

جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مبدأ المنافسة الحرة في حالة التسيير

المفوض للمرافق العامة

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم

تخصص القانون

إشراف الأستاذ الدكتور

بودريوه عبد الكريم

من إعداد الطالبة

براهمي فضيلة

لجنة المناقشة

- الاستاذ الدكتور، كتو محمد الشريف، أستاذ ، جامعة تيزي وزو ..... رئيسا

- الاستاذ الدكتور، بودريوه عبد الكريم، أستاذ ، جامعة بجاية ..... مشرفا و مقررا

- الاستاذ الدكتور، سمار نصر الدين، أستاذ ، جامعة جيجل ..... ممتحنا

- الاستاذة الدكتورة، إرزيل الكاهنة، أستاذة، جامعة تيزي وزو ..... ممتحنة

- الدكتورة محتوت/ جلال مسعد، استاذة محاضرة، قسم أ- جامعة تيزي وزو ..... ممتحنة

- الدكتور عسالي عبد الكريم، أستاذ محاضر، قسم أ- جامعة بجاية ..... ممتحنا

تاريخ المناقشة 11 جويلية 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ولو كان الإنسان عالم  
فلن تكون كالخالق البارئ  
واطلب العون من العليم القادر  
إن له كفوائده مضار  
كمين الغرور لا يصيب إلا الأغبياء  
إن للقلم أمل في كتابتك  
جرثومة اليأس من طريقك  
إن للعلم أمل في تطورك

العلم من يحيطه ربنا  
مهما تكن متعلما أو مخترعا  
فانظر لعلمك وابحث عن تطوره  
وأحسن استخدام ما تطور من علمك  
ولا يكن قولك أكثر من فعلك أن  
فاحذر الوقوع وكن ذكيا  
واجعل الأمل في حياتك وابتعد  
وابدأ حياتك بكل جد واجتهاد

أمال ألقنيد

# الإهداء

إلى روح والدي رحمه الله، و إلى الوالدة الكريمة أطال الله في عمرها.  
إلى إخوتي و أخواتي و أولادهم و كل أفراد عائلتي و عائلة زوجي.  
إلى زوجي الغالي و إلى بناتي نور الإيمان و نسرين قرتا عيني.  
إلى كل من ساندني و ساعدني و دعمني سواء من قريب أو بعيد أهدي  
ثمرة جهدي .

# كلمة شكر

أقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني و مدّ لي يد العون في انجاز هذه الرسالة سواء من قريب أو من بعيد.

إلى الأستاذ المشرف الذي لم يبخل عليّ بتوجيهاته.

إلى كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية و كذا كلية الحقوق و العلوم السياسية لجامعة تيزي وزو ، إليكم جميعاً أقدم لكم بالشكر الجزيل .

## قائمة بأهم المختصرات

### أولاً: باللغة العربية

ج ر ع :الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد.

دم ج :ديوان المطبوعات الجامعية .

ص :صفحة.

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة.

### ثانياً: باللغة الفرنسية

- **A.J.D.A.** : Actualité Juridique de Droit Administratif.
- **C.A.A.** : Cour Administrative d'Appel.
- **C.E.** : Conseil d'Etat.
- **C.J.C.E.** : Cour de Justice des Communautés Européennes
- **C.J.F.I.** : Courier Juridique des Finance et de l'Industries
- **Cons. conc.** : Conseil de la Concurrence.
- **Cons. Const.** : Conseil Constitutionnel.
- **DIR.** : Directive.
- **J.O.R.A.** : Journal Officielle de la République Algérienne.
- **J.O.U.E.** : Journal Officiel de l'Union Européenne.
- **L.G.D.J.** : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- **N°** : Numéro.
- **O.C.D.E.** : Organisation de Coopération et de Développement Economique.
- **OP.CIT.** : Opus Citatum (référence précédemment citée)
- **p.p.** : de la page jusqu'à la page.
- **p.** : Page.
- **P.P.P.** : Partenariat Public-Privé
- **R.A .S.J.E.P** : Revue Algérienne des Sciences Juridiques , Economiques et Politiques.
- **R.A.T.P.** : la Régie Autonome des Transports Parisiens.

- **R.D.B.F. : Revue de Droit Bancaire et Financier.**
- **R.D.B.F. : Revue du Droit Bancaire et Financier.**
- **R.D.P. : Revue du Droit Public.**
- **R.F.D.A. : Revue Française de Droit Administratif.**
- **R.I.D.C. : Revue Internationale de Droit Comparé**
- **R.I.D.E. : Revue Internationale de Droit Economique.**
- **RE.M.A.L.D. : REvue Marocaine d'Administration Locale et de Développement**
- **Rec. : Recueil.**
- **S.A.R.L. : société à Responsabilité Limité.**
- **S.M.I.R.G.E.O.M.E.S. : Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Elimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe.**
- **S/dir : Sous la Direction de.**
- **Sté. : Société.**
- **Synd. : Syndicat.**
- **U.E. : l'Union Européenne.**
- **Vol. : Volume.**

# مقدمة

يشكل المرفق العام حجر زاوية نشاط الأشخاص المعنوية العامة التي تحاول دائما من خلاله تقديم الخدمة العمومية تحقيقا للصالح العام، وإذا حاولنا تعريف المرافق العمومية فإننا نصطدم ببعض الصعوبات وليس من السهل إيجاد مفهوم مانع ودقيق لها ولعل صعوبة تعريفه تعود إلى كون المرفق العام يتضمن مفهومين أحدهما ذو معنى عضوي وآخر ذو معنى موضوعي.

فالمعنى العضوي يفيد الجهاز الذي يعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة، أما المعنى الموضوعي فيفيد النشاط أو العمل الذي يمارسه المرفق تحقيقا للنفع العام، و للحصول على تعريف سليم و هادف يجب الجمع بين المعنى العضوي والموضوعي لنسلم بالقول أن المرفق العام كل مشروع تنشئه الدولة يوضع تحت إشرافها و رقابتها من أجل تحقيق النفع العام وإشباع حاجات الأفراد من خلال ممارسة امتيازات السلطة العامة و لكن ظهور المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري والمرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي التي يمكن أن تدار بواسطة الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص أدى إلى انفصال العنصر العضوي عن العنصر الموضوعي<sup>1</sup>.

ونظرا لامتيازات السلطة العامة التي يقوم عليها المرفق العام، وخضوعه لقواعد قانونية غير مألوفة في القانون الخاص، جعل من المرفق العام عائق أمام تطبيق قواعد قانون المنافسة، بيد أنه وأمام نجاح تجربة تحرير الاقتصاد وترك المجال للتسيير الخاص وكذا ظهور أنواع أخرى للمرافق العام، تم فتح القطاعات المرفقية أمام المبادرة الخاصة عن طريق تقنية جديدة من حيث التسمية و قديمة من حيث المضمون والتي تعرف بتقنية: " تفويض تسيير المرافق العمومية " للتعبير والدلالة عن العلاقة التي تربط بين السلطة العامة والخواص<sup>2</sup>، غير أن مضمون هذه التقنية كان يعرف منذ القدم عندما اتجهت الدولة الفرنسية إلى إيجاد بديل ومسير لهذه المرافق العامة ذات الطابع الصناعي بغية تحقيق تسيير حسن بأقل تكلفة، مع ضرورة تحسين نوعية الخدمة العمومية، فظهرت تقنية تفويض المرفق العام للمرة الأولى في عام 1982 على يد الفقيه Jean francois Aubis ضمن دراسة تتعلق بالمرافق العامة المحلية

<sup>1</sup> نكاوي سعيد، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05-54، دار الآفاق الأردنية للنشر و التوزيع، الرباط، 2010، ص ص 10-13.

<sup>2</sup> أوكال حسين، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص 128.

كما ورد في المرسوم الصادر عن وزير الداخلية الفرنسي لعام 1987 المتعلق بإدارة الأشخاص للمرافق العامة<sup>1</sup>.

ولقد تم فتح المجال أمام الخواص للاستثمار في المرافق العمومية عن طريق خوصصتها والتي تتحقق بصورتين: الخوصصة الهيكلية؛ أي أنها تمس هيكل المرفق العام ككل سواء عن طريق تحويل ملكيته من الشخص العام إلى الشخص الخاص، أو عن طريق تغيير الهيكل القانوني للمرفق من خلال تحويله من شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، أو خوصصة وظيفية و ذلك من خلال تنازل الهيئة العامة عن مهمتها في تسيير المرفق العام لصالح أشخاص القانون الخاص و هو ما يسمى بـ " تفويض تسيير المرافق العامة " .

وهناك أسلوبين أساسيين من خلالهما يتم تفويض تسيير المرافق العامة تفويضا عقديا وتفويضا انفراديا وعلى الشخص المعنوي اختيار الأسلوب القانوني الأنسب لتفويض تسيير المرفق العام بحيث لا يمكن استعمالهما معا لتفويض تسيير مرفق واحد، أما من حيث مدى حريتها في اختيار أسلوب التفويض فالأوجه القديم اعتبر أن القانون المنشأ للمرفق العام هو الذي يحدد أسلوب تفويضه، والقضاء الفرنسي ألزم الهيئة المفوضة في إتباع ذلك الأسلوب المذكور قانونا، أما في حالة إغفاله فلهيئة المفوضة حرية في اختيار الأسلوب الأمثل لتفويض تسيير ذلك المرفق.

أما الاتجاه الحديث فقد ميز بين المرافق العامة وحدد طرق تسييرها بالنظر إلى نشاطها، فالمرافق العامة ذو طبيعة إدارية يتم تفويض تسييرها بموجب أساليب القانون العام المكرسة بموجب التفويض الانفرادي، أما إذا كان المرفق العام ذو طابع تجاري وصناعي فإنه يفوض تسييره بموجب اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-AUBY Jean- Francois, la délégation de service public, Dalloz, Paris, 1997, p.16 .

<sup>2</sup>- للتدقيق أكثر حول تقنيات التفويض الانفرادي و التفويض العقدي أنظر:

- ZOUAIMIA Rachid, « la délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015 », revue académique de la recherche juridique, faculté de droit et des sciences politiques, université de BEJAIA, n° 1, 2016, p.p., 7-35.

-ZOUAIMIA Rachid, « La délégation unilatérale de service public au profit de personnes privées », *Idara*, n° 42, 2011, p.p., 49-74.

ووفقا للتصور التقليدي انحصرت تقنية التفويض في المرافق العامة الاستثمارية التي تعد مرافق منتجة وتعود بمبالغ مالية كما أنها مموله من طرف المرفقين، بحيث أن المستثمر ونظرا لعلاقته المباشرة مع هؤلاء يتحصل على بدل مقابل الخدمة المؤداة الأمر الذي يغيب في المرافق العامة الإدارية الأمر الذي أخرجها من نطاق تقنية التفويض، لكن تم التخلي على هذا الموقف وذلك بظهور معايير عدة للتمييز بين المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري ولم يتم التقييد بمعيار الربح فقط والإنتاجية الذي أثبت قصوره في التمييز بين أنواع المرافق العامة بعد أن أصبح ميزة لكثير من المرافق العامة الإدارية، بالإضافة إلى التخلي على فكرة تمويل المرفق العام من طرف المرتفقين وذلك بعد ظهور بعض التفويضات التي رغم إنشاء علاقة بين المستثمر والمرفقين إلا أن عائدات المستثمر ليست محصلة بصفة مباشرة من المرتفقين مما جعل المرافق العامة ذات الطابع الإداري تدخل نطاق تقنية التفويض و التخلي عن فكرة ارتباطها المباشر بسيادة الدولة<sup>1</sup>.

ولاشك في أن خضوع المرفق العام لتقنية التفويض، يستوجب صدور قرار بإبرام عقد التفويض، بحيث تكون السلطة المختصة بإصدار هذا القرار هي تلك السلطة التي يدخل المرفق في اختصاصاتها وهي كذلك المسئولة عن إدارته<sup>2</sup>، فالسلطة المفوضة مانحة التفويض عبارة عن شخص معنوي خاضع للقانون العام، يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التي تكون مسئولة عن تنظيم وتسيير المرفق ولما كان القرار الذي تتخذه بتفويض المرفق وسيلة تسمح للخواص بالاستثمار في المرافق العامة، ظهرت ضرورة استناد عملية اختيار المفوض له مبنية على مبدأ المنافسة تكريسا لحرية الصناعة والاستثمار.

يعرّف قانون المنافسة على أنه مجموعة من القواعد القانونية التي تضمن وجود منافسة شرعية و نزاهة بين المتعاملين الاقتصاديين، و كذا ضمان تطبيق مبدأ المنافسة الحرة ذلك من خلال قمع أيّ تجاوز أو تقييد للمنافسة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص ص 232-235.

<sup>2</sup> محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 104.

<sup>3</sup> -BLAISE Jean-Bernard, « Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution », 2ème édition, L.G.D.J., Paris, 2000, p.341.

وقد مرّ الاعتراف بمبدأ المنافسة الحرّة في القانون الجزائري بمرحلتين أساسيتين الأولى تتمثّل في مرحلة عدم الاعتراف بالمبادرة الفرديّة وبذلك تمّ نفيّ مبدأ المنافسة الحرّة والاعتماد على مبدأ الاحتكارات المفروضة من طرف الدّولة.

أمّا المرحلة الثّانية فهي مرحلة الاعتراف صراحة بمبدأ المنافسة الحرّة في مجال الإنتاج و التوزيع و الخدمات بل قامت بإخضاع حتى الصفقات العمومية كنوع من العقود الإدارية لمبدأ المنافسة من الإعلان إلى المنح النهائي للعقد و في إطار وضع منظومة قانونية متجانسة و متكاملة في نصوصها أخضع المشرع الجزائري وفق قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الصادر في سنة 2015 إجراءات إبرام كل من الصفقات العمومية و اتفاقات تفويض تسيير مرفق عام لمبدأ المنافسة تماشياً مع ما هو منصوص عليه في قانون المنافسة لاسيما التعديل الوارد عليه في سنة 2008.

ونظراً لشساعة موضوع تطبيق مبدأ المنافسة في حالة تفويض تسيير مرفق عام وعملاً بالفروق الجوهرية الفاصلة بين مبدأ المنافسة وقانون المنافسة، استوجب الأمر تحديد موضوع البحث في: احترام مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام. وعليه فقد تم الاستبعاد من نطاق الدراسة كل الأحكام الواردة على التفويض الانفرادي وكذا تطبيق قواعد المنافسة عند تنفيذ اتفاقية التفويض.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن للموضوع المذكور أعلاه أهمية بالغة؛ إذ أن التوجه الحديث للإدارة العامة في اعتماد أسلوب التفويض من الناحية القانونية يثير إشكالات عدة فالقانون الجزائري يصنف ضمن القوانين الحديثة في الأخذ بمبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية وبالتالي لم يتوصل بعد إلى وضع حد فاصل بين شتى أنواع العقود الإدارية، بالإضافة إلى أن الانتقال من التسيير المباشر للمرافق العمومية إلى تفويض تسييرها يجد نوعاً ما صعوبات ومعوقات في التطبيق الميداني له.

وأيضاً تكمن أهمية دراسة هذا الموضوع في السعي وراء الوصول إلى إزالة بعض الإبهامات التي تعترى القانون الجزائري والعمل على مسايرة التشريعات المقارنة من أجل بلوغ الأهداف العملية وراء تكريس مبدأ المنافسة، فرغبة من المشرع الجزائري في الاستفادة من منافع وإيجابيات قانون المنافسة في تقديم الخدمة العامة، نقل مبدأ المنافسة إلى القطاع العام عن

طريق فرضه على الهيئة المفوضة عند اختيارها للمفوض له وذلك لضمان تعدد العارضين والمترشحين لإبرام العقد الذي يكفل الجودة في الخدمة المؤداة.

وإن أساس ترقية الأداء العمومي يتم من خلال تعدد العارضين، فجلب أكبر عدد ممكن من المترشحين لإبرام اتفاقية تفوض تسيير المرافق العامة بموجب فرض مبدأ المنافسة الحرة قد فسح المجال بقبول ترشح الأشخاص المعنوية العامة التي تمارس نشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات لإبرام العقد متى توفرت فيه الشروط، بحيث يجب على هذا الشخص المعنوي العام أن يمارس نشاط غير إداري أي نشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات لأن عقد التفويض نوع من أنواع العقود الإدارية التي تتميز بكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، أما الشخص الثاني فهو شخص خاضع للقانون الخاص فلا يمكن إبرام عقد إداري بين شخصين معنويين إداريين.

ولذا ينبغي على الشخص المعنوي العام الذي يرغب في الترشح لإبرام اتفاقية التفويض أن يثبت شرط التخصيص؛ أي أن يبين النص الذي يخوله القيام بتلك الأعمال موضوع العقد و كذلك يبين النشاط الذي بمقتضاه تم فرض الضريبة و كذلك يمنع على الشخص العام الاستفادة من امتيازات نظامية أثناء ممارسته للنشاط التجاري<sup>1</sup>.

وفضلا عما سبق فإن السماح بتوسيع عدد العارضين واستقطاب أكبر عدد ممكن من العروض، جاء لغرض توفير الخدمة العمومية بجودة ونوعية لمستعملي المرفق العام، لأن ذلك لن يتحقق إلا بتنافس مجموعة من الخواص على كيفية وطريقة منح هذه الخدمة، وتشهد تجارب الدول التي انتهجت أسلوب تفويض التسيير من الناحية الواقعية على التطور الملحوظ والفعال للخدمة العامة، فبعدها كان مستعملي المرفق العام يشكون من عدم تلقيهم الخدمة

<sup>1</sup> - يمكن للمتضررين من مشاركة أشخاص القانون العام التي تمارس نشاطا تجاريا في إبرام العقد أن يرفعوا طعنا في حالة عدم احترامهم لشرط التخصيص و استفادتهم من امتيازات بشكل مناف للمنافسة. أنظر في ذلك: الجيلالي أمزيد، "الحماية القانونية و القضائية للمنافسة في صفقات الدولة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 79، 2008، ص ص 70-74.

في مرحلة التسيير المباشر للجماعات المحلية فيها هم الآن يستفيدون من الخدمات العامة و على نحو من الجودة و الفعالية ساهم في تحقيق الرفاهية في حياتهم اليومية<sup>1</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن تطبيق مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية يتعدى كونه مجرد إجراء يتم إتباعه لاختيار المفوض له، بل له بعد أكبر من ذلك بحيث يهدف إلى منع الفساد الإداري من خلال تجريم بعض الأفعال التي يمكن أن تؤدي إلى منح العقد بدون شفافية كجريمة المحاباة ومنح امتيازات بدون مبرر و كذا جريمة الرشوة.

أما عن أسباب اختيار الموضوع فالبعض منها كان ذاتيا وذلك لميولي الشخصي لموضوع القانون العام للأعمال بما فيه القانون العام للمنافسة وكذا موضوع العقود الإدارية وبعض منها كان مسaire للتخصص الأولي الذي احتواه موضوع مذكرة الماجستير والبعض الآخر منها موضوعية يعود إلى حداثة الموضوع وجديته على الصعيدين النظري من خلال تحديد العلاقة التي تربط بين المتعاملين الخواص والمتعاملين العموميين، بحيث لا يعتد مبدأ المنافسة بالنظام القانوني المطبق على المتعاملين و إنما يعتد بالنشاط الممارس بغض النظر عن كونه شخص من أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون الخاص.

وأما على الصعيد العملي فتكمن أسباب اختيار الموضوع في الوصول إلى تبيان البعد الوقائي الذي يلعبه مبدأ المنافسة في الوقاية من الفساد من الناحية الإدارية وكذا الحفاظ على المال العام وكذا مساهمته في بلوغ أهداف ذو أبعاد اقتصادية واجتماعية.

مما سبق عرضه يتبين أن الموضوع يثير إشكال جوهرى يكمن في الآتي: هل توصل المشرع الجزائري إلى وضع إطار قانوني لتحديد كفاءات احترام مبدأ المنافسة أثناء إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية جملة من التساؤلات الفرعية تكمن في الآتي:

- هل احتفظ مبدأ المنافسة بالمفهوم المتعارف عليه في النشاط التجاري عند نقله لإبرام العقود الإدارية؟ أم أنه أخذ مفهوما مغايرا يتناسب مع الطابع العمومي لهذه العقود؟

<sup>1</sup> - على سبيل المثال يعتبر تتبع الهيئة المفوضة للعلاقات التجارية للشركة و كذلك معالجة شكايات المواطنين من بين المعايير التي تبين مدى جودة الخدمة المؤداة من طرف المفوض إليه، أنظر في ذلك: نكاويسعيد، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05-54، مرجع سابق، صص 106-108.

- فيما تكمن النصوص القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري لتكريس مبدأ المنافسة بمفهومه في القانون العام عند إبرام اتفاقية التفويض؟ و هل أن هذا التكريس جاء جملة واحدة أم مر عبر مراحل؟

- ما هي مظاهر و ضمانات أعمال مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية التفويض؟

- ما هي عقود التفويض التي تخرج من نطاق أعمال مبدأ المنافسة؟ و كيف يمكن لأطراف اتفاقية التفويض تقييد مبدأ المنافسة؟

ولمعالجة هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف نصوص القانون الجزائري التي لها علاقة بموضوع البحث، كما تمت مقارنة التجربة الجزائرية مع تجربة بعض التشريعات المقارنة في الأخذ بمبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام، بالإضافة إلى مقارنة الإطار القانوني المطبق على مبدأ المنافسة في كل من إبرام الصفقات العمومية و اتفاقات التفويض باعتبار كلاهما نوع من أنواع العقود الإدارية لكن دون الاعتماد على المنهج المقارن، كما أنه تم الأخذ من حين إلى آخر بالمنهج النقدي لتوجيه مجموعة من الانتقادات للقانون الجزائري، و تم التطرف في بعض المواضع من الرسالة إلى تحديد نشأة بعض المفاهيم متى اقتضى الموضوع ذلك استنادا إلى المنهج التاريخي.

وعلى العموم فإن إتباع هذه المناهج يمكن من إعداد خطة ثنائية تتضمن تحليلا قانونيا ومنطقيا للإشكال المطروح أعلاه، وتتبلور محاور هذه الخطة أساسا من باين؛ إذ تم تخصيص الأوّل منها لتبيان تكريس مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام من خلال توضيح الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة المطبق عند إبرام العقود الإدارية عامة و اتفاقية التفويض بصفة خاصة، و كذا سرد مختلف النصوص القانونية التي من خلالها أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ و مراحل تكريسه و تبيان التجربة الجزائرية المنتهجة في هذا الموضوع (باب أوّل).

أما الباب الثاني منها فتم تخصيصه لتبيان نطاق أعمال مبدأ المنافسة في مرحلة إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام من خلال تحديد مجال تطبيق المبدأ بالتطرق إلى كيفيات ومظاهر التزام الهيئة المفوضة به، و كذا الضمانات الممنوحة للمتعهدين المترشحين من أجل

التطبيق الصحيح و السليم لمبدأ المنافسة، هذا لكونه مبدأ نسبي و ليس مطلق ذلك لإخراج بعض العقود من مجال تطبيقه و كذا إضفاء عليه بعض الحدود للموازنة بين ضرورة تطبيقه وكذا مقتضيات المرفق العام و امتيازات السلطة العامة متى كان لها وجود، بالإضافة إلى ورود احتمال تقييد مجال أعماله سواء بفعل المتعاملين المتعهدين أو بفعل القرارات الإدارية التي تتخذها الهيئة المفوضة (باب ثانٍ).

## الباب الأول:

تكريس مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام

اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

بعد فشل الدولة في تقديم الخدمة العامة على نحو يتماشى مع التطورات التي عرفتها متطلبات المجتمع بسبب الأساليب القديمة المستعملة في تقديمها وضرورة تدخلها الدائم عن طريق اتخاذ قرارات وكذا إتباع الإجراءات المفروضة وفق القانون الإداري والتي أصبحت غير فعالة مما يولد البيروقراطية والتعطيل في أداء الخدمة<sup>1</sup>.

ولذا تم تسويق الخدمات العمومية عن طريق نقلها من نظام الهرم الإداري إلى نظام السوق، وذلك بموجب تغيير النمط المؤسسي في إدارة الخدمة العامة وتضمينه بمفهوم اقتصادي من خلال التركيز على المبادئ التقليدية للمنافسة الحرة، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال الاعتماد على أسلوب التعاقد مما يحمله من دلائل قانونية واجتماعية، و التوصل في الأخير إلى التغيير في الشخصية المؤسسية للخدمة العامة من خلال إخراجها من الاحتكار العام الذي يكتفي بأساليب ذاتية إلى نظام للإدارة قائم على الشبكة<sup>2</sup>.

وفضلا عن ما سبق تتميز النصوص القانونية الحديثة التي سنتها الدولة الجزائرية بعد الإصلاحات الاقتصادية التي شهدتها معظم القطاعات بتشجيع المبادرة الخاصة وتقليص دور و حجم تدخل الدولة في هذه القطاعات، فبعد نجاعة أسلوب تحرير اقتصادي استبدال التنظيمات بطرق مرنة وحديثة فيها هو المشرع الجزائري ينقل هذه التجربة إلى المرافق العامة عن طريق الحد من احتكار تسيير القطاعات الشبكية التي تقدم خدمة عمومية للجماهير من قطاع المياه، قطاع الكهرباء و الغاز وقطاع النقل وغيره.

وبالتالي فقد تم التخلي عن المعادلة المعروفة في القانون الإداري و المتمثلة في احتكار الهيئات العامة للمرافق العمومية، فالشخص المعنوي العام الذي أنشأ المرفق العام هو المكلف بتسييره، ليشتق منها معادلة أخرى وهي تفويض الهيئات العامة تسيير المرفق العام

<sup>1</sup> - كيرون وولش، الخدمات العامة وآليات السوق، المنافسة و إبرام العقود و الإدارة العامة الجديدة، ترجمة محسن إبراهيم الدسوقي، مكتبة الملك فهد للنشر، الرياض، 2003، ص 39.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص 55.

لصالح الخواص و لكن مع الحفاظ على خصوصيات المرفق العام و التغليب الدائم لفكرة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للشخص الخاص المكلف بالتسيير من خلال و ضع هذا الأخير تحت رقابة الهيئات العامة .

ولقد اكتسب المتعاملون الخواص عدة حقوق بمجرد سن القوانين التي تعترف بالمبادرة الخاصة، مثلا من خلال تطبيق نص المادة 37 من الدستور<sup>1</sup> التي دعمت المبادرة الخاصة فإنهم يتمتعون قانونا بحرية الدخول إلى السوق و حرية مزاولة النشاط فيه و حرية الخروج منه بدون أي حواجز أو معوقات، كما يترتب عن تطبيق هذه المادة تنافس الخواص الذين ينشطون في نفس السوق و يزاولون نفس النشاط أو سلعة بديلة و هو ما يعرف " بمبدأ المنافسة الحرة " .

إن هذا التطور الذي عرفه التنظيم الوظيفي للمرفق العام لم يتجاهل هذه الحقوق التي اكتسبها المتعاملون الخواص من خلال إخضاع إجراءات إبرام عقود تفويض تسيير المرفق العام لمبدأ المنافسة، حيث تلتزم الهيئة المفوضة باختيار المفوض له في جو تنافسي.

<sup>1</sup> - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لـ 28 نوفمبر 1996، المنشور في الجريدة الرسمية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-483، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتعلق بنشر التعديل الدستوري المصادق عليه بموجب استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996، ج ر ع 76 الصادر في 8 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم بموجب التعديل الدستوري لسنة 2002، المنشور في الجريدة الرسمية بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر ع 25، الصادر في 14 أبريل 2002، المعدل و المتمم بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 المنشور في الجريدة الرسمية بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر ع 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008، المعدل و المتمم بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 المنشور في الجريدة الرسمية بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 ج ر ع 14 الصادر في 7 مارس 2016.

ويعتبر توسيع نطاق قانون المنافسة ليشمل العقود الإدارية بمثابة البحث عن مفاهيم جديدة من خلال الكشف عن روح المنافسة الحرة الذي تتمتع بها العقود الإدارية إذ ينبغي التسليم أن مبدأ المنافسة ليس بغريب لهذه العقود، بل يشكل جزءاً جوهرياً في عملية إبرامها ولكن ما ينبغي التأكيد عليه هو مدى استبقاء مبدأ المنافسة لوسائله و مجال تطبيقه و موضوعاته عند نقله إلى العقود الإدارية<sup>1</sup>، مما يستدعي ضرورة تحديد الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة في ظل اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام كنوع من أنواع العقود الإدارية (فصل أول)، ثم التطرق إلى استعراض وتحليل مختلف النصوص القانونية التي تبناها المشرع الجزائري للاعتراف بمبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام (فصل ثان).

---

<sup>1</sup> - GUEZOU Olivier, « contrat public et politique de la concurrence » ,R.F.D.A. , n° 4, juillet, aout 2014, p 632.

## الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة بعد انتقاله  
من القانون الخاص إلى القانون العام

إن الإعلان عن نية الهيئة المفوضة في إبرام اتفاقية التفويض يضمن تعدد المتعهدين والعارضين لأنه لا يمكن تصور منافسة عند احتكار الخدمة من متعامل وحيد أو تقدم شخص واحد لتقديم عرضه، إذ أن المنافسة لا تتحقق إلا بين متزاحمين غايتهم الوحيدة هي التفوق والتي لا يمكن بلوغها إلا بعناصر القوة المادية بما تحتويه من رؤوس أموال وسياسة إستراتيجية و وسائل أخرى، و لكي تقوم المنافسة على أكمل وجه يجب أن يكون الدخول إلى السوق حراً لمن أراد ذلك دون معوقات<sup>1</sup>.

وبالتالي يهدف تطبيق مبدأ المنافسة إلى استقطاب أكبر عدد ممكن من الأعوان الاقتصاديين و الذين ينشطون في نفس المجال بحيث لا يمكن التنافس بين أشخاص لا يمارسون نفس النشاط و لا يقدمون نفس الخدمة أو السلعة أو على الأقل سلعة بديلة، ويسمح هذا التعدد إلى خلق جو من التزاحم و التباري و المنافسة لنيل عقد التفويض الذي يهدف إلى تقديم خدمة عامة تتسم بالجودة و الرقي في أداء المرفق العام، إذ ما يهتم به المرتفقين هو نوعية و جودة الخدمات المقدمة لهم التي تعتبر من بين إستراتيجية تحديث الأداء العمومي<sup>2</sup>.

إن السماح بتوسيع عدد العارضين جاء لغرض توفير الخدمة العمومية بجودة و نوعية لمستعملي المرفق العام، لأن ذلك لن يتحقق إلا بتنافس مجموعة من الخواص على كيفية و طريقة منح هذه الخدمة، و تشهد تجارب الدول التي انتهجت أسلوب تفويض التسيير من الناحية الواقعية على التطور الملحوظ و الفعال للخدمة العامة، فبعدما كان مستعملي المرفق العام يشكون من عدم تلقيهم الخدمة في مرحلة التسيير المباشر للجماعات المحلية فها هم الآن يستفيدون من الخدمات العامة و على نحو من الجودة و الفعالية ساهم في تحقيق الرفاهية في حياتهم اليومية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -بولخضرة نورة، مبدأ المنافسة الحرة في القطاع المصرفي الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون اصلاحات اقتصادية، كلية الحقوق جامعة جيجل، 2006، ص 24.

<sup>2</sup> - كومغار إبراهيم، " المرفق العام المحلي و تحديات التحديث"، مجلة القانون المغربي، عدد 20 لسنة 2011، ص ص 85-86.

<sup>3</sup> - على سبيل المثال يعتبر تتبع الهيئة المفوضة للعلاقات التجارية للشركة و كذلك معالجة شكايات المواطنين من بين المعايير التي تبين مدى جودة الخدمة المؤداة من طرف المفوض إليه، أنظر في ذلك: نكاوي سعيد، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05-54، مرجع سابق، صص 106-108.

والمعروف في القانون الإداري أن سعر الخدمة العامة يجب أن يكون في متناول الجميع و لا يمكن على الإطلاق إخضاعه لحرية الأسعار رغم فتح السوق على المنافسة الحرة، و ذلك لما يتمتع به مبدأ المنافسة المطبق عند إبرام اتفاقية التفويض من خصوصية مما جعلنا نبحت فيما إذا كان مبدأ المنافسة مجرد إجراء تنقيح به الهيئة المفوضة عند إبرامها للعقد أو يرتقي إلى درجة قانون قائم بذاته (مبحث أول)، كما ينتج من تطبيق مبدأ المنافسة الانتقال بالمرافق العامة من الاحتكار إلى التنافس و كذا استقبالهم لفكرة الضبط (مبحث ثان).

### المبحث الأول: نقل مبدأ المنافسة من قانون المنافسة إلى القانون الإداري

إنّ محاولة إيجاد مقارنة للعلاقة التي تربط بين قواعد قانون المنافسة الذي يحكم النشاط بين الخواص و مبادئ القانون الإداري الذي يحكم اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة لن يخلوا من أربع فرضيات، تتمثل الأولى بالتسليم بالتوافق الفعال الذي يلعبه كلا القانونين، فرغم انتمائهما إلى فرعين قانونية مختلفين إلا أنهما متوافقان و عادة يهدفان معا إلى تحقيق نفس الغرض، و يظهر ذلك مثلا في القمع و الحد من الممارسات المقيدة للمنافسة فتارة تكتمل هذه الوظيفة من خلال تطبيق قواعد قانون المنافسة و تارة أخرى تعتبر قواعد القانون الإداري هو الأنجع في الحد من هذه الممارسات، كما يمكن لقانون المنافسة أن يفرض رقابته على القرارات الإدارية رغم أنها مشروعة و محترمة لمبدأ حرية المبادرة الخاصة إلا أنّ آثارها تمس بحرية المنافسة، كما يمكن له أيضا قمع أي تعسف لمعامل عمومي أو مفوض له استفاد من حقوق استثنائية جعلته في وضعية هيمنة<sup>1</sup>.

كما يظهر لنا أيضا هذا التوافق و بصفة فعالة بين قواعد قانون المنافسة و القانون الإداري في التطبيق المزدوج للقانونين معا حيث يمكن لفعل واحد أن يضبطه و يقيده كلا القانونين، فعلى سبيل المثال فإن المؤسسات العمومية تخضع لمبدأ "التخصيص" الذي يفرضه القانون الإداري، بحيث يجب كل مؤسسة أن تسعى إلى تحقيق الهدف الذي انشأت من أجله كما يقيدها أيضا قانون المنافسة من خلال منع الاتفاقات المحظورة التي تتم بين هذه المؤسسات أو ممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفا<sup>2</sup>، كما يكون له الحق في مراقبة

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie , droit public de la concurrence, L.G.D.J., Paris, 2005, p176.

<sup>2</sup> - FATOME E, et, MENEMENIS A, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », A.J.D.A., n°2, du 16 janvier 2006, p 67 et S.

تجمعاتها الاقتصادية<sup>1</sup>، كما يمكن أيضا أن نذكر أن سعر الخدمة العمومية يخضع لمبدأ التناسب بين السعر الذي تم دفعه و الخدمة التي تم تلقيها و في آن واحد يمكن لهذا السعر أن يشكل بيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي تتخذه مؤسسة في وضعية هيمنة<sup>2</sup> هذا ما جعل القانون الإداري يختار المتعامل المتعاقد على أساس العرض الأحسن و الأفضل و عدم الإعتماد على العرض الأقل ثمنا<sup>3</sup> لذا يخضع فعل واحد لرقابة القانونين معا، مما يمكن القول أن حرية الدخول للمناقصة ما هو إلا ترجمة لحرية الدخول و الخروج إلى و من السوق<sup>4</sup>.

أما الفرضية الثانية فإنها تتمثل في تصادم و تعارض قواعد قانون المنافسة بقواعد القانون الإداري ويعود أساسه إلى تصنيف قواعد القانون الإداري ضمن فروع القانون العام و كون قانون المنافسة فرع من فروع القانون الخاص، فعلى سبيل المثال يقتضي تطبيق مبدأ المنافسة عند إبرام العقود الإدارية حرية المتعاملين الاقتصاديين في الدخول إلى المناقصة وكذا عدم تمييزهم لإعمال مبدأ المساواة، و بالمقابل يمنح القانون الإداري للمصلحة المتعاقدة حق وضع بعض الشروط الخاصة بالمتعهدين كتنقيدهم بالخبرة أو حجم الوسائل المستعملة مثلا كما لها الحق أيضا استبعاد بعض المترشحين غير المؤهلين أو تفضيل بعضهم عن بعض<sup>5</sup>.

وبخصوص الفرضية الثالثة فتتمثل في الطابع التكاملي الذي يلعبه كلا القانونين بحيث يمكن لقانون المنافسة أن يضع بعض الضوابط و بعض الأحكام لسد الثغرات القانونية الناتجة عن غياب نص صريح ضمن قواعد القانون الإداري<sup>6</sup>، كان الفقه الفرنسي يرفض أي إجراء إضافي يفرضه قانون المنافسة على الهيئة العامة عند إبرامها للعقد و يكفي فقط بتقيدها بما ورد في قانون الصفقات العمومية، و لكن تدخلت هيئة المنافسة الفرنسية

<sup>1</sup> - لا يمكن القول أن قواعد القانون الإداري تسموا على قواعد قانون المنافسة فالقاضي الإداري حر في الاستناد على قواعد قانون المنافسة أو على قواعد القانون الإداري و هو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكم له حول مسألة التوفيق بين مبدأ التخصيص و التجميعات الاقتصادية. أنظر في ذلك مثلا:

- C.E., 3 / 8 SSR, 11 juillet 2001, synd CGT de la société Clemessy, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).  
- C.E., Avis section, la société L & P publicité S.A.R.L, du 22 novembre 2000, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup> - هذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قرار له. أنظر في ذلك:

- C.E., 10 / 9 SSR, 29 juillet 2002, société Cegedim, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>3</sup> - GUEZOU Olivier, « Contrat publics et politique de la concurrence », R.F.D.A., n° 4, Juillet-Aout 2014, p.p. 636-637.

<sup>4</sup> - NICINSKI Sophie, droit public de la concurrence, Op.cit., p55 .

<sup>5</sup> - IDEM, p.p. 180-183.

<sup>6</sup> - GUEZOU Olivier, « Contrat publics et politique de la concurrence », op.cit., p 638.

لتتخذ موقف معاكس بمناسبة عرض عليها قضية يتمحور وقائعها حول منح القانون و بصفة استثنائية للمصلحة المتعاقدة حق الاختيار المباشر للمتعاقل و لمدة غير محددة، حيث لاحظت هيئة المنافسة أنه على المستوى الأوروبي و لو بوجود نص تشريعي يعفي الهيئة العامة من إتباع إجراءات إبرام العقد المتعارف عليها إلا أنها ملزمة بعدم مخالف القواعد الجوهرية المعمول بها و كذا احترام بعض المبادئ الأساسية لاسيما مبدأ عدم خلق أو تدعيم ممارسة مقيدة للمنافسة و مبدأ الشفافية الذي يقتضي إشهار مناسب و ملائم بموضوع العقد، و كذا مبدأ التناسب الذي يقتضي تحديد مدة العقد و عدم جعله أبدي، لذا تصرح هيئة المنافسة أنه من الواجب اتباع هذه الإجراءات و تقييد بها المصلحة العامة عند إبرامها للصفقة العمومية وفق القانون الداخلي و لو بوجود استثناء تشريعي يمنح لها حق التعاقد المباشر<sup>1</sup>.

بالتالي تم إنشاء قاعدة مفادها أنه في حالة سكوت القانون الإداري و عدم تحديد إجراءات إبرام العقد الإداري فإنه يقع حتما على عاتق المصلحة المتعاقدة التزام الإشهار المسبق و التزام وضع المتعهدين في تنافس - باستثناء بعض الحالات-، و التزام تحديد مدة العقد، و ذلك لغرض منع أي ممارسة من شأنها تقييد أو مخالفة قواعد قانون المنافسة الذي يعرف توسيع و تمديد دوره التكميلي و الإضافي لقواعد القانون الإداري<sup>2</sup>.

أما الفرضية الرابعة فتتمثل في حلول قواعد قانون المنافسة محل القواعد التقليدية للقانون الإداري، فبعدما كانت الأشخاص المعنوية العامة تخضع للمبادئ الإدارية التقليدية فيها هي ذا تشارك في النشاطات المحجوزة بدرجة أولى للمتعاملين الخواص لكي تظهر هذه الأشخاص بوجه متعامل عمومي اقتصادي فبتالي تخرج من نطاق القانون الإداري لتخضع للقانون الخاص لاسيما قواعد المنافسة فعلى سبيل المثال فبعدما كانت الخدمة العامة تخضع لمبدأ التناسب بين السعر و الخدمة المتلقية فقد أصبح مبدأ حرية الأسعار يحكم نشاط المتعاملين العموميين الاقتصاديين.

إن هذه الفرضيات الأربعة ما هي إلا دليل قاطع على العلاقة المتينة التي تربط بين قواعد القانون الإداري و قواعد قانون المنافسة إلى حد انصهار القانونين معا و يمكن التعبير عن

<sup>1</sup> - cons, conc, avis n° 03-A-21, 31 décembre 2003, relatif à la position de la mutualité fonction publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics, [www.autoritedelaconurrence.fr](http://www.autoritedelaconurrence.fr).

<sup>2</sup> - NICINSKI Sophie, droit public de la concurrence, Op.cit., p182 .

إدماج قواعد قانون المنافسة ضمن القانون الإداري من خلال " إخضاع العقود الإدارية لمبدأ المنافسة الحرة".

منه سنحاول من خلال هذه الدراسة وضع مقاربة لمفهوم مبدأ المنافسة في العقود الإدارية (مطلب أول)، ثم بعد ذلك سنبين كيفية التوفيق بين مبدأ المنافسة و حرية الإدارة في تنظيم هيكلها (مطلب ثانٍ) لكي نخلص إلى نتيجة مفادها تتعدى كون مبدأ المنافسة مجرد إجراء يتم إتباعه لإبرام العقد الإداري.

### المطلب الأول: مبدأ المنافسة في العقود الإدارية: إجراء أم قانون؟

إن المفاهيم كانت سابقا واضحة عندما كان مبدأ المنافسة يطبق بين التجار الذين يمارسون نشاط الإنتاج و التوزيع و الخدمات و يتم حمايته بموجب قانون المنافسة الذي يعتبر فرع قانوني ينتمي إلى القانون الخاص، و لكن أصبحت الأمور أكثر تعقيدا بكون الدولة تنشط في الحقل الاقتصادي عن طريق المتعاملين العموميين و بالمقابل تم نقل مبدأ المنافسة إلى النشاط المرفقي مما استوجب إعادة النظر في مفهوم مبدأ المنافسة الذي حجز مكان له في العقود الإدارية (فرع أول)، بالإضافة إلى محاولة تحديد العلاقة التي تربط مبدأ المنافسة الذي فرضه قانون الصفقات العمومية بقانون المنافسة (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: نشأة وتعريف مبدأ المنافسة في العقود الإدارية

إن مسألة اعتراف القانون الجزائري بمبدأ المنافسة الحرة ضمن إجراءات إبرام العقد الإداري<sup>1</sup> كان نوعا ما متأخرا مقارنة بالقوانين المقارنة، كما يمكن القول أن هذا الاعتراف لا يتعدى سوى نقل النصوص القانونية الفرنسية المتعلقة بإجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام، و أول تبني لمبدأ المنافسة في المنظومة القانونية الجزائرية ضمن إجراءات إبرام الصفقات العمومية كان وفق تعديل قانون المنافسة في سنة 2008 بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المعدل و المتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة<sup>2</sup> ثم بعد ذلك تم

<sup>1</sup> - لم يتم التفصيل في هذه النقطة لأنه سيتم تناوله و بدقة في الفصل الثاني من هذا الباب تحت عنوان الأساس القانوني لمبدأ المنافسة الحرة

<sup>2</sup> - قانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، المعدل و المتمم للأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر ع ، 36 مؤرخ في 2 يوليو 2008.

التأكيد على ضرورة احترام المصلحة المتعاقدة لهذا المبدأ عند اختيارها المتعامل المتعاقد معها من خلال تعديل قانون الصفقات العمومية و ذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بالصفقات العمومية<sup>1</sup> وتم الحفاظ على هذا المبدأ في القانون الجديد للصفقات العمومية لسنة 2010<sup>2</sup>، لكي ينتقل هذا المبدأ إلى عقود تفويض تسيير المرافق العامة بموجب قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لسنة 2015 و الذي ألغى قانون الصفقات العمومية لسنة 2010<sup>3</sup>.

أما في القانون الفرنسي فرغم تمتع مبدأ المنافسة الحرة والإشهار بجذور تشريعية قديمة منذ تنظيم المناقصات العامة المتبعة لإبرام عقود الأشغال و اللوازم في العصور الوسطى إلا أن هذا المبدأ يبقى غير مألوف مما استوجب علينا تتبع خطوات نشأته ضمن إجراءات إبرام العقود الإدارية (أولاً)، و محاولة الاستناد إلى مبادئ و أسس للوصول إلى وضع تعريف له (ثانياً).

### أولاً: نشأة مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام العقود الإدارية

جاء فرض مبدأ المنافسة للكف و البعد عن منح العقود الإدارية بالغش و الاحتيال، و نجد من بين الفقهاء الذين أشاروا إلى هذا المبدأ الفقيه هوريو وذلك بمناسبة تعريفه للمناقصة بقوله: " المناقصة هو إجراء يتضمن الإشهار و المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية"<sup>4</sup>، كما كان القاضي الإداري في هذه الحقبة يجعل دائماً قانون المنافسة مرجع له

<sup>1</sup> مرسوم رئاسي رقم 08-338، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مؤرخ في 22 يوليو 2002، ج ر ع 62 مؤرخ في 9 نوفمبر 2008 (ملغى).

<sup>2</sup> مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 58، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010 (ملغى).

<sup>3</sup> مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 50، مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

<sup>4</sup> « l'adjudication est une formalité qui introduit la publicité et la concurrence dans la passation des marchés », cité par : DELAUNAY Benoit, droit public de la concurrence, L.G.D.J., Paris, 2015, p 333 .

عندما يفرض رقابته على تصرفات الهيئة العامة عند إبرامها للصفقة العمومية رغم أنه لم يستقبل بعد قواعد قانون المنافسة ولا يمكن له تطبيقها<sup>1</sup>.

ولكن اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنه لا يوجد أي أساس قانوني يلزم الهيئات العامة الالتزام و التقيد بالمنافسة الحرة بصفة قبلية عند إبرامها للعقد الإداري<sup>2</sup>، رغم أن الفقه اعتبر أن الهيئة العامة ملزمة بإتباع أسلوب المناقصة و استدراج العروض إذا ورد نص قانوني يلزمها بذلك، فأصبحت ضرورة إخضاع العقود الإدارية إلى إجراءات الإعلان و المنافسة مقيد بمدى ورود نص قانوني سواء نصا تشريعيًا أو نصا تنظيميًا يفرضه، أي أن الشخص المعنوي العام المتعاقد ملزم بإتباع أسلوب المناقصة و استدراج العروض عند اختياره للمتعاقل المتعاقد معه إذا نص القانون صراحة على ذلك، أما في حالة غياب النص الصريح فإن الشخص المعنوي العام المتعاقد له الحرية في اختيار الأسلوب الأمثل الذي يراه مناسبًا لإبرام العقد.

كما يمكن للشخص المعنوي العام اختيار أسلوب المناقصة بمحض إرادته و تقييد نفسه بإجراءات استدراج العروض رغم عدم ورود نص قانوني يفرض عليه ذلك، و في هذه الحالة يجب على المتعاقد العام إتباع جميع الإجراءات من الإعلان المسبق ومبدأ المنافسة عند إبرامه للعقد و لا يمكنه التنصل من التزام فرضه بمحض إرادته<sup>3</sup>.

تم الاعتراف بمبدأ المنافسة لأول مرة على مستوى المجموعة الأوروبية ثم انتقل إلى القوانين الداخلية للدول المشكلة لها، فعلى سبيل المثال ينص القانون الفرنسي على ضرورة إخضاع الصفقات العمومية - باعتباره أقدم العقود الإدارية- لمبدأ الإشهار المسبق و المنافسة

<sup>1</sup> - مثلًا من بين قرارات مجلس الدولة الفرنسي الذي أثار مسألة مدى خضوع تصرفات المصلحة العامة لقواعد قانون المنافسة قبل فرضه تشريعيًا يمكن أن نذكر:

- C.E., N° 228815, du 19 janvier 1868, Confédération nationale des radios libres, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), et; C.E., N° 41365, du 9 février 1912, police municipale- autre cas d'utilisation des pouvoirs de police générale, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup> - استقر مجلس الدولة الفرنسي في تلك الفترة على عدم إلزام الهيئة الإدارية بإتباع أي إجراء مسبق لإبرام العقود الإدارية في حالة غياب نص قانوني يلزم الهيئة الإدارية بالتقيد بمبدأ المنافسة إلا الإجراءات التي التزمت بها بمحض إرادتها أما في حالة وجود نص قانوني يفرض عليها ذلك فهي ملزمة بالتقيد بالإجراءات المنصوص عليها قانونًا أنظر في ذلك:

- C.E., N° 34671, du 12 octobre 1984, Chambre syndicale des agents d'assurance des Hautes-Pyrénées, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr); C.E., N° 21609, du 15 octobre 1982, sté d'affichage Giraudy, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>3</sup> - SABIRAU PEREZ Marie-Agnès, Secteur public et concurrence, collection études, Paris, 1998, p.p. 401-402.

عند اختيار المتعامل المتعاقد و ذلك بموجب قانون الصفقات العمومية ثم توالى الاعتراف بهذا المبدأ في القوانين الأخرى مثلا اعترف قانون الجامعات المحلية بضرورة إتباع هذا المبدأ أثناء إبرام العقود الإدارية المحلية.

مما جعل مبدأ المنافسة يعرف تطورا من حيث موضوعه فبعدما كان " التزام في استعمال وسيلة" و المتمثلة في الاحترام و المثلول لإجراءات إبرام العقد فقد تحول إلى " التزام بتحقيق نتيجة" تتمثل في خلق الظروف الملائمة و الحسنة للمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين على الفوز و الظفر بالصفقة العمومية<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لعقود تفويض تسيير المرافق العامة فكانت قبل 1993 لا تخضع لمبدأ المنافسة و الإشهار، بحيث كانت الهيئة المفوضة تتمتع بحرية اختيار المفوض له و لكن هذه الحرية لم تكن مطلقة ولم تتعارض مع وضع الهيئة المفوضة لبعض الإجراءات التي يجب إتباعها لاختيار المفوض إليه، ومثال ذلك مصادقة المجلس البلدي على هذا الاختيار<sup>2</sup>، كما كان القاضي الإداري يراقب مدى كون هذا الاختيار يتماشى مع دواعي و ضروريات المصلحة العامة، بحيث كان المفوض له يختار على أساس " المعيار الشخصي " فكان هذا العقد يمنح إلى شخص يوضع في وضعية هيمنة على سوق جغرافية معينة وتتعهد الهيئة المفوضة بعدم السماح لأي شخص آخر منافسة المفوض له عن طريق ممارسة نفس نشاطه و في نفس السوق الجغرافية، وكذلك عدم السماح لأي منافس تقديم نفس الخدمة التي يقدمها المفوض له للمرتفقين وكان هذا الأمر معترف بشرعيته من طرف مجلس الدولة الفرنسي<sup>3</sup>.

لكن هذا لا يعني أنه تم استبعاد كل أشكال المنافسة فعلى سبيل المثال كان المجلس البلدي يرخص لتفويض المرفق العام ورئيسه يصادق على الاتفاقية، أما إذا تعلق الأمر باتفاقية تفويض وطنية فكان يشترط بشأنها مصادقة من طرف البرلمان، بالإضافة إلى اعتراف بعض القوانين الخاصة بمبدأ المنافسة كإجراء أساسي يجب الالتزام به لإبرام اتفاقية تفويض

<sup>1</sup> - DELAUNAY Benoit, droit public de la concurrence, Op.cit., p 334.

<sup>2</sup> - BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, thèse de doctorat, université panthéon-assas Paris II, 25 juin 2001, p.p.,87-97.

<sup>3</sup> - C.E., 17 novembre 1882, cie générale des eaux et ville de Paris, compagnie des eaux de la banlieue et de la ville de Courbevoie, in , LONG N., WEIL P., et les autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2007, p.p. 500-508.

المرفق العام كما هو الحال بالنسبة لقانون 30 سبتمبر 1986 الذي يتعلق بامتياز منح ترددات متعلقة بالإذاعة والتلفزيون.

استمر الوضع على هذا المنوال إلى غاية صدور قانون 29 جانفي 1993 المتعلق بالوقاية من الفساد و شفافية الاقتصاد و الإجراءات العمومية أو ما يعرف بقانون Sapin وبهذا كانت فرنسا أول دول المجموعة الأوروبية التي سنت قانون ياطر إجراءات إبرام عقود تفويض تسيير المرافق العامة و كان الهدف من تقييد الهيئة المفوضة بالتزام الإشهار و المنافسة كان بغرض القضاء على الفساد و الرشوة أكثر من غاية فتح السوق الوطنية على المنافسة و هذا ما أدى إلى القضاء على الحقوق الاستثنائية التي كانت تمنح لبض المتعاملين ليحل محلها حرية الدخول للعقد و المساواة في معاملة العروض المتنافسة، مما أدى بالمشرع الفرنسي التدخل و تعديل قانون الجماعات المحلية سنة 1995 ليجعل قانون المنافسة يطبق على نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بالإضافة إلى تلك النشاطات الناتجة عن فعل الأشخاص المعنية العامة الذي يترجم من خلال إخضاع عقود تفويض المرفق العام لمبدأ المنافسة ومن هنا تظهر لنا الرابطة المتينة بين قواعد قانون المنافسة le droit générale de la concurrence و القانون الخاص بالمنافسة والإشهار في العقود الإدارية le droit spécial de la concurrence . mise en concurrence

### ثانيا: التعريف بمبدأ المنافسة في ظل عقود التفويض

إن الإشهار و الإعلان الذي تقوم به الهيئة المفوضة تنشأ لنا وضعية هيكلية و صورية تتماثل مع الوضعية التي ينشأها مبدأ المنافسة الذي يمكن تعريفه على أنه " إجراء واسع يسمح للهيئة المفوضة بإعلام، التعرف، انتقاء و أخيرا اختيار المتعامل الاقتصادي الأكثر ملائمة لإشباع حاجياتها"<sup>1</sup>، كما يمكن أيضا أن نعرفه على أنه " القواعد التي تستعين بها الهيئة المفوضة من قانون المنافسة لتستعملها في اختيار المتعامل المتعاقد معها، و المنافسة في هذه الحالة له مفهوم آخر حيث لا يقصد به تسابق و تنافس و تصارع الأعوان الاقتصاديين العارضين لنفس السلع لجلب أكبر عدد ممكن من الزبائن، و إنما يقصد به قيام الهيئة العامة الطالبة للخدمة أو مشتريه السلعة بخلق جو تنافسي بين الأعوان الاقتصاديين الناشطين في

<sup>1</sup> - « la mise en concurrence est la procédure plus large, qui permet au pouvoir adjudicateur d'informer, d'identifier, de sélectionner, et en fin de choisir l'acteur économique le plus adapté pour satisfaire son besoin », DELAUNAY Benoit, droit public de la concurrence, Op.cit., p 339.

مجال معين و جعلهم في تسابق و تنافس للاستجابة للطلب العمومي و توفير ما تدعوا إليه الهيئة العامة في إطار تحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup>.

يهدف إجراء الإشهار المسبق ومبدأ المنافسة إلى خلق جو تنافسي و ساحة للمبارزة و التسابق للمتعاملين المتعددين الذين قدموا عروضهم للظفر و نيل اتفاقية التفويض، و يقع لزاما على الهيئة المفوضة دراسة و فحص العروض بصفة متساوية بين المرشحين و بالاستناد إلى أسس موضوعية<sup>2</sup> و يفرغ مبدأ المنافسة من مفهومه و وظيفته الأساسية إذا لم تسمح الهيئة المفوضة للمتعهدين بالمشاركة في لعبة المنافسة الحرة و ذلك من خلال تكييف الممارسات المنافية للمنافسة و قمعها بوسائل ملائمة بالوضع الذي أنشأت فيه منه يمكن القول أن مبدأ المنافسة يساهم في وضع شروط تحقق فعالية قانون العقود الإدارية<sup>3</sup>.

إن عقود تفويض تسيير المرافق العامة و سياسة حماية المنافسة تتطور و تنشأ على مسار واحد و وفق نفس الأسس و على مستويين المادي و العضوي، فمن الناحية المادية فإن إخضاع عقود تفويض تسيير المرافق العامة لمبدأ المنافسة أدت بالفقهاء إلى إعادة النظر في مفهوم العقد الإداري و المبادئ الأساسية التي يقوم عليها لكي يعطى لها تفسيرا اقتصاديا، فعقد تفويض تسيير المرافق العامة الذي يعتبر مظهر من مظاهر ممارسة النشاط الإداري و تطبيق الامتيازات السلطة العامة أصبح يعرف على أنه " سوق ملائمة " *marché pertinent* بمفهوم قانون المنافسة، فالدعوة إلى المنافسة التي تقوم بها الهيئة المفوضة يعتبر في حد ذاتها سوق مرجعية فطالب الخدمة *le demandeur* هو المنظم للدعوة إلى التعاقد و عارضي الخدمة *les offreurs* المتنافسين في هذا السوق هم المتعاملين المؤهلين للرد على الطلب العمومي<sup>4</sup>، كما يتجسد أيضا التطبيق المادي لمبدأ المنافسة الحرة في هذه السوق من خلال تحديد السوق الملائمة خاصة من الناحية الجغرافية.

<sup>1</sup> - SABIRAU PEREZ Marie-Agnès, *Secteur public et concurrence*, Op.Cit, p 371.

<sup>2</sup> - GUEZOU Olivier, « *Contrat publics et politique de la concurrence* », Op.Cit, p 637.

<sup>3</sup> - NICINSKI Sophie, « *Culture et concurrence selon le juge administratif* », R.F.D.A., n 5, septembre – octobre 2014, p.p., 836-839.

<sup>4</sup> - CHIFFLOT Nicolas, *les prérogatives de puissance publique : une proposition de définition*, actes du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par l'association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de l'Université Pierre Mendès France de Grenoble II, LexisNexis, Paris, 2012, p.p., 173-179.

أما من الناحية العضوية فيتجسد تطبيق مبدأ المنافسة الحرة من خلال الشروط التي يجب أن تتوفر في المتعهدين المؤهلين للرد على الطلب العمومي، بحيث من أجل الحفاظ على طبيعة أطراف عقد التفويض الذي يشترط فيه أن يكون أحدهما شخص من أشخاص القانون الخاص فيجب على هؤلاء المتنافسين للظفر بالعقد أن يكونوا أعوانا إقتصاديين<sup>1</sup> كما يطلق على عليهم اسم "المتعامل في السوق التنافسية" "l'opérateur sur un marché concurrentielle" و هو الشخص الذي يقدم الخدمة و يخضع للقانون الخاص سواء شركة أو مؤسسة عمومية ذات الطابع صناعي و تجاري مادام القانون الخاص هو الذي يحكم علاقتها مع الغير و هذا يسمح من جهة باستثناء بعض عقود التفويض من التزام التقيد بمبدأ المنافسة كمثلا التفويض الداخلي<sup>2</sup>، و من جهة أخرى يسمح بقياس نوعية و كثافة و effectivité المنافسة بحيث يكتفي فقط identifié السوق المرجعية التي تتكيف فيها ميكانيزمات العرض (يقدمه المتعهدين للعقد) و الطلب (الذي تقوم به الهيئة المفوضة)، و لكن مع الحفاظ على اتفاقية التفويض كنوع من أنواع العقود الإدارية.

ومن خلال تعريف مبدأ المنافسة في عقود التفويض يمكن أن نخلص إلى ثلاث خصائص له وهي :

- مبدأ المنافسة هدفه هو وقائي بحيث يسعى إلى ترسيخ سياسة لحماية المنافسة ذات بعد مستقبلي من خلال إتباع بعض الوسائل كمثلا الهدف إلى منع الفساد ، منع الرشوة عن طريق قمع الممارسات المقيدة للمنافسة و كذا تحقيق جودة الخدمة العامة عن طريق تعدد المتعهدين لاتفاقية التفويض<sup>3</sup>.

- مبدأ المنافسة يضبط تصرفات طرفي اتفاقية التفويض سواء المتعاملين الخواص أو الهيئة المفوضة مما يجعل من الممكن الطعن في العقد أو القرارات الإدارية المتصلة به عند مخالفتها لمبدأ المنافسة كما يقع على عاتق الهيئة المفوضة عدم تدعيم أو حمل المتعاملين الإقتصاديين إلى الإتيان بتصرفات من شأنها الإضرار بالمنافسة كما يمنع عليها معاملة

<sup>1</sup> - ARISTIDE Briand, « Option d'approfondissement juridique : coopération entre personnes publiques et concurrence », école nationale d'administration, février 2008, [www.ena.fr](http://www.ena.fr), p 09.

<sup>2</sup> - سنتناول هذا النوع من العقود ضمن الاستثناءات الواردة على إحترام مبدأ المنافسة الحرة عند ابرام العقود الإدارية و ذلك في الفصل الثاني من الباب تائاني من هذه الرسالة.

