بشرط قدرة تلك المنشآت على تنفيذ موضوع الصفقة أو جزء جوهري منها.

ويرى الباحث ضرورة استعراض بعض القوانين الخاصة الأخرى بغية تحديد موقف المشرع الجزائري من مفهوم المؤسسات الأجنبية، ولعل من أهمها ما يلي:

- القانون المدني: أشار المشرع الجزائري الى معنى الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون الجزائري، والتي يمكن منه تفسير مفهوم المؤسسة الأجنبية المقيمة، اذ حددت المادة 10 فقرة 4 من هذا القانون بأن هذه الأشخاص هي التي تمارس نشاط في الجزائر. (المادة 10 من الأمر 75-58 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، 1975)

- القانون النقدي والمصرفي: يمكن استجلاء موقف المشرع للجزائري في التمييز بين المؤسسات الأجنبية المقيمة والغير مقيمة من خلال هذا القانون، اذ أنه قد أوضح صفة المقيم والغير مقيم، فالأول هو كل شخص معنوي له مركز رئيسي لنشاطه الاقتصادي في الجزائر، وأما الآخر فهو المفهوم المخالف للأول. (المادة 143 من القانون 23-09 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، 2023)

2. الأشكال القانونية للمؤسسات الأجنبية في الجزائر

توجد العديد من الأشكال للمؤسسات الأجنبية العاملة في الجزائر، ويمكن تصنيفها بشكل أساسي الى صنفين، وهما الشكل الفردي والشكل الجماعي، وتفصيل ذلك ضمن الآتي:

1.2 الشكل الفردي للمؤسسات الأجنبية:

يظهر هذا الشكل في صورة المؤسسات الأجنبية التي يديرها شخص طبيعي واحد، وتكون فيها الذمة المالية موحدة بين هذا الشخص وبين المؤسسة التي يديرها (منظمة العمل الدولي، 2024، صفحة 17)، ويتراوح نشاط هذه المؤسسات بين أنشطة تجارية وأنشطة غير تجارية، إلا أنه يشترط لكل هذه الأنواع الحصول على بطاقة إقامة، والحصول على بطاقة مهنية للأجانب بعد اثبات قيده في السجل التجاري، وهذا ما أكدته المادة 16 من القانون 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب للجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها (المادة 16 من القانون رقم 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب الى الجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها، 2008)، وكذا المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06-

454. (المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-454 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني، 2006)

وتتعدد صور تواجد هؤلاء ما بين تجار، حرفيين، أصحاب مهن حرة، اذ تحتل هذه المؤسسات مكانة جيدة في السوق الجزائري، ناهيك عن عدم وجود أي نص قانوني يمنعها من الحصول على أي صفقة عمومية يعرضها المتعامل العمومي. (صالح، 2012، صفحة 21)

2.2 الأشكال الجماعية للمؤسسات الأجنبية

تشير هذه الأشكال بشكل أساسي الى أنواع الشركات، اذ تتراوح بين شركات أموال وشركات أشخاص، إلا أن الباحث سيركز على أهم هذه الشركات، وهذا كالاتي:

- شركة التضامن: تعتبر أهم شركات الأشخاص، والتي عادة ما تتألف من عدد معين من الشركاء لا يقل عن اثنين، وتكون فيها المسؤولية تضامنية ومطلقة عن سائر ديون الشركة (وآخرون، 2006، صفحة 157)، وقد نظم أحكامها المشرع الجزائري في المواد 551 الى 563 من القانون التجاري. (الأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري)

- شركة التوصية البسيطة: يشير هذا النوع من الشركات الى نوع من الشراكة تجمع بين شخصين أو أكثر ذو صفات متباينة، فقسم منهم متضامنين يتمتعون بصفة التاجر، وقسم آخر موصون لا يتمتعون بصفة التاجر (فضيلة، 2018، صفحة 196)، وقد نظم أحكامها المشرع الجزائري في المواد 563 مكرر الى 563 مكرر 10 من القانون التجاري. (الأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري)

