

عقد الامتياز كأسلوب لدعم الاستثمار في المرفق العام وإشراك القطاع الخاص Concession contrat as a way to support public facility investment and private sector involvement.



¹، * سليمان الياقوت

¹ جامعة محمد بوقرة — بومرداس — مخبر الآليات القانونية للتنمية المستدامة — الجزائر —

y.slimani@univ-boumerdes.dz

² لميز أمينة

² جامعة محمد بوقرة — بومرداس — مخبر الآليات القانونية للتنمية المستدامة — الجزائر —

a.lemmiez@univ-boumerdes.dz

تاريخ النشر: 2022/06/30

تاريخ القبول للنشر: 2022/06/16

تاريخ الاستلام: 2022/02/28

ملخص: تتنوع العقود باختلاف أطرافها وهدفها ولعل أهم عقد يساهم في دعم الاستثمار هو عقد الامتياز باعتباره عملية إشراك للقطاع الخاص في تسيير المرافق العامة، ما يعني ترك الدولة لبعض من اختصاصاتها في تسيير المرفق العام إلى أشخاص من القطاع الخاص نظرا لعجزها عن ذلك أو امتلاك صاحب الامتياز لأساليب أحسن وإمكانيات مادية أدق وأكبر. وبالتالي الانتقال من الدور التقليدي للدولة إلى دور حديث من خلال فرض الرقابة والتوجيه والبعد الكامل عن التعقيدات الإدارية التي لم تساهم أبدا في تطور المرافق العمومية. وبهذا يكون عقد الامتياز أسلوب مهم للاستثمار في البنى التحتية من أجل تحقيق الربح إذ يعتبر هذا الأخير المحرك الرئيسي للمستثمر مقابل الاستغلال المباشر للمرفق كما أنه يتحمل كل المخاطر سواء المالية أو التقنية.

الكلمات المفتاحية: عقد الامتياز؛ المرفق العام؛ القطاع العام؛ القطاع الخاص؛ الاستثمار.

Abstract :

Contracts vary across parties and their purpose. perhaps the most important contract contributing to investment is the concession contract as a process of involving the private sector in the management of public utilities; this means that the state leaves some of its competence to operate the public facility to the private persons because of its inability to do so or because the concessionaire has better methods and greater material.

Thus moving from the traditional role of the state to modern one through censorship, guidance and a complete distance from administrative complications that have not contributed to the development of public facilities.

The concession contract is thus an important way to invest in infrastructure for profit.

The main driver of the investor versus direct exploitation is the facility and it bears all the risks; both financial and technical.

Key words : concession contract; public utility; public sector; private sector ; investment.

*المؤلف المراسل

1. مقدمة:

يعد المرفق العام جوهر وظيفة الدولة، ومظهر من مظاهر سيادتها، وإنشاء وتسيير المرافق العامة هو من الصلاحيات الحصرية لها، بحيث يرتبط بها وجودا وعدما، ذلك أن الدولة ما هي إلا مجموعة من المرافق العامة وهو ما جعل مصطلح المرافق العامة الإدارية سائدا لفترة طويلة من الزمن حتى انه بات أسير ومحور القانون الإداري والأساس الوحيد له إلى وقت قريب من الزمن. لكن مع تبني سياسة التوجه نحو الاقتصاد الحر الذي أصبح منهج غالبية الدول في العالم و التي منها الجزائر، هذه الأخيرة التي منحت للمرفق العام أهمية و دور كبير في تطوير اقتصادها خاصة فيما يتعلق بترقية الاستثمار في البنى التحتية و إشراك القطاع الخاص خاصة في ظل الأزمة المالية الحالية التي يمر بها العالم بصفة عامة و الجزائر بصفة خاصة، ففرضه الواقع المعاش ضرورة الاتجاه نحو تغيير النظرة حول الدور التقليدي للدولة في إدارة الجانب الاقتصادي للمرافق العمومية الأمر الذي استدعي تراجع دورها من الحقل الاقتصادي فاتحة المجال الواسع بذلك للقطاع الخاص لإشراكه مع القطاع العام بعدما كان محتكرا من طرف الدولة.

فكان لتدخل القطاع الخاص في تسيير المرفق العام عدة صور أبرزها و أهمها عقد الامتياز الذي كان له دور فعال في تحرير المرفق العام محل العقد من التعقيدات الإدارية و إكسابه نوع من المرونة بإتباع أساليب القانون الخاص، و الذي اعتمدته الدولة كأسلوب جوهري لدعم الاستثمار في البنى التحتية من جهة و إشراك القطاع الخاص في إطار ما يعرف بالشراكة بين القطاعين العام و الخاص من جهة أخرى، فضلا عن نقل المخاطر المالية للقطاع الخاص ، لكن هذا لا يعني انعدام دور الدولة في تسيير المرفق العام خاصة إذا تعلق الأمر بالاستثمار في البنى التحتية و كل ما يتعلق بإبرام عقد الامتياز من الضمانات القانونية و الشروط اللازمة لإبرامه، و نطاقه و أثره. الأمر الذي يثير الإشكالية التالية: إذا كان المشرع الجزائري قد تبني أسلوب عقد الامتياز كخيار استراتيجي لتسيير المرافق العامة الاقتصادية. فإلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في اتخاذ هذا الأسلوب كآلية لدعم الاستثمار في مجال المرفق العام من جهة و إشراك القطاع الخاص من جهة أخرى؟