<sup>3</sup> - المعاني أيمن عوده، الإدارة العامة الحديثة، دار وائل للنشر، 2010، ص ص 77-83.

المتعاملين العموميين المترشحين لنيل العقد معاملة أفضلية، أو تحديد وبصفة تعسفية عدد المتعهدين و الاكتفاء بأقل عدد ممكن من العروض<sup>1</sup>.

- إن مبدأ المنافسة يتعدى وظيفة رسم حرية المنافسة في حدود عقد التفويض بل يتعدى ذلك إلى ترسيخ بعض المبادئ المتعلقة بالجانب الاقتصادي كمثلاً الحفاظ على المال العام و كذا تحقيق بعض الأهداف الاجتماعية كمثلاً الجودة و النوعية في الخدمة العمومية بالإضافة إلى تدعيم المرفق العام بمبادئ جديدة كمثلاً حماية قواعد قانون الاستهلاك و قواعد قانون البيئة.

### الفرع الثاني: مكانة مبدأ المنافسة ضمن قوانين تدعيم المبادرة الخاصة

من بين الآثار الناتجة عن تطبيق مبدأ حرية الصناعة و التجارة المعترف به دستورياً منع الأشخاص المعنوية العامة من احتكار المجال الاقتصادي بحيث لا يمكن لها تسيير القطاع الاقتصادي إلا بهدف تحقيق المصلحة العامة و كذلك يعتبر هذا المبدأ هو الأساس في منع الأشخاص العامة من تنظيم النشاط الاقتصادي<sup>2</sup>.

يمكن اعتبار مبدأ المنافسة " كبدل " لمبدأ حرية الصناعة و التجارة<sup>3</sup> بحيث جاء هذا الأخير لحماية المتعاملين الاقتصاديين من أي قرار تمييزي أو تعسفي تتخذه الهيئة العامة، أما قانون المنافسة فقد جاء لتحديد و قياس مدى تأثير القرارات الإدارية على السوق التي تتنافس فيه الأعوان الاقتصاديين، ففي الحالة الأولى العلاقة ثنائية أي تربط بين الهيئة العامة و المتعاملين الاقتصاديين و هي علاقة عمودية، أما العلاقة الثانية فهي متعددة الأطراف و أفقية و هي مدى تأثير القرارات الإدارية على السوق التنافسية التي يمارس فيها الأعوان الاقتصاديين بكل حرية<sup>4</sup>، بالتالي سنحاول تمييز مبدأ المنافسة الذي فرضه قانون الصفقات العمومية عن مبدأ حرية الصناعة و التجارة (أولاً)، و كذا قانون المنافسة الذي يعتبر قانوناً قائماً بذاته (ثانياً).

<sup>1</sup>- BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, Op. cit., p.p. 637-638

<sup>2</sup>- بولخضرة نورة ، مبدأ المنافسة الحرة في القطاع المصرفي الجزائري، مرجع سابق، ص ص 11-16.

<sup>3</sup>- NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, lextenso éditions, Paris, 2010, p.p.235-237.

<sup>4</sup>- NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p.p.34-36.

## أولاً: مبدأ المنافسة ومبدأ حرية الصناعة والتجارة

حرية الصناعة و التجارة مبدأ أساسي لكل الأنظمة الليبرالية التي تسعى لتنشيط الحرية الثنائية في اقتصادياتها، فكل شخص بإمكانه أن يزاوّل نشاطا تجاريا أو صناعيا بعدما كانت الدولة هي التي تتولى بنفسها ذلك ، و وفق هذا المبدأ تلتزم الدولة بعدم التدخل في النشاط الاقتصادي و مزاحمة الخواص و تمتنع أيضا عن تقييد حرية مزاولة الأنشطة<sup>1</sup>.

بمبدأ حرية الصناعة و التجارة بعد الأزمة الاقتصادية التي عرفتھا الدولة الجزائرية في الثمانينات نظرا لتراجع سعر النفط و كذا تقليص مدخولاتها بالعملة الصعبة مما انعكس سلبا على الاقتصاد الوطني و كذا الضغوطات الخارجية التي مورست عليها اعترف القانون الجزائري ببعض الحريات من خلال قانون الأسعار و كذا قوانين الاستثمار و قانون المؤسسات العمومية وكذا الاعتراف بحرية المنافسة في سنة 1995 لكي يتبنى صراحة بعد هذه الموجة من التعديلات حرية الصناعة والتجارة بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996<sup>2</sup>، فنتج عن ذلك تحول وظيفة الدولة من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة، مع ترك حرية ممارسة النشاط الاقتصادي للخواص<sup>3</sup>.

مبدأ الصناعة و التجارة من المبادئ العامة ذات جذور تقليدية من الجيل الأول أي مبدأ قانوني يحدد لنا مجالات مستقلة لموضوعات قانونية مختلفة، حيث يحدد مجال المتعاملين الاقتصاديين الذين يجب حمايتهم من كل أشكال عرقلة النشاط الاقتصادي من خلال اقتحام الهيئة العامة، ومن نتائج تطبيق هذا المبدأ حرية المنافسة أي أن الأعوان الاقتصاديين الذين يمارسون نفس النشاط لهم حرية الدخول و الخروج من و إلى السوق دون قيود، كما أن مبدأ المنافسة لا يهتم بمنع الهيئات العامة من مزاولة النشاط بل يهدف مبدأ المنافسة إلى إعادة

<sup>1</sup>- كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2003-2004، ص 29.

<sup>2</sup>- من خلال التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 المنشور في الجريدة الرسمية بموجب القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس، 2016، ج ر ع 14 الصادر في 7 مارس 2016، أصبح المؤسس الدستوري يستعمل عبارة " حرية الاستثمار والتجارة معترف بها" بدلا من " حرية الصناعة و التجارة" و ذلك من خلال المادة 43 من الدستور المعدلة.

<sup>3</sup>- إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل سمح التعديل الدستوري لسنة 1996 الذي تبني حرية الصناعة و التجارة بوضع قيود تشريعية على هذا المبدأ، أنظر في ذلك: زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011، ص.ص 9-12.

النظر في كفاءات و أشكال و طرق تدخل الدولة ليحافظ على علاقة أفقية أي تهتم بالمتعاملين الاقتصاديين الناشطين في السوق، بل هو يحكم العلاقة بين الهيئة العامة و المتعامل الاقتصادي المخاطب بالقرار الإداري و أخيرا باقي المتعاملين المنافسين له المعنيين بأثار هذا القرار .

وإن مبدأ المنافسة يقيد الهيئة العامة بترسيخ المساواة في حظوظ المتعاملين للظفر بالعقد الإداري إذ هدفه ترسيخ المساواة و ليس الاعتراف بالحرية كما لا يهتم مبدأ المنافسة بضمان حقوق شخصية بل يهدف إلى تحقيق الصالح العام كمثلا من خلال منع الهيئة العامة من وضع المتعاقد معها في وضعية هيمنة تمكنه من التعسف أو أن العقد الإداري في حد ذاته يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة، عكس مبدأ حرية الصناعة و التجارة الذي يهدف إلى ضمان حريات شخصية للمتعاملين الاقتصاديين لذا لا يمكن اعتبار مبدأ حرية المنافسة من مكونات مبدأ حرية الصناعة و التجارة و رغم تكاملهما إلا أنهما يمكن أن يتعارضوا خاصة إذا جاء مبدأ المنافسة لحماية السوق من خلال السماح بالهيئة العامة تقييد بعض المجالات من نشاط معين<sup>1</sup>.

وكذلك يعتبر مبدأ حرية الصناعة و التجارة كأساس لعدم التنافس بين القطاع العام والقطاع الخاص وتدخل الهيئة العامة المتمتعة بامتيازات السلطة العامة في النشاط الاقتصادي يعتبر بمثابة منافسة غير مشروعة للمتعاملين الخواص، و قد أكد في القانون الفرنسي بموجب قانون Allard مبدأ عدم التنافس بين القطاعين و كذا مبدأ احتكار الخواص للنشاط الصناعي و التجاري.

بدأت القوانين الموالية لقانون Allard بالتخلي تدريجيا عن هذا المبدأ ، بحيث أصبحت تعترف بإمكانية تدخل الهيئات العامة في النشاط الصناعي و التجاري و لكن بصفة استثنائية و ذلك لدواعي حماية المصلحة العامة في حالة عدم تمكين القطاع الخاص من تقديم الصالح العام أو في حالة القطاعات التي تغيب فيه المبادرة الخاصة و هذا ما ساندته أيضا مجلس الدولة الفرنسي في عدة من قرارات له<sup>2</sup>، فقد أصبح بإمكانية الهيئات العامة منافسة المبادرة

<sup>1</sup>- NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 36-38.

<sup>2</sup>- على سبيل المثال أنظر في ذلك:

C.E., N° 34671, du 12 octobre 1984, Chambre syndicale des agents d'assurance des Hautes-Pyrénées, op.cit.

الخاصة في حالة كون هذه المنافسة تساهم في إشباع المتطلبات العامة و تحقيق الصالح العام كما يمكن أيضا للهيئات العامة أن توفر الحاجيات الضرورية لمرافقها بوسائلها الخاصة ( مثل: توفير الخدمات للثكنات العسكرية) وهذا لا يشكل أي عائق سواء أمام مبدأ حرية الصناعة و التجارة أو أمام قواعد المنافسة، كما أنه أصبحت الدولة تمارس النشاط الاقتصادي بموجب المؤسسات العمومية لذا يجب التمييز بين حالتين :

1- حالة المساواة التنافسية *une égale concurrence* في حالة ترشح الهيئة العامة للإعلان عن إبرام عقد إداري فهنا تخضع المؤسسة العامة للمساواة التنافسية مع القطاع الخاص *égale concurrence dans la candidature à des contrats de la commande publique*

2- حالة المنع من التنافس بين القطاعين إلا استثناء *la non concurrence* أما في حالة ممارسة الأشخاص المعنوية العامة للنشاط الصناعي و التجاري فيجب على القاضي أن يراقب:

2-أ) مدى إمكانية الأشخاص العامة ممارسة هذا النشاط و أنه لا يعتبر ذلك خرقاً لمبدأ حرية الصناعة والتجارة، بحيث ممارسة الأشخاص العامة للنشاط الخاص مقرون بمدى تحقيقه للصالح العام و المصلحة العامة.

2-ب) في حالة تأكد القاضي الإداري بمشروعية ممارسة الأشخاص العامة للنشاط التجاري فإنه يراقب مدى احترام المتعامل العمومي لقواعد المنافسة بحيث لا يمكن أن يمارس ممارسات تعسفية أو أسعار تعسفية مستغلاً بذلك وضعيته المهيمنة على السوق لتقييد المنافسة<sup>1</sup>.

### ثانياً: مبدأ المنافسة وقانون المنافسة: توافق أم تعارض

إن الأهم هو محاولة التوفيق بين مبدأ المنافسة الذي أقر به القانون المنظم لاتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة و قانون المنافسة ، و لإيجاد حل لهذه المعادلة يجب التمييز بين مبدأ المنافسة الذي يعتبر وسيلة لحماية المال العام و الذي يترجم من خلال وضع المتعاملين الاقتصاديين في تنافس من أجل إبرام اتفاقية التفويض و كذا التزام الهيئة العامة بضمان

<sup>1</sup>- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 117 et suite.

حرية الدخول لعملية استدراج العروض و معاملة المتعاملين الاقتصاديين معاملة متساوية في إطار شفافية الإجراءات المتخذة لإبرام العقد أما قانون المنافسة الذي لا يضم مجال تطبيقه القرارات الإدارية باعتبارها مظهر من مظاهر امتيازات السلطة العامة و الوسيلة الأنجع لممارسة النشاط الإداري، فهو يهدف إلى حماية السير الجيد لنشاط السوق من خلال قمع الاتفاقات المحظورة و الممارسات التعسفية التي يمكن أن يرتكبها المتعاملين الاقتصاديين الذين يودون إبرام العقد و التي حتما تخل بالمساواة بينهم و تمس بالشفافية، و هذه الازدواجية القانونية بين القانون الإداري و قانون المنافسة تبين العلاقة الوطيدة بين قواعد قانون المنافسة و المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الطلب العمومي في عقود التفويض و الذي يترجم من خلال عاملين أساسيين و هما:

- التزام الهيئة المفوضة بإتباع أسلوب الإشهار و المنافسة في اختيارها للمفوض إليه.

- يجب على الهيئة المفوضة أن تراقب المتعاملين الاقتصاديين المترشحين لإبرام عقد التفويض وتضمن ابتعادهم كل البعد عن أي ممارسة مقيدة للمنافسة الحرة، و يمكن للهيئة المفوضة قمع هذه الممارسة إذا كانت متصلة بقرار اتخذته أثناء عملية إبرام العقد عن طريق تطبيق قواعد القانون الإداري الذي يعتمد على مصادر جديدة مستنسخة من المنافسة في حد ذاتها<sup>1</sup>.

لا يمكن التسليم بتطابق كلا من قانون المنافسة *le droit de la concurrence* و مبدأ المنافسة *la mise en concurrence* ، بحيث يهدف قانون المنافسة بمفهومه الضيق إلى ترسيخ ما ورد في قانون *antitrust*، أي الهدف إلى منع ممارسة مقيدة للمنافسة الحرة و مراقبة التجميعات الاقتصادية ومساعدات الدولة وذلك لغرض منع أي فعل يسبب اضطراب في السوق بسبب التدخلات المختلفة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 55- 56.

<sup>2</sup> - لقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عنه أن جهل الهيئة المفوضة لقواعد قانون المنافسة هو إخلال و إعاقه تطبيق قانون المنافسة أنظر:

C.E., N° 233360, du28 avril 2003, fédération national des géomètres experts, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

كما لا يعني بالضرورة تطبيق قانون المنافسة أنه ينجر عنه حتما تطبيق مبدأ الإشهار والمنافسة بل أن هذا الأخير يحدد مجاله في عقود التفويض - خاصة- و في العقود الإدارية عامة، بحيث هذا المبدأ يلتزم به الشخص المعنوي العام و ذلك لغرض تمكين المتعاملين الاقتصاديين من تقديم ترشحهم بكل حرية و بعيدا كل البعد عن أي شكل من أشكال المنع أو التمييز و فرض معاملة العروض على قدر من المساواة في ظروف متاحة و شفافة، أما قانون المنافسة ففرضه جاء للحفاظ على هذا الجو التنافسي من خلال منع الاتفاقات المحظورة و الممارسات التعسفية سواء الناتجة من وضعية هيمنة أو وضعية تبعية اقتصادية، و ممارسة سعر منخفض بما في ذلك التي يمارسها المترشحين لإبرام العقد الإداري<sup>1</sup>.

رغم الاختلاف الواضح الموجود بين قواعد قانون المنافسة و مبدأ المنافسة إلا أنه يمكن تسجيل نقاط التلاقح بين هما بحيث:

1- إن مبدأ المنافسة المفروض بموجب قانون الصفقات العمومية يلتقي و يرتبط مع قانون المنافسة في الهدف إلى ترقية المنافسة من خلال منح العقد عن طريق الاستحقاق و الأفضلية و في ظروف شفافة، و من بين نتائج إخضاع الأشخاص المعنوية العامة لقانون المنافسة الذي يكرس كاستثناء و بصفة جزئية ميكانيزمات و أساليب مختلفة و بديلة لتلك المستعملة في السوق الحرة و تترجم هذه الأساليب والميكانيزمات من خلال تقييد الهيئات العامة بإجراءات محددة قانونا عند إبرامها للعقد الإداري ومن بين هذه الإجراءات الخضوع لمبدأ المنافسة الحرة الذي يساهم في ترقية الأداء العمومي وذلك من خلال حصول الهيئة العامة على أفضل العروض المتنافسة سواء من حيث الجودة أو السعر، و منه يمكن القول أن فرض مبدأ المنافسة على العقود الإدارية جاء كنتيجة حتمية لخضوع الأشخاص المعنوية العامة لقانون المنافسة<sup>2</sup>.

2- لا يمكن التأكيد و التسليم الدائم أن قانون المنافسة هو قانون موضوعي أما مبدأ المنافسة فهو مجرد التزام إجرائي لأن قانون الصفقات العمومية لا يحمل في طياته مجرد إجراءات بل يحمل أيضا قواعد قانونية قائمة كمثلا انقلاب قانون الصفقات العمومية في

<sup>1</sup>- الجبالي أمزيد، " الحماية القانونية و القضائية للمنافسة في صفقات الدولة"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 79، 2008، ص ص 43-57.

<sup>2</sup>- IDOUX Pascale, NICINSKI Sophie, et GLASE Emmanuel, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », A.J.D.A. ,n 462, 2015, p 1191.

الشق المتعلق بعملية إبرام إلى قانون منافسة ذو طبيعة خاصة و هو قانون المنافسة و الإشهار و هو فرع من قانون المنافسة تم تجديده على حد قول الفقيه Benoit Delauny بقوله:

« Un véritable droit de la mise en concurrence, une branche d'un droit renouvelé de la concurrence. »<sup>1</sup>.

3- كلا من قانون المنافسة ومبدأ المنافسة والإشهار يتقاسمان فكرة الإحالة إلى السوق المعنية سواء السوق بالمعنى الواسع أو السوق بمعنى الضيق، إذ في نفس السوق ألا و هو سوق تفويض تسيير المرفق العام يشترك قانون المنافسة و مبدأ المنافسة لترسيخ فعالية القرارات الإدارية التي تكون عقد التفويض ، و لقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة نظره في قضية استعجاليه تتعلق بما قبل التعاقدى أن جهل الهيئة العامة المفوضة لقواعد قانون المنافسة يمكن أن يؤثر سلبا و يسجل نقائص في التطبيق السليم لمبدأ المنافسة و الإشهار و بالتالي المساس بالمساواة و الشفافية في الطلبات العمومية، كما أنه ابتداء من قضية Million et Marrait لسنة 1997 أصبح القاضي الإداري مختصا بالنظر في الممارسات المقيدة للمنافسة التي تسببها الهيئة العامة المفوضة أثناء إبرامها لعقد التفويض، منه في حالة إثبات أن القرارات التي اتخذتها الهيئة المفوضة هي السبب المباشر في تقييد المنافسة فيمكن أن يحكم بإلغاء إجراءات الإعلان و المنافسة و بالتالي إعادة إبرام العقد، كما يحرص أيضا القاضي الإداري على عدم منح الهيئة المفوضة للمفوض له مزايا تجعله في وضعية هيمنة يمكن أن يستغلها للإتيان بممارسات تعسفية<sup>2</sup>.

4- كلا من قانون المنافسة و قانون الإشهار و المنافسة يولدان آثار عند تطبيقهما و هو ما يؤدي إلى تشكيل نظاما عاما للمنافسة L'ordre générale de la concurrence .

مثلا يعاقب قانون المنافسة على ممارسة أسعار مخفضة تعسفيا كما يمنع قانون الصفقات العمومية التعاقد مع شركة قدمت عرضا منخفض بشكل غير عادي استنادا إلى

<sup>1</sup>- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 327-331.

<sup>2</sup>- C.E., Sect, 3 novembre 1997, Société Million et Marais, Res, 406, concl., Stahl, in , LONG N., WEIL P., et les autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit.,p.p 758-772.

مقتضيات مبدأ المنافسة، كما أنه يمنع المبدأ ذاته تقديم عروض مشتركة و أو التشاور بين العروض و هو ما يترجم من خلال قانون المنافسة باتفاق محظور<sup>1</sup>.

5- إن مبدأ المنافسة مستوحى من قانون المنافسة و على حد قول الفقيهة NICINSKI أنه ليس من المعقول أن نواصل الاعتقاد أن قانون الصفقات العمومية مبني على بديهيات أخرى غير بديهية فتح السوق على المنافسة<sup>2</sup>، بحيث ينتج من خضوع الأشخاص المعنوية العامة لقانون المنافسة فرع قانوني جديد هو القانون العام للمنافسة و الذي ينقسم بدوره إلى فرعين و هما القانون العام الشامل للمنافسة le droit public générale de la concurrence و القانون العام المتخصص بالمنافسة le droit public spéciale de la concurrence والذي يقصد به قانون مبدأ المنافسة والإشهار droit de la mise en concurrence.

بعد التوصل إلى وضع تعريف دقيق و واضح لمبدأ المنافسة في إطار عقود تفويض تسيير المرافق العامة، يتضح لنا أن هذا المبدأ جاء كقيد للإدارة المفوضة في حالة ما إذا اختارت إدارة المرفق العام عن طريق أسلوب التفويض العقدي.

### المطلب الثاني: تأثير مبدأ المنافسة على حرية الإدارة في تنظيم هيكلها

إن وجود المرافق العامة هو رهن إرادة السلطة العامة سواء من اختصاص المشرع أو السلطة التنظيمية للدولة ، و هي لوحدها من يمنح الطابع المرفقي للهيكل الإدارية و ذلك من خلال جعله يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فالأشخاص الخاصة رغم أنها لا يمكنها إنشاء أو إلغاء المرافق العامة إلا أنها أصبحت تضطلع بمهام تتعلق بالمصلحة العامة و ذلك بعد الاستفادة من عمل قانوني أجازته الهيئة العامة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - على سبيل المثال تسمح المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق، للمصلحة المتعاقدة رفض العروض ذات أسعار منخفضة بشكل غير عادي، كما تمنع المادة 80 من نفس المرسوم التشاور المسبق بين العروض لكون هذا التشاور صورة من صور الاتفاقات المحظورة .

<sup>2</sup>-NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence,op.cit. p 56.

<sup>3</sup> - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري (ذاتية القانون الإداري، المركزية واللامركزية، الاموال العامة، الموظف العام، المرافق العامة، الضبط الإداري السلطة التقديرية، التنفيذ المباشر، نزع الملكية للمنفعة العامة، التحكيم الإداري، الحجز الإداري)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 200.

إن حق السلطة العامة في إنشاء المرافق العامة يدخل ضمن حريتها في تنظيم هياكلها و رغم كون هذه الحرية واسعة و إنما ليست مطلقة و مجردة من أي قيد، فالرقابة على دستورية القوانين و كذلك رقابة القضاء الإداري تجسدان صمام أمان لمحاولات السلطة العامة في تجاوز القيود و الضوابط المفروضة عليها سواء بموجب الدستور أو المعاهدات الدولية المصادق عليها أو النصوص القانونية الداخلية الهادفة إلى حماية الحريات العامة و ملكية الأفراد<sup>1</sup>.

أما مسألة تسيير المرافق العامة التي تم إنشائها فالهيئة العامة حرة في اختيار الأسلوب الأمثل و الملائم لتسيير ذلك المرفق فلها أن تختار إحدى أساليب التسيير التقليدية من تسيير مباشر أو المؤسسة العامة أو أن تختار أسلوب من أساليب التسيير الحديثة المتمثلة في تفويض تسيير المرافق العامة إلى أشخاص القانون الخاص سواء عن طريق التفويض الانفرادي الذي يكون بواسطة نص قانوني أو مرسوم أو قرار إداري أو عن طريق التفويض العقدي<sup>2</sup>.

إن حرية الشخص المعنوي العام في اللجوء إلى تقنية التفويض أو إلى طرق أخرى لتسيير مرافقها العامة إنما تندرج ضمن حريتها في تنظيم مرافقها العامة و بموجب سلطتها التقديرية تستطيع الهيئة العامة الاختيار بين أسلوب التسيير المباشر و التسيير غير المباشر باعتبار أن هذا الاختيار هي مسألة ملائمة يتم تحديدها و تقديرها بالاستناد إلى حاجات و قدرات الهيئة العامة، لكن هذا لا يمنع من وجود نص قانوني يقيد حرية الهيئة لعامة و يفرض عليها أسلوب معين في إدارة مرفق ما، كما أنه هناك بعض المرافق العامة السيادية التي تخرج من نطاق تقنية التفويض كمرفق الأمن و العدالة وغيره و ذلك لاتصالها المباشر بسيادة الدولة بالتالي فإن تقنية التفويض تخص فقط المرافق العامة ذات الطابع الإداري و المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري.

<sup>1</sup> بروحو عبد اللطيف، " المرافق العمومية المحلية بين التدبير المفوض و شركات التنمية المحلية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 104، 2012، ص ص 76-78.

<sup>2</sup> للتدقيق أكثر حول طرق إدارة المرافق العامة أنظر:

الأعرج محمد، " طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 101 لسنة 2013، ص ص 57-153.

تشكل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري الحقل الأساسي لتقنية التفويض و ذلك لتشابهها بالمقاومات الخاصة من خلال موضوع المرفق العام الذي يكون استثماري و كذا مصادر و موارد المرفق العام و كذا النظام المالي و المحاسبي الذي يخضع له هذا النوع من المرافق العامة و كذا نظام العمال و المستخدمين<sup>1</sup>، منه هذا الفرق بين المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري و المرافق العامة ذات الطابع الإداري أولد حتمية التفرقة بين طرق تفويض كليهما حيث يمثل التفويض العقدي الطريقة المثلى و المناسبة لتفويض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري كما يمثل التفويض الانفرادي الطريقة المناسبة لتفويض المرافق العامة ذات الطابع الإداري.

منه في حالة اختيار التفويض العقدي كطريقة لتنظيم المرفق العامة (فرع أول)، يجب على الهيئة العامة أن تلتزم بمبدأ المنافسة الحرة في اختيارها للشخص الذي ستتعاقد معه من أجل تسيير المرفق العام (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: التفويض العقدي كآلية لتنظيم المرفق العام

حاول عدة فقهاء تعريف عقود تفويض تسيير المرفق العام الذي يعتبر من أهم العقود الإدارية التي يعهد فيه أحد أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص تسيير المرفق العام واستغلاله مقابل حصوله على مقابل مالي من طرف المستفيدين<sup>2</sup>، كما يعرف أيضا على أنه عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى "المفوض" لمدة محددة، تسيير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى "المفوض إليه" يخول له حق تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التسيير المذكور أو هما معا، يمكن أن يتعلق التسيير المفوض كذلك بإنجاز أو تدبير منشأة عمومية أو هما معا تساهم في مزاولة نشاط المرفق العام المفوض<sup>3</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد عرف عقود تفويض تسيير المرافق العامة من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه بموجبه يقوم شخص معنوي خاضع

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 229-232.

<sup>2</sup> - محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 97.

<sup>3</sup> - هذا هو التعريف الذي اعتمده المشرع المغربي في المادة 2 من القانون رقم 54-05 يتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، الجريدة الرسمية رقم 5404 الصادر يوم 16 مارس 2006، المنشورة على الموقع [www.sgg.gov.ma](http://www.sgg.gov.ma) و هو نقل حرفي عن المشرع الفرنسي.

للنانون العام المسؤول عن المرفق العام بتفويض تسييره إلى مفوض له و ذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف له ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام، يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام<sup>1</sup>، منه يكتسب عقد التفويض نظاماً قانونياً من خلال القواعد المطبقة على أطرافه و كذا خصائصه (أولاً)، بالإضافة إلى الآثار الناتجة عنه (ثانياً).

### أولاً: الطبيعة القانونية لعقد تفويض تسيير المرافق العامة

تمتد العلاقة التي تربط السلطة المفوضة بالمفوض له في عقد التفويض إلى مستعملي المرفق العام، كما أن لهذا العقد بعض الخصائص تميزه عن باقي العقود الإدارية الأخرى

#### 1- أطراف عقد تفويض تسيير المرفق العام وهم ثلاثة أطراف وهم:

1-أ) السلطة المفوضة: هي مانحة التفويض فهي بذلك شخص معنوي خاضع للنانون العام، يمكن أن تكون الدولة التي تفوض تسيير المرفق ذات الطابع الوطني شريطة أن تكون قابلة للتفويض<sup>2</sup>، كم ما يمكن أن تكون عبارة عن جماعة محلية عن طريق ممثلها و بعد مصادقة مجلسها المنتخب.

كما يمكن للهيئة المفوضة أن تكون مؤسسة عمومية ذات طابع إداري التي تكون مسؤولة عن تنظيم وتسيير المرفق بحيث أنشأتها الدولة و كلفتها بمهمة توفير الخدمة العامة و على العموم باستقراء الفقرة الثانية من نص المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أنه يجب أن تتصرف السلطة المفوضة لحساب شخص معنوي عام و يتم التفويض بموجب اتفاقية.

1-ب) المفوض إليه: وهو المستفيد من عقد التفويض، الذي سيكلف بتسيير واستغلال المرفق العام يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، أو مؤسسة أو جمعية من النانون

<sup>1</sup> - المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - بركيبة حسام الدين، "تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة"، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عدد 14 جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 560.

الخاص<sup>1</sup>، لم يحدد المشرع الجزائري طبيعة المفوض له من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام عكس بعض القوانين المرفقية كمثلا القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه<sup>2</sup>، نجد أن صاحب الامتياز، أو الملتزم قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، خاضعا للقانون العام أو الخاص<sup>3</sup>.

يمكن للمفوض له أن يأخذ شكل مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري التي تخضع لنظام قانوني مزدوج فيما يخص علاقتها مع الدولة ونظامها الداخلي فهي تخضع لقواعد القانون العام حيث يختص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها في كل ما يتعلق بإنشائها وتنظيمها وإلغائها<sup>4</sup>، أما علاقتها مع الغير فإنها تخضع للقانون الخاص و يحكم نزاعاتها القضاء الخاص، كما يمكن للمفوض له أن يكون عبارة عن شركة تجارية<sup>5</sup> أو شركة ذات رأسمال مختلط<sup>6</sup>.

ينبغي التذكير أن مستعملي المرفق العام (المرتفقون) رغم أنهم ليسو طرفا في العقد إلا أنهم من حقهم أن تحدد اتفاقية تفويض المرفق العام التعريفية التي سوف يتحملونها و كذا المؤثرات التي تنعكس على هذه التعريفية و قد تؤدي إلى تغييرها كما يحق لهم أيضا المساهمة في الرقابة على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 109.

<sup>2</sup> - قانون رقم 05-12، مؤرخ في 4 غشت 2005، يتعلق بالمياه، ج. ر. ج. ج. عدد 60، مؤرخ في 4 سبتمبر 2005، المعدل و المتمم.

<sup>3</sup> - و في إطار التقييد بموضوع الدراسة فإن المفوض له هو شخص من أشخاص القانون الخاص و نستبعد كل دراسة أين يكون المفوض له شخص من أشخاص القانون العام و ذلك لكون العقود التي تتم بين شخصين عامين تستبعد من نطاق تطبيق مبدأ المنافسة.

<sup>4</sup> - سعيد السعد علي، القانون الإداري، أبو المجد للطباعة و النشر، القاهرة، 2008، ص.ص. 271-273.

<sup>5</sup> - للتدقيق حول هذه النقطة أنظر: نكاوي السعيد، القانون الإداري و القضاء الإداري ( التدبير المقوض - إلزامية تعديل القرارات الإدارية- درجات التقاضي الإداري)، دار نشر المعرفة، الرباط، 2009، ص 26-28..

<sup>6</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سابق، ص 4.

<sup>7</sup> - العرفج خالد بن عبد اللطيف، " خصخصة خدمات المعلومات ، دراسة لعلاقة التداخل بين القطاع العام و القطاع الخاص في تقديم خدمات المعلومات و منتجاتها"، مجلة مكتبة الملك فهد الوطنية، العدد الأول، مارس- أغسطس 2002،

## 2- خصائص عقد تفويض تسيير المرفق العام

يتمتع عقد تفويض تسيير المرفق العام بعدة خصائص هي:

2-أ) حتى نكون بصدد تفويض مرفق عام يجب أن يكون هناك مرفق عام قابل لذلك يمثل محل عقد التفويض، وفي حال لم يشكل النشاط محل العقد مرفقا عاما لا نكون بصدد عقد التفويض، فحقيقة وجود مرفق عام هو السعي في تحقيق وإشباع الحاجات العامة وأداء الخدمات للجمهور.<sup>1</sup>

2-ب) ضرورة وجود علاقة تعاقدية بين طرفين مختلفين وذلك أنه يحظى بموافقة ورضا المتعاقدين فهو من العقود الإدارية الملزمة لجانبيين، والتي تحمل في طياتها حقوق والتزامات متبادلة بين السلطة المفوضة والمفوض له، كما أن هذه العلاقة العقدية تحدد كافة جوانبه.<sup>2</sup>

2-ج) ضرورة اتصال عقد التفويض باستغلال المرفق العام بحيث يجب أن يكون محل عقد التفويض هو تسيير واستغلال المرفق العام وتشغيله، فتحمل مخاطر التشغيل ترد على عاتق صاحب التفويض<sup>3</sup>، كما يلحق عليه أيضا القيام بجميع الأعمال التي يقتضيها تأمين حسن تشغيل وتنفيذ المرفق العام محل العقد.<sup>4</sup>

2-د) مقابل مالي متعلق باستغلال المرفق العام معظم فقهاء القانون الإداري يؤكدون أن ما يبرر وجود عقد تفويض مرفق عام، هو ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب الامتياز بنتائج الاستغلال، فهذا الارتباط يعد صورة مبررة أو بالأحرى المعيار المحدد والمميز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقات العمومية، فمصدر هذا المقابل المالي هو الإتاوات التي يدفعها المنتفعون نتيجة الاستفادة من خدمات المرفق العام، كما يمكن للمفوض له أن يتلقى

<sup>1</sup> - قبيلات حمدي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري النشاط الإداري)، وائل للنشر والتوزيع، الجزء الأول، الأردن، 2008، ص 312.

<sup>2</sup> - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 131.

<sup>3</sup> - مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز- الشركات المختلطة-bot- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 446-448.

<sup>4</sup> - صاروخ مليكة، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ط 7، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2010، ص 340.

إعانات من الهيئات العمومية لكن هذا استثناء وبصفة تكميلية فقط، لأن الأساس أن يكون المقابل المالي مرتبطاً باستغلال المرفق<sup>1</sup>.

2-هـ) جوب ارتباط عقد التفويض بمدة زمنية لأن عملية التفويض ليست مؤبدة، وهذه المدة تختلف باختلاف عقد التفويض، حيث نجد أن عقد الإيجار أقل من مدة عقد الامتياز التي تكون طويلة، وذلك بغرض تمكين صاحب الامتياز من استرجاع ما أنفقه والسماح له بتحقيق مقدار من الربح<sup>2</sup> كما يمكن للمشرع أن يتدخل لتحديد لها.

### ثانياً: آثار عقد تفويض تسيير المرافق العامة

إن مثل هذه العقود الملزمة لجانبين تولد مجموعة من الآثار في مرحلة التنفيذ و يخضع عقد التفويض في هذا الشأن للقواعد العامة<sup>3</sup> أي أنه يولد حقوق و يحمل إلتزامات لكلا من الطرفين لذا ستقتصر الدراسة على بعض الآثار التي تنفرد عقود التفويض بخصوصيتها في ذلك كمثلاً المنازعات التي تثار بمناسبة تنفيذ هذا العقد و كذا مآل أموال المرفق العام بعد نهاية العقد.

#### 1- المنازعات الناشئة عن عقد تفويض المرفق العام

إن المنازعات التي تخص عقد تفويض المرفق العام تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية، لأن السلطة المفوضة مانحة التفويض طرفاً في النزاع وهي الجماعات المحلية (الولاية أو البلدية) حسب المادة 800 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>4</sup>، متى كان النزاع بين السلطة المفوضة مانحة التفويض والمفوض له أو بين السلطة المفوضة والمنتفعين من المرفق العام، بينما يكون النزاع من اختصاص المحاكم العادية عندما يكون قائم بين المنتفعين من المرفق العام والمفوض له.

<sup>1</sup> - الشهاوى إبراهيم، عقد امتياز المرفق العام BOT، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص ص 299-317.

<sup>2</sup> - البنّا محمود عاطف، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة و النشر، الرياض، 1984، ص ص 25-31.

<sup>3</sup> - مثلاً تتمتع الهيئة المفوضة بحقها في التنفيذ الشخصي و حقها في ممارسة سلطاتها كسلطة الرقابة و الإشراف و سلطة توقيع الجزاء كما يتمتع المفوض له بحقه في المقابل المالي و حقه في الحفاظ على التوازن المالي للعقد. أنظر في ذلك:

الشهاوى إبراهيم، عقد امتياز المرفق العام BOT، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 234 و ما بعدها.

<sup>4</sup> - قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

## 1-أ) المنازعات الناشئة بين السلطة المفوضة والمفوض له

متى كانت السلطة المفوضة مانحة التفويض، طرفاً في النزاع المتعلق سواء بانعقاد عقد التفويض أو صحته أو تنفيذه أو انقضاءه، فإن الجهة القضائية المختصة هي المحاكم الإدارية، وهذا ما نصت عليه المادة 800 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال جعل المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تدخل القرارات التي تصدرها السلطة المفوضة مانحة التفويض، استناداً إلى أحد بنود عقد التفويض في مجال اختصاص القضاء الكامل أين نجد أن القاضي يتمتع بسلطات واسعة من حيث الرقابة والإلغاء والتعديل والحكم بالتعويض، وهذا عكس دعوى الإلغاء التي يقتصر دور القاضي في فحص مدى مشروعية القرار والحكم بالإلغاء إذا كان غير مشروع، بالإضافة إلى ذلك يكون محل دعوى الإلغاء قرار إداري عكس دعوى القضاء الكامل التي لا تنصب على قرار إداري، و يرجع السبب في استبعاد العقود الإدارية من اختصاص قاضي الإلغاء إلى افتقاد تلك المنازعات لمحل دعوى الإلغاء وهو الإقرار الإداري كما أن دعوى الإلغاء أوجدت حماية لمبدأ المشروعية<sup>1</sup>.

## 1-ب) المنازعات الناشئة بين السلطة المفوضة والمنتفعين

إن السلطة المفوضة هي شخص معنوي عام فالنزاعات التي قد تشوب بينها وبين المنتفعين من المرفق العام يؤول اختصاص الفصل فيها إلى جهات القضاء الإداري، فغالبا ما تثار هذه النزاعات من أجل إجبار وإلزام الإدارة على التدخل واستعمال سلطاتها ضد المفوض له لحثه على احترام شروط وقواعد تنظيم وسير المرفق العام، في حال إخلاله بالتزاماته المنصوص عليها في دفتر الشروط<sup>2</sup>.

## 1-ج) المنازعات الناشئة بين المفوض له والمنتفعين

تعد العلاقة بين المفوض له والمنتفعين أكثر العلاقات تعقيدا فيصعب دور القاضي العادي عندما يتعلق النزاع باحتياجات أو مطالبة ضد المفوض له، إذا ما كان هذا الأخير

<sup>1</sup> - للتفصيل أكثر حول دعوى الإلغاء أنظر: عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دار هومه، الجزائر، 2003، ص ص 174-198.

<sup>2</sup> - محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ص 125-132.

شخصاً خاصاً، وذلك لانعدام المعيار العضوي لاعتبار النزاع إدارياً، والإمكانية المتاحة لأن يكون الملتزم شخصاً عاماً تخول القضاء الإداري صلاحية الفصل في ما قد ينشأ من نزاع بينه وبين المنتفعين لخدمات المرفق العام محل العقد<sup>1</sup>.

#### 1-د) منازعات المفوض له والعمال

تكمن مهمة المفوض له في إدارة واستغلال المرفق العام، على أحسن وجه بهدف تحقيق خدمات للجمهور، غير أن هذا الاستغلال يكون باستعمال أفراد عاملين تحت إشراف ورقابة المفوض له، ويخضعون للقانون الخاص في كون أن القضاء العادي هو الذي يختص في منازعاتهم<sup>2</sup>.

#### 1-هـ) منازعات المفوض له والغير

يسعى المفوض له في عقد تفويض المرفق العام الى تحقيق منفعة عامة وتلبية حاجات المواطنين، وكثيراً ما قد تنشأ عن هذه المهمة نزاعات تكون قائمة بين المفوض له والغير، باعتبار هذه المنازعات حصيلة علاقات عقدية مدنية وتجارية، فيؤول اختصاص الفصل فيها الى جهات القضاء العادي المدني أو التجاري.

#### 2- مصير الأموال المادية المستعملة في استغلال المرفق العام

بالعودة إلى نص المادة 208 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أن المشرع الجزائري لم يميز بين هذه الأموال حيث أن كل استثمارات وممتلكات المرفق العام تصبح عند نهاية العقد ملكاً للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام<sup>3</sup>.

إن الأموال التي ترتبط بعملية تفويض المرفق العام متنوعة من حيث طبيعتها ومصدرها فمن حيث الطبيعة قد تكون هذه الأموال عقارية ( كالمباني والأراضي...) وقد تكون منقولة أيضاً ( كالسيارات، المواد والمعدات اللازمة لاستغلال المرفق...) ومن حيث المصدر فإن البعض

<sup>1</sup> - رضوان بوجمعة، قانون المرافق العامة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2000، ص ص 222-226.

<sup>2</sup> - عوض شفيق عوض، الخصخصة، أبناء رياض سلامة للطباعة و النشر، إسكندرية، 2000، ص ص 40-48.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

منها عهدت به السلطة المفوضة إلى المفوض له كوضع أجزاء من الدومين العام اللازمة لاستغلال المرفق العام تحت تصرفه أما البعض الآخر فإن المفوض له هو الذي اكتسبه سواء في بداية أو أثناء تفويض المرفق العام<sup>1</sup>، وعادة ما ينص العقد على استرجاع بعض الأموال من السلطة المفوضة مجاناً و هي تلك المملوكة للسلطة المفوضة منذ البداية ويمكن أن يكون المفوض له هو الذي اكتسبها أثناء تنفيذ عقد التفويض<sup>2</sup>.

وإن كان الأصل أن يتم النص في العقد على عودة الأموال السابقة إلى الهيئة المفوضة بقوة القانون بمجرد انقضاء العقد فإنه قد يحدث أن يتضمن العقد نصاً على حق الإدارة في ترك بعض الأدوات التي يتبين عند انقضاء العقد أنها قد أصبحت غير ضرورية لاستغلال المرفق العام، وقد تكون الأموال التي تؤول للسلطة المفوضة عقارية مثل الأراضي، العقارات بالتخصيص وتوابعها وإذا لم يرد تحديد لهذه الأموال في دفتر الشروط فإن القاضي يعتبر أن هذه الأموال هي التجهيزات أو الإنشاءات الضرورية لمتابعة الاستغلال<sup>3</sup>.

قد تكون الأموال التي تؤول إلى الإدارة صاحبة التفويض منقولة، طالما أنها مخصصة للمرفق العام، وتفترض الأيلولة المجانية لهذه الأموال إلى السلطة المفوضة على أساس أن المفوض له منح الوقت الكافي لاستهلاك عمرها الإنتاجي وتحقيق جانب من الأرباح وهو ما جعل من عقود تفويض المرفق العام عادة ما تتضمن الشروط اللازمة لمواجهة المفاجآت التي قد تحول بين المفوض له وبين استهلاك ثمنها<sup>4</sup>.

و هناك من الأموال التي تؤول للسلطة المفوضة بمقابل حيث يتم تحديد هذه الأموال في دفتر الشروط وبصفة عامة لا تشكل هذه الأموال جزءاً لا يتجزأ من الاستغلال ولكن هذه الأموال تكون لها صفة المنقولات.

ومع ذلك لا مانع أن ينص عقد تفويض المرفق العام على أيلولة هذه الأموال مجاناً وبالمقابل أيضاً في حين أن الأموال التي تؤول إلى السلطة المفوضة بمقابل تعتبر أنها مملوكة للمفوض له أثناء مدة عقد تفويض المرفق العام وهذا على خلاف الأموال التي تؤول مجاناً إلى

<sup>1</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 234.

<sup>2</sup> - ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, édition belkeise, Alger, 2012, p.p. 99-102.

<sup>3</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ص 233-236.

<sup>4</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 367-369.

الدولة إذ تعتبر مملوكة لها منذ البداية<sup>1</sup>، كما تطرق الأستاذ الدكتور رشيد زوايمية في تعريفه للأموال التي تؤول للدولة بالمقابل بأنها هي أموال مستعملة من طرف المفوض له، طوال مدة العقد، فهي أموال ذات فائدة لتسيير المرفق واستغلاله وعند نهاية العقد يمكن للإدارة أن تسترجعها وتأخذها إذا ما وجدت أن هذه الأموال لا يمكن فصلها عن المرفق لكن في هذه الحالة الإدارة ملزمة بتعويض المفوض له<sup>2</sup>.

أما الأموال التي تبقى ملكا للمفوض له هي تلك التي لا تشكل جزءا لا يتجزأ من الاستغلال وتكون مملوكة للمفوض له، وليست ضرورية و لا أساسية لعقد تفويض المرفق العام، وتشمل هذه الأموال كل العقارات والمنقولات التي تساعد على استغلال المرفق العام محل التفويض.

### الفرع الثاني : مبدأ المنافسة كقيد لحرية التعاقد ومكبث لسلطات الإدارة

يترجم مفهوم احترام قانون المنافسة في النشاط الاقتصادي من خلال حرية الدخول إلى السوق و حرية ممارسة النشاط فيه، أما تطبيق مبدأ المنافسة أثناء إبرام اتفاقية التفويض ينتج آثاره في مرحلة إبرام العقد كقيد وارد على حرية الهيئة المفوضة في اختيار المفوض له خاصة إذا علمنا أن المعيار الشخصي هو الأساس المميز لاتفاقية التفويض، أما في مرحلة تنفيذ موضوع العقد فقد يتحول هذا القيد في احترام مبدأ المنافسة إلى قيد آخر و هو الخضوع لتطبيق قواعد المنافسة كقانون قائم بذاته، و يسمح تطبيق مبدأ المنافسة بتأطير اختيار المفوض له سواء عند إبرام العقد أو عند التنازل عنه(أولاً) كما يسمح تطبيق مبدأ المنافسة في مرحلة إبرام العقد بكبح سلطات الهيئة المفوضة (ثانياً).

### أولاً- احترام مبدأ المنافسة في مرحلة إبرام العقد

إن خضوع عقد التفويض لمبدأ المنافسة يفرض اختيار المفوض له في جو تنافسي سواء عند إبرام العقد الأصلي بين الهيئة المفوضة و المفوض له، أو عند إبرام عقد من الباطن عند تنازل المفوض له عن العقد لصالح شخص آخر.

<sup>1</sup> - بنجلون عصام، " التدبير المفوض للمرافق العامة بين التحديث و واجب الدولة في حمايته"، المجلة المغربية للإدارة و التنمية، عدد 86، ماي- يونيو 2009، ص 47.

<sup>2</sup> - ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, op.cit.,p100.

## 1- احترام مبدأ المنافسة عند إبرام العقد بين الهيئة المفوضة والمفوض له

أكدت هيئة المنافسة في فرنسا في رأي لها أن الهيئة المفوضة يجب أن تحرس على المنافسة الفعلية بين المترشحين لإبرام اتفاقية التفويض وذلك من خلال منع تواجد أربع حالات<sup>1</sup> وهي:

- عدم تكاثف المتعاملين الاقتصاديين لوسائلهم أثناء الترشح لاتفاقية التفويض بل يجب لكل عون اقتصادي أن يستعمل وسائله الخاصة بصفة مستقلة عن المتعاملين الآخرين المنافسين له.

- عدم تضمين اتفاقيات التفويض بمدة طويلة جدا بشكل ينعكس على قواعد المنافسة.

- محاربة الأسعار المرتفعة بشكل تعسفي.

- عدم السماح لمفوض له استفاد من امتياز كمثلا أولوية في استغلال بعض المنشآت بالرفض وبدون مبرر تقديم تلك الخدمة العمومية إلى شركة أخرى تنافسه في الترشيح لإبرام اتفاقية تفويض أخرى.

ونظرا لكون تقنية تفويض الخدمة العامة ما هو إلا نموذجا لتنظيم و هيكل المرفق العام و لضمان تحقيق الأهداف التي يسعى إليها هذا الأخير تم تقرير وضعية احتكارية للمفوض إليه في مرحلة تنفيذ اتفاقية التفويض وهذا الاحتكار مشروع و مضمون من طرف النصوص القانونية و الهيئة المفوضة و لا يمكن للاحتكار أن يكون على كل النشاط المرفقي و إنما ينحصر برقعة جغرافية محددة بتقسيم إداري سواء على المستوى البلدي أو الجهوي.

وقد جاء ذلك حفاظا على المصلحة العامة و هي مصلحة المستهلكين بالدرجة الأولى لكون خدمات المرفق العام خدمات لا يمكن الاستغناء عنها ، و دخول منافسين جدد إلى هذه السوق الجغرافية يمكن أن ينعكس سلبا على المتعاملين الاقتصاديين و على المنتفعين بخدمات المرفق العام، لذا ظهرت ضرورة السماح لمعامل اقتصادي واحد الانفراد وبصفة حصرية بتسيير هذا المرفق، كما أن المؤسسات التي تنتج سلع أو خدمات التي يطلبها الجمهور بشكل

<sup>1</sup> - cons, conc, Avis n° 00A12 du 31 mai 2000

relatif à une demande d'avis de la Commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée nationale sur le prix de l'eau en France, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr> p 32 .

مستمر لا يمكن أن تنشط في جو تنافسي ما دام السعر قد تم تحديده و تنظيمه مسبقا فبالنسبة لبعض الأنشطة السلعية و التي تعرف كلفة محددة و مرتفعة ومردودية قوية، فإن منافسة القادمون الجدد يمكن أن تكون مدمرة بالنسبة للفاعلين و المستهلكين على السواء. ومن هنا تظهر ضرورة منح الاستثنائية لفاعل واحد<sup>1</sup>.

إن هذه الوضعية الاحتكارية محدودة من حيث المكان<sup>2</sup>، و مضمونة سواء من طرف الإدارة أو بموجب نصوص القانونية، بحيث تتعهد و تضمن الهيئة المفوضة للمفوض له عدم السماح لأية مؤسسة أخرى الدخول إلى السوق الذي ينشط فيه المفوض إليه سواء من خلال إبرام معها عقد آخر يمنح لشركة أخرى نفس اختصاصات المفوض إليه<sup>3</sup>.

كما أن الوضعية الاحتكارية محمية من خلال النصوص القانونية التي تضمن للمفوض إليه بعض الحقوق الحصرية كمثلا حق استغلال المرفق العام الذي يكسب المفوض إليه المقابل المالي لتنفيذ موضوع العقد، منح التراخيص للمفوض له، وضع تحت تصرفه الأملاك العامة، فعلى سبيل المثال نجد المادة 3 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي<sup>4</sup> تضمن حق حصري للمفوض له باستغلال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي حيث تنص المادة على أنه: " يخول دفتر الشروط هذا إلى ... المسمى أدناه بـ " صاحب الامتياز" الحق الحصري لضمان توزيع المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي الصادرة من محطة التصفية المذكورة في المادة 2 أعلاه، لصالح المستعملين المعنيين أدناه.

<sup>1</sup>-بوطريكي الميلود، "التدبير المفوض للمرافق العامة و المنافسة"، المجلة المغربية للدراسات القانونية و القضائية، عدد 3، الصادر في 3 ماي 2010، ص ص 174-184.

<sup>2</sup> - SABIRAU PEREZ Marie-Agnès, Secteur public et concurrence, op.cit., p 373.

<sup>3</sup> - EMMANUELLE C, Droit et économie de la concurrence dans le régime de passation de la délégation de service public recherche d'efficacité concurrentielle en régime de délégation de service public, diplôme d'IEP politique et administration, université LYON 2, juin 2006, [www.uprt.org](http://www.uprt.org), p19

<sup>4</sup> -المادة 3 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق باستعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي الذي جاء كملحق للمرسوم التنفيذي رقم 149-07، المؤرخ في 20 ماي 2007، يحدد كيفيات منح امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي وكذا دفتر الشروط النموذجي المتعلق بها، ج ر ج عدد 35 المؤرخ في 23 مايو 2007.

تضمن الحصرية داخل المناطق الموجهة للسقي والمذكورة في المخطط الملحق بدفتر الشروط هذا".

و يجب النص في دفتر الشروط و بصفة أساسية على القطعة الأرضية الموجهة للسقي و تحديدها تحديدا دقيقا من حيث ذكر موقعها و مساحتها الإجمالية<sup>1</sup>.

تضمن النصوص القانونية للمفوض له باستعمال الأملاك التابعة للدولة كما هو الحال بالنسبة لقانون المياه الذي يضمن للمستفيد من تفويض الخدمات العمومية للمياه استغلال الهياكل و المنشآت التابعة للأملاك العمومية الاصطناعية للماء<sup>2</sup>، ولكن بشرط تحديد مجال الامتياز و كذلك يتم تأطير حقوق استغلال المفوض له للأملاك العامة حيث يضمن له حق مرور المياه بما فيها صرف مياه الأراضي عبر قنوات باطنية في الأراضي الوسيطة باستثناء الساحات و الحدائق و الأحواش المجاورة للسكنات و يجب أن يتم هذا المرور في ظروف أكثر عقلانية و بأقل الأضرار لصاحب الأرض مقابل تعويض مسبق و عادل كما يمكن أيضا لصاحب الامتياز و بنفس الشروط المذكورة إقامة المنشآت اللازمة لأخذ المياه في ملكية الجار المقابل<sup>3</sup>.

كما يمكن أن نضيف أن الهيئة المفوضة تضمن للمفوض له حق تلقي تعريفات من طرف مستعملي المرفق العام لأن مقابله المالي يجب أن يرتبط خصيصا بنتائج الاستغلال كما هو الحال في منح امتياز الطرق السريعة أين تضمن اتفاقية التفويض حق تحصيل رسوم مقابل استعمال الطريق السريع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 2 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق باستعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي الذي جاء كملحق للمرسوم التنفيذي رقم 07-149، المؤرخ في 20 ماي 2007، يحدد كيفية منح امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي وكذا دفتر الشروط النموذجي المتعلق بها، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 102 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، يتعلق بالمياه المعدل و المتمم، تنص على: " يكلف صاحب الامتياز للخدمة العمومية للماء أو التطهير في إطار الحدود الإقليمية للإمتياز باستغلال المنشآت و الهياكل التابعة للأملاك العمومية الاصطناعية للماء و صيانتها و و تجديدها و إعادة تأهيلها و تطويرها....."

<sup>3</sup> - أنظر المادتين 94 و 96 من القانون نفسه.

<sup>4</sup> - تنص المادة 5 من الدفتر الشروط النموذجي لامتياز الطرق السريعة الذي جاء كملحق للمرسوم التنفيذي رقم 96-308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة، ج ر ج ج عدد 55، المؤرخ في 25 سبتمبر 1996 على: " يرخص للشركة صاحبة الامتياز بتحصيل رسوم المرور بالطريق السريع و أتاوى عن التجهيزات الملحقة ضمن الشروط المحددة في دفتر الأعباء و حسب الأشكال المنصوص عليها في التنظيم المعمول به".

ينبغي التذكير أن الوضعية الاحتكارية معترف بها قانونا و لا يمكن احتكار التسيير دون وجود نص قانوني مثلا في القانون الفرنسي اعترف المشرع و الاجتهادات القضائية بالوضعية الاحتكارية للمفوض له في مجال توزيع المياه و توزيع الكهرباء و النقل العمومي، كما أنه نجد مجلس الدولة الفرنسي اعترف بالطبيعة المرفقية لمجال القبض على الكلاب الضالة و التطهير المحيط من الحيوانات الميتة إلا أنه لم يسمح للهيئة المفوضة ضمان الوضعية الاحتكارية للمفوض له في أداء هذه الخدمة<sup>1</sup>، كما أنه لا يمكن لعقد امتياز أن يكون عائقا لإبرام عقود امتياز مع شركات أخرى منافسة أو منح لها تراخيص لاستخدام شبكة الطرقات (permissions de voirie)<sup>2</sup>.

يمكن للهيئة المفوضة ضمان فقط امتياز حصري للمفوض له و إنشاء بذلك احتكار فعلي واقعي كمثلا امتياز التوزيع عبر القنوات بموجب استعمال المسالك العامة، فالمنطق الذي نتوصل إليه هو أن الاعتبارات التي تقوم عليها الأملاك العامة وحدها يمكن أن تسمح لصاحب امتياز المرافق العامة بموجب العقد الذي أبرمه حصرية شغل الدومين العام، رغم أن هذه الوضعية الاحتكارية ليست هي الغاية المرجوة عند إبرام اتفاقية التفويض إلا أنه مكن الهيئة المفوضة عن طريق استعمال سلطتها التقديرية من رفض منح امتيازات و كذا تراخيص لشغل الأملاك العامة إلى شركات أخرى لعدم منافسة المفوض له في المجال الجغرافي الذي ينشط فيه<sup>3</sup>.

ان هذه الوضعية الاستثنائية أو الحصرية الممنوحة للمفوض له هي ضرورة اجتماعية تفرضها مصلحة المرفق العام بحيث في هذه الحالة مستعملي المرفق العام ليسوا بمستهلكين عاديين بحيث أن الخدمة التي يقدمها المفوض له ليس لها بديل ومثاله انعدام السلعة البديلة للماء الصالح للشرب، كما أن المصلحة الاقتصادية للأفراد تفرض و تحتم عدم خضوع سعر الخدمة العامة لقانون العرض و الطلب بل يجب أن تقدم الخدمة العمومية بجودة عالية و بسعر في متناول الجميع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - C.E., N° 29373, du 4 mars 1910, Thérond, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup> - BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, op.cit., p.p., 173-174.

<sup>3</sup> - ibid., p.p., 177-178.

<sup>4</sup> - بوطريكي الميلود، التدبير المفوض للمرافق العامة و المنافسة، مرجع سابق، ص ص 185-190.

لكن يجب التأكيد أنرغم ضمان للمفوض له حق حصري إلا أنه لا يمكن أن يتذرع به للانفلات من الخضوع لقواعد قانون المنافسة أثناء تنفيذه لموضوع اتفاقية التفويض، بل يخضع المفوض له لقانون المنافسة مثيله مثل الشركات الأخرى التي تنشط في نفس السوق و في حالة ارتكابه لممارسة مقيد للمنافسة يتابع من طرف مجلس المنافسة، بل أكثر من ذلك يمكن للقضاء الإداري مراقبة قرارات الهيئة المفوضة التي تمنح مزايا للمفوض له حيث يمكن لهذه الأخيرة رغم أنها مشروعة و لكن يمكن أن تكون ذو آثار مقيد للمنافسة<sup>1</sup>.

## 2- احترام مبدأ المنافسة عند إبرام العقد بين المفوض له والمتنازل له

لا يحترم مبدأ المنافسة عند إبرام العقد الرابط بين المفوض و المفوض له فقط، بل يحترم أيضا عند إبرام المفوض له لعقد من خلاله يتنازل عن موضوع اتفاقية التفويض لصالح متنازل له و ذلك بعد موافقة الهيئة المفوضة على التنازل و تقييد المفوض له بإجراءات الإشهار و المنافسة، كما هو الحال في مجال تفويض الخدمات العمومية للمياه أين ألزم المشرع صاحب الامتياز عندما يتصرف كهيئة مفوضة على الحصول على موافقة مسبقة من الإدارة المكلفة بالموارد المائية قبل عرضها على المنافسة<sup>2</sup>.

التنازل يمكن أن يكون كلي كما يمكن أن يكون جزئي، أما الكلي فهو العمل الذي من خلاله يحل محل المفوض له شخص آخر و ذلك لتنفيذ العقد برمته و ليس جزئا منه ، فيتولى المتنازل له جميع حقوق و التزامات المفوض له و تنشأ علاقة جديدة بين الهيئة المفوضة و المتنازل له الذي يعتبر المسؤول الوحيد عن تنفيذ الالتزامات العقدية دون المفوض له، و يقضي ألا يؤدي التنازل إلى تعديل جوهرى للعقد الأساسي سواء من حيث مدته أو التعريفات أو طبيعة الخدمات المؤداة، لأن أي تعديل جوهرى للعناصر الأساسية للعقد يتعارض مع مفهوم التنازل و يشكل إبرام عقد جديد و هناك من التشريعات التي لا تخضع بالضرورة التنازل الكلي لإجراءات الإشهار و المنافسة لأنه لا يغير في العناصر الأساسية المكونة لعقد

<sup>1</sup>- سنتناول هذه النقطة بالتفصيل في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

<sup>2</sup>- المادة 108 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

التفويض<sup>1</sup>، و لا يصح التنازل الكلي عن العقد إلا بإجازة مسبقة و صريحة من طرف الهيئة المفوضة<sup>2</sup>.

أما التنازل الجزئي عن العقد هو تنازل المفوض له عن جزء من الخدمات المتعلقة بالعقد إلى شخص ثالث هو المتنازل له، و لما كان التنازل الجزئي لا يضم العقد برمته فإن المتنازل له لا يحل محل المفوض له كما أنه لا تنشأ علاقة تعاقدية جديدة بين الهيئة المفوضة و المتنازل له و إنما تبقى العلاقة محصورة بين المفوض له و المتنازل له و مسؤولية تنفيذ العقد تقع على عاتق المفوض له، الذي يقع على عاتقه أيضا التقيد بإجراءات الإعلان و المنافسة<sup>3</sup> عند اختيار المتنازل له لأن العقد القائم بينهما هو عقد جديد يتضمن بنودا و أحكام مختلفة بصفة جوهرية و تتحقق الهيئة المفوضة من تأمين المتنازل له الشروط الفنية و المالية و المهنية و استمرارية المرفق العام موضوع العقد قبل إبداء موافقتها<sup>4</sup>.