- شركة المساهمة: تعتبر نوع من العقود المالية بغرض المربحة، اذ يكون رأس المال فيها مقسوم الى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول، ولا يكون الشركاء مسؤولون فيها عن ديونها إلا بقدر حصصهم (البقي، 2019، صفحة 207)، وقد نظم أحكامها المشرع الجزائري في المواد 592 الى 715 مكرر 132 من القانون التجاري. (الأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري)

وتجدر الإشارة الى إمكانية أن تتخذ هذه المؤسسات الأجنبية صور أخرى بحسب كيفية الاستثمار، وهي كالاتي:

- الفروع: يشير هذا المصطلح الى وحدات تجارية تابعة للشركات الأجنبية الأم، تقوم بتأسيسها خارج اقليمها الوطني بغية ممارسة النشاط الاقتصادي في تلك الأقاليم. (محمد، 2006، صفحة 18)
- الشركات الوليدة: يعبر هذا النوع عن شركة ذات شخصية معنوية مستقلة، ولكنها تخضع لعملية الإدارة والرقابة من الشركة المؤسسة، اذ أن الأخيرة تملك غالبية رأس المال في مجلس إدارة هذه الشركات. (حديدي، 2008، صفحة 28)

ثانيا: الأحكام النازمة للتعاقد مع المؤسسات الأجنبية ضمن قانون الصفقات العمومية

حرص المشرع الجزائري على تنظيم الصفقات العمومية باعتبارها عقود يلتزم بموجبها أحد أشخاص القانون الخاص بالقيام بأعمال لفائدة جهة إدارية عمومية مقابل مبلغ مالي متفق عليه (الرحمن، 2016، صفحة 43)، ونظرا لاتساع التعاملات الاقتصادية وشمولها المستثمرين الأجانب وضع المشرع ضمن القانون 12-23 مجموعة قواعد تنظم انخراط هذه الطائفة في الصفقات العمومية الوطنية، وهذا ما سنتفصله ضمن الآتي:

1. الأحكام الخاصة بإبرام الصفقات العمومية مع المؤسسات الأجنبية:

لقد وضع المشرع الجزائري مجموعة من الأحكام لتنظيم إبرام الصفقات العمومية مع الجهات الأجنبية: نظرا لخطورة وأهمية هذه العقود للمجتمع وللاقتصاد الوطني، ويمكن اجمال هذه الأحكام ضمن الآتي:

1.1 القواعد المتعلقة بقدرة المؤسسة الأجنبية

أشار المشرع الجزائري من خلال القانون 12-23 سالف الذكر الى الأحكام المرتبطة بقدرة المؤسسة، فأوجب على المتعامل العمومي تحري قدرات المترشحين للمنافسة في هذه العقود سواء أكانت قدرات مادية أو فنية، بحيث يكون هذا التحري لا ينطوي على ممارسات تمييزية بل يكون وفق قواعد شفافية ومنضبطة مع موضوع الصفقة، وكذا مداها الزمني، إذ سمح للإدارة استعمال كافة الوسائل القانونية لتحقيق هذه الغاية لاسيما الاطلاع على الكشوفات الحسابية للمؤسسات المرشحة من خلال طلبها من البنوك، مع منح المرشح إمكانية التقدم للمنافسة إما بصورة فردية أو جماعية على ألا يقدم أكثر من عرض واحد لكل اجراء من إجراءات الصفقة العمومية، وكذا مع تقييد المشرع للصفة التمثيلية لمندوبي المترشحين. (المادة 43 و 44 من القانون 12-23)

يري الباحث أن المشرع قد تناول المترشحين بصفة عامة، ولم يفرق في هذه القواعد المتعلقة بالتأكد من قدرة هؤلاء على الوفاء باحتياجات المتعامل العمومي، وبالتالي تشمل المؤسسات الوطنية والمؤسسات الأجنبية سواء أكانت مقيمة في الجزائر أو غير مقيمة في الجزائر.