الإجابة على هذه الإشكالية تكون وفقا للمحورين التاليين بحيث نعالج في المحور الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الامتياز من حيث شروطه و نطاقه، و كذلك ضماناته القانونية، أما المحور الثاني نعالج فيه: عقد الامتياز كآلية لدعم الاستثمار في المرفق العام مبينين بذلك كيفية إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العمومية من جهة، و محددات الاستثمار في المرفق العام من جهة أخرى حتى نتمكن من تكييف أن عقد الامتياز في المرفق العام هو استثمار فعلي و إشراك للقطاع الخاص في تسيير المرفق العام

2. المحور الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الامتياز كأسلوب لدعم الاستثمار

تتعدد طرق إنشاء و إدارة المرافق العامة في الدول المختلفة، وتختار كل دولة الطريقة التي تراها مناسبة لإدارة و تشغيل مرافقها أو مشروعاتها العامة بما يتناسب مع أهمية المرفق وطبيعته أو وفق اعتبارات إدارية أو مالية أو فنية، واللجوء إلى أسلوب الامتياز في إدارة مرفق عام يأتي انعكاسا في توجهات الدول

المختلفة في طبيعة و حجم مشاركة القطاع الخاص في عمليات التنمية والاستثمار وإدارة القطاعات الخدماتية.

إن إتباع أسلوب الامتياز لا يعني بأي حال من الأحوال تخلي الدولة عن المرفق العام، و عدم ممارسة أي رقابة إدارية أو فنية أو قانونية على الجهة المكلفة بتشغيل المرفق، كما تكفل حصول المنتفعين على خدمات المرفق العام بطريقة الامتياز مراعاة الأصول الإجرائية الدستورية التشريعية بهذا الخصوص (برغوثي، اذار، صفحة 1).

ونظرا للدور الفعال الذي يلعبه عقد الامتياز الإداري في ترسيخ التعاون بين القطاع العام و القطاع الخاص، وإشباع الحاجات العامة للجمهور فضلا عن أهمية ومكانته المرافق المسيرة عن طريقه، يجب الإمام بكل زوايا هذا الموضوع لا سيما مفهوم هذا الأخير وآثاره (أكلي، 2013، صفحة 7).

1.2 العنصر الأول: تعريف عقد الامتياز وتحديد خصائصه

يرتبط عقد الامتياز بالمرافق العمومية المخصصة لتحقيق المنافع العامة التي هي مهمة الدولة وحكر لها ولولا عجز هذه الأخيرة عن إشباع الحاجات العامة للجمهور لما عهدت بجزء من التسيير للخواص. أولا: تعريف عقد الامتياز

تعددت التعاريف لعقد الامتياز حسب الزاوية التي ينظر منها إليه:

1-التعريف الفقهي لعقد الامتياز:

تم تعريفه سابقا في فرنسا بأنه اتفاق تحمل فيه الإدارة الملتزم المتعاقد معها وهو شخص من أشخاص القانون الخاص مهمة إدارة وتسيير مرفق عام على مسؤوليته ومتحملا مخاطره مقابل الحصول على رسم من المنتفعين بخدمات المرفق أما التعريف الحديث له فيعرف بأنه اتفاق يكلف فيه شخص عام مقابل مكافأة تتحدد بناء على النتائج المالية لاستغلال المرفق (الشهاوي، 2003، صفحة 29)، وقد عرفه الدكتور ناصر لباد بأنه عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو معنويا يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عام لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العام يتقاضى صاحب الامتياز مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق (أكلي، 2013، صفحة 13)، وعرفه الدكتور سليمان الطماوي على انه عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها عقد الامتياز (بريك، 2014_2015، صفحة 13).

و من التعريفات القضائية للامتياز ما جاء في قرار لمحكمة القضاء الإدارية المصرية بأنه "عقد إداري يتعهد احد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين" (برغوثي، اذار،

صفحة 5)، بالإضافة إلى ذلك تعرض مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر عنه لتعريف عقد الامتياز فجاء فيه "حيث أن عقد الامتياز تابع للأمالك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجب السلطة الامتياز للمستعمل باستغلال مؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه" (أكلي، 2013، صفحة 24).

2-التعريف التشريعي لعقد الامتياز

الأصل أن المشرع يعزف عن إعطاء تعريف للمصطلحات القانونية تاركا هذه المهمة للفقه والقضاء غير أنه وبالرجوع لبعض القوانين نجدها قد عرفت عقد الامتياز كالمادة 04 من الأمر 13/96 المؤرخ في 15 يونيو 1996 والمتضمن قانون المياه" يقصد بالامتياز بمفهوم القانون عقد من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية" (أ)، المؤرخ في 15/06/1996)، وقد صدر المرسوم رقم 266/85 قبله المتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير الذي يعتبر أول نص تطبيقي لما ورد في المادة 21: "عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام والذي لا يتم منحه إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية والمجموعات المحلية" (17/83)، مؤرخ في 5 شوال عام 1403 الموافق 16 يوليو 1983).

كما تم التطرق لهذا العقد في المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة "حيث يخضع انجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها أو توسيعها لمنح الامتياز حسب المادتين الأولى والثانية من المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة ويمكن منح الامتياز لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص الذي يقدم طلبا بذلك وفق تعليمات دفتر الشروط النموذجي، ويكون منح هذا الامتياز موضوع اتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة والملتزم.