يمكن التنازل عن أصول الشركة أو انقسام الشركة و لكن لا يمكن للتنازل عن العقد أن ينتج آثاره إلا إذا غابت الشخصية المعنوية للمفوض له لأن هذا يؤثر في الالتزام بالتنفيذ الشخصي و بالتالي الاعتبار الشخصي الذي تم من خلاله اختيار المفوض له، كما لا يمكن إخضاع التنازل عن أصول الشركة إلى مبدأ المنافسة باعتبار أن عقد التفويض مازال قائما و لم يمس هذا التنازل بالشروط الجوهرية للعقد مع الاحتفاظ بشخصية المفوض له، و نظرا لكون هذا الأخير اختيار استنادا إلى قواعد الإشهار و المنافسة فيجب أن يتقيد بنفس هذه القواعد عند التنازل الجزئي للعقد احتراماً لقاعدة توازي الأشكال<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - مروان مجي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز- الشركات المختلطة-bot- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 504.

<sup>2</sup>-SYMCHOWICZ Nil, « Contrats administratifs et mise en concurrence la question des cessions », A.J.D.A., du 20 février 2000, p 104.

<sup>3</sup> - أكد مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته على ضرورة إخضاع التنازل الجزئي لقواعد المنافسة و الإشهار على سبيل المثال التنازل الجزئي عن امتياز الشواطئ أنظر:

C.E., N° 212100 212101,7 / 5 SSR, du 21 juin 2000, SARL plage « chez Joseph », [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>4</sup> - مروان مجي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الإمتياز- الشركات المختلطة-bot- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 507 – 508.

<sup>5</sup> - SYMCHOWICZ Nil, « Contrats administratifs et mise en concurrence la question des cessions », op.cit., p.p.,114-109.

أما القضاء الفرنسي فلم يعرف بعد موقف موحد لمسألة إخضاع العقود التي تبرم بين المفوض له و المتنازل له لمبدأ المنافسة من عدمها بحيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن التنازل عن عقد التفويض المبرم أساساً وفق قواعد الإشهار و المنافسة لصالح متنازل له لا يعتبر بالضرورة عقد جديد بل هو مجرد نقل للاختصاص و موافقة الهيئة المفوضة على التنازل عن العقد تعتبر كضمان بجدارة المتنازل له و كفاءته في الحلول محل المفوض له و تسير المرفق العام وفق المبادئ التي يقوم عليها من الصيرورة و المساواة<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لمحكمة العدل الفرنسية فلها موقف مغاير فقد اعتبرت التنازل عن العقد لصالح شخص آخر غير المفوض له هو تغيير جوهري للعقد و بالتالي يستلزم خضوعه لقواعد الإشهار و المنافسة<sup>2</sup>.

ولم تفصل التعلية المصادرة من الاتحاد الأوروبي الخاصة بعقود الامتياز لسنة 2014<sup>3</sup> إلا أنه يمكن القول أن استبدال المفوض له بشخص آخر لا يستوجب بالضرورة تطبيق مبدأ المنافسة في ثلاث حالات تتمثل في حالة كون احتمال استبدال المفوض له كان معلوماً أو مفترضا عند إبرام عقد التفويض، أو في حالة ما إذا كان سبب استبدال المفوض له يعود لسبب مس برأسماله مثلاً تجميع أو اتحاد أو انفصال وغيره، و أخيراً في حالة ما إذا أُلزم المشرع الهيئة المفوضة بتحمل بذاتها التزامات المفوض إليه تجاه المتعاقد الثانوي<sup>4</sup>.

### ثانياً: مبدأ المنافسة يكبح سلطات الإدارة في مرحلة تنفيذ إتفاقية التفويض

صحيح أن السلطة المفوضة لها مجموعة من السلطات تجاه المفوض له من بينها سلطتها في تمديد مدة عقد التفويض لكن بشرط أن يكون موضوع الخدمات التي كلف بها المفوض إليه يستدعي ذلك حفاظاً على مبدأ المنافسة الحرة كما أنه لا يمكن للسلطة المفوضة أن تمنح للمفوض إليه امتياز تجديد معه العقد أو تمنح له وعد بالتعاقد لتسيير مرافق أخرى باعتبار أن ذلك سيجعل المفوض له في وضعية تفضيلية عن باقي المتعاملين الخواص مما يشكل مساساً بمبدأ المنافسة.

<sup>1</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 347.

<sup>2</sup>- NOGUELLOU Rozen, La transmission des obligations en droit administratif, L.G.D.J., Paris, 2004, p 401.

<sup>3</sup>-DIR 2014 /23/ U.E , 26 février 2014 relatives à l'attribution des contrats de concession, J.O.U.E., N° L 94, 28 mars 2014, [www.publicprocurement.be](http://www.publicprocurement.be).

<sup>4</sup>- NOGUELLOU Rozen, La transmission des obligations en droit administratif, op.cit. p 350.

إن عدم تحديد مدة العقد يعتبر مساساً أيضاً بمبدأ المنافسة الحرة لأن تحديد المدة هو الذي يضمن تسيير المرفق من طرف الخواص و تنافسهم فيه و عدم تحديدها سينشأ ما يسمى بشبه احتكار "quasi-monopole" خدمات المرفق العام، كما أنه يجب أن تبتعد الهيئة المفوضة كل البعد عن التجديد الضمني لمدة عقد التفويض لكي لا تمنح المفوض له حق احتكار تام لهذا المرفق باعتبار أن المفوض له يطمح دائماً إلى تمديد و تجديد مدة العقد أو نيل عقود أخرى حفاظاً على مصالحه الشخصية من خلال تحقيق أرباح مالية<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لسلطتها في تعديل العقد فإنها تتقيد أيضاً بمبدأ المنافسة متى كانت هذه التعديلات جوهرية و تعتبر كذلك كل التعديلات التي تؤدي إلى تغيير بنود العقد و تجعله كأنما عقد جديد يختلف تماماً عن العقد الأول، كما يمكن للتعديل أن يكون جوهرياً إذا توفرت إحدى هذه الحالات:

- إذا أضاف التعديل شروط غير متوفرة في العقد الأصلي تسمح بمنع عقد التفويض إلى متعاقد آخر غير المفوض له أو القبول بعض آخر غير عرض المفوض له، أو أنه تسمح بتلقي عروض أخرى أكثر من العروض المقدمة عند إبرام عقد التفويض.

- يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد بصفة غير منصوص عليها في العقد الأصلي.

- أن يؤدي التعديل إلى تمديد و بصفة أساسية مجال تطبيق عقد التفويض.

- أن يؤدي التعديل إلى استبدال المفوض له بشخص آخر.

منه إذا توفرت إحدى هذه الحالات اعتبر التعديل جوهرياً و بالتالي ضرورة إتباع إجراءات إبرام جديدة و إخضاع ملحق أو وثيقة التعديل لمبدأ المنافسة إلا إذا كنا أمام إحدى الاستثناءات المتمثلة في الآتي:

- حالة النص صراحة في العقد على بند يسمح بإعادة فحص و تقييم بعض الحالات المالية المعينة أو المتشابهة.

<sup>1</sup>-على حد قول الفقيهة NICINSKI

« Le délégataire a voulu inventer l'éternité, le délégant lui a rappelé le temps. »  
NICINSKI Sophie, « La délégation de service public et le temps », *A.J.D.A.*, n° 5, 2013, p 1441.

- حالة ما كان التعديل يتعلق بأشغال أو خدمات إضافية أداها المفوض له لأسباب تقنية أو اقتصادية .

- حالة ما كان التعديل تفرضه مقتضيات المرفق العام بشرط ألا يتعدى التعديل خمسون بالمائة من مبلغ العقد و الاستثناء الأخير هو أن التعديل الذي يقل عن عشرة بالمائة من مبلغ العقد لا يتطلب إجراءات إبرام جديدة و لا عرض مجدد على المنافسة.

وفي الأخير لعل اختيار الهيئة العامة بين أسلوبَي الإدارة المباشرة و الإدارة غير المباشرة، إنما يستند على اعتبارات إيولوجية ترتبط بالظروف السياسية والاجتماعية و الاقتصادية و المالية السائدة في الدولة، فليس هناك طريقة مثالية أو مفضلة على غيرها بل الأمر يتصل بتلك الاعتبارات إلى جانب اعتبارات تتصل بالمرفق العام في حد ذاته، فإذا تبين أنه ذو طابع استثماري من خلال موضوعه الذي يتضمن نشاطات مشابهة لنشاط المقاولات الخاصة و كذا من خلال موارده التي يحققها من البديل الدفع من طرف المنتفعين.

إذا تحققت هذه الشروط فإن هذا المرفق يمكن أن يخضع لشروط تنظيم و وسائل تسيير حديثة<sup>1</sup> و المتمثلة في عقود التفويض بأنواعه فإذا كان المرفق العام يتطلب إنشاء منشآت عامة فالغالب ما يكون الامتياز هي الوسيلة الأنجع لتسييره أما إذا كان الأمر لا يتطلب إنجاز منشآت فإن الخيار يكون بين أسلوب مشاطرة الاستغلال أو الإدارة غير المباشرة أو التسيير.

كما أنه إذا أرادت الإدارة تحميل المفوض له كامل مخاطر الاستثمار أو الجزء الأكبر منها مع منح له استقلالية مماثلة لتلك الممنوحة للقطاع الخاص فإن أسلوبَي الامتياز و مشاطرة الاستغلال يشكلان إحدى الوسائل الملائمة لذلك، و مهما تكن الطريقة التي اتبعتها الهيئة المفوضة عند تفويض تسيير المرفق العام بعد المقاربة بين منافع و أضرار كل طريقة<sup>2</sup>، فإنها ملزمة بالتقيد بمبدأ المنافسة الحرة في اختيارها للمفوض له في مرحلة إبرام العقد كما يقع على عاتقها الأخذ بعين الاعتبار بمبدأ المساواة و كذا مبدأ المنافسة عند ممارستها لسلطاتها في مرحلة إبرام العقد.

<sup>1</sup>- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز- الشركات المختلطة-bot- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 226-227.

<sup>2</sup>- بوطريكي الميلود، "التدبير المفوض للمرافق العامة و المنافسة"، مرجع سابق، ص 172.

## المبحث الثاني: مبدأ المنافسة: فتح المرافق العمومية على المنافسة من أجل السوق

إن الحديث عن المرافق العمومية هذا يعني بالضرورة الحديث عن شخص معنوي عام كطرف في العلاقة، لأن الدولة بالإضافة إلى وظيفتها الأساسية في سن القوانين و التنظيمات فقد أصبحت تمارس وظائف أخرى لا سيما ما تعلق منها بالتدخل و احتكار المجال الإقتصادي، و سرعان ما تغيرت وظيفة الدولة من المتدخلة إلى الضابطة قامت بإزالة تلك التنظيمات التي تمنح لها حق الاحتكار و تركت المجال للمبادرة الخاصة.

ولا تتمتع الدولة فقط بوظيفة تحديد نوع النظام الإقتصادي العام المتبع ووضع القواعد العامة لسيره و إنما بصفتها موفرة للخدمة عليها أن تضمن و بصفة مباشرة سير عمل مختلف القطاعات و بصفة متزنة و منتظمة، بالإضافة إلى الحفاظ على مبدأ المساواة أمام المنتفعين بحيث تفرض ضريبة واحدة و بصفة متساوية لجميع المستهلكين على المستوى الوطني و لا يمكن تمييز بعضهم عن بعض إلا لأسباب موضوعية.

وفضلا عن ما سبق لم تكتفي الدولة فقط بإزالة الاحتكار في المجال الإقتصادي و إنما انسحبت أيضا من احتكار تسيير بعض المرافق العمومية من خلال التخلي عن فكرة الإحتكار العمومي لمرفق المياه، لمرفق النقل، و مرفق الاتصالات السلكية و لا السلكية...إلخ، و لكن فتح هذه المرافق على المنافسة لم تكن بصفة مباشرة و سريعة بل جاءت على مراحل، و ذلك لتكييف الوضع مع إقامة منافسة حرة و مستدامة و لذلك نجد في بعض المرافق رغم تحريرها قانونيا و إلغاء القوانين التي تضمن احتكار الدولة و لكن من الناحية العملية نجد قيام احتكار واقعي فعلي محل الاحتكار القانوني<sup>1</sup>.

ومن جهة أخرى نجد بعض المرافق رغم فتحها أمام المنافسة إلا أنه يتم إنشاء حقوق حصرية لشركة أو مؤسسة معينة و يقتصر الأمر في مثل هذا الوضع ليس على إزالة الاحتكار وإنما مراقبة المؤسسة المحتكرة و منعها من التعسف من خلال اتيانها لأي فعل من شأنه تقييد المنافسة.

والأهم في دراستنا هو الحديث عن التوجه إلى تنظيم جديد لتلك المرافق من خلال فتح المجال لتسييرها من طرف الخواص(مطلب أول)، و لكن باعتبار أن هذه المرافق العمومية

<sup>1</sup> - MECHERFI Amel, « Les contrats de gestion déléguée des services publics locaux au Maroc entre droit public et droit privé », R.E.M.A.L.D., n° 92, mai- juin 2010, p.p., 23-25.

تقدم خدمات عمومية ذو مورد نادر و محدود و كذا تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فقد استدعت الضرورة إلى ضبط المنافسة في مثل هذه القطاعات و عدم إخضاع الخدمة لقانون العرض و الطلب(مطلب ثانٍ).

### المطلب الأول: مبدأ المنافسة كآلية لفتح القطاعات المرفقية أمام الخواص

لقد مكن تطبيق مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام من دخول الخواص في تنافس من أجل تسيير المرافق العمومية التي كانت حكرا على الدولة و التجسيد الفعلي لهذا المبدأ سيؤدي إلى إزالة إحتكار الدولة لمثل هذه المرافق من خلال تراجع دورها و عدم جمع سلطة انشاء المرفق و تسييره و استغلاله و ضبطه في يد شخص معنوي عام و حيد، لكن هذا التراجع لا يعني التخلي الكلي للدولة على هذه المرافق و إنما وضعت هياكل جديدة تمثلها في تسيير المرفق و هو ما يسمى " بالمتعامل العمومي "، كما نجد أن تفويض تسيير المرفق العام يعني نقل اختصاصات كانت يتمتع بها الشخص المعنوي العام إلى شخص خاص يطلق عليه اسم " المفوض إليه"<sup>1</sup>، منه بعد ما كان المرفق يسير من طرف الدولة و أشخاص القانون العام فقد أصبح يسير من طرف الخواص.

ويظهر إخضاع المرافق العمومية الشبكية لقانون المنافسة من خلال الاصلاحات الهيكلية و الوظيفية التي انتهجت من فصل بين المهامات التي كانت مجتمعة في يد الدولة و توزيعها على هياكل مستقلة عن بعضها البعض<sup>2</sup> بحيث كانت تتمتع الدولة بوظائف تقليدية و المتمثلة في سن القوانين و التنظيمات التي كانت تمارسها عن طريق هياكلها تقليدية، بالاضافة إلى وظيفتها في ضمان حسن سير المرفق العام و تقديم الخدمة العمومية التي فوضتها إلى متعاملين خواص و المتعاملين العموميين( فرع أول).

هذا كمرحلة أولى لفتح المرافق العمومية عن طريق إزالة إحتكارها من طرف الدولة لكن بالمقابل اعترفت ببعض الحقوق الحصرية للمتعامل العمومي مثل استغلال المنشآت القاعدية التي مازالت الدولة تحتفظ بملكيتها مما أدى للمتعاملين الاقتصاديين المنافسين له

<sup>1</sup>- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, op.cit., p 57.

<sup>2</sup>- HAJJI Mohammed, Droit et pratique des services publics au Maroc, de la concession à la gestion déléguée, édition zaouia, Rabat, 2007, p 91.

بالمطالبة بحقهم في استغلال المنشآت القاعدية الأساسية كطريقة لاستكمال المرحلة الثانية لفتح السوق (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: إزالة احتكار تسيير المرافق العامة

يظهر لنا احتكار الدولة الجزائرية للمرافق العمومية منذ الاستقلال من خلال وضع هياكل منسجمة و متكاملة ذو وظيفة مركزة على الصعيد الاقليمي للدولة، حقيقتا فهي تتمتع بامتياز الأولوية في تسيير و استغلال المرافق على المستوى الوطني و ذلك بواسطة وضع كيان هيكلي إداري يتكون من هياكل متماثلة تحتكر مهمة التسيير و استغلال المرافق العمومية.

ويجد هذا الاحتكار تفسير نظري أساسي على الصعيد الإقتصادي و التقني، يمكن تمييزه بوجود علاقة متناقصة لسلم الانتاج، حيث مثل هذه المرافق العمومية تقدم خدمة للجمهور تتميز بالطابع النادر لاتصالها بمورد طبيعي، مما تستدعي الضرورة احتكار استغلالها من طرف سلطة عامة<sup>1</sup> ستحافظ من جهة على الاستهلاك العقلاني لهذه المادة النادرة و كذا حقوق الأجيال المقبلة في استغلال الثروات الطبيعية و من جهة أخرى ستمنع عجز السوق من خلال استعمال امتيازاتها كسلطة عامة<sup>2</sup>.

ونظرا للأزمات الاقتصادية التي عرفتھا الدولة الجزائرية هذا ما جعلها تعيد النظر ليس فقط في كيفية تنظيم اقتصادها و إنما إعادة النظر حتى في تنظيم المرافق العمومية، مما جعلها تنتهج سياسة فصل الأنشطة و فصل الهياكل بعضها البعض *séparation des activités et des entités* و ذلك استنادا إلى مبدأ معروف ظهر كأثار اخضاع المرافق العامة لقانون المنافسة و هو ما يسمى بمبدأ "عدم جواز الجمع بين عدة وظائف" *le principe de non-comul* و الذي ظهر لأول مرة في قطاع الاتصالات السلوكية و لا السلوكية أين أقرت المحكمة القضائية للاتحاد الأوروبي أنه ترسيخ منافسة شفافة و نزهاء غير مزيفة و غير

<sup>1</sup> - BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, op.cit., p 69.

<sup>2</sup> - الهندي وحيد بن أحمد و الهران محمد بن عبد الله، " تحويل المشروعات العامة إلى القطاع الخاص وسيلة أم غاية؟ دراسة حالة الشركات السعودية للصناعات الأساسية"، *مجلة الإداري*، عدد 86، للسنة 23، سبتمبر 2001، ص ص 120

مغلوبة لن يكون إلا من خلال ضمان تكافؤ الفرص و المساواة بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين<sup>1</sup>.

وعليه تم فصل بين النشاطات التي يمكن تسويقها و التي يتنافس فيها المتعاملين العموميين و الخواص في تقديمها أما النشاطات التي تحقق النفع العام و التي تكون متصلة بالمنشآت القاعدية و التي تخرج من مجال تطبيق المنافسة التامة و جعلها دائما تحت راية الاحتكار.

كذلك ينتج من اخضاع المرافق العمومية لقانون المنافسة فصل مهمة التسيير الممنوحة للمتعاملين الاقتصاديين عن الهياكل المكلفة بالضبط، وذلك لضمان منافسة حرة بين مسيري المرفق العام<sup>2</sup> حيث لا يفتح المجال للمتعامل العمومي أن يكون مسير و ضابط في آن واحد لتفادي احتمال استغلاله هذه الوضعية لتفضيل و تمييز الهياكل التابعة للمتعامل العمومي عن باقي المتعاملين الإقتصاديين<sup>3</sup>، بالإضافة إلى فصل ما بين الهياكل التي تنتج و توفر اللوازم و بين الهياكل التي تقوم بنقل و توزيع السلعة.

وعلى العموم و في إطار مساهمة موضوع البحث فإن الدراسة تقتصر على تسيير المرفق العام من طرف الخواص كمظهر من مظاهر إزالة إحتكار تسييرها من طرف الدولة (أولا)، و كذا البحث في إمكانية تطبيق منافسة متساوية فيما بينهم une égale mise en concurrence (ثانياً).

### أولاً: نقل اختصاص تسيير المرافق العمومية إلى الخواص

لقد قامت الأشخاص المعنوية العامة المكلفة بتسيير المرافق العمومية بخصوصية تسييرها و ذلك من خلال قيام المتعامل العمومي محل السلطة العامة إلى جانب المفوض إليه الذي نقل له عن طريق رابطة عقدية اختصاص تسيير المرفق العام الذي كان من الاختصاصات الأصلية للسلطة العامة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - C.J.C.E, du 20 mars 1985, British télécommunication, aff., 41/83, cité par, DEHOUSSE Franklin, « La politique européenne des télécommunications », publication C.R.I.S.P., n° 28, 1995, www.cairn.info, p.p., 8-10.

<sup>2</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, op.cit., p 314

<sup>3</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p145

<sup>4</sup> - إبراهيم كومغار، " المرفق العام المحلي و تحديات التحديث"، مرجع سابق، ص ص 81 – 83.

لكن تبقى دائما الدولة الضامنة الوحيدة للتسيير الجيد للمرفق العام تجاه المرتفقين، مما استدعت الضرورة إيجاد وسيلة للتنسيق و للتوفيق بين منافع المنافسة من جهة و ضرورة الحفاظ على فكرة المرفق العام، ففي القانون الفرنسي مثلا كانت الدولة تعمل على إزالة احتكارها للمرافق العمومية و إقامة بديلا لها و هو المتعامل العمومي التاريخي الذي منح له حق احتكار الخدمة العمومية على المستوى الوطني و قد أوجد طريقة جديدة لتقديم الخدمة العامة و هو تقديمها عن طريق " شبكة "، و نظرا لكون هذا الأسلوب يشكل احتكارا عموميا عموميا و لم يسمح بالاستفادة من منافع المنافسة فقد أوجدت الدولة الفرنسية طريقة أخرى جديدة من خلالها ستمكن الخواص من تسيير المرفق العام و هو ما يسمى " بتفويض تسيير المرفق العام"، و بالتالي سيتمكن المفوض له باستغلال الشبكة العمومية و ذلك لتقديم مهمة المرفق العام<sup>1</sup> mission de service public une .

### 1- تفضيل مصطلح "فتح السوق" على مصطلح "الخصوصية"

إن تفويض تسيير المرفق العام إلى الخواص عن طريق اتفاقية التفويض هذا لا يعني على الإطلاق نقل ملكية المرفق العام من الشخص المعنوي العام إلى الشخص الخاص<sup>2</sup>، كما هو الحال في الأنواع الأخرى من الخصوصية كتحويل الشخص المعنوي العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص كما هو الحال لقطاع الكهرباء و الغاز أين تم تحويل سونلغاز إلى شركة ذات أسهم، أو الخصوصية التي تتم من خلال إعادة النظر في مفهوم الدولة المساهمة حيث تفتح المجال أمام الخواص لإقتناء أسهم في مؤسسة كانت تملك الدولة أغلبية الرأسمال.

بل إن الخصوصية في هذه الحالة تقتصر على التسيير فقط دون الملكية التي تبقى للشخص المعنوي العام، فمثلا بالنسبة للمرافق العمومية المحلية سيتم التداول بشأنها و اتخاذ قرار من المجالس المنتخبة بإمكانية تفويض تسييرها، و ذلك عن طريق عقد التفويض الذي تبدأ إجراءات ابرامه من خلال الإعلان عن عملية التفويض و ذلك لإستقطاب أكبر عدد ممكن من المتعاملين الخواص و وضعهم في تنافس قصد الارتقاء بالطلب العمومي لتحقيق

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, op.cit., p 315

<sup>2</sup> - الناشف أنطوان، الخصوصية، التخصيص، مفهوم جديد لفكرة الدولة و دورها في إدارة المرافق العامة، منشورات الحلبي لحقوقية، بيروت، 2000، ص 117.

الجودة في الخدمة المؤداة، بالتالي يتجلى من خلال ذلك أن مبدأ الإشهار و المنافسة هي الوسيلة التي من خلاله يتم فتح المرفق أمام الخواص<sup>1</sup>.

رغم انتهاج الدولة لإصلاحات هيكلية على المرافق العمومية الشبكية إلا أنها تحتفظ دائما بالترخيص الإداري المسبق كوسيلة ضبطية كما هو الحال مثلا في مجال النقل، فمصطلح فتح القطاعات الشبكية يوحى إلى وضوح حد و بصفة قانونية للتنظيم الإحتكاري للمرفق لكي يفسح المجال أمام حرية دخول متعاملين خواص إلى نشاطات كانت منظمة des activités règlementées تمارسها هيكل عمومية تتمتع بحقوق حصرية أو خاصة مع حق مراقبة المنشآت العامة الأساسية الذي يفرض واقعها خضوعها للإحتكار الطبيعي، و يكمن نجاح عملية تفكيك و القضاء على إحتكار المتعاملين التاريخيين من خلال فتح نشاطهم أمام متعاملين خواص منافسين لهم مع ضرورة إقامة سلطة ضبط، بحيث يجب للمرفق العام الشبكي أن يعرف حرية دخول متعاملين خواص مع ضرورة استقلالية التسيير<sup>2</sup>.

يتقاسم المفوض له المختار وفق قواع الاشهار و المنافسة و الشفافية مهمة تسيير المرفق العام مع متعامل عمومي يقوم مقام الإحتكار العام المتراجع، و يمكن تصنيف المتعاملين العموميين حسب شكلهم، أو حسب نشاطهم، أو حسب وضعيتهم التنافسية في السوق، أو حسب الامتداد الجغرافي لنشاطهم<sup>3</sup>.

فيمكن للمتعامل العمومي أن يأخذ شكل مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، شركة تكون فيها الدولة المساهم الوحيد، شركة وطنية، مجمع عمومي لتحقيق نفع عام، أو مجمع عمومي لتحقيق نفع اقتصادي....إلخ.

كما يمكن للمتعامل العمومي أن يتخذ شكل مؤسسة عمومية ناشطة في القطاعات المفتوحة على المنافسة و بالتالي اسند لها مهام تنافسي أو مؤسسة عمومية اسندت لها مهام المرفق العام، أما بنسبة لوضعية المتعامل العمومي في السوق فيمكن أن يكون ذو وضعية تنافسية أي يتنافس مع متعاملين خواص آخرين، أو أن يحتل وضعية احتكارية تغيب في المنافسة.

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, op.cit., p.p., 290-291.

<sup>2</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p., 401-402.

<sup>3</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, op.cit., p.p., 261.

أما بالنسبة لتحديد نوع المتعاملين العموميين استناداً إلى إمتدادهم الجغرافي فإننا نميز بين المتعاملين العموميين المحليين و المتعاملين العموميين الجهويين و المتعاملين العموميين الوطنيين.

## 2- نقل اختصاصات الهيئة المفوضة إلى المفوض إليه

إن الهدف من فتح المجال أمام الخواص للاستثمار في المرافق العمومية هو تحقيق الكفاءة في عملية الانتاج<sup>1</sup> مسايرة لتطور متطلبات المجتمع بحيث أصبحت الهيئة العامة عاجزة على اشباعها بموجب الأساليب التقليدية المستعملة من أوامر و قرارات و تنظيمات، فقد أثبت الواقع العملي أن الأساليب التي يستعملها القطاع الخاص أكثر مرونة و نجاعة في تحقيق الجودة و الرفاهية في الخدمة المؤداة<sup>2</sup>.

منه بموجب عقد التفويض لم يتم فتح القطاعات المرفقية أمام الخواص فحسب و إنما تم أيضاً نقل بعض الإختصاصات التي كانت حكراً على القطاع العام إلى الخواص لا سيما ما تعلق بتسيير المرفق العام بحيث يقع على عاتق المفوض له التسيير الأفضل و الأمثل للمرفق في إطار إحترام المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام مع ضرورة تغليب المصلحة العامة التي تهدف الهيئة العامة إلى تحقيقها على المصلحة الخاصة للمفوض له و هي مصحة مادية و المتمثلة في المقابل المالي المتحصل عليه مقابل تقديم خدمة للمنتفعين الذي يعتبر الدافع الوحيد من وراء تقدمه لإبرام عقد التفويض.

تهدف الهيئة العامة في تفويضها للمرفق العام إلى الحصول على أفضل خدمة و بتكلفة معقولة في إطار تحقيق المصلحة العامة، و التي يلتزم المفوض له تحقيقها بصفة شخصية و ذلك حفاظاً على الطابع الأساسي للإعتبار الشخصي في مثل هذه العقود .

و لن يتحقق ذلك إلا من خلال بعض الإلتزامات التي يجب أن تتقيد بها الهيئة العامة سواء أثناء عملية الإبرام و هي :

<sup>1</sup> - بري زين العابدين بن عبد الله ، خصخصة المشروعات العامة (منظور إقتصادي)، النشر العلمي و المطابع، الرياض، 2005، ص 21.

<sup>2</sup> - الناشف أنطوان، الخصخصة، التخصيص، مفهوم جديد لفكرة الدولة و دورها في إدارة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 330.

- التأطير القانوني و التنظيمي لعملية الأبرام .

- التقيد بمبدأ المنافسة الحرة لتحديث المرافق العمومية من خلال ضمان المساواة و الحريات الفردية.

- الشفافية و ذلك من خلال إخضاع عملية الإبرام لمبدأ العلانية و كذا فرض رقابة القاضي الإداري<sup>1</sup>.

أما في مرحلة تنفيذ العقد فإن الجماعة العامة ملزمة بإجبار المفوض له بتنفيذ إلتزاماته وفق ما ورد في دفتر الشروط و في إطار إحترام القواعد و التنظيمات التي تحكم المرافق العامة، سواء عن طريق سلطاتها و امتيازاتها كسلطة عامة أو من خلال اللجوء إلى القضاء، لأن رغم تفويض التسيير إلا أنها هي المسؤولة في تقديم الخدمة العمومية، و يعتبر تفويض التسيير الوسيلة الأنجع للتوفيق بين منافع المنافسة و مهام المرفق العام من خلال تقديم خدمة ذو جودة و بأقل الأثمان<sup>2</sup> meilleur service/ meilleur prix.

### ثانيا: تعميم مبدأ المنافسة الحرة

عند ممارسة أشخاص القانون العام للنشاط الإقتصادي فإنهم يخضعون و بصفة حتمية للقانون الإقتصادي لا سيما قانون المنافسة الذي يجعل في مساواة تنافسية المتعاملين العموميين و المتعاملين الخواص و هذه المساواة لن تجد لها معنى إلا من خلال شمولية مبدأ المنافسة و الإشهار و عدم حصر مجاله في كونه إلتزام يقع على عاتق الدولة و الجماعات المحلية فقط<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - مروان معي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الإمتياز- الشركات المختلطة-bot- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 210-215.

<sup>2</sup> - CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, thèse pour le doctorat en droit, université de Montpellier I, 18 décembre 2004, p 659 .

<sup>3</sup> - النوحى جواد، " الأبعاد السياسية لسيرورة التدبير المفوض في المغرب "، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 98-97، مرس- يونيو 2011، ص 138.

## 1- تطبيق مبدأ المنافسة بصفة شاملة

يظهر لنا شمولية تطبيق الالتزام بمبدأ المنافسة الحرة من جانبين الأول هيكل والثاني وظيفي.

1-أ) التوسيع الهيكلي للالتزام بمبدأ المنافسة بعدما كان مبدأ المنافسة تقتيد بها الأشخاص المعنوية العامة التي تبرم الصفقات العمومية فنجد قد إنتقل هذا المبدأ إلى عقود تفويض تسيير المرافق العمومية ، و لكن في القانون المقارن عرف إلتزام التقييد بمبدأ المنافسة الحرة توسيعا في مجال تطبيقه، بحيث أصبح يتقيد به كل شخص مصنف ضمن فئة مستقلة جديدة تسمى ب " هياكل القانون العام"<sup>1</sup>، وذلك لفرضه على أشخاص أخرى تتولى الطلب العمومي غير الدولة و الجماعات المحلية، و قد تمكنت محكمة العدل الأوروبية من وضع ثلاث شروط من خلالها تحدد هياكل القانون العام وهي:

- التمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة.

- التبعية و عدم الاستقلالية تجاه أحد أشخاص القانون العام.

- الهدف من انشاء هذا الهيكل هو اشباع حاجات المصلحة العامة غير الحاجات الاقتصادية و التجارية، و يمكن تكييف نشاط ما أنه يهدف إلى اشباع حاجات المصلحة العامة إذا كان الغرض الأساسي من ورائه ليس تحقيق ربح، و كذا عدم تحمل المخاطر في أداء هذه الخدمة، و كذا عدم الاستبعاد الكلي للتمويل العمومي لهذا النشاط.<sup>2</sup>

منه نستنتج أن التقييد بإجراء الإعلان و المنافسة في إبرام العقود لا يتعلق فقط بالأشخاص العامة و إنما يمكن أن نجد شخص من أشخاص القانون الخاص الذي لا يخضع لقانون الصفقات العمومية و إنما يتقيد بمبدأ المنافسة عند إبرام عقود تدخل ضمن مهام المرفق العام أو لحساب الشخص المعنوي العام، و مثال على ذلك شركات ذات رأسمال مختلط و كذا الشركات الخاصة التي تتمتع بحقوق حصرية أو تمارس نشاطات شبكية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- العبارة المستعملة في الفقه الفرنسي هي " Organisme de droit public "، أنظر في ذلك:

CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, op.cit., p 518.

<sup>2</sup>-KARPENSCHIF M, « définition du pouvoir adjudicateur par la cour de justice des communauté en européenne », A.J.D.A., n° 64 , 2004, p.p., 526-529.

<sup>3</sup>- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 336.

1-ب) التوسيع الوظيفي للالتزام بمبدأ المنافسة و يقصد بذلك أنه تم إدخال عقود أخرى في نطاق و مجال تطبيق مبدأ المنافسة و لم يقتصر فقط على الصفقات العمومية و عقود التفويض، بل يفرض مبدأ حرية الدخول إلى السوق و مبدأ المساواة بين المتعاملين الإقتصاديين إخضاع عقود أخرى لهذا المبدأ كمثلا العقود التي تبرمها الهيئات المحلية مع شركات الاقتصاد المختلط التي أنشأتها<sup>1</sup>، كذلك تخضع لهذا المبدأ عقود شغل الأماكن العامة، عقود بيع الأملاك الخاصة التابعة للدولة، تخضع أيضا عقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص في عملية إبرامها إلى مبدأ المنافسة و الاشهار، بعض العقود التي من خلالها تفوض الهيئة العامة بعض اختصاصاتها إلى شخص خاص، كما أنه في الفقه المقارن هناك من يدعوا حتى إلى ضرورة إخضاع بعض التفويضات الإفرادية لمبدأ المنافسة و عدم حصر مجاله في التفويض العقدي<sup>2</sup>، بالإضافة إلى إخضاع أيضا عقود التفويض التي تتم بين هيكل تابعة للأشخاص المعنوية العامة لهذا المبدأ باستثناء التفويض الداخلي<sup>3</sup>.

من خلال المادة 6 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نجد أن المشرع الجزائري قد حدد الأشخاص الذين يمولون الصفقات العمومية<sup>4</sup> و لكن لا نجد مادة تبين لنا الأشخاص المؤهلة لإبرام عقود التفويض أو على العموم التي يقع على عاتقها إلتزام التقيد بمبدأ المنافسة و الإشهار.

لكن نجد أن المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام حدد صفة الهيئة المفوضة في كل من الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن المرفق العام، بالإضافة إلى منح صفة السلطة المفوضة إلى أشخاص تتصرف لحساب

<sup>1</sup> - و هذا موقف المؤسس الدستوري الفرنسي بمناسبة نظره في مدى دستورية قانون الوقاية من الفساد و شفافية الحياة الإقتصادية و الإجراءات العامة و عليه أقر بعدم دستورية هذا القانون بصفة جزئية أنظر في ذلك:

CON. CONS., Décision 92-316 DC - 20 janvier 1993 - Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques - Non-conformité partielle, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup> - MOUGEOT Michel et NAEGELEN Florence, « La concurrence pour le marché », *revue d'économie politique*, volume 115, n° 6, 2005, p.p. 741-749.

<sup>3</sup> - CLAMOUR Guylain, *Intérêt général et concurrence*, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, op.cit., p 526.

<sup>4</sup> - المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

شخص معنوي عام<sup>1</sup>، مما يمكن القول أن المشرع الجزائري سمح للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص التي تتصرف لحساب شخص معنوي عام من تفوض تسيير مرفق العامفتالي تخضع تلك العقود التي تبرمها لمبدأ المنافسة الحرة.

## 2- ضرورة تكافئ شروط المنافسة

إن تطبيق القانون الإقتصادي للأعمال و قانون المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة الممارسة للنشاط الإقتصادي في السوق، يشكل حجر الأساس لتوفير لهم شروط و ظروف مماثلة لتلك التي يتمتع بها المتعاملين الخواص، لضرورة إقامة منافسة متساوية لكلا من المتعامل العمومي و المتعاملين الخواص يفرضها شمولية مبدأ المنافسة.

إن مبدأ معادلة شروط المنافسة يعني عدم امكانية الأشخاص المعنوية العامة الناشطة في الحقل الإقتصادي استغلال امتيازات السلطة العامة لمنافسة المتعاملين الخواص، و يكون ذلك من خلال إنشاء مراكز مالية متساوية بين المتعاملين الخواص و المتعاملين العموميين.

ويمكن الكشف عن المساواة في المراكز المالية للمتعاملين الخواص و المتعاملين العموميين من خلال التدقيق في تقنيات الميزانية و المحاسبة التي يخضع لها كل واحد منهم و كذا السعرالذي يطلبه كل متعامل مقابل الخدمة المؤداة.

يجب أن تكون ميزانية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري متزنة ما بين الإيرادات و النفقات وذلك لضمان المساواة التنافسية مع المتعاملين الخواص، و يمكن ضمان هذا الاتزان عبر منع البلديات من التكفل الكلي بنفقات مثل هذه المؤسسات<sup>2</sup> من جهة، و من جهة أخرى في حالة ما إذا سجلت المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري فائض في ميزانيتها فإنه يحول مباشرة لتغطية نفقات قسم التجهيز للبلدية<sup>3</sup>.

أما من جانب المحاسبة فإن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري لا تخضع للمحاسبة العمومية إلا على سبيل الاستثناء، مما يجعل من أموالها ليست أموال عامة

<sup>1</sup> - المادة 207 من المرسوم الرئاسي نفسه.

<sup>2</sup> - CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, op.cit., p 527

<sup>3</sup> - أنظر المادة 195 من القانون رقم 10-11، المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر جج عدد 37، مؤرخ في 3 يونيو 2011.

للدولة و بالتالي يجب أن تخضع للمحاسبة الخاصة التي يخضع لها المتعاملين الخواص، و لكن حتى و إن خضعت المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري لقواعد المحاسبة العامة بدلا من المحاسبة التجارية إلا أن هذا لا يشكل عائق أمام تطبيق المساواة التنافسية لما تتضمنه المحاسبة العامة من تعقيدات.

كما أنه تخضع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري عندما تمارس نشاطا شبيهه بنشاط المتعاملين الخواص إلى نظام ضريبي و جبائي مماثل لذلك الذي يخضع له المتعامل الخاص.

وفي إطار دائما ترسيخ مساواة تنافسية مماثلة بين المتعاملين الذين ينشطون في سوق واحدة بغض النظر عن كونه خاص أم عمومي فإنه يخضع هذا الأخير حتما لمراقبة الأسعار التي يفرضها على الخدمة المؤداة لمنع أي ممارسة تعسفية كمثلا ممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي للقضاء على منافسيه<sup>1</sup>.

في الأخير يمكن القول أن المساواة التنافسية ليست بمعادلة دقيقة و لا تطبق بصفة جذرية بل لا تفسر بمعناها الضيق و ذلك لإمكانية إستبعاد هذه المساواة في حالة كون المؤسسات في وضعيات مختلفة، لأنه كل اختلاف في التنظيم القانوني و الهيكلي للمؤسسة يمكن إعتباره إختلاف في المراكز و بالتالي استبعاد ضرورة المساواة التنافسية بينهم، بالإضافة إلى كون الطابع العمومي لهذه المؤسسات و خضوعها للقانون العام في علاقتها مع الدولة هذا ما يجعل مركزها مختلف مقارنة بمراكز المتعاملين الخواص.

منه ينبغي تفسير المساواة التنافسية في عدم إمكانية المتعامل العمومي من الاستفادة من امتيازاته العامة إلا لدواعي المصلحة العامة كما أنه يخضع للرقابة لمنعه من اتيان أي فعل يخل بمبدأ المنافسة الحرة ، و لا ينبغي الأخذ بتفسير جذري ودقيق لهذه المساواة و تضيق مدلولها في الأخذ بنفس الشروط و نفس الأحكام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - GUIHEUX Gilles, « La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français : entre novation et tradition », *revue générale de droit*, volume 36, n° 4, 2006, p 791.

<sup>2</sup> - CLAMOUR Guylain, *Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op.cit., p 540 .

## الفرع الثاني: تطبيقات حق الخواص في الدخول إلى المرافق العمومية الشبكية

إن فتح السوق يكون من خلال مرحلتين أساسيتين الأولى تتمثل في انسحاب الدولة من تسيير المرافق العمومية و تفويض تسييرها إلى الخواص و لكن هذا لا يعني أن المرفق ترك للتسيير التام من طرف الخواص بل أقامت الدولة من ينوب عنها و هو المتعامل العمومي، فمثلا في قطاع البريد و الاتصالات السلكية و اللاسلكية تم إنشاء متعاملين عموميين تاريخيين هما إتصالات الجزائر و هي شركة ذات أسهم و بريد الجزائر و هي مؤسسة ذات طابع صناعي و تجاري و ذلك بعد فصل نشاط البريد عن نشاط الاتصالات السلكية و اللاسلكية<sup>1</sup>.

منحت للمتعاملين العموميين عدة امتيازات من بينها الاستحواذ على المنشآت القاعدية التي تبقى ملكيتها للدولة فعلى سبيل المثال في قطاع الاتصالات فقد احتفظت الدولة بملكية الذبذبات اللاسلكية الكهربائية بجعلها ملكا عموميا<sup>2</sup>.

منه تأتي المرحلة الثانية لترسيخ مبدأ المنافسة في القطاعات الشبكية عن طريق السماح لجميع المتعاملين الاستفادة و استغلال الشبكة بحيث تختلف طرق و وسائل الدخول إليها من قطاع إلى آخر (أولا)، كما أن الأمر يستدعي البحث عن مضمون و محتوى الشبكة (ثانيا).

### أولا: طرق الاستفادة من الشبكة

إن ضمان حق دخول المتعاملين الجدد لاستغلال الشبكة مرهون على مدى فعالية المنافسة جراء فتح السوق، لأنه ليس من الغريب أن يستغل متعامل وضعيته المهيمنة على السوق للقضاء على منافسيه المحتملين أو الجدد، منه تتدخل السلطة العامة لتفرض شروط معقولة و غير تمييزية لضمان دخول متعاملين جدد إلى السوق لأن الدخول إلى الشبكة بطريقة شفافة و غير تمييزية و إمكانية تطبيق السعر المعقول ضروري للسير الحسن للمنافسة في

<sup>1</sup> - ذلك وفقا للمادة 12 من القانون رقم 03-2000، المؤرخ في 5 غشت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و بالمواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر ج ج عدد 48، مؤرخ في 6 غشت 2000، ملغى بموجب القانون رقم 04-18، المؤرخ في 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الإتصالات الإلكترونية، ج ر ج ج عدد 27 مؤرخ في 13 مايو 2018.

<sup>2</sup> - المادة 70 و المادة 100 من القانون رقم 04-18، المؤرخ في 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الإتصالات الإلكترونية، مرجع نفسه.

السوق و ضمان المصلحة العامة في ذلك القطاع، بالتالي يمكن أن نصنف طرق الدخول إلى الشبكة كما يلي:

## 1- الدخول المباشر أو الدخول المنظم

يقصد به قيام التعامل بتوظيف نشاطه بنفسه و ذلك عن طريق استعمال المنشآت القاعدية الأساسية الموجودة بشرط دفع مبلغ مالي كمقابل للدخول إلى الشبكة، و يكون تنظيم الدخول إلى الشبكة عن طريق إعلان الأسعار التي ستدفع كمقابل للدخول و هذه الطريقة التي تسمح بالدخول إلى الشبكة تستعمل في عدة مجالات من بينها الاتصالات الإلكترونية<sup>1</sup>.

فعلى سبيل المثال منحت الدولة الجزائرية رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية النقالة من الجيل الرابع و استغلالها و توفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور لإتصالات الجزائر شركة ذات أسهم و ذلك بدفع جزء ثابت حدد في الرخصة بخمسة ملايين دينار جزائري أما الجزء المتغير فيحدد في دفتر الشروط، مع كون الرخصة شخصية و لا يجوز التنازل عنها<sup>2</sup>.

## 2- الدخول غير المباشر أو الدخول التفاوضي

يعني أنه تم منح إحتكار لمعامل واحد لهذه الشبكة و لكن بالمقابل مسير الشبكة يضمن دخول منافسيه لهذه الشبكة و استعمالها لمزاولة نشاطهم دون أن يكون لهم حق تسيير الشبكة و يكون الدخول إليها عن طريق التفاوض مع مسير الشبكة كما أن ممارس النشاط يكون في تبعية اقتصادية إزاء مسير الشبكة و تستعمل هذه الطريقة في الدخول إلى الشبكة في مجال النقل لا سيما عبر السكك الحديدية و كذا في مجال توزيع الكهرباء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - BERLIN Dominique , « L'accès au marché français des télécommunications », A.J.D.A., n° 5, mars – avril 1997, p.p., 230-233.

<sup>2</sup> -مرسوم تنفيذي رقم 16-235 ، مؤرخ في 4 سبتمبر 2016 ، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية النقالة من الجيل الرابع و استغلالها و توفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة "إتصالات الجزائر للهاتف النقال" شركة ذات أسهم، ج ر ج عدد 52، مؤرخ في 4 سبتمبر 2016.

<sup>3</sup> - BENABDALLAH Mohammed Amine, « La gestion délégué du service public au Maroc », R.E.M.A.L.D., n° 92, mai – juin 2010, p14.

في القانون الجزائري يمكن للدولة المالكة لشبكة السكك الحديدية أن تمنح امتياز الاستغلال و الانجاز إلى مؤسسة واحدة أو عدة مؤسسات للنقل بالسكك الحديدية الخاضعة للقانون الجزائري<sup>1</sup> و واقعيًا نجد أن امتياز تسيير المنشآت القاعدية و امتياز استغلال خدمات النقل التقني و التجاري منح للشركة الوطنية للنقل عبر السكك الحديدية ولا نجد منافس له و هذا القطاع يعرف احتكار واقعي فعلي رغم أنه قانونا يخضع لمبدأ المنافسة الحرة.

مثلا تعد شبكة السكك الحديدية الجزائرية ملكاً للدولة الجزائرية<sup>2</sup> و ليست ملكاً للشركة الوطنية للنقل عبر السكك الحديدية بل الشركة تستغلها لوحدها كما أن عليها صيانتها أو إقترح مشاريع جديدة لتوسعتها أو تطويرها في إطار ممارسة امتيازها في تسيير المنشآت القاعدية.

و بالمقابل يمكن لكن شركة تم الترخيص لها مستقبلا بممارسة نشاط النقل عبر السكك الحديدية أن تتفاوض مع الشركة الوطنية للنقل عبر السكك الحديدية للسماح لها باستغلال الشبكة لممارسة نشاط النقل دون حق تسيير الشبكة و سميت هذه الطريقة للدخول إلى الشبكة بطريقة التفاوض نظرا لوجود المتعاملين الجدد في وضعية تبعية إزاء مسير الشبكة.

### 3- فرض شروط غير تمييزية للدخول إلى الشبكة

يقصد من خلال ذلك استفادة المتعاملين الجدد من استغلال الشبكة بنفس شروط استغلالها من طرف المتعامل المهيمن على السوق، بحيث يجب على المتعامل المهيمن على السوق أن يقترح على منافسيه مبالغ مالية متماثلة لتلك المفروضة على الهياكل التابعة له<sup>3</sup>.

وفي هذا السياق و في مجال الاتصالات السلكية و اللاسلكية إعتبر كل من مجلس المنافسة و القضاء الفرنسيين، أن عدم فرض المتعامل العمومي للهاتف النقال سعر واحد

<sup>1</sup> - المادة 21 من القانون رقم 03-01، المؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، ج ر ج جعدد44 المؤرخ في 8 غشت 2001، المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> - أنظر المواد 21، 22، و 23 من القانون رقم 03-01، المؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 413.

لبيع قاعدة بيانات الدليل الهاتفي على كل من الفروع التابعة له و المتعاملين الجدد ممارسة منافية للمنافسة الحرة<sup>1</sup>.

كما يدخل أيضا في مجال دخول الشبكة بشروط غير تمييزية الإلتزام ببيع نفس الخدمة و بنفس الجودة إلى كل المتعاملين ، بحيث إعتبرت هيئة المنافسة الفرنسية ممارسة مقيدة للمنافسة الحرة بيع المتعامل العمومي للهاتف النقال لخطوط الاشتراك الرقمي غير متكافئة (ADSL) و هي تقنية الاشتراك بالانترنت عن طريق خط هاتفي إلى فروعه مكتملة و مؤهلة و محينة عكس الخطوط التي باعها إلى متعاملين آخرين منافسين له<sup>2</sup>.

#### 4- فرض تسعيرة التكلفة للدخول إلى الشبكة

يكون ذلك عن طريق تحديد للمتعاملين تسعيرة إستنادا إلى التكلفة التي تحملها مسير المنشأة بحيث يتم تحديد المبالغ المالية التي تفرض على المتعاملين على أساس تسعيرة التكلفة و يتم نشرها و إعلام المتعاملين بها مع ضرورة فتح المجال لفرض زيادة عندما تسمح أوضاع السوق بذلك في حالة مصادفة مشاكل في الشبكة أو في المنشأة القاعدية كمثلا وجود حمل زائد أو تشبع<sup>3</sup> saturation de l'infrastructure.

يخضع المتعامل العمومي لرقابة سلطات الضبط سواء القطاعية منها أو العامة لغرض منعه من ممارسة أسعار تعسفية من خلال اتخاذ أوامر توجيه تلك الاسعار إلى تكلفة الخدمة و كلما تم تخفيض الأسعار كلما سمح ذلك بدخول متعاملين جدد إلى الشبكة رغم الحماية التي يتمتع بها المتعامل العمومي، بالإضافة إلى حماية المستهلك من الدفع المزدوج للهامش

<sup>1</sup> - لقد أصدر مجلس المنافسة الفرنسي أمرا لشركة فرنسا تيليكوم بالوقف الفوري لهذه الممارسات فقامت تلك الشركة بالطعن أمام محكمة باريس التي قامت بإلغاء المر الصادر من مجلس المنافسة لعيب شكلي و لكنها أصدرت حكما قضائيا يتضمن نفس موضوع القرار الصادر من مجلس المنافسة الفرنسي، أنظر في ذلك:

CONC. CONC., décn° 02-D-41 du 26 juin 2002, relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de la société France télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).

MERVEN Tomas, « Abus de position dominante, téléphonie mobile, tribunal de commerce de Paris, 8ème chambre, n° 1566, 27 septembre 2000, S.A., SFR., c/ S.A., France télécom », *revue de jurisprudence commerciale*, ancien journal des agréés, 4ème année, n° 12, décembre 2000, p.p., 357- 365.

<sup>2</sup> - CONC. CONC., déc n° 07-D-33 du 15 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par France télécom dans le secteur de l'accès à internet haut débit, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) .

<sup>3</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 424-423.

الربحي للخدمة النهائية وخدمات الوسيط، كما أنه لا يمكن تغيير و الزيادة من مبلغ الأتاوى إلا بعد تقديم تبريرات وكذا الخضوع لرقابة مسبقة مع دائما الاحتفاظ بإمكانية التنبؤ بالزيادة، و على العموم يجب أن يكون السعر المفروض على الدخول إلى الشبكة ضامنا لمسيرها استمرارية الاستثمارات التي يقوم بها<sup>1</sup>.

### ثانيا: محتوى الشبكة

الدخول إلى الشبكة يعني الاستفادة من المنشآت القاعدية التي تكونها و ذلك نظرا لعدم إمكانية و استحالة إقامة منشآت مماثلة في بعض الأحيان، و في البعض الآخر صعوبة إقامة و تكرار الشبكة بل أن المبدأ هو تقسيم الشبكة إستنادا إلى مبدأ المنافسة الذي يقضي بالمساواة و عدم التمييز بين المتعاملين لكن بشرط ألا يتمتع الهيكل المكلف بإدارة و توظيف الشبكة بحق استغلالها و ذلك لعدم جواز الجمع بين صفتي الحكم و الخصم في نفس الوقت<sup>2</sup>.

### 1- تعريف المنشآت القاعدية

تعتبر من المنشآت القاعدية الأساسية مجموعة من المنشآت أو الأملاك أو خدمات توضع في يد مؤسسو واحدة في وضعية هيمنة على السوق، و ما يميز هذه المنشأة أنها ليس من السهل إعادة إنشائها أو انتاجها، مع كون استعمالها من طرف المتعاملين المتنافسين ضروري لمزاولة نشاطهم في السوق المعنية، في بداية الأمر كانت هذه المنشآت ذو طابع مادي : كالموانئ و المطارات و الأنفاق و محطات انتاج الماء الصالح للشرب،.....إلخ، و لكن أصبح هذا المصطلح يطبق على أملاك غير مادية مثل قاعدة البيانات، قائمة المشتركين في الهاتف، برامج و أنظمة تستعمل في الإعلام الآلي كتقنية حجز تذاكر القطار....إلخ.

مثلا تتكون المنشآت القاعدية في مجال النقل بالسكك الحديدية على وجه الخصوص من أراضي الرحاب، المنشأة القاعدية للسكة الحديدية، المنشآت الفنية، ممرات التقاطع مع السكة الحديدية، الهيكل الأفقي للسكة و تجهيزات الأمن و الإشارة و الاتصالات السلكية و

<sup>1</sup>- BERTRAN Philippe, « La libéralisation du marché français des télécommunications », in, GURRAOUI Driss, EL AOUFI Noureddine et BARREAU Jocelyne, (s/dir), le devenir du service public comparaison France – Maroc, les éditionstoubkal et l'harmattan, Rabat, 1997, p.p. 172-175.

<sup>2</sup>- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit. p 414.

اللاسلكية، تجهيزات النقل، و توزيع الكهرباء لجر القطارات، بناية المحطات و المواقف و المحطات النهائية للمسافرين و البضائع، و البنايات المخصصة لخدمة المنشآت القاعدية<sup>1</sup>.

على العموم لا يمكن رفض حق الاستفادة أو استغلال المنشآت القاعدية إلا على أسس موضوعية مثل تشبع المنشأة saturation de l'infrastructure، كما أنه يقع على عاتق المكلف بتسيير المنشأة مجموعة من الالتزامات تتمثل أهمها في:

- ضمان حق دخول المتعاملين الخواص إلى المنشأة القاعدية و الاستفادة منها<sup>2</sup> و لا يحق لمسير المنشأة أن يرفض طلب المتعاملين باستغلالها خاصة إذا كان رفض استغلالها يخلو من أي أسباب موضوعية و إنما جاء لهدف تقييد المنافسة في السوق و إخراج المتعاملين منه، ككون قرار رفض الاستغلال يسعى إلى منع منافسيه من تسويق منتج جديد يطلبه المستهلكين بصفة أساسية.

ويمكن لقرار الرفض أن يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا كتماطل مسير المنشأة في الرد أو استعمال طرق مراوغة لغرض تعطيل منافسيه من الاستفادة من المنشأة، كما يمكن تصنيف قرار رفض استغلال المنشأة من الممارسات التعسفية إذا كان يمنع ويقيد فعالية المنافسة في السوق و ذلك بعد الاستناد إلى مجموعة من القرائن التي تبين نيته الحقيقية في تحقيق ذلك.

- يجب أن تكون الشروط التي يضعها مسير المنشأة من أجل الدخول إليها معقولة و لا يمكن أن يعامل المنافسين الجدد على أنهم يساهمون من تناقص أرباحه و يجب أن تضمن هذه الشروط ربح لمستغلي المنشأة، حيث سيتمكن المتعامل الذي يستغل الشبكة من أجل مزاوله نشاطه من تحقيق هامش ربحي و معقول و مقابل لتسويقه للمنتج خاصة أن

<sup>1</sup> -المادة 20 من القانون رقم 03-01، المؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> -GHAZAL Lakhdar, « Le nouveau management du service public au Maroc: cas de l'électricité, de l'eau et des autoroutes », in, GURRAOUI Driss, EL AOUI Nouredine et BARREAU Jocelyne, (s/dir), le devenir du service public comparaison France – Maroc, les éditions toubkal et l'harmattan, Rabat, 1997, p.p., 148-149.

الدخول إلى المنشأة و استغلالها سيفرض عليه قبوله أنشطة ملحقة ضرورة لإقامة منافسة فعلية<sup>1</sup>.

- يجب على مسير الشبكة ألا يتعسف في استغلال وضعيته المهيمنة على السوق من أجل التعسف و منه المتعاملين الآخرين من استغلال المنشأة، و يمكن في هذا السياق أن نميز بين سوق تسيير المنشآت القاعدية أين المتعامل العمومي التاريخي يحتل فيه وضعية هيمنة ممنوحة و محمية قانونا و بالتالي يمنع عليه منعاً باتاً أن يستغله للقضاء على منافسيه، و من جهة أخرى يمكن أن نكشف عن سوق أخرى و هي سوق ممارسة النشاط التي يطلب فيها المتعاملين لا تسيير المنشأة و إنما استعمالها فقط لتمكينهم من مزاوله النشاط<sup>2</sup>، كمثلاً طلب متعامل خاص من استعمال و استغلال شبكة السكك الحديدية من أجل مزاوله نشاطه المتمثل في النقل و لا علاقة له بتسيير أو صيانة أو إقامة سكك حديدية.

وعلى العموم يمكن تحديد المنشآت القاعدية استناداً إلى معيار عمودي و المتمثل في خاصية ضرورة المنشأة لممارسة النشاط الإقتصادي، و بالتالي تكتسب طابع المنشأة القاعدية كل منشأة يستغلها المتعامل بصفة ضرورية لتقديم خدماته للجمهور، أو أن عدم استعماله سيؤدي إلى عدم منافسة و بصفة فعلية المتعامل المسير للمنشأة.

أما المعيار الأفقي لتحديد المنشأة القاعدية هو غياب بديل كلي أو جزئي للمنشأة لكونها ذو طبيعة خاصة و كذا عدم امكانية إقامتها من جديد بحيث يجد المتعامل نفسه مجبراً على استخدامها لأداء نشاطه من جهة و من جهة أخرى استحالة في إقامة منشأة جديدة لهدره للمال و الوقت أو أن استحالة انشائها يعود لعدم امكانية قيام منشأتين في آن واحد مما يستوجب عليه الانسحاب من السوق، أمام غياب حل بديل منطقي من الناحية الإقتصادية<sup>3</sup>.

لقد جاء منع تعسف المتعامل العمومي التاريخي من استغلال وضعيته المهيمنة على السوق نتيجة ترسيخ المساواة التنافسية بين كل المتعاملين الناشطين في السوق الواحدة و

<sup>1</sup>- DEZOBRY G., La théorie des facilités essentielles, essentialité et droit communautaire de la concurrence, L.G.D.J., Paris, 2009, p 403.

<sup>2</sup>- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 423.

<sup>3</sup>- DEZOBRY G., La théorie des facilités essentielles, essentialité et droit communautaire de la concurrence, op.cit., p 420.

كذلك ظهرت نظرية في هذا الإطار تسمى بـ " نظرية المنشآت القاعدية " كآلية لتمكين المتعاملين من الاستفادة من استغلال المنشأة القاعدية وبصفة متساوية لممارسة نشاطهم.

## 2- مفهوم نظرية المنشآت القاعدية

تعتبر أملاك الدولة المناخ الملائم لنشأة المنشآت و الهياكل القاعدية الأساسية كما تعتبر المرافق العمومية الأرضية الخصبة لترسيخ نظرية المنشآت القاعدية التي تعني ضمان المتعامل المهيمن على المنشأة القاعدية الأساسية حق دخول منافسيه إليها لغرض استعمالها لتمكينهم من ممارسة نشاطهم مع ضرورة تطبيق شروط عادلة و غير تمييزية و ذلك لكونهم في تبعية إزاء هذه المنشأة القاعدية و لا يمكنهم مزاوله نشاطهم دون استعمالها<sup>1</sup>.

فتح المرافق العمومية الشبكية على المنافسة يستدعي التوفيق بين ندرة المنشأة القاعدية من جهة و كذا حق كل المتعاملين الذين يمارسون نشاطهم في السوق الاستفادة منها و استغلالها و لن يكون ذلك إلا من خلال منح حق تسيير المنشأة إلى متعامل واحد بصفة حصرية و قانونية مع ضرورة وضع على عاتقه إلزام ضمان استغلال الشبكة من طرف منافسيه لكونها ضرورية لمزاوله نشاطهم و لكن دون استعمال طرق احتيالية أو تمييزية تؤدي إلى تقييد المنافسة<sup>2</sup>.