2.1 القواعد المتعلقة بانتقاء المترشحين

أشار المشرع الجزائري ضمن القانون 12-23 الى القواعد المتعلقة بانتقاء المترشحين التي يتعين على المتعامل العمومي التقيد بها، فأوجب عليهم بموجب المادة 53 منه اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، أي الموازنة بين الجودة والسعر اذا تلائم ذلك مع موضوع الصفقة، بحيث يكون هذا الانتقاء غير تمييزي، لذا أوجب ذكر معايير الانتقاء ضمن دفتر الشروط الخاص بدعوة المنافسة، وكذا ألزمه بأن يكون نظام تقييم عروض المترشحين متلائم مع موضوع الصفقة، وفي المقابل ألزم المترشحين بعدم التفاوض خلال مرحلة اجراء طلب العروض، ويتعين عليه الاستجابة الى طلب المتعامل العمومي فيما يخص ضبط الصفقة وتحسين عرضه لاسيما من حيث السعر والمدد. (المادة 53 و 54 من القانون 12-23)

يلاحظ الباحث حرص المشرع الجزائري على الموازنة بين الالتزامات المفروضة على المتعامل العمومي والالتزامات المفروضة على المتعامل الاقتصادي، مع الإشارة الى أن المشرع لم يبين صفة المتعامل الاقتصادي خلال تطرقه للقواعد المتعلقة بانتقاء المترشحين، مما يعني أن المؤسسات الأجنبية بنوعها تخضع لهذه القواعد، ولعل سبب موازنة المشرع بين الالتزامات سالف الذكر رغبته في الحفاظ وصيانة الأموال العامة، وكذا انمائها.

3.1 القواعد المتعلقة بشرط الالتزام بالاستثمار

لقد اتجه المشرع الجزائري في القوانين الأخيرة المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية الى وضع قواعد تنظم انضمام المؤسسات الأجنبية الى المنافسة في الصفقات العمومية، ولعل السبب في ذلك تشجيع المتعامل العمومي على اختيار أفضل المتعاملين الاقتصاديين (صالح، صفحة 84)، إذ أوجب المشرع في حال انضمام المتعهدين الأجانب الى الصفقات العمومية في اطار التعاون المشترك أن تتضمن دفاتر شروط الدعوات الدولية شرط الالتزام بالاستثمار (بوكروج، 2020، صفحة 411)، وذلك فيما يخص المشاريع التي تحدد ضمن مقرر صادر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المختص كل على حسب الحالة، مع ضرورة تقديم هؤلاء ضمانات مالية مناسبة تثبت قدرتهم على تلبية احتياجات المتعامل العمومي. (المادة 57 من القانون 12-23)

وتجدر الإشارة الى أن الشرط الخاص بالالتزام بالاستثمار قد ورد بصياغة مغايرة في المرسوم الرئاسي 10-236 خلافا لما تم النص عليه ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 (المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247) والقانون 23-12، إذ اشترط أن تكون رابطة الشراكة مع مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري بشرط امتلاك أغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون. (المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10-236)

يري الباحث رغبة المشرع الجزائري في الحفاظ على المصلحة العامة وتنمية المرافق العامة الحيوية من خلال اشتراطه شرط الالتزام بالاستثمار في حال اشتراك المتعهد الأجنبي في المنافسة، ويظهر ذلك بشكل جلي عبر

اشتراطه تقديم هذا المتعهد ضمانات مالية كافية يتم ذكرها في دفتر الشروط، ويأتي هذا الشرط تلبية للقواعد الخاصة بالتأكد من قدرة المتعامل الاقتصادي على تلبية احتياجات المتعامل العمومي، كما يلاحظ الباحث إعادة استخدام المشرع لمصطلح المتعهدين الأجانب، بما يوحي أن هذا الشرط خاص بالمؤسسات الأجنبية الغير مقيمة في الجزائر دون المؤسسات الأجنبية المقيمة فيها، إذ أن هذه الأخيرة تخضع لنفس معاملة المؤسسات الوطنية كما أشرنا سابقا.

4.1 القواعد المتعلقة بمنح هامش الأفضلية

تعد هذه القواعد المتعلقة بهامش الأفضلية جزء من الإجراءات التمييزية التي قررها المشرع الجزائري بمقتضى النصوص المنظمة للصفقات العمومية بغية حماية المنتج الوطني، إذ أكد القانون 23-12 بموجب المادة 62 على منح هامش الأفضلية بالمرتبة الأولى للمنتجات الجزائرية، وجعل المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بالمرتبة الثانية بشرط امتلاك غالبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وهذا ما أكدته المرسومين الرئاسيين 10-236 و 15-247 ضمن المادة 23 والمادة 83 منهما، لكنهما قد حددا نسبة هذا الهامش بـ 25%، وكذلك قد اشترطا في حال تكون المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري من مؤسسات أجنبية الى جانبها يلتزم كلامها بتبرير حصصهما في أعمال الصفقة العمومية.

يلاحظ الباحث رغبة المشرع الجزائري في حماية المنتج الوطني الى أبعد الحدود، ولكن في حال عدم وفاء هذا المنتج بمعايير الصفقة العمومية اللجوء الى منتجات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والتي يكون من ضمنها المؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر بشرط امتلاك غالبية رأسمالها جزائريون مقيمون. وتجدر الإشارة الى أن هناك إجراء تمييزي آخر وهو المزايدة (المادة 33 من المرسوم الرئاسي 10-236)، وقد استبعده المشرع من نطاق الصفقات العمومية منذ عام 2015، إذ كان قبل يُمنح هذا الاجراء الى المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري فقط.

2. الأحكام الخاصة بتنفيذ الصفقات العمومية مع المؤسسات الأجنبية:

قد وضع المشرع الجزائري العديد من الأحكام الخاصة بمرحلة بتنفيذ الصفقات العمومية لاسيما إذا كان أحد الأطراف أجنبيا، لتضاف الى الأحكام السابقة بمرحلة الإبرام، ويأتي هذا الحرص بهدف ضمان تلبية احتياجات المتعامل على النحو المطلوب، ومن أهم هذه الأحكام ما يلي:

1.2 القواعد المتعلقة بالمناولة

أطلق المشرع الجزائري منذ المرسوم الرئاسي 15-247 مصطلح المناولة بعد أن كان يستخدم لفظ التعامل الثانوي الذي يشير الى تصرف قانوني يسند بمقتضاه المتعاقد مع المتعامل العمومي إلى شخص آخر للقيام بجزء من محل العقد الأصلي على أن يبقى ضامنا له طيلة مرحلة التنفيذ (زينة، 2023، صفحة 364). إلا أن المشرع قد خص هذا التصرف القانوني بمجموعة من القواعد والتي تتمثل في عدم تجاوز المناولة 40% من مبلغ الصفقة، إلا أن المؤسسات الأجنبية التي تقدم تعاقدات بمفردها يجب أن تتعاقد بموجب هذا الأسلوب بما لا يقل عن 30% من الصفقة الأولى مع إحدى المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ما لم يوجد أي سبب يحيل ذلك. (المادة 82 من القانون 23-12)

يلاحظ الباحث حرص المشرع الجزائري على ضمان قيام المتعامل الأجنبي بتنفيذ التزامه الشخصي نحو المتعامل العمومي، وكذا رغبته في ادماج المؤسسات الوطنية والمؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر في تنفيذ الصفقات المنفذ الأساسي فيها متعامل أجنبي بغية اكتساب الخبرات.

2.2 القواعد المتعلقة بالضمانات الخاصة بالمؤسسات الأجنبية

لقد ساوى المشرع الجزائري بين المؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر وغير المقيمة في الجزائر في تقديم الضمانات المالية لضمان تنفيذ الصفقات العمومية من طرف تلك المؤسسات، ويمكن تقسيم هذه الضمانات الى 3 أنواع أساسية، وهي كالآتي:

1.2.2: كفالة رد التسبيقات: تعتبر هذه الكفالة استثناء على الأصل المتمثل في الدفع بعد أداء الخدمة، اذ تبادر الجهة الإدارية بالدفع المسبق في رقم حساب المتعامل الاقتصادي. (هاشي، 2019، صفحة 169) وتجدر الإشارة الى أن المرسومين الرئاسيين لسنة 2010 و2015 قد ميزا بين المؤسسات الوطنية والمؤسسات الأجنبية بخصوص تقديم هذه الكفالة اذ ألزم المشرع المؤسسات الوطنية بتقديم كفالة يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، أما المؤسسات الأجنبية فتلتزم بتقديم هذه الكفالة من بنك خاضع للقانون الجزائري مستند لضمان صادر من بنك أجنبي من الدرجة الأولى. (المادة 110 من المرسوم الرئاسي 12-23)