وتضيف المادة 3 من نفس المرسوم انه يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين بالداخلية والمالية والطرق السريعة (308/96، المؤرخ في 18/09/1996)، كذلك تم التطرق إلى تعريف عقد الامتياز في القانون رقم 03/10 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة وذلك في المادة الأولى حيث جاء فيها أن "الامتياز هو العقد الذي تمنح الدولة بموجبه شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص المستثمر صاحب الامتياز التابعة للأمالك الخاصة للدولة وكذا الأموال السطحية المتصلة بها بناء على دفتر الشروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها 40 سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية تضبط كيفية تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية" (03/10، المؤرخ في 15/08/2010)، ويلاحظ أن هذا التعريف أوفى عقد الامتياز حقه من خلال التعرض لجميع العناصر المكونة له غير انه حصر صاحب الامتياز في الشخص الطبيعي دون المعنوي فضلا عن اشتراط الجنسية الجزائرية فقط.

وقد جاء أيضا في التعليمات الوزارية رقم 842/394 المتعلق بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها موضوع الامتياز بالتفصيل حيث ورد بأنه: "عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز الملتزم على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق (أكلي، 2013، صفحة 22).

انطلاقا من هذه التعاريف يمكن استنباط خصائص عقد الامتياز .

ثانيا: خصائص عقد الامتياز

من خلال التعاريف السابقة الذكر لعقد الامتياز يتبين لنا انه يتميز بجملة من الخصائص والمميزات منها:

1- عقد شكلي:

وهذا ما نصت عليه المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09 "يكرس الامتياز الممنوح.....بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر الشروط معد طبقا للنماذج الملحقة بهذا المرسوم وتحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز يجب أن يتضمن عقد الامتياز تحت طائلة البطلان شروط منع التنازل والإيجار من الباطن للامتياز قبل إتمام المشروع"، ويرى احد فقهاء القانون الأردني أن عقد الامتياز هو عقد شكلي يحتاج إلى توثيقه لان هناك حقوق والتزامات تترتب على طرفيه كما أن دفتر الشروط وثيقة مكتوبة وبالتالي أهمية العقد تجعل من الكتابة شرط جوهري لدرجة انه لا يمكن تصور وجود عقد امتياز غير مكتوب لأنه يحتاج إلى شكليات لإبرامه منها موافقة السلطة صاحبة الصلاحية في الإبرام (زياني، 2015-2016، صفحة 47).

2- عقد زمني طويل المدة:

يتميز عقد الامتياز بطول المدة الزمنية المحددة لتنفيذ العقد ويراعى في ذلك أن تكون مدة الامتياز كافية لتغطية نفقات المشروع وذلك للسماح لصاحب الامتياز بقدر معقول من الربح (زياني، 2015-2016، صفحة 48)، فهو ليس عقدا أبديا وليس تنازلا عن المرفق العام إنما مجرد طريقة للتسيير وهي أهم العناصر المميزة للامتياز (أكلي، 2013، صفحة 54).

3- ورود محل عقد الامتياز على إدارة واستغلال مرفق عام:

يرتبط عقد الامتياز بالنشاط الذي يتصل بالمنفعة العامة كما يحتوي على شروط استثنائية تتمتع الإدارة المانحة للامتياز بسلطات استثنائية تفرضها صفتها كشخص من أشخاص القانون العام، وطبيعة العقد فضلا عن محله وغرضه وهو حماية لفئة المنتفعين، وضمانا لاستمرار السير الحسن للمرفق العام (أكلي، 2013، صفحة 50)

ولعل وجود هذه الشروط هي أصل الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها المرفق العام لما يقتضيه إشباع الحاجة الملحة لتحقيق المنفعة العامة، وهي حاجة تقر بمشروعية استخدام الوسائل القانونية للقانون العام فمتطلبات هذه المنفعة تسمح للأشخاص العامة استعمال بعض السلطات بصفة انفرادية في مواجهة المتعاقدين معها والتي تكون محظورة في القانون الخاص (أكلي، 2013، صفحة 52).

4-المقابل الذي يتقاضاه صاحب الامتياز ليس أجرا أو ثمنا إنما رسما :

وان كان الأصل في العقود الملزمة لجانبين أن يأخذ عوض أحد المتعاقدين صورة ثمن يكون مصدره المتعاقد الآخر معه إلا أن الأمر ينحاز عن المؤلف إذا ما تعلق الأمر بعقد الامتياز حيث أن المقابل الذي يتحصل عليه صاحب الامتياز إزاء ما يوفره وما يقدمه من خدمات لا يكون مصدره الإدارة المانحة للامتياز فهو ليس أجرا أو ثمنا إنما رسما يتقاضاه من المنتفعين بخدمات المرفق، وتقوم الإدارة بتحديد نسبتها القصوى على أن لا يتجاوزها صاحب الامتياز (أكلي، 2013، صفحة 58).

5-عقد الامتياز منشئ لحق عيني:

بناء على نص المادة 12 من القانون 03/10 نجد أن حق الامتياز حق عيني أصلي يتفرع عن حق الملكية ويحول لمن تقرر له حق استعمال واستغلال العقار المنتفع به (بريك، 2014_2015، صفحة 17).

2.2.العنصر الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز وأثاره على أطرافه والغير

تعددت الاتجاهات على المستوى الفقهي في تكييف عقد الامتياز، كما يتفرع أثره على كل من مانح الامتياز وصاحبه وكذا المنتفعين.