منه فإن مجلس المنافسة عندما يستند على نظرية المنشآت القاعدية ليقمع ممارسة تعسفية ارتكها المتعامل المهيمن على المنشآت القاعدية كمثلا فرض سعر تمييزي لا يساهم فقط في ترسيخ مبدأ المنافسة الحرة في السوق و إنما يساهم و بصفة فعالة في فتح الشبكة من خلال ضمان حق دخول المتعاملين الجدد إليها.

بعبارة أخرى تعتبر نظرية المنشآت القاعدية طريقة لفتح المرافق العمومية الشبكية على المنافسة من خلال إلزام المتعامل المسير أو المراقب للمنشأة القاعدية ضمان حق دخول منافسيه إلى استغلال الشبكة بدون شروط تمييزية.

<sup>1</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 416-417.

<sup>2</sup> - MENARD Jean-Yves, « Service public et management : le cas des entreprises public en France », in, GURRAOUI Driss, EL AOUI Nouredine et BARREAU Jocelyne, (s/dir), le devenir du service public comparaison France – Maroc, les éditions toubkal et l'harmattan, Rabat, 1997, p.p. 125-127.

في غالب الأحيان ملكية المنشأة القاعدية ملك للدولة و هي التي تقوم بمنح حق استغلالها و تسييرها إلى متعاملين عموميين أو خواص يعملون لحسابها، و ذلك وفق اتخاذ قرارات إدارية ملزمة و لمدة محددة لا يمكن إلغائها أو التنازل عنها، كما يمكن تفويض تسيير هذه المنشآت القاعدية عن طريق عقد<sup>1</sup>.

كما أنه يمكن لهذه المنشآت القاعدية الأساسية أن تكون متصلة بمورد نادر أو هياكل ذو عدد محدود يمكن أن نذكر على سبيل المثال محدودية عدد خطوط السكك الحديدية الرابطة بين ولايتين و كذا جدول الرحلات المقيد بعدد ساعات اليوم في مجال النقل الجوي، و هنا مسير المنشأة سيمنح حق استغلالها بالنظر إلى قدرة تحمل هذه المنشأة مثلا الأخذ بعين الإعتبار عدد الطائرات التي يستطيع استقبالها المطار في فترة زمنية واحدة، كما يمكن للمنشأة القاعدية أن تتصل بظاهرة طبيعية كمثلا اتصالها بعدد الأرقام الممكنة في التقييم العشري مثلا و في هذه الحالة توسع الدولة ملكيتها على مثل هذه المنشآت القاعدية.

ومهما يكن يجب أن يمنح حق استغلال المنشآت القاعدية وفق أساليب موضوعية غير تمييزية و شفافة و بعد اتخاذ مجموعة من الاجراءات التي تختلف من منشأة لأخرى و لكن الهدف واحد و هو سيادة مبدأ المنافسة الحرة، و من بين الأساليب المستعملة العرض على المنافسة، القرعة في التقييم الهاتفي مثلا، أو مقارنة العروض<sup>2</sup>.

أو لما ظهرت هذه النظرية كان في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>3</sup>، و تم تطبيق هذه النظرية في الاتحاد الأوروبي لأول مرة من طرف اللجنة الأوروبية في قرار صادر عنها في 11 جوان 1992 في

<sup>1</sup> - كما هو الحال في قطاع النقل البري بحيث من خلال المادتين 23-24 من القانون رقم 03-01، المؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، المعدل و المتمم، مرجع سابق، يمكن تفويض تسيير المنشآت القاعدية للنقل عبر السكك الحديدية عن طريق منح امتياز بموجب اتفاقية .

<sup>2</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 415.

<sup>3</sup> - إتخذت المحكمة العليا الأمريكية قرارا قضائيا إعتمدت فيه على هذه نظرية المنشآت القاعدية في سنة 1912 و تعود حيثيات القضية إلى عرض على المحكمة العليا قضية تتمثل وقائعها في رفض متعامل مهيمن على منشآت قاعدية (موانئ و أنفاق) استغلالها من طرف متعامل آخر ينشط في مجال النقل عبر السكك الحديدية و هذا في إطار تنفيذ مشروع وضعتة الولايات المتحدة الأمريكية لتوسيع شبكة النقل عبر السكك الحديدية في الجهة الغربية للبلاد، فقد اعتبرت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن الهيمنة على المنشآت القاعدية أمر قانوني و مشروع لكون الغرض منه هو الاستجابة لمقتضيات المرفق العام، و من جهة أخرى إلزام شركة النقل بإنشاء شبكة السكك الحديدية لغرض استعمالها لمزاولة نشاطها و هو حل غير معقول و بعيد عن المنطق، لذا قامت بالموازنة بين حقوق كلا المتعاملين لتخرج بنتيجة

قضية معروفة باسم سلنك Sealink يتمحور موضوعها حول ميناء مدينة هولمهد Holyhead في إيرلندا و من خلال هذا القرار عرفت اللجنة الأوروبية المنشآت القاعدية على أنها " هي توصيلات أو معدات سيؤدي عدم استخدامها إلى عدم قدرة المتعاملين المتنافسين من إشباع حاجيات زبائنهم"<sup>1</sup>.

لقد سارت محكمة العدل الأوروبية على نفس المنوال من خلال الاستناد إلى نظرية المنشآت القاعدية في العديد من أحكامها لعل أهمها هي تلك التي فصلت بموجبها في قضية Magill و قضية<sup>2</sup> Oscar Bronner، بحيث من خلال هذه الأحكام وضعت مجموعة من الشروط لتطبيق نظرية المنشآت القاعدية و المتمثلة أساسا في كون أن استغلال المنسأة يكون ضروري لأداء الخدمة بحيث لا يوجد بديلا لها، أن يكون رفضا لاستغلال هذه المنشأة لغرض تقييد المنافسة، و ألا يكون الرفض مبني على أسباب معقولة و موضوعية، و تضيف شرطا رابعا يتعلق خصيصا بالحقوق الملكية الفكرية وهو أن يكون رفض الاستغلال يهدف إلى منع ظهور منتج جديد في السوق رغم الطلب المتزايد للجمهور عليه<sup>3</sup>.

انتقل تطبيق نظرية المنشآت القاعدية إلى فرنسا أين تم تطبيقه و لأول مرة من طرف مجلس المنافسة في سنة 1996 في قضية تتمثل وقائعها في رغبة شركة نقل الأشخاص عبر طائرة الهيلوكوبتر باستغلال مهبط للطائرات في إطار تنفيذ صفقة عمومية<sup>4</sup>، يتوالى تطبيق

---

مفادها هو إلزام المتعامل المهيمن على المنشآت القاعدية بضمان حق استفادة المتعامل الناشط في مجال النقل عبر السكك الحديدية من هذه المنشآت لكونها ضرورية و أساسية لمزاولة نشاطه و لا بديل لذلك، أنظر في ذلك:

DEZOBRY G., La théorie des facilités essentielles, essentialité et droit communautaire de la concurrence, op.cit., p 422 et suite.

<sup>1</sup> - قامت اللجنة الأوروبية بتعريف المنشآت القاعدية في القرار الصادر عنها في 11 جوان 1992 في قضية Sealink كما يلي: « des installations ou équipements sans l'utilisation desquels les concurrents ne peuvent servir leur clientèle, راجع في ذلك:

Com. Dec. N ° 11992E086SealinkHarbours Limited, journal officielle,C 224, 31/08/1992, p. 0029, <https://eur-lex.europa.eu>.

<sup>2</sup> - C.J.C.E. , 26 novembre 1998, Oscar aff , Bronner et CO.KG, C-7/97 , [www.doc-du-juriste.com](http://www.doc-du-juriste.com) .

<sup>3</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 420

<sup>4</sup> - CONS. CONC. Déc. N° 96-D-51 du 3 septembre 1996, relative à la pratique de la SARL Héli-Inter Assis-trance. , [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).

هذه النظرية في العديد من القرارات و أهمها هو القرار الصادر في 22 ماي 2002 أين تم وضع خمسة شروط لتطبيق هذه النظرية وهي:

- السيطرة على المنشأة القاعدية من طرف متعامل في وضعية احتكار أو وضعية هيمنة.
- الدخول إلى المنشأة القاعدية يجب أن يكون لازم و ضروري لمزاولة نشاط أولي سابق أو نشاط لاحق أو نشاط تكاملي للنشاط الذي يمارسه المتعامل المهيمن أو المحتكر للمنشأة.
- لا يمكن إعادة إقامة أو انتاج المنشأة من طرف المتعاملين المنافسين لمسير المنشأة لظروف اقتصادية معقولة.
- يجب أن يرفض مسير الشبكة طلب الدخول إليها و استغلالها دون توفر سبب جدي لذلك أو أنه يقبل الترخيص بالاستغلال و لكن بطريقة تمس بالمنافسة.
- يجب لمسير المنشأة أن يلتزم بمنح حق استغلالها لمنافسيه و لكن وفق شروط عادلة و غير تمييزية<sup>1</sup>.

أما في القانون الجزائري فنجد أن المشرع قد وضع بعض النصوص التي من خلالها بين لنا المنشآت القاعدية التي تكون بعض المرافق كما سبق و أن بيناه، أما من حيث التطبيق الفعلي لنظرية المنشآت القاعدية فيمكن القول أننا في المراحل الأولى من عملية فتح القطاعات المرفقية الشبكية على المنافسة مما يستدعي ترك الواقع العملي يختار الوقت المناسب للتعبير عن الأخذ بالنظرية علما أن عملية فتح المرافق العمومية على المنافسة لا تتم دفعة واحدة و إنما على مراحل بالإضافة إلى أن مقتضيات ضمان المصلحة العامة تستلزم ضبط المنافسة في مثل هذه المرافق المفتوحة أمام المبادرة الخاصة<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: ضبط المنافسة في القطاعات الشبكية من أجل حماية السوق

إن الجمع بين صفة المرفق العام و الطابع الصناعي للنشاط ينبغي الموازنة بين المنافسة من جهة و المصلحة العامة من جهة أخرى، و لتحقيق هذا التوازن استدعت الضرورة فتح

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie, « Règle de concurrence et exploitation des ressources essentielles » , J.C.P. A , n° 13, du 29 octobre 2007, p.p., 57-60.

<sup>2</sup>- CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, op.cit., p.p. 597 -603.

القطاع أولاً على المنافسة و إزالة إحتكارات الدولة لمثل هذه المرافق و ضمان المبادرة الخاصة فيها ثم بعد ذلك ضبط هذه المنافسة من خلال قياس كمي و وصفاً نوعياً لفتح السوق.

بالإضافة إلى رقابة الدخول إلى السوق فتكمن أيضا المهمة الضبطية في مراقبة تنظيم السوق، فبعدما كان مبدأ المنافسة يفسر بمفهومه الضيق من خلال جعله كإجراء يتم الإلتزام به عند إبرام العقود الإدارية من خلال ضمان حرية الدخول إلى السوق فقد إكتسب مفهوماً واسعاً و هو جعله كآلية لضبط المنافسة في القطاع المرفقي<sup>1</sup>، حيث إستناداً إلى مبدأ المنافسة الحرة يتنافس المتعاملين الإقتصاديين لإبرام اتفاقية التفويض و بعد إرساء الطلب العمومي و إختيار المفوض له سيتم تخصيص لهذا الأخير حقوق حصرية و استثنائية تجعله المستفيد الوحيد منها لضمان حماية المنتفعين من المرفق العام من مساوئ فتح السوق على المنافسة و الإكتفاء بأخذ محاسنها فقط (فرع أول).

ومن جهة أخرى منح الحقوق الحصرية ليس الوسيلة الوحيدة لضبط السوق بل تم انشاء سلطات ضبط عامة و قطاعية و ذلك لمراقبة المتعاملين الناشطين في ذلك القطاع و منع أي ممارسة مقيدة للمنافسة (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: مبدأ المنافسة كآلية لإنشاء إحتكار فعلي عند التنفيذ

يفتح السوق على المنافسة بموجب آليتين سواء من خلال الإعتماد على ترسيخ المنافسة في السوق أو داخل السوق la concurrence dans le marché الذي يعني طلب المتعاملين الخواص الدخول إلى سوق محمية لمزاولة النشاط بكل حرية و هو ما يطلق عليه اسم المنافسة الحرة، التي يمكن ترسيخها عن طريق جعل امكانية الدخول إلى المرفق ممكنة لكل متعامل ينشط في ذلك المجال و يرغب فيه<sup>2</sup>.

و بهذه الطريقة يتنافس المتعاملين الإقتصاديين بعضهم البعض و تحديد عروضهم بكل حرية، فالمنافسة تكون فعالة لتعدد الأعوان المتنافسين في نفس السوق أو جزء جوهري منه لأن وجود متعامل واحد ناشط في السوق مع ضمان حرية دخول المتعاملين الآخرين إليه سيجعل من فعالية المنافسة فكرة قابلة للمناقشة و إعادة النظر فيها.

<sup>1</sup>-NICINSKI Sophie , Droit public des affaires,op.cit., p.p. 71-79.

<sup>2</sup>- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 408- 409.

أما الآلية الثانية لفتح السوق فهي طريقة ترسيخ المنافسة من أجل السوق أو ما يسمى بالمنافسة المضبوطة، التي تعني تنافس المتعاملين الإقتصاديين من أجل الظفر و الحصول على حق ممارسة نشاط ممنوح لفترة زمنية محددة، و هي تتميز باستغلال مرفق في إطار اتفاقية تفويض تسيير مرفق عمومي التي ينتج عنها الإعتراف بحقوق حصرية و استثنائية لمبرمها في جزء من السوق بموجب عرض دقيق و لمدة زمنية محددة<sup>1</sup>.

المنافسة المضبوطة تبدأ من خلال تطبيق مبدأ المنافسة الحرة عند ابرام عقود تفويض تسيير مرفق عام و تكتمل بمنح حق تقديم الخدمة العمومية بصفة حصرية طوال مدة الإتفاقية، و بهذا ستنشأ وضعية إحتكارية بحكم أمر واقع المرفق العام (أولاً)، و كذا المصلحة العامة التي تعتبر كأساس لنظرية الإحتكار الطبيعي (ثانياً).

### أولاً: ضمان الحصرية عند التنفيذ بدلاً من تعميم المنافسة

رغم تشابه مصطلح الاحتكار بالحصرية و لكن يمكن التمييز بينهما من جانب أن الإحتكار لا يمكن إنشائه أو الإعتراف به إلا بموجب نص تشريعي باعتبار أن التشريع هو الذي يحدد ما إذا كان المرفق محتكر من طرف الدولة أو أنه يتم مشاركة الخواص في تسييره.

أما الحقوق الحصرية فيمكن منحها عن طريق التنظيم أو من طرف السلطة التنفيذية<sup>2</sup>، و يعرف الفقه الفرنسي الحقوق الحصرية على أنها إمتياز قانوني يمنح الحصرية في سوق معينة كما يمكن تصنيف ضمن الحقوق الحصرية كل حق يهدف إلى حجز تخصيص ممارسة نشاط أو تقديم خدمة على إقليم محدد لصالح هيكل واحد أو أكثر و الغرض من ذلك هو التأثير و بصفة أساسية على الهياكل الأخرى بجعلها غير قادرة على ممارسة نفس النشاط<sup>3</sup>.

إن تطور وظيفة الدولة من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة قد أثر على تنظيم و تسيير المرافق العمومية من خلال نقلها من إحتكار الدولة إلى المنافسة الحرة<sup>4</sup>، و لكن تطبيق

<sup>1</sup>-NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p 87.

<sup>2</sup>- TERNEYRE Philippe, « Secteur public et concurrence : la convergence des principes à propos de la liberté contractuelle », A.J.D.A., n° 35, du 15octobre 2007, p 1910 .

<sup>3</sup>- NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, op.cit., p.p.105 –106.

<sup>4</sup>- شهدت الدولة الجزائرية عدة تفويضات تسيير المرافق العمومية إلى الخواص بعدما كانت محتكرة من طرف الدولة مثلاً في مجال البريد و المواصلات السلوكية و اللاسلوكية ، فقد تم تفويض التسيير إلى متعاملين تاريخيين بعد فصل

أسلوب اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية سيجعل من مبدأ المنافسة إجراء إلزامي تستند عليه الهيئة المفوضة في مرحلة الإبرام عند انتقائها للعروض، أما في مرحلة تنفيذ العقد فلن تكون المنافسة مطلقة و حرة و كاملة و ذلك من خلال ضبطها عن طريق منح المفوض إليه حقوق حصرية على منشآت أو تقنية توزيع أو ممرات أو قنوات... إلخ التي تستعمل في تقديم الخدمة العمومية أو أن الحصرية تكون على رقعة جغرافية محددة و لمدة محدودة كحق أولوية المتعامل العمومي في أداء و تقديم تقنية معينة<sup>1</sup> قبل فتحها أمام المتعاملين الآخرين.

يمكن لهذه الحقوق الحصرية أن تضع صاحبها في وضعية إحتكارية بعد الاستئثار بالسوق ككل و في هذه الحالة نجد أن الدولة قد احتفظت بهذه الحقوق و ستمكن المتعاملين الخواص بالاستفادة منها عن طريق الترخيص لهم و كذا الالتزام بشروط الاستغلال، كما يمكن أن لا تؤدي هذه الحقوق الحصرية إلى الإحتكار باعتبار أن النشاط مفتوح على المنافسة و الحصرية تكون فقط في الحق في استغلال بعض المنشآت، بحيث لا يقضي ذلك على إقامة منافسة باعتبار أنه يمكن تقديم و توفير الخدمة استنادا إلى منشآت أو سبل و طرق أخرى<sup>2</sup>، و على العموم فإن هذه الحقوق الاستثنائية و الحصرية تمنح وفق شروط و كذا يتم مراقبة المستفيد من هذه الحقوق لغرض منع أي ممارسة تعسفية تقيد المنافسة<sup>3</sup>.

### 1- شروط منح الحقوق الحصرية

هناك مجموعة من الشروط التي تأطر ضبط المنافسة و تضيي الشرعية على إقامة حقوق حصرية أهمها تتمثل فيما يلي :

---

النشأطين بعضهما عن بعض و المتمثلان في إتصالات الجزائر (شركة ذات أسهم)، و بريد الجزائر (مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري) ، و ذلك بموجب المادة 12 من القانون رقم 03-2000 الملغى بموجب القانون رقم 04-18، المؤرخ في 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الإتصالات الإلكترونية، مرجع سابق، و استبدل نص المادة 12 بنص المادة 29 بالنسبة للأحكام المطبقة على بريد الجزائر و عرّف إتصالات الجزائر على أنه المتعامل التاريخي من خلال نص المادة 10 مطة 31 من النص الجديد.

<sup>1</sup> - بوطريكياميلود، "التدبير المفوض للمرافق العامة و المنافسة"، مرجع سابق، ص 185.

<sup>2</sup> - NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, op.cit., p 107.

<sup>3</sup> -براهمي فضيلة، " التسيير المفوض للمرافق العامة: معادلة متزايدة نحو المنافسة أم الإحتكار"، من أعمال الملتقى الوطني التسيير المفوض للمرفق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية يومي 27-28 أفريل 2011، ص ص 108-109.

- يجب أن يصنف النشاط ضمن مهام المرفق العام الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة و يعتبر حماية المرفق العام كضرورة لتحقيق الأمن العام و السلامة العامة و لن تتجسد هذه الحماية إلا من خلال حماية المفوض إليه من المنافسة التي يتعرض لها و يعتبر بمثابة مد يد العون للمفوض له لبلوغ مهام المرفق العام وعلى أحسن وجه، بالإضافة إلى أن حماية المرفق العام سيضمن تحصيل المفوض إليه لمقابلته المالي و تحقيق الربح و لكن لا يجب أن يكون هذا العامل الإقتصادي هو السبب الرئيسي من تقييد و ضبط المنافسة بل يجب أن يكون كنتيجة عرضية لأن الهدف الأساسي هو ضمان تقديم الخدمة العامة بجودة عالية و سعر في متناول الجميع<sup>1</sup>.

ولكون الدولة هي المسؤولة الوحيدة أمام مستعملي المرفق العام في توفير الخدمة العامة فإن هذا النشاط رغم تحريره و تفويض تسييره إلى الخواص و لكن لا يجب أن يسير بنفس الطريقة الذي يمارس فيه النشاط الخاص و يجب للمفوض إليه أن يحظى بحقوق و امتيازات تجعله في مرتبة أرقى من الشركات الخاصة.

ويظهر مهام أداء نشاط المرفق العام لمعامل ما في تحميله واجب تنفيذ سياسة اقتصادية، اجتماعية، ثقافية، أو بيئية تتولاها الدولة من خلال وضع على عاتقه مجموعة من إلتزامات ذو طابع خاص مقارنة بالمعاملين الآخرين<sup>2</sup>، و يمكن تصنيف ضمن مهام المرفق العام توزيع الكهرباء و الغاز، تسيير و معالجة بعض النفايات لأغراض بيئية، إقامة شبكة للهاتف، بث برامج تلفزيونية<sup>3</sup>،.....إلخ.

- يجب أن يقترن النشاط باستثمار من طرف الدولة و يقصد من ذلك أي أن الدولة قد استعملت امتياز من امتيازاتها كسلطة عامة لفتح المجال أمام الخواص للإستثمار فيه و ذلك

<sup>1</sup> - المشرفي أمال، " قراءة في القانون المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 80، 2008، ص ص 32-36.

<sup>2</sup> - العصري عبد الملك أحمد، " التأصيل النظري لمفهوم الإدارة و التدبير"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 106-105، 2012، ص ص 192-193.

<sup>3</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public des affaires,op.cit.,p 112 .

سواء عن طريق تفويض انفرادي بموجب قرار صادر بإرادة منفردة، أو عن طريق تمديد مجال و نطاق حقوق امتياز، أو عن طريق ابرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام<sup>1</sup>.

- عدم تأثير هذه الحقوق الحصرية و بصفة سلبية على الجماعة العامة كمثلا ما يتعلق بتوزيع المياه أين يتم منح حق حصري في استغلال الشبكة المحلية لتوزيع المياه الصالح للشرب إلى متعامل واحد و سيؤدي ذلك إلى التأثير و بصفة سلبية على الجماعة المحلية خاصة إذا كان هذا المتعامل عمومي و يحقق خسارة مما يستوجب تدخل الدولة عن طريق تقديم إعانات، و بمفهوم المخالفة يعني يجب أن تستفيد الجماعة العامة من منح هذه الحقوق الحصرية و يعود عليها بالنفع ضمنا للنظام العام<sup>2</sup>.

- يجب أن يشكل منح هذه الحقوق الحصرية استثناء و ليس الأصل و ذلك للإستفادة من محاسن المنافسة و استبعاد مساوئها، بحيث يبقى الأصل هو الحرية في مزاوله النشاط و تقديم الخدمة العامة بكل حرية، و يجب ألا تجعل هذه الحقوق الحصرية من صاحبها في وضعية احتكارية تؤثر سلبا على حرية المنافسة في أداء الخدمة العامة عن طريق تعزيز ممارسات مقيدة للمنافسة<sup>3</sup>، و يظهر لنا الطابع الاستثنائي في منح هذه الحقوق الحصرية من خلال تأطيرها سواء من حيث المكان حيث تمنح هذه الحقوق في رقعة جغرافية محددة و لا يتم تعميمها إلى غاية الاستحواذ على السوق، أو من خلال مدة الاستفادة منها فغالبا مت تمنح هذه الحقوق الاستثنائية لمدة زمنية محددة.

## 2- مراقبة الحقوق الحصرية

يكن حق الرقابة في منح للقاضي الإداري حق فرض رقابته على منح هذه الحقوق و مدى توفر شروطها فإذا كان النشاط الذي يؤديه المفوض إليه لا يدخل ضمن مهام المرفق العام فالقرار الإداري الذي يمنحه حقوقا حصرية لا يكتسب المشروعية و هو عرضة للطعن أمام القضاء الإداري، كما أنه يقع باطلا بطلان مطلق كل بند أو نص تتضمنه اتفاقية تفويض تسيير المرفق العامة يجعل من ضمان الحقوق الحصرية للمفوض له إلزام تعاقدية و ملزم

<sup>1</sup> - يحيى محمد، " قراءة نقدية لمفهوم التدبير المفوض على ضوء مستجدات القانون رقم 05-54 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 80، 2008، ص ص 25-28.

<sup>2</sup> - NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, op.cit., p 115.

<sup>3</sup> - TARDIEU Jean-Pierre, « Les modes de régulation des délégations de service public à l'étranger », A.J.D.A., n° 9 du 20 septembre 1996 p.605.

للهيئة المفوضة، بل ضمان مثل هذه الحقوق يدخل ضمن الامتيازات التي تتمتع بها الهيئة المفوضة ويكون برغبة منها وفق سلطتها التقديرية و لا يعتبر كواجب مفروض عليها بموجب بنود الاتفاقية<sup>1</sup>.

كما أنه يقع على عاتق القاضي الإداري مراقبة طريقة منح الهيئة المفوضة لهذه الحقوق الحصرية و الوصول إلى التأكد أنها لا تشكل و لا تدعم أي ممارسة من شأنها تقييد المنافسة الحرة، لأن منح المفوض له حقوق حصرية ستجعل بعض المتعاملين الخواص الآخرين في تبعية إزاء المفوض له مما يمكن لهذا الأخير أن يستغل هذا الوضع لممارسة أفعال تعسفية للقضاء على منافسيه، كما يمكنه أيضا أن يستغل وضعيته المهيمنة على السوق التي اكتسبها بطريقة مشروعة باعتبار أنه لا يمكن تصنيف الهيمنة على السوق من بين الأفعال المحضرة ذلك للتعسف و منع دخول متعاملين جدد إلى سوق الخدمة المؤداة<sup>2</sup>

يمكن للهيئة المفوضة أن تقوم بتوسيع نطاق تطبيق و ممارسة هذه الحقوق الحصرية مما يجعل المفوض إليه يحتكر السوق و لن تكون هذه الوضعية مشروعة إلا إذا تمكن المفوض إليه من اشباع حاجات المواطنين أو المرتفقين بصفة كاملة و شاملة أما إذا توصل إقتناع القضاء الإداري إلى عكس ذلك فالعقوبة تكون بإلزام الهيئة الإدارية بفتح المجال أمام متعاملين خواص جدد لمنافسة المفوض له<sup>3</sup>، لأن ضمان هذه الحقوق الحصرية قد فقدت مشروعيتها.

على العموم فإنه يقع على عاتق القاضي الإداري مراقبة مدى مشروعية اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام من خلال اتيانها بمقتضى ووفق القانون و كذا احترامها لكل النصوص القانونية سواء التشريعية أو التنظيمية و حتى الاتفاقات الدولية المصادق عليها من طرف رئيس الجمهورية لسموها على التشريع، و إذا إكتشف موقف مخالف فإنه من واجبه الحكم بعدم مشروعية تلك الأعمال الإدارية الصادرة من طرف الهيئة المفوضة سواء المتعلقة بإبرام اتفاقية التفويض، بالإضافة إلى التأكد من أن تقييد المنافسة جاء لتحقيق الصالح العام.

<sup>1</sup> - IDOUX Pascale, NICINSKI Sophie, et GLASE Emmanuel, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », op.cit. p 1196.

<sup>2</sup> - مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الإمتياز- الشركات المختلطة-bot- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 510-515.

<sup>3</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 259-261.

## ثانياً: المصلحة العامة كأساس لضمان الحصرية

من الخطأ الاعتقاد أن تحقيق المصلحة العامة لن يكون إلا من خلال تشجيع المبادرة الخاصة و منع تدخل الدولة، بل مقتضيات المرفق العام التي ترسخ فكرة المصلحة العامة هي التي تحتم و تفرض تدخل الدولة لتقييد بعض الحريات الفردية و ذلك مساهمة لتطور فكرة المصلحة العامة التي أصبحت نشاط بعدما كانت هدف تلبية لحاجات الأفراد المتنامية التي جعلت من الجودة و النوعية شروط مقترنة بالخدمة العامة مما أدى إلى تدخل الدولة لتحقيق ذلك من خلال مفهومين و هما الخدمة الشاملة و السعر في متناول الجميع.

### 1- ضمان الخدمة الشاملة

تعرف الخدمة الشاملة على أنها الخدمة التي تقدم على كافة التراب الوطني و بسعر في متناول الجميع و عادة ما تمنح هذه المهمة إلى المتعامل العمومي و لكن هذا لا يمنع من تقديمها أيضاً إلى متعاملين خواص شرط حصولهم على ترخيص مسبق لمزاولة النشاط و تسيير المرفق العام<sup>1</sup>، و يجب على مقدم الخدمة الشاملة أن يضمن الحد الأدنى للخدمة في جو تنافسي و عدم انقطاعها و وصولها إلى المناطق المعزولة خاصة الخدمات الإلزامية، و محافظاً في ذلك على المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام معززة بالجودة و النوعية ذو سعر في متناول الجميع<sup>2</sup>.

من خلال هذا التعريف يظهر لنا ضرورة ضبط المنافسة لتمكين شمولية الخدمة العامة لأن المنافسة الشديدة يمكن أن تحد من مجال نشاط المتعامل الإقتصادي و بالتالي لا تترجع على المستوى الوطني، بالإضافة إلى احتمال استعمال أساليب غير مشروعة من المتعاملين بهدف الضفر بأقصى مجال في السوق.

ظهرت الخدمة الشاملة في القانون الجزائري و لأول مرة في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية<sup>3</sup> من خلال الاعتراف بضرورة تقديم خدمة عامة للمواصلات السلكية و اللاسلكية

<sup>1</sup> - BERTRAN Philippe, « La libéralisation du marché français des télécommunications », in, GURRAOUI Driss, EL AOUI Nouredine et BARREAU Jocelyne, (s/dir), le devenir du service public comparaison France – Maroc, op.cit., p.p. 174-175.

<sup>2</sup> - CHEHAIBOU Damia, « Les services publics en réseau : entre garanties de l'intérêt générale et exigences de la concurrence loyale », revue du droit marocain, n 21 , juin 2013, p.p. 12-13.

<sup>3</sup> - المادة 8 فقرة 18 من القانون رقم 03-2000، المؤرخ في 5 غشت 2000، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، الملغى بموجب القانون رقم 04-18، المؤرخ في 10 مايو 2018، الذي يحدد القواعد

بجعل تحت تصرف الجميع القدر الأدنى من الخدمة تتمثل في خدمة هاتفية ذات نوعية خاصة، و كذا بث و ارسال المكالمات المستعجلة و تقديم خدمات استعلاماتية و كذا دليل هاتفي للمشاركين، في شكل مطبوع أو إلكتروني و تزويد كامل التراب الوطني بكامل الغرف الهاتفية المركبة على الأملاك العمومية، و هذا في إطار احترام مبادئ المساواة و الاستمرارية و العمومية و القابلية للتكيف.

يجب أن تهدف الخدمة العامة إلى ضمان النفاذ إلى الشبكة الهاتفية و كذا ديمومة تقديم الخدمة و استمراريتهما عن طريق الوصل بالشبكات العمومية، تحديد تعريفة بأسعار معقولة و نوعية الخدمة<sup>1</sup> و تشمل الخدمة الشاملة للإتصالات على التوصيل بواسطة غرف هاتفية و مركبة على الطريق العمومي، توصيل النداءات المستعجلة، تقديم خدمة الارشادات و دليل المشتركين<sup>2</sup>.

كما أن المشرع الجزائري عرّف الخدمة الشاملة في مجال البريد على أنها جعل تحت تصرف الجميع القدر الأدنى من الخدمة يتمثل في خدمة بريدية ذات نوعية و محتوى خاص موفر من طرف متعامل أو عدة متعاملين و بطريقة مستمرة و في جميع نقاط الإقليم البريدي و بسعر معقول<sup>3</sup>.

---

العامة المتعلقة بالبريد و الإتصالات الإلكترونية، مرجع سابق و قد قام المشرع الجزائري بتعريف الخدمة الشاملة للإتصالات الإلكترونية من خلال نص المادة 10 مطة 17 من القانون الجديد.

<sup>1</sup> المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 03-232، المؤرخ في 24 يونيو سنة 2003، يحدد مضمون الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها. ج ر ج عدد 39، مؤرخ في 29 يونيو 2003.

<sup>2</sup>-YAHIA Mohamed, « Nature juridique de l'abonnement au téléphone et contrat administratifs », revu marocaine des contentieux, n 2, 2004, p 65.

<sup>3</sup> جاء هذا التعريف لأول مرة في نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 03-232، المؤرخ في 24 يونيو 2003، يحدد مضمون الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، ج ر ج عدد 39، المؤرخ في 29 يونيو 2003، (ملغى)، إلا أنه من خلال القانون رقم 18-04، المؤرخ في 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الإتصالات الإلكترونية، مرجع سابق حدد المشرع الجزائري تعريف الخدمة الشاملة للبريد من خلال نص المادة 9 مطة 9 و قد نص أيضا من خلال نص المادة 8 منه على إنشاء صندوق لدعم الخدمة الشاملة للبريد و الخدمة الشاملة للإتصالات يسير من قبل لجنة متعددة القطاعات يرأسها الوزير المكلف بالبريد و الإتصالات الإلكترونية أو ممثله.

نظرا أن تقديم الخدمة الشاملة لا يدخل ضمن النشاطات المربحة أو التي تهدف خصيصا إلى تحقيق عائدات مالية بل يتم أدائها بنفس أداء الخدمة العامة في مرحلة احتكار الدولة للمرفق العام لذا ظهرت ضرورة تمويل الخدمة الشاملة و ذلك من خلال موردين<sup>1</sup> أساسيين:

- إشتراكات المتعاملين الجدد و التي تقدر بثلاثة بالمائة من رقم أعمالهم تدفع بشكل سنوي.

- ورود احتمال تقديم إعانات من طرف الدولة في حالة عدم كفاية الإشتراكات.

لضمان و تسهيل أداء الخدمة من طرف المكلفين بها و كذا تمكينهم من مضاعفة أرباحهم يكون من خلال شمولية الخدمة على كافة التراب الوطني، و لن يكون أبدا من جعل الخدمة سلعة متنافس عليها لأن هذا سيدفع بسعرها إلى أعلى مستويات له و لن يكون في متناول الجميع.

## 2- ضمان سعري متناول الجميع

تتأثر قيمة السعر بنسبة المنافسة في السوق فإذا كانت المنافسة تامة فإن هذا يعني أن السعر يخضع لقانون العرض والطلب و بالتالي يتم تحديد سعر الوحدة بتقسيم مجموع تكاليف الانتاج على عدد الوحدات، مما يؤدي إلى الاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية مما يمكن من تخفيض تكاليف الانتاج و من ثم تخفيض السعر وكلما تميزت مؤسسة انتاجية من غيرها من المؤسسات التي تنتج في نفس القطاع استطاعت الاستحواذ على أكبر حصة من السوق و بالتالي فإن المنافسة التامة ستؤدي إلى اقضاء المؤسسات غير كفؤة، كما أن دخول

<sup>1</sup> - المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 17-106، المؤرخ في 5 مارس 2017، يحدد مضمون الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، ج ر ج ج عدد 16، المؤرخ في 8 مارس 2017، معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 17-279، المؤرخ في 9 أكتوبر 2017، ج ر ج ج عدد 60، المؤرخ في 19 أكتوبر 2017، يلغي المرسوم التنفيذي رقم 03-232، المؤرخ في 24 يونيو 2003، الذي يحدد مضمون الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها.

متنافسين جدد إلى السوق سيؤدي إلى زيادة الطلب و بالتالي انخفاض الأسعار إلى جانب جودة السلعة<sup>1</sup>.

أما في القطاعات التي تقدم خدمة عمومية فإنه لا يتم العمل بالمنافسة التامة بل يتم ضبط المنافسة فيها وهذا للحفاظ على مصلحة المستهلك بدرجة أساسية، و الملاحظ في مثل هذه المرافق أن تكاليف إنتاج الخدمة ثابتة فمثلا معظم تكاليف شركات الكهرباء مركزة في تكاليف المولدات و التمديدات كما تتمثل تكاليف إنتاج الماء في تكاليف محطات التحلية و تمديدات نقل الماء و كذلك في مجال النقل عبر السكك الحديدية أين تنحصر تكاليف الإنتاج في السكك و القطارات، لذا لحساب سعر الخدمة فإنه يتم تقسيم مجموع تكاليف الإنتاج - عدد ثابت- على عدد الوحدات - عدد متزايد- و هو يمثل عدد المستهلكين و المنتفعين من الخدمة فمثلا في مجال الاتصالات اللاسلكية يكتسب المشتركين صفة الوحدة الانتاجية و يعتبر كذلك عدد المنازل المزودة بالماء في مرفق توزيع المياه الصالحة للشرب<sup>2</sup>.

منه ينتج من هذه العملية الحسابية السعر الذي يكون دائما في تناقص و ذلك لزيادة المنتفعين لهذه الخدمة لأنهم ليسوا مجرد مستهلكين يهدفون إلى إشباع حاجياتهم بأكبر قدر ممكن فخدمات المرفق العام هي خدمات اجتماعية لا يمكن الاستغناء عنها<sup>3</sup>، و الانتفاع بها هو استهلاك محدود بحيث لا يمكن للشخص أن يحد من الانتفاع من هذه الخدمات أو التقليل منها بل يستوجب الأمر استهلاكها عقلا نيا لهذه الخدمة نظرا للإحتياج و الطلب المتزايد عليها لارتباطها بمصدر نادر(الماء مثلا)<sup>4</sup>.

و لكي لا تفسح الدولة المجال أمام المتعاملين أصحاب الامتياز التعسف في استعمالهم الحقوق الحصرية المضمونة لهم فإن الدولة هي التي تتدخل و تقوم بتحديد التعريفات التي تدفع مقابل الخدمة المؤداة، و كذا عن طريق إنشاء هياكل للضبط تراقب المتعاملين و تضبط

<sup>1</sup> - الدسوقي محسن إبراهيم، الخدمات العامة و آليات السوق: المنافسة و إبرام العقود و الإدارة العامة الجديدة، مركز البحوث لمعهد الإدارة العامة لمكتبة الملك فهد للنشر، الرياض، 2003، ص ص 99-128.

<sup>2</sup> - بري زين العابدين بن عبد الله، خصخصة المشروعات العامة (منظور إقتصادي)، مرجع سابق، ص 34.

<sup>3</sup> - بوطريكياميلود، "التدبير المفوض للمرافق العامة و المنافسة"، مرجع سابق، ص 186.

<sup>4</sup> - EMMANUELLE C, Droit et économie de la concurrence dans le régime de passation de la délégation de service public recherche d'efficacité concurrentielle en régime de délégation de service public, op.cit, p.p.19- 20.

نشاطهم كمثلاً منح لهم تراخيص الاستغلال، بالإضافة إلى مراقبتهم للكشف عن أي ممارسة مقيدة للمنافسة.

### الفرع الثاني: نقل أسلوب الضبط إلى القطاعات المرفقية

إن فتح القطاعات المرفقية على المنافسة لا يعني على الإطلاق الانسحاب الكلي للدولة و تسييرها ذاتياً من طرف الخواص و ذلك لإستحالة التجسيد الفعلي لفكرة التسيير الذاتي لأسواق المرافق العمومية، لذا تم تطبيق فكرة " الضبط"<sup>1</sup> لما لها من أهداف في تحقيق المصلحة العامة و حماية المرتفقين من خلال تقديم خدمة ذو نوعية و جودة و سعر معقول، و قد ظهرت فكرة الضبط لأثار إخضاع المرافق العمومية لقانون المنافسة أين نتج عنه فصل مهمة التسيير عن مهمة الضبط اللتان كانتا في يد هيكل واحد و هو المتعامل العمومي.

تهدف فكرة الضبط إلى إقامة توازن في سوق تم تحريره من إحتكار الدولة، و ذلك من خلال وضع هياكل و آليات تأطر حدة المنافسة الحرة في القطاع، لأن هذه المرافق التي هي في وضعية إنتقالية بتحولها من الوضعية الإحتكارية إلى وضعية تسود فيها المنافسة، عبارة عن مجازفة لإقتراها بعدة أخطار أولها يتمثل في إنشاء إحتكار واقعي للمتعامل العمومي بدل من المنافسة الحرة بالتالي ننتقل من إحتكار الدولة إلى إحتكار الخواص، لكن من خلال ضبط القطاع بالموازات مع تحريره سيتم القضاء على القطاعات المحتكرة لإقامة سوق تنافسية<sup>2</sup>.

أما الخطر الثاني الذي تعرفه هذه الوضعية الانتقالية هو إقامة منافسة حرة كاملة تؤدي إلى التأثير السلبي لمهام المرفق العام كإخضاع سعر الخدمة العمومية للمنافسة و قانون العرض و الطلب يجعله في تزايد دائم خاصة إذا عرفنا أن السلعة المقدمة في هذه المرافق تتميز بالندرة كالماء مثلاً، مما يؤثر سلباً على المستهلكين فتحقيق الصالح العام يستوجب تدخل الدولة عن طريق الضبط للإستفادة من إيجابيات المنافسة الحرة و استبعاد سلبياتها.

<sup>1</sup> - CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, op.cit., p 643.

<sup>2</sup> - LISSOUCK Félix François, « La régulation des services public en réseau : réflexions sur la recherche d'un équilibre entre l'ouverture à la concurrence et l'exigence de service public », revue de la recherche juridique, droit prospectif, n°2, 2005, p.p. 853-856.

## أولاً: هياكل الضبط

تسمى الهياكل التي وضعتها الدولة لضبط القطاعات المفتوحة على المنافسة بسلطات الضبط المستقلة و يمكن أن نميز بين نوعين من سلطات الضبط، قطاعية و عامة، و ما يميز مثل هذه الهياكل أنها تنفرد بخصوصية المرفق الذي تضبطه.

### 1- أنواع هياكل الضبط

تتمثل هياكل أو سلطات الضبط في الآتي:

أ- سلطة ضبط عامة و هي خصيصاً جاءت لضبط المنافسة و المتمثل في مجلس المنافسة<sup>1</sup> و الذي يتدخل في جميع القطاعات لضبط المنافسة فيها و على حد تعبير بعض الكتاب فإنها سلطة ضبط أفقية.

ب- سلطات الضبط القطاعية التي انشأت لإنهاء إلمام إختصاص الضبط و إختصاص التسيير في يد المتعال العمومي التاريخي و الهدف من انشاء هذه السلطات هو هدف مزدوج، فمن جهة تسهر على مراقبة المتعامل الذي هو في وضعية إحتكارية للمنشآت القاعدية الذي يمنع عليه عرقلة السير الحسن للسوق من خلال ممارسة نشاطه في دائرة إختصاص سلطة الضبط القطاعية، و من جهة أخرى تهدف سلطات الضبط القطاعية إلى ضمان المنافسة بين المتعاملين و تسهر على حسن أداء واجبهم في تقديم الخدمة الشاملة من خلال تقديم التراخيص مثلاً<sup>2</sup>.

هناك من يرى أن الضبط القطاعي بدأ من ضبط مبدأ المنافسة قبل أن ينتقل إلى ضبط المنافسة، و ذلك لكون أن مبدأ المنافسة لا يطبق بصفة مطلقة بل يعرف بعض الاستثناءات من خلال استبعاده متى استدعى ذلك ضرورة الحفاظ على الصالح العام، كذلك ضبط القطاع المرفقي الشبكي المفتوح على المنافسة يعني الأخذ بقواعد المنافسة لكن عدم جعلها

<sup>1</sup> - سنتناوله بالتفصيل لاحقاً في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة عند دراسة ضمانات حماية مبدأ المنافسة.

<sup>2</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 428.

القواعد الوحيدة التي تحكم السوق، و ذلك للحفاظ على التوازن المطلوب بين المنافسة من جهة و ضروريات المرفق العام من جهة أخرى<sup>1</sup>.

إن العلاقة التي تربط بين الضبط القطاعي و ضبط المنافسة يمكن أن تترجم من ثلاث زوايا، فهي علاقة تكامل بالدرجة الأولى حيث تقوم هيئات الضبط القطاعية بتحديد شروط دخول المتعاملين الجدد إلى السوق، و منه يمكن في بعض الأحيان أن تنظم و تأطر عملية الدخول إلى السوق و لو بصفة مؤقتة و نسبية و ذلك حفاظا على المرفق العام، كما تحدد سلطة الضبط القطاعية التزامات المتعاملين الجدد في السوق و شروط ممارستهم للنشاط و في حالة عدم الامتثال لهذه الشروط تتدخل سلطة ضبط المنافسة لقمع تلك التصرفات التي الغرض منها الحد و تقييد المنافسة.

ومن زاوية ثانية فإن مهام سلطة الضبط القطاعية هي مهام انتقالية "transitoire" أي أنها اتخذت كوسيلة مرافقة لفتح المرافق العمومية على المنافسة و عند بلوغ هذا الهدف و إقامة منافسة حرة يزول الضبط القطاعي ليعم ضبط المنافسة بصفة شاملة، و من زاوية ثالثة فإن الضبط القطاعي يعتبر أكثر سرعة و فعالية في ترسيخ المنافسة في القطاعات المرفقية مقارنة بضبط المنافسة<sup>2</sup>.

وعلى العموم فإن منح نفس الإختصاصات لكل من هيئات الضبط القطاعي - المتعددة و المنشأة في كل قطاع بالتقريب- و هيئة ضبط المنافسة خاصة فيما يتعلق بقمع الممارسات المنافسة للمنافسة الحرة يمكن أن يؤدي إلى تداخل الإختصاص بين هياكل الضبط، الذي يمكن حله من خلال منح مجلس المنافسة اختصاص طلب رأي سلطات الضبط القطاعية في حالة الكشف عن ممارسة في القطاع الموضوع تحت رقابتها<sup>3</sup>.

كما اعتبرت هيئة المنافسة الفرنسية أن تبني تأطير ضبطي قطاعي لاحق يكون استثناء في حالة توفر ثلاث شروط و هي: في حالة كون السير الحسن للمنافسة في السوق يصادف

<sup>1</sup> -CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, op.cit., p 653.

<sup>2</sup> - PERROT A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », revue française d'économie, vol. 16, 2002, p.p. 81-85.

<sup>3</sup> -للبحث أكثر في هذا الموضوع أنظر: شيخ أعمار يسمينة، توزيع الإختصاص ما بين مجلس المنافسة و سلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2010، ص ص 20-59.

عراقيل محدقة، و كذا عجز قانون المنافسة على الاتيان بحلول كافية و ملائمة، بالإضافة إلى ضرورة تناسب الاجراءات المتخذة مع تلك العراقيل المصادفة<sup>1</sup>، كما سايرت اللجنة الأوروبية هذا الرأي من خلال اعتبارها أن السلطة القطاعية تتدخل في حالة عجز قانون المنافسة على معالجة الإخلالات المتكررة في السوق المعنية<sup>2</sup>.

## 2- خصوصية الضبط المرفقي

أخذ المشرع الجزائري بسلطة ضبط وطنية لكل قطاع، على سبيل المثال هناك سلطة ضبط البريد و الاتصالات السلكية و لا سلكية، سلطة ضبط الكهرباء و الغاز.... إلخ و هي تنشط على المستوى الوطني و لكن الملاحظ أن مرفق المياه يختلف عن هذه المرافق الأخرى من حيث كونه مرفق شبكي محلي و ليس وطني<sup>3</sup> و ذلك لغياب شبكة وطنية لتوزيع المياه .

من الصعب نقل التجربة الضبطية إلى قطاع المياه مقارنة بالقطاعات الشبكية الوطنية الأخرى خاصة من حيث نجاعة هذا الأسلوب و من حيث النتائج المرجوة من الضبط المرفقي لهذا القطاع الذي لم يعرف سلطة الضبط إلا في سنة 2005 من خلال قانون المياه و لم تصدر النصوص التنظيمية له إلا في سنة 2008<sup>4</sup>، الذي نص على تنصيب سلطة ضبط قطاع المياه تنشط على المستوى الوطني و تتجاهل الشبكة المحلية لهذا القطاع، و قد تفتن المشرع الجزائري لهذه الثغرة من خلال إلغاء سلطة ضبط قطاع المياه و تحويل جميع الممتلكات و الحقوق و الإلتزامات و الوسائل إلى وزارة الموارد المائية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - AUT. CONC. Avis n° 11-A-05, du 8 mars 2011, relatif à une demande d'avis de l'ARCEP. Portant sur le troisième cycle des marchés de gros du haut débit et du très haut débit, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).

<sup>2</sup> - COM. Recommandation 2003/311/C.E., du 11 février 2003, concernant les marchés pertinents de produits et services dans le secteur des communications électronique susceptible d'être soumis à une régulation ex-ante, <https://eur-lex.europa.eu> ; DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 428.

<sup>3</sup> - عيساوي عز الدين، " ضبط المرافق العامة: نموذج مرفق المياه"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد2، 2010، ص ص 102-109.

<sup>4</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 08-303، مؤرخ في 27 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه وعملها، ج ر ج عدد 56، مؤرخ في 28 سبتمبر 2008 (ملغى).

<sup>5</sup> - ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-163، المؤرخ في 14 يونيو 2018، يتضمن إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 08-303، المؤرخ في 27 سبتمبر 2008، الذي يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه وعملها، ج ر ج عدد 36، المؤرخ في 17 يونيو 2018، لا سيما المادتين الأولى و الثانية منه.

يمكن القول أن فتح المرافق العمومية الشبكية على المنافسة في القانون الجزائري جاء نوعاً ما محتشماً نظراً لقلّة المؤسسات الناشطة في المرفق الواحد مثل قطاع الاتصالات السلكية و اللاسلكية التي تعرف تسييره من طرف ثلاث متعاملين للهاتف النقال، أما بعض القطاعات الأخرى فهي تعرف احتكار واقعي رغم فتحها قانوناً على المنافسة مثل مرفق النقل عبر السكك الحديدية و كذا قطاع توزيع الكهرباء و الغاز، مما يقر أن القانون الجزائري في مراحله الأولى لفتح القطاعات الشبكية على المنافسة خاصة أن تنظيم المشرع لتفويض تسيير المرفق العام كان في سنة 2015 إثر تعديل قانون الصفقات العمومية.

إن التأخر في وضع النصوص التنظيمية أولد فراغاً تشريعياً فعلى سبيل المثال تم النص على سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و التي وكل لها مهام إبداء آراء و توصيات للمصالح المتعاقدة حول إعداد و تنظيم الصفقات العمومية و متابعة تنفيذها، إعلام و نشر الوثائق المتعلقة بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و المبادرة ببرنامج التكوين، البت في النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع الأجانب...إلخ، و تم الإحالة إلى التنظيم لتحديد كيفية سير هذه اللجنة<sup>1</sup>.

### ثانياً: آليات الضبط

تتولى سلطات الضبط المهام الضبطية من خلال إختصاصات ممنوحة بموجب القانون المنشأ لها، بحيث تتمتع باختصاصات تقليدية كانت ممارسة من طرف الدولة و لكن يتم إستصحابها في عملية التطبيق بأساليب و ميكانيزمات مرنة مقارنة بالاختصاصات التقليدية.

#### 1- تمتع سلطات الضبط باختصاصات تقليدية كانت مخولة للدولة

بالتمعن في مختلف الإختصاصات المخولة إلى سلطات الضبط نجدتها تتمتع ببعض الإختصاصات التي كانت سابقاً تتمتع بها الدولة تمارسها سواء من طرف السلطة القضائية أو من طرف السلطة التنفيذية.

<sup>1</sup> -المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

تتمتع سلطات الضبط إلى جانب السلطات الأخرى المخولة لها بالإختصاص القمعي الذي يجعلها تشارك في الوظيفة السياسيّة أو ممارسة ما يسمى بالأعمال السياديّة التي خول الدستور صراحة الحقّ في ممارستها إلى الدّولة<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى الإختصاص القمعي تتمتع بعض سلطات الضبط بسلطة تنظيمية حقيقية سواء باستصدار أنظمة عامة و مجردة أو قرارات فردية ملزمة، كما يكمن الإختصاص التنظيمي لبعض سلطات الضبط الأخرى في الحق في المشاركة في وضع التنظيمات من خلال إبداء آراء استشاريّة للحكومة في كلّ مشروع نصّ تنظيمي يخصّ القطاع الذي تضبّطه<sup>2</sup>، رغم أنه المؤسس الدستوري في الجزائر منح الاختصاص التنظيمي إلى كلّ من رئيس الجمهوريّة و الوزير الأوّل.

كانت مسألة الاعتراف بالسلطة التنظيميّة للسلطات الإداريّة المستقلّة في القانون الفرنسي محل جدل فقهي حاد إلا أنّ المجلس الدستوري تدخل لتأطير مثل هذا الاختصاص، ففي القرار رقم 378/96 الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي<sup>3</sup> المتعلّق بمدى دستوريّة السلطة التنظيميّة المخوّلة لسلطة ضبط مجال الاتصالات، أكّد أنّ مثل هذا الاختصاص يجب أن يكون محدوداً<sup>4</sup>، أيّ أن تمارس في حدود اختصاص سلطة الضبّط لا أكثر، كما يجب أن تخضع السلطة الإداريّة المستقلّة لرقابة القضاء و كذا الحكومة باعتبار أنّ الدستور جعلها هي صاحبة الاختصاص الأصلي بالسلطة التنظيميّة، كما يجب أن تتطابق الأنظمة التي

<sup>1</sup>-THIRION Nicolas, Libéralisations privatisations, régulations, aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles , marchés financiers ,télécommunications, médias, santé ,larcier , Paris , 2006, p 56 ; TEITGEN COLLY (C), " Les instances de régulation et la constitution ",R.D.P, n° 01 ,1990, p. 160.

<sup>2</sup>- ZOUAIMIA Rachid, "Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie", idara , n° 28 , 2004, p.74.

<sup>3</sup> - Conseil constitutionnel , Décision n° 96-378 ,DC ,du 23 juillet 1996, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) .

<sup>4</sup> -LEFEBVRE José , Le pouvoir de sanction, le maillage répressif " , in DECOOPMAN Nicole , s/dir, "le désordre des autorités administratives indépendantes , collection ceprisca Paris, 2002, p.98.

تتخذها السلطة الإدارية للقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية<sup>1</sup> وكذلك للأنظمة الصادرة عن السلطة التنفيذية احتراماً لمبدأ تدرج القوانين<sup>2</sup>.

## 2- ممارسة سلطات الضبط لإختصاصاتها بأساليب مرنة

لا تمارس سلطات الضبط الإختصاصات المنوطة بها بنفس الأسلوب و الطريقة التي كانت تمارس فيها من طرف الدولة، حيث تسعى سلطات الضبط القطاعية و سلطة ضبط المنافسة إلى تحقيق هدفها بضبط القطاع بأساليب مرنة و ميكانيزمات لينة مقارنة بالأنظمة و الأوامر و النواهي التي كانت الدولة تستعملها لممارسة اختصاصاتها.

من بين هذه الوسائل الحديثة المستعملة نجد ما يسمى ب " القانون المرن" الذي يقوم على فكرة أن فعالية القاعدة القانونية لن تتحقق باستعمال الأساليب التقليدية فقط التي تعبر عن إلزامية و ردعية النص القانوني (كالإختصاص التنظيمي مثلاً)، بل يمكن أن نحقق هذه الفعالية من خلال منح لسلطات الضبط الحق في التفاوض مع المتعاملين الإقتصاديين الناشطين في ذلك القطاع مما ينتج نصوص متفاوض فيها كأساس للإختصاص التفاوضي لسلطات الضبط<sup>3</sup> مما يهدف إلى تطبيق قواعد قانون المنافسة و لكن مجردة من الإكراه و الجبر.

بل يمكن القول أن المتعامل الإقتصادي كأنما تطوع من تلقاء نفسه للإلتزام بهذه القواعد، و من بين الإجراءات التي تستعملها مثلاً سلطة ضبط المنافسة تتمثل في نشر مبادئ توضيحية *ligne directive* عن طريق استصدار تقارير ، توصيات ، النشر عن طريق البيانات الصحفية، و كذا الاتصال مع المتعاملين ، توزيع كتيبات إعلامية، المشاركة في التظاهرات العلمية عن طريق المداخلات.

كما يمكن أيضاً لسلطة ضبط المنافسة نشر تقارير عن الممارسات الجيدة أو الأساليب المرغوب اتباعها *les modèles, les bonne pratiques* أو من خلال وضع مدونة تحدد فيها

1- جراي يمينة ، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدول كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2007، صص68-71 .

2- آيت وازو زائنة، "دراسة نقدية في سلطات الضبط المستقلة: في شرعية سلطات الضبط المستقلة " ، من أعمال الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية ، 23-24 ماي 2007 ، ص 360.

<sup>3</sup>- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 433.

قواعد السلوك les codes de conduite أو ما يسمى ب les boites à outils و هي وضع مجموعات وسائل أو وثيقة إطارية document-cadre un تبين من خلالها كيفية الالتزام بقواعد قانون المنافسة<sup>1</sup>.

وفقا للمادة 34 من قانون المنافسة يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح و إبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني<sup>2</sup> ، بهدف تشجيع و ضمان الضبط الفعال للسوق ، وتكمن وظيفة مجلس المنافسة في هذا المجال في تفسير قواعد قانون المنافسة لجعله "قانون مرن" بموجب نشر مبادئ توضيحية بالطريقة السالفة الذكر، مثلا فيما يتعلق بالترخيص لممارسة مقيدة للمنافسة سيبين مجلس المنافسة بموجب تقارير توضيحية سيبين كيفية تطبيق هذا الاجراء، مجال تطبيقه....إلخ.

يظهر لنا أيضا التطبيق المرن لإختصاصات المخولة لسلطات الضبط من خلال طريقة ممارستها للسلطة القمعية بحيث منذ 1989 أقر المؤسس الدستوري الفرنسي أن السلطة القمعية الممارسة من طرف سلطات الضبط لا يمكن أن يكون إختصاص قمعي عام بل تمارس هذا الإختصاص بشروط<sup>3</sup>.

أول هذه الشروط هو جعل الإختصاص القمعي يندرج ضمن الجزاء الإداري و لا يمكن ممارسته إلا لتحقيق الوظيفة الضبطية المنوطة بالهيكل، كما يجب أن تخضع سلطات الضبط أثناء ممارستها للسلطة القمعية لنفس المبادئ العقابية التي يخضع لها القضاء<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- DUMARAIS Bertrand, Droit public de la régulation économique, sciences po et Dalloz, Paris,2001, p.p. 68-105 ; FRISON ROCHE Marie Anne, et PAYET Marie-Stéphane "Droit de la concurrence", Dalloz, Paris, 2006, p.p. 25-39.

<sup>2</sup>- و من خلال أحكام هذه المادة و كوهلة أولى يمكن أن نفهم أن المشرع الجزائري قد منح لمجلس المنافسة إختصاص تنظيمي لكن عند العودة إلى تحديد مجال هذا الاختصاص لن نجد له حدود خاصة إذا علمنا أن مجلس المنافسة سلطة ضبط عامة تتدخل في جميع القطاعات و الإعتراف له بالاختصاص التنظيمي بهذه الطريقة سيجعله محل السلطة التنفيذية في ممارستها لهذا الاختصاص مما يدفعنا إلى القول أن مجلس المنافسة لا يتمتع بسلطة تنظيمية حقيقية خاصة و أن جميع التنظيمات الخاصة بالمنافسة صادرة من السلطة التنفيذية.

<sup>3</sup>-CONSEIL Constitutionnel, Décision n° 88-248 DC 17 janvier 1989, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>4</sup>- عيساوي عز الدين ، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2005، ص ص 85-95.

كمبدأ شرعية التجريم و العقاب، مبدأ التناسب، إحترام حقوق الدفاع، مبدأ الحياد.....إلخ، كما أنها لا يمكن أن تصدر عقوبة سالبة للحرية و قد تم تكريس هذه الحدود على الإختصاص القمعي المنوط بسلطات الضبط بغرض عدم إضفاء الصفة القضائية على هذه الهياكل المصنفة ضمن السلطات الإدارية، كما يراقب القضاء الإداري سلطات الضبط في ممارستها لإختصاصها القمعي حفاظا على مبدأ مشروعية الأعمال الإدارية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>- ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, éditions Houma, Alger,2005, p.p. 75-90.

## الفصل الثاني:

مراحل تكريس القانون الجزائري لمبدأ  
المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير  
المرفق العام

جاء إلزام المشرع الجزائري الهيئة المفوضة باحترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرامها لاتفاقية تفويض تسيير المرفق العام نوعاً ما متأخراً حيث لم يضع مادة قانونية صريحة وعمامة تتناول ذلك إلا من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد هياً أولاً المناخ الملائم لاستقبال المادة 209 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر حيث لا يمكن تجاهل أمر جد مهم و هو أن الأمر يتعلق باحترام مبدأ المنافسة في تفويض مرفق عام أي تسيير مرفق عمومي يقدم خدمة عمومية يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة و لسنا بصدد التحدث عن القطاع الخاص الذي يعتبر تطبيق مبدأ المنافسة حتمية و ضرورية تم التسليم بها في ممارسة النشاط التجاري.

وقد أزالته الدولة احتكار الهيئات العامة في تسيير المرافق العامة و فتح المجال أمام الخواص للمشاركة في تسيير المرفق العام و تقديم الخدمة العمومية من طرف أشخاص خاضعة للقانون الخاص تحت رقابة شخص عام عكس ما كان معروف هو أن الخدمة العمومية توفرها الدولة أو أحد فروعها أي شخص عام خاضع للقانون الإداري (مبحث أول).

ولم يكتفي المشرع الجزائري بوضع الأرضية الخصبة لغرس مبدأ المنافسة الحرة كمبدأ أساسي ينبغي احترامه أثناء إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، بل بدأ يعترف بهذا المبدأ تدريجياً فكانت البداية بفرض مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية كنوع من أنواع العقود الإدارية بعد ذلك، تم أفراد قطاع المياه بإجراءات خاصة به حيث ألزم الهيئة المفوضة باحترام مبدأ المنافسة في إبرامها لاتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه في سنة 2005 و بعد 10 سنوات أي في سنة 2015 يأتي قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لتعميم هذا المبدأ من خلال المادة 209 منه التي تحيلنا إلى المادة 5 من نفس القانون التي تنص على ضرورة احترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرام الصفقات العمومية و اتفاقية تفويض المرفق العام في جميع القطاعات (مبحث ثان).

## المبحث الأول: نقل المرفق العام من التسيير المباشر إلى تفويض التسيير

الملاحظ أن إلزام المشرع الجزائري الهيئة المفوضة باحترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرام عقود تفويض المرفق العام جاء نوعاً ما متأخراً مقارنة بالقوانين المقارنة، فعلى سبيل المثال نجد المشرع المغربي قد سن قانون خاص بتفويض تسيير المرافق العامة في سنة 2006 وهو القانون رقم 54/05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة الصادر في 14 فيفري 2006 و قد تضمن في مادته الخامسة إلزام المفوض القيام بالدعوى إلى المنافسة قصد ضمان المساواة بين المترشحين و موضوعية معايير الاختيار و شفافية العمليات و عدم التحيز في اتخاذ القرارات و تضيف المادة نفسها على أنه يجب أن تكون مسطرة إبرام عقد التدبير المفوض موضوع إشهار مسبق<sup>1</sup>.

أما في القانون الفرنسي فقد استعملت لأول مرة مصطلح تفويض تسيير المرافق العامة في قانون 6 فيفري 1992 في القانون الخاص بالإدارة اللامركزية للجمهورية ثم تم ترسيخ و تأكيد هذا النوع من العقود في التشريع الفرنسي عن طريق القانون رقم 93-122 المتعلق بالوقاية من الرشوة وشفافية الحياة الاقتصادية و الإجراءات العامة أو ما يسمى بقانون sapin الذي جاء بتعديلات جذرية حيث فرض في حالة إبرام العقود الإدارية التي تمنح فيها الإدارة الغير حق استغلال مرفق عام إتباع إجراءات شكلية ترتكز أساساً حول خلق جو تنافسي من خلال الإعلان وما جاء به هذا القانون كان غير مألوف تماماً في إبرام العقود الإدارية ففرض هذه القاعدة لم تغير فقط من إجراءات إبرام هذه العقود بل تسببت في إعادة النظر في العلاقة العقدية التي كانت تربط الإدارة بالمؤسسات الخاصة التي تتولى مهمة تقديم الخدمة العامة منذ منتصف القرن التاسع عشر<sup>2</sup>.

وفي القانون الجزائري فنجد المشرع الجزائري قد هياأ أولاً الأرضية اللازمة لتفويض تسيير المرافق العامة من خلال إزالة احتكار الهيئات العامة للخدمة العمومية و ذلك من خلال تعديل بعض القوانين كالدستور و قانوني البلدية و الولاية (المطلب أول) و بعد فتح هذه القطاعات الخدمائية أمام الخواص تم ضبط هذه القطاعات و إعادة النظر في طرق تسييرها

<sup>1</sup> - نكاوي سعيد ، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05/54، مرجع سابق، ص58.

<sup>2</sup> - BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, op.cit., p4.

حيث تم اعتماد عقد تفويض تسيير المرفق العام كعقد إداري يتم من خلاله تمويل المرافق العمومية ما يعرف بسياسة التمويل الخاص.

إن إبرام هذه العقود تكون وفق إجراءات محكمة و مغايرة لإجراءات إبرام العقود الإدارية التقليدية مما ظهرت ضرورة إعمال مبدأ المنافسة في اختيار الشركة الخاصة التي تتولى مهمة تقديم الخدمة العامة و تهدف من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة، لكن تقييد إبرام عقد التفويض بمبدأ المنافسة الحرة لم يكن مباشرة بموجب نص عام بل تم الاعتراف بضرورة إختيار المفوض إليه في جو تنافسي في بعض النصوص القانونية الخاصة ببعض القطاعات لكي في سنة 2015 يتم تعميم هذا المبدأ في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام (مطلب ثان).

**المطلب الأول: فتح القطاعات المرفقية على المنافسة بعد قصور أسلوب المؤسسة**

#### العامة

تعتبر الأزمات الاقتصادية و المالية و الحاجات الاجتماعية سببا في تغيير وظائف الدولة في المجال الاقتصادي بعدما كانت دولة متدخلة أصبحت دولة ضابطة و تركت المجال إلى الخواص في تسيير المجال الاقتصادي، أيضا هذه الأزمات نفسها شكلت العامل و الدافع الأساسي في خروج الدولة في سياسة احتكارها الأحادي لقطاعها العام و توجيهها نحو التعاون مع القطاع الخاص في إدارة و تسيير مرافقها العامة<sup>1</sup>، فإذا كان تسيير المرافق العامة قد انحصر سابقا بالدولة وحدها ذلك راجع إلى قلتها و قلة الحاجات العامة المرتبطة بنمط الحياة الاجتماعية و الإنسانية ككل، و بتوسع و تطور المرافق العامة المرتبط كذلك بتوسيع و اتساع الحاجات العامة هذا ما أدى إلى ضرورة فتح المجال للاستثمار في المرافق العامة للاستفادة بالتجربة الخاصة في تسييرها<sup>2</sup>.

في القانون الجزائري الأصل أن الخدمات العمومية من الواجبات الأساسية التي تقع على عاتق الدولة و مضمونة بنصوص دستورية، و لكن الملاحظ أنه هناك تراجع لاحتكار الدولة للمرافق العمومية فبعد أن حررت القطاع الاقتصادي و المالي و أنشأت ما يسمى بالسلطات

<sup>1</sup> - BIROUK Mohamed, « Quelques réflexions sur la modernisation de l'administration », revue marocaine d'administration locale et de développement, n° 25, octobre – décembre 1998, p 45.

<sup>2</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، مرجع سابق، ص ص 5-9.

الإدارية المستقلة كأسلوب مرن بدلا من التنظيمات التي كانت من خلالها تحتكر جميع القطاعات، فهي الآن تقوم بمنح فرصة إلى هياكل أخرى لتسيير المرافق العمومية رغم أنه المعروف في القانون الإداري أن الشخص العام الذي أنشأ المرفق العام هو الذي يتولى تسييره كما تتنازل عن وظيفتها الأساسية وبعض امتيازاتها كسلطة عامة بتوكيل مهمة تقديم الخدمة العمومية إلى أشخاص القانون العام (الفرع الأول) و أشخاص القانون الخاص (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: تفويض الخدمة العمومية للمؤسسة العامة

إن المتعارف عليه هو أن مهمة تقديم الخدمة العامة و تسيير المصالح العمومية يقع على عاتق الدولة و مؤسساتها، و لكن ما نلاحظه هو أنه تم التخلي على بعض المهام التي تدخل أساسا من اختصاص الجماعات الإقليمية<sup>1</sup> لصالح المؤسسة العامة.

من خلال استقراء نصوص قانون البلدية و قانون الولاية لسنة 1990 نجد أنهما فتح المجال لتفويض الخدمة العمومية لصالح مؤسسات عمومية أو تسييرها مباشرة من طرف الجامعات المحلية<sup>2</sup>.

تنص المادة 153 من قانون البلدية على أنه يمكن لبلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية و الذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها كما تنص المادة 146 من قانون الولاية على أنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن ينشئ مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي قصد تسيير المصالح العمومية، و من هاتين المادتين نفهم أنه تم تفويض مهمة الخدمة العامة لصالح المؤسسة العامة، كما تضيف المادة 154 من قانون البلدية و المادة 147 من قانون الولاية على أنه يمكن للمؤسسة

---

1 - مثلا تنص المادة 149 من القانون رقم 10/11، الصادر في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق، على أن البلدية تضمن سير المصالح العمومية البلدية التي تهدف إلى تلبية حاجات مواطنيها. أي أن القانون كلف البلدية بالسهر على تقديم الخدمة العامة.

2- أنظر المادتين 132 و 138 من القانون رقم 08/90 الصادر في 7 أبريل 1990، يتعلق بالبلدية، ج ر ع 15 صادر في 11 أبريل 1990، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 03/05 الصادر في 18 جويلية 2005، ج ر ع 50 الصادر في 19 جويلية 2005 (ملغى).

- وكذا المادة 130 من القانون رقم 09/90 الصادر في 7 أبريل 1990، يتعلق بالولاية، ج ر ع 15 صادر في 11 أبريل 1990، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 04/05 الصادر في 18 جويلية 2005، ج ر ع 50 الصادر في 19 جويلية 2005 (ملغى).

العمومية أن تأخذ شكل مؤسسة عمومية إدارية أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، بالتالي سنبين مفهوم المؤسسة العامة (أولاً) و كذا تطبيقات تفويض الخدمة العامة للمؤسسة العمومية (ثانياً).

### أولاً: مفهوم المؤسسة العامة

لقد ترتب على اختلاف المرافق العامة و تنوع الحاجات العامة التي يقدمها كل مرفق إلى الاختلاف أيضا في طرق تسييرها حيث يجب اختيار الطريقة المثلى في تسيير المرافق العامة بالنظر إلى طبيعة نشاط كل منها رغم حرية الدولة في الاختيار ما بين التسيير المباشر أو تفويض تسييره.

المؤسسة العامة أسلوب إدارة و تسيير المرافق عامة بواسطة الأشخاص العامة و تتشابه في هذه النقطة مع أسلوب الإدارة المباشرة، لكن المؤسسة العامة مرفق عام يتمتع بالشخصية المعنوية التي تجعله مستقلا نوعا ما عن الشخص العام الذي وضع تحت وصايته<sup>1</sup>، و سنتطرق إلى تعريف المؤسسة العامة و تبيان خصائصها.

### 1- تعريف المؤسسة العامة

عرفت المؤسسة العامة عند الأستاذ De-Soto على أنها: شخص إداري مستقل عن الدولة، و الجماعات المحلية مكلف بتسيير مرفق عام أو مجموعة من المرافق العمومية من نفس الطبيعة<sup>2</sup>.

وعرفت عند الأستاذ أحمد محيو على أنها: " شخص اعتباري إداري من النموذج التأسيسي و الهدف من إحداثها تأمين التسيير المستقل مرفق الدولة أو الولاية أو البلدية أو لشخص آخر"<sup>3</sup>.

أما الأستاذ سليمان الطماوي فقد عرفها بأنها: " مرفق عام يدار عن طريق مؤسسة عمومية عامة تتمتع بالشخصية المعنوية"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الأعرج، طرق تديير المرافق العامة بالمغرب، مرجع سابق، ص ص 64-65.

<sup>2</sup> - DE-SOTO Jean, Grands services publics, édition Montchrestien, Paris, 1971, p. 78.

<sup>3</sup> - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1985، ص

والمؤسسة العامة أكثر شيوعا وفعالية لتسيير المرفق العام و استعمل في البداية هذا الأسلوب لتسيير بعض المرافق ذات النفع العام لصالح الأشخاص المعوزة، ثم توسعت نظرا لنجاحها في تسيير المرفق العام بكل فعالية لتشمل النشاطات الفكرية، و استخدم هذا النوع من طرق التسيير للتخفيف من مهام و وظائف الإدارات المركزية فهي صورة للامركزية الإدارية، حيث تفوض الدولة لشخص معنوي عام الذي هو المؤسسة العامة تسيير مرفق عام و منحها الاستقلالية المالية و الإدارية لتحقيق الفعالية<sup>2</sup>.

## 2- خصائص المؤسسة العمومية

من خلال مختلف التعاريف التي قدمناها يمكن أن نستخلص الخصائص التالية :

أ - تتمتع المؤسسة العمومية بالشخصية المعنوية العامة؛ إذ يترتب على ذلك وجود المؤسسة العمومية ككيان مستقل عن الجهة المنشئة لها ومثال ذلك تملك حق المثل أمام القضاء، حق المتعاقدون في ترخيص مسبق من طرف الهيئة التي أنشأتها، و كذلك تمتعها بذمة مالية مستقلة، كما لها الحق في تلقي الهبات و الوصايا بالإضافة إلى تحملها تبعة أعمالها فتسأل عن أعمالها الضارة و كذا تمتعها بالحقوق و المزايا المقررة للسلطات الإدارية العامة<sup>3</sup>.

ب- تتمتع المؤسسة العامة بالاستقلالية؛ فرغم تمتع المؤسسة العامة بالاستقلالية إلا أنها تشكل صورة للامركزية الإدارية مما يستوجب مراقبة الإدارة المركزية لأعمالها، فالمؤسسة العامة مستقلة إداريا أي استقلال القائمين على إدارة المؤسسة العامة عن شخص القانون العام الذي أنشأها و عدم خضوع هؤلاء للسلطة الرئاسية لهذا الشخص العام بل يخضعون فقط للوصاية الإدارية و رغم تمتع السلطة الوصية بحق الإلغاء والتصديق ووقف التنفيذ إلا أنها لا يمكن أن تفرض إرادتها على المؤسسة العامة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني: نظرية المرفق العام و الإدارة العامة، دار الفكر العربي، الطبعة العاشرة، القاهرة، 1979، ص 63.

2- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، صص 69-70.

3- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 351.

4- مجد الأعرج، طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب، مرجع سابق، ص 66.

بالإضافة إلى الاستقلالية الإدارية تتمتع المؤسسة العامة بالاستقلالية المالية أي لها ميزانية خاصة مستقلة عن ميزانية الشخص المعنوي العام الذي أنشأها فتستقل بإيراداتها و نفقاتها.

بما أن مداخيل المؤسسة العامة منصوص عليها في ميزانيتها، فإن نفقاتها تكون كذلك مقررة فيها حسب ما تقتضيه القوانين و الأنظمة الجاري العمل بها، و هذه النفقات لا يكمن التصرف فيها إلا في حدود ترخيصات الميزانية المصادق عليها من طرف المجلس الإداري و التي حظيت بتأشيرات ممثلي وزارة المالية، و المعلوم أن هذه النفقات تتعلق بمجال التسيير و التجهيز والاستثمار للمؤسسة و ذلك لإنجاز مشاريعها علما أن المؤسسة العمومية خاصة الصناعية و التجارية منها مطالبة كذلك بالمساهمة في التنمية العامة<sup>1</sup>.

ج- قيام المؤسسة العامة على قاعدة التخصيص؛ فإذا كانت المؤسسة العامة تتمتع بالاستقلال الإداري و المالي يمنحها قدرا من الحرية في ممارستها لمهامها فإن الضرورة تقضي بتقييدها حرصا على تحقيق المصلحة العامة، و من بين هذه القيود نجد مبدأ التخصيص، الذي يعني أنه لا يمكن للمؤسسة العامة أن تخرج عن الهدف الذي أنشأت من أجله و عليها التقيد بالوظيفة التي حددها القانون المنشأ لها<sup>2</sup>.

ولضمان هذا المبدأ فإن المؤسسة العامة تخضع للوصاية الإدارية، فتملك السلطة الوصية حق رقابة المؤسسة العامة التي تحت وصايتها سواء بفرض الرقابة على أشخاص المؤسسة العامة عن طريق حق التعيين و الإقالة و العزل و التأديب، أو بفرض الرقابة على الأعمال من خلال الحق في المصادقة و الحلول والترخيص و الإلغاء<sup>3</sup>.

### ثانياً: دور المؤسسة العامة في تقديم الخدمة العامة

هناك عدة معايير لتصنيف المؤسسات العمومية فمن حيث مجال تدخل المؤسسة العامة يمكن التمييز بين المؤسسة العمومية الوطنية و المؤسسة العمومية المحلية ، أما من حيث طبيعتها فهناك المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و المؤسسة العامة

<sup>1</sup> - رضوان بوجمعة، قانون المرافق العامة، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، 2000، ص 90.

<sup>2</sup> - وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق لعامة، المؤسسة العامة و الخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص ص 68 - 70.

<sup>3</sup> - الصّروخ مليكة، العمل الإداري، دار القلم، الدار البيضاء، 2012، ص ص 81-85.

ذات الطابع الاقتصادي و المؤسسة العامة ذات الطابع الإداري، أما من حيث الوظيفة المنوطة بها فيمكن التمييز بين المؤسسة العامة ذات الطابع المهني و الثقافي و العلمي.

استنادا إلى قانوني البلدية و الولاية نجد أن الجماعة الإقليمية هي التي تضمن سير المصالح العمومية المحلية التي تهدف إلى تلبية حاجات مواطنيها سواء عن طريق التسيير المباشر أو في شكل مؤسسة عمومية محلية التي يمكن أن تتخذ شكل مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري<sup>1</sup>.

ولغرض مسaire موضوع الدراسة الذي ينحصر حول الدور الذي تلعبه المؤسسة العامة كهيئة عمومية تخضع للقانون العام فوضت لها مهمة تقديم الخدمة العامة فإننا سنتناول بوجه من التخصيص كل من المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري و المؤسسة العامة ذات الطابع الإداري.

1- المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري؛ حيث تخضع هذه المؤسسة إلى نظام قانوني مختلط<sup>2</sup>، فهي تخضع لأحكام القانون العام و القضاء الإداري في كل ما يتعلق بإنشائها و تنظيمها و إلغائها و تتميز في هذه الحال باستخدامها لأساليب القانون العام<sup>3</sup>. في حين أنها تخضع لقواعد القانون الخاص في كل ما يتعلق بممارسة نشاطها و هي تضم نوعين من المستخدمين فهناك ممن يصنف ضمن فئة العمال و هناك ممن يصنف ضمن فئة الموظفين، و يعد التفويض العقدي الأسلوب الأنسب لتفويض تسيير هذه المرافق<sup>4</sup>.

على سبيل المثال تم إنشاء " الجزائرية للمياه" التي كلفت وفق المرسوم التنفيذي رقم 101-01 المؤرخ في 21 أفريل 2001 على أنها مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع صناعي

<sup>1</sup> - أنظر المواد: 149- 150- 151 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق، و كذا المادتين 141 و 147 من القانون رقم 07/12، الصادر في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر ج عدد 12، المؤرخ في 29 فبراير 2012.

<sup>2</sup> - فحسب نص المادة 45 من القانون رقم 01-88، المؤرخ في 12 يناير 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الاقتصادية، ج ر ج عدد 2، المؤرخ في 13 يناير 1988، تخضع المؤسسة ذات الطابع الصناعي و التجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة و تعد تاجرة في علاقتها مع الغير.

<sup>3</sup> - وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، مرجع سابق، ص ص 75 - 80.

<sup>4</sup> - PLUNKET Anne, SAUSSIER Stéphane et HUET Freddy, « La dimension spatiale dans le choix des collectivités de déléguer leurs services publics : le cas de la distribution d'eau en France, revue d'économie industrielle, n°3, 2008, p.p., 45- 49.

وتجاري، و تحل هذه المؤسسة محل جميع المؤسسات و الهيئات العمومية الوطنية والجهوية و المحلية في ممارسة مهمة الخدمة العمومية لإنتاج المياه الصالح للشرب وتوزيعه<sup>1</sup>.

2- المؤسسة العامة ذات الطابع الإداري؛ فهي تخضع لأحكام القانون العام<sup>2</sup> فقراراتها هي قرارات إدارية و أموالها أموال عمومية، و يعتبر العاملون لديها هم موظفين<sup>3</sup>، و نزاعاتها تخضع للقضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي المحدد في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و يمكن للمؤسسة العامة ذات الطابع الإداري أن يتم تسييرها بالطرق التقليدية و هي التسيير المباشر كما يمكن تفويض تسييرها عن طريق التفويض الانفرادي<sup>4</sup>.

الملاحظ في القانون الجزائري أنه تم تحويل بعض المؤسسات و إعادة هيكلتها فمثلا تم إعادة هيكلة نظام الوكالة الوطنية للطرق و المرسوم التنفيذي رقم 05-249 المؤرخ في 10 جويلية 2005<sup>5</sup>، حيث كُيف هذا المرسوم هذه الوكالة بالمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري بعد أن كان طابعها إداري<sup>6</sup>.

كما أنه تم إلغاء هذا المرسوم في سنة 2016 و تم إنشاء مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع صناعي و تجاري تحت تسمية الجزائرية للطرق السيارة نتجت عن دمج الوكالة الوطنية للطرق السريعة للسيارات و الجزائرية لتسيير الطرق السريعة للسيارات<sup>7</sup> و تحل محلها في

1- أنظر: المادة الأولى و المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 01-101، المؤرخ في 21 أبريل 2001، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج ر ج ج عدد 24، الصادر في 22 أبريل 2001، المعدل و المتمم.

2- حسب المادة 43 من القانون رقم 88-01، المؤرخ في 12 يناير 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

3- وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، المؤسسة العامة و الخصوصية، مرجع سابق، ص ص 70-74.

4- RICHET Cédric, SOULE Bastien et DURAND Christophe, « L'approche économique de la gestion déléguée en question, le cas des complexes aquatiques, revue française de gestion, n°5, 2009, p.p. 43 – 48.

5- مرسوم تنفيذي رقم 05-249، مؤرخ في 10 جويلية 2005، يتضمن إعادة هيكلة نظام الوكالة الوطنية للطرق، ج ر ج ج عدد 48، الصادر في 10 جويلية 2005 (ملغى).

6- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, op.cit., op.cit., p 60.

7- ذلك من خلال المادة الأولى و الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 16-79، المؤرخ في 24 فبراير 2016، يتضمن إنشاء الجزائرية للطرق السيارة، ج ر ج ج عدد 12، الصادر في 28 فبراير 2016، و هو المرسوم ذاته الذي ألغى المرسوم التنفيذي رقم 05-249، المؤرخ في 10 جويلية 2005، الذي يتضمن إعادة هيكلة نظام الوكالة الوطنية للطرق، مرجع سابق، من خلال المادة 32 منه.

مهمة الخدمة العمومية لإنجاز و تسيير شبكة الطرق السريعة<sup>1</sup>، و هي صاحبة المشروع المفوض و تكلف بتنفيذ المخططات و الدراسة و إنجاز و صيانة مشاريع الطرق السيارة و كذا الملحقات الموكلة إليها وتكون الحقوق و الواجبات المترتبة عن هذه المهمة فيما يخص كل مشروع موضوع اتفاقية تفويض و من بين المهام الموكلة للمؤسسة إبرام كل الاتفاقيات و الاتفاقات المتعلقة بتسيير الملك العمومي للطريق السيارة الموكلة إليها و صيانتها<sup>2</sup>.

بعد أن تم منح حق تفويض تسيير الخدمة العمومية إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري فإننا نتساءل عن إمكانية المؤسسة التابعة للدولة الترشح إلى إعلان عن إبرام عقد تفويض؟

لقد أجاب مجلس الدولة الفرنسي على هذه الإشكالية في عدة قرارات صادرة عنه حيث أنه اعتبر بإمكان المؤسسة العمومية الترشح لنيل عقد تفويض و ذلك لانعدام أي نص قانوني يمنع ذلك و عدم مخالفة هذا الأمر لأي مبدأ معروف في القانون و لكن يتوقف ذلك على توفر مجموعة من الشروط لاسيما احترام حرية الدخول للمناقصة و تطبيق مساواة تنافسية في ذلك، عدم استعمال المؤسسة لامتيازاتها للظفر باتفاقية التفويض، و أخيرا يجب على المؤسسة العمومية الفصل بين مهمة المرفق العام و النشاط المربح<sup>3</sup>.

بعد أن تبين أن تفويض الخدمة العمومية إلى المؤسسة العمومية لا يختلف كثيرا عن التسيير المباشر للمرافق العمومية هذا ما أدى بالمشروع الجزائري إلى انتهاج أسلوب جديد في تقديم الخدمة العامة و ذلك عن طريق تفويضها إلى الخواص، لأن توفير الهيئات العامة الخدمة العمومية بواسطة تفويضها للخواص سيحقق الجودة و النوعية في أداء الخدمة العامة.

<sup>1</sup> - المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 16-79، المؤرخ في 24 فبراير 2016، يتضمن إنشاء الجزائرية للطرق السيارة، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - المادتين 8 و 9 من المرسوم التنفيذي رقم 16-79، المؤرخ في 24 فبراير 2016، الذي يتضمن إنشاء الجزائرية للطرق السيارة، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - C.E., N° 222208, du 8 novembre 2000, sté Jean-Louis Bernard, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr), indique indique « qu'un établissement public administratif peut se porter candidat à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public mais subordonne cette attribution à diverses conditions ».

- للتدقيق أكثر حول مدى توافق ترشح المؤسسة العمومية للإعلان عن إبرام عقد التفويض و مبدأ المنافسة أنظر: Mohammed Hajji, droit et pratique des services publics au Maroc de la concession à la gestion déléguée, op.cit., p.39.

## الفرع الثاني : تفويض الخدمة العامة إلى الخواص: بديل عن عجز الدولة في أدائها

رغم أن تدخل الدولة في تقديم الخدمة العمومية أمر ضروري إلا أنه لا يمكن أن يكون بيروقراطيا مع ضرورة مسايرة وسائل تدخل الدولة لمبادئ السوق، كما أنه احتكار الدولة للخدمة العامة تكلفها ضخ أموال طائلة للحفاظ على تناقص تكلفة إنتاج الوحدة بالزيادة في مستوى الإنتاج أمام الطلب الكبير لهذه الخدمة خاصة إذا كانت متصلة بمورد محدود، كما هو الحال بالنسبة للماء أو الغاز أو الكهرباء.

في هذه الظروف ستميل الاحتكارات إلى الظهور و إلى التقليل من الإنتاج ورفع الأسعار فوق التكلفة لتحقيق أرباح للمؤسسة و لكنه يقلل من الرفاهية العامة الإجمالية كما ينعدم الحافز إلى الابتكار و التغيير و نقص الفعالية الديناميكية بسبب نقص المنافسة بالإضافة إلى كون أن الهدف الأساسي للدولة هو إشباع الحاجات العامة هذا سيؤدي إلى مشاكل خارجية<sup>1</sup> ومثالها تلويث البيئة، استنزاف الثروات الطبيعية، وكذا ازدحام النقل نظرا للزيادة في عدد المركبات دون التنظيم المحكم لشبكة الطرقات.

الملاحظ في القانون الجزائري أن هنالك بعض المرافق العمومية التي لا يمكن تفويضها نظرا للطابع الخاص و المتصل بسيادة الدولة على ترابها الذي تتميز به كمرفق الأمن و الدرك و العدالة.... وغيره والتي بقيت محتكرة من طرف الدولة، أما المرافق العمومية الأخرى التي تلي من خلالها حاجات المواطنين عن طريق تقديم خدمة عامة فقد تم تفويضها إلى بعض الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص سواء أشخاص معنوية من الشركات الخاصة أو إلى أشخاص طبيعية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - الدسوقي محسن إبراهيم، الخدمات العامة و آليات السوق: المنافسة و إبرام العقود و الإدارة العامة الجديدة، مرجع سابق، ص ص 30-34.

<sup>2</sup> - و ما ينبغي الإشارة إليه أنه تم تفويض بعض المرافق العمومية إلى بعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الإقتصادي كما هو الحال بالنسبة لشركة الوطنية لتوزيع الكهرباء و الغاز تم تفويض لها مرفق الكهرباء و الغاز، والتي اعتبرت شركة ذات أسهم حسب المرسوم الرئاسي رقم 02-195، المؤرخ في أول يونيو 2002، المتضمن القانون الأساسي للشركة الجزائرية للكهرباء و الغاز المسماة سونلغاز شد أ، ج ر ج ج عدد 39، الصادر في 2 يونيو 2002، المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-212، المؤرخ في 2 يونيو 2011، ج ر ع 32 الصادر في 8 يونيو 2011. و حسب المادة 5 من الأمر رقم 01-04، المؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصصتها، ج ر ج ج عدد 47، الصادر في 22 أوت 2001، معدل و متمم بموجب الأمر رقم 01/08، المؤرخ في 28 فبراير 2008، ج ر ع 11، الصادر في 2 مارس 2008، فإن هذه المؤسسات تخضع للقانون الخاص.

إن تحديد الأشخاص الخاصة التي يمكن لها تقديم الخدمة العامة لا يثير أي إشكال و إنما الموضوع الذي يستحق الوقوف أمامه و تحليله بدقة هو تبيان ما هي الخدمة العمومية المفوضة، بمعنى آخر هو تحديد ما هي الخدمة العامة التي كانت سابقا تقدم من طرف الجماعة المحلية أو من خلال الهيئات الإدارية و أصبحت الآن تقدم من طرف الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص و تحت رقابة الأشخاص المعنوية العامة.

ويمكن تعريف الخدمة العامة بالنظر إلى وجود ثلاث خصائص أساسية وهي: وجود شخص من أشخاص القانون العام ينظم و يشرف على مرفق عام، تحقيق المصلحة العامة، و كذا إخضاع هذا النشاط سواء بصفة كلية أو جزئية إلى شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص<sup>1</sup>، و نظرا لهذا التعريف الواسع للخدمة العامة نجد أن المشرع الجزائري قد حاول تحديد الخدمة العمومية التي تم تفويضها إلى الخواص بموجب نصوص قانونية و ذلك من خلال قانوني الولاية و البلدية الصادران سنة 1990<sup>2</sup>، كما أنه وسع من مجال الخدمة العامة المفوضة إلى الخواص من خلال قانون البلدية و قانون الولاية الجديدين (أولاً)، ولم يكتفي فقط بهذا القدر و إنما نجد قوانين مرفقية تحدد الخدمة العامة التي يتم تفويضها إلى الخواص لكل مرفق على حدا كمرفق المياه، النقل، الطرقات... إلخ (ثانياً).

#### أولاً: تفويض الخدمة العامة إلى الخواص بموجب قانون الجماعات المحلية

باستقراء نصوص قانون البلدية نجد المادة 149 منه تتضمن ما يلي: " مع مراعاة الأحكام القانونية المطبقة في هذا المجال، تضمن البلدية سير المصالح العمومية البلدية التي تهدف إلى تلبية حاجات مواطنيها وإدارة أملاكها،

وبهذه الصفة، فهي تحدث إضافة إلى مصالح الإدارة العامة، مصالح عمومية تقنية قصد التكفل على وجه الخصوص، بما يأتي:التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة...".

<sup>1</sup> - Mohammed Hajji, droit et pratique des services publics au MAROC, de la concession à la gestion déléguée, op.cit.,p.p., 10-11.

<sup>2</sup> - المادة 132 من القانون رقم 08/90، المؤرخ في 7 أفريل 1990، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق، و المادة 119 من القانون رقم 09/90 المؤرخ في 7 أفريل 1990، يتعلق بالولاية، مرجع سابق.

ومن خلال هذه المادة يتبين أن البلدية مكلفة بتقديم الخدمة العامة في عدة مجالات منها مجال النظافة، حفظ الصحة، الطرقات، التربية، الرياضة، والسياحة و الحماية الاجتماعية ومجالات أخرى، لكن تضيف المادة 155 من قانون البلدية على أنه يمكن للمصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 من القانون نفسه أن تكون محل امتياز طبقا لتنظيم الساري المفعول، كما تضيف المادة 156 من قانون البلدية على أنه يمكن تفويض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 من القانون نفسه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التطبيقية و التنظيمية المعمول بها.

وأیضا من خلال هاتين المادتين يمكن أن نستنتج أنه يمكن تفويض الخدمات العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 من قانون البلدية إلى الخواص و ذلك عن طريق عقد و الإحالة إلى دفتر الشروط.

و الملاحظ أن المادة 149 من قانون البلدية جاءت على سبيل المثال لا الحصر حيث تملك البلدية سلطة تقديرية في اختيار أسلوب تسييرها سواء الإدارة المباشرة أو المؤسسة العامة أو تفويض المرافق العمومية التي تراها مناسبة إلى الخواص و ذلك أخذا بعين الاعتبار المصلحة العامة و تلبية الحاجات الضرورية للمواطنين.

أما قانون الولاية فنجدده ساير قانون البلدية حيث تنص المادة 141 من قانون الولاية على أنه: " مع مراعاة الأحكام القانونية المطبقة في هذا المجال، يمكن الولاية أن تنشئ قصد تلبية الحاجات الجماعية لمواطنيها بموجب مداولة المجلس الشعبي الولائي مصالح عمومية ولائبة للتكفل على وجه الخصوص بما يأتي: الطرق والشبكات المختلفة، مساعدة ورعاية الطفولة والأشخاص المسنين أو الذين يعانون من إعاقة أو أمراض مزمنة ...".

والملاحظ أن هذه المادة محددة على سبيل المثال لا الحصر و قد بينت مجموعة من الخدمات العمومية التي يمكن للولاية أن توفرها لمواطنيها و إذا تعذر الأمر في تقديم هذه الخدمات من خلال التسيير المباشر أو المؤسسة العمومية فإنه يمكن للولاية تفويض تسييرها إلى الخواص عن طريق عقود الامتياز بعد ترخيص المجلس الشعبي الولائي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 54 من القانون رقم 07/12، المؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، مرجع سابق.

## ثانياً: تفويض الخدمة العامة إلى الخواص بموجب قوانين قطاعات مرفقية

لم يكتفي المشرع الجزائري من تفويض الخدمة العامة إلى الخواص بموجب قانوني الولاية و البلدية و إنما جعل القوانين المنظمة لبعض القطاعات المرفقية تساير هذا التغيير، فمعظم قوانين القطاعات المرفقية تنص على ضرورة فتح القطاع على المنافسة و بالتالي تفويض الخدمة العامة إلى الخواص، من بين هذه القوانين نذكر قانون المياه الصادر سنة 2005 اعتبر التزويد بالماء الشروب والصناعي والتطهير خدمات عمومية و تعتبر الخدمات العمومية من اختصاص الدولة والبلديات إلا أنه يمكن تفويض تسيير هذه الخدمات إلى أشخاص خاضعة للقانون العام أو الخاص<sup>1</sup>.

وقد سمح بتسليم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأماكن العمومية الطبيعية للمياه، للأشخاص الخاضعة للقانون الخاص عن طريق عقد خاضع للقانون العام<sup>2</sup> و ذلك لإنجاز عمليات محددة على سبيل المثال لا الحصر في قانون المياه و المتمثلة أساساً في:

- إنجاز الحفر من أجل استخراج الماء في الأنظمة المائية الجوفية المحتجزة أو بطيئة التجدد من أجل استعمالات فلاحية أو صناعية لاسيما في المناطق الصحراوية،
- إقامة هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية عن طريق الربط بأنظمة توصيل المياه، لضمان التموين المستقل للمناطق أو الوحدات الصناعية،
- إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة،
- إنجاز المنشآت الموجهة لاستعمال المياه القذرة المصفاة من أجل الاستعمالات الفلاحية الفردية أو الجماعية أو الاستعمالات الصناعية<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> - المادتين 100 و 101 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 أوت 2005، يتضمن قانون المياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 76 من القانون نفسه.

<sup>3</sup> - تنفيذا لما نص عليه قانون المياه لاسيما ما تعلق بامتياز استعمال المياه القذرة المصفاة صدر المرسوم التنفيذي رقم 149-07، المؤرخ في 20 مايو 2007، يحدد كفاءات منح امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي و كذا دفتر الشروط النموذجي المتعلقة بها، ج ر ج ج عدد 35، الصادر في 23 مايو 2007.

- تهيئة التنقيب عن المياه المعدنية الطبيعية أو مياه المنبع أو المياه المسامات " مياه المائدة" الجوفية الأصل التي كانت موضوع إجراء اعتراف بالنعوية من أجل الاستغلال التجاري من أجل الاستهلاك،
- تهيئة التنقيب أو الحفر عن مياه الحمامات التي كانت موضوع إجراء اعتراف بخصوصيتها العلاجية من أجل استغلالها لأغراض علاجية استشفائية<sup>1</sup>،
- إقامة هياكل و تنفيذ العمليات الخاصة على مستوى الحواجز المائية السطحية و البحيرات لتطوير تربية المائيات و الصيد القاري فيها أو النشاطات الرياضية و الترفيه الملاحي،
- إقامة هياكل عند أسفل السدود و نقاط المياه و منشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية<sup>2</sup>.

و الملاحظ أن هذه الخدمات التي تم تفويضها إلى الخواص تم تحديدها على سبيل المثال لا الحصر و بالتالي يمكن القول أن السلطة التقديرية في تفويض الخدمة العمومية للمياه تؤول إلى الهيئة الإدارية المسؤولة على هذا القطاع لكن مع ضرورة احترام النصوص التشريعية و التنظيمية السارية المفعول.

كما نجد قانون الطيران المدني الصادر سنة 1998<sup>3</sup> قد فوض الخدمة العمومية في هذا المجال إلى أشخاص خاضعة للقانون الخاص، و قد اعتبر هذا القانون الخدمات الجوية إحدى المصالح المدرجة ضمن الخدمات الجوية للنقل العام سواء منتظمة أو غير منتظمة، دولية أو داخلية، و كذا خدمات العمل الجوي، و كذا خدمات الطيران الخفيف، و الخدمات الجوية التابعة للخواص<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- تنفيذا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 07-69، المؤرخ في 19 فبراير 2007، يحدد شروط و كيفيات منح استعمال و استغلال المياه الحموية، ج ر ع 13، مؤرخ في 21 فبراير 2007.

<sup>2</sup>- أنظر المادة 77 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 أوت 2005، يتضمن قانون المياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup>- قانون رقم 98-06، مؤرخ في 27 يونيو 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ع 48 لسنة 1998، مؤرخ في 28 يونيو 1998.

<sup>4</sup>- أنظر المادة 108 من القانون نفسه التي حددت الخدمات الجوية التي يتم تفويضها، كما عرفت المادة 109 من القانون نفسه الخدمات الجوية للنقل العام، و عرفت المادة 110 من القانون نفسه الخدمات الجوية المنتظمة، و عرفت المادة 111 من القانون نفسه الخدمات الجوية غير المنتظمة، و عرفت المادة 112 من القانون نفسه الخدمات الجوية الدولية و الداخلية.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري منح الحق للشركات الجزائرية دون سواها باستغلال خدمات الطيران الداخلي، أما الخدمات الجوية الدولية فتستغل من طرف الشركات الخاضعة للقانون الجزائري<sup>1</sup> أو من شركة أجنبية سبق و أن كانت محل اتفاقية بين الجزائر و دولة الترقيم و قد حصلت الشركة الأجنبية على ترخيص مسبق من طرف السلطة المكلفة بالطيران المدني<sup>2</sup>، كما يضيف هذا القانون أن النقل الجوي للأشخاص و البضائع ملكية عامة يمكن أن يكون محل امتياز، سواء امتياز عام لحق الاستغلال أو امتياز خاص لاستغلال خط جوي معين<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لتعديل قانون الطيران المدني في سنة 2000<sup>4</sup> فقد وسع من مجال تدخل الخواص حيث سمح للأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية الخاضعة للقانون الجزائري بالاستفادة من امتياز أنجاز و/ أو المحطات الجوية أو مطار أو محطة طوافات مفتوحة للملاحة الجوية العمومية<sup>5</sup>، و قد صدر مرسوما تنفيذيا في سنة 2000 يحدد شروط استغلال الخدمات الجوية و كفاءاته<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - لقد إشتراط القانون رقم 06-98، المؤرخ في 27 يونيو 1998، مرجع سابق، في مادته 112 أن تكون الشركة خاضعة للقانون الجزائري ف :

- إذا كانت شركات مساهمة أن يكون أكثر من نصف رأسمالها ملكا لمساهمين من جنسية جزائرية  
- إذا كانت شركات ذات المسؤولية المحدودة أن تكون أغلبية رأسمالها مكونة من حصص مملوكة لشركاء من جنسية جزائرية.

- إذا كانت شركات ذات الشخص الوحيد أو ذات المسؤولية المحدودة أن يكون الشريك الوحيد من جنسية جزائرية.

- أما بالنسبة لشركات الأشخاص أن يمتلك رأسمالها كليا أشخاص من جنسية جزائرية.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 114 من القانون نفسه.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 115 من القانون نفسه.

<sup>4</sup> - قانون رقم 05-2000، مؤرخ في 6 ديسمبر 2000، يعدل و يتمم القانون رقم 06-98 المؤرخ في 27 يونيو 1998، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ع 75 مؤرخ في 10 ديسمبر 2000.

<sup>5</sup> - أنظر المادتين 8 و 43 المعدلتان بموجب المادة الأولى و المادة 3 على التوالي من القانون رقم 05-2000، المؤرخ في 6 ديسمبر 2000، الذي يعدل و يتمم قانون الطيران المدني، مرجع نفسه.

<sup>6</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 43-2000، مؤرخ في 26 فيفري 2000، يحدد شروط استغلال الخدمات الجوية و كفاءاته، ج ر ع 08 مؤرخ في أول مارس 2000، معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 480-03 ج ر ع 78 مؤرخ في 14 ديسمبر 2003.

وقد حافظ المشرع الجزائري على فكرة تفويض الخدمات الجوية إلى الخواص في التعديلات التي طرأت على قانون الطيران المدني<sup>1</sup>، وكذلك معظم القوانين الصادرة التي تنظم الخدمة العامة فقد منح امتياز الطرق السريعة<sup>2</sup> وكذلك منح قانون النقل البري للخواص حق الاستفادة من امتياز استغلال شبكة النقل الحضري<sup>3</sup>.

نستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري قد انتهج طريقة مغايرة في تقديم الخدمة العامة من خلال القوانين المنظمة للمرافق العمومية، فبعدما كان يوفر الخدمة العامة من خلال التسيير المباشر للمرافق العامة، تم انتهاج أسلوب المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري و المؤسسة العامة ذات الطابع الإداري لتسيير المرافق العامة.

لكن سرعان ما تبين أن هذه الطريقة لا تختلف اختلافا كبيرا عن طريقة التسيير المباشر فوض تسيير هذه المرافق العامة إلى الخواص و ذلك لتسييره بوسائل و طرق جديدة و فعالة أكثر من طرق تسيير أشخاص القانون العام للمرافق العامة.

### المطلب الثاني: انتهاج أساليب جديدة لتسيير المرافق العامة

قامت الهيئات العامة بإزالة احتكاراتها للمرافق العامة من خلال اعتراف النصوص القانونية بحق الخواص في تسيير المرافق العامة ظهرت هناك ضرورة و هو التغيير في الأساليب التقليدية التي كانت من خلالها الهيئات العامة تسيير المرافق العامة، و ذلك لكون التنظيم الإداري الكلاسيكي للدولة لا يتلاءم مع الوظائف الحديثة للدولة، حيث كانت تمارس وظائف تقليدية من أمن و عدل و دفاع و اضطرت إلى التدخل في جميع المجالات، اقتصادية، اجتماعية، ثقافية .

<sup>1</sup> - أمر رقم 10-03، مؤرخ في 13 أوت 2003، يعدل و يتمم القانون رقم 06-98، المؤرخ في 27 يونيو 1998، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ج ج عدد 48، مؤرخ في 13 أوت 2003، قانون رقم 02-08، مؤرخ في 23 يناير 2008، يعدل و يتمم القانون رقم 06-98، المؤرخ في 27 يونيو 1998، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ج ج عدد 4، مؤرخ في 27 يناير 2008، قانون رقم 14-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، ج ر ج ج عدد 41، مؤرخ في 19 يوليو 2015، و الملاحظ أنه من خلال كل هذه التعديلات احتفظ المشرع الجزائري بالتفويض الانفرادي كطريقة لتفويض خدمات الطيران المدني و لم يعتمد الأسلوب العقدي رغم أنه استعمل عبارة منح الامتياز .

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 308-96، مؤرخ في 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، ج ر ج ج عدد 55، مؤرخ في 25 سبتمبر 1996.

<sup>3</sup> - قانون رقم 01-13، مؤرخ في 7 أوت 2001، يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، المعدل و المتمم، لا سيما نص المادة

لكن بتنامي متطلبات المجتمع و تطور فكرة الخدمة العامة التي يطلبها الجمهور هذا ما أدى بالدولة إلى البحث عن سبل جديدة لإشباع الحاجات الجديدة من رفاهية و نوعية في الخدمة العامة، فأرادت أن تستفيد من التجربة الناجحة للخواسب في تسيير النشاط الاقتصادي في تسيير المرافق العمومية، هذا ما أدى بها إلى فتح المجال أمام الخواسب و إشراكهم في تسيير المرافق العامة و ذلك لتحسين الخدمة العامة فمُنحت لهم امتياز المرافق العامة (فرع أول)، و أبرمت معهم اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العامة (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: الامتياز كطريقة جديدة لتسيير المرافق العامة

الملاحظ في القانون الجزائري أنه استعمل كلمة " امتياز " في الكثير من القوانين، و المعروف في القوانين المقارنة أن امتياز المرافق العامة هو عقد من عقود القانون العام يسمى " بعقد امتياز المرافق العامة"، و هو العقد الذي تبرمه الجماعات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يسمى صاحب الامتياز لتسيير مرفق عمومي في إطار احترام دفتري الشروط، مع تحمل صاحب الامتياز مخاطر و أعباء التسيير، كما يتلقى أجره من المرتفقين و مستعملي المرفق العام<sup>1</sup>، كما يعتبر عقد الامتياز نوع من أنواع عقود تفويض تسيير المرافق العامة، لكن في الجزائر نجد المشرع الجزائري قد ميز بين عقد التفويض و الامتياز.

وبالتالي فالسؤال الذي يطرح نفسه هل أن المشرع الجزائري قصد عقد الامتياز بطريقة حتمية و مباشرة من خلال استعماله كلمة امتياز في مختلف القوانين؟ و للإجابة على هذا التساؤل ينبغي تحليل النصوص القانونية المؤطرة للامتياز و مقارنتها.

بالعودة إلى القانون رقم 05-12 المتضمن قانون المياه نجد أن المشرع الجزائري قد ميز بين وسيلة الامتياز و كذا وسيلة التفويض و ذلك من خلال منح امتياز الخدمات العمومية للمياه<sup>2</sup> و كذا تفويض الخدمة العمومية للمياه<sup>3</sup>، حيث تنص المادة 101 فقرة 1 و 2 منه على ما يلي: " يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنوية خاضعة

<sup>1</sup> - ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, op.cit., p.74.

<sup>2</sup> - المادتين 102-103 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، الذي يتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أنظر من المادة 104 إلى المادة 110 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، الذي يتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع نفسه.

للقانون العام على أساس دفتر الشروط و نظام خدمة يصادق عليها عن طريق التنظيم كما يمكن لها تفويض جزء أو كل هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو الخاص بموجب اتفاقية.

ويمكن للبلدية حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم استغلال الخدمات العمومية للمياه عن طريق الاستغلال المباشر الذي يتمتع بالاستقلالية المالية أو عن طريق منح امتياز تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام".

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري سمح بمنح امتياز الخدمات العمومية للمياه إلى أشخاص القانون العام بينما سمح أيضا بتفويض الخدمات العمومية للمياه إلى أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، كما أنه اعتبر الامتياز يخضع لنظام الرخصة و التفويض يخضع لنظام الاتفاقية.

وبالتالي لا يعتبر القانون الجزائري الامتياز كنوع من أنواع عقود التفويض بل يمكن أن يأخذ معنى " منح أفضلية " و يكون ذلك عن طريق رخصة ( أولاً)، كما يمكن أن يأخذ معنى عقد امتياز المرافق العامة و يأخذ شكل اتفاقية (ثانياً).

### أولاً: الامتياز بمعنى الرخصة

بالعودة إلى المرسوم التنفيذي رقم 149-07 الذي يحدد كيفيات منح امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي و كذا دفتر الشروط النموذجي المتعلق بها نجده قد أخضع استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي لنظام الامتياز الذي يمكن أن يمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، كما أنه ملف طلب الامتياز يوجه إلى الوالي المختص إقليمياً كما أنه طلب الامتياز يتضمن بعض البيانات و بعض الشروط المنصوص عليها في المادة 6 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، و يتخذ قرار امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي من طرف الوالي المختص إقليمياً<sup>1</sup>.

أما في مجال النقل الجوي فقد اعتبر قانون الطيران المدني أن النقل الجوي للبضائع و الأشخاص ملكية عامة، كما يمكن أن تكون موضوع امتياز، و لكن هذا الامتياز للإبرام بعد

<sup>1</sup> - أنظر المواد من 3 إلى 8 من المرسوم التنفيذي رقم 149-07، المؤرخ في 20 مايو 2007، الذي يحدد كيفيات منح امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي و كذا دفتر الشروط النموذجي المتعلق بها، مرجع سابق.

عرض الأمر على المنافسة و إنما يمنح من طرف السلطة المكلفة بالطيران، و رغم نص القانون أن امتياز استغلال خدمات الطيران المدني هي اتفاقية إلا أنه لا يمكن تصنيف هذا لنوع من الامتياز ضمن التفويض العقدي لكون يصادق على اتفاقية الامتياز وفق مرسوم يتخذ في مجلس الحكومة<sup>1</sup>، بالإضافة إلى أن الترخيص يمنح بعد دفع الملف.

فقد نص قانون الطيران المدني أن اتفاقية التفويض تبرم مع من تحصل على ترخيص، حيث يجب على من يرغب في إبرام مثل هذه الاتفاقية أن يرسل طلب الامتياز إلى السلطة المكلفة بالطيران المدني في ثلاث نسخ مصحوبا بالوثائق المطلوبة و يجب أن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها قانونا<sup>2</sup> لاسيما ما تعلق بالكفاءة، و تلتزم السلطة المكلفة بالطيران المدني الرد على الطلب في أجل ثلاثة أشهر من استلامه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - من الناحية العملية عرفت الدولة الجزائرية تجربة توصف بالفاشلة في مجال تفويض خدمات النقل الجوي، من خلال الترخيص لثلاث شركات باستغلال الخدمة العامة للنقل الجوي ثم تم إلغاء الترخيص و هم كل من :  
- "الخليفة للطيران"، و ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 02-40، الصادر في 14 يناير 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 4 الصادر في 16 يناير 2002، و لكن نظرا للمشاكل التي كانت تعاني منها الشركة لا سيما إفلاسها و كذا تورط مسيرتها في قضايا الفساد تم مباشرة إلغاء هذا الامتياز من خلال المرسوم الرئاسي رقم 03-403، المؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 68، الصادر في 8 نوفمبر 2003.  
- "أنتينيا للطيران" و ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 02-41، الصادر في 14 يناير 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 4 الصادر في 16 يناير 2002، و تم إلغاؤه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-404، المؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 68، الصادر في 8 نوفمبر 2003.  
- "إيكواير الدولية" و ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 02-42، الصادر في 14 يناير 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "إيكواير الدولية" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 4 الصادر في 16 يناير 2002، و تم إلغاؤه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-405، المؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "إيكواير الدولية" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 68، الصادر في 8 نوفمبر 2003.  
<sup>2</sup> - للتعرف على هذه الشروط التي ينبغي أن تتوفر في طالب الامتياز و الوثائق التي ينبغي تقديمها أنظر المادتين 4 و 5 منال قانون رقم 98-06، المؤرخ في 27 يونيو 1998، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ج ج عدد 4، مؤرخ في 27 يناير 2008، مرجع سابق.  
<sup>3</sup> - أنظر في ذلك المادتين 5 و 6 من القانون نفسه.

يمكن لها رفض الطلب<sup>1</sup> بقرار مسبب يبلغ إلى صاحب الطلب برسالة موصى عليها بعلم الوصول، الذي يمكنه أن يقدم طعنا كتابيا إلى الوزير المكلف بالطيران المدني في أجل شهر واحد من تاريخ استلامه لقرار الرفض. أما في حالة قبول الطلب تبرم الاتفاقية بين السلطة المكلفة بالطيران المدني التي تتصرف لحساب الدولة و صاحب الامتياز و يشترط المصادقة على هذه الاتفاقية بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الحكومة و ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية<sup>2</sup>.

من خلال ما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري لم يستعمل كلمة " الامتياز " للدلالة على عقد امتياز المرافق العامة، لكن تدل على مفهوم منح رخصة لتفضيل شخص على العامة و ذلك بالسماح له بمزاولة نشاط معين، و الدليل على ذلك عندما اعتبر المشرع منح امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة يكون عن طريق رخصة هذا عكس ما هو معروف في القانون المقارن أن امتياز المرافق العمومية هو عقد إداري و نوع من أنواع عقود تفويض تسيير المرافق العامة.

#### ثانياً: الامتياز بمعنى الاتفاقية

لقد أخذ المشرع الجزائري باتفاقية الامتياز في الكثير من القوانين فعلى سبيل المثال منح امتياز الطرق السريعة لكل شخص خاضع للقانون العام أو القانون الخاص الذي يقدم طلب بذلك وفق شروط و أعباء دفتر الشروط النموذجي بموجب اتفاقية تبرم بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة من جهة و صاحب الامتياز من جهة أخرى<sup>3</sup>.

ينص قانون توجيه النقل البري و تنظيمه<sup>4</sup> في مادته 51 على أن قرار إنشاء المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين من صلاحيات الدولة و الجماعات الإقليمية، كما يمكن أن يكون إنجازها و تسييرها عند الاقتضاء محل امتياز الذي يمنح إلى كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الجزائري ضمن الشروط المحددة عن طريق التنظيم.

<sup>1</sup> - لقد حُددت أسباب الرفض في المادة 7 من القانون نفسه.

<sup>2</sup> - و ذلك وفق ما نصت عليه المادة 13 من القانون نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - قانون رقم 01-13، مؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

وبالفعل صدر المرسوم التنفيذي رقم 04-417 الذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و / أو تسييرها، و قد منح الامتياز في هذا الشأن بموجب اتفاقية امتياز يوقعها حسب الحالة رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي المختص إقليميا مع الراسي عليه المزداد، و يترتب على اتفاقية الامتياز دفع مقابل مالي كما يتم تحديد مدة الامتياز بموجب اتفاقية الامتياز حيث لا يمكن أن تقل عن 20 سنة في حالة منح امتياز إنجاز و تسيير المنشآت القاعدية، كما لا يمكن أن تقل عن 10 سنوات في حالة منح امتياز التسيير فقط.

واتفاقية الامتياز شخصية غير قابل للتنازل، مؤقتة و يمكن إلغائه و عند وفاة صاحب الامتياز يمكن لورثته أن يحل محله بشرط إعلام الهيئة المانحة للامتياز و كذا المثلول لنصوص دفتر الشروط، و يكون صاحب الامتياز مسئولاً عن الإنجاز و/أو التسيير<sup>1</sup>، و يمكن القول أن اتفاقية الامتياز عقد إداري ملزم لجانبين يولد آثار يمنح حقوق و يحمل التزامات للطرفين.

أما في مجال النقل عبر السكك الحديدية فإن امتياز استغلال السكك الحديدية من تسيير المنشآت القاعدية للسكك الحديدية و كذا الاستغلال التقني و التجاري لخدمات النقل عبر السكك الحديدية للبضائع و الأشخاص، صنف ضمن الأسلوب العقدي من خلال اعتبار قانون النقل أن امتياز استغلال خدمات النقل عبر السكك الحديدية اتفاقية تبرم وفق دفتر شروط يحدد حقوق و واجبات صاحب الامتياز<sup>2</sup>.

نستنتج في الأخير أن استعمال المشرع الجزائري لكلمة امتياز لا يعني بالضرورة عقد امتياز المرافق العامة باعتبار أن الامتياز في القانون الجزائري يمكن أن يأخذ شكل الرخصة

<sup>1</sup> - أنظر المواد من 9 إلى 16 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، المؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج ج ج عدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-480، المؤرخ في 13 ديسمبر 2003، ج ج ج عدد 78، الصادر في 14 ديسمبر 2003 .

<sup>2</sup> - أنظر من المادة 21 إلى المادة 24 من القانون رقم 01-13، المؤرخ في 7 غشت 2001، الذي يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

الذي هو عمل إداري ملزم لجانب واحد كما يمكن أن يأخذ شكل اتفاقية امتياز المرافق العامة الذي يعتبر عقدا إداريا ملزم لجانبين<sup>1</sup>.

مع العلم أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام قد اعتبر الامتياز شكل من الأشكال التي تتخذها اتفاقية تفويض المرافق العامة<sup>2</sup> و قد عرف هذا المرسوم اتفاقية الامتياز بتعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و استغلاله، و إما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام. كما يستغل المفوض له المرفق العام باسمه و على مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، و يتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام، كما يمول المفوض له الانجاز و اقتناء الممتلكات و استغلال المرفق العام بنفسه.

والملاحظ من خلال هذا التعريف الذي قدمه المشرع الجزائري لعقد الامتياز أنه استعمل مصطلح: " المفوض له " للدلالة على الملزم أو صاحب الامتياز كما أنه لم يحدد طبيعة الملزم هل هو شخص خاص، فرد أم شركة و هل هو شخص من أشخاص القانون العام، و المعروف في الفقه أنه يمكن أن يمنح عقد الامتياز إلى شخص من أشخاص القانون الخاص و هذه هي الطريقة الأكثر شيوعا إلا أنه يمكن أيضا لأشخاص القانون العام أن يمنح لهم امتياز المرافق العامة<sup>3</sup>.

كما اكتفى المشرع الجزائري بذكر موضوع عقد الامتياز الذي يمكن أن ينصب على إقامة أشغال و الاستغلال معا، كما يمكن أن يقتصر على الاستغلال فقط و لكن لم يحدد مدة عقد الامتياز و لم يبين كذلك نوع المرافق العمومية التي يمكن أن تكون محل عقد الامتياز، فبعدما كانت المرافق العمومية المثمرة أي المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري هي التي

<sup>1</sup> - إن عدم استقرار معنى الامتياز في القانون الجزائري جعل المشرع لا يميز بين الرخصة التي تعتبر عمل قانوني ملزم لجانب واحد و العقد الذي يعتبر عمل قانوني ملزم لجانبين، على سبيل المثال :

المادة 74 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق، يعرف لنا رخصة الامتياز استعمال الموارد المائية على أنها تعتبر عقدا من عقود القانون العام، رغم كون الرخصة هو قرار إداري و ليس عقدا إداريا.

<sup>2</sup> - المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أنظر في ذلك مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز- الشركات المختلطة- البوط-تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 454.

تكون محل عقد الامتياز فقد أصبحت حتى المرافق العمومية ذات الطابع الإداري يمكن أن يتعاقد بشأنها عن طريق الامتياز<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: تبني المشرع الجزائري لاتفاقية التفويض بطابعها العقدي في تسيير المرافق العامة

أول ما إن استعمل المشرع الجزائري لمفهوم اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة كان في قانون المياه<sup>2</sup> الصادر في سنة 2005<sup>3</sup>، و بعد الانتقادات الشديدة الموجهة للمشرع الجزائري لعدم تنظيمه لقانون موحد جامع لتفويض تسيير المرافق العامة كما هو الحال بالنسبة للصفقات العمومية و كما هو معمول به أيضا في القانون الفرنسي، صدر المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام محاولة منه جمع و توحيد المبادئ المطبقة على عقود تفويض المرافق العامة و كذا وضع رابط بين هذه الأخيرة و الصفقات العمومية باعتبارهما ينصب كلاهما في خانة العقود الإدارية.

رغم هذه الخطوة الإيجابية التي حذاها المشرع الجزائري إلا أنه لم يمنح أهمية لعقود التفويض في هذا المرسوم كما منحه للصفقات العمومية، حيث يتكون المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام من 220 مادة و لم يخصص لتفويضات المرفق العام إلا 8 مواد فقط<sup>4</sup>، حيث اكتفى هذا المرسوم بالنص على بعض

<sup>1</sup> - للتدقيق أكثر حول موضوع تفويض تسيير المرافق العامة ذات الطابع الإداري أنظر : وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق لعامة، مرجع سابق، ص ص 13-14. و تجدر الإشارة أن الاعتراف لأول مرة بإمكانية منح امتياز المرافق العامة ذات الطابع الإداري كان وفق الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في قضية thérond في 04-03-1910. أنظر في ذلك : C.E., N° 29373, du 4 mars 1910, Thérond, op.cit.

<sup>2</sup> - ZOUAÏMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, op.cit.p.65.

<sup>3</sup> - أنظر المواد من 104 إلى 110 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، يتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - خص المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق، المواد من 207 إلى 210 لتحديد تعريف و أنواع و آثار اتفاقية التفويض و المبادئ التي تقوم عليها، أما المادتين 211 و 212 فقد خصها لتحديد التكوين في الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، أما المادة 213 فقد استحدثت من خلالها سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام أما المادة 214 فقد تناولت موضوع الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، فيمكن القول أن اتفاقية التفويض قد أفردتها ب 4 مواد من أصل 8،

المفاهيم دون غيرها<sup>1</sup>، وقد عرفت اتفاقية التفويض من خلال المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصها على: " يمكن الشخص المعنوي الخاضع لقانون العام المسئول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف.

ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام.

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.

وبهذه الصفة، يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام.

تحدد كفاءات تطبيق أحكام هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي".