2.2.2: كفالة التعهد: تعبر هذه الكفالة عن دفع المتعاقد مبلغ نقدي يعادل نسبة من قيمة الصفقة كدليل على حسن نيته في تنفيذ موضوع الصفقة (هاشي، صفحة 163)، وينطبق على هذه الكفالة ذات الأحكام المتعلقة بكفالة رد التسبيقات.

3.2.2: كفالة حسن التنفيذ: أشار القانون 12-23 الى ضرورة توفير ضمانات كافية تضمن حسن تنفيذ الصفقة العمومية (المادة 83 من القانون 12-23)، وقد منح المرسوم الرئاسي 15-247 المتعامل العمومي حق اعفاء المتعامل الاقتصادي من تقديم هذه الكفالة في حال لم يتعدى مدة تنفيذ الصفقة 3 أشهر، وكذلك بالنسبة للصفقات المبرمة بالتراضي البسيط، وكذلك المبرمة مع المؤسسات العمومية. (المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247)

وتجدر الإشارة الى أن صيغ مراجعة الأسعار المتعلقة بالصفقات التي تنفذها المؤسسات الأجنبية وتدفع مبالغها بالعملة الصعبة بمقدورها استعمال الأرقام الاستدلالية للبلد المتعامل أو أرقام أخرى بشرط أن تكون رسمية. (المادة 103 من المرسوم الرئاسي 15-247)

ويرى الباحث أن وضع هذه الضمانات المالية من قبل المشرع الجزائري كان هدفها الحرص على تقديم الخدمات العامة بفاعلية من خلال إلزام المتعامل الاقتصادي بتنفيذ عين ما ورد في موضوع الصفقة، وقد وسع المشرع ليشمل هذا الالتزام كل من المتعامل الوطني والمتعامل الأجنبي.

تبنى المشرع الجزائري وفق النظام القانوني الجديد نوعا من الانفتاح نحو تعزيز دور المؤسسات الأجنبية بشكل عام ضمن تعاقدات الصفقات العمومية، وإن كان يعطي الأفضلية للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

وقد توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات، وهي كالآتي:

أولاً: النتائج

- تبني المشرع الجزائري ضمن النظام الاشتراكي معيار الاستقرار لتحديد مفهوم المؤسسات الأجنبية، ولكنه اتسم بالغموض.
- اتجه المشرع الجزائري ضمن النظام الرأسمالي نحو تكريس معيار الخضوع لتحديد مفهوم المؤسسات الأجنبية، فعد كل مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري مؤسسة وطنية وإن كانت أجنبية، والغير خاضعة للقانون الجزائري هي مؤسسة أجنبية غير مقيمة في الجزائر.
- تتخذ المؤسسات الأجنبية في القانون الجزائري صورتين أحدهما فردية، والأخرى جماعية، والأخيرة تشمل صور فرعية عديدة أبرزها الشركات.
- نظم قانون الصفقات العمومية إطار تعاقد المؤسسات الأجنبية في مرحلة الإبرام عبر وضع قيود تتعلق بالقدرة والاختيار والأفضلية ووجوب الالتزام بالاستثمار.
- ضبط قانون الصفقات العمومية تعاقد المؤسسات الأجنبية في مرحلة التنفيذ عبر قاعدتين، الأولى تتعلق بالمنافسة، إذ اشترط على الطرف الأجنبي أن تكون المنافسة نسبة تتجاوز 30% لإحدى المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ما لم يستحيل ذلك، أما الثانية فتتعلق بتقديم الطرف الأجنبي ضمانات مالية عديدة أبرزها كفالة التعهد ورد التسبيقات وحسن التنفيذ.

ثانياً: الاقتراحات

- يتعين على المشرع الجزائري وضع معايير دقيقة لتحديد مفهوم المؤسسات الأجنبية بغية حسم الجدل حول طبيعة هذه المؤسسات ومكانتها ضمن قانون الصفقات العمومية.
- يستحسن على المشرع الجزائري الثبات في استخدام المصطلحات القانونية، لاسيما مصطلح المتعامل الأجنبي بغية إزالة الغموض في التمييز بين المؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر والغير مقيمة فيها.
- يجدر بالمشرع الجزائري تقديم التسهيلات المالية والاجرائية للمؤسسات الأجنبية في مجال الصفقات العمومية نظراً لاملاكها التكنولوجيا الملائمة لاحتياجات المتعامل الوطني.

المرسوم الرئاسي رقم 236-10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58، صادرة في 07 أكتوبر 2010.

المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، صادرة في 20 سبتمبر 2015.

الأمر رقم 90-67 المؤرخ في 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، صادرة في 27 يونيو 1967.

الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 101، صادرة في 19 ديسمبر 1975.

الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975.

المرسوم رقم 145-82 المؤرخ في 10 أبريل 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15، صادرة في 13 أبريل 1982.

المرسوم الرئاسي رقم 438-96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76 صادرة في 08 ديسمبر 1996.

المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، صادرة في 28 يوليو 2002.

المرسوم التنفيذي رقم 454-06 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني، جريدة رسمية عدد 80، صادرة في 11 ديسمبر 2006.

القانون رقم 11-08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب الى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، جريدة رسمية عدد 36، صادرة في 02 يوليو 2008.

القانون رقم 09-23 المؤرخ في 21 يونيو 2023 يتضمن القانون النقدي والمصرفي، جريدة رسمية عدد 43، صادرة في 27 يونيو 2023.

(2023). المادة 60 من القانون 12-23 المؤرخ في 06 غشت 2023 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 51، صادرة في 06 غشت 2023.

Shrishti Bhardwa, What are Foreign Institutional Investors (FIIs)?, 2023, on website : <https://www.smallcase.com/learn/fii-foreign-institutional-investors/> date see:06/06/2024.

بوراس محمد، النظام القانوني لفروع الشركات الأجنبية العاملة في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2006.

حازم ربحي عواد وآخرون، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار يافا، عمان، 2006.

زمال صالح، المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2012.

صالح بن زابن المرزوقي البقمي، شركة المساهمة في النظام السعودي: دراسة مقابلة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، شركة العبيكان للتعليم، السعودية، 2019.

طلعت جواد لحي حديدي، المركز القانوني الدولي للشركات متعددة الجنسيات، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

غانس حبيب الرحمن، تحديث مفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247-15 استجابة لتحديات الدولة الراهنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 2، الجزائر، 2016.

فارس بوكروخ، الالتزام بالاستثمار في قانون الصفقات العمومية الجزائري، دفاتر السياسة القانونية، المجلد 12، العدد 1، الجزائر، 2020.

فوزية هاشمي، الضمانات المالية في قانون الصفقات العمومية دراسة مقارنة، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 01، 01، الجزائر، 2019.

مشدال عبد القادر، تجربة الجزائر في الانتقال إلى اقتصاد السوق وإشكالية تطور الصناعة، مجلة الإحصاء والاقتصاد التطبيقي، المجلد 12، العدد 1، الجزائر، 2015.

مقداد زينة، النظام القانوني للمناولة في الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 01، الجزائر، 2021.

منشور وزاري صادر بتاريخ 01 فبراير 1968، تحت رقم CCM/68/01 صادر عن اللجنة المركزية للصفقات العمومية، 1968.

منظمة العمل الدولي، القطاع غير المنظم والتحول الهيكلي في مصر والعراق والأردن: إطار لتقييم استجابات السياسات في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، الطبعة الأولى، منشورات منظمة العمل الدولي وآخرون، نيويورك، 2024.

ميثاق بيات الضيفي وسنيسنة فضيلة، قوانين الشركات بين الشرع والوضع، الطبعة الأولى، الشركة البريطانية للنشر، لندن، 2018.