أولا: تحديد الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

أثار تكييف عقد الامتياز جدل الفقه كل حسب وجهة نظره ، وقناعته وأدلتته بين معتبري عقد الامتياز تنظيميا وبين مناصري الطبيعة التعاقدية الخالصة له ، ويقصد بالطبيعة القانونية لعقد مارده إلى نظام قانوني معين بغية تحديد القواعد التي تحكمه والآثار المترتبة عنه لذا وحتى يتمكن من تحديد القواعد التي تحكم الامتياز لابد من البحث عن طبيعته القانونية (منصور، 2013-2014، صفحة 31).

1- نظرية الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز:

تعتبر نظرية الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز نظرية ألمانية سادت خلال القرن العشرين مفادها أن الامتياز ليس عقدا أو اتفاقا بين صاحب الامتياز والإدارة المانحة له ، بل هو تنظيم يستلزم تنفيذ وإبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة والمتشابكة بين أطراف مختلفة، بينما هناك فريق آخر يكيّفه على انه قرار إداري ذو طبيعة اتفاقية ،وبهذا يعتبر تصرف قانوني له نفس طبيعة القرار الإداري الصادر بتعيين موظف ويأخذ حكمه في وجوب قبول صاحب الشأن بالقرار المتخذ من جانب الإدارة وعلى هذا الأساس صاحب الامتياز ليس له حرية في مناقشة بنود العقد وان حاول أنصار هذا الرأي تبرير آرائهم إلا أنها تعرضت للنقد.

ما يعاب على الرأي الأول المؤيد لهذه النظرية هو إنكاره للطبيعة الاتفاقية للعقد في حين أن الرأي الثاني وعلى الرغم من انه يعترف للإدارة بحقها في تعديل القواعد التي تحكم عقد الامتياز دون رضا صاحب الامتياز بما يتماشى وطبيعة المرفق العام إلا انه اغفل تماما إرادة هذا الأخير ،وما يلعبه من دور في إبرام العقد وهو ما قد يؤدي إلى تهرب الخواص من إبرام مثل هذه العقود ما أدى إلى هجر هذه النظرية (أكلي، 2013، صفحة 71).

(72/)

2- نظرية الطبيعة التعاقدية الخالصة لعقد الامتياز:

ساد هذا الاتجاه في فرنسا حتى أوائل القرن الماضي، مفادها أن الامتياز له طابع تعاقدى بصورة حصرية على الرغم من احتواءه على بنود غريبة بطبيعتها عن العقود المدنية، من هنا تم اعتباره عملية تعاقدية بحتة تستوجب إنابة من السلطة العامة تبرز آثارها في إطار تمكين صاحب الامتياز من وضع يده على المال العام وجباية إتاوات من المنتفعين من خدمات المرفق، وبرر أصحاب هذه النظرية الطبيعة التعاقدية للشروط التنظيمية في أن اللائحة المعدة من أجل تنظيم المرفق العام من قبل الإدارة قد استغرقت في دفتر الشروط الذي تتحول طبيعته من تنظيمية إلى تعاقدية بمجرد رضا صاحب الامتياز (أكلي، 2013، صفحة 72/71). غير أن هذه النظرية تعرضت للانتقاد الحاد من فقهاء القانون الإداري أمثال هوريو، دوجي من زاوية أن الأخذ بها يحول دون إمكانية تدخل الإدارة المانحة للامتياز لتعديل شروط الالتزام، كما أنه لا يمكن تقبل فكرة أن عقد الامتياز كعقد مدني (أكلي، 2013، صفحة 74)، لارتباطه بتسيير مرفق عام يحتوي على أحكام غير مألوفة في القانون العادي.

3- الطبيعة المختلطة أو المركبة لعقد الامتياز:

يرى هذا الاتجاه بأن عقد الامتياز عمل قانوني مركب يشتمل على نوعين من البنود بنود تعاقدية وأخرى تنظيمية وهو الرأي الراجح في الفكر الإداري (دقاقة، 2014-2015، صفحة 12).

أ- البنود التعاقدية: تتعلق هذه الشروط بالجوانب المالية والمادية لعقد الامتياز بحيث تطبق عليها أحكام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتتمثل هذه الشروط في الامتيازات المالية، مدة الامتياز والتوازن المالي للعقد (زياني، 2015-2016، صفحة 50).

ب- البنود التنظيمية: وهي تلك القواعد التي تعمل على تنظيم المرفق العام، وسيره كالرسوم التي يجوز تحصيلها وشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق (دقاقة، 2014-2015، صفحة 12). وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه تبنى صراحة في أحكام بعض المواد السابق ذكرها الطبيعة التعاقدية للامتياز بحيث نص صراحة بأنه عقد إداري وبالتالي تفادى كل إشكال في هذا الموضوع.

ثانياً: آثار عقد الامتياز

تمتد آثار عقد الامتياز لتشمل ثلاث فئات هي مانح الامتياز، صاحب الامتياز والمنتفعون من المرفق العام المدار بواسطة عقد الامتياز.

1- آثار عقد الامتياز بالنسبة لمانح الامتياز:

يتمتع مانح الامتياز بمجموعة من الحقوق والسلطات تجاه صاحب الامتياز سيتم توضيحها فيما يلي:

أ- حقوق الإدارة مانحة الامتياز: تمتلك الإدارة مجموعة من الامتيازات أو الحقوق في مواجهة صاحب الامتياز تتمثل فيما يلي

• حق الرقابة على إدارة المرفق العام:

تستمد الإدارة هذا الحق من طبيعة النشاطات المقام بها، وذلك ضماناً لحسن سير المرفق العام وتأديته وظيفته المتمثلة في خدمة المواطنين بالمستوى المطلوب، هذه الحقوق لا ينشأها عقد الامتياز وإنما ينظمها

فقط، فهي مقررة لمناح الامتياز حتى ولو لم ينص عليها صراحة في عقد الامتياز، وعلى هذا يمارس مانح الامتياز سلطة الرقابة والإنشاء على إنشاء وإدارة وتشغيل مرفق عام ابتداء من تأسيسه وأثناء سيره، ويشمل ذلك مختلف النواحي الإدارية، الفنية والمالية ويترتب على ذلك ما يلي:

- يجوز لمناح الامتياز تعيين مندوبين لدى إدارة المرفق أو تشكيل لجنة أو أكثر لممارسة سلطة الرقابة أو إسناد مهمة الرقابة لهيئة عامة أو خاصة، كما يجوز له طلب أي معلومات أو وثائق من صاحب الامتياز (برغوثي، اذار، صفحة 29).

- حق الإدارة في التعديل الانفرادي للشروط التنظيمية لعقد الامتياز: السلطة المانحة للامتياز حق تعديل الشروط التنظيمية للعقد استناداً لمبدأ قابلية نظام المرفق العام للتعديل كالقواعد المتعلقة بالرسوم إلا أن هذا ليس مطلقاً وإنما يخضع إلى بعض القواعد منها ألا يتجاوز التعديل الحدود أو يبلغ الجسامة، وأن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد (دقايرة، 2014-2015، صفحة 17).

• حق مانح الامتياز في توقيع الجزاء:

يعتبر هذا الحق إحدى الوسائل القانونية التي يتمتع بها مانح الامتياز إزاء صاحبه عندما يخل هذا الأخير بالالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد دون اللجوء إلى القضاء وذلك عن طريق قرارات إدارية بسبب تقصير صاحب الامتياز في تنفيذ التزاماته سواء بالامتناع أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ الغير مرضي.... ويختلف هدف الجزاءات التي توقعها السلطة الأعلى لصاحب الامتياز عن هدف الجزاءات التي تطبق على العقد المدني التي تستهدف إصلاح الأخطاء التعاقدية وتعويض المتعاقد، ومن ثم لا يوجد في الجزاءات المدنية معنى العقوبة أما في عقد الامتياز فتستهدف فضلاً عن ذلك ضمان سير المرافق العامة التي يخدمها العقد بانتظام واطراد، ويفرض على الإدارة المانحة للامتياز كقاعدة عامة أن تقوم بإعذار المتعاقد معها وتنبيهه إلى أخطائه قبل توقيع الجزاء عليه (أكلي، 2013، صفحة 106/105)، وتشمل هذه الجزاءات الجزاءات المالية (غرامة تأخيرية وتعويضات)، فسخ العقد، جزاءات ضاغطة كحلول الإدارة محل صاحب الامتياز وان تعهد بتنفيذها إلى الغير وهي مؤقتة، جزاءات جنائية تمارسها بصفتها سلطة عامة وليست طرفاً في العقد من خلال حقها في إصدار لوائح البوليس التي تتضمن عقوبات جنائية في حدود معترف بها (أكلي، 2013، صفحة 114)، كما لها الحق في استرداد المرفق محل الامتياز إذا اقتضته المصلحة العامة.

ب- واجبات الإدارة المانحة للامتياز:

يجب على الإدارة أن تلتزم بالعقد الذي أبرمته، وتنفيذ شروطه تنفيذاً سليماً، كما يجب أن تلتزم بالامتناع عن اتخاذ الإجراءات المخالفة لالتزاماتها المنصوص عليها في العقد كما أنه من واجبها حماية صاحب الامتياز من منافسة المشروعات الخاصة والضاربة به (دقايرة، 2014-2015، صفحة 17).

2/ آثار الامتياز بالنسبة لصاحب الامتياز: يولد هذا العقد لصاحب الامتياز مجموعة من الحقوق والواجبات:

أ- حقوق صاحب الامتياز: تتمثل في

• حق صاحب الامتياز في الحصول على مقابل:

المقابل في عقد الامتياز هو الرسوم التي يتقاضاها صاحب الامتياز من المنتفعين من خدمات المرفق العام، وتتحدد هذه الرسوم في اتفاقية الامتياز أو ملاحقها، وقد تحدد بشكل ثابت وبحدود قصوى أو دنيا في شكل قوائم أسعار (برغوثي، اذار، صفحة 30)، ويتعين على الإدارة مراقبة صاحب الامتياز باستمرار كما على المنتفعين مراقبة الإدارة إذا ما قصرت في تلك الرقابة عن طريق الطعون الإدارية و القضائية (أكلي، 2013، صفحة 117).

• الحق في الحصول على المزايا المالية المتفق عليها:

تعد هذه المزايا من صميم الشروط التعاقدية، ومن قبيل هذه المزايا القروض التي تعهد الإدارة بتقديمها للمتعاقد، بالإضافة إلى تقديم منح كمساعدة مالية أو بالتعهد بعدم منح أي امتياز مماثل لشخص آخر كذلك التمتع بالإعفاءات الجمركية وتسهيلات للاستيراد والاستثمار (برغوثي، اذار، صفحة 30).