ومن خلال هذه المادة يمكن أن نستنتج أن المشرع الجزائري اعتبر اتفاقية التفويض نوع من أنواع العقود الإدارية مما استوجب تبيان الرابطة العقدية التي تربط المفوض بالمفوض إليه (أولاً)، ثم تحديد مدى تأثير المرفق العام الذي يعتبر صورة من صور نشاط الأشخاص المعنوية العامة جراء تفويض تسييره إلى الخواص (ثانياً).

أولاً: الرابطة العقدية لاتفاقية تفويض تسيير المرفق العام

تتميز الرابطة العقدية لاتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة من خلال معايير تحديدها وكذا خضوعها للمبادئ العامة التي يخضع لها العقد الإداري.

---

باعتبار أن المواد الأخرى المتبقية قد تناولت مواضيع مشتركة بين الصفقات العمومية و اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة.

<sup>1</sup> - مثلاً تجاهل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع نفسه، طريقة إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام، و بالتالي سيحتفظ كل مرفق عام بالطريقة المذكورة في القانون المنظم له أو أنه سيتم إبرام مثل هذه العقود بنفس الطريقة التي تبرم بها الصفقات العمومية إلى غاية صدور المرسوم التنفيذي المحدد لطرق إبرام اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العامة .

## 1- معايير تحديد اتفاقية التفويض

لا يتحقق تفويض المرفق العام إلا في حالة كون نشاط موضوع العقد مرفقا عاما، كما أن المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له متصل بنتائج الاستغلال.

أ – أن ينصب عقد التفويض على مرفق عام: إن منح صفة المرفق العام لهيكل ما يكون بموجب نص قانوني و في حالة غياب مثل هذه النصوص يمكن القول أن المرافق العامة هي تلك التي ترتبط بشخص من أشخاص القانون العام، والتي تستعمل وسائل القانون العام و امتيازات السلطة العامة لتحقيق مصلحة عامة<sup>1</sup>.

ولكن ليس كل المرافق العمومية قابلة للتفويض بل يشترط أن يكون المرفق العام من بين المرافق العامة القابلة للتفويض، إذ توجد من المرافق العمومية الإدارية غير قابلة للتفويض سواء استثنت من ذلك بموجب نص قانوني أو نص دستوري و هي المرافق التي تتناول نشاطا سياديا ترتبط بصميم مهام الدولة و وجودها و هذه النشاطات السيادية تشكل تطبيقا لامتيازات السلطة العامة التي لا يمكن تحقيقها إلا من طرف الدولة و الجماعات الاقليمية و هي المعروفة بالمرافق العامة الدستورية<sup>2</sup> كالدفاع و الشرطة و العدالة...إلخ.

إن القليل من المجالات مستبعد من نطاق تطبيق عقود التفويض، و تشكل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري الجزء الأكبر من المرافق التي يتم تفويض تسييرها على اعتبار أن طبيعتها المكسبة للأرباح من خلال المبالغ التي يدفعها المستفيدين من خدماته هي التي تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرفق، و هذا ما جعلها محل أطماع أشخاص القانون الخاص الذي يتمثل هدفهم الأساسي هو تحقيق الربح رغم توليهم لمهمة تقديم خدمة عامة، عكس هدف الهيئة المفوضة الذي يتمثل في تحقيق المصلحة العامة.

ونظرا لقابلية مفهوم المصلحة العامة للتطور و التغيير من ناحية و ارتكاز مفهوم المرفق العام على المعيار الوظيفي من ناحية أخرى، يجعل عدم كون كل نشاط يحقق المصلحة العامة نشاط مرفقي بالضرورة، فكثير من النشاطات التي تتولاها المبادرة الفردية في إطار

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، ص. 200 .

<sup>2</sup> - مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز- الشركات المختلطة- البوط-تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، صص 444-445.

المصلحة العامة دون أن ترتقي إلى مستوى المرفق العام، لعدم ارتباطها بالأشخاص العامة<sup>1</sup>: كالمخبرات، و الصيدليات، و شركات التأمين...إلخ. و إذا كان من المستحيل الاعتراف بالطابع المرفقي للنشاط الذي يقدمه الشخص الخاص فإن تقنية التفويض تفرض منحه من قبل شخص معنوي عام له ارتباط بمرفق عام<sup>2</sup>.

ب- يجب أن يرتبط المقابل المالي بنتائج الاستغلال؛ فارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال بصفة أساسية هو العامل الأساسي لتمييز عقود تفويض تسيير المرافق العامة عن بعض العقود الإدارية المشابهة له، وقد ظهر هذا المبدأ من خلال مختلف الاجتهادات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي<sup>3</sup> ثم تبنته مختلف التشريعات كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري حيث تنص المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على: " ... و يتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام".

ونظرا لصعوبة تحديد ما إذا كان أجر المفوض إليه مرتبط بنتائج استغلال المرفق العام من عدمه، و ذلك لغياب حد فاصل في هذه المسألة يمكن الاستناد عليه، فقد أقرت الاجتهادات القضائية في فرنسا أنه لا يمكن القول أن المقابل المالي للمفوض إليه تم تحقيقه أساسا من خلال استغلال المرفق إلا في حالة اقتران الاستغلال بمخاطر معتبرة، بحيث يجب أن يعكس المقابل المالي تحمل المفوض إليه لمخاطر الاستغلال التي تنتج عن إدارته للمرفق و تشغيله على نفقته و تحت مسؤوليته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 209..

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط 4، القاهرة، 1974، ص114.

<sup>3</sup> - على سبيل المثال أنظر:

C.E.,7 /10 SSR,N° 168325, du 15 avril 1996, Préfet de la région Provence-alpes- côte d'azur, préfet des Bouches-du-Rhône, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>4</sup> - أكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية commune de Guilherand-Granges في 7 أفريل 1999 أن العقد عبارة عن صفقة عمومية رغم دفع الهيئة العامة عشرون بالمائة من المقابل المالي و ثمانون بالمائة المتبقية تدفع من مستعملي المرفق العام و نظرا لكون الخدمة المقدمة هي توزيع الماء الصالح للشرب و المياه تشكل حاجة ضرورية لكل المواطنين و لا يمكن الاستغناء عنها، و بالتالي توفر العدد الكافي من المشتركين في الخدمة لا يشكل أي مخاطر اقتصادية و منه المقابل المالي لا يرتبط أساسا بنتائج الاستغلال، أنظر في ذلك:

C.E.,N° 156008, du 7 avril 1999, commune de Guilherand-Granges, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

أما في حالة انعدام المخاطر التي يتحملها المفوض إليه أو أنها ليست بمخاطر حقيقية فإنه لا يمكن التسليم أن المقابل المالي مرتبط بنتائج الاستغلال و بالتالي يكتف العقد على أنه صفقة عمومية و ليس عقد تفويض تسيير مرفق<sup>1</sup>، كما أنه إذا تحمل المفوض له مخاطر الاستغلال من خلال تسيير المرفق على ذمته الخاصة و تحت مسؤوليته، يكتف العقد على أنه تفويض تسيير مرفق عام رغم تلقي المفوض إليه مساعدات مالية من الهيئة المفوضة<sup>2</sup>.

ويشكل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام و الصفقات العمومية، و في حالة اعتبار المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له ثمنا للخدمة المؤداة دون تحمل لأية مخاطر فنكون بصدد صفقة عامة و ليس عقد تفويض<sup>3</sup>.

## 2- خضوع اتفاقية التفويض للمبادئ العامة التي تحكم العقد الإداري ولمبادئ

خاصة بها

إن عقد تفويض تسيير مرفق عام يخضع إلى المبادئ العامة التي تخضع لها العقود الإدارية، و لكن نوع المرفق العام و كذلك طبيعة النشاط المفوض إلى الخواص هو الذي يجعل هذه الاتفاقية تخضع إلى قواعد تميز بها<sup>4</sup>، لذا ينبغي التطرق إلى الرابطة التعاقدية التي تنشأ في اتفاقية التفويض، و كذا تنفيذها و أخيرا نهايتها.

---

- كما أكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية SMITOM في 30 جوان 1999 على أن العقد هو تفويض تسيير مرفق عام و ليس صفقة عمومية رغم دفع الهيئة المفوضة سبعون بالمائة من المقابل المالي و دفع مستعملي المرفق العام ثلاثون بالمائة المتبقية و هو الجزء الأصغر المتصل مباشرة بنتائج الاستغلال لأن موضوع العقد هو معالجة النفايات الذي يشكل خطرا اقتصاديا. أنظر في ذلك:

C.E., N° 198147, du 30 juin 1999, syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest Seine-et-Marnais (SMITOM), [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>1</sup> مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز- الشركات المختلطة-bot- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 451.

<sup>2</sup>- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, op.cit., p.p. 72-77.

<sup>3</sup> - إعتد كلا من القضاء و الفقه الفرنسيين على معيار ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال و تحمل المفوض له المخاطر التي تنجر عن تنفيذ العقد كسبيل لتمييز عقود تفويض تسيير المرافق العامة عن الصفقات العمومية، أنظر في ذلك:

- C.A.A de Paris, N° 00pa00879, du 27 avril 2004, commune de Corbeil- bessones et association pro- loisirs, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>4</sup>- ZOUAIMIA Rachid, « la délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015 », op.cit., p.p. 25-30.

أ- يجب التوقيع على اتفاقية التفويض من طرف الشخص المختص وتبرم وفق الإجراءات المحددة قانوناً؛ إذ تبرم اتفاقية التفويض من طرف ممثل الهيئة العامة المسؤولة على المرفق العام، مثلاً يوقع رئيس المجلس الشعبي البلدي اتفاقية تفويض لصالح البلدية، كما يقوم الوالي بالتوقيع على اتفاقية التفويض لصالح الولاية بعد مداولة المجلس الشعبي الولائي، كما يمكن أن يسند اختصاص التوقيع على اتفاقية التفويض إلى الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنظر إلى نطاق المنفعة المحققة سواء محلية أو جهوية أو وطنية كما هو الحال في حالة انجاز منشآت لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات<sup>1</sup>.

أما في حالة إبرام الاتفاقية لحساب الدولة فإن الوزير المكلف بالقطاع هو الذي يبرم هذه الاتفاقية، كمنح امتياز الطرق السريعة يكون بموجب اتفاقية تبرم بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة و صاحب الامتياز و يصادق عليها بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الحكومة<sup>2</sup>.

بالعودة إلى المرسوم الرئاسي 15-247 الذي ينظم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، نجد غياب نص تشريعي يحدد كيفية و إجراءات إبرام اتفاقيات التفويض بل أحال الاختصاص في هذه النقطة إلى التنظيم و فعلاً صدر المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام<sup>3</sup> الذي حدد إجراءات إبرام عقود تفويض تسيير المرافق العامة بصفة عامة والذي اعتبر الطريقة الأصلية في إبرام مثل هذه الاتفاقية هي الطلب على المنافسة أما الطريقة الاستثنائية فهي التراضي.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما مصير النصوص السابقة لصدور المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، هل يستمر العمل بها في نطاق القطاع المعني

<sup>1</sup>- إذا كانت المنفعة الناتجة عن اتفاقية التفويض محلية فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي هو الذي يوقع على الاتفاقية، أما إذا كانت المنفعة وطنية أو جهوية فإن الوالي هو المختص في التوقيع على الاتفاقية و ذلك وفقاً لنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، المؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، مرجع سابق.

<sup>3</sup>- مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر ع 48، مؤرخ في 5 غشت 2018.

فقط أو أنها تستبعد مباشرة لوجود نص جديد خاصة إذا علمنا بتفاوت كل من النصوص القديمة و النص الجديد من حيث تدرج القاعدة القانونية.

يقع المشرع الجزائري أحيانا في تناقض و ذلك لكثرة النصوص القانونية، فعلى سبيل المثال في مجال نقل المسافرين نجد المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417 الذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها تنص على : " يمنح الامتياز موضوع هذا المرسوم عن طريق المزايدة. عندما تكون المزايدة غير مثمرة يمنح الامتياز بالتراضي".

الملاحظ من خلال هذه المادة أنّ الاتفاقية تبرم وفق أسلوب أصلي وهو المزايدة و أسلوب استثنائي و هو التراضي، و المعروف في القانون الإداري أن المزايدة هي طريقة تبدأ بالإعلان ثم تلقي العروض وتقييمها مع تخصيص العقد لمن يقدم أعلى ثمن بالموازاة لعرضه الفني، كما يستعمل أسلوب المزايدة في حالة إبرام الهيئة العامة لعقد البيع أو الإيجار.

لكن لم يكتف هذا المرسوم بذلك بل تنص أيضا المادة 8 منه على: " يجري المناقصة حسب طابع المنشأة المقرر منح امتيازها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي المختص إقليميا، و يعلم الوزير المكلف بالنقل بذلك".

بحيث أضاف طريقة أخرى تختلف عن المزايدة و التراضي و هي المناقصة و المعروف في القانون الإداري أن العقد المبرم وفق أسلوب المناقصة<sup>1</sup> يخصص للعارض الذي يقدم أقل ثمننا لأحسن عرض فني، و هي الطريقة الأكثر استعمالا في اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة، لم يكتفي المشرع الجزائري بهذه النصوص بل أضاف المادة 9 من المرسوم السالف الذكر التي تنص على: " يمنح امتياز إنشاء المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها بموجب اتفاقية امتياز يوقعها حسب الحالة، رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي المختص إقليميا والرأسي عليه المزداد".

<sup>1</sup> - تم النص على المناقصة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، و كذا المراسيم الرئاسية السابقة له أما في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق، الذي ألغى المرسوم الرئاسي السابق الذكر فقط اعتبر الطريقة الأصلية لإبرام الصفقات العمومية هي طلب العروض.

أي أضاف مصطلح ثالث و هو "الراسي عليه المزداد" هذا يعني أنه تم اعتماد أسلوب المزداد العلني الذي يختلف كل الاختلاف عن أسلوب المزايدة و المناقصة، بالتالي هذا يعتبر مجرد أفاظ تم استعمالها ناتجة عن خطأ في الترجمة أما الطريقة التي قصدها المشرع في اختيار صاحب الامتياز في مجال انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها هيطلب العروض الذي يأخذ شكل المناقصة<sup>1</sup> و في حالة عدم

جدواها يتم إبرامها وفق أسلوب التراضي، و قد تم اعتماد نفس الطريقة في إبرام الصفقات العمومية

ب- تنفيذ اتفاقية التفويض تولد مجموعة من الحقوق و الالتزامات للمفوض إليه و مجموعة من الحقوق و السلطات للهيئة المفوضة؛ حيث يتمتع المفوض له في عقد التفويض بمجموعة من الحقوق أهمها: حقه في استغلال المرفق العام طيلة مدة العقد التي يجب تحديدها تحديدا دقيقا و تختلف باختلاف الأشغال التي يتحملها المفوض كما يمكن في بعض الحالات تمديدها بدافع المصلحة العامة<sup>2</sup>.

كما يتمتع المفوض إليه بالحق في الحصول على المقابل المالي ففي حالة كون الأشغال تنجز لصالح الدولة ففي هذه الحالة يتحصل على المقابل المالي من طرف الهيئة المفوضة أما في حالة تنفيذ العقد تحت مسؤولية المفوض إليه فإن المقابل المالي يتحصل عليه من المنتفعين من خدمات المرفق العام<sup>3</sup>، كما يتمتع أيضا المفوض له بحقه في الحفاظ على التوازن المالي للعقد وبالضرورة يتحصل على تعويض في حالة قلب اقتصاديات العقد.

بمقابل هذه الحقوق يتحمل المفوض له بمجموعة من الالتزامات تتمثل أهمها في الالتزام بالتنفيذ الشخصي والمحافظة على أموال المرفق العام و صيانتها، كما يجب عليه أن يحترم

<sup>1</sup> يفهم ذلك من خلال نص المادة 6 المصوغة باللغة الفرنسية أنظر في ذلك:

Article 6 du décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004, fixant les conditions relatives à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route, J.O.R.A n° 82 du 22 décembre 20004, modifié et complété, stipule :

"La concession, objet du présent décret, est consentie par adjudication par appel d'offres. Lorsque l'adjudication s'avère infructueuse, elle est consentie de gré à gré."

<sup>2</sup> مروان مجي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز- الشركات المختلطة-bot- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 489-492.

<sup>3</sup> - ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, op.cit., p89.

المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام، بالإضافة إلى تحمله لبعض الالتزامات المالية تقدم إلى الهيئة المفوضة، و تعتبر هذه الالتزامات بمثابة حقوق تتمتع بها الهيئة المفوضة إلى جانب حقها الأساسي المتمثل في استرجاع المرفق العام بعد نهاية اتفاقية التفويض بحيث تسترجع بقوة القانون كل العقارات التي تكون جزء لا يتجزأ من المرفق بصفة مجانية، كما يحق لها شراء المنقولات التي تكون ضرورية و أساسية لاستغلال المرفق العام<sup>1</sup>.

و باعتبار اتفاقية التفويض نوع من أنواع العقود الإدارية فإن الهيئة المفوضة تتمتع بمجموعة من السلطات في مواجهة المفوض له و تتمثل أساسا في سلطتها في الرقابة و الإشراف، سلطة في تعديل العقد بصفة منفردة، سلطتها في توقيع الجزاء في حالة ارتكاب المفوض له خطأ جسيم<sup>2</sup>.

3- يمكن لاتفاقية التفويض أن تنتهي نهاية طبيعية بنفاذ مدتها أو تنفيذ موضوعها تنفيذا كاملا، كما يمكن أن تنتهي نهاية غير طبيعية باتفاق الطرفين على إنهاء اتفاقية التفويض قبل أوانها، أو لحدوث قوة قاهرة أدت إلى الاستحالة في التنفيذ ، أو بفعل الهيئة المفوضة لداعي المصلحة العامة أو لارتكاب المفوض له لخطأ جسيم و أخيرا يمكن إنهاء اتفاقية التفويض بتدخل من القاضي الإداري<sup>3</sup>.

### ثانيا: انعكاسات التفويض العقدي لصالح الخواص على المرفق العام

من المسلم به أن المرافق العمومية هي نشاطات متصلة بالأشخاص المعنوية العامة ولكن تقوم فكرة التفويض العقدي لصالح الخواص تنازل الأشخاص المعنوية العامة عن تسيير المرافق العمومية لصالح الأشخاص الخاصة مما يستدعي طرح عدة تساؤلات و لبحث عن مدى خصوصية المرفق العام، لكن ينبغي التوضيح أن تقنية تفويض تسيير المرافق العامة لا تتعدى فكرة تنازل الأشخاص المعنوية العامة المسئولة عن المرفق العام على تسييرها لصالح الأشخاص الخاصة مع الاحتفاظ بسلطة الرقابة لكونها المالكة القانونية لتلك المرافق.

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ص 737-741.

<sup>2</sup> للتوسيع أكثر حول هذه المسألة أنظر في ذلك: هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص ص 110-230.

<sup>3</sup> البنا محمود عاطف، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ص 209-350.

نظرا لكون بعض المرافق العمومية تتمتع بالطابع الصناعي و التجاري و رغم كون الهدف الأساسي من إنشائها هو تقديم خدمة عمومية و تحقيق الصالح العام إلا أن الطابع الربحي لهذه المرافق و تقنيتهما جعلت من الضروري إعادة النظر في طرق تسييرها<sup>1</sup> مما استوجب الأمر على الإدارة تفويض تسييرها إلى الخواص دون حوصصة ملكيتها و ذلك للحفاظ على الطابع المرفقي للنشاط من جهة و تطوير الأداء العمومي من جهة أخرى.

### 1- الحفاظ على فكرة المرفق العام

إن منح الطابع المرفقي لأي هيكل لن يكون إلا عن طريق نص قانوني صريح باعتبار أن الدولة هي المسئولة عن إنشاء المرافق العمومية وتسييرها، بالتالي تنازل الأشخاص المعنوية العامة عن تسيير المرافق العمومية التابعة لها يجعلنا نبحت في مدى تخلي الدولة عن الطابع المرفقي للقطاع الذي تم تفويض تسييره لصالح الخواص.

بالعودة إلى النصوص القانونية المنظمة لمختلف القطاعات التي عرفت تقنية التفويض العقدي كآلية لتسييرها فإنه يتبين لنا أنه رغم تنازل الأشخاص المعنوية العامة عن تسيير المرافق العمومية تسييرا مباشرا واعتماد أسلوب التفويض العقدي لصالح الخواص، إلا أنه مازالت هذه النصوص القانونية تعترف بالطابع المرفقي للقطاع.

تسيير المرافق العمومية من طرف أشخاص القانون الخاص لا يعني على الإطلاق تنازل الدولة عن ذلك المرفق و إنما فوضت فقط تسييره إلى الخواص مع الاحتفاظ بالملكية و ما يؤكد ذلك هو خضوع جميع الممتلكات الضرورية لاستغلال المرفق العام سواء تلك التي أنجزها أو اقتناها المفوض له بنفسه أو تلك التي أنجزتها أو اقتنتها السلطة المفوضة طيلة تنفيذ اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بأمالك الدولة لاسيما القانون رقم 30-90 المتعلق بالأمالك الوطنية<sup>2</sup>، بالإضافة إلى أنه لا يمكن للمفوض له

<sup>1</sup> الناشف أنطوان، الخصخصة، التخصيص، مفهوم جديد لفكرة الدولة و دورها في إدارة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 75.

<sup>2</sup> قانون رقم 30-90، مؤرخ في أول ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأمالك الوطنية، ج ر ع 52 مؤرخ في 2 ديسمبر 1990، المعدل و المتمم.

أن يستعمل ممتلكات المرفق العام محل التفويض لأغراض شخصية و إلاّ طلب بالتعويض من طرف الهيئة المفوضة<sup>1</sup>.

يرتبط نشاط المرفق العام بتحقيق خدمة عامة يستفيد منها جميع السكان و في هذا الإطار يعتبر قانون المياه من المبادئ الأساسية التي يركز عليها استعمال الموارد المائية وتسييرها وتنميتها المستدامة الحق في الحصول على الماء والتطهير لتلبية الحاجيات الأساسية للسكان في ظل احترام التوازن الاجتماعي و القواعد التي يحددها هذا القانون في مجال الخدمات العمومية للماء والتطهير، وكذا الحق في استعمال الموارد المائية لكل شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون العام أو الخاص في حدود المنفعة العامة<sup>2</sup>.

صنف المشرع الجزائري خدمات النقل البري سواء للأشخاص أو للبضائع سواء عبر الطرقات أو عبر السكك الحديدية خدمة عمومية و بالتالي تكييف قطاع النقل بالطابع المرفقي رغم مشاركة الخواص في توفير الخدمة العمومية للنقل<sup>3</sup>، و بالتالي تسيير الخواص للمرافق العمومية لا يعني بالضرورة تخلي لدولة عن المرفق العام و إنما إعادة هيكلته من أجل تحسين الأداء العمومي.

ينبغي التذكير أنه في حالة غياب نص قانوني يضي الطابع المرفقي للقطاع فإنه يمكن نضفي هذه الصفة على كل مرفق متى تعلق نشاطه بإشباع حاجيات الأفراد و كذا تحقيق متطلباتهم الأساسية<sup>4</sup>.

## 2- تطوير الأداء العمومي

لجأت الأشخاص المعنوية العامة إلى تفويض تسيير المرافق العمومية لصالح الخواص نظرا لعجزها عن تلبية الحاجات الضرورية المتزايدة للسكان التي أصبحت تتنامى من يوم لآخر

<sup>1</sup> - أنظر المواد 67-68-69 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 3 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أنظر لاسيما المادتين 6 و 26 من القانون رقم 01-13، المؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - CHEHAIBOU Damia, « Les services publics en réseau : entre garanties de l'intérêt générale et exigences de la concurrence loyale », op.cit., p.p. 17-20.

فبعدما كانت المتطلبات التقليدية تتمثل في الحصول على الخدمة العمومية فقد أصبح المرتفقين الآن يبحثون عن الجودة في تلقي الخدمة العمومية.

جودة الخدمة مفهوم يعكس مدى ملائمة الخدمة المقدمة بالفعل لتوقعات المتقدم للحصول على هذه الخدمة، أي أن تسليم الخدمة يعني المطابقة لمواصفات الخدمة المقدمة لتوقعات الخاصة بهذه المواصفات وعليه الذي يحكم على جودة الخدمة هو المستفيد الفعلي منها ، و تتصف الجودة في مجال الخدمات العمومية بأنها قدرة الخدمة المقدمة لعموم الجمهور على إرضاء متطلباتهم الضمنية و المعبر عنها ، أي تحقيق المنافع التي يتوقعها المواطنون، وفي هذه الحالة فالجودة ترتبط بمقدار الإشباع الذي يتحصل عليه المستفيد من الخدمة العمومية و مدى رضاه عن الشخص الذي يتولى تقديمها<sup>1</sup>.

الجودة في الخدمات العمومية من شأنها توفير العدالة الاجتماعية والتنمية المستدامة والمساواة و تحسين نوعية الحياة للمجتمع من خلال التأكيد على حق المواطنين في الحصول على الخدمات العامة التي تهدف إلى ما يلي :

- يجب أن تكون في متناول الجميع و متاحة بغض النظر عن الظروف الاجتماعية أو الاقتصادية أو الجغرافية و التي تعزز المساواة والإنصاف بين الجنسين،

- اعتماد سياسات و استراتيجيات التنمية البشرية التي تلبى الاحتياجات الأساسية كالحاجة للمياه و الطاقة والغذاء والسكن وحصول الجميع على التعليم و الصحة و النقل و الاتصالات و المعلومات و الحفاظ على التنوع الثقافي و الحرية في ظروف عمل لائقة،

- الإدارة الجيدة التي تتميز بالشفافية و خالية من الفساد من أجل خدمة المجتمع المتنوع و غير متحيز<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- فليسي ليندة، واقع جودة الخدمات في المنظمات ودورها في تحقيق الأداء المتميز، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة بومرداس، 2012، ص ص 26 -43.

<sup>2</sup>- أحططاش نشيدة، " جودة الخدمة العمومية في ظل الحكومة الالكترونية الذكية -تجربة حكومة دبي-"، مجلة التنمية وإدارة الموارد البشرية، جامعة البليدة 2، العدد الثالث والخاص بفعاليات المؤتمر الدولي: المؤسسة بين الخدمة العمومية وإدارة الموارد البشرية، نوفمبر 2015، ص ص 438-440.

يتضح من تجارب بعض الدول التي انتهجت أسلوب التفويض العقدي في تسيير المرافق العمومية أن خيار التحويل إلى القطاع الخواص جاء لتحسين الخدمة العمومية و إحداث نقلة نوعية و كمية في أداء المرافق العامة لتحقيق الكفاءة و الفعالية الاقتصادية و ذلك لتحرير تلك الأنشطة من التسيير الحكومي التقليدي التي لا تتناسب مع الطابع الصناعي و التجاري لتلك المرافق كما أن توظيف الكفاءة البشرية اللازمة سيؤثر بصفة إيجابية عن الخدمة المؤداة على ما هي في ظل التسيير اللائحي لتلك المرافق<sup>1</sup>.

في إطار تحسين أداء الخدمة العمومية و تحقيق الصالح العام قامت الدولة بمنح امتياز على بعض البنيات التحتية ذات الطابع التجاري لصالح الخواص باعتبار أن التقنيات التي تستعملها الدولة في تسيير مثل هذه المرافق لا تتماشى مع الطابع الربحي الذي يمكن أن تدره و تجعل أداء المرفق ناقص و غير فعال، لذا تم منح امتياز على بعض المرافق الموجهة خصيصا لمهام الخدمة العمومية، حيث يتم ذكر في الاتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة و المفوض له الأملاك محل الاتفاقية كما يتم تحديد أيضا بموجها كل من مشتملات الأملاك محل الامتياز و كذا مدته و الشروط المالية الخاصة به<sup>2</sup>.

وفقا للمرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام ، يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة و الاستمرارية و التكيّف، مع ضمان معايير الجودة و النجاعة في الخدمة العامة<sup>3</sup>.

لغرض تطوير الأداء العمومي لا تكتفي الدولة بتغيير طرق تسيير مرافقها العمومية و إنما تعمل على وضع معايير من خلالها تقيس نسبة جودة الخدمة المقدمة بالإضافة إلى الموازنة بين سعر الخدمة و جودتها و الوصول في الأخير إلى توفير خدمة جيدة أفضل مما كانت عليه و بسعر أقل عن السعر الذي كان المنتفع يدفعه، و يجب أن تعمل الدولة على جعل الهدف الأساسي هو إرضاء مستعملي المرفق العام من الخدمة المقدمة و لا تبني هدفها

<sup>1</sup> - الهندي وحيد بن أحمد و الهيران محمد بن عبد الله، " تحويل المشروعات العامة إلى القطاع الخاص وسيلة أم غاية؟ دراسة حالة الشركات السعودية للصناعات الأساسية"، مرجع سابق، ص ص 119-124.

<sup>2</sup> - للتدقيق في هذه النقطة راجع المرسوم التنفيذي رقم 15-305، المؤرخ في 6 ديسمبر 2015، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط و الاتفاقية النموذجيين المطبقين في منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج ر ع 66، مؤرخ في 9 ديسمبر 2015.

<sup>3</sup> - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

على مجرد توفيرها<sup>1</sup> و ملاحظ أن تقنية التفويض العقدي تسمح بذلك من خلال النقاط التالية:

- اختيار المفوض إليه استناداً لمبدأ المنافسة.

- مراقبة الهيئة المفوضة للمفوض له في تقديم الخدمة العمومية.

- منح الحق لمستعملي المرفق العام رفع انشغالاتهم إلى الهيئة المفوضة في حالة تلقيهم لخدمة سيئة.

- تحمل المفوض له للمسؤولية و المخاطر الناتجة عن تسيير المرفق العام.

- فرض رقابة قضائية على المفوض له في حالة تدني مستوى الخدمة العمومية.

لقد أثارت جودة و نوعية الخدمة العمومية جدل كبير وسط الفقهاء حول مدى اعتبارها كوسيلة أو كغاية تهدف إليه الأشخاص المعنوية العامة، باعتبار هناك من الفقهاء الذي يرى أن مفهوم الجودة و النوعية في تقديم الخدمة العمومية هم مجموعة من الآليات والتخطيطات والإصلاحات التي تتبناها الدولة من أجل تقديم خدمات عمومية أفضل، أما الفريق الآخر من الفقه فإنه يرى أن جودة الخدمة العمومية هو تقديم خدمة عمومية بغض النظر عن الوسيلة المستعملة ولكن تستجيب لمقتضيات و متطلبات طالبي الخدمة بحيث يعبر الرأي الراجح أن الخدمة المقدمة ذو جودة و نوعية عالية عندما تكون خدمة أفضل يرضى عنها مستعملي المرفق العام و كذا بسعر في متناول الجميع<sup>2</sup>.

لما كانت اتفاقية التفويض ذو مصالح مزدوجة بحيث يهدف المفوض له إلى تحقيق مصلحته الخاصة و تهدف الهيئة المفوضة إلى تحقيق المصالح العام إستدعت الضرورة إلى تكليف بعض المؤسسات بتوفير ما يسمى بالخدمة الشاملة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-PERISSION Aldo, « La qualité dans les services publics : problèmes et enjeux », Pyramides, n° 5, 2002 p.p. 42-50.

<sup>2</sup>- مروان مجي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز- الشركات المختلطة-bot- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 93-118.

<sup>3</sup>- لقد تم معالجة هذا الموضوع بشيء من التفصيل في المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة.

## المبحث الثاني: الأسس القانونية لمبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام اتفاقية التفويض

بالعودة إلى القانون الفرنسي نجد أنه قبل 1993 قد منح حرية للهيئة المفوضة في اختيار المفوض إليه دون تقييدها بأي إجراء من إجراءات طلب العروض<sup>1</sup> المعمول بها عند إبرام الصفقة العمومية<sup>2</sup>، لكن بعد صدور قانون SAPIN في 29 جانفي 1993 اعترف المشرع الفرنسي بضرورة احترام مبدأ المنافسة أثناء إبرام عقود الامتياز بصفة خاصة و اتفاقية التفويض بصفة عامة، و ذلك من خلال إعلان الهيئة المفوضة عن رغبتها في تفويض تسيير المرفق العام من خلال طلب العروض، ويتم وضع لجنة لغرض فتح الأطراف التي تقوم باختيار أولي من خلال إعداد قائمة للمرشحين الذين لديهم الحق في تقديم عروضهم وفق ما أملاه دفتر الشروط<sup>3</sup>.

وبعد ذلك تأتي المرحلة الثانية التي تتمثل في السماح للهيئة المفوضة بالحرية في الاختيار من خلال التفاوض الحر مع من تم اختيارهم من طرف اللجنة<sup>4</sup>، و يمكن لها استبعاد كل من

---

<sup>1</sup>- تعني حرية التعاقد أن إنشاء العقد سيخضع لحرية الأطراف أي أن الهيئة المفوضة حرة في الاختيار بين تسيير المرفق العام أو تفويض تسييره و في حالة اختيارها هذه الطريقة الثانية فهي حرة في اختيار نوع عقد التفويض، كما أنها أيضا حرة في اختيار المتعاقد معها استنادا إلى الاعتبار الشخصي أي للهيئة المفوضة سلطة تقديرية في اختيار المفوض إليه دون التقييد بدعوى شكلية للمنافسة أنظر في ذلك:

Rapport de l'école nationale d'administration, Option d'approfondissement, la délégation de service public : un modèle à repenser ?, groupe n 9, promotion 2007-2009, Février 2009, [www.ena.fr](http://www.ena.fr), p.p. 6-7.

<sup>2</sup>- يجب على المصلحة المتعاقدة احترام مبدأ المنافسة الحرة من جهة، كما لها حرية في استبعاد من لا تتوفر فيهم الشروط و لا المؤهلات للترشح للصفقة العمومية الذين يتم إقصائهم، كما تم وضع طريقة استثنائية لإبرام الصفقة العمومية و هي التراضي الذي يستبعد من تطبيق مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية و مقاولات الأشغال العامة، هذا ما أدى بالمشرع الفرنسي بإعادة النظر في النصوص القانونية المنظمة لاتفاقية التفويض. أنظر في ذلك:

BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, op.cit., p.p. 97-106.

<sup>3</sup> - Lyudmila Weyer, délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, édition le moniteur, Paris 2014, p.p. 54-66.

<sup>4</sup> - أنظر في ذلك:

Rapport de l'école nationale d'administration, Option d'approfondissement, la délégation de service public : un modèle à repenser ?, op.cit., p.p. 7-9, و BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux convention de gestion déléguée de service public, op.cit., p.p.87-97.

تراه غير مناسب أو غير ملائم لإبرام اتفاقية التفويض و ذلك استنادا إلى المعيار الشخصي، و هكذا يكون قانون SAPIN قد جمع بين فرض مبدأ المنافسة الحرة في إبرام اتفاقية التفويض من جهة و مبدأ حرية الإدارة في التعاقد من جهة أخرى<sup>1</sup>.

أما في القانون الجزائري فتبني المشرع الجزائري مبدأ المنافسة كقيود لإجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة كان عبر مراحل، حيث كمرحلة أولى اعترف بذلك بنص صريح في بعض القوانين المنظمة لبعض المرافق العمومية القطاعية، بعد ذلك تم الاعتراف بهذا المبدأ بموجب نص جامع و مانع من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام (مطلب أول)، كما أنه تم تدعيم النصوص القانونية التي تبنت مبدأ المنافسة بنصوص قانونية أخرى تعمل على تعزيز تطبيق هذا المبدأ (مطلب ثان).

**المطلب الأول: تبني القانون الجزائري لمبدأ المنافسة في مرحلة إبرام اتفاقية التفويض: من التكريس الضيق إلى التعميم**

اعترف القانون الجزائري بضرورة احترام الهيئة الإدارية لمبدأ المنافسة الحرة في مرحلة إبرام العقود الإدارية و لأول مرة من خلال تعديل قانون المنافسة في سنة 2008 حيث تنص المادة 2 من قانون المنافسة المعدل و المتمم<sup>2</sup> على أن الصفقات العمومية تخضع لقواعد قانون المنافسة من الإعلان إلى المنح النهائي لها غير أنه يجب ألا يعيق تطبيق ذلك أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة.

كما اعترف المشرع الجزائري من خلال هذه المادة بصريح العبارة بخضوع الصفقة العمومية لمبدأ المنافسة من الإعلان إلى المنح النهائي للصفقة العمومية، و قد تم تأكيد ذلك من خلال المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية

<sup>1</sup> -Lyudmila Weyer, délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, op.cit., p.p. 87-83.

<sup>2</sup> - أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل و متمم بموجب القانون رقم 12-08، الصادر في 28 جوان 2008، ج ر ع 36، المؤرخ في 2 جويلية 2008، معدل و متمم، بموجب القانون رقم 10-05، الصادر في 15 أوت 2010، ج ر ع 46، المؤرخ في 18 أوت 2010.

القديم<sup>1</sup>، حيث ألزمت هذه المادة المصلحة المتعاقدة باحترام مبدأ المنافسة أثناء إبرام الصفقة العمومية ذلك لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام بحيث يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية ومنه نتساءل عن مدى امتداد هذا التقييد إلى العقود الإدارية الأخرى أو أن مبدأ المنافسة يحترم فقط عند الإعلان عن إجراءات إبرام الصفقة العمومية كنوع من أنواع العقود الإدارية.

وبالعودة إلى المنظومة القانونية الجزائرية، نجد أن مبدأ المنافسة قد تجاوز حدود النشاط الاقتصادي ليمتد تطبيقه على المرافق العمومية الشبكية التي تم إزالة احتكار الدولة عليها، وباستقراء النصوص القانونية المنظمة لهذه المرافق العمومية الشبكية نجد قد اعترف المشرع في بعض منها أن إبرام اتفاقية التفويض لصالح الخواص يكون باحترام مبدأ المنافسة و المساواة بين العارضين (فرع أول)، كما يتأكد امتداد مبدأ المنافسة ليضم اتفاقية التفويض من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الصادر في سنة 2015 بورود نص صريح يقر ذلك و نقل مبدأ المنافسة من الصفقة العمومية إلى اتفاقية التفويض (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ المنافسة قبل 2015: من الامتياز إلى التفويض

على عكس ما هو معمول به في القانون الفرنسي الذي اعتبر مباشرة أن إجراءات إبرام الصفقات العمومية و اتفاقيات التفويض تقيد بضرورة احترام مبدأ المنافسة، فالقانون الجزائري اعترف باحترام مبدأ المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية أولاً بصفة صريحة ، أما بالنسبة لاتفاقية التفويض فقد مر هذا الاعتراف بمرحلتين تتمثل الأولى في تكريس مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام عقود الامتياز (أولاً)، ثم التكريس الصريح في قانون المياه (ثانياً) ولكن يبقى دائماً في هذه الفترة تكريسه كان بموجب نصوص مرفقية ولم يبرز بموجب نصوص عامة جامعة إلا في سنة 2015.

<sup>1</sup>-مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ألغى و استبدل بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

### أولاً: تكريس مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام عقود الامتياز القطاعية

بعد تعديل قانون الجماعات المحلية اعترف المشرع الجزائري بصريح العبارة بإمكانية تسيير بعض المرافق العمومية المحلية من طرف الخواص و لكن لم يبين طريقة إبرام تلك العقود مما أدى بالوزارة إلى إرسال تعليمة من خلالها تبين كيفية تطبيق امتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها ، التي اعترفت بضرورة إبرام عقود امتياز المرافق العمومية في جو تنافسي ، زد على ذلك أنه صدر قانون 02-03 الذي يحدد القواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحيين للشواطئ الذي اعترف بمنح امتياز استغلال الشواطئ بالاستناد إلى مبدأ المنافسة ، كما أنه تبنى أيضا المرسوم التنفيذي 04-417 المتعلق بامتياز إنشاء المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها مبدأ المنافسة في عقود امتياز هذا القطاع، و الملاحظ أن هذه النصوص القانونية استعملت لفظ عقود الامتياز ولم تستعمل لفظ اتفاقية التفويض، رغم أن عقود الامتياز هي نوع من أنواع عقود تفويض تسيير مرفق عام مما يجعل من تكريس المبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام هو تكريس ضمني و ليس صريح.

#### 1- موقع مبدأ المنافسة في ظل التعليمات الوزارية لسنة 1994

تنص هذه التعليمات بمناسبة تناولها لإجراءات منح امتياز المرافق العامة<sup>1</sup> على أنه ليس هناك نص خاص ينظم منح امتياز المرافق العامة المحلية و تحديد الشروط المعتمدة عليها في اختيار المتعاملين الخواص غير أن أهمية موضوع الامتياز يخول منه عقدا يغلب عليه الطابع الشخصي و أن اختيار الملتزم يخضع للسلطة التقديرية للسلطة الإدارية، أي أن اختياره مبني على مبدأ حرية الإدارة في التعاقد.

غير أن هذا الاختيار يجب أن يتم وفق معايير موضوعية تحدد على أساس مواصفات ومقومات دقيقة و أن تتم هذه الإجراءات في علنية و شفافية تامة في جميع المراحل ولمزايدات و ذلك لهدف ضمان المنافسة المشروعة و الاعتراض الجدي في أوقات معروفة.

<sup>1</sup> - تعليمات وزارية رقم 842/3.94، صادرة في 7 ديسمبر 1994، وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و البيئة و الإصلاح الإداري، المديرية العامة للحريات العامة و الشؤون القانونية، مديرية التقنين العام و المنازعات، المديرية الفرعية للمنازعات، الموجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر و رؤساء المجالس الشعبية ورؤساء المندوبيات التنفيذية (غير منشورة).

ويجب أن يقرر منح امتياز المرافق العامة المحلية أو إلغائها المجلس الشعبي البلدي أو المندوبية التنفيذية للبلدية بالنسبة للمرافق التابعة للبلدية، ولا ينعقد الامتياز إلا إذا صادق الوالي المختص إقليميا على العقد المبرم بين البلدية المعنية و الملتزم بموجب قرار بعد التحقق من سلامة الإجراءات و مطابقتها لدفتر الشروط النموذجي المعد حسب القواعد السارية المفعول و ذلك وفقا للمادة 138 من قانون البلدية.

أما بالنسبة لمنح امتياز المرافق العامة التابعة للولاية فإنه يقرر من طرف المجلس الشعبي الولائي أو المندوبية التنفيذية للولاية حسب الأحوال.

وأن العقود المبرمة لهذا الغرض يجب أن تكون مطابقة هي الأخرى لدفتر الشروط النموذجي المصادق عليه وفقا للقواعد و الإجراءات المعمول بها.

2- موقع مبدأ المنافسة في ظل القانون 02-03 الذي يحدد القواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحيين للشواطئ

يتم الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة وفق نظام الامتياز عن طريق المزايدة المفتوحة و في حالة تعذر ذلك لكون المزايدة غير مثمرة يمنح الامتياز وفق نظام التراضي للمجالس الشعبية البلدية<sup>1</sup>، و عند تفحص نصوص المرسوم التنفيذي 04-274 الذي يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة وكيفيات ذلك يتبين لنا احترام مبدأ المنافسة في إبرام مثل هذه العقود من خلال إجراءات المزايدة لاسيما إرسال دعوى للمشاركة في المزايدة المفتوحة، إعلام الجمهور الإحالة إلى ملف الترشيح و كذا دفاتر الشروط<sup>2</sup>.

ويعتبر امتياز استغلال الشواطئ أول عقد امتياز بين فيه المشرع الجزائري كيفيات إبرامه و إجراءات الإعلان عنه و كذا اختيار الملتزم و المصادقة عليه وكيفيات تنفيذ العقد و كذا حقوق و واجبات الملتزم، و لكن رغم التفصيل في إجراءات إبرام عقد امتياز استعمال واستغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة إلا أنه لا يمكن تعميم هذا النص على باقي القطاعات

<sup>1</sup> - أنظر المادتين 22-23 من القانون رقم 02-03، المؤرخ في 17 فبراير 2003، يحدد القواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحيين للشواطئ، ج ر ع 11، مؤرخ في 19 فبراير 2003.

<sup>2</sup> - من المادة 8 إلى المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المؤرخ في 5 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة وكيفيات ذلك، ج ر ع 56، مؤرخ في 5 سبتمبر 2004.

الأخرى و لا يمكن جعل منه قاعدة عامة تطبق على جميع عقود تفويض تسيير المرافق العمومية بل ينحصر مجال تطبيق هذا المرسوم بحدود القطاع الذي صدر فيه.

3- موقع مبدأ المنافسة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 04-417 المتعلق بامتياز إنشاء المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها

ينص المرسوم التنفيذي السالف الذكر، على أنه يمنح امتياز موضوع هذا المرسوم عن طريق المزايدة، و عندما تكون المزايدة غير مثمرة يمنح الامتياز بالتراضي<sup>1</sup>.

من خلال هذا المرسوم اعترف المشرع الجزائري بعرض امتياز إقامة المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها يكون أولاً بالإعلان والعرض على المنافسة، و في حالة كون المنافسة غير مجدية يتم اللجوء إلى الطريقة الاستثنائية دون الدعوة الشكلية للمنافسة وهي التراضي.

ولكن ما ينبغي الوقوف عليه هو عدم ذكر شكل و مراحل إبرام اتفاقية التفويض، بل اكتفى المشرع باستعمال المناقصة كطريقة أصلية في إبرام امتياز إقامة المنشآت القاعدية لاستقبال المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، و التراضي كطريقة استثنائية، والمعروف أن المناقصة و التراضي هي الطريقة المعتمدة لإبرام الصفقات العمومية وهذا ما جعلنا نربط اتفاقية التفويض في هذا المجال بالصفقات العمومية من حيث طرق و مراحل الإبرام.

ومنه هل يمكن القول أن اتفاقية التفويض في هذا المجال تخضع للقواعد العامة، خاصة إذا علمنا أن المرسوم التنفيذي 04-417 الذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، يعتبر الجهة المختصة بإجراء المناقصة تكون حسب المنشأة المراد منح امتيازها، و يختص بذلك سواء الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي و يتم إعلام وزير النقل بذلك<sup>2</sup>، و بالعودة إلى قانون

<sup>1</sup> - المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، مرجع سابق.

2- المادة 8 من المرجع نفسه.

البلدية و قانون الولاية نجدهما يحيلان إلى تطبيق القواعد العامة عند إجرائهما للمناقصة و هو قانون الصفقات العمومية<sup>1</sup>.

وبالتالي نتساءل فعلا عن مدى رغبة المشرع الجزائري في إخضاع اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام للقواعد الإجرائية المحددة في قانون الصفقات العمومية و المتعلقة باختيار المتعامل المتعاقد، لأن المعروف في القانون المقارن لاسيما في القانون الفرنسي أنّ إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية تختلف عن إجراءات إبرام الصفقات العمومية، من حيث اعتماد الهيئة المفوضة على " المعيار الشخصي" أو ما يسمى بالتفاوض الحر كأساس في اختيار المفوض إليه، عكس الصفقات العمومية التي يختار فيها المتعامل المتعاقد بالنظر إلى من يقدم أفضل عرض من حيث المزايا الفنية و المالية بغض النظر عن المعيار الشخصي الذي يعتبر كحد للمنافسة<sup>2</sup>.

ثانياً: تكريس مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه

أول قانون في المنظومة القانونية الجزائرية اعترف بضرورة احترام مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية هو قانون المياه و ذلك عند تفويض الأشخاص المعنية العامة تسيير الشبكة المحلية لتوزيع المياه الصالح للشرب لصالح الخواص.

1- تنص المادة 191 من القانون رقم 10/11، المتضمن قانون البلدية، مرجع سابق، على: " تنشأ لجنة بلدية للمناقصة تتشكل كما يأتي:

-رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا،

-منتخبان (2) يعينهما المجلس الشعبي البلدي، عضوين،

-الأمين العام للبلدية، عضوا،

-ممثّل مصالح أملاك الدولة.

تتم المناقصة بناء على دفتر شروط، تصادق عليه قانونا للجنة البلدية للمناقصة وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. وتحدد مصالح أملاك الدولة السعر الافتتاحي."

كما تنص المادة 135 من القانون رقم 07/12، المتعلق بالولاية، مرجع سابق، على أن الصفقات العمومية التي تنجزها الولاية تكون وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما أي تحيلنا إلى تطبيق قانون الصفقات العمومية.

2- BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux convention de gestion déléguée de service public, op.cit, p.p. 97-99.

يتميز مرفق توزيع المياه الصالح للشرب أنه مرفق عام شبكي محلي و بالعودة إلى المادة 105 من قانون المياه نجدها تنص على: " يتم تفويض الخدمة العمومية عن طريق عرضها للمنافسة مع تحديد لاسيما، محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له، و شروط تنفيذها، و المسؤوليات الملتمزم بها، و مدة التفويض، و كفاءات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين، و معايير تقييم نوعية الخدمة."<sup>1</sup>.

نفهم من خلال هذه المادة أن اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه تتم من خلال مرحلتين: المرحلة الأولى و هي إعلان الهيئة المفوضة عن طلب العروض لكي يتسنى لها جذب أكبر عدد ممكن من المتعهدين ، أما المرحلة الثانية فهي تقديم لهم دفتر الشروط لتبين لهم موضوع اتفاقية التفويض ووضعهم في تنافس.

كما أنه لم يذكر طريقة العرض على المنافسة التي يمكن أن تكون بالنشر في الجرائد سواء الوطنية أو الجهوية أو المحلية منها، كما يمكن أن يكون النشر في النشرة الرسمية لصفقات للمتعامل العمومي.

أما بالنسبة لطريقة الإبرام فإنه لم يبين لنا مدى تقييد الهيئة المفوضة بمراحل الإبرام المذكورة في قانون الصفقات العمومية و لم يضع مراحل أو طرق الإبرام في قانون المياه بل اكتفى المشرع الجزائري بالذكر فقط أن إبرام اتفاقية التفويض تكون بالعرض على المنافسة مع تبيان بعض الالتزامات التي تقع على عاتق الهيئة المفوضة أثناء العرض على المنافسة كذكر محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له، و شروط تنفيذها، و المسؤوليات الملتمزم بها، و مدة التفويض، و كفاءات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين، و معايير تقييم نوعية الخدمة، و لم يلزمها بذكر مثلا مدة تقديم العروض و كفاءات تقديمهم.

بالعودة إلى المرسوم التنفيذي 10-275 الذي يحدد كفاءات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير نجد أنه أوجب إرفاق ملف الموافقة على اتفاقية

<sup>1</sup> - أنظر المادة 105 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 أوت 2005، يتضمن قانون المياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير بالإشعار وملف الإعلان عن المنافسة، تقرير تقييم العروض، وكذا مبرر التأهيلات المهنية والضمانات المالية للمتعاقل المقبول<sup>1</sup>.

عكس ما نجده في القانون الفرنسي حيث حدد طريقة إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة في قانون SAPIN و كذا في قانون الجماعات المحلية و حدد لاسيما كيفية الإعلان و مدة تقديم العروض و لجان فتح المظاريف التي تحدد الأشخاص المؤهلين لتقديم عروضهم و معايير تقييمها و كذا لجان تقييم العروض التي تحدد الأشخاص المؤهلين للتفاوض الحر مع الهيئة المفوضة<sup>2</sup>.

وعكس ما نجده أيضا في القانون المغربي<sup>3</sup> الذي نص أنه يتم اختيار المفوض إليه بالدعوى إلى المنافسة قصد ضمان المساواة بين المترشحين و موضوعية معايير الاختيار و شفافية العمليات و عدم التحيز في اتخاذ القرار و ذلك عن طريق إشهار مسبق و قد أحال اختصاص تحديد أشكال وكيفيات إعداد وثائق الدعوة إلى المنافسة إلى التنظيم حيث تختلف

<sup>1</sup> - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275، المؤرخ في 4 نوفمبر 2010، يحدد كيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير، ج ر ع 68، مؤرخ في 10 نوفمبر 2010.

<sup>2</sup> - إن القانون الفرنسي قد حدد بالتدقيق كل العمليات المتعلقة بإجراءات إبرام اتفاقية التفويض مثلا: كيفية عرضها على المنافسة، و كيفية الإشهار، و اللجان المختصة في إتباع إجراءات الإبرام، و كذا طريقة التفاوض الحر... إلخ، و ذلك من خلال قانون 93-122 لصادر في 29 جانفي 1993، يتعلق بالوقاية من الرشوة و شفافية الحياة الاقتصادية و إجراءات العامة أو ما يسمى بقانون SAPIN، و النصوص التنظيمية له لاسيما النص التنظيمي رقم 95-225 الذي جاء لتبيان كيفية تطبيق المادة 41 منه، و يمكن تلخيص إجراءات الإبرام في ثلاث مراحل و هي: مرحلة الاستشارة لتبيان إذا كان المرفق العام سيسير مباشرة أو سيسير عن طريق التفويض، و المرحلة الثانية و هي مرحلة المنافسة و التفاوض الحر و أخيرا تأتي مرحلة استكمال الإجراءات القانونية لكي ينتج العقد آثاره كالعرض للمصادقة من طرف اللجنة المختصة لتقرير اختيار المفوض إليه.

كل هذه الإجراءات ذكرت في:

Lyudmila Weyer, délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, op.cit., p.p.29-90.

<sup>3</sup> - و ذلك من خلال القانون 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة لا سيما المادة 5 منه التي تكرس الدعوى إلى المنافسة و المادة 6 التي تكرس التفاوض المباشر، دُكر و فُهرس من طرف: نكاوي سعيد، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05-54، دار الآفاق المغربية للنشر و التوزيع، الرباط، 2010، ص.ص. 126-127. أنظر كذلك في نفس النقطة:

POMMEL Christine et NACIRI Hichem, la loi 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics : entre régime administratif et négociation contractuelle, REMALD, n° 75 (juillet, aout), 2007, p.p.29-31.

باختلاف الهيئة المفوضة، بالإضافة إلى ذلك ذكر بعض الاستثناءات التي يستبعد فيه تطبيق مبدأ المنافسة و إبرام اتفاقية التفويض بأسلوب التعاقد المباشر.

هذا عكس المشرع الجزائري الذي لم يذكر حالات استثنائية يتم فيها إبرام اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه دون الدعوة الشكلية للمنافسة<sup>1</sup>.

كما قد نص المشرع الجزائري على إبرام اتفاقية تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه و لم يتم تعميم ذلك على قطاعات أخرى كأنما من خلال ذلك يطبق قواعد منفردة تخص كل قطاع على حدا، و لم يجمع أنواع و القواعد المطبقة على اتفاقية التفويض في نص واحد باعتبارها نوع من أنواع العقود الإدارية كما فعل سابقا بالنسبة للصفحة العمومية إلا في سنة 2015.

**الفرع الثاني: تعميم مبدأ المنافسة بموجب قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و النصوص التنظيمية له**

تنص المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام<sup>2</sup> على: " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم.

وزيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية و المساواة و قابلية التكيف".

وبالرجوع إلى نص المادة 5 من المرسوم المذكور أعلاه نجدها تنص على: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

<sup>1</sup> يمكن لصاحب الامتياز تفويض الخدمات العمومية للمياه لصالح فرع أو لعدة فروع أنشأت لهذا الغرض وفقا للمادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275، الذي يحدد كيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير، مرجع سابق. و لكن لم تبين هذه المادة أن هذا النوع من عقود التفويض الداخلي يخرج من نطاق تطبيق مبدأ المنافسة.

<sup>2</sup> مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر ع 50، مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

من خلال هاتين المادتين يتضح لنا أن المشرع الجزائري نص و بصريح العبارة على تقييد إجراءات إبرام اتفاقية التفويض بضرورة احترام الهيئة المفوضة لمبدأ المنافسة في اختيار المفوض له، وهذا الاعتراف جاء نوعاً ما متأخراً لكون اعتراف و أخذ المشرع الجزائري باتفاقية التفويض كان لأول مرة في قانون المياه لسنة 2005 ثم امتد إلى قوانين مرفقية أخرى، و بعد عشرة سنوات أي في سنة 2015 لكي يضع المشرع نص جامع لكل اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العامة بغض النظر عن المرفق الذي أبرمت بشأنه.

ومن جهة أخرى نجد المشرع الجزائري نظم الصفقات العمومية في قانون خاص بها منذ أن عرف هذا النوع من العقود، أما اتفاقية التفويض فقد وضع لها مواد موحدة تحكمها في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، بعد تجريبها في بعض القطاعات بموجب قوانين مرفقية مستقلة بالرغم من كون كلا من الصفقة العمومية و اتفاقية التفويض عقدان إداريان.

وعلى العموم فإن إلزام الهيئة المفوضة باحترام مبدأ المنافسة جاء محتشماً نوعاً ما في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام (أولاً)، لكن تم تدارك ذلك النقص من خلال المراسيم التنفيذية له لاسيما المرسوم التنفيذي 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام (ثانياً).

**أولاً: تكريس مبدأ المنافسة من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام**

من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام قيد المشرع الجزائري إجراءات إبرام اتفاقية التفويض بضرورة احترام مبدأ المنافسة، و لكن دون التدقيق في ذلك بحيث ذكر من خلال المادة 207 منه على أنه يمكن للشخص المعنوي العام المسؤول عن المرفق العام أن يفوض تسييره إلى شخص خاص<sup>1</sup> ولم يضع إجراءات إبرام اتفاقية التفويض و

<sup>1</sup> - لم يذكر المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق، نوع الشخص المعنوي العام الذي يمكن له تفويض المرفق العام كما أنه لم يذكر نوع المرفق العام إذا كان محلياً أو وطنياً، كما أنه استعملت نص المادة 207 منه كلمة " ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف"، مع العلم أنه هناك بعض القطاعات عرفت التفويض من خلال نصوص تشريعية مرفقية هذا ما يجعلها تخرج من نطاق تطبيق هذا المرسوم الرئاسي استناداً لقاعدة الخاص يقيد العام.

بالتالي تحديد ضمانات احترام مبدأ المنافسة، أو النص على مبدأ المنافسة كأصل و تحديد حالات استثنائية أين يستبعد فيه هذا المبدأ و تبرم الهيئة المفوضة اتفاقية التفويض دون الدعوة الشكلية للمنافسة.

ولكن المعروف قانونا أن لكل قاعدة استثناء، و هذا يعني أنه لا يمكن فرض مبدأ المنافسة بطريقة مطلقة على إجراءات إبرام اتفاقية التفويض بل هناك بعض الاستثناءات التي تفرض بالضرورة نظرا لكون موضوع العقد يتمحور حول مرفق عام تحكمه بعض المبادئ كاستمرارية و القابلية للتطور و التغيير.

ونظرا لغياب أي نص في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ينص على الاستثناءات الواردة على ضرورة احترام مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية التفويض، فإننا سنحاول البحث عن هذه الاستثناءات في القانون المقارن.

يمكن تصنيف الاستثناءات التي ترد على احترام مبدأ المنافسة أثناء إبرام اتفاقية التفويض إلى ثلاث أنواع ، استثناءات تضعها الهيئة المفوضة، استثناءات تفرضها الظروف المتصلة بالمرفق العام، و استثناءات تشريعية<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للاستثناءات التي يمكن أن تضعها الهيئة المفوضة يمكن أن تتمثل في الشروط التي تفرضها عند اختيارها للمفوض إليه كمنع بعض المتعهدين للوصول للطلبات العمومية باشتراك بعض المؤهلات، مع العلم أن تنظيم تفويض المرفق العام في القانون الجزائري جاء بموجب مرسوم رئاسي، هذا ما يفتح المجال للسلطة التنفيذية تنظيم طرق و كفاءات إبرام هذه العقود بالطريقة التي تراها مناسبة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.ص 266-270.

<sup>2</sup> - في القانون الجزائري تم تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بموجب نص تنظيمي عكس القوانين المقارنة التي أحالت هذا الاختصاص للتشريع.

وموضوع اتفاقية التفويض ينصب على مرفق عام الذي يمثل الأرضية المناسبة لممارسة امتيازات السلطة العامة<sup>1</sup> بالتالي لا يمكن أن يشكل تطبيق مبدأ المنافسة الحرة عائقا لممارسة امتيازات السلطة العامة المخولة للأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام.

أما بالنسبة للاستثناءات التشريعية فهي الاستثناءات التي يضعها المشرع بموجب نص قانوني صريح، بحيث لم يخصص المشرع الجزائري أي مادة قانونية في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام<sup>2</sup> لتبيان حالات محددة حصرا عند مصادفتها يتم إبرام اتفاقية التفويض دون الدعوى الشكلية للمنافسة على عكس ما ذهب إليه القانون المقارن.

مثلا نجد المشرع المغربي نص على التفاوض الحر دون الدعوة الشكلية للمنافسة في حالات محددة حصرا<sup>3</sup> و تتمثل أساسا في حالة الاستعجال قصد ضمان استمرارية المرفق العام، لأسباب يقتضيها الأمن الوطني أو الدفاع الوطني، بالنسبة إلى الأنشطة التي يختص باستغلالها حاملو براءات الاختراع أو بالنسبة إلى الأعمال التي لا يمكن أن يعهد بإنجازها إلا إلى مفوض إليه معين، في حالة عدم جدوى الدعوة إلى المنافسة.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد وضع هو الآخر بعض الاستثناءات التي في حالة قيامها يتم إبرام اتفاقية التفويض دون الدعوة الشكلية للمنافسة، و ذلك من خلال القانون العام للجماعات المحلية و كذا قانون sapin، و تتمثل هذه الاستثناءات في ثلاث حالات<sup>4</sup>.

و تتمثل الحالة الأولى في منح المشرع وضعية احتكارية إلى شركة خاضعة للقانون الخاص تتولى المهام المفوض إليها على المستوى المحلي مثل تلك التي تتولى توزيع الكهرباء، أما

<sup>1</sup> - إن إمتيازات السلطة العامة تعتبر كحد لتطبيق مبدأ المنافسة الحرة على أعمال الأشخاص المعنوية العامة، سنتناول هذه النقطة بشيء من التفصيل في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة تحت عنوان التضييق من نطاق تطبيق مبدأ المنافسة.

<sup>2</sup> - نص المشرع الجزائري في المادتين 49 و 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق. على حالات حصرية إذا صادفتها الصفقات العمومية يتم إبرامها بأسوب التراضي دون الدعوة الشكلية للمنافسة و لم يتم تعميم هذه الاستثناءات على اتفاقيات تفويض المرافق العامة.

<sup>3</sup> - محمد الأعرج ، طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 101 لسنة 2013، ص.149. أنظر كذلك في هذا الشأن:

<sup>4</sup> - Lyudmila Weyer, délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, op.cit., p 24.

الحالة الثانية فهي التفويضات التي تمنح إلى مؤسسة عامة تمارس عليها الهيئة المفوضة رقابة مماثلة للرقابة التي تفرضها على الهياكل التابعة لها، أما الحالة الثالثة فهي ما أطلق عليها المشرع الفرنسي تسمية التفويضات الصغيرة " les petite délégation " و هي التفويضات المتميزة بمبلغها المحدود و مدتها القصيرة<sup>1</sup>، و رغم الإعلان عن هذه التفويضات إلا أنه لا يتم وضع المتعهدين في تنافس.

بالإضافة إلى هذه الاستثناءات التشريعية أكد مجلس الدولة الفرنسي و في العديد من قراراته أن احترام مبدأ المنافسة الحرة عند تفويض الخدمة العامة ليس بمبدأ مطلق بل ترد عليه استثناءات كما حصر مجال تطبيق هذا المبدأ في التفويض العقدي دون الانفرادي حيث التفويضات التي تمنح بصفة انفرادية من طرف الهيئة المفوضة و ليس عن طريق عقد لا تتقيد بمبدأ المنافسة الحرة و لا يمكن أن ترفع فيها دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد<sup>2</sup>.

في غياب أي نص قانوني صريح في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام يكرس الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة المفروض على إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة، ينبغي البحث في مدى أخذ المشرع الجزائري بهذه الاستثناءات، وذلك من خلال البحث عليها في المنظومة القانونية الجزائرية، لأن أثناء البحث في القوانين المنظمة للمرافق العامة نجد أنها تذكر هذه الحالات التي اعتبرها المشرع الفرنسي كاستثناءات عن تطبيق مبدأ المنافسة و لكن بصفة عشوائية و في بعض الأحيان دون ربطها بمبدأ المنافسة.

يمكن أن نذكر على سبيل المثال فيما يتعلق بالتفويض لصالح فرع تابع للهيئة المفوضة ما ذكره الأستاذ زوايمية من خلال مقارنته للمادتين 2 و 4 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275 الذي يحدد كفاءات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير، حيث أنه اعتبر أن المشرع من خلال هذا المرسوم استثنى تطبيق مبدأ المنافسة عندما تقوم الهيئة العامة المفوضة بإنشاء فرع من أجل تفويض له تسيير الخدمات العمومية للمياه و التطهير

<sup>1</sup> - للتدقيق حول مدة هذه التفويضات و مبالغها أنظر في ذلك:

BAZEX michel, « Le droit public de la concurrence », R.F.D.A., n° 3 Juliet- aout, 1998, p.p. 785-789.

<sup>2</sup> - أنذر في ذلك على سبيل المثال:

C.E.,N° 403614, du 6 mars 2017, La société des eaux de Marseille, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

لأن الهيئة المفوضة في هذه الحالة تمارس على المفوض إليه رقابة مثل التي تمارسها على هيكلها الداخلية التابعة لها ومن جهة أخرى تم إنشاء هذا الفرع خصيصاً من أجل أداء الخدمة المفوضة له<sup>1</sup>.

بحيث تلتزم الهيئة المفوضة باختيار المفوض له في جو تنافسي عندما ينتهي هذا الأخير إلى أشخاص القانون الخاص، و يخرج من نطاق احترام مبدأ المنافسة التفويضات التي تكون بين أشخاص القانون العام<sup>2</sup>.

أما فيما يتعلق بالتفويض الانفرادي الذي يمكن تعريفه أنه تفويض تسيير مرفق عام أو جزء منه إلى شخص خاص من جهة واحدة و بصفة انفرادية، و يكون بأساليب كلاسيكية معروفة، كثيرة و مختلفة، و استعماله بصفة دائمة يجعل البعض تارة يتجاهل فيها صفة تفويض التسيير، و يمكن تقسيم وسائل التفويض الانفرادي إلى ثلاث وسائل<sup>3</sup> و هي :

- الوسيلة الأولى و هي التفويض الانفرادي عن طريق نص قانوني l'habilitation législative و نقصد بذلك وجود نص قانوني يسمح للمتعامل الاقتصادي تسيير المرفق العام أو جزء جوهري منه، و هذه الطريقة مستعملة بشكل متكرر.

- الوسيلة الثانية تتمثل في التفويض الانفرادي عن طريق نص تنظيمي l'habilitation réglementaire و هو أسلوب نادر الاستعمال.

- الوسيلة الثالثة وتتمثل في التفويض الانفرادي عن طريق قرار إداري فردي l'habilitation individuelles ويعني تفويض تسيير مرفق عام بموجب قرار فردي لا تنظيمي.

بالعودة إلى القانون الجزائري نجده قد كرس التفويض الانفرادي واستعمله في مجالات عدة و قد استبعد مبدأ المنافسة في هذه الطريقة من التفويض، يمكن أن نذكر على سبيل المثال أهل المشرع شركة سونلغاز (شركة ذات أسهم) من خلال قانونها الأساسي، بإنتاج

<sup>1</sup>- ZOUAIMIA Rachid, la délégation de service public au profit des personnes privées, op.cit., p 81.

<sup>2</sup>-C.E., « Rapport public sur les collectivités publiques et la concurrence, La Documentation française, Paris, 2002, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr), p 285.

<sup>3</sup>- GUGLIELMI Gilles-J et KOUBI Geneviève, Droit du service public, Montchrestien, Paris, 2000, p 227.

الكهرباء سواء في الجزائر أو في الخارج و نقلها و توزيعها و تسويقها و كذا نقل الغاز لتلبية حاجيات السوق الوطنية<sup>1</sup>.

ومع التأكيد أن المشرع لم يضمن احتكار هذه الشركة لمرفق الكهرباء و الغاز بل تم فتح نشاطات إنتاج الكهرباء على المنافسة من خلال إمكانية كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، أن يمارس نشاط إنتاج الكهرباء و نقلها و توزيعها و تسويقها و نقل الغاز و توزيعه و تسويقه بواسطة القنوات و يمارسها في إطار المرفق العام، كما أنه تسلم رخصة لذلك استنادا على شروط تتمثل في شروط تقنية و مالية و اقتصادية ، طبيعة مصادر الطاقة، الفعالية الطاقوية، سلامة و أمن شبكات الكهرباء، بالإضافة إلى احترام قواعد حماية البيئة و كذا واجبات المرفق العام في مجال انتظام التمويل بالكهرباء<sup>2</sup>.

أما فيما يتعلق بالاستثناء الثالث و هو تقييد الهيئة المفوضة بمبدأ المنافسة الحرة في التفويضات التي يتعدى مبلغها حد مالي معين و مدة معينة، نجد المشرع الجزائري لم ينص على هذا الاستثناء عكس ما اتجه إليه فيما يتعلق بإبرام الصفقات العمومية أين اعتبر كل صفقة عمومية يساوي أو يقل مبلغها التقديري اثني عشر مليون دينار لصفقة الأشغال أو اللوازم، و مبلغ ستة ملايين دينار جزائري لصفقة الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا تقييد المصلحة المتعاقدة بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لاسيما طريقة الإبرام و احترام مبدأ المنافسة<sup>3</sup>.

ولكن ينبغي التذكير أن المشرع الجزائري في مجال منح امتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، وضع استثناء و هو إمكانية اللجوء إلى التراضي وإبرام اتفاقية التفويض في هذا المجال دون الدعوى الشكلية للمنافسة، و لكن

<sup>1</sup> - المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 195/02، المؤرخ في أول يونيو 2002، يتضمن القانون الأساسي للشركة الجزائرية للكهرباء و الغاز المسماة سونلغاز "ش.ذ.أ." ج.ر.ع. 39 مؤرخ في 2 يونيو 2002.

<sup>2</sup> - المواد 1، 6، 10، 13، من القانون رقم 01/02 المؤرخ في 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر.ع. 8 مؤرخ في 6 فيفري 2002، المعدل و المتمم.

<sup>3</sup> - المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

اكتفى بذكر حالة واحدة تسمح للهيئة المفوضة اللجوء إلى إبرام اتفاقية التفويض بأسلوب التراضي وهي حالة عدم جدوى المنافسة<sup>1</sup> دون ذكر حالات أخرى.

لكن قواعد المنطق و المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام تفرض حالة أخرى للتعاقد عن طريق التراضي وهي حالة الاستعجال الملح المقترن بخطر داهم، أي الحالة التي تجد نفسها الهيئة المفوضة ملزمة بتوفير الخدمة العامة عن طريق تفويضها للخواسب لضمان استمرارية المرفق العام وبصفة مستعجلة لا تحتمل الانتظار وإلا وقعت أضرار من الصعب تداركها.

ثانياً: التكريس الفعلي لمبدأ المنافسة من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام

جاء المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض مرفق العام لتبيان كيفية تطبيق نص المادتين 207 و 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و من خلال المادة الأولى منه حصر مجال تطبيق ما جاء به هذا المرسوم التنفيذي في تحديد شروط وكيفية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية، عكس نصوص المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي جاء بصفة عامة و لم يميز بين المرافق العامة المحلية و المرافق العامة الوطنية.

يظهر لنا فرض المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة احترام مبدأ المنافسة الحرة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة من خلال جعل الطلب على المنافسة الطريقة الأساسية لإبرام تلك العقود ، الذي يجب أن تلتزم به الأشخاص المعنية العامة عند إبرام أي نوع من أنواع اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام.

### 1- طرق الإبرام عقود تفويض تسيير مرفق عام

تبرم اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام وفق صيغة الطلب على المنافسة كطريقة أساسية و وفق صيغة التراضي كطريقة استثنائية<sup>2</sup>، الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة

<sup>1</sup> - المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، المؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

في معاملتهم و الموضوعية في معايير انتقائهم و شفافية العمليات و عدم التحيز في القرارات المتخذة، يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض و هو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية و المالية<sup>1</sup>، كما يكون الطلب على المنافسة وطنياً<sup>2</sup>.

كما قد تدارك المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام نقائص المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام من خلال وضع بعض الاستثناءات على مبدأ المنافسة أين تقوم الهيئة المفوضة بإبرام اتفاقية التفويض وفق أسلوب التراضي دون الدعوى الشكلية على المنافسة.

يمكن للتراضي أن يأخذ صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الإشارة<sup>3</sup>، بحيث يتمثل التراضي البسيط في إجراء تقوم من خلاله الهيئة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام بعد التأكد من قدراته التقنية و المالية و المهنية<sup>4</sup>، كما تلجأ السلطة المفوضة للتراضي البسيط<sup>5</sup> في الحالات الآتية:

- في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمترشح واحد يحتل وضعيه احتكارية.

- الحالات الاستعجالية و المتمثلة أساساً في كون اتفاقية التفويض السارية المفعول ذو موضوع إجراء فسخ، أو استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له، في حالة رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الأجل<sup>6</sup>.

أما التراضي بعد الاستشارة فهو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل<sup>1</sup> و تلجأ إليه السلطة المفوضة في حالات محددة حصراً<sup>2</sup> تتمثل أساساً في:

<sup>1</sup>- المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.  
<sup>2</sup>- المادة 10 من المرسوم التنفيذي نفسه عكس الصفقات العمومية أين يمكن لطلب العروض أن يكون وطنياً و/ أو دولياً وفقاً للمادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العامة، مرجع سابق.

<sup>3</sup>- المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>4</sup>- المادة 18 من المرسوم نفسه.

<sup>5</sup>- المادة 20 من المرسوم نفسه.

<sup>6</sup>- المادة 21 من المرسوم نفسه.

- عند الإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية<sup>3</sup>، و في هذه الحالة يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.

- عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، يتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية و وزير الجماعات الإقليمية، و في هذه الحالة يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة بعد التأكد من قدراتهم المالية و الفنية و المهنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني.

## 2- الأشخاص الملزمون باحترام مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية التفويض

تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام على أنه يمكن للجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها والمسؤولة عن مرفق عام التي تدعى في صلب النص السلطة المفوضة أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري يدعى في صلب النص المفوض له بموجب اتفاقية التفويض.

وهذا يعني أن تقييد الحرية التعاقدية بضرورة احترام مبدأ المنافسة عند تفويض تسيير مرفق عام مقتصر فقط على الأشخاص المعنوية العامة المحلية دون غيرها من الأشخاص المعنوية العامة الوطنية، كما أنه المفوض له يكون بالضرورة خاضع للقانون الجزائري.

لا يمكن للمفوض له الاستفادة من تفويض المرفق العام أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر، إلا أنه يمكن له أن يلجأ إلى المناولة في حالة ما إذا فرضته متطلبات تسيير المرفق العام<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- المادة 19 من المرسوم نفسه.

<sup>3</sup>- المادة 15 من المرسوم نفسه حددت لنا حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة مثل حالة عدم استلام أي عرض، أو عرض واحد، أو عدم مطابقة العروض لدفتر الشروط...إلخ.

<sup>4</sup>- المواد 7، 60 و 61 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 2 أوت 2018، يتعلق بالمرفق العام، مرجع سابق.

### 3- أنواع عقود التفويض الخاضعة لمبدأ المنافسة

حدد المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام أشكال اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام و بالتالي لم يستثنى أي شكل من تطبيق مبدأ المنافسة تخضع إجراءات إبرام جميع أشكال اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام لمبدأ المنافسة و حرية الدخول للطلب العمومي<sup>1</sup>.

تتمثل أشكال اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام التي أخذ بها المشرع الجزائري في:

أ- الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله و إما تعهد له فقط استغلال المرفق العام، و يستغل المفوض له المرفق باسمه و على مسؤوليته تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة و يمول المفوض له بنفسه الانجاز واقتناء الممتلكات و استغلال المرفق العام و يتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام ، لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز 30 سنة، و يمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة شريطة ألا تتعدى مدة التفويض 4 سنوات كحد أقصى<sup>2</sup>.

ب- الإيجار هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير و صيانة المرفق العام مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها و يتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر و تحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام ويتقاضى المفوض له أجرا من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام، و تحدد مدة الإيجار ب 15 سنة كحد أقصى و يمكن تمديد المدة بموجب ملحق مرة واحدة متى استدعت الضرورة ذلك لكن دون أن تتجاوز مدة التمديد 3 سنوات كحد أقصى<sup>3</sup>.

ج- الوكالة المحفزة هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره و صيانته، و يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام و تحتفظ بإراداته و رقابته الكلية و تدفع للمفوض له

<sup>1</sup> - حدد كذلك المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق أشكال اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام في المادة 210 منه.

<sup>2</sup> - المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 أوت 2018، يتضمن تفويض المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - المادة 54 من المرسوم نفسه.

أجر في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة الإنتاجية و عند الاقتضاء حصة من الأرباح و يحصل المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملي المرفق العام لصالح الهيئة المفوضة، و تتحدد مدة الوكالة المحفزة ب 10 سنوات كحد أقصى و يمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة متى استوجب الأمر ذلك شريطة ألا تتعدى مدة التمديد سنتين كحد أقصى<sup>1</sup>.

د- التسيير هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره و صيانته، بدون أي خطر يتحملة المفوض له، يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام و تحتفظ بإدارته و رقابته الكلية، تدفع السلطة المفوضة للمفوض له أجر في شكل منحة الإنتاجية و يتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملي المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة التي تحتفظ بالأرباح و في حالة العجز تعوضه بأجر جزافي و يحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة، و لا يمكن أن تتجاوز مدة عقد التسيير 5 سنوات<sup>2</sup>.

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يكتفي بتقييد حرية الهيئة المفوضة بضرورة تطبيق مبدأ المنافسة عند اختيارها للمفوض له و إنما عمل على تعزيز هذا المبدأ من خلال موازاته بمجموعة من المبادئ و كذا إضفاء حماية جنائية عليه.

### المطلب الثاني: التدعيم التشريعي لمبدأ المنافسة الحرة

إن تطبيق مبدأ المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة و فتح المرافق العامة أمام المبادرة الخاصة و كذا نقل فكرة الضبط القطاعي من النشاط الاقتصادي و ترسيخها في مجال المرافق العمومية، هذا ما أدى إلى وضع مفهوم مغاير لمبدأ المنافسة الذي تتقيد به الهيئة المفوضة عند اختيارها للمفوض إليه عن المفهوم الذي يعرف به مبدأ المنافسة في القطاع الاقتصادي و النشاط التجاري.

فلا يقصد بمبدأ المنافسة حرية المتعامل الاقتصادي في الدخول إلى السوق و ممارسة نشاطه بكل حرية و كذا حرته في الخروج منه، كما أنه لا يعتبر مبدأ المنافسة هو السلوك

<sup>1</sup>- المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 أوت 2018، يتضمن تفويض المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- المادة 56 من المرسوم نفسه.

والوسيلة التي يستعملها التجار لجلب زبائن للسلعة المعروضة في إطار منافسة نزيهة و مشروعة، إنما يخرج مبدأ المنافسة من هذا الوصف ليأخذ وصف آخر وهو المبدأ الذي يقيد حرية الإدارة في التعاقد من خلال فرض إجراءات تلتزم بها الهيئة المفوضة لتبارز بين العارضين الراغبين في التعاقد معها لتحقيق مصلحتها خاصة و هي اختيار أفضل شخص توكل له مهمة إشباع حاجة المواطنين لتحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup>.

هذا ما يجعل مجال تطبيق مبدأ المنافسة يكون في الطلبات العمومية و لا تلتزم به الإدارة عندما تكون كبائعة أو مؤجرة<sup>2</sup>، و هذا يظهر لنا من خلال صياغة المادة 5 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام التي جعلت تطبيق مبدأ المنافسة لغرض تحسين الطلبات العمومية.

إن فرض مبدأ المنافسة على إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة لا يكفي باعتراف و تبني النصوص القانونية لهذا المبدأ بل تم تدعيمه بموجب قوانين أخرى حيث اعترف القانون الإداري بمبادئ أخرى (فرع أول)، كما قام قانون مكافحة الفساد بتجريم بعض الأفعال التي من خلال يتم منح الصفقة العمومية خاصة - و العقود الإدارية عامة- بطريقة غير شرعية و بدون احترام مبدأ المنافسة (فرع ثانٍ) و ذلك لسد باب الفساد الإداري.

### الفرع الأول: تدعيم مبدأ المنافسة من خلال قواعد القانون الإداري

تخرج التفويضات التي تتم بين الأشخاص المعنوية العامة من مجال تطبيق مبدأ المنافسة الحرة و لا يمكن الأعمال به و إنتاج آثاره إلا من خلال حماية المشرع الجزائري لهذا المبدأ بموجب مبادئ أخرى كمبدأ المساواة و مبدأ الشفافية المبني عليها عملية إبرام العقود الإدارية (أولاً)، و كذا احترام أيضا المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام (ثانياً).

### أولاً: تعزيز مبدأ المنافسة من خلال المبادئ التي تقوم عليها إبرام العقود الإدارية

لضمان مبدأ المنافسة لا يكفي اعتراف النصوص القانونية به كمبدأ قائم و لكن يجب إرفاقه ببعض المبادئ التي تسعى إلى ترسيخه و هي مبدأ المساواة والشفافية، و هذين المبدأين ظهرا في القانون الإداري، بحيث يعتبر مبدأ المساواة بين العروض عند إبرام العقود الإدارية هو

<sup>1</sup>- SABIRAU PEREZ Marie-Agnès, Secteur public et concurrence, op.cit.p.371.

<sup>2</sup>- Ibid. p.p.372-389.

امتداد لمبدأ المساواة و الحياد الذي يقوم عليه المرفق العام<sup>1</sup> ، أما مبدأ شفافية إجراءات إبرام العقد الإداري فينبثق من مبدأ مشروعية الأعمال الإدارية التي يجب أن تتم بمقتضى ووفق القانون<sup>2</sup>.

من خلال المادة 5 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لم ينص المشرع الجزائري فقط على تقييد الهيئة العامة بمبدأ المنافسة و إنما نص على مجموعة من المبادئ التي يقع على عاتق الهيئة العامة احترامها لضمان تحقيق أهداف إيجابية للطلبات العمومية.

إن فتح القطاعات المرفقية على الخواص و تطور الحياة الاجتماعية قد ساهما في تحديث و تحيين إجراءات إبرام العقود الإدارية، حيث يجب أن تراعي الهيئة المفوضة عند اختيارها للمفوض إليه بعض المبادئ التي تتمثل خصيصا في حرية الوصول للطلبات العمومية و الذي يقصد به مبدأ المنافسة و كذا مبدأ المساواة في معاملة المترشحين و مبدأ شفافية إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام. حيث كان دائما للعقود الإدارية إجراءات إبرامها تميزها عن العقود الخاص تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

### 1- مبدأ المساواة

يقصد بالمساواة في الطلبات العمومية معاملة كل المتعدين بنفس الطريقة ولا يمكن تفضيل شخص عن آخر كتفضيل مثلا المؤسسات الكبيرة على المؤسسات الصغيرة أو المتوسطة ، و مبدأ المساواة له وجهين وهي المساواة في الدخول والترشح للطلبات العمومية و كذا المساواة أثناء دراسة العروض<sup>3</sup>.

يمكن اعتبار مبدأ المساواة الذي يقوم عليه العقد الإداري بمثابة نتيجة حتمية لتطبيق مبادئ أساسيين و هما مبدأ المساواة و الحياد الذي يقوم عليه المرفق العام، و مبدأ حرية الصناعة و التجارة للأعوان الاقتصاديين المضمون دستوريا و لا يمكن أن نحده بحرية الإدارة في التعاقد، و لضمان المساواة بين المتعدين في اتفاقية التفويض إشهار الطلب

<sup>1</sup>- HENRY Claude et QUINET Emile, Concurrence et service public, l'harmattan, paris, 2003, p 61.

<sup>2</sup>- TREPPOZ Armelle, Recherche sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux, thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit et des sciences économiques, université de Limoges, 16 juillet 1997, p 270.

<sup>3</sup>- SABIRAU PEREZ Marie-Agnès, Secteur public et concurrence, op.cit., p. 378

العمومي و الأعمال بمبدأ المنافسة و تعتبر هذه المبادئ ترجمة شكلية لفلسفة قانونية يجب أن يخضع لها الطلب العمومي<sup>1</sup>.

تعتبر الهيئة المفوضة الضامنة و بصفة أساسية و إلزامية احترام مبدأ المساواة في الترشح للطلب العمومي و كذا معاملة الطلبات بطريقة متساوية، و لتحقيق ذلك ينبغي على الهيئة الإدارية أولا الالتزام بواجباتها بوضع تحت تصرف جميع المتعاملين المعلومات المتعلقة بالعقد و بصفة كافية لتحضير عروضهم، وثانيا أن تمتنع عن إتيان أي سلوك تمييزي<sup>2</sup> بحيث المفروض أن الإجراءات والقواعد التي يقوم عليه إبرام العقود الإدارية تكون معروفة مسبقا من طرف الأعوان الاقتصاديين الراغبين في التقدم لنيل الطلبات العمومية و لا يمكن التسليم بشرعية عملية إبرام العقد الإداري نظرا لكون الفائز بالطلب العمومي استفاد من امتيازات من الإدارة أكسبته هذا المركز القانوني<sup>3</sup>، وقد اعتبر المؤسس الدستوري في فرنسا أنه لا يمكن للهيئة العامة أن تتخذ أي سلوك يؤدي إلى تفضيل أو إعاقة أي عون تقدم لإبرام العقد الإداري، و قد ظهر هذا المبدأ لأول مرة في الصفقات العمومية ثم تم توسيعه ليشمل عقود إدارية أخرى لاسيما عقد تفويض تسيير المرافق العامة<sup>4</sup>.

مبدأ المساواة بين العروض يعني منع الهيئة العامة من التمييز بينهم بأي شكل من الأشكال و ذلك لترسيخ وضعية المنافسة المشروعة بين المترشحين و ذلك من خلال إفادتهم بكل المعلومات الضرورية المتعلقة بالعقد وقد اعتبر القضاء الفرنسي عدم تقديم بلدية معلومات حول عدد الكيلومترات التي تكوّن شبكة المرفق العام لمعامل اقتصادي واحد رغم التصريح بذلك لباقي المتعاملين هو بمثابة مساس بمبدأ المساواة<sup>5</sup>.

رغم إصرار الفقه و تكريس النصوص القانونية لمبدأ المساواة بين العروض المقدمة لإبرام العقود الإدارية إلا أنه تم وضع بعض الاستثناءات عن هذا المبدأ و ذلك للتوفيق بين

<sup>1</sup>- GRALL J-C ET LE MORHEDEC E, « Marché public et concurrence : liberté, égalité, transparence. », *revue lamy droit des affaires*, n° 75, octobre 2004, p.p. 15-17.

<sup>2</sup>- BOY Laurence, *L'ordre concurrentiel*, édition frison-roche, Paris, 2003, p.p. 67-69

<sup>3</sup>- هذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته، أنظر في ذلك على سبيل المثال C.E. n°176205, 7 /10 SSR, du 4 avril 1997, société LEDOYEN, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>4</sup>- أقر المؤسس الدستوري الفرنسي ذلك بمناسبة نظره في مدى دستورية قانون MURCEF، أنظر في ذلك: SYMCHOWICZ Nil, « Contrats administratifs et mise en concurrence la question des cessions », *op.cit.*, p 114.

<sup>5</sup>- ISIDORO Cecile, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre*, L.G.D.J., Paris, 2006, p.p.557-559.

فعالية العقد الإداري الذي يتحقق من خلال تطبيق مبدأ المساواة من جهة و بعض الأهداف المستوحاة من الانشغالات الاجتماعية للمواطنين التي تكون المصلحة العامة.

وبالعودة إلى قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لا نجد أي نص قانوني يضع استثناء عن تطبيق مبدأ المساواة بين الأشخاص المتنافسين على إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام، عكس ما هو معمول به في الصفقات العمومية أين وضع هذا النص القانوني بعض الاستثناءات عن تطبيق مبدأ المساواة بين المتعاملين الذين قدموا عروضهم<sup>1</sup>.

في إطار التطبيق الصحيح و السليم لمبدأ المساواة تم فرض رقابة على إجراءات إبرام عقود التفويض و ذلك للكشف عن أي انحراف للهيئة المفوضة عن تطبيق هذا المبدأ لأن عدم المساواة بين العروض سينجر عنه حتما عدم المنافسة بين المتعهدين، كما تسمح الرقابة أيضا في الكشف عن القرارات الإدارية التي تهدف إلى استبعاد المتعهدين بطريقة غير مشروعة، فإنه من المسموح قانونا ترشح شركات لإبرام نفس العقد رغم امتلاك شركة لأسهم في شركة أخرى، و قد اعتبر القضاء الفرنسي قرار الإدارة المفوضة باستبعاد شركة من الترشح لإبرام عقد التفويض على أساس أنها تملك أغلبية أسهم شركة أخرى مترشحة لإبرام نفس العقد قرار تمييزي و غير مشروع<sup>2</sup>.

ينبغي التذكير أنه في القانون المقارن يمكن للمؤسسات العامة الخاضعة للقانون الخاص أن تترشح لنيل الطلبات العمومية و تقوم بعرض طلبها مثلها مثل المتعاملين الخواص الذين تقدموا لإبرام العقد و قد تم التسليم بذلك لأول مرة عند إبرام الصفقات

<sup>1</sup> - مثلا يمنح هامش أفضلية للمنتوج الجزائري بنسبة 25% ذلك وفقا لنص المادة 83 من المرسوم الرئاسي 15-247،

المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - MONTET Christian et SOUBEYRAN Antoine, «note sur l'arrêt de la C.A.A., 6<sup>ème</sup> chambre, 9 décembre 2013, Sèche éco industriel », *revue Lamy de la concurrence*, n° 39, 2014, p.p.225-229.

يتمحور محتوى هذا القرار حول كون شركة industriel Sèche éco تملك أغلبية أسهم شركة saur التي هي إحدى شركات الفرعية لشركة الأم COVED و بمناسبة الإعلان عن إبرام اتفاقية تفويض جمع النفايات المنزلية (des ordures ménagères)، قامت هذه الشركات بتقديم عروضها فقامت الهيئة المفوضة باتخاذ قرار استبعاد شركة COVED و إرساء العقد على شركة industriel Sèche éco و جاء قرار الاستبعاد لتفادي حدوث أي اتفاق محظور بين الشركتين لكن قامت محكمة النقض الإدارية بإلغاء قرار الاستبعاد لأنه تمييزي و أنشأت اجتهادا قضائيا مفاده أن امتلاك شركة لأغلبية أسهم شركة أخرى هذا لا يعني أنهما لا يمكنهما التقدم لإبرام نفس العقد.

العمومية<sup>1</sup> ليتم بعد ذلك التعميم على اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العامة و العقود الإدارية الأخرى و ذلك لغياب أي نص قانوني يمنع المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون الخاص عن الترشح لنيل الطلبات العمومية<sup>2</sup>.

وقد قيد مجلس الدولة الفرنسي هذه المؤسسات ترشحها لنيل الطلبات العمومية بقيدتين حيث يتمثل الأول في عدم تمييز المؤسسة العامة عن باقي المترشحين الآخرين من خلال منح لها وضعية تفضيلية عن الوضعية التي تتواجد فيها الشركات الخاصة الأخرى، خاصة ما يتعلق بنظامها الضريبي أو مواردها البشرية، أما القيد الثاني فيتمثل في وجوب منح المؤسسة العامة السعر الكلي والتمن الإجمالية بحساب التكلفة المباشرة و غير المباشرة للخدمة موضوع العقد<sup>3</sup>.

## 2- مبدأ الشفافية

تتعدم شفافية الأعمال الإدارية في حالة رفض التصريح بها وإخفاءها، و عادة ما تترجم شفافية الأعمال الإدارية من خلال نشر تقارير وقرارات عن الإجراءات القانونية المتخذة و التي تهدف خصيصا إلى إعلام المواطنين و الرأي العام بصفة عامة فيما يتعلق بالتسيير العمومي

<sup>1</sup> - عكس ما هو معروف في القانون الجزائري حيث اعتبرت المادة 6 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام أن العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تنجز عملية ممولة كليا أو جزئيا من طرف الدولة تكييف بصفة عمومية و تضيف المادة 8 من نفس القانون أن هذه المؤسسات عندما تبرم عقد غير ممول من طرف الدولة يجب أن تكييف إجراءات إبرامه مع تنظيم الصفقات العمومية، كما استئننت المادة 7 من نفس القانون العقود المبرمة مع هذه المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون الخاص عندما يكون النشاط الذي تزاوله غير مفتوح على المنافسة، و بمفهوم المخالفة يمكن لهذه المؤسسات الترشح لإبرام صفقة عمومية عندما تمارس نشاط مفتوح على المنافسة.

<sup>2</sup> - GRALL J-C ET LE MORHEDEC E, « Marché public et concurrence : liberté, égalité, transparence. », op.cit., p.p. 19-21.

<sup>3</sup> -C.E., n° 222208,7 / 5 SSR, du 8 novembre 2000, société jean- louis Bernard consultants, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

الذي يتطلب في بعض الأحيان مشاركتهم في ذلك<sup>1</sup>، كما تضمن الشفافية في العقود الإدارية إرساء المنافسة و المساواة بين المتعهدين، و تتمثل وسائل الشفافية في العلنية و النشر<sup>2</sup>.

يقصد بالعلنية عدم سرية اجتماعات اللجان المكلفة بدراسة العروض، فقد كرس المشرع الجزائري العلنية في مجال إبرام الصفقات العمومية بحيث يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح والعروض التقنية و المالية في جلسة علنية<sup>3</sup>، أما في إطار إبرام اتفاقية التفويض فإنه تستخلص الشفافية من خلال سير عمل لجنة اختيار و انتقاء العروض لاسيما إعدادها لتقارير الاجتماع و الإمضاء عليها من طرف الحاضرين و كذا تسجيل أشغالها في سجل خاص مرقم و مؤشر عليه من طرف مسؤول الهيئة المفوضة<sup>4</sup>.

بالإضافة إلى العلنية يتحقق مبدأ الشفافية من خلال نشر و إعلان كل القرارات المتخذة بمناسبة إبرام العقد الإداري سواء في مرحلة ما قبل التعاقد أو في مرحلة منح العقد<sup>5</sup>، في الصحف الوطنية و كذا ذكر شروط و معايير الاختيار بين المتعهدين، و كذا نشر تقارير المعدة من طرف الجان التي تتابع إجراءات الإبرام، و كذا نشر قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية، و كذلك من وسائل الشفافية نشر اتفاقية التفويض وقرار المصادقة عليها في الجريدة الرسمية، و ينجر عن عملية النشر منح الحق لكل من يرى أنه تضرر إزاء عدم احترام مبدأ الشفافية الطعن ضد هذه القرارات أو المنشورات سواء أمام الهيئة الإدارية أو أمام القضاء<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> -احميداتو محمد، " الإجراءات القانونية للشفافية في التسيير العمومي و في النشاطات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، عدد 1، 2009، ص ص 145-154.

<sup>2</sup> - عميري أحمد، " دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية للجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، العدد 18، جوان 2017، ص ص 228-229.

<sup>3</sup> - المادة 70 من مرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - لمعلومات أكثر حول ضمانة مبدأ الشفافية أنظر:

BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, op.cit., p.p.250-255.

<sup>6</sup> - احميداتو محمد، " الإجراءات القانونية للشفافية في التسيير العمومي و في النشاطات التجارية"، مرجع سابق، ص 154-

يجد مبدأ الشفافية مجاله في مرحلة الإبرام و يمتد إلى مرحلة تنفيذ العقد حيث يشكل مركز صراع بين المنتفعين من المرفق العام من جهة و المفوض له من جهة أخرى الذي يعتبر المستفيد الأول من غياب مبدأ الشفافية، فالمنتفع من حقه و من مصلحته إعلامه عن كيفية تأدية نشاط المرفق العام خصوصا ما يتعلق بنوعية الخدمة و التعريفة المفروضة وكذا الرقابة التي يخضع لها المفوض له، و من مصلحة هذا الأخير عدم إعلام المنتفعين عن كيفية تأديته للنشاط المرفقي وكذلك إخفاء الوضع المالي و الاقتصادي للمشروع.

وقد تم وضع حد لهذا الصراع من خلال تبني فكرة التوازن بين مصالح المنتفعين من المرفق العام من جهة و مصلحة الشخص المفوض له مهمة أداء الخدمة العامة و ذلك من خلال فرض رقابة من طرف الهيئة المفوضة على المفوض له كما ألزمه القانون بتقديم تقرير يبين فيه نوعية و جودة الخدمات المؤداة إلى مستعملي المرفق العام<sup>1</sup>.

نذكر على سبيل المثال في مجال تفويض الخدمة العمومية للمياه يجب على صاحب الامتياز تقديم تقرير سنوي للسلطة المانحة للامتياز، يسمح بمراقبة شروط تنفيذ تفويض الخدمة العمومية و تقييمها، و يكون هذا التقرير السنوي و الملاحظات المترتبة على دراسته موضوع عرض على الحكومة<sup>2</sup>.

في الأخير تجدر الإشارة أن مبدأ المساواة و الشفافية ما هما إلا ضمانات لفعالية مبدأ المنافسة و لا يمكن تطبيق مبدأ دون آخر كما لا يمكن التفضيل بينها أو تقديم أحدهما على الآخر سواء في مرحلة اختيار المفوض إليه أي ما قبل التعاقد أو في مرحلة الإبرام و منح العقد وتعتبر هذه المبادئ كقيد لتعسف الهيئة المفوضة<sup>3</sup>.

كما أنه يجب توسيع رقابة القاضي الإداري على قرارات الهيئة الإدارية التي فوضت الغير مهمة أداء الخدمة العامة لتصل إلى البحث في مسألة الملائمة في اختيارها ، فإذا كانت الهيئة المفوضة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الأسلوب الأمثل لتسيير و إدارة المرفق العام

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 91-92.

<sup>2</sup> - المادة 109 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - MOHAMED Mahmoud Mohamed salah, « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? », in philosophie du droit et droit économique quel dialogue ? , édition frison-roche, 1999, p.p. 281-285.

إلا أنها بالمقابل مقيدة بقواعد العلنية و المساواة بغية تحقيق الشفافية في اختيار المفوض إليه التي معها يتأكد احترام مبدأ المنافسة<sup>1</sup>.

### ثانيا: تعزيز مبدأ المنافسة من خلال المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام

تنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام على أنه يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف مع ضمان معايير الجودة والنجاحة في الخدمة العمومية، بالإضافة إلى ما تم النص عليه في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. ومنه يمكن تقسيم المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام إلى مبادئ تقليدية أو قديمة و مبادئ حديثة.

#### 1-المبادئ التقليدية التي يقوم عليها المرفق العام

تتمثل المبادئ التقليدية التي يقوم عليها المرفق العام في كل من مبدأ المساواة ومبدأ الاستمرارية وقابلية المرفق العام للتغير والتطور.

##### أ-مبدأ المساواة والحياد

و يقصد بهذا المبدأ أن جميع الأفراد متساوين أمامه لا يمكن أن ينحاز المرفق العام لصالح شخص على آخر لعامل الجنس أو الدين أو الانتماء السياسي، و الجميع متساوون في الاستفادة من خدمات المرفق العام، كما أن مبدأ المساواة يرتبط بمبدأ أساسي و هو حياد المرفق العام الذي يجد أساسه في حياد الإدارة الذي يعتبر من مقومات الحكم الراشد و يساهم في تطوير الخدمة العمومية كما أن مبدأي الحياد و المساواة محميان قانونا<sup>2</sup>

##### ب-مبدأ استمرار سير المرفق العام

تتولى المرافق العامة تقديم الخدمات للأفراد وإشباع حاجات عامة وجوهرية في حياتهم ويترتب على انقطاع هذه الخدمات حصول خلل واضطراب في حياتهم اليومية، لذلك كان من

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 282-283.

<sup>2</sup> - لبيد مريم، الضمانات القانونية لمبدأ حياد الإدارة في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص ص 41-112.

الضروري أن لا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة بل تسعى إلى ضمان استمرارها وتقديمها للخدمات، لذلك حرص القضاء على تأكيد هذا المبدأ واعتباره من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري ومع أن المشرع يتدخل في كثير من الأحيان لإرساء هذا المبدأ في العديد من مجالات النشاط الإداري، فإن تقريره لا يتطلب نص تشريعي لأن طبيعة نشاط المرافق العامة تستدعي الاستمرار والانتظام، ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج منها: تحريم الإضراب، وتنظيم استقالة الموظفين العموميين ونظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة، وعدم جواز حجز على أموال المرفق<sup>1</sup>.

### ج- مبدأ قابلية المرفق للتغيير والتطور

إذا كانت المرافق العامة تهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد وكانت هذه الحاجات متطورة ومتغيرة باستمرار فإن الإدارة المنوط بها إدارة وتنظيم المرافق العامة تملك دائماً تطوير وتغيير المرفق من حيث أسلوب إدارته وتنظيمه وطبيعة النشاط الذي يؤديه بما يتلاءم مع الظروف والمتغيرات التي تطرأ على المجتمع ومسايرة لحاجات الأفراد المتغيرة باستمرار ومن تطبيقات هذا المبدأ أن من حق الجهات الإدارية القائمة على إدارة المرفق كلما دعت الحاجة أن تتدخل لتعديل إدارتها المنفردة لتعديل النظم واللوائح الخاصة بالمرفق أو تغييرها بما يتلاءم والمستجدات دون أن يكون لأحد المنتفعين الحق في الاعتراض على ذلك والمطالبة باستمرار عمل المرافق بأسلوب وطريقة معينة ولو أثر التغيير في مركزهم الشخصي .

وقد استقر القضاء والفقهاء على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرافق العامة أيّاً كان أسلوب إدارتها بطريق الإدارة المباشرة أم بطريق التفويض<sup>2</sup>.

ومن تطبيقات هذا المبدأ أيضاً حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد " بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين " إذ أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وتعلقها بتحقيق المصلحة العامة، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تتقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها، وسلطة الإدارة في

<sup>1</sup>- رضوان بوجمعة، قانون المرافق العامة، مرجع سابق، ص ص 35-45.

<sup>2</sup>- البنا حسن، مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتطور، دراسة مقارنة في المؤسسات الاقتصادية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الموصل، 2014، ص ص 15-60.

تعديل عقودها الإدارية أثناء تنفيذها تشمل العقود الإدارية جميعها دونما حاجة إلى نص قانوني أو شرط في العقد على أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات المالية و أن يكون مستجيبا لشروط معينة<sup>1</sup>.

## 2- المبادئ الحديثة التي يقوم عليها المرفق العام

لقد ظهرت عدة مبادئ حديثة يمكن أن نذكر على سبيل المثال مبدأ الأمن و النوعية و السعر و الفعالية الاقتصادية- اجتماعية و الطاقوية.

ويقصد بمبدأ النوعية بحق المنتفع في الحصول على خدمة بأفضل نوعية و جودة و بأقل الأسعار و يضمن هذا المبدأ بموجب نصوص قانونية و كذا بنود عقد التفويض جعل النوعية و تحسين خدمات المرفق العام التزام يقع على عاتق المفوض إليه<sup>2</sup>.

فمفهوم الجودة أصبح من المبادئ التي تحكم سير المرفق العام ابتداء من سنوات الثمانينات، إذ أنه يشكل تجسيدا للريغبة في تحديث المرافق العامة و على هذا الأساس تأتي رغبة السلطات العمومية في التخلي عن المنطق الكمي و الاستجابة للنوعية ، فالمواطن أصبح يطالب بالخدمة مع ضمان الجودة بعدما كان سابقا يقتنع بمجرد تلقي الخدمة إذ تغيرت نظرة المرتفق من النظرة إلى الخدمة العامة كهبة أو منحة تقدمها له الدولة بالتالي يرضى بتلقها فقط، إلى اعتبار الخدمة العامة حق ينزعه المرتفق وفق شروط معينة بالتالي لن يرضى بها إلا إذا كانت تتميز بالجودة و النوعية<sup>3</sup>.

وتخضع الخدمة العمومية المقدمة لقواعد الاستهلاك بحيث لا يمكن منع أي شخص من الانتفاع بخدمات المرفق العام و لا يمكن ربط تقديم الخدمة بضرورة تحصيل خدمات أخرى كما أنه ينبغي أن تكون الخدمة من بين الخدمات التي تحافظ على حقوق المستهلك.

ومن بين أيضا المبادئ الحديثة التي يخضع لها المرفق العام هو مبدأ الفعالية الاقتصادية و الاجتماعية للمرفق العام الذي يعتبر من بين الأسباب الأساسية التي دفعت

<sup>1</sup> - البنا حسن، مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير و التطور، دراسة مقارنة في المؤسسات الاقتصادية، مرجع سابق، ص 52-130.

<sup>2</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 90-96.

<sup>3</sup> - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة و هدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص 236.

الهيئة المفوضة إلى تبني التفويض بدلا من التسيير المباشر و ذلك لاستعمال الخواص لوسائل حديثة و تقنيات و آليات الهدف منه تحديث الخدمة العمومية و الجودة و النوعية في أداء المرفق العام لكون المفوض له ملزما بتقديم خدماته للمنتفعين بأقل تكلفة و في أحسن شروط السلامة والجودة<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى المبادئ المذكورة سابقا هناك مبدأ أيضا يقوم عليه المرفق العام و هو مبدأ المحافظة على الطاقة أو استعمال الطاقات المتجددة لغرض توفير خدمة في قمة الجودة و النوعية، كما أنه ينبغي على المفوض له الحفاظ على المال العام و الأملاك العامة في تقديم الخدمة و كذا استعمال التكنولوجيا الحديثة<sup>2</sup>.

أما عن مبدأ المجانية فكانت الدولة تعتمد عليه لغرض تحقيق الصالح العام سواء بصفقتة المطلقة أو بصفته النسبية و أمام تطور المرافق العامة خاصة الصناعية و التجارية منها أصبح من الصعب تطبيق هذا المبدأ فظهر مبدأ آخر و هو ضرورة مشاركة الجميع في تحمل الأعباء العامة<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: الحماية الجنائية لمبدأ المنافسة

لم يكتفي المشرع الجزائري بتبني مبدأ المنافسة من خلال جعله كقيد لحرية الإدارة في التعاقد، إنما قام بتدعيم هذا المبدأ بموجب نصوص القانون الإداري و كذلك من خلال قانون مكافحة الفساد، يعتبر العقود الإدارية أكثر المجالات التي مسها الفساد الإداري و المالي باعتبارها أهم القنوات المستهلكة للمال العام باعتبارها من الوسائل الهامة لتلبية الطلبات العمومية و خدمة الصالح العام.

أمام انتشار جرائم الصفقات العمومية وضع المشرع الجزائري منظومة قانونية لمكافحة هذه الجرائم عن طريق اتخاذ التدابير اللازمة بين القوانين و التنظيمات و الإجراءات التي يرى أنها كفيلة لمكافحة هذه الجرائم عن طريق أعمال الآليات القانونية للوقاية منها قصد

<sup>1</sup> - إرزيل الكاهنة، "عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري"، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، العدد 3، جوان 2017، ص ص 9-33.

<sup>2</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p 176.

<sup>3</sup> - SMIRES M'faddel, « Gratuité et nécessité de financement du service public : le cas du service public de la santé », R.E.M.A.L.D, n° 25, 1998, p.p.115-123.

تعزيز الشفافية و النزاهة و المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية<sup>1</sup> من خلال التقيد بالإجراءات المنصوص عليها قانونا.

ولما تبني المشرع الجزائري عقود إدارية أخرى إلى جانب الصفقات العمومية و أكد ضرورة إبرامها بالاستناد إلى مبدأ المنافسة هذا ما وسع من نطاق تطبيق قانون مكافحة الفساد حيث لا ينحصر مهامه في قمع جرائم الفساد عند إبرام الصفقات العمومية<sup>2</sup> فقط و إنما يهدف إلى قمع كل الجرائم التي من خلالها يتم منح عقد إداري بطريقة غير قانونية و بدون التقيد بإجراءات الإبرام.

و يظهر لنا أيضا توسيع نطاق تطبيق قانون مكافحة الفساد من خلال المفهوم الواسع الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 26 من قانون الفساد<sup>3</sup> من خلال التعديل الذي طرأ على هذا القانون في سنة 2011 حيث استعمل عبارة "يعاقب ... عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات..."، مما يدفعنا للقول أن هذا القانون جاء للمحافظة على منح العقود الإدارية - لا الصفقة العمومية فقط- بالاستناد إلى مبدأ الشفافية و النزاهة و المساواة و المنافسة، و من خلال تجريم الأفعال التي تهدف إلى منح العقود الإدارية بالاستناد إلى معايير شخصية بعيدة كل البعد عن المعايير الموضوعية المحددة قانونا فإن قانون مكافحة الفساد يهدف إلى تدعيم و تعزيز تطبيق مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرام العقود الإدارية، منه سنبين جرائم الصفقات العمومية (أولاً)، و كذا الهياكل القمعية و الوقائية المختصة بمتابعة هذه الجرائم (ثانياً).

<sup>1</sup> - بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 3.

<sup>2</sup> - للتفصيل في موضوع التوسيع من نطاق تطبيق قانون الوقاية من الفساد و مكافحته كمظهر استجابة قانون الصفقات العمومية للتحويلات الاقتصادية أنظر: بودريوة عبد الكريم، "مدى مساهمة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحية دولة مُتدخلة، ضابطة أم مترددة؟"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، عدد 1، 2014، ص 49-51.

<sup>3</sup> - قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، مؤرخ في 20 فبراير 2006، ج ر ع 14، مؤرخ في 8 مارس 2006، معدل و متمم بموجب الأمر رقم 10-05، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر ع 50، المؤرخ في أول سبتمبر 2010، معدل و متمم بموجب القانون رقم 11-15، مؤرخ في 2 غشت 2011، ج ر ع 44، مؤرخ في 10 غشت 2011.

## أولاً: تحديد جرائم الفساد في إطار إبرام العقود الإدارية والعقوبات المقررة لها

لقد نص قانون مكافحة الفساد على أنه يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول به في مجال إبرام الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و على معايير موضوعية<sup>1</sup>، و في هذا الإطار حرص المشرع الجزائري على تجريم كل فعل يهدف إلى مخالفة هذه الإجراءات و منح العقد وفق معايير شخصية و يمكن أن نذكر من بين هذه الجرائم التي تهدف إلى منح امتيازات غير مبررة كجريمة المحاباة و جريمة استغلال النفوذ، بالإضافة إلى جريمة الرشوة.

### 1- تحديد أهم جرائم الفساد في إطار إبرام العقود

و تتمثل في جريمة الحصول على امتيازات غير مبررة و جريمة الرشوة

#### أ- جريمة منح امتيازات غير مبررة

يقصد بالامتيازات غير المبررة الامتيازات المتحصل عليها دون وجه حق نتيجة مخالفة التشريع و التنظيم المعمول بهما في إطار إبرام العقود الإدارية<sup>2</sup>، و قد نص قانون مكافحة الفساد على هذه الجريمة في صورتين، تتمثل الأولى في جريمة المحاباة و الثانية في جريمة استغلال النفوذ .

#### أ-1- جريمة المحاباة

يقصد بهذه الجريمة كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقاً مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير<sup>3</sup> تجعله في وضعية تفضيلية عن باقي المتنافسين الآخرين، و قد تم تجريم هذه الأفعال لمخالفتها لمبدأ المساواة و المنافسة الذي يقوم عليه إبرام العقود الإدارية.

<sup>1</sup> - المادة 9 من القانون رقم 01-06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013، ص ص 50-198.

<sup>3</sup> - المادة 26 من القانون رقم 01-06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

و يشترط لقيام هذه الجريمة أن ترتكب من طرف موظف عمومي، أثناء إبرام صفقة أو اتفاقية أو ملحقاً لصالح شخص معنوي و هو ما يصطلح عليه بالعقد الإداري، أما ركنها المادي فيتمثل في مخالفة التشريع و التنظيم المعمول به في إطار إبرام العقود الإدارية من الإعلان وفحص العطاءات و المنح النهائي للعقد بما فيه إجراءات الحصول على التأشيرة بالإضافة إلى ضرورة قيام الركن المعنوي من توفر القصد الجنائي<sup>1</sup>، و تجد هذه الجريمة تطبيقها في اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة من خلال قيام موظفي الهيئة المفوضة بمخالفة إجراءات إبرام اتفاقية التفويض لغرض منح امتيازات للمفوض إليه من أجل استبعاد الأعوان الآخرين الذين ينافسونه في الضفر بهذه الاتفاقية.

## أ-2- جريمة استغلال النفوذ

و يقصد بهذه الجريمة كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين<sup>2</sup>، و تجد هذه الجريمة تطبيقها في اتفاقية التفويض من خلال قيام المفوض إليه باستغلال نفوذ أو سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات التابعة لها، من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

فمثال عن الزيادة في الأسعار كأن يقدم صاحب شركة مقاوله باقتراح أسعار أعلى من تلك المعمول بها في السوق الوطنية مستغلاً في ذلك علاقته بمدير المؤسسة أو الهيئة الإدارية أو أحد الأعوان فيها، أما فيما يتعلق بتعديل نوعية المواد فيعمد الجاني إلى تقديم مواد أقل جودة وبنفس الأسعار مستغلاً في ذلك سلطة أو تأثير أعوان الإدارة، كما يمكن للمفوض له أن

<sup>1</sup>- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص ص 22-26.

<sup>2</sup>- المادة 26 فقرة 2 من القانون رقم 01-06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

يستغل علاقته بأعوان الإدارة للضفر بالعقد رغم عدم جودة الخدمة العامة التي يقدمها، كما يمكنه أيضا أن يحصل على تمديد في مدة الاستغلال دون مبرر المصلحة العامة<sup>1</sup>.

## ب- جريمة الرشوة

يمكن أن نميز بين الرشوة السلبية و الرشوة الإيجابية:

يشترط في جريمة الرشوة السلبية أن يكون الجاني المرشحي موظف عمومي يطلب أو يقبل مزية غير مستحقة من أجل القيام بعمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته، والمزية قد تكون إما عطية أو هبه أو هدية أو أية منفعة، أي قد تكون ذات طبيعة مادية أو معنوية وقد تكون صريحة أو ضمنية، مشروعة أو غير مشروعة، كما قد تكون محددة أو غير محددة<sup>2</sup>.

فقد تكون المزية مادية، والفائدة المادية أمثلها عديدة لا تحصى مثل ساعة أو سيارة أو نقدا أو اعتماد مالي كما قد تكون ظاهرة أو مقنعة كما لو بيع لموظف عقار ثمنه أو اشتري منه عقار بأكثر من ثمنه، كما قد تكون الفائدة غير مادية أي معنوية ومثال ذلك الحصول على ترقية أو توظيف أحد أقارب الموظف المرشحي أو عارية استعمال طويلة الأجل، و قد تكون صريحة ظاهرة أو ضمنية مستترة مثل إصلاح سيارة الموظف المرشحي بدون مقابل<sup>3</sup>.

كما قد تكون المزية مشروعة في محلها أو غير مشروعة مثل تقديم أشياء مسروقة، كما قد تكون المزية محددة أو غير محددة إذ يكفي أن تكون قابلة للتحديد وبتحقق المزية مع توافر باقي الشروط تقع جريمة الرشوة، أما إذا انتفت المنفعة إنتفت معها جريمة الرشوة كأن تكون الهدية تبررها صلة القرابة التي تجمع الموظف مع صاحب الحاجة<sup>4</sup>، والأصل أنه لكي يعتد بالمزية فيجب أن تكون لها قيمة أو على الأقل وجود تناسب بين العمل والمصلحة وذلك

<sup>1</sup>- لؤي أديب سليمان العيسي، الفساد الإداري و البطالة، مكتبة الكندي للنشر و التوزيع، عمان 2009، ص ص 26-62.

<sup>2</sup>- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص - جرائم الفساد، المال والأعمال، وجرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص ص 315-326.

<sup>3</sup>- هنان مليكة، جرائم الفساد الرشوة الاختلاس - تمكين الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي، قانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية-، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010، ص ص 16-45.

<sup>4</sup>- بكرار شوش محمد، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على ضوء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الجزء الثاني، جرائم الصفقات العمومية والدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، دار صبحي للطباعة والنشر، غرداية، 2014، ص 43 و ما بعدها.

بالرغم أن المشرع لم يشترط حدا معيناً لقدر المال أو المنفعة ، ويشترط في المزية أن تكون غير مستحقة، أي ليس للموظف المرتشي الحق في أخذها، وعلى هذا الأساس يعاقب الموظف حتى وإن كان العمل الذي وعد بأدائه مشروعاً و يدخل في صميم وظيفته نظير طلب المال للقيام به.

أما جريمة الرشوة الإيجابية فتتحقق بوعد الموظف العمومي بمزية غير مستحقة، أو عرضها عليه أو منحها له، مقابل قيام الموظف العمومي بأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عن عمل من أعمال وظيفته، المستفيد من الرشوة أي المزية في جريمة الرشوة الإيجابية هو الموظف العمومي كونه هو من يستفيد من الفائدة المتحصلة من المزية الموعود بها أو المعروضة أو الممنوحة، إلا أنه يمكن أن يكون المستفيد شخصاً آخر غير الموظف العمومي المقصود، سواء تعلق الأمر بشخص طبيعي أو معنوي، أو فرد أو كيان خاص<sup>1</sup>.

أما الغرض من المزية فهو حمل الموظف العمومي على أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته، وهنا تشترك الرشوة الإيجابية مع الرشوة السلبية، كما يجب أن يكون العمل المطلوب من الموظف تأديته ، أو الامتناع عن تأديته لقاء المزية ، يدخل ضمن اختصاصه سواء الشخصي أو المحلي أو النوعي ، ولا يهم تحقق النتيجة المطلوبة أم لا ، بل يكفي تحقق الوسيلة ، لأن الوسيلة المستعملة هي المقصودة من العقاب، كما لا يهم المستفيد الحقيقي من أداء العمل أو الامتناع عنه، فقد تكون المصلحة التي يسعى الراشي لتحقيقها من وراء عرضه أو منحه المزية أو الوعد بها هي له أو لصالح شخص آخر غيره .

بالإضافة إلى تصنيف جريمة الرشوة سواء السلبية أم الإيجابية من الجرائم العمدية التي لا تقوم إلا بتوفر القصد الجنائي، و تأخذ جريمة الرشوة صور عدة يمكن أن نذكر قبض العمولات، أخذ فوائد غير قانونية، و كذا القبول بالهدايا.

و تجد جريمة الرشوة مظهرها في اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام من خلال عرض المفوض له مبلغ مالي على أي موظف مكلف بإتباع إجراءات إبرام العقد أو أي منفعة لغرض

<sup>1</sup> - بن يطو سليمة، جريمة الرشوة في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته رقم 06-01، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة باتنة، 2013، ص ص 100-113.

الفوز بهذا العقد، أو قبول الموظفين المؤهلين لإبرام عقد التفويض بأي منفعة أو مبلغ مالي أو مزية مقابل تجاهل العروض الأخرى و تخصيص العقد لمقدم هذه المنفعة<sup>1</sup>.

## 2- العقوبات المقررة لجرائم الفساد في إطار إبرام العقود

أما بالنسبة للعقوبة المقررة لمرتكبي جريمة المحاباة و جريمة استغلال النفوذ و كذا جريمة الرشوة عند إبرام العقود الإدارية فتتمثل في عقوبة أصلية تتمحور في الحبس من سنتين إلى عشرة سنوات و بغرامة مالية مقدرة من مائتي ألف دينار جزائري إلى مليون دينار جزائري بالنسبة للشخص الطبيعي<sup>2</sup>، أما العقوبة المقررة للشخص المعنوي فهي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، وبالتالي تصبح عقوبة الشخص المعنوي هي غرامة من مليون إلى خمسة ملايين دينار جزائري<sup>3</sup>، بالإضافة إلى تقرير العقوبة التكميلية و هي متعددة و لكن نذكر ما له صلة بموضوع الدراسة المتمثل في الإقصاء من الترشح لإبرام العقد لمدة لا تزيد عن خمس سنوات و كذا إبطال العقد الذي كان محلا لهذه الجريمة.

كما تشدد عقوبة جريمة الرشوة من عشرة سنوات إلى عشرين سنة إذا كان مرتكب جريمة الرشوة قاضيا أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطا عموميا أو عضو في الهيئة أو ضابط أو عون شرطة قضائيا أو ممن يمارسون صلاحيات الشرطة القضائية أو موظف أمانة ضبط<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بن عودة صليحة، " الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، عدد 22، فبراير 2018، ص ص 123 - 126.

<sup>2</sup> - المواد من 25 إلى 28 من القانون رقم 01-06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - المادة 53 من القانون نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 48 من القانون رقم 01-06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

## ثانيا: الهياكل الوقائية والقمعية لجرائم الفساد في مجال العقود الإدارية

من خلال تفحص مختلف مواد قانون مكافحة الفساد نجد أنه كلف عدة هياكل بمكافحة الفساد و قد أورد عدة إجراءات تساهم في الوقاية منه<sup>1</sup> و لكن سنقتصر الدراسة على الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته و كذا القضاء الجزائري الذي أسندت له مهمة قمع جرائم الفساد.

### 1- الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

لقد أنشأت الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته قصد تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد، و الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي توضع لدى رئيس الجمهورية<sup>2</sup>، و يتمثل أهم الاختصاصات الممنوحة للهيئة في الاقتراحات و التوجيهات لاسيما في اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد تجسد مبادئ دولة القانون و تعكس النزاهة و الشفافية و المسؤولية في تسيير الشؤون و الأموال العمومية، تقديم توجيهات و اقتراح تدابير و التعاون مع الجهات المعنية بخصوص الوقاية من الفساد، إعداد برنامج للتحسيس و التوعية، جمع و استغلال المعلومات للكشف عن الفساد ، تلقي التصريحات بالممتلكات و الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة و التحري في وقائع ذات علاقة بالفساد... إلخ<sup>3</sup>.

