

الخطر الاقتصادي كمعيار لتعريف عقود تفويض المرفق العام

Economic Risk Criterion for Defining Public Service Delegation Contracts

فتحي رزيقة*

جامعة الجزائر 1، الجزائر

Razikafathi87@gmail.com

- تاريخ الإرسال: 2024/10/26 - تاريخ القبول: 2025/04/27 - تاريخ النشر: 2025/07/27

الملخص: فرضت الأوضاع الاقتصادية الليبرالية إعادة النظر في أساليب تسيير المرافق العامة، والاتجاه إلى الاعتماد المتزايد على القطاع الخاص كبديل عن التمويل والتسيير العمومي لاسيما من خلال عقود تفويض المرفق العام، حيث تقوم هذه الأخيرة على نقل عبء وتكاليف تسيير واستغلال المرافق العامة إلى المتعاقد، في مقابل حصوله على أجر ناتج بصفة أساسية من هذا الاستغلال. مما يجعله يتحمل الخطر الناتج عن الاستغلال. بخلاف عقود الصفقات العمومية والتي لا تتضمن نقل الخطر إلى المتعاقد. لكن الطبيعة الاقتصادية لمعيار الخطر تجعله مرنا ومتقلبا وبالنتيجة فإن تأثيره ضعيف في توضيح الحدود الفاصلة بين عقود التفويض والصفقات لتبقى أهمية معيار الخطر في تعريف عقود التفويض نسبية تتوقف على دراسة أوضاع كل عقد على حدى.

الكلمات المفتاحية: الخطر الاقتصادي، الاستغلال، الأجر، تفويض المرفق العام، الصفقات العمومية.

Abstract: The liberal ideology in the economic sector requires reforming the management methods of public services thus recourse to the private financing. In particular about the public services delegation contracts, The latter transfer the burden and costs of management and exploitation the public services to the contractor. In return his remuneration is substantially ensured by the exploitation; wich means that the contractor assume the operating risk. on the other hand, procurement contract do not contain the transfer of risk.

But the economic nature of risk makes probable and unstable wich blurs the boundaries between the two contracts.

Keywords: economic risk, exploitation, remuneration, delegation public service, procurement contract.

* المؤلف المرسل: فتحي رزيقة.

مقدمة:

تعتبر عقود تفويض المرفق العام شكل مستحدث من أشكال الاستثمار في مجال المرافق العامة لتقليل عبء تسييرها على الدولة، حيث يتولى المتعاقد تمويل إنشاء وتسيير وصيانة المرافق العامة على نفقته كأجور العمال والعتاد وغيرها. ثم يتولى تغطية هذه النفقات من عملية الاستغلال في حد ذاتها وهذا عن طريق تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق، أو أجرة تدفعها له الإدارة كحصة من أرباح التسيير وغيرها من المصادر المرتبطة باستغلال المرفق.

يلاحظ أن أجر المتعاقد ليس ثابتا وإنما متغير ويخضع لعوامل غير مستقرة كنسبة استعمال المرفق، نسبة الأرباح المحققة، وهذا ما يجعل المتعاقد يتحمل مخاطر تسيير واستغلال المرفق والتي تظهر في صورة أضرار مالية تلحق به وقد تعرضه للخسارة لاسيما بالنظر لطول مدة عقود التفويض. بخلاف العقود الإدارية الأخرى خاصة الصفقات العمومية، حيث يدفع أجر المتعاقد من الإدارة بعد تنفيذ العقد.

تظهر بذلك أهمية معيار الخطر في تعريف عقود التفويض التي توصف بأنها عقود محفوفة بالمخاطر، وتسمح بتمييزها عن الصفقات العمومية وهذا لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. وهو ما أقره المشرع الفرنسي. غير أن القول بأن أجر المتعاقد مرتبط باستغلال المرفق لا يفيد بالضرورة تحمله للمخاطر وهي الصورة التي يقدمها المشرع الجزائري، فهل يمكن القول بأن الخطر يعد معيارا حاسما في تعريف عقود تفويض المرفق العام وتمييزها عن عقود الصفقات العمومية؟.

يبدو أن الخطر يساهم إلى حد ما في تعريف عقود التفويض، وسنحاول من خلال هذه الدراسة بالاعتماد على منهج تحليلي ومقارن بين القانون الجزائري والفرنسي توضيح أهمية معيار الخطر (1) ومدى دقته في تمييز عقود التفويض عن الصفقات العمومية (2).

1- مفهوم الخطر الاقتصادي في عقود تفويض المرفق العام.

يصعب تحديد تعريف واضح للخطر الاقتصادي (1-1) وهذا راجع إلى اختلاف طبيعته، حيث يتجه البعض إلى اعتباره مجرد مؤشر على ارتباط المقابل المالي باستغلال المرفق العام، أو بين من يعتبره معيار مستقل وبديل عن معيار المقابل المالي (1-2).

1.1- محاولة تعريف الخطر الاقتصادي: تعددت تعاريف الخطر الاقتصادي بين وجهة نظر

التشريع (1)، والفقه (2).

1/1.1: التعريف القانوني للخطر الاقتصادي.

يتباين موقف المشرع الجزائري حول مكانة معيار الخطر الاقتصادي في تعريف عقود تفويض المرفق العام (أ) عن نظيره الفرنسي (ب).

أ. تعريف الخطر الاقتصادي في القانون الجزائري: بالنسبة للمشرع الجزائري، لم يقدم تعريفا للخطر لأنه لم يعتبره عنصرا معرّفا لهذه العقود وإنما اعتبره كمعيار في تحديد شكل التفويض والذي يتوقف على نسبة التمويل التي يشارك بها المتعاقد¹ أي الأموال التي يوظفها في عملية الاستغلال (طابع مالي). ويميز المشرع الجزائري بين صنفين من المخاطر:

- مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال.

- مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بها.

إلا أنه في كلا الحالتين لا يخرج عن فكرة الطابع المالي للمخاطر (الإيرادات، الأعباء).

وبالتالي فالمخاطر تشمل الأعباء الاستثمارية (أعباء الاستغلال) التي يتحملها المتعاقد والذي يوظف أمواله في عملية الاستغلال من بناء منشآت واقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق وغيرها، كما تشمل كذلك مخاطر الإيرادات بمعنى ضعف مردودية الاستغلال وعدم انطوائها على ربح محقق، وبالتالي فإن عملية استغلال المرفق العام قد تؤدي إلى ربح المفوض له أو خسارته.

ويستتبع ذلك أن هذه المخاطر تكون متوقعة بالنسبة للمفوض له، وهو ما يظهر في استخدام المشرع لعبارة "قد تعترض المفوض له مخاطر..."، فالخطر إذن متوقع في عملية الاستغلال.

كما أن هذه المخاطر غير مضمونة في ظل الظروف العادية للاستغلال، أو إهلاك الاستثمارات أو التكاليف المتكبدة. ما دام المشرع يشير إلى مخاطر إيرادات الاستغلال.

غير أن ما يؤخذ على المشرع أنه يشير إلى فكرة المخاطر في كل من عقد الإيجار والوكالة المحفزة دون الامتياز، في حين أن هذا الأخير هو أكثر أشكال تفويض المرفق العام انطواء على المخاطر وهذا بالنظر لحجم التمويل الذي يتحمله المفوض له.

¹ المادة 50 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 02 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر 04، صادرة في 05 غشت 2018، ص 10.

ب. تعريف الخطر الاقتصادي في القانون الفرنسي: يعتبر المشرع الفرنسي الخطر معيار أساسي في تعريف عقود تفويض المرفق العام وذلك في القانون العام للجماعات الإقليمية في المادة 1-1411 منه والتي تنص على مايلي: "تفويض المرفق العام هو عقد امتياز بمفهوم الأمر رقم 65-2016، يبرم كتابة مع متعامل أو عدة متعاملين اقتصاديين، وتعهد بموجبه السلطة المفوضة للمتعاقد تسيير مرفق عام، على أن يتم تحويل المخاطر المرتبطة باستغلال المرفق للمتعاقد، وهذا في مقابل إما حق استغلال المرفق موضوع العقد، وقد يكون حق الاستغلال مصحوباً بثمن. ويعتبر المفوض إليه متحماً لخطر الاستغلال، وفي إطار الظروف العادية للاستغلال، ما لم يتلق أي ضمان لاهلاك الاستثمارات أو التكاليف التي تكبدها والمتعلقة باستغلال المرفق".

هذا التعريف مستوحى من أحكام القانون الأوروبي في تعريفه للخطر الاقتصادي في التعليلة الأوروبية رقم 23-2014، المؤرخة في 26/02/2014 بأنه: "التعرض لمخاطر السوق والتي تنطوي على خسائر محتملة ولكنها فعلية (متوقعة) بالنسبة لصاحب الامتياز، وهي غير مضمونة خاصة في ظل الظروف العادية للاستغلال اهتلاك الاستثمارات أو التكاليف المتكبدة".

يتحدد بالتالي خطر الاستغلال وفق معياران هما:

- التعرض لمخاطر السوق وبالتالي خسارة معتبرة، والمقصود بذلك أن الخسائر التي يتحملها المفوض له لا يجب أن تكون شكلية أو غير معتبرة أي لا تكون صورية.

ومع ذلك مسألة غامضة ونسبية، فلا يمكن التحديد على وجه اليقين وبدقة الحالات التي تعتبر فيها الخسائر معتبرة. وبالتالي فإن مفهوم مخاطر السوق قد ينصرف إلى الخطر المرتبط بالطلب الناتج عن مستعملي المرفق العام، أو إلى أي خطر آخر غير محدد قد يكون ناتجاً عن منافسة من متعامل آخر، ارتفاع الأسعار المحددة ... الخ. مما يعني أن هذا المفهوم يبقى مرناً يحتمل التأويلات.

- غياب ضمان لاهتلاك الاستثمارات المنجزة، ولتحقيق ذلك لابد من تحديد قيمة الخطر في إطار الظروف العادية لاستغلال المنشآت. كما يجب أن يأخذ هذا الخطر بعين الاعتبار العناصر الأساسية المكونة لاستغلال المنشآت، وليس العناصر الخارجية المتعلقة بخطر الخسائر.

يجب أن تنشأ مخاطر الاستغلال من العوامل التي لا تتحكم فيها الأطراف وأن جزء من هذه المخاطر يعني التعرض الحقيقي لتقلبات السوق.²

² HELENE Marie- LEFEVRE Pachen-, et ASIKA, Elina, « La concession d'aménagement sans transfert de risque, une survivante », Le Moniteur, 26 août 2016, p 37.

1.1/2: التعريف الفقهي للخطر الاقتصادي.

يعتبر الخطر الاقتصادي أو ما يسمى كذلك بخطر الاستغلال لدى الفقه الاقتصادي بأنه ذلك التغير الذي يمكن أن يحدث لعدة أسباب يصعب دائما التنبؤ بها أو توقعها مثل المنافسة، عامل التكنولوجيا، وقطاع النشاط وغيرها، فالأداء التشغيلي للشركة قد يعرف زيادة في النفقات بشكل حاد، وعدم وجود أرباح بسبب عدم استقرار رقم الأعمال أو العائد مما يؤدي إلى التباين بين الرسوم الثابتة والمصروفات المتغيرة. إجمالاً خطر الاستغلال هو عدم اليقين حول مردودية الاستغلال، والتي تتأثر بالعوامل المذكورة.³

بالنسبة لعقود تفويض المرفق العام، فإن المقصود بالخطر الاقتصادي لدى الفقه القانوني هو "الخطر المالي للاستغلال"، فلا تؤخذ جميع المخاطر بعين الاعتبار، وإنما يكمن الخطر بالنسبة للمتعاقد في مرونة وتقلب المقابل المالي أي تغيراته والتي تتطوي على خطر في كسب المال أو خسارته⁴. وكمثال على ذلك وقوع عاصفة أدت لتدمير شبكة توزيع المياه فإن ذلك يعتبر خطر يمكن وصفه بأنه "خطر اقتصادي" ويمكن تركه على عاتق المفوض له، فالخطر يعتمد على المهارات التجارية للمفوض له وهو ما يستخلص من قضية SMITOM حيث يتوقف الأجر على قدرة المتعاقد في البحث عن بلديات أخرى تقوم فيها النقابة بمعالجة النفايات⁵.

يتضح بذلك أن المخاطر التجارية تعتبر مرادف لخطر الاستغلال، والتي قد تشير إلى الجودة العالية للخدمة.

2.1- الطبيعة القانونية لمعيار الخطر الاقتصادي.

إن الإشكال الذي يثيره معيار الخطر الاقتصادي يكمن في تحديد طبيعته فيما إذا كان مجرد امتداد لمعيار الأجر (أولاً) أم أنه معيار جديد في تعريف عقود تفويض المرفق العام (ثانياً).

1/2.1: الخطر الاقتصادي امتداد لمعيار الأجر.

تتميز عقود تفويض المرفق العام بارتباط أجر المتعاقد بصفة أساسية من استغلال المرفق العام، تتحقق هذه الصورة بوضوح عندما يتأتى أجر المتعاقد من الأتاوى التي يحصلها من مستعملي المرفق العام موضوع العقد.

³ ST-CYR Louise et PINCENNEAULT David, mesure et analyse du risque d'exploitation et du risque financier, document pédagogique, école des hautes études commerciales, Montréal, 1997, p 4et 5.

⁴ PEZ Tomas, le risque dans les contrats administratifs, L.G.D.J, France, 2013, p 112.

⁵ KALFLECHE Grégory, des marchés publics à la commande public : l'évolution du droit des marchés publics, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004, p 424.

ولكن بالنظر لتنوع مصادر الدخل لدى المتعاقد والذي يمكن أن يكون ثمن تدفعه له الإدارة، أو من مصادر أخرى كعائدات الإشهار والإعلان على المرفق محل التفويض وغيرها. فالاعتبار لم يعد في مصدر الأجر وإنما أصبح في الأساس الذي يقوم عليه أي في مدى ارتباطه باستغلال المرفق العام⁶. وبذلك فإن الطابع التركيبي لمصادر أجر المتعاقد يثير إشكالية تحديد ارتباطه باستغلال المرفق لوصف العقد بأنه تفويض مرفق عام، أما إذا انتفى الارتباط فيكيف العقد على أنه صفقة عمومية للخدمات.

يبدو أن الارتباط الأساسي بين الأجر والاستغلال يتم تفسيره من خلال وجود خطر اقتصادي. فالقول بأن الأجر يتوقف على نتائج الاستغلال فهذه قرينة على أن المتعاقد يتحمل جانبا من مخاطر الاستغلال⁷.

يترتب على ذلك أن أجر المفوض له يتوقف على قدراته في استغلال أفضل للمرفق العام، ونعبر عن ذلك بأنه يتولى الاستغلال على نفقته وأعبائه⁸. هذا هو التحليل الذي اقترحه مفوض الحكومة Bergeal في استنتاجاته على حكم "SMITOM" أن الطابع الجوهرى لا يتحدد من تحليل كمي ولكن بالاعتبار إلى المخاطر⁹، فمن الواضح أن معيار ارتباط الأجر جوهرياً بالاستغلال هو مقياس للمخاطر التي يتحملها المتعاقد للتحقق مما إذا كان المتعاقد يتحمل أم لا مخاطر الاستغلال.

يوضح الاجتهاد القضائي الفرنسي ذلك مرة أخرى في قضية commune de Guilherand-Granges، حيث أبرم عقد تفويض بين البلدية وشركة للمياه كلفت هذه الأخيرة بموجبه بتوزيع المياه على أن أجرها يتكون من جزء ثابت يقدر بنسبة 20 % فيما يتعلق باستعمال العدادات تدفعه البلدية. وجزء متغير بحسب كمية الاستهلاك يشكل 80 % يدفعه المستفيدون من خدمات المرفق (المستهلكون للمياه)، إلا أن مجلس الدولة رفض اعتبار هذا العقد تفويض مرفق عام لأن المتعاقد لا يتحمل مخاطر الاستغلال. واعتبر مفوض الحكومة في تعليقه على هذه القضية أنه إذا كان الثمن مدفوعا بالكامل من قبل الإدارة المتعاقدة، وإذا لم يكن هناك من خطر على عاتق المتعاقد يتصل باستغلال المرفق فإن العقد لا يشكل تفويض مرفق عام¹⁰.

على هذا الأساس سيتم الإقرار بأن العقد ينطوي على تحويل الخطر الاقتصادي للمتعاقد من خلال فحص العائد المالي الناتج عن استغلال المرفق لتكييف العقد على أنه تفويض مرفق عام وليس صفقة

⁶ جابر وليد حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 106.

⁷ SOLDINI David, « la délégation de service public, sa fonction, ses critères », RFDA, novembre-décembre 2010, p 1121.

⁸ ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit de personnes privées, Alger, maison d'édition Belkeise, 2012, p 73.

⁹ LACHAUME Jean François, BOITEAU Claudie et PAULIAT Hélène, op. cit, p 223.

¹⁰ القطب مروان محي الدين، طرق خصخصة المرافق العامة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 451 و 452.

عمومية. هذا ما يؤكد مجلس الدولة الفرنسي، معتبرا أن السمة الأساسية لامتياز المرفق العمومي أنه ينطوي على تحويل خطر الاستغلال إلى المتعاقد، ومادام عقد الإنشاءات الحضرية يضمن فيه أجر المتعاقد من خلال عائد وحيد وهو الإعلانات الإشهارية فمن الممكن اعتبار المتعاقد متحملا لمخاطر كبيرة مادام يخضع لتغيرات قد تؤثر على حجم وقيمة الطلب على مساحات الإنشاءات الحضرية من طرف أصحاب الإعلانات الإشهارية دون أن ينص العقد على تحمل البلدية لكل أو جزء من الخسائر، وبالتالي فالعقد الذي ينقل بموجبه الشخص العام إلى شخص خاص خطر استغلال منشآت حضرية فإنه دون شك يمثل عقد امتياز مرفق عمومي.¹¹

يؤكد الفقه الفرنسي هو الآخر هذه النتيجة لكن بنوع من التشكيك في فعاليتها فالقول بأن الأجر مرتبط بصفة أساسية باستغلال المرفق العام، ووجود خطر في الاستغلال هما في الحقيقة مترادفان.

لا يمكن بالتالي تحديد نسبة الأجر الذي تعتمد عليه نتائج العملية لجميع العقود، ويجب تحليلها على أساس كل حالة على حدى، في ضوء "الخطر المالي للاستغلال" الذي يترك للمفوض له.¹²

يبدو أن المشرع الفرنسي يتجه في هذا السياق، فهو لا ينفي الصلة القائمة بين عائدات الاستغلال والخطر. وقد أسهم اعتماد القانون الفرنسي على معيار المخاطر الاقتصادية في توسيع طائفة عقود تفويض المرفق العام لتشمل عقودا أخرى كانت حتى وقت قريب تخضع لأحكام عقود الصفقات العمومية.

2/2.1: الخطر الاقتصادي مستقل عن معيار الأجر.

يعتبر بعض الفقهاء أن المخاطر ليست لازمة لقيام تفويض المرفق العام، ويرى الأستاذ LLORENS أن الأجر المرتبط بالاستغلال ينفي عنصر المخاطر ولا يتصل به، وهذا ما يسمح بتوسيع طائفة عقود تفويض المرفق العام إلى أصناف لا يتحمل فيها المتعاقد أية مخاطر وهو ما نراه في عقد التسيير.¹³

تبنى المشرع الجزائري هذا الموقف، حيث أقر بوجود بعض أشكال عقود تفويض لا يتحمل فيها المتعاقد للخطر كعقد التسيير¹⁴. كما يظهر ذلك في تبني المشرع الجزائري لفكرة التضامن المالي بين السلطة المفوضة والمفوض له، بحيث تشارك الإدارة وتتقاسم مخاطر استغلال المرفق إلى جانب المتعاقد والذي يتمتع بحد أدنى مضمون من الأجر. لكن في الواقع، فالمخاطر التي يتحملها المفوض له ليست باطلة. بالرغم من أن الأجر الذي يتقاضاه مدفوع من الإدارة إلا أنه يحسب وفقا للوضع الاقتصادي للمشروع

¹¹ CE, N° 416825, le 25 mai 2018.

¹² KALFLECHE Grégory, op cit, p 421.

¹³ SAMB Seynabou, , Le droit de la commande publique en Afrique noire, thèse de doctorat en droit public, Ecole Doctorale De Droit, l'université de Bordeaux, 2015, France, p326.

¹⁴ المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 11.

ونتأجه المالية ويرتبط بنتائج التسيير. ويختلف ذلك وفقا لرقم الأعمال المحقق، كما أنه متغير أيضا ومن تم فإن المتعاقد يشارك في تحمل المخاطر ولو بشكل محدود

إن القول بأن الأجر مجرد مؤشر لوجود مخاطر يتحملها المتعاقد يسمح بإدراج ضمن طائفة عقود تفويض المرفق العام نماذج تعاقدية لا يتصل فيها أجر المتعاقد باستغلال المرفق العام ولكنه يتعرض لمخاطر تؤدي إلى عدم توازن مالي للعقد وتسبب خسارة في عملية الاستغلال.¹⁵ فالأجر المرتبط بالاستغلال لا يعكس بأي طريقة وجود مخاطر يتحملها المفوض له، فخطر الاستغلال ليس معيارا محددا لتفويض المرفق العام.

وترى الأستاذة Hoepffner أنه لا يمكن تصور تماثل المخاطر مع ارتباط الأجر بالاستغلال وهو ما يظهر في عقد الوكالة المحفزة حيث لا يتحمل المفوض له مخاطر مالية حقيقية¹⁶، ومن جهة أخرى فإن الحجة التي تدل على أن الارتباط الأساسي بين الأجر والاستغلال لا يمكن تفسيرها من خلال فكرة نقل المخاطر هو غياب نسبة ثابتة للخطر الذي يتحمله المتعاقد شأنه في ذلك شأن عنصر الأجر¹⁷، فالقاضي يستدل على وجود مخاطر من خلال تحليل إجمالي لإيرادات وأعباء المفوض له في كل حالة، كما يلاحظ تذبذب القاضي في تحديد المخاطر بين حساب الخطر على أساس الإيرادات التوقعية للاستغلال، أو بالاعتماد على عجزها المحتمل استنادا إلى ما هو محدد في الوثائق التحضيرية للعقد أو من خلال تحليل ما يمكن لطرف خارجي تحمله من أعباء وما يتلقاه من مداخيل مرتبطة باستغلال المرفق موضوع التفويض.¹⁸

2- ضعف معيار الخطر الاقتصادي في تعريف عقود تفويض المرفق العام.

يبدو أن التمييز بين عقود تفويض المرفق العام والصفقات العمومية استنادا إلى معيار الخطر الاقتصادي ممكن في بعض الحالات ولكنه يبقى غير كاف، حيث يمكن أن تنطوي الصفقات العمومية هي الأخرى على عنصر المخاطر من جهة (1.2)، ومن جهة أخرى فإن تواجد المخاطر في الصفقات العمومية قد يكون معتبرا مادامت مسألة تغطيتها تبقى غير كاملة (2.2).

¹⁵ SAMB Seynabou, op cit, p327.

¹⁶ HOEPFFNER Hélène, « La délégation de service public : une notion condamnée ? », revue lamy des collectivités territoriales, février 2014, p 6.

¹⁷ اعتمد القاضي على نسب متفاوتة: 20٪، 30٪، 10٪ وغيرها ولم يستقر على نسبة ثابتة.

¹⁸ HOEPFFNER Hélène, op cit, p 6.

1.2- تواجد المخاطر في الصفقات العمومية.

تتضمن عقود الصفقات العمومية نقل المخاطر إلى المتعامل المتعاقد، وينطبق ذلك على العديد منها، ومن بينها صفقات بأسعار ثابتة، ويمكن تعريفها بأنها الصفقات التي لا تتضمن صيغا لمراجعة الأسعار¹⁹، فهذا النوع من الصفقات قد ينطوي على مخاطر اقتصادية يتحملها المتعاقد والذي لا يمكنه أثناء تنفيذه للصفقة أن يطلب تعديل السعر أو أي بند آخر متعلق به والتي التزم بها عند إبرام الصفقة، وما دام التزامه ناتج عن حرية إرادته فإنه يتعين عليه تحمل جميع النتائج المرتبطة به، حتى ولو اتضح له أنه ارتكب خطأ في حساب السعر الأولي باستثناء الأخطاء المادية²⁰، فالمتعاقد لا يستطيع التحلل من السعر بحجة الخطأ في تقدير الظروف، أو يتذرع بعدم التناسب بين المقابل المالي المستحق وقيمة الأداءات الفعلية التي التزم بالوفاء بها بموجب الصفقة²¹.

وبالتالي حتى إذا كان السعر الذي تدفعه الإدارة محدد في عقد الصفقة العمومية، يمكن نقل مخاطر كبيرة إلى المتعاقد الذي لا يستطيع زيادة إيراداته، ومن ثم يجب عليه وحده تحمل الخطر الناتج عن ارتفاع التكاليف في مقابل ثبات الإيرادات²²، وهو ما يعبر عنه بخطر الإيرادات.²³

يمكن القول أنه كلما تضمن عقد الصفقة العمومية سعرا ثابتا، أو عندما يكون هناك بند ثابت محدد في بنود المراجعة، فإن هذا الخطر هو الحد الأقصى لأن النتيجة التشغيلية بالمعنى الاقتصادي، لا تقتصر على رقم الأعمال فحسب، وإنما ناتجة عن التوفيق بين الإيرادات والنفقات.²⁴ وهو ما نلمحه بصدد تفويض المرفق العام.

يمكن أن تتحقق المخاطر كذلك في الصفقات بأسعار مؤقتة فالمتعاقد يتحمل مخاطر كونه لا يدرك بصفة دقيقة السعر الذي سترسو عليه الصفقة.

نظم المشرع الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى السعر المؤقت في الصفقات العمومية (المادة 97/3). وهي محددة على سبيل الحصر، وتشمل:

¹⁹ المادة 101 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ع 50 صادرة في 20 سبتمبر 2015، ص 27 و 28.

²⁰ أكرور ميزيام، الأجر في الصفقة العمومية للأشغال، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014-2015، ص 95.

²¹ زوايد مراد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة والمالية، جامعة أمحمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، ص 20.

²² CAPITANT David, op.cit, p 42.

²³ Risque de recettes.

²⁴ CAPITANT David, op.cit, p 42.

- الصفقات العمومية للإشراف على إنجاز أشغال مبرمة على أساس كلفة الغرض المطلوب.

- الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي البسيط في حالات الاستعجال الملح.

- خدمات تكميلية، في إطار صفقات الأشغال.

يتضح بأن هذه الحالات فإنها قد تتطوي على مخاطر تنقل إلى المتعاقد، ومثالها حالة الصفقات المبرمة بالتراضي البسيط في حالة الاستعجال الملح، فهذه الحالة مستثناة من التحيين²⁵ بالإضافة إلى كون سعر الصفقة مؤقت، مما يسمح بالقول أن الخطر الذي يتحمله المتعاقد يعد معتبرا.

تظهر المخاطر كذلك في صفقات بأسعار جزافية، وتعرف بأنها "الصفقة التي حدد فيها على التمام الشغل المطلوب من المقاول والذي يجري تحديد سعره جملة ومسبقا". فأجر المتعاقد في هذه الصفقة محدد جملة ومسبقا وبصفة نهائية، وإذا ظهر اختلاف بين الكميات المنفذة في الواقع والكميات المتضمنة في التفصيل فإن ذلك لا يسمح بتعديل السعر، ومن ثم فإن السعر الإجمالي والجزافي لا يسمح للمتعاقد بالحصول على أجرة إضافية والذي يلتزم بتنفيذ الصفقة على حسابه مهما كانت الظروف التي يواجهها²⁶ كما أسهم القضاء الفرنسي في تأكيد ذلك، إذ رفض في العديد من القضايا الزيادة في أجر المتعاقد متى كان سعر الصفقة محدد إجمالا وجزافيا.²⁷

يظهر أن صفقة السعر الجزافي تنقل إلى المتعاقد المخاطر المالية والتي يتحملها لوحده. فمن ناحية، لا يمكنه المطالبة بأجرة إضافية ومن ناحية أخرى، يصعب عليه التحكم في الكميات التي ستستعمل لإنجاز الصفقة وهو ما يعني عدم إمكانية التنبؤ بالصعوبات التي قد تطرأ أثناء تنفيذه للصفقة.²⁸

فالخطر يمكن أن يتعلق باحتياجات الإدارة في الصفقة العمومية، ويعبر عنه بخطر الطلب، حيث يصعب في بعض الصفقات تحديد حجم الطلب بدقة، وهذا ما يمكن ملاحظته في صفقة الطلبات فلا يعرف المتعهد على وجه اليقين وقت تقديم عرضه أو حتى لدى التعاقد كمية الخدمات التي ستطلب منه،

²⁵ المادة 98 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 27.

²⁶ أكرور ميريام، المرجع السابق، ص 78.

²⁷ المرجع نفسه، ص 80.

²⁸ زوايد مراد، المرجع السابق، ص 31.

ومثال ذلك الصفقة التي تبرمها الإدارة لتغطية حاجاتها من خدمات الهاتف أو المياه والكهرباء²⁹ فعدم اليقين حول حجم الطلب يعني وجود مخاطر في الصفقات العمومية والتي قد تنقل إلى المتعاقد.³⁰

قد يعتمد الخطر الاقتصادي على طول مدة العقد، فتحديد هذه الأخيرة يتوقف بالدرجة الأولى على المخاطر المالية التي يتحملها المتعاقد. ومن ثم لا يمكن أن تتعرض الصفقات العمومية، وهي عقود قصيرة الأجل من حيث المبدأ، إلا للخطر بسبب "التقلبات الاقتصادية". والتي تقلب توازن العقد أو الناجمة عن "فعل الأمير".³¹ فمدة العقد محددة فيما هو ضروري لتمويل الاحتياجات وتنفيذ الخدمات³²، بخلاف مدة عقد تفويض المرفق العام التي تعد طويلة مقارنة بعقد الصفقة العمومية، ومن ثم تؤثر المخاطر بشكل غير مباشر على مدة العقد. لا توجد قاعدة عامة حول هذه النقطة، ولكن من الملاحظ أن مدة التفويض عادة ما تكون أطول إذا كان المفوض له يتحمل معظم المخاطر والأعباء، وسوف تكون قصيرة نسبياً إذا تم تقاسمها بينه وبين الإدارة.³³

غير أن هذا التحليل يعرف حدوداً فبعض عقود التفويض قصيرة المدة وتقترب بذلك من الصفقات العمومية.

2.2 عدم إمكانية تغطية المخاطر في الصفقات العمومية.

تتضمن الصفقات العمومية العديد من الآليات التي قد تسمح بتقليل المخاطر ومع ذلك تبقى غير كافية، فلا الطابع الإجمالي والجزافي للسعر، ولا الطابع المؤقت، ولا تطور الأسعار أثناء تنفيذ الصفقة سواء عن طريق التحيين أو المراجعة فليس من شأن هذه الميكانيزمات على اختلافها أن تسهم في ضمان تغطية كاملة للمخاطر.³⁴

بالنسبة لتحيين سعر الصفقة فهو يؤدي إلى التحول من السعر الأولي إلى سعر جديد ولكنه مقيد بشروط شكلية تتعلق بميعاد الزمنى للتحيين والذي يكون بعد مرور اجل صلاحية العروض زائد ثلاثة أشهر بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، إضافة شروط موضوعية تتعلق بحدوث تغيرات في الظروف الاقتصادية المتعلقة بانجاز الصفقة.³⁵

²⁹ المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 8.

³⁰ PEZ Tomas, op cit, p252 .

³¹ KALFLECHE Grégory, op.cit, p 424.

³² AUBY Jean-François, la gestion des satellites locaux, paris, Berger- Levrault, 2000, p 100.

³³ AZRAFIL lama, La durée des délégations de service public : l'exemple la France et du Liban, thèse de doctorat en droit public, université Montpellier, école doctorale droit et science politique , janvier 2015, p 236.

³⁴ Pez Thomas, op.cit, p 271.

³⁵ المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 27.

أما بالنسبة لمراجعة سعر الصفقة فهي تسمح بمسايرة التغيرات الاقتصادية التي تطرأ منذ الشروع في تنفيذ الخدمات إلى غاية نهايتها وبذلك فهي توفر حماية للمتعامل المتعاقد.³⁶

مع ذلك فإن عملية المراجعة محاطة بجملة من القيود تحدد اللجوء إليها، فلا يمكن مراجعة السعر إلا إذا تضمنت الصفقة صراحة بند المراجعة، ويجب أن تشمل المراجعة فقط أسعار الخدمات المنفذة فعلا وذلك في الفترة التي تغطيها آجال صلاحية العرض، في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار، أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر³⁷. إضافة إلى هذه القيود، فقد ضبط المشرع صيغ المراجعة، فلا بد من تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد، الأجور، والعتاد.³⁸

يرى البعض أن وجه الاختلاف أن الخطر في التفويض يعد معتبرا أي يفوق في حجمه الصفقة. في إطار الصفقة يتحمل المتعاقد الخطر الخاص به³⁹ ولكن لا يوجد أي نص قانوني يحدد نسبة واضحة أو رقما ثابتا تحدد على أساسه أهمية المشاركة المالية للمتعاقد مقارنة بمبلغ الاستثمار المنجز، وبالتالي فلا بد من معالجة كل حالة على حدى (وهو نفس الإشكال الذي يطرح بصدد الأجر المرتبط بصفة أساسية بنتائج استغلال المرفق). دفع ذلك بالبعض إلى القول أن تفويض المرفق العام ليس سوى صفقة عمومية معقدة ذو مدة طويلة.⁴⁰

إذا كانت آليات تحيين ومراجعة الأسعار في الصفقات العمومية لا تسمح بتغطية كاملة للمخاطر، فإنه بالمقابل تتوافر عقود التفويض على العديد من الآليات التي تسمح للمتعاقد بتقليل المخاطر. في هذا الصدد يمكن للمتعاقد تحيين ومراجعة التعريف التي يدفعها مستعملو المرافق العامة.

تهدف بنود المراجعة والتحيين بالدرجة الأولى إلى ضمان تغطية تطور الأعباء من خلال الزيادة في المداخل، فهي تساهم في تقليل المخاطر التي يمكن أن تظهر مع مرور الوقت في الفترة الممتدة بين التحديد السابق للتعريفات وبين الوقت الذي تصبح فيه التكاليف المرتبطة باستغلال المرفق مرتفعة وتستدعي إعادة النظر في المداخل أي إيرادات الاستغلال. ومن ثم فإن تباين الإيرادات التشغيلية لا يعني أي مخاطر اقتصادية معينة إذا كان من الممكن تعديل التكاليف.

³⁶ أكرور ميريام، المرجع السابق، ص 105.

³⁷ المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق ص 27.

³⁸ المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 28.

³⁹ AUBY Jean-François, la gestion des satellites locaux, op.cit, p 100.

⁴⁰ AUBY Jean-Bernard, op.cit, p 156.

كما يسمح تمديد المدة بتجاوز الخطر الذي قد يتعرض له المفوض له، ويرجع ذلك إلى ارتباط المدة بالتعريف والأتاوى، ومن ثم يتم تقليل المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد عبر نقلها إلى مستعملي المرافق العامة.

إضافة إلى ذلك، إذا أخذنا في الاعتبار أن الخطر في عقود تفويض المرفق العام يرتبط بمردودية استغلال المرفق العام بخلاف الصفقة العمومية حيث يحدد السعر مسبقا في العقد ولا علاقة له بمردودية الاستغلال⁴¹.

غير أن هذا التمييز لا يقدم حلا هو الآخر، ذلك أن العلاقة بين مستوى الخطر والأجر الناتج عن الخدمات المقدمة تتحقق في سياق عقود الصفقات هي الأخرى، بحيث أن أجر المتعاقد يرتبط بالخدمة المقدمة، وكمثال على ذلك الصفقات العمومية التي يكون موضوعها توريد المياه والتي تبرمها الإدارة لاستهلاكها الخاص، من الواضح أن أجر المتعاقد المورد في هذه الصفقة يحسب وفقا لكمية المياه المستهلكة⁴². كما هو الحال في عقد تفويض خدمات المياه والمتضمن توريد المرتفقين بالمياه فإن أجر المتعاقد يتوقف على كمية المياه المستهلكة. ومن ثم فإن المتعاقد في كلا الحالتين يتحمل المخاطر الناتجة عن مردودية الاستغلال.

كما يمكن تغطية خطر الاستغلال الناتج عن الزيادة في التكاليف عن طريق تعويض المفوض له في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد، وعند هذه النقطة بالذات كيف يمكن الجزم بأن العقد تفويض مرفق عام أو صفقة عمومية. وإن كان المشرع الفرنسي وضع بعض الضوابط مؤخرًا فمبلغ الإعانة لا يجب أن يكون مبالغًا فيه إلى حد إزالة المخاطر التي يتحملها عادة المتعاقد⁴³

هكذا يتبين أن معيار المخاطر ليس حاسما في توضيح حدود تفويض المرفق العام والصفقات العمومية، فمن جهة تتطوي الصفقات العمومية على مخاطر معتبرة، ومن جهة أخرى قد نجد بعض عقود التفويض لا تتضمن مخاطر كعقد التسيير⁴⁴.

الخاتمة: يتضح من خلال ما سبق أن خطر الاستغلال أو الخطر الاقتصادي يسهم مبدئيا في تعريف عقود تفويض المرفق العام لاسيما توضيح الارتباط بين أجر المتعاقد واستغلال المرفق العام، ولكنه

⁴¹ بولكور عبد الغني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، كلية الحقوق، 2009-2010، ص 17.

⁴² CAPITANT David , op. cit, p 42.

⁴³ BAUBY Pierre, service public-services publics , Paris, 2^{ème} édition, 2016, p 63.

⁴⁴ « On a tendance à inclure dans la famille des délégations de service public des contrats dans lesquels le cocontractant n'encourt aucun risque de déficit et dans celle des marchés publics des contrats dont le titulaire assume un risque industriel qui peut déboucher sur un déséquilibre financier de son contrat et une perte d'exploitation ». Douence, J.-C., « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », Mél. Moderne, Dalloz, 2004, p 501.

ليس معيارا حاسما ودقيقا بالقدر الكافي الذي يسمح بتمييز عقود التفويض عن الصفقات العمومية، وهذا راجع للطبيعة الاقتصادية لعنصر الخطر في حد ذاته والتي تجعله غير مستقر ومتباين من عقد لآخر. فلا يمكن التسليم بوجود خطر استغلال في تفويض المرافق الحيوية كالمياه والكهرباء على الرغم من تضمنها استغلال خدمات مرفقية.

أضف إلى ذلك، أن الأخذ بمعيار الخطر الاقتصادي على إطلاقه لا يأتي ثماره، وقد يضر بحسن سير المرفق العام ويضعف من جودة الخدمة المقدمة للجمهور من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن جعل المتعاقد يتحمل مخاطر محدودة أو ضعيفة لأن ذلك يثقل ميزانية الدولة في تسيير المرافق العامة ويفقد الهدف والغاية من عملية التفويض بحد ذاتها.

ومن ثم يجب الموازنة بين المسألتين من خلال خلق شراكة حقيقية بين الإدارة والمتعاقد تجسد في صورة تضامن مالي بينهما مع تحديد نسبة المخاطر التي يتحملها كل طرف بحسب موضوع العملية ومدى تعقيدها.