• الحق في ضمان التوازن المالي للعقد:

تهدف الإدارة إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال عقود الامتياز بينما يسعى صاحب الامتياز إلى تحقيق الربح، واستهداف مصلحته الشخصية وعليه إذا ما حال بينه وبين تحقيق تلك المصلحة إجراءات اتخذتها أو فرضتها ظروف أو صعوبات جعلت تنفيذ التزاماته التعاقدية عسيراً على الإدارة التدخل لضمان التوازن المالي على الرغم من عدم ارتكابها لأخطاء، ويكون أداء الإدارة للتعويض في إطار توافر شروط نظرية فعل الأمير أو ظروف طارئة أو غامضة أو غير متوقعة (أكلي، 2013، صفحة 118)، كما لصاحب الامتياز حق في الاحتكار نظراً لطبيعة بعض المرافق العامة وخصوصيتها كما له الحق أيضاً في حمايته من المنافسة أي حقه في الانفراد باستغلال المرفق كالكهرباء والغاز.

أما واجبات صاحب الامتياز فتتربط هذه الأخيرة بعقد الامتياز وشروطه، حيث لا يجوز له أن يتنازل لغيره عن الامتياز دون موافقة الإدارة كما يلتزم بواجب تنفيذ تطبيق المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة والخضوع لها كمبدأ المساواة بين جميع المنتفعين، ومبدأ وجوب سير المرفق العام بانتظام واطراد (دقاقة، 2014-2015، صفحة 18).

3/ آثار عقد الامتياز بالنسبة للمنتفعين:

إن هدف عقد الامتياز هو ضمان سير واستغلال المرافق العامة الذي يقدم خدمة عامة للمستفيدين وإشباع حاجاتهم (أكلي، 2013، صفحة 137)، وبالتالي تظهر حقوق هؤلاء اتجاه كل من صاحب الامتياز ومأمنحه.

أ- حقوق المنتفعين اتجاه مانح الامتياز:

لكل منتفع حق التوجه إلى مانح الامتياز طالبا تدخله لإلزام صاحب الامتياز بمراعاة التنفيذ وشروطه في حال عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب كمخالفة المواعيد ومخالفة قوائم الأسعار، وفي حال رفض الإدارة طلب المنتفع يمكنه اللجوء إلى القضاء للطعن في قرار الإدارة بعدم التدخل.

ب- حقوق المنتفع اتجاه صاحب الامتياز:

يترتب على صاحب الامتياز تقديم الخدمات المنوطة بالمرفق العام الذي يديره بفاعلية و بجودة عالية ودون تمييز بين منتفع وآخر.

3. المحور الثاني: الامتياز كأسلوب لدعم الاستثمار وإشراك القطاع الخاص

يعد عقد امتياز المرفق العام من أهم تطبيقات عقود تفويض المرفق العام والاستثمار فيه ، و قد احتل هذا النوع من أساليب مشاركة القطاع الخاص دورا بارزا منذ فترة مبكرة في تشييد و تسيير كثير من المرافق العامة و لاسيما مرافق البنية التحتية.

حيث انه غالبا ما تعتمد المصلحة المتعاقدة على أسلوب الامتياز كأساس لتسيير المرفق العام، بحثا عن المردودية المالية للمرافق العمومية كطريقة جديدة للتمويل العمومي من جهة و تقليص النفقات العمومية الناجمة عن التسيير المباشر و عن طريق الهيئة العمومية للمرافق العمومية من جهة أخرى، كما أن اتساع نطاق استعمال عقد الامتياز ليشمل أشخاص القانون الخاص (كما نصت عليه النصوص القانونية الخاصة بالامتياز) ليتمحور بذلك خاصة في يد الخواص الذين اخذوا مكانهم في الإطار الإيديولوجي الجديد للجزائر، وهدف هذا التوسع هو تحسين نوعية الخدمة العمومية والفعالية وكذلك كوسيلة تتماشى أكثر مع النهج الجديد، خاصة وأن المؤسسات الدولية أصبحت تشترط خوصصة التسيير لتقديم المساعدات.

1.3 العنصر الأول: امتياز المرفق العام هو استثمار.

الاستثمار في المرفق العام يعني الدخول في مشروع بقصد تحقيق عائدات بشكل أرباح لحساب الشخص المكلف بتحقيقه مع تحمل مخاطر وأعباء هذا الاستثمار، فإعتبار الامتياز استثمار في المرفق العام يولد نتائج تتجسد أساسا في :

— هو نشاط يحقق عائدات .

— تحقيق خدمة معينة تقدم للمنتفعين.

— علاقة مباشرة مع المنتفعين.

— تتضمن استثمار مجموع رأس المال لتحقيق فائض (الربح).

— وجود مسؤولية لصاحب الامتياز وتحمل الأعباء و المخاطر.

فاستغلال المرفق يفرض تحمل جميع المسؤوليات من أجل الحصول على الربح مع تحمله للمخاطر الذي قد يكون كلي أو جزئي (تشاركه تحمل الأعباء الجماعة العامة).

ويقتضي الاستثمار استغلال المرفق وتشغيله بتوفير كل الوسائل المادية والبشرية والمالية من أجل استمرارية تقديم الخدمة العمومية، مع تحقيق هامش من الربح لصاحب الامتياز كمحرك له ولاستثماره .

ومن هذا المنطلق فالامتياز هو استثمار في المرفق العام يقضي باستثمار الأموال في المرفق من أجل تحقيق فائض (ربح) كما هو الحال في الاستثمارات الخاصة.

- يعبر عقد الإمتياز في الجزائر عن إيديولوجيتها الجديدة، خاصة بعد 1994 من خلال عدة نصوص قانونية خاصة في عالم أصبح اليوم يعرف تطورات جديدة للمرفق العام من خلال ظهور عقود البوت "BOT" التي تعتبر أحدث صورة للامتياز خاصة وأنها تعدت حدود الدول لتصبح عقودا دولية تقوم بها شركات متعددة الجنسيات، هدفها إنشاء هياكل قاعدية ضخمة تستهدف الخدمة العمومية والمردودية الاقتصادية العالية في ظل تناقض المصالح لذلك جسدت الدولة الامتياز في العديد من نصوصها، مثلا الموائ وكذا الطرق السريعة. لذلك نتساءل هل يمكن اعتبار عقد الامتياز نوع من الاستثمار يتطلع من خلاله صاحب الامتياز و مانح الامتياز إلى الربح و المردودية المالية؟ إن الحديث عن الامتياز في المرفق العام إنما هو الحديث عن دخول الخواص لمغامرة لتسيير المرفق العام أي استثمار أمواله في حقل خاص هو المرفق العام وهذا ما يطرح عدة إشكالات وتساؤلات حول مدى اعتبار امتياز المرفق العام استثمار؟ خاصة أن هدف أي استثمار هو الربح أي المردودية المالية ، ولا يمكن الحديث عن الاستثمار دون التطرق لمحددات وجوده.

2.3.العنصر الثاني:محددات وجود الاستثمار في المرفق العام

هناك بعض المؤشرات التي نستطيع من خلالها تقييم مدى اعتبار الامتياز استثمار في المرفق العام كالعائدات المالية، والمخاطر و الأعباء الاستثمارية ، الاستقلالية ، و الاستغلال و المنتفعين حيث أن أول محدد للاستثمار هو العائد المالي الذي يعتبر المحرك الأساسي لصاحب الامتياز، أي هو المحفز له للاستمرار في استثماره واسترجاع قيمة الأموال التي استثمرت في هذا المرفق العام وتحقيق الربح (الفائض)، وهو السبب الحقيقي للاستثمار . إذ يتحصل صاحب الامتياز على عائدات (أتاوات) مباشرة من طرف المنتفعين من المرفق العام، وتعرف الإتاوات على أنها (المبلغ الذي يتقاضاه الشخص المكلف بامتياز المرفق العام من المنتفعين كرسوم مقابل الخدمة التي تحصلوا عليها) (جابر، 2008، صفحة 99).

فأهم عامل مميز للمقابل المالي في الامتياز هو " ارتباطه بالاستغلال المباشر للمرفق العام " أي يدفع من طرف المستفيدين من خدمة المرفق العام ، أي هو مؤشر متشابه مع الاستثمار حيث أن المستثمر يتحصل على عائداته المالية مباشرة من استغلاله ومن طرف المتحصلين على الخدمة أو السلعة، ويكرس هذا الارتباط بين الاستغلال والمقابل المالي . ومن هنا فالعائدات يجب أن تكون

مرتبطة بالاستثمار وإلا خرجنا عن إطار امتياز المرفق العام وهو ما ذهب إليه حديثا مجلس الدولة الفرنسي من خلال عدة قرارات، حيث جاء في قضية Prêfet des Bouches du Rhône C/C ne Lambesc الذي اعتبر العائدات المحققة بصورة أساسية من نتائج الاستثمار معيارا للتفويض.

في إدارة واستثمار المرفق العام (TX.Girardot, CE 15 Avril 1996, AJDA1996, p. 729).

إن التطور المتعلق بالمرفق العام وبالمقابل المالي المتحصل عليه أي مجموع العائدات التي يتحصل عليها صاحب الامتياز تجعلنا نستنتج أن العائدات لم تعد محصورة فقط في الإتاوات التي يدفعها المنتفعون بل امتدت لتشمل الثمن وبعض العائدات الإضافية التي قد ترتبط بالمرفق العام، وأمام هذا التنوع في عائدات المستثمر في المرفق العام وضع الفقه والقضاء الفرنسي شرط أساسي وهو "ضرورة ارتباط هذه العائدات بالاستثمار في المرفق"، أي باستغلال المرفق العام، ومن هنا أقترح أكثر الامتياز للاستثمار في الحقوق الخاصة الأخرى أين يحصل المستثمر على أرباحه وعائداته من استغلاله للمرفق العام، فالامتياز من هذا المنطلق هو "استثمار" بكل معنى الكلمة، ويقول البروفسور Douence ((نتيجة الاستثمار هي النتيجة الناجمة بعد حسم كل النفقات العائدة للاستثمار وما يرتبط به من عمليات مالية لازمة لتحقيق استثمار المشروع)) (Douence, 1999., p. 1134) و مفهوم الاستثمار لا لا يكتمل إلا بتحمل الملتزم جزء من المخاطر التي يحملها الاستثمار وإلا لما كنا في إطار استثمار وامتياز مرفق عام، إن هذه المخاطر والأعباء هي من محددات وجود الاستثمار فإلى جانب المعيار المالي كمحدد للاستثمار في المرفق العام فإنه أيضا هناك محدد آخر يتمثل في أعباء استثمارية وهي مجموع مصاريف المستثمر المتعلقة بالاستغلال (أجور، إستثمارات، وسائل.....) فكل هذه تمثل أعباء يتحملها المستثمر من أجل تحقيق أهدافه الاستثمارية المتجسدة أساسا في الربح الذي يحسب بعد حسم مجموع الأعباء من مجموع الموارد التي يحصلها المستثمر، بالإضافة إلى ذلك فإنه من محددات الاستثمار أيضا هو أن المستثمر يتحمل مجموع المخاطر ونعني بالمخاطر مجموع المخاطر المالية والتقنية ومسؤولية الشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام عن الأضرار التي تلحق المستثمر التي تحدث نتيجة استثماره للمرفق (جابر، 2008، صفحة 110)، فقد اعتبر "waline" المخاطر والأعباء عنصرا من عناصر تكوين عقد الامتياز (M.Waline, 1963, p. 691)، هذه المخاطر التي قد تحد من ربحه فهذا من مميزات الاستثمار (فقد يتعرض لمجموع مخاطر تؤدي لخسارته)، فالمستثمر قد ينجح في استثماره أو يفشل (يخسر) وهذا هو فحوى الاستثمار الذي معناه استثمار أي استعمال مجموعة من الأموال و الموارد المادية والبشرية من أجل تحقيق فائض (ربح)، فرغم أن الهدف الأساسي للاستثمار هو الربح إلا أن المستثمر قد يواجه مخاطر لم تكن متوقعة وصعوبات واقعية تجعله يتعرض لخسارة فهذه ميزة الاستثمار أن المستثمر يتحمل مخاطر استثماره وأعبائه.

الخاتمة:

عقد الامتياز كاستثمار في المرفق العام وإشراك القطاع الخاص في القطاع العام هو عبارة عن استثمار حقيقي يبحث عن المردودية المالية والربح كمحرك أساسي للمستثمر بحيث أننا نجد أن العناصر المكونة للامتياز إنما تعبر عن استثمار في المرفق العام ذو خصوصية مرتبطة بالمصلحة العامة ، فحصول المستثمر على مقابل مالي مرتبط أساسا بالاستثمار والاستغلال المباشر للمرفق وكذا ارتباط هذا الاستثمار بالمرفق بكل ما يحمله من عبء و مخاطر تجعل منه استثمار حقيقي، رغم ما يشوب استقلالية صاحب الامتياز من بعض الامتيازات التي تملكها الجماعة العامة كالتوجيه والرقابة الخ، لكن الهدف منها هو حماية المصلحة العامة ولكن لهذه الامتيازات من جانب الإدارة امتيازات مقابلة يتمتع بها صاحب الامتيازات كالمساعدات المالية، القروض ، المشاركة في الاستغلال والمشاركة في الأعباء والمخاطر والتي من شأنها حماية المستثمر وهي ضمانات للمستثمر في حقل المرفق العام . كما أن فحوى عقد الامتياز هو استثمار المستثمر لأمواله في المرفق العام وتشغيله من أجل تقديم نتائج الاستغلال للمنتفعين الذي تربطهم علاقة قانونية بصاحب الامتياز مباشرة كمستثمر حقيقي، كما تعطي الجماعة العامة بعض الضمانات للمستثمر في المرفق العام بسبب خصوصية الاستثمار في المرفق وبالمقابل لها امتيازات وقيود تحد من الحرية الكاملة للمستثمر وهذا من شأنه يخلق نوع من التوازن في المصالح بين المصلحة العامة التي يستهدفها المرفق والربح الذي يستهدفه المستثمر، ويمكن القول أخيرا أن عقد الامتياز هو استثمار حقيقي له خصوصيات بسبب ارتباطه بالمصلحة العامة.

من أجل ذلك لا بد من:

- إشراك القطاع الخاص أكثر في تسييره للمرافق العامة ودعم المنافسة والابتعاد عن الاحتكار ما يضمن الجودة في تقديم الخدمات.
- منح الامتياز للأشخاص ذوي الكفاءة والتقنيات العالية والابتعاد تماما عن المحسوبية في التعاملات.
- فرض نظام لتقييم الأفراد للمشروعات التي يتولاها أصحاب الامتياز وإبداء آرائهم حول الخدمات وتعيين أحسن خدمة.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- الكتب

- 1- إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام botدراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003.
- 2- معين برغوثي، عقود الامتياز وحالة شركة الاتصالات الفلسطينية الهيئة الفلسطينية المستقلة رام الله اذار.
- 3- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، لبنان.

ب- المذكرات

- 1- الزوبر بريك، النظام القانوني لعقد الامتياز الفلاحي في ظل التعديلات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العقاري، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق 2014-2015.
- 2- أسماء منصور، عقد الامتياز كوسيلة لاستغلال العقار الصناعي، رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013-2014.
- 3- إسماعيل زباني، الاستعمال الخاص للأماكن الوطنية، عقد الامتياز نموذجاً، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر، تخصص قانون اداري، جامعة العربي التبسي تبسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.
- 4- فاطمة الزهراء دقاقة، امتياز الطرق السريعة في الجزائر، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، شعبة الحقوق، تخصص القانون الإداري، جامعة مباح قاصدي، ورقلة، 2014-2015.
- 5- نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2012-12-2013.

ج- القوانين

- قانون 17/83 مؤرخ في 5 شوال عام 1403 الموافق 16 يوليو 1983 المتضمن قانون المياه المعدل والمتمم بموجب الامر 13/96
- قانون رقم 03/10 المؤرخ في 15/08/2010 يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأماكن الخاصة للدولة

-المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 18/09/1996 يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، ج ر ع 55 الصادر في 25/09/1996

-الامر رقم 13/96 المؤرخ في 15/06/1996 المتضمن قانون المياه ج ر ع 37 الصادرة في 16/06/1996
ثانيا:المراجع باللغة الفرنسية

-1D.Chauvaux et TX.Girardot,.CE 15 Avril 1996, AJDA1996, chronique .

2-Jean-Claude Douence, observation sur l’application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondé sur le mode de rémunération, R.F.D.A, 1999.

3-M.Waline, droit administrative, Paris, 1963.