وإن المهام المنوط بهذه الهيئة هي مهام استشارية و مجرد اقتراحات، و رغم ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد كيفها بأنها سلطة إدارية مستقلة و سماها بالهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته، بالتالي كيف يمكن لهذه الهيئة أن تكافح الفساد رغم عدم تمتعها بسلطة إصدار قرارات انفرادية ملزمة فمن أين تستمد طابعها السلطوي، فرغم تمتع مثل هذه الهيئات بالطابع الاستشاري الذي لا يتعدى إلى سلطة اتخاذ القرارات الفردية إلا أنّها تتمتع بسلطة في التأثير *le pouvoir d'influence* الذي يسمح لها بتعديل المراكز القانونية أو

<sup>1</sup> - مثلا من بين الإجراءات التي تم تقريرها لمكافحة الفساد الإعلان عن العقد و الإلتزام بإجراءات الإبرام، كذلك من الهياكل التي تراقب العقد الإداري للقضاء على الفساد المالي نذكر مجلس المحاسبة و لكنه بعيدا كل البعد عن محور الدراسة لذا تم استبعاده.

<sup>2</sup> - أنظر المواد من 17 إلى 23 من القانون رقم 01-06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - بن يطو سليمة، جريمة الرشوة في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته رقم 01-06، مرجع سابق، ص ص 78-87.

إنشائها، و ذلك بالتأثير على السّلطة التي تستشيرها<sup>1</sup>، كذلك من خلال مساهمتها في تحريك الدعوى العمومية عن طريق إرسال الملف الذي يتضمن وصف جزائي إلى وزير العدل و الذي يخطر النائب العام المختص نوعيا و إقليميا<sup>2</sup>.

## 2- القضاء كآلية لقمع جرائم الفساد

نظرا لكون جرائم الفساد تمس بأمن الدولة لم يكتفي المشرع الجزائري بوضع هيكل وقائية فقط بل منح الحق لكل متضرر اللجوء أمام القضاء الإداري للطعن بالإلغاء ضد قرار منح العقد الذي يستند لمعايير شخصية بعيدة عن مبدأ المنافسة، بالإضافة إلى ذلك كلف المشرع الجزائري القضاء الجزائي بقمع هذه الجرائم<sup>3</sup>.

كما تم تدعيم وسائل التحري و الكشف عن هذه الجرائم بألية جيدة تم استحداثها في سنة 2010 و هو الديوان المركزي لقمع الفساد المكلف بمهمة البحث و التحري عن جرائم الفساد<sup>4</sup>، و يتشكل هذا الديوان من أعوان و ضباط الشرطة لقضائية التابعين لوزارة الدفاع و أعوان و ضباط الشرطة القضائية التابعين لوزارة الداخلية و الجماعات المحلية، و أعوان عموميين ذوي كفاءة أكيدة في مكافحة الفساد، و يمتد الاختصاص المحلي لهذا الديوان على كامل التراب الوطني، و يمارس أعضائه اختصاصاتهم وفق قانون الإجراءات الجزائية.

وأيضا يمكن للقضاء عن طريق النيابة العامة أن تمنح إذن لمباشرة التحقيق في هذه الجرائم عن طريق اعتراض المراسلات وتسجيلها، التسرب والاختراق، والترصد الإلكتروني،... إلخ، و يتم تحرير محضر عن كل العمليات التي تمت بالإضافة إلى ثبوت وقوع الجريمة بالأدلة و مواصفات لا تدع أي شك في عدم قيامها و يرسل إلى الجهة القضائية

<sup>1</sup> - THOMASSET-PIERRE Sylvie, L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, L.G .D.J. Paris , 2001 , p.p. 18-19.

<sup>2</sup> - المادة 22 من القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - بن عودة صليحة، " الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 112.

<sup>4</sup> - تم استحداثه بموجب المادتين 24 مكرر و 24 مكرر من القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، مرجع سابق، و تم تحديد تشكيلته بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المؤرخ في 8 ديسمبر 2011، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد و تنظيمه و كفاءات سيره، ج ر ع 68، مؤرخ في 14 ديسمبر 2011، المعدل و المتمم.

المختصة إقليمياً، التي تنظر هي الأخرى وفق الصلاحيات المخولة لها قانوناً في مدى ثبوت الجريمة و بالتالي تسليط العقوبة المنصوص عليها قانوناً سواء الأصلية منها أو التكميلية مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالقضية التي يمكن أن تؤدي إلى تخفيف أو تشديد العقوبة، و نظراً لكون جرائم الفساد يمكن أن تعبر حدود الدولة الواحدة يمكن للجهات القضائية التعاون مع هيئات و هيكل دولية أو أجنبية للكشف عن الجريمة أو لتنفيذ العقوبة<sup>1</sup>.

وصفوة القول أن المشرع الجزائري عمل على ضرورة تطبيق مبدأ المنافسة في إطار إبرام عقود التفويض تسيير المرافق العامة من خلال تبني تقنية التفويض من جهة و من خلال تقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها و عدم منحها حرية تامة في ذلك، و قد اعترف المشرع بتوسيع نطاق تطبيق قانون المنافسة على نشاط المرافق العامة و بالتالي خضوع الإدارة العامة لقانون المنافسة في مجال الضبط الاقتصادي والمالي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 212.

<sup>2</sup> - جلال مسعد، "مدى إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد الأول، 2014، ص ص 151-153.

## خلاصة الباب الأول

يرتبط مفهوم المصلحة العامة بمفهوم الدولة و الذي ظهر بظهورها فبعدها كانت هذه الأخيرة تحدد مدلول المصلحة العامة بوظائف الأمن والجيش والبيئة والتي تستوجب تدخلها الدائم و بعد الحرب العالمية الثانية أصبح مدلول المصلحة العامة يرتبط بحسن تسيير المرفق العام من خلال الحفاظ على النظام العام بمدلولاته الثلاث الصحة العامة والأمن العام و السكينة العامة.

لكن بتطور وظيفة الدولة من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة فقد أخذت المصلحة العامة مدلولات عدة من مصلحة عامة اقتصادية و مصلحة عامة اجتماعية، و مصلحة عامة بيئية...إلخ. فاكتملت المصلحة العامة صفة النشاط بعدما كان ينظر إليها كهدف ينبغي بلوغه، منه أصبحت المصلحة العامة تأخذ كأساس لتدخل الدولة و تقييد بعض الحريات الفردية عكس ما كان يعتقد أن ضمان المصلحة العامة يكون بتحرير الأنشطة و منع تدخل الدولة.

ومع تطور متطلبات المجتمع من جودة و نوعية في تقديم الخدمة العمومية لن يكون إلا من خلال الموازنة بين مقتضيات المصلحة العامة و قواعد قانون المنافسة، فلن نجعل من هذا المرفق سوق حرة يهدف كل عون اقتصادي إلى إشباع مصلحته الشخصية ولا سوق تسييره الدولة التي لها تكوين إداري وبعيدة كل البعد عن ممارسة أساليب تحقق الرفاهية للخدمة العمومية مما استدعت الضرورة إلا فتح المرفق العام أمام الخواص و ضبط المنافسة فيه

وإن وضع سلطة الضبط شروطا للدخول إلى السوق سيفرض حواجز مشروعة أمام حرية الخواص الراغبين في المشاركة في تسيير القطاع، فتكون بهذا الحال المنافسة مضمونة من خلال ترسيخ الشفافية و قمع الممارسات التي تهدف إلى منع الدخول إلى السوق أو إخراج المتعاملين الجدد منه و لكن مقتصرة و محدودة بين المتعاملين المسموح لهم مزاوله النشاط فقط و ذلك لضمان حتميات المصلحة العامة المتلازمة وبصفة فطرية للنشاط القطاعي المضبوط.

ونتوصل إلى القول رغم أن المشرع الجزائري كرس من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام مبدأ المنافسة أثناء إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام، إلا أن النقائص التي تعتريه جعلت هذا المبدأ يكرس بصفة غير فعالة، كما أنه أخذ ببعض الأحكام من خلال نصوص خاصة تنفرد بتنظيم مرفق عمومي على حدا، و لم يضع نص عام يجمع فيه جميع أحكام تفويض تسيير المرافق العمومية إلا من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

ورغم تكريس المشرع الجزائري لمبدأ منافسة من خلال جعل اتفاقية التفويض تبرم وفق أسلوب الطلب على المنافسة ولكن تكريسه ليس مطلق وما يؤكد التطبيق النسبي لمبدأ المنافسة على إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة هو الطبيعة الإدارية لهذا العقد، حيث يعتبر أحد أطرافه هيئة عامة يخضع للقانون الإداري وموضوعه يتعلق بمرفق عام بالتالي يطبق مبدأ المنافسة بصفة تتماشى مع إمكانية ممارسة امتيازات السلطة العامة و الحفاظ على المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام.

## الباب الثاني:

نطاق أعمال مبدأ المنافسة عند

إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

## الباب الثاني: نطاق أعمال مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

يعتبر مبدأ المنافسة الحرة من بين القيود التي وضعها المشرع على الحرية التعاقدية للهيئة المفوضة، وذلك حفاظاً على المصلحة العامة من خلال جعل عملية إبرام العقد تستند على أسس موضوعية غير شخصية، فبعدما كان قانون المنافسة يلزم المتعاملين الاقتصاديين باحترام مبدأ المنافسة والابتعاد عن كل ممارسة مقيدة للمنافسة فقد حان الآن دور قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في تكريس مبدأ المنافسة من خلال تقييد الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام وكذا فرض عليه مجموعة من القواعد المعروفة في قانون المنافسة لتصنف في فرع قانوني جديد يطلق عليه تسمية "القانون العام للمنافسة"<sup>1</sup>، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن جهل الهيئة المفوضة لقواعد المنافسة هو إخلال وإعاقة تطبيق قانون المنافسة<sup>2</sup>.

ينتج من الالتزام باحترام مبدأ المنافسة المفروض بطريقة مزدوجة على كل من الهيئة المفوضة والمتعاملين الاقتصاديين المتعهدين قواعد قانونية آمرة و ملزمة لطرفي العقد الإداري، وتتميز بالعمومية والتجريد من خلال فرضها على الجميع وبطريقة متساوية دون تمييز بين المتعاملين العموميين والمتعاملين الخواص حفاظاً على ما يطلق عليه تسمية "النظام العام التنافسي" في إطار إبرام العقود الإدارية، الذي يمكن تعريفه على أنه مجموعة من القواعد القانونية الآمرة التي تخضع لها كل الأطراف المرشحة لإبرام العقد سواءً الشخص المعنوي العام أو المتعاملين الاقتصاديين العارضين لضمان ترسيخ منافسة حرة<sup>3</sup>.

تزامناً مع تحولات وظيفة الدولة من الدولة المتدخلة إلى الدولة الحارسة أصبحت فكرة النظام العام تتبلور في مفاهيم قطاعية تلقب باسم القطاع الذي فرضت فيه فظهر

<sup>1</sup> -DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 327-399.

<sup>2</sup> - C.E., n°233360, du 28 avril 2003, fédération nationale des géomètres experts, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>3</sup> -NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p 56.

لنا النظام العام الاجتماعي و النظام العام الاقتصادي<sup>1</sup> سواءً بدوره التوجيهي الذي يترجم من خلال القواعد الآمرة التي سنتها الدولة لتوجيه الاقتصاد<sup>2</sup>، أو بدوره الحمائي الذي يترجم من خلال القواعد التي جاءت لحماية الطرف الضعيف في العلاقة كالمستهلك مثلا، ومع تحرير النشاطات القطاعية ظهر ما يسمى بالنظام العام الضبطي وهي مجموعة من القواعد الضبطية التي ترمي إلى ظهور المنافسة و يسود النظام العام التنافسي بمجرد عموم منافسة حرة على المرافق العمومية<sup>3</sup>.

تدخل المشرع الجزائري من خلال المادة 2 من قانون المنافسة لجعل عملية إبرام الصفقات العمومية تخضع لقواعد قانون المنافسة إلى غاية المنح النهائي له مما استوجب ضرورة احترام المترشحين للصفقة العمومية خاصة و العقود الإدارية عامة لقواعد قانون المنافسة و في حالة إتيانهم لأي فعل مقيد للمنافسة فإنهم بالضرورة يخضعون لمتابعة من طرف مجلس المنافسة الذي أنشأ كهيكل ضامن لترسيخ المنافسة الحرة.

من جهة أخرى تنص المادة 207 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن إبرام اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العامة تخضع للمبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و من بين هذه المبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية أو ما يعرف بمبدأ المنافسة الحرة، وقد وسع من نطاق تطبيقه كما أنه نص على مجموعة من الضمانات تحول دون تجاوز هذا المبدأ و في حالة إخلال الهيئة المفوضة به فإن قانون الاجراءات المدنية والإدارية جعلها عرضة للمسائلة من طرف القاضي الإداري الاستعجالي من خلال السلطات الواسعة الممنوحة له(فصل أوّل).

<sup>1</sup> - دفاص عدنان، " قانون المنافسة بين النظام العام التنافسي و فكرة الأمن القانوني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص ص 547- 564.

<sup>2</sup> - مختور دليلة، " حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص ص 523-546.

<sup>3</sup> - عيساوي عز الدين، " البحث عن نظام للنظام العام"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص ص 375-376.

## الباب الثاني: نطاق أعمال مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

بالإضافة إلى الاستثناءات المذكورة سابقا من تطبيق مبدأ المنافسة الحرة من خلال السماح للهيئة المفوضة إبرام اتفاقية التفويض بأسلوب التراضي دون الدعوى الشكلية للمنافسة، تفرض بعض الحالات استبعاد تطبيق مبدأ المنافسة و ذلك تأثرا بالطبيعة الإدارية للعقد أو بالطبيعة القانونية الخاصة التي يتمتع بها المفوض له، كما تفرض حالات أخرى الموازنة بين امتيازات السلطة العامة التي تنبثق عن العقد الإداري مع قواعد قانون المنافسة لجعل مبدأ المنافسة ذو تطبيقا سليما و صحيحا، أما حالات أخرى فتنشأ بفعل سلوكات المتعهدين المترشحين لإبرام اتفاقية التفويض و يكون الغرض منها تقييد مبدأ المنافسة واستبعاد بعض المتعاملين المنافسين لهم (فصل ثاني).

## الفصل الأول:

ضمانات احترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء  
إبرام اتفاقية تفويض تسير مرفق عام

إن مبدأ المنافسة الحرة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية لا يعتبر مجرد إجراء جوازي يخضع لإرادة ورغبة الهيئة المفوضة وإنما يعتبر آلية إلزامية ينبغي للهيئة المفوضة الرضوخ والاستجابة له، بحيث يقع على عاتق الهيئة المفوضة الالتزام بمبدأ المنافسة الحرة عن طريق تطبيقها للنصوص المكرسة لهذا المبدأ وكذا بموجب سلطتها في اتخاذ القرار، ويعتبر ذلك من بين الضمانات الممنوحة للمتعاملين المتعهدين عند إبرام اتفاقية التفويض في مواجهة تعسف الهيئة المفوضة لأن جعل مبدأ المنافسة الحرة التزام يقع على عاتق الهيئة المفوضة يفرض عليها الاستناد إلى إجراءات محددة قانوناً عند اختيارها للمفوض له و عدم التعسف في استبعادها ورفضها للعروض المقدمة .

رغم كون من الضروري احترام مبدأ المنافسة سواء من طرف الهيئة المفوضة بإتباعها بعض الإجراءات و الأساليب لاختيار المفوض له وتقييد حريتها التعاقدية بأسس موضوعية، أو من طرف المتعاملين المرشحين الملزمون بالابتعاد كل البعد عن أي ممارسة مقيدة للمنافسة إلا أنه بموجب المادة 207 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام التي تحيلنا إلى تطبيق المادة 5 من نفس القانون نفهم أن احترام مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية التفويض يقع كالتزام على عاتق الهيئة المفوضة (مبحث أول).

منح القانون مجموعة من الصلاحيات للمحكمة الإدارية بتشكيلتها الاستعجالية للحد من الأفعال الصادرة من طرف الهيئة المفوضة والي تحول دون التطبيق السليم لمبدأ المنافسة من خلال تحديد و تقليص مجال تطبيقه، إلى جانب مجلس المنافسة الذي يجمع الممارسات المقيدة بالمنافسة الحرة عندما يكون مرتكبها هم المتعاملين المرشحين لإبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة، بالإضافة إلى إسناد مهمة فتح الأظرفة و تقييم العروض إلى لجنة إدارية يعتبر ضمانتها في حد ذاتها لاحترام مبدأ المنافسة الحرة (مبحث ثانٍ).

### المبحث الأول: مبدأ المنافسة الحرة التزم على عاتق الهيئة المفوضة

بالعودة إلى قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نجد أنه قد نص على مجموعة من الطرق و الأساليب التي من خلالها يتم إبرام الصفقة العمومية والمتمثلة في طلب

العروض كطريقة أصلية<sup>1</sup> و التي تضع الراغبين في تقديم عروضهم في تنافس عن طريق الإعلان الذي من خلاله تبدي المصلحة المتعاقدة رغبتها في إبرام الصفقة العمومية.

لم يكتفي بذكر الإعلان فقط و إنما بين طريقة الإعلان التي تكون في جريدتين وطنيتين أو جهويتين حسب قيمة الصفقة و كذا يتم الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي بالإضافة إلى النشر في بعض المقرات الأساسية، كما حدد أيضا مضمون الإعلان و لغته الذي يجب أن يكون باللغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل، و لترسيخ المنافسة أكثر يحيل الإعلان الراغبين في تقديم عرضهم لإبرام الصفقة العمومية إلى سحب دفتر الشروط الذي يبين موضوع الصفقة العمومية، و كذا تبيان مجموعة من الوثائق التي ينبغي على العاهدين تقديمها.

لكن الملاحظ أن كل هذه الإجراءات حصرها قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في عملية إبرام الصفقة العمومية و لم يعممها على عملية إبرام عقود التفويض التي نص فقط على أن عملية إبرامها تستند على مبدأ المنافسة و حرية الوصول إلى الطلبات العمومية و لكن لم يذكر الطريقة الأمثل و الأصح و أساليب احترام مبدأ المنافسة عند إبرام عقود التفويض، و أحال ذلك إلى التنظيم، مما استدعت الضرورة البحث عن هذه الطرق في القوانين القطاعية الجزائرية و كذا النصوص التطبيقية لتنظيم الصفقات لعمومية و تفويضات المرفق العام (مطلب أول)، بالإضافة إلى ذلك يعتبر الإحالة إلى دفتر الشروط و تكوين الملف من بين الأساليب التي تهدف إلى خلق جو تنافسي بين المتعهدين لإبرام عقد التفويض (مطلب ثان).

### المطلب الأول: التزام الهيئة المفوضة بإبرام اتفاقية التفويض وفق تأطير قانوني

لقد حددت القوانين المقارنة مجموعة من الإجراءات و الأساليب التي من خلالها يتم إبرام عقد التفويض أولها تتمثل في الإعلان المسبق الذي يسمح بتقديم عدة طلبات ترشيح، و من شأن ذلك أن يخلق مناخا تنافسيا ويفرض على الإدارة أن تلجأ إلى مقارنة فعلية بين

<sup>1</sup> - وفقا لنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق، فإنه يتم إبرام الصفقات العمومية وفق أسلوب طلب العروض كطريقة أصلية واستثناء تبرم وفق أسلوب التراضي، كما تضيف نص المادة 61 منه أن التراضي بعد الإشارة يخضع للإشهار الصحفي عند الاقتضاء.

الفصل الأول: ضمانات احترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

العروض<sup>1</sup>. حيث يعتبر الإعلان المسبق إجراء ضروري لتكريس الشفافية، وضمن منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير تضعها الإدارة بصفة مسبقة ثم تليها مرحلة فحص العروض واختيار المفوض إليه استنادا إلى معايير موضوعية و كذا المعيار الشخصي الذي يميز عقود تفويض المرفق العام.

عرفت مثل هذه العقود تنظيم دقيق في التشريع الفرنسي مقارنة بالقوانين المقارنة الأخرى التي غالبا ما أخضعت إجراءات إبرامها إلى نفس الإجراءات المتبعة لإبرام الصفقات العمومية أما القانون الجزائري فيتميز بموقفه المعتمد في تنظيم إجراءات إبرام عقد تفويض تسيير المرفق العام(فرع أول)بالإضافة إلى منح بعض الرخص بالاستناد إلى مبدأ المنافسة الحرة(فرع ثان).

### الفرع الأول: تأخر المشرع الجزائري في تأطير إجراءات إبرام اتفاقية التفويض

نظم المشرع الجزائري إجراءات إبرام اتفاقية التفويض بطريقة فريدة من نوعها حيث لم يساير نظيره الفرنسي الذي يتميز بالوضوح و الدقة في تنظيم هذه الإجراءات، من خلال قانون 29 جانفي 1993 المعدل و المتمم المسمى بقانون " سبان " ، و كذا من خلال قانون الجماعات المحلية، وتنفرد إجراءات إبرام هذه العقود بالاعتماد على معيار الإعتبار الشخصي الذي من خلاله تقوم الهيئة المفوضة بالتفاوض الحر مع مقدمي العروض لاختيار المفوض له.

تمر عملية إبرام اتفاقية التفويض وفق القانون الفرنسي بثلاث مراحل<sup>2</sup> تتمثل في المرحلة التحضيرية لتنظيم الاستشارة و هي مرحلة جد مهمة تضمن لنا تفويض المرفق العام بطريقة مشروعة أي بمقتضى ووفق القانون من خلال تقييد إرادة الهيئة المفوضة بضرورة اتباع إجراءات الاستشارة القبليّة لتجنب تفويض المرفق العام لمعامل واحد محدد مسبقا دون ضمان حرية تقدم المتعاملين الآخرين للطلبات العمومية ، ولما كانت المرحلة التحضيرية إجراء داخلي استوجب الأمر الإعلان عن رغبة الهيئة العامة في تفويض المرفق العام للتجسيد الفعلي للمنافسة لندخل في مرحلة ثانية وهي مرحلة المنافسة والتفاوض، ثم أخيرا تأتي مرحلة التصديق على قرار اختيار المفوض لهو ضمان حق الطعن للمتعاملين المتعهدين لضمان الشفافية في تفويض المرفق العام.

<sup>1</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ص 120 - 121.

<sup>2</sup> - Lyudmila Weyer, Délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, op.cit., p.p. 31-70.

لم يساير المشرع الجزائري أيضا بعض التشريعات العربية المقارنة كالتشريع المغربي و التشريع التونسي اللذان أخضعا إجراءات إبرام إتفاقية التفويض لنفس الإجراءات التي تخضع لها إبرام الصفقات العمومية، بل أن المشرع أخذ موقف غامض و غير مفهوم يتأرجح بين مختلف النصوص المنظمة للقطاعات التي عرفت هذا النوع من العقود الإدارية<sup>1</sup>.

لقد حاول المشرع الجزائري تنظيم إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير بعض المرافق العمومية القطاعية بنصوص قانونية تميز كل قطاع على حدا، كما نظم إجراءات تفويض تسيير مرفق عام في نص جامع .

حيث بالعودة إلى قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نجد أن المشرع الجزائري عرف عقود التفويض من خلال المادة 207 من القانون نفسه، كما أخضع إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام إلى نفس المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقة العمومية المتمثلة في مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، و مبدأ المساواة في معاملة المترشحين، و مبدأ الشفافية<sup>2</sup>.

لكن دون ذكر الطريقة المثلى أو الإجراء المناسب الذي تتبعه الهيئة المفوضة للدلالة على احترامها لهذه المبادئ، و غياب نص قانوني ينظم عملية إبرام مثل هذه العقود في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام استوجب علينا البحث عن هذه الإجراءات في القوانين الخاصة المرفقية المنظمة لبعض القطاعات التي عرفت التفويض.

إن البحث في بعض القوانين القطاعية لاسيما تلك التي اعترفت بصريح العبارة أن تفويض الخدمة العمومية يكون بعد العرض على المنافسة لن يرفع عنا الإبهام و لن يختلف الوضع كثيرا عما هو منصوص عليه في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام (أولاً)، والقانون الجزائري لم يعرف التطبيق السليم والصحيح لمبدأ المنافسة و ضماناته في ظل إبرام اتفاقية التفويض إلا بعد صدور المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام (ثانياً).

<sup>1</sup> - نكاوي سعيد ، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05/54، مرجع سابق، ص ص33-37.

<sup>2</sup> - المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق، والتي أحالتنا إلى نص المادة 5 من المرسوم نفسه.

## أولاً: قصور التأطير القانوني لعملية إبرام اتفاقية التفويض قبل صدور المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام

من خلال القانون رقم 02-03 الذي يحدد القواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحيين للشواطئ يمنح امتياز الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة بموجب اتفاقية تبرم وفق إجراء المزايدة المفتوحة<sup>1</sup> و في حالة عدم جدواها يمنح الامتياز للمجالس الشعبية البلدية وفق إجراء التراضي<sup>2</sup>، و قد نص المرسوم التنفيذي 04-274 المتعلق بتحديد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة وكيفيات ذلك على إجراءات إبرام اتفاقية الاستغلال السياحي للشواطئ بدقة وكيفيات تقديم العروض و كذا سير عمل لجنة المزايدة المفتوحة إلى غاية المصادقة على اتفاقية الامتياز بموجب مرسوم تنفيذي ينشر في الجريدة الرسمية<sup>3</sup>.

أما عن نشاطات قطر السفن و أعمال المناولة و التشوين في الموانئ فقد منح امتياز هذه النشاطات إلى كل شخص طبيعي من جنسية جزائرية أو شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري حائز على امتياز و يستوفي شروط التأهيل المهني المطلوبة و يلتزم باحترام شروط الاتفاقية و دفتر الشروط، و يختارون أصحاب الامتياز حسب الحالة سواء عن طريق المنافسة أو في إطار تفاوض مباشر على أساس سمعة صاحب الطلب و مساهماته التسييرية و التقنية و فائدة استثماره بالنسبة للاقتصاد الوطني<sup>4</sup>، و منه يظهر لنا تكريس المشرع الجزائري للمعيار الشخصي المبني عليه عقود التفويض واتباع أسلوب المنافسة و التفاوض المباشر الواردان في التشريع الفرنسي.

تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417 الذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها على أن

<sup>1</sup> - أنظر المادتين 22 و 25 من القانون رقم 02-03، المؤرخ في 17 فبراير 2003، يحدد القواعد العامة للاستعمال و الاستغلال السياحيين للشواطئ، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 23 من القانون نفسه.

<sup>3</sup> - المادتين 6 و 26 من المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المؤرخ في 5 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كيفيات ذلك، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - المادتين 3 و 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-139، المؤرخ في 15 أبريل 2006، المتعلق بتحديد شروط و كيفيات ممارسة نشاطات قطر السفن و أعمال المناولة و التشوين في الموانئ، ج ر ع 24، المؤرخ في 16 أبريل 2006، المعدل و المتمم.

الطريقة المثلى لعرض عقود امتيازها للمنافسة هي المناقصة و لكن دون ذكر إجراءات إبرام العقد أو مراحل المناقصة أو أنه يحيل حتى إلى المراحل المتبعة في إبرام الصفقات العمومية ليوحد بين العقدين<sup>1</sup>.

المعروف في القوانين المقارنة أن الامتياز نوع من أنواع عقود تفويض تسيير المرافق العمومية و لا يمنح بموجب رخصة و لا بموجب طلب مسبق من طرف صاحب الامتياز و لكن في القانون الجزائري الوضع جد مختلف، فيمكن منح اتفاقية الامتياز بعد تقديم طلب من الراغبين من الاستفادة من الامتياز و كذلك بعد الترخيص لهم، مثلا نص القانون البحري على اعتبار النقل البحري ملكية عامة و يمكن أن يكون موضوع امتياز<sup>2</sup> يمنح لأشخاص خاصة أو عامة طبيعية أو معنوية تخضع للقانون الجزائري و يوجد مقرهم في القطر الجزائري و لهم صفة مجهزي السفن، كما يمنح الامتياز بالإحالة إلى دفتر الشروط<sup>3</sup> و أحال القانون البحري إلى التنظيم لتبيان كيفية تطبيق هذه المادة و بالفعل صدر المرسوم التنفيذي رقم 57-08 يحدد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفية التي بين لنا طريقة إبرام اتفاقية امتياز خدمات النقل البحري.

إذا تمعنا في محتوى نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر نجد أنه ألزم الراغبين من الاستفادة من هذا الامتياز إرسال طلب الامتياز إلى الوزير المكلف بالبحرية التجارية مصحوبا بملف يتضمن وثائق حددتها المادة نفسها، و عندما يتم التصريح بقبول الطلب يبلغ اتفاق مبدئي مكتوب إلى صاحب الطلب<sup>4</sup>، ثم يشترك الوزير المكلف بالبحرية التجارية و صاحب الامتياز في توقيع اتفاقية الامتياز و دفتر الشروط المرفق بها<sup>5</sup> و يجدد الامتياز حسب الأشكال نفسها<sup>6</sup> و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص لا على الإعلان المسبق و لا على اختيار العروض وفق إجراءات طلب العروض بل أن هذه الطريقة في الإبرام تشبه

<sup>1</sup> - تم التطرق إليه سابقا في المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الرسالة تحت عنوان الأساس القانوني لمبدأ المنافسة.

<sup>2</sup> - المادة 571 من الأمر رقم 76-80، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن قانون النقل البحري، ج ر ع 29، مؤرخ في 10 أبريل 1977، المعدل و المتمم.

<sup>3</sup> - المادتين 1-571 و 2-571 من الأمر نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 57-08، المؤرخ في 13 فبراير 2008، يتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفية التي، ج ر ع 09، مؤرخ في 24 فبراير 2008.

<sup>5</sup> - المادة 13 من المرسوم التنفيذي نفسه.

<sup>6</sup> - المادة 14 من المرسوم التنفيذي نفسه.

كثيرا طلب الاستفادة من قرار إداري انفرادي كالترخيص أو الاعتماد و بعيدة كل البعد عن إجراءات إبرام العقد الإداري.

ما يعاب أيضا على المشرع الجزائري بالإضافة إلى نقص النصوص القانونية تارة و غموضها تارة أخرى هو كثرة إحالة النصوص التشريعية إلى التنظيم حيث يكتفي المشرع الجزائري بوضع نص قانوني عام و يحيل مهمة تبيان كيفية تطبيقه إلى التنظيم و عادة ما تتأخر هذه النصوص التنظيمية في الظهور مما يولد تعطيل تطبيق النصوص التشريعية، لأن أمام غياب النص التنظيمي المطبق له سيجعل من النص التشريعي كأنه لم يسن.

مثلا في قطاع النقل سمح المشرع الجزائري بتفويض خدمات النقل عبر السكك الحديدية عن طريق إبرام اتفاقية امتياز استغلال السكك الحديدية سواء من أجل تسيير المنشآت القاعدية أو من أجل الاستغلال التقني و التجاري لخدمات النقل بالسكك الحديدية سواء للبضائع أو للأشخاص<sup>1</sup>، وتنص المادة 24 من قانون النقل المعدل و المتمم على أن الامتياز يكون محل اتفاقية وهذه الاتفاقية و دفتر الشروط يحددان حقوق و واجبات صاحب الامتياز و تتضمن هذه الاتفاقية جميع الأحكام المتعلقة بطبيعة النشاط محل الامتياز إلا أنه أحالت هذه المادة إلى التنظيم لتبيان شروط و كيفية تطبيقها، و الذي لم يصدر إلى يومنا هذا مما جعل بقطاع النقل عبر السكك الحديدية يعرف احتكارا من الناحية الواقعية، كما أننا نتساءل عن مغزى منح اختصاص تبيان كيفية احترام مبدأ المنافسة إلى التنظيم رغم كون هذا المبدأ قد فرض كحد و كقيد لحرية الإدارة ذاتها في التعاقد و منه يمكن أن نتوصل إلى عدة نتائج منها:

1- تماطل الإدارة في وضع النصوص التنظيمية للاستفادة أكثر بحريتها في التعاقد و لكي لا تفرض على نفسها قيود.

2- حرية الإدارة في تنظيم كيفية تطبيق مبدأ المنافسة مما يجعلها حرة في استبعاد بعض الإجراءات التي لا ترغب بالالتزام بها، كما أن هذا الوضع يمكن أن يخلق تناقض بين النصوص التنظيمية و لا يعمل على توحيد الإطار القانوني المطبق على عقود تفويض المرافق العمومية ككل.

<sup>1</sup> - أنظر المواد من 21 إلى 23 من 21-23 من القانون رقم 01-13، المؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، المعدل و المتمم.

3- وضع بيد الإدارة ورقة رابحة مما يسمح لها التدخل الدائم و تعديل النصوص التنظيمية كلما رغبت في ذلك كونها في نفس الوقت المتعاقدة و المنظمة لنصوص المطبقة على العقد، كما هو الحال في مجال الصفقات العمومية بحيث المرسوم الرئاسي 15-247 الذي يحدد تنظيم الصفقات العمومية هو نص تنظيمي و مبرمة الصفقة العمومية هي إدارة عمومية عكس<sup>1</sup> ما هو معمول به في القوانين المقارنة كمثلا في فرنسا تم سن نص قانوني ينظم الصفقات العمومية و عقود تفويض المرفق العام.

من جهة أخرى من خلال تعديل قانون النقل في سنة 2011 نص المشرع الجزائري على إمكانية منح امتياز نقل الأشخاص الموجه<sup>2</sup> الذي يرد على الاستغلال التقني والتجاري لخدمات منظومة نقل الأشخاص الموجه، أو على تسيير المنشآت القاعدية لمنظومة نقل الأشخاص الموجه أو على تسيير المنشآت القاعدية والاستغلال التقني والتجاري لخدمات منظومة نقل الأشخاص الموجه<sup>3</sup> ويمنح هذا الامتياز وفق اتفاقية تحدد حقوق و واجبات صاحب الامتياز و كذا موضوعه و لكن يحيل مرة أخرى هذا النص القانوني إلى التنظيم لتبيان كيفية تطبيق هذه المادة<sup>4</sup>.

إن غياب هذه النصوص التنظيمية تجعل موقف المشرع الجزائري غامض و مهم و عدم استقراره على موقف واحد مما يولد عدم تطبيق النصوص القانونية لعدم اكتمالها مما يجعلنا نسائل عن كيفية إبرام اتفاقية امتياز نقل الأشخاص المنظم هل وفق القواعد العامة المعروفة في قانون الصفقات العمومية أو وفق أسلوب آخر يميز قطاع النقل؟ أما في قطاع المياه تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة و البلديات كما يمكن منح امتياز تسيير الخدمة العمومية للمياه الصالح للشرب بموجب اتفاقية مصادق

<sup>1</sup>- الملاحظ في مجال إبرام الصفقات العمومية التعديل المتكرر لقانون الصفقات العمومية كمثلا: صدر في 2010 تنظيما جديدا للصفقات العمومية تم تعديله في 2011 مرتين و تم تعديله أيضا في 2012 ثم تم تعديله في 2013 ثم تم إلغائه في 2015 و استبداله بتنظيم جديد هو المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- عرّف المشرع الجزائري نقل الأشخاص الموجه من خلال نص المادة 2 من القانون رقم 01-13، المؤرخ في 7 غشت 2001، المتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، المعدل و المتمم، على أنه كل منظومة نقل عمومي تستعمل مركبات ملزمة باتباع مسار محدد على كل أو جزء من مسيرها، سواء كانت هذه المركبات تسيير في رحاب مخصص لها أم لا، باستثناء شبكة السكك الحديدية الوطنية.

<sup>3</sup>- المادة 40 مكرر 1 من القانون نفسه.

<sup>4</sup>- المادة 40 مكرر 2 من القانون نفسه.

عليها بعد العرض على المنافسة<sup>1</sup>، لكن دون أن يبين المشرع الجزائري طريقة العرض على المنافسة و الاجراءات المتبعة في ذلك، و يضيف المرسوم التنفيذي رقم 10-275 الذي يحدد كيفيات المرافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير أنه من الضروري إرفاق مشروع الاتفاقية المعروض للموافقة بمجموعة من الوثائق لا سيما ملف الإعلان عن المنافسة و تقرير تقييم العروض<sup>2</sup> و كأنما يوحي هذا النص على أن الإعلان عن المنافسة يتم بنفس الأشكال المعمول بها عند إبرام الصفقات العمومية أين يتم تنصيب لجان تستقبل العروض بعد الإعلان عن المنافسة لتقوم بتقييمها و اختيار متعامل واحد وفق مؤهلات محددة مسبقا.

الواقع العملي لقطاع المياه أثبت عكس ذلك فالطريقة المتبعة في توفير الخدمات العمومية للمياه الصالح للشرب هي الشراكة ما بين القطاع العام و الخاص لإنشاء شركة ذات أسهم يتقاسم ملكيته كل من السلطات الجزائرية و الشريك الخاص الأجنبي ، فبعدما كانت الدولة الجزائرية تعاني من مشاكل في توفير المياه الصالح للشرب قامت بالاستعانة بشركة **Suez Environnement** و هي شركة فرنسية مختصة في إدارة و تسيير مجال المياه و النفايات و هي تحتل المرتبة الثانية عالميا في هذا المجال بعد شركة **Veolia**.

في أكتوبر 2002 طلبت الدولة الجزائرية استشارة من شركة **Environnement Suez** حول برنامج لتطوير توصيلات و قنوات شبكة المياه على مستوى جزائر العاصمة و بالفعل قدمت الشركة برنامج من خلاله توضح كيفية القضاء على مشكل توزيع المياه على مستوى جزائر العاصمة من خلال عصرنة القطاع و كذا وضع تخطيط محكم لشبكة توزيع المياه و نقل التكنولوجيا الحديثة و تحسين الخدمة العمومية سواء في مجال توزيع المياه أو في مجال التطهير لغرض تحقيق تنمية مستدامة<sup>3</sup>.

استحسنّت الدولة الجزائرية عرض هذه الشركة مما أضفى إلى توقيع اتفاقية بين شركة **Environnement Suez** من جهة و الدولة الجزائرية من جهة أخرى الممثلة من طرف

<sup>1</sup> - المواد 101-105-107 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275، المؤرخ في 4 نوفمبر 2010، يحدد كيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - KHELLADI Mohamed Amine Mehdi, « Vers un nouveau management public dans le secteur de l'eau en Algérie par le recours au Partenariat Public-Privé (PPP) : cas de la SEAAL », revue électronique en sciences de l'environnement, n 02, 2011, p.p. 14-17

الجزائرية للمياه و كذا الديوان الوطني للتطهير، و ذلك في فيفري 2003 و تم المصادقة عليه في مجلس الوزراء في 2004، و بالفعل قامت الشركة بدراسة الوضع و اقترحت مجموعة من الحلول على الدولة الجزائرية و لغرض التنفيذ الفعلي تم إنشاء شركة ذات أسهم أسندت لها مهمة استغلال شبكة توزيع المياه الصالح للشرب و مهمة التطهير و هي شركة توزيع المياه و التطهير على مستوى الجزائر العاصمة المعروفة ب شركة (SEAAL) Société des Eaux et d'Assainissement d'Alger، و ذلك في 28 نوفمبر 2005<sup>1</sup>.

باشرت شركة سيال عملها فعليا في فيفري 2006 و مدة العقد محددة ب 5 سنوات إلا أنه تم تجديد العقد و بصفة مباشرة<sup>2</sup> دون الدعوى الشكلية للمنافسة، هذا رغم دخول قانون المياه حيز النفاذ و نصه على تفويض خدمات المياه الصالح للشرب للخواص بعد العرض على المنافسة، إلا أن الدولة الجزائرية فضلت إنشاء شركة ذات أسهم أين يشكل فيها الديوان الوطني للتطهير والجزائرية للمياه أهم المساهمين لغرض استغلال خدمات توزيع المياه والتطهير.

بالتالي يمكن أن نتساءل على أي قانون إستندت الدولة الجزائرية في ذلك؟ أو بعبارة أخرى ما هو النص القانوني الذي طبقتته الدولة الجزائرية لغرض إنشاء شركة سيال و تجديد العقد معها بصفة ضمنية؟ مع العلم أن قطاع المياه شهد ميلاد شركة أخرى في سنة 2008 كلفت بتسيير قطاع المياه على مستوى ولاية وهران و هي شركة سيور SEOR (Société des Eaux d'Oran) أين تم انشائها بالشراكة مع الشركة الاسبانية Agua Barcelona<sup>3</sup>.

أما عن تفويض خدمات توزيع الكهرباء و الغاز فإننا نسجل تناقض و تعارض بين قانون الكهرباء و الغاز و نصه التنظيمي، حيث ينص قانون القانون رقم 01-02 المتعلق بالكهرباء و الغاز على أنه يمكن للدولة الضامنة للمرفق العام أن تمنح امتياز توزيع الكهرباء و الغاز

<sup>1</sup>- AHMANE Kheira, Le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public –privé, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de magistère en droit public économique, faculté de droit, université d'Oran, 2014, p.p. 30-33.

<sup>2</sup>- نشاط الشركة ساري المفعول إلى يومنا هذا أنظر الموقع الرسمي للشركة [www.seaal.dz](http://www.seaal.dz).

<sup>3</sup>- للتدقيق أكثر حول تجربة الجزائر في مجال الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في مجال المياه أنظر: قنادزة جميلة، الشراكة العمومية الخاصة و التنمية الاقتصادية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم، تخصص العلوم الاقتصادية تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و التسيير، جامعة تلمسان، 2018، ص 246 – 327.

بموجب مرسوم تنفيذي بناءً على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة بعد أخذ رأي لجنة الضبط<sup>1</sup>، بينما ينص المرسوم التنفيذي رقم 114-08 الذي يحدد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز و واجباته من خلال مادته السادسة أن الامتياز يمنح من طرف الدولة الممثلة في الوزير المكلف بالطاقة و يكون محل طلب العروض.

وعلى العموم فإن استعمال كلمة منح يوحي أن الامتياز في هذه الحالة هو تفويضاً انفرادياً وليس تفويضاً عقدياً، لكن يضيف قانون الكهرباء و الغاز في مادة من مواده أن الامتياز يمنح عن طريق طلب العروض الذي تقوم به لجنة ضبط الكهرباء و الغاز<sup>2</sup>، و أحالت المادة إلى التنظيم لتبيان كفاءات تطبيقها و قد صدر المرسوم التنفيذي 114-08 السالف الذكر والذي استعمل عبارات تدل على أن الامتياز هو عقد و ليس رخصة، كمثلاً عبارة فسخ عقد الامتياز<sup>3</sup> عند النص على العقوبات المفروضة على صاحب الامتياز إذا لم يمتثل لما ورد في دفتر الشروط، كذلك الإحالة إلى طلب العروض دليل على إجراءات اختيار المفوض إليه لأن العقد هو الذي يبرم وفق إجراءات الإعلان و استقبال العروض و اختيار الشخص وفق شروط موضوعية لإبرام معه العقد، كما ينص دفتر الشروط المرفق بالمرسوم التنفيذي 114-08 السالف الذكر على أن صاحب الامتياز يتقاضى مقابلته المالي من طرف المنتفعين بخدمات المرفق العام و تحدد لجنة الضبط مكافئته التي تكون متصلة بالتوزيع أو بالتسويق<sup>4</sup> و اتصال المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام كخاصية أساسية لعقود تفويض تسيير المرافق العامة و كعامل التفرقة بينها و بين الصفقات العمومية.

<sup>1</sup> - المادة 72 من القانون رقم 01/02 المؤرخ في 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 73 من القانون نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 114-08، المؤرخ في 9 أبريل 2008، المحدد لكفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبه و دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز و واجباته، ج ر ع 20، مؤرخ في 13 أبريل 2008.

<sup>4</sup> - المادة 4 من دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب امتياز توزيع الكهرباء و/أو الغاز و واجباته، ملحق المرسوم التنفيذي رقم 114-08، المؤرخ في 9 أبريل 2008، المحدد لكفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبه و دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز و واجباته، مرجع سابق.

استناداً لتدرج القاعدة القانونية نرجح كون امتياز توزيع الكهرباء و الغاز هو تفويض انفرادي يمنح وفق مرسوم تنفيذي كما هو محدد في قانون الكهرباء و الغاز باعتبار أن النص القانوني يسموا على النص التنظيمي.

ثانياً: تأطير إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام

تبرم اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام وفق المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام وفق أسلوب الطلب على المنافسة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق أسلوب التراضي الذي يشكل الاستثناء، و يكون الطلب على المنافسة وطنياً<sup>1</sup>، و يتم الطلب على المنافسة وفق مرحلتين تتمثل الأولى في الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح و يجب أن تظهر الوثائق المكونة على أساس ملفات الترشح و المحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط، و عنونه " دفتر ملف الترشح" في لوح الإعلان عن العروض، أما المرحلة الثانية فتتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقائهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط، و على العموم تتحدد مراحل إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام المجسدة لتطبيق مبدأ المنافسة فيما يلي:

### 1- مرحلة الإعلان

يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع و بكل وسيلة مناسبة، و يجب إشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللغتين الوطنية و اللغة الأجنبية، و يمكن إعفاء بعض المرافق العمومية نظراً إلى حجمها و نطاق نشاطاتها، من إجبارية الإشهار في الجرائد شريطة ضمان إشهار واسع بكل وسيلة أخرى، و مهما يكن من أمر فإنه يتعين على السلطة المفوضة أن تعلق لجوئها لهذا الإجراء.

يجب أن يتضمن إعلان الطلب على المنافسة مجموعة من البيانات تتمثل في تسمية السلطة المفوضة و عنوانها و رقم تعريفها الجبائي إن وجد، صيغة الطلب على المنافسة، موضوع و شكل تفويض المرفق العام المدة القصوى للتفويض، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي، قائمة الوثائق المكونة لملف الترشح، آخر أجل لتقديم ملف الترشح، مكان إيداع ملف

<sup>1</sup> ذلك وفقاً لنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بالمرفق العام، مرجع سابق، عكس طلب العروض لإبرام الصفقات العمومية الذي يمكن أن يكون وطنياً و/أو دولياً.

الترشح، مكان سحب دفتر الشروط، دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة، كيفيات تقديم ملف الترشح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق و مهمم تكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار و انتقاء العروض".

يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة إلى آخر يوم و آخر ساعة لإيداع الملفات و ساعة فتح الأظرفة<sup>1</sup> يجب أن يأخذ تاريخ إيداع العروض في الحسبان مدة تحضير العروض، عبر فسخ المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين، إذا صادف تاريخ إيداع العروض يوم عطلة أو يوم راحة قانونية فإنه يتم تمديده إلى يوم العمل الموالي.

يمكن تمديد المدة المحددة لإيداع العروض مرة واحدة بمبادرة من السلطة المفوضة أو بطلب معلل من طرف أحد المترشحين يخضع تاريخ إيداع العروض في حالة تمديده إلى قواعد الإشهار لا تؤخذ الملفات التي يم استلامها بعد التاريخ أو الساعة القصوى المحددة في إعلان الطلب على المنافسة بعين الاعتبار<sup>2</sup>.

## 2- انتقاء العروض

تقوم لجنة اختيار و انتقاء العروض التي تتكون من ستة أعضاء يختارون لكفاءاتهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد<sup>3</sup> في جلسة علنية و في مرحلة أولى بفتح الأظرفة و تسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين، ثم تقوم في مرحلة ثانية و في جلسة مغلقة بدراسة ملفات الترشح ابتداءً من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة على إثر هذه المرحلة تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل طبقاً للجزء الأول من دفتر الشروط و المعايير المحددة في الطلب على المنافسة.

تقوم اللجنة بدراسة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين و تقييمها حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط و تقوم بإعداد قائمة العروض مرتبة ترتيباً تفصيلياً حسب النقاط المتحصل عليها<sup>4</sup>.

## 3 - مرحلة التفاوض الحر

تقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين بكل وسيلة ملائمة إلى سحب دفتر الشروط و تقديم عروضهم و لا يمكن للمترشح المقبول أن يقدم أكثر من عرض واحد

<sup>1</sup> - المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بالمرفق العام، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادتين 28 و 29 من المرسوم التنفيذي نفسه.

<sup>3</sup> - للتدقيق أكثر حول عمل اللجنة و تنصيبها أنظر المادتين 76 و 77 من المرسوم نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 31 من المرسوم التنفيذي نفسه.

تقوم لجنة اختيار و انتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين و المؤهلين كتابيا كل على حدى من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية، و تحرر اللجنة محضر مفاوضة و تقييم العروض خلال كل جلسة مفاوضة يتضمن قائمة العروض المدروسة و المرتبة ترتيبا تفصيليا ، تقترح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة المترشح الذي تم انتقائه و الذي قدم أحسن عرض.

يجب أن تكون عروض المترشحين الذين تم انتقائهم مطابقة لدفتر الشروط لا يمكن قبول الملفات الناقصة و لكن عند الاقتضاء يمكن للجنة أن تطلب وثائق تكميلية لتدعيم العرض عن طريق السلطة المفوضة و في أجل محدد و في حالة التراضي بعد الاستشارة تقوم اللجنة بدعوى ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل من أجل تقديم عروضهم أمنا في حلة التراضي البسيط تقوم اللجنة بدعوة المرشح الذي تم اختياره لتقديم عرضه

تتفاوض لجنة اختيار و انتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين في حدود ما يسمح به دفتر الشروط لا سيما مدة تفويض المرفق العام عند الإقتضاء، التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملي المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض، يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط لا يمكن لموضوع التفويض أن يكون محل المفاوضات في أي حال من الأحوال<sup>1</sup>.

#### 4- مرحلة منح اتفاقية التفويض

يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض و استجابة للصالح العام يمكن إعلان إلغاء الإجراء و / أو المنح المؤقت و لا يمكن للمتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حالة إلغاء الإجراء و/ أو المنح المؤقت<sup>2</sup>. كما أنه يتم تقرير حق الطعن لكل متضرر من عملية المنح المؤقت و بعد انقضاء آجال الطعون تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض التي تبرم مع المترشح المقبول من طرف لجنة إختيار و انتقاء العروض و تسلم نسخة من الاتفاقية للمترشح المقبول<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - من المادة 32 إلى المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بالمرفق العام، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بالمرفق العام، مرجع سابق.

يجب أن ينص مشروع اتفاقية التفويض على جميع البنود المتعلقة بالاتفاقية<sup>1</sup> و كذا الأحكام التعاقدية المتضمنة جميع جوانب تنفيذ التفويض، كما تجدر الإشارة أنه يمكن للمتعهدين غير المقبولين رفع طعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام، كما أن هذه اللجنة تمنح التأشير للاتفاقات المبرمة و ترقب مشاريع دفاتر الشروط و الاتفاقات و ملاحقها في إطار ممارسة الرقابة الخارجية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الطابع الخصوصي لمنح رخص الاستغلال في القانون الجزائري

رغم النقص الذي عرفه المشرع الجزائري في تحديد و توحيد إجراءات إبرام عقود تفويض تسيير المرافق العامة، إلا أنه سائر الاتجاهات الحديثة لاسيما القانون و القضاء الفرنسيين من خلال التوسيع من مجال تطبيق مبدأ المنافسة و الإشهار ليشمل بذلك بعض الرخص المكرسة للتفويض الانفرادي بعدما كان هذا المبدأ ينحصر فقط في التفويض العقدي.

سائر الفقه الفرنسي<sup>3</sup> موقف المشرع الفرنسي حول مسألة إخضاع عقود التفويض لمبدأ المنافسة و الإشهار و استبعاد الرخص و التفويضات الانفرادية من مجال تطبيق هذا المبدأ، لكن الاتجاه الحديث أصبح يتخلى شيئاً فشيئاً عن هذا الموقف، فمثلاً على الصعيد الأوروبي رفضت إيطاليا تجديد رخصة استغلال بحيرة لأغراض سياحية تجديداً ضمناً و قررت عرض هذه الرخصة للمنافسة و الإشهار و بمناسبة نظر المحكمة الأوروبية في هذه القضية أقرت إمكانية إخضاع رخص استغلال الدومين العام أو شغل الأماكن العمومية لمبدأ المنافسة بالاستناد إلى أسس مستخلصة من قانون المنافسة و ليس من القانون الإداري (قانون الصفقات العمومية و قانون تفويض المرفق العام)، و من أهمها هو الطابع المكسب أو المريح لهذه الرخص الذي طغى و تجاوز الطابع المرفقي للخدمة، بالإضافة إلى ضرورة استفادة الجميع من استغلال هذه الموارد النادرة و عدم احتكارها من طرف شخص واحد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- لقد حددت المادة 48 من المرسوم التنفيذي نفسه جميع بيانات اتفاقية التفويض نذكر على سبيل المثال ، موضوع التفويض و شكله و صيغة إبرام الاتفاقية... إلخ.

<sup>2</sup>- للتدقيق أكثر حول لجنة تفويضات المرفق العام راجع من المادة 78 إلى المادة 81 من المرسوم التنفيذي نفسه.

<sup>3</sup>- لقد أقر مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه أن مجال تطبيق مبدأ المنافسة و الإشهار يضم فقد التفويض العقدي دون التفويض الانفرادي أنظر على سبيل المثال:

C.E., n° 338272 du 3 décembre 2010, association Paris Jean Bouin, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); C.E., n° 364593 du 15 mai 2013 ville de Paris, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>4</sup> - APELBAUM Raphaël et DEBELENET Alain, Va-t-on vers une mise en concurrence des autorisations d'occuper le domaine public ?, revue des marchés publics des collectivités territoriales, n° 173 du 01-04-2018,p.p.11-12.

ساير المشرع الفرنسي هذا الاجتهاد القضائي من خلال سن قانون 1691-2016 يتعلق بالشفافية و قمع الفساد و تحديث الحياة الاقتصادية الصادر في 9 ديسمبر 2016 المسى ب قانون سبان الذي يلزم الحكومة بتحديد رخص شغل الأماكن العمومية التي يشملها مبدأ المنافسة و الشفافية و كذا تحديد القواعد الإجرائية التي تخضع لها<sup>1</sup>.

### أولاً: في مجال توزيع الكهرباء والغاز

نجد المشرع الجزائري ساير هذا الاتجاه السائد في القانون الفرنسي من خلال إخضاع رخص الاستغلال عن طريق الامتياز إلى مبدأ المنافسة، فعلى سبيل المثال ينص القانون رقم 01-02 المتعلق بالكهرباء و الغاز على أن امتياز توزيع الكهرباء و الغاز يمنح عن طريق طلب عروض تقوم به لجنة ضبط الكهرباء و الغاز<sup>2</sup> و قد حدد لنا المرسوم التنفيذي رقم 114-08 114-08 كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و دفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز و واجباته، و لكن ما ينبغي التذكير أن الامتياز في هذه الحالة ليس عقدا و إنما تفويضا انفراديا يمنح عن طريق مرسوما تنفيذيا<sup>3</sup>.

وفقا للمادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 114-08 الذي يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و دفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الإمتياز و واجباته، يتضمن ملف طلب العروض الذي تحضّره لجنة ضبط الكهرباء و الغاز و يوافق عليه الوزير المكلف بالطاقة بعض الوثائق المتمثلة لاسيما في الإعلان عن طلب العروض الذي يوضح على وجه الخصوص مبالغ التعهد و كفالة ضمان حسن التنفيذ و محيط الامتياز و مدته و أملاكه و كذا مقاييس الأداء التي على صاحب الامتياز احترامها، الملف المتعلقة بالتعليمات الموجهة للمتشرح التي يوافق عليها الوزير المكلف بالطاقة والتي تتعلق بمحتوى طلب العروض و الوثائق المكونة للعرض و شروط تسليم العروض و فتح الظروف و مقاييس من الامتياز، استمارة التعهد بأحكام دفتر الشروط المتعلقة بحقوق و واجبات صاحب الامتياز، و يعالج ملف التعهدات من طرف لجنة ضبط الكهرباء و الغاز وفق معايير الاختيار المحددة قانونا.

<sup>1</sup>- Lyudmila Weyer, Délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, op.cit., p.p. 31-36.

<sup>2</sup>- المادة 73 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup>- المادة 72 من القانون نفسه.

كما حددت المادة 7 من المرسوم التنفيذي نفسه مقاييس منح الامتياز و المتمثلة أساساً في القدرة التقنية و المالية للمترشح للامتياز على تجسيد مختلف الالتزامات التي تم التعهد بها في إطار طلب العروض لاسيما تلك المتعلقة بمقاييس الأداء ومستوى الاستثمار وكذا بنسبة توصيل زبائن جدد، تطوير المرفق المتنازل عنه على أساس تجربة المترشحين التي اكتسبت في ميدان النشاط هذا وكفاءة إطارات هو مسيريه، بالإضافة إلى مقدرة المترشح للإمتياز باحترام كامل لدفتر الشروط و النصوص القانونية و التنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

### ثانياً: في مجال البريد والاتصالات الإلكترونية

لا يعد مجال توزيع الكهرباء و الغاز المرفق الوحيد الذي أخضعه المشرع الجزائري لمبدأ المنافسة و الإشهار رغم كون التفويض فيه انفراديا و ليس عقديا و إنما نفس الملاحظة تسجل في قطاع تطبيقاً لأحكام القانون رقم 03-2000 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و بالموصلات السلكية و اللاسلكية المعدل و المتمم<sup>1</sup> الذي سمح بإنشاء و/أو استغلال شبكات الموصلات السلكية و اللاسلكية أو توفير خدماتها و ذلك بموجب الحصول على رخصة بعد العرض على المنافسة<sup>2</sup>، صدر المرسوم التنفيذي رقم 124-01 الذي يتضمن تحديد الإجراءات المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال الموصلات السلكية و اللاسلكية<sup>3</sup>.

وعلى العموم رغم تلك النقائص المذكورة سابقاً إلا أن تنظيم إجراءات إبرام اتفاقية التفويض لا يعتبر العامل الوحيد لقياس المنافسة بل هناك عوامل أخرى يمكن من خلالها التصريح ما إذا كانت الهيئة المفوضة التزمت بمبدأ المنافسة من عدمه.

<sup>1</sup> - من المادة 23 إلى المادة 31 من القانون رقم 03-2000، المؤرخ في 5 غشت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و بالموصلات السلكية و اللاسلكية، ملغى بموجب القانون رقم 04-18، المؤرخ في 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الإتصالات الإلكترونية، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 32 من القانون نفسه.

<sup>3</sup> - رغم التفويض كان عن طريق رخصة أي تفويض إنفرادي إلا أنه نجد المرسوم التنفيذي رقم 124-01، المؤرخ في 9 مايو 2001، الذي يتضمن تحديد الإجراءات المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال الموصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر ع 27، المؤرخ في 13 مايو 2001، حجد لنا و بدقة إجراءات الإعلان عن المنافسة و قد صدر تنفيذاً له قرار ممضي في 5 يناير 2016، يتعلق بتحديد تاريخ الشروع في المزايدة بإعلان المنافسة لمنح رخص إقامة واستغلال شبكات عمومية للمواصلات اللاسلكية النقالة من الجيل الرابع وتوفر خدمات الموصلات اللاسلكية للجمهور، ج ر ع 2، المؤرخ في 13 يناير 2016.

## المطلب الثاني: مساهمة الهيئة المفوضة في ترسيخ الجو التنافسي

تستجيب الهيئة المفوضة لمبدأ المنافسة من خلال تقييد حريتها التعاقدية و إتباع الإجراءات المحددة قانونا لإبرام لاتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة، والتكريس الفعلي للمنافسة الحرة لن يكون إلا بمساهمة مباشرة للهيئة المفوضة المبرمة للعقد بحيث هي التي تكفل شروط التنافس ما بين المتعهدين.

تعمل الهيئة المفوضة على خلق جو تنافسي ما بين المتعاملين الراغبين في الترشح لإبرام اتفاقية التفويض، فتبادر من جهتها بوضع لبنات المنافسة من خلال الإعلان عن نيتها في إبرام العقد و الإحالة إلى ملف التعهد، لكي يقوم المتعاملين الاقتصاديين بدورهم باستغلال تلك المعلومات المقدمة لهم من أجل التنافس على الاستجابة للطلب العمومي (فرع أول).

من جهة أخرى يجب على الهيئة المفوضة أن تلتزم بمعاملة المترشحين معاملة مماثلة و متساوية و تبتعد كل البعد عن المعاملات التمييزية بموجب عملية صنع قرار عادل يخضع له الجميع (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: الإعلان عن ملف التعهد

يُعتبر الإعلان الوسيلة المثلى لترسيخ المنافسة من خلال توجيه دعوة عامة و مفتوحة للترشح على أساس دفتر شروط و انتقاء عرض على أساس معايير مرجعية تضبطها معايير منهجية تم اعتمادها مسبقا، و بين المشرّع الجزائري طريقة الإعلان عن الصفقات العمومية التي تكون في جريدتين وطنيتين أو جهويتين حسب قيمة الصفقة و كذا يتم الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ، كما حدّد أيضا المشرّع الجزائري مضمون الإعلان و لغته الذي يجب أن يكون باللّغة العربية و لغة أجنبية واحدة على الأقل، بالإضