

التعاقد بأسلوب البوت في التشريعين الجزائري و الفرنسي

ط/دليدية دوفان
باحثة دكتوراه في قانون الاستثمار
جامعة قاصدي مرباح ورقلة

د/يسمينة لعجال
أستاذة محاضرة (أ)
جامعة قاصدي مرباح ورقلة

الملخص

تعد عقود البوت من أهم الآليات المستحدثة، للإستثمار في قطاع البنية التحتية للدولة وتأتي هذه الأهمية لاعتباره النموذج التعاقدي الأصلح لتنفيذ المشاريع الإستثمارية المتعلقة بالبناء و التشغيل و نقل الملكية، والتي تسعى الدولة لإنشاءها و ترقيةها و تطويرها وفقا للمعايير الدولية. إلا أن المشرع الجزائري لم يضع إطارا قانونيا محدد لهذا النمط من العقود بالرغم من أهميتها كآلية لتفعيل الاستثمار في مجالات اقتصادية هامة ومتعددة كمشروعات الطاقة المتجددة، حيث اعتبرها أحد أشكال عقود الإمتياز دون ان يكون لها كيان قانوني مستقل، رغم التعديلات التي مست المنظومة القانونية خاصة عند تنظيم المرسوم 15_247 لتفويضات المرفق العام، ما يجعل تنظيمها مفتقر لعنصر الدقة، هذا بالمقارنة بالمكانة التي أولاها التشريع الفرنسي لمشاريع الإستثمار المبرمة بأسلوب البوت، في الأمر 559_2004، التي كان تنظيمها أكثر ليونة من سابقه رغم عدم التصريح بمصطلح بوت قانونيا.

الكلمات المفتاحية

عقد البوت ، قانون الاستثمار ، عقود الامتياز ، المنافسة ، المفاوضات

Abstract:

BOT contracts are one of the most important mechanisms to invest in the country's infrastructure sector. This importance comes to be considered as the best model for the implementation of investment projects related to construction, operation and transfer of ownership, which the State seeks to establish, upgrade and develop according to international standards. However, the Algerian legislator did not establish a specific legal framework for this type of contracts, despite its importance as a mechanism to activate investment in important economic fields, such as renewable energy projects, he consider it a form of concession contracts , Without having an independent legal entity, Despite the amendments Which has affected the legal system, especially when organizing the decree. What makes this vision inaccurate, In contrast to French legislation in Orde15/247, Contrary to the French legislation in order 559 / 2004, which was more precise and specific

Keys Wards:

BOT contract, investment law, concession contracts, competition, negotiations

خلال تنظيمه أو استثماره أو تسييره أو إنشائه أو إدارته
تحت إشرافها.

وقد تبني المشرع الجزائري هذا التوجه الحديث
متفقا مع التشريعات الحديثة كالتشريع الفرنسي والذي
أظهر اهتماما كبيرا بوضع إطار قانوني ناظم لإبرام العقد
المائل ، والذي يعد أحد أهم مظاهر التطور لعقد
الإمتياز التقليدي ، بما أضفاه من أبعاد قانونية و إقتصادية
،تناسب التحولات الإقتصادية الدولية اللازمة لحماية
وجذب الاستثمارات المتعلقة بالبنية الأساسية للدولة
،وذلك من خلال تحقيق التوازن بين سلطة الإدارة
وصلاحياتها في ابرام العقود وفقا للمفاهيم التقليدية
للقانون الإداري ،وبين مصلحتها في تنفيذ مشروعاتها
ذات البعد الإستثماري .

و من ثم فإن البحث عن تطبيق هذا النموذج
المستحدث لعقود الإمتياز يطرح تساؤلا حول الإطار
القانوني الناظم لها ؟ وهل يشكل هذا النظام بالفعل
تطورا لعقد الإمتياز التقليدي ؟ خاصة و أن هذا
النموذج من العقود يسمح للمستثمر بالبناء و التشغيل ،و
من ثم نقل ملكية المشروع للدولة مع امكانية حق تملك
المشروع ، وذلك بالرغم من عدم نص المشرع على
مصطلح البوت في القانون (المحور الأول)،وهو ما يتطلب

تنقسم عقود الدولة تبعا للأهداف التي تسعى
الدولة لتحقيقها من خلالها¹. ويبرز جذب الإستثمارات
كهدف رئيسي لمثل هذه العقود، فأى تصور لها يجب أن
يطرحهما كأداة دولية للتعامل الإقتصادي و التجاري من
جهة و كأداة وطنية تجسدت في الكيان القانوني للعقد
الإداري في صورته الكلاسيكية². لذا فإن عقد البوت يعد
أحد أهم النماذج التطبيقية لمثل هذه العقود. لما له من
أهمية في تلبية المصالح الإقتصادية و المرفقية و الخدماتية
للدولة الحديثة. و يصنف على اساس ذلك في طائفة
العقود التي تتوافر فيها جميع المعايير المطلوبة لإلحاق
وصف العقود الإدارية الدولية به .

و إعتبارا لذلك، تعتبر عقود البوت نموذجا
مستحدثا لعقود الإمتياز التقليدية، هذه العقود التي
ظلت أشهر العقود الإدارية الدولية و أكثرها تطورا و
قابلية لتبني المفاهيم القانونية الحديثة. فلم يحض أي
تصرف إداري بالإهتمام الفقهي كما حضي به الإمتياز³
كونه التصرف الذي ظهر كنتاج للحميات التاريخية
للإدارة التي أدخلته كوسيلة مناهضة للوسائل المشهورة
في عملية التسيير الإداري⁴. و تميل بموجبه السلطة العامة
إلى التخلي عن بعض الأنشطة العامة أو ذات المصلحة
العامة لصالح الأفراد⁵ بغية تنفيذ مرفق عام سواء من

ضرورة تفعيل التطابق بين المقصود النظري و التطبيقي في النظام القانوني للدولة ، عند إبرام العقد (المحور الثاني).

المحور الأول: الإمتياز كأساس قانوني لعقد البوت

يعتمد كل عقد بوت بالأساس على الإمتياز الذي يعد احد معاملات التجارة الدولية⁶. و بذلك يرتكز أغلب المهتمين في البحث عن طبيعة هذا العقد بالتركيز على ربطه بالمفهوم القانوني لعقود الإمتياز نظرا لغياب تعريف قانوني متفق و مجمع عليه (أولا)، كما تسجل إشكالية القابلية لتملك المشروع الإستثماري تعارضا فقهيًا (ثانيا)، ما لا يساعد في تأطير هذا العقد قانونيا.

أولا_ غياب تعريف قانوني لعقد البوت

عقد البوت حسب تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هو شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح الدولة بموجبه لمجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الإتحاد المالي للمشروع إمتيازًا لبناء مشروع إستثماري معين و تشغيله و إدارته و استغلاله تجاريا، لمدة معينة تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل أو من مزايا أخرى ممنوحة لهم ضمن عقد الإمتياز، و في نهاية الإمتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الدولة المتعاقدة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة يكون قد تم الإتفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض على منح المشروع⁷.

كما تعرفه منظمة اليونيدو⁸ بأنه اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى احد أشخاص القطاع الخاص إنشاء احد المرافق الأساسية في الدولة، من عمليات التصميم و التمويل و القيام بأعمال التشغيل و الصيانة. كل هذا خلال فترة زمنية محددة يسمح للمستثمر فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق منصوص عليها في اتفاقية المشروع، ومن ثم تمكنه من استرجاع الأموال التي استثمرها و مصاريف التشغيل و الصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، ليلتزم عند نهاية المدة الزمنية المحددة بإعادة المرفق العام إلى الحكومة⁹.

و لا يعتبر مصطلح البوت مصطلحا قانونيا، نظرا لغياب تعريف قانوني محدد في التشريعات الوطنية. إلا أنه شهد كمصطلح شهرة واسعة في عالم العلاقات الاقتصادية، و هذا نظرا لدقة دلالات حروفه. فإصطلاح BOT هو إختصار لثلاث كلمات إنجليزية « BUILD , OPERATE, TRANSFER »¹⁰ . و

ترجمتها إلى اللغة العربية هي

* البناء بمعنى بناء المشروع.

* التشغيل أو إدارة المشروع الذي تم بناءه .

* نقل الملكية .

يقابلها باللغة الفرنسية مصطلح CET بما معناه¹¹ « Construire , exploiter, transférer ». و يعتبر التعاقد وفق لهذا الأسلوب في النظام القانوني الفرنسي، من بين المظاهر الأساسية لعقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص في مجال تمويل إقامة المرافق العامة « Partenariat Public Privé ».

و إعتبارا لما سبق، يعود السبب في عدم وجود تعريف قانوني لهذا النوع من العقود إلى عدم وجود إجماع دولي يعطي تعريفا لمفهوم الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، نظرا لطبيعة القانون العرفية التي يتميز بها النظام الأنجلوسكسوني و سيادة مبدأ حرية إرادة الأطراف المتعاقدة، مقابل الطبيعة المقتنة للقانون في الأنظمة الفرنكوفونية¹². هاته الخصائص المتصادمة بين العائلتين القانونيتين صعبت من مهمة تعريف هذا الأسلوب التعاقدية في جانبه القانوني، خاصة عندما لا نجد في الإنجليزية ما يقابل مفهوم المرفق العام. علما أن التطبيق الفني و الإقتصادي هو نفسه في كليتهما. ليتفق في النهاية على التخلي عن مصطلح المرفق العام على المستوى الأوروبي و تعويضه بمفهوم إقتصادي بديل أطلقت عليه تسمية " مرفق المصلحة الاقتصادية العامة "¹³.

ثانياً ـ مدى قابلية إنتقال ملكية المشروع الإستثماري

موضوع العقد

في الحقيقة يعد إعتبار نظام البوت مبتكرا في مجمله ليس بالأمر المطلق، حيث يرجع إنتشاره الى أواخر القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين فيما يسمى بعود الإمتياز في فرنسا ، فلقد إستخدمته هذه الأخيرة في مشاريع بناء السكك الحديدية و التزويد بمياه الشرب، ليختفي مع ظهور الإمتياز البترولي في أواخر ثلاثينيات القرن العشرين¹⁴. لتحصل تطورات مهمة في أواخر الثمانينات على صعيد تطبيق هذا العقد، و التي كان أولها توقيع إتفاقية تنفيذ نفق " المانش " الرابط بين كل من فرنسا و بريطانيا، و ذلك بين كل من الحكومة الفرنسية و البريطانية و شركة EUROTUNNEL من جهة ثانية¹⁵. كل هذه التطورات ساهمت في خلق تصادم فقهي حول إنتقال هذه الملكية (أ) ما دفع بالمشرعين محل الدراسة لتقييدها بمدة العقد على ان لا نجزم برفض القاطع لها(ب).

أـ التصادم الفقهي حول إنتقال ملكية المشروع الإستثماري

ساهم ظهور عقد البوت في إحداث تصادم فقهي، خاصة عند إطلاق مصطلح بوت لأول مرة من قبل رئيس الوزراء التركي TURGOT OZAL على أسلوب تنفيذ مشاريع البنية الاساسية في تركيا، و الذي يرجع له الفضل في استخدام كلمة بوت للإشارة إلى هذا

النوع من المشاريع¹⁶. نظرا لظهور تصنيف فقهي آخر لعقود البوت و هذا عند زيادة حرف O إلى مصطلح BOT والمستأصل من كلمة OWN و التي تعني تمليك المشروع الذي تم إنشائه، ليصبح المصطلح BOOT¹⁷. هذه الإشكالية التي ساهمت في إتساع دائرة النقاش حول ملكية الشركة للمشروع من الأرض و ما عليها من معدات.

و يتجلى هذا الخلاف في أن ملكية الشركة للمشروع من الارض و ما عليها من معدات هو قول محاط بالشكوك، لأن هذه الملكية عند إستعمال الصياغة الأولى BOT غير مصرح بها، في حين ان عقود البوت تسمح بإمتلاك المشروع طوال مدة العقد¹⁸. لذا فالمصطلح الأنسب هو BOOT لأنه النموذج الواضح للخصخصة الكاملة لمشروعات البنية التحتية. في حين أن الاختلاف يثور عند البعض الآخر في طبيعة الملكية بحد ذاتها، حيث شهد إختلاف حول ما إذا للمستثمر المتعاقد ملكية دائمة أو مؤقتة لأرض المشروع و معداته.

و إعتبارا لذلك، يذهب أنصار صيغة العقد BOOT أنها الصورة الواضحة للخصخصة الكاملة للمشروع الإستثماري، تلتزم بموجبه شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية، و من ثم تنتقل لها ملكية المنشأة بصفة نهائية، بحيث تكون

لها السيطرة الفعلية و النهائية على تشغيل المرفق لصالح القطاع الخاص¹⁹. غير أن هذا التوجه، منتقد بدليل أن المصطلح غير دقيق، و لا يعبر عن واقع هذه العقود التي تعطي للمستثمر حق الإنتفاع بالمشروع، و الذي يخول له حيازة المشروع بغرض الإستغلال و ليس التملك²⁰.

ب_الرفض النسبي لفكرة انتقال الملكية

في خصوص هذا النقاش، ذهبت الدولة الجزائرية ممثلة بالوكالة الوطنية للاستثمار عند إبرامها إتفاقية إستثمار مع شركة KAHRAMA²¹ من اجل انجاز مركب لتحلية مياه البحر و انتاج الكهرباء، إلى إعتبار أن موضوع المشروع الإستثماري هو إستعمال الموقع و التنمية و التصور و الهندسة و شراء الأجهزة و المعدات و التصنيع و التمويل و الحصول على الرخص و البناء و الإتمام و التجارب و التشغيل و التأمين و الحيازة و الإستغلال و الصيانة اليومية و الصيانة الدورية و تفكيك المصنع و كل نشاط يترتب عن ذلك²². ما يفسر أن الدولة الجزائرية في هذا العقد، ذهبت إلى إعتباره أحد عقود تفويض المرافق العامة، و من ثم فإن عملية تنفيذ هذا العقد تتم على ثلاث مراحل أساسية حسب نص الإتفاقية، و هي مرحلة إنشاء المصنع، و مرحلة التشغيل، و من ثم مرحلة إعادة الملكية للدولة. و هي المراحل الثلاث التي تميز عقد البوت.

و لتثبيت موقف التشريع الجزائري من نقل الملكية من عدما في مثل هذه العقود، نلحظ ان نص الإتفاقية إستعملت مصطلح الحياة، بمعنى أن إنتقال ملكية المشروع للمستثمر الأجنبي تكون في إطار الإستغلال مدة العقد ،و التي حددتها الإتفاقية ب 30 سنة من تاريخ دخولها حيز التنفيذ²³. ما يفيد أن تطبيق النموذج العقدي في الجزائر يفسر على أساس المصطلح BOT ،ما يعني أن ملكية المستثمر للمشروع الإستثماري هي حياة مؤقتة و ليست فعلية أو كلية للمشروع.

أما عن قابلية التملك المطلق للعتاد المستعمل في المشروع الإستثماري موضوع العقد، فإن المرسوم التنفيذي رقم 08_54 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب و نظام الخدمة المتعلق به، قد فصل في أملاك المستفيد من الإمتياز و هذا من خلال المادة 8 من دفتر الشروط النموذجي المرفق ،على أن الأملاك و المنشآت و الهياكل المنجزة للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب من ميزانية الدولة ملكا للسلطة المانحة للإمتياز في حين أن الاملاك المكتسبة أو المنجزة من الأموال الخاصة تشكل أملاك صاحب الإمتياز²⁴.

كما اشار دفتر الشروط النموذجي المطبق في منح الإمتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري

الموجهة لمهام الخدمة العمومية، في مادته 3 بصفة صريحة أن أملاك التي تشملها البنية التحتية محل الإمتياز، وضعت تحت تصرف صاحب الإمتياز مع توثيقها في محضر، كما أن أي تعديل على هذه الأملاك من قبل المستفيد من الإمتياز، يجب أن يذكر في ملحق بإتفاقية منح الإمتياز وهذا بصفة إجبارية²⁵. مما يعني، أن المشرع لم يعترف بانتقال ملكية المشروع للمستثمر الأجنبي لا الأرضية و لا العتاد، إنما أعطى له حق إمتلاك الأرباح، و العوائد المكتسبة من استغلال المشروع.

وقد نظم المشرع الفرنسي الإطار القانوني لهذه العقود بالأمر 2004_559²⁶ المنضم لعقود الشراكة. و التي تسمى ايضا بالعقود الشاملة²⁷. تسمح من خلالها الدولة او احد مؤسساتها العامة للمستثمرين خواص سواء وطنيين او أجانب لفترة محددة بتمويل الاستثمارات او استخدام ترتيبات تمويل ناجحة من اجل القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمارات بالمعدات و الموارد و كذا القيام بأعمال الصيانة و التشغيل و التسيير²⁸. هذا دون الإشارة إلى حق إمتلاك المشروع الإستثماري بعد انتهاء مدة العقد عند تعريفه لهذا النوع من العقود .

و تنص المادة 13 منه²⁹ انه في حالة تضمن العقد استغلال لأملاك الدولة، لصاحب العقد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك حقوق حقيقية على الأعمال و

المحور الثاني: إجراءات التعاقد بأسلوب البوت

بين المناقصة والتفاوض

لاقت هذه العقود رواجاً لا نظيراً له، خاصة بعد تطوير الدولة لوظائفها، وتحويلها من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة، حيث أصبح هذا النوع من العقود النموذج المتدرج في العديد من النشاطات الاقتصادية والإدارية و الخدماتية للدولة، هادفاً إلى تحقيق وظائف الدولة الحديثة دون أن يترتب على الدولة تضخيم ميزانيتها العمومية لإنجاح المشروع الاستثماري موضوع هذه العقود³⁰. إلا أن إبرام عقود البوت تعقيدات فنية وإدارية نظراً لأهميتها وحساسية المرافق التي تنظمها، لذا فإن الدولة المتعاقدة تحرص على وضع إجراءات قانونية محددة لإبرام عقود البوت من خلال مرحلة الإعداد الفني والقانوني للمشروع (أولاً) قبل أن يتم الإعلان عن الدعوى للمنافسة على للجمهور (ثانياً).

أولاً: أهمية مرحلة الإعداد الفني والقانوني للمشروع

في فرنسا

لمرحلة إعداد المشروع أهمية كبيرة، لأنها تعبر عن خطة الدولة الاقتصادية، وأهدافها وتطلعاتها وقدرتها على إنشاء المرفق العام، وأهمية تنفيذه في ضوء حاجات المجتمع وأولوياته³¹. و تتم هذه المرحلة من خلال قيام الدولة المتعاقدة بتحديد مشاريع البنية التحتية التي

المعدات التي ينفذها يكون له التزامات و صلاحيات المالك الأصلي في الشروط و الحدود المتفق عليها في العقد لضمان سلامة و تخصيص القطاع العام .

ما يفيد ان المشرع الفرنسي قد اعترف بالملكية المؤقتة للمشروع الإستثماري، و هذا ما جاء به مناهضي فكرة امتلاك المستثمر الأجنبي للمشروع الإستثماري بصفة كلية، و التي دعى إليها أنصار مصطلح BOOT. و على عكس المشرع الجزائري الذي لم يتبنى على الإطلاق فكرة التملك، ما يظهر أن الدافع وراء المشرع الفرنسي عند منحه ملكية محددة بمدة العقد، هو دفع المستثمر الأجنبي إلى تحسين المرفق العام و حسن تنفيذ المشروع عن طريق التصرف كالمالك الأصلي دون أي قيود تنجم عن تدخل الشخص المعنوي العام في التسيير، مع احتفاظ هذا الأخير بوظيفته التقليدية و هي الرقابة على التنفيذ.

و عليه فإن التعاقد بأسلوب البوت، و من خلال تعريفه و من رفض المشرعين إنتقال الملكية المطلقة للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة ،يظهر كنموذج مستحدث لعقد الإمتياز، نظراً لتميزه بخصائص هذا العقد و ما الإختلاف إلى في تخصيص شكل معين للإستثمار بموجبه، من خلال مشاريع البنية التحتية.

تحتاج إلى تمويل من القطاع الخاص من بين المرافق التي تعاني من سوء تقديم الخدمات أو قصورها³².

فالشروع مثلا في إقامة منطقة سكنية أو عمرانية جديدة، تقوم الجهات الفنية بتحديد المرافق المطلوبة من كهرباء و طرق و مياه، في ظل دراسة مسبقة للإمكانيات المالية المراد تخصيصها للمشروع من قبل الدولة و على هذا الأساس تلجا إلى البحث عن الأسلوب الأمثل للتمويل³³. مع إمكانية لجوء الدولة في هذه المرحلة إلى الإستعانة بمستشارين فنيين و ماليين و قانونيين للقيام بالدراسات القانونية و التقنية اللازمة، من أجل دراسة جدوى المشروع و تحضير مستندات العطاء على نحو يتفق مع المعايير الدولية³⁴.

ويلي مرحلة إعداد المشروع مرحلة دراسة الجدوى منه في مختلف الجوانب الاقتصادية، القانونية، الإجتماعية، البيئية، المالية و الفنية و الهندسية³⁵. و يقصد بدراسة الجدوى مجموعة الأساليب العلمية المستخدمة في جمع المعلومات و البيانات و تحليلها بهدف التوصل إلى نتائج قاطعة عن مدى صلاحية هذه المشروعات من عدة جوانب قانونية، تسويقية، بيئية، مالية و اجتماعية³⁶.

و على هذا الأساس، نجد أن الدولة الفرنسية تطور قطاع الطرق بإستعمال أسلوب البوت، من خلال

إجرائها لدراسات قبلية لحاجات الدولة لخدمات هذا القطاع، و هذا من خلال تخصيص 8500 كم من الطرق السريعة الفرنسية من أصل 11000 كم للقطاع الخاص، في حين أن 2500 كم من هذه الطرق بقيت ممولة من قبل الدولة، كل هذا بعد دراسة جدواها من السلطات المعنية بذلك، و المتمثلة في كل من الوزير المكلف بالطرق الوطنية و وزير البيئة، الطاقة، التنمية المستدامة، و وزير التخطيط من خلال المديرية العامة للبنية التحتية، و وزير النقل³⁷.

في حين أن عدم ضرورة وجود هذه المرحلة في الجزائر، قد تساعد في نجاح التعاقد بأسلوب البوت نظرا لأهمية الدراسات المسبقة في التوفيق بين تنشيط القطاع الإستثماري و تلبية حاجيات المجتمع المرفقية.

ثانيا: الدعوى للمنافسة على المشروع الإستثماري

موضوع العقد

تعد الدعوى إلى المنافسة القاعدة العامة للتعاقد بأسلوب البوت، بإعتبار أن مثل هذا النموذج العقدي ذو طبيعة إدارية بالدرجة الأولى. حيث يتم اختيار المتعاقدين في هذه المشروعات عن طريق المنافسة، و بواسطة الإعلان المسبق، مع تحديد وثائق التعاقد و دفتر الشروط، التي تتضمن المواصفات التقنية و الشروط اللازمة لإبرام العقد³⁸. على إعتبار أن إجراء

الدعوى إلى المنافسة يراعي القواعد المتعلقة بالمنافسة و العلانية.

تطبيقاً، تبرم عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية غالباً عن طريق مناقصات دولية نظراً لتعلق موضوع أغلب هذه العقود بمشاريع إستثمارية ضخمة، و التي تتطلب قدراً من التكنولوجيا المتقدمة كما هو الحال في إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو محطات تحلية مياه البحر.³⁹

أما تشريعياً فيظهر عدم وضوح موقف المشرع الجزائري(أ) على عكس المشرع الفرنسي الذي وفق بين إجراء المناقصة و التفاوض، نظراً لطبيعة العقد المميزة (ب).

أ_ استبعاد المفاوضات كإجراء لاستكمال عملية الإبرام لدى المشرع الجزائري

عند تعريف قانون الصفقات العمومية الجزائري لإجراء طلب العروض، كإجراء شكلي للدعوى إلى المنافسة، يظهر إستبعاد المفاوضات عند إبرام الصفقة العمومية، و الإقتصار على إختيار المتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، إستناداً إلى معايير إختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء.⁴⁰ في حين يمكن أن يكون طلب العروض وطنياً أو دولياً، حسب الأشكال المحددة في المادة 42 من هذا القانون.⁴¹

في حين سكّت المشرع في الباب الثاني من هذا التشريع، رغم أنه التأسيس القانوني المباشر لأسلوب التعاقد بالبوت، عن النص على إجراءات الإبرام. و اكتفى بإخضاع إتفاقيات تفويض المرفق العام عند إبرامها للمبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم 15-247.⁴² و من ثم، فإن الإجراء الأنسب بديهاً، هو الدعوى للمنافسة، لما يحققه من إحترام للمبادئ التي أكد عليها المرسوم.

و إن كان هذا الإجراء يتماشى مع طبيعة العقد الإدارية، غير أنه سيواجه إشكالات عندما يتعلق الأمر بإستقطاب إستثمارات أجنبية من أجل تحسين نوعية الخدمة العمومية للمرفق الموفض. لذلك يعد إستبعاد المشرع للتفاوض كإجراء قد يساعد في إبرام عقد البوت خاصة عندما يتصف بالطبيعة الدولية، يعدا تقييداً لمشروع الإستثماري موضوع العقد من خلال عدم إمكانية تحقيق الهدف الأساسي لإبرام عقود البوت.

و إنطلاقاً مما سبق، يرى الفقه أن التفاوض في عقود البوت ينطلق بعد مرحلة إبرام العقد و عند إعداده. فتبدأ عملية التفاوض بعد البت في العطاء و إختيار شركة المشروع، حيث تهدف المفاوضات إلى تقريب وجهات النظر بين الطرفين، قصد التوصل إلى إبرام العقد

بحسب ما يتناسب مع أهداف الدولة الأساسية من وراء التعاقد⁴³.

و يشكل التفاوض مسألة شائكة في عقود البوت ذات الطبيعة الدولية، نظر لصعوبة التفاوض مع الشركات العالمية العاملة في مجال نقل التقنيات الحديثة، و ذلك لأن صاحب المعرفة الفنية، غالبا ما يتعامل بنوع من التحفظ، من خلال السعي للحصول على ضمانات كافية تكفل له التأكد من المحافظة على سرية المعلومات التي قد يدلي بها في مرحلة التفاوض، واضعا في الحسبان أن مرحلة التفاوض قد تنتهي إما بإبرام العقد أو بعدم إبرامه⁴⁴.

و إعتبار لما تم ذكره أعلاه، يعد الدمج الواقع عند إبرام عقد البوت فيما بين مرحلتي طرح المشروع للمنافسة عن طريق الدعوى للمنافسة، و مرحلة إعداد العقد من خلال التفاوض على صياغة بنوده، شبيه بما ذهبت إليه المادة 47 من المرسوم 14-247⁴⁵، عند تعريفها لإجراء المسابقة كشكل من أشكال طلب العروض، حيث إعتبرها إجراء شكلي أولي لإختيار العروض، في حين أن المنح النهائي للصفقة مرتبط بالمفاوضات، و التي يقوم فيها الفائز في المسابقة بتقديم أحسن عرض من الناحية الإقتصادية.

إذ يستخلص أن المسابقة، هي المثال الأنجع لإبرام عقود البوت في النظام القانوني الجزائري، نظرا لما تتميز به من إزدواجية إجراءات الإبرام. رغم ترك المشرع مجال الأخذ بها أمرا جوازيا، عندما استثنى العقد المتعلق بمنشأة بنية تحتية في الفقرة الرابعة من المادة 47، من خلال المطة الثانية منها⁴⁶.

ب_ دمج اجراء المناقصة و التفاوض عند ابرام عقد البوت لدى المشرع الفرنسي

على عكس المشرع الجزائري، أدمج الفرنسي اجراء المناقصة و التفاوض معا، و هذا في الامر رقم 2004-559 المتعلق بعقود الشراكة، و هذا بالنص على أن هذه العقود خاضعة لمبدأ الحرية و المساواة في إختيار المترشحين و موضوعية الإجراءات. فعملية الإبرام تتم من خلال الإعلان عن عرض مجموعة عروض المنافسة تحت شروط ينص عليها عن طريق مرسوم⁴⁷.

و في حالة ما إذا تطلبت تعقيدات المشروع، يلجأ الشخص المعنوي العام عند استحالة تحديد الإمكانيات التقنية الضرورية لتلبية حاجته و التركيبة المالية و القانونية للعقد، و بكل موضوعية، و في الإعلان عن طلب العروض، على أنها ستلجأ إلى مرحلة التفاوض لمناقشة جوانب العقد⁴⁸. في سبيل إيجاد الحلول الملائمة لتنفيذ المشروع، و هذا بالمقارنة مع ما تم طرحه من قبل كل

المتعاهدين. قبل أن تختار احدهم بصفة نهائية، محترمة في ذلك مبدأ الشفافية في اختيار أحسن عرض. بالمقابل لكل الأعضاء المتفاوض معهم، و في اجل شهر على حد أقصى، تقديم عروضهم النهائية بعد إستدعائهم مرة أخرى من قبل الهيئة المتعاقدة⁴⁹.

ما يلاحظ أن المشرع الفرنسي كان أكثر دقة عند تحديد إجراءات الدعوى الى التعاقد بأسلوب البوت عكس نظيره الجزائري الذي ظهرت النصوص فضفاضة و لا تتسع لتنظيم هذه العقود بشكلها المستحدث، ما يستوجب مراعاة هذه الفراغات القانونية التي قد تجعل الفقه ينكر وجود تطبيق لمثل هذه العقود في الجزائر.

الخاتمة

نخلص في آخر هذا البحث، إلى أن التعاقد بأسلوب البوت في التشريعين الجزائري و الفرنسي، لم يلقي نفس درجة مكانته الإقتصادية في مجال القانون، فرغم العمل به على ارض الواقع الا ان إبقائه جزءا لا يتجزأ من عقد الإمتياز التقليدي يبقيه حبيس مفاهيم قانونية تقليدية قد تعيق الهدف من وجوده. على أن لمس بعض الليونة في ابرامه لدى المشرع الفرنسي رغم عدم الاعتراق القانوني الصريح بالمصطلح، يشفع له، مقارنة بالغموض و فضفضة المصطلحات في النص الجزائري رغم إستحداث قانون لتفويض المرافق العام، ما يستوجب

تدارك العديد من النقائص من أهمها إعتباره أحد أهدم العقود الإدارية الدولية، و ليس فقط صورة من صور عقد الإمتياز التقليدي، نظرا لأهمية محله من الناحية الإستثمارية و الإقتصادية و كذا الإجتماعية و الخدماتية.

الهوامش:

1- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكم في عقود المولة ذات الطبيعة الإدارية و أثرها على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص 3.

2- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2008، ص 42.

3- بالأخص رجال القانون الإداري المختصين في النشاط الإداري، أمثال الأستاذة أندري دولو بادير، جورج فدال، فرانك مود أرن، و بيار دالفوليه و غيرهم، و أهم ما خاض فيه هؤلاء هو دراسة الطبيعة القانونية للإمتياز و على الأخص طبيعة العلاقة الغريبة التي تربط السلطة الإدارية مانحة الإمتياز و صاحب الإمتياز ، ليرسوا بعد مناقشات كثيرة إلى إعتباره لائحة إدارية تحتوي على نوعين من الشروط ، تنظيمية و تعاقدية، بن علية حميد ، إدارة المرافق العامة عن طريق الإمتياز دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية، عدد 3، الجزائر، سنة 2009، ص 115.

4- بن علية حميد، المرجع السابق ، ص 115.

5- هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 44.

6 Nimrod Roger TAFOTIE YOUSSEF, Build, Operate and Transfer (BOT) PROJECTS, these de doctorat, faculté de droit et de finance, université du Luxembourg, 06_01_2012, p 22 .

7 - عصام احمد البهجي ، المرجع السابق، ص 13.

8- UNIDO منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية

9- الياس ناصيف، عقد ال BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،

2006، ص 83.

10- مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT

، دار الجامعة الجديدة مصر 2010 ص 6. الياس ناصيف، المرجع

السابق، ص 81، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 18.

26 _ ordonnance n° 2004_559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF , 19 juin 2004, texte 2/118 .

27 _ NIMORD Roger TAFOTIE YOUMSI, build operate and transfer (BOT) projects, these de doctorat, faculté de droit, université du LUXEMBOURG, 06_01_2012, p 85.

28 _ ibidem, p 85.

29 _ article 13 de ordonnance n° 2004_559, op.cit, p05.

30 - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 6.

31- المرجع نفسه، ص 175.

32- صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2012-2013، ص 79.

33- عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص 112

34- صبوع صهيب، المرجع السابق، ص 79.

35- و يقصد بهذه الدراسات كل على حدة مايلي:

* **دراسة الجدوى الاقتصادية:** وهي أسلوب علمي لتقدير احتمالات نجاح فكرة استثمارية قبل التنفيذ الفعلي للمشروع، فهي إذا تعد أداة عملية لاستشراف المخاطر و تفادي تحميل الاستثمار الخسائر، و هي بالتالي تساهم في عملية توجيه اتخاذ القرارات الاستثمارية كما أنها تسبق عملية التشغيل .

* **دراسة الجدوى القانونية:** و هي دراسة البيئة القانونية للدولة المضيفة، و مدى تأثيرها على الجوانب القانونية للمشروع، كالتدفقات النقدية و تحويل الأموال و النظام المصرفي إضافة إلى حجم الإعفاءات و الامتيازات الضريبية التي تنطوي عليها قوانين الاستثمار في الدولة المضيفة .

* **دراسة الجدوى البيئية:** و تهدف إلى الحصول على المعلومات و المعطيات المتعلقة بالتأثير البيئي للمشروع المزمع تنفيذه من خلال معرفة تكاليف أضرار التلوث المتوقع، و التكاليف اللازمة لمعالجته .

* **دراسة الجدوى التسويقية:** تهدف دراسة الجدوى التسويقية إلى وضع سياسات تسويقية ناجعة لهذه المنتجات و الخدمات .

* **دراسة الجدوى الفنية و الهندسية:** و تتم عن طريق تقدير كافة العناصر التقنية و الهندسية الداخلة في إنجاز المشروع، كاختيار المباني المناسبة للموقع و طبيعة الإنتاج و حجمه و نوع التكنولوجيا المستعملة و الآلات و المعدات و الخدمات اللازمة للعنصر البشري و المستلزمات التي يحتاجها المشروع، و كيفية تصريف المنتجات الضارة بالبيئة، إضافة إلى هندسة الصيانة و الهندسة المدنية المتعلقة بتصميم المباني و الطرق و غيرها و تقدير تكاليفها .

11- الياس ناصيف ، المرجع السابق، ص 82.

12 -TYPOLOGIE DES PPP : COMPARAISON

JURIDIQUE ET TERMINOLOGIQUE DES PPP

DANS LES CONCEPTIONS FRANCAISE et

ANGLO-SAXONNE, Version du 06-05-2013,

http://www.economie.gouv.fr/files/directions_service/s/ppp/glossaire_fr_en.pdf, p2, اطلع عليه يوم

2016/04/08

13 -service d'intérêt économique général

14_ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 93.

15_ المرجع نفسه، ص 94.

16_ عصام احمد البهجي ، عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 31.

17_ المرجع نفسه، ص 18.

18_ مي محمد عزت علي شرباش، المرجع السابق، ص 15.

19_ المرجع نفسه ، ص 15.

20_ عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص 19

21 _ اتفاقية الإستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للإستثمار و شركة

KAHRAMA، ج ر عدد 7، المؤرخة في 28 يناير 2007، ص 33.

22_ المرجع نفسه، ص 34.

23_ المادة 2 من اتفاقية الإستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للإستثمار

و شركة KAHRAMA، المرجع السابق، ص 34.

24_ المرسوم التنفيذي رقم 08_54 المؤرخ في 2 صفر 1429

الموافق ل 9 فبراير 2008 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب و نظام الخدمة المتعلق به، ج ر، عدد 08 ، المؤرخة في 13 فبراير 2008. ص 16.

25_ مرسوم تنفيذي رقم 15_305 مؤرخ في 24 صفر

1437 الموافق ل 6 ديسمبر 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط و الإتفاقية النموذجيين المطبقين في منح حق الإمتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية. ج ر عدد 66 المؤرخة في 9 ديسمبر 2015، ص 4.

*دراسة الجدوى المالية: تهتم دراسة الجدوى المالية للمشروع بمعرفة التكاليف المبدئية للمشروع، بما في ذلك الأرض و المعدات و الآلات و غيرها من العناصر الداخلة في تكوينه، إضافة إلى قياس مدى الربحية المتوقعة لهذا المشروع بالنسبة للشركة المنفذة، لما له من تأثير على رغبة المستثمرين في المجازفة في هذه المشاريع .

* دراسة الجدوى الاجتماعية: وتهتم هذه الدراسة بتقدير التأثير الذي يشكله تنفيذ المشروع على المجتمع ككل .

انظر في ذلك، صبيح صهيب، المرجع السابق، ص 80-81-82.

انظر ايضا، عصام احمد البهجي، المرجع السابق ، ص 114 ، 115.

36- عصام احمد البهجي المرجع السابق ص 114.

37-Samira Irsane Semaan, Partenariats public-privé (PPP)- expériences nationales des PPP France, conférence Européenne des Directeurs des Routes [http://www.cedr.fr/home/fileadmin/user_upload/Publications/2009/f_Partenariats_public-privé_\(PPP\).pdf](http://www.cedr.fr/home/fileadmin/user_upload/Publications/2009/f_Partenariats_public-privé_(PPP).pdf), p27.

38- إلياس ناصيف، المرجع سابق، ص 179-180.

39- المرجع نفسه، ص 188.

40- أنظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المؤرخ في

16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات

المرفق العام، ج ر عدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، ص 12.

41- انظر المادة 42 من المرسوم 247-15، المرجع نفسه، ص

12.

42- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ المساواة في معاملة المترشحين، مبدأ شفافية الإجراءات.

43 - عصام أحمد البهجي، المرجع سابق، ص 483 .

44-إلياس ناصيف، المرجع سابق، 200-201.

45- تعرف المسابقة على أنها إجراء يضع رجال الفن في منافسة لإختيار

، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع

مصمم استجابة لبرنامج أعدده صاحب المشروع ، قصد إنجاز عملية

تشتمل على جوانب تقنية او اقتصادية او جمالية او فنية خاصة، قبل منح

الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة. المادة 47 من المرسوم 247-14،

يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع

السابق، ص 13.

46_ و التي جاءت كالآتي " ... يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى

قائم او منشأة بنية تحتية او التي لا تحتوي على محام تصميم "

47- article 3 de l'ordonnance n 2004-559, op.cit, p 2.

48 - article 5 de l'ordonnance n 2004-559, op.cit, p 2.

49 - article 7 de l'ordonnance n 2004-559, op.cit, p 2-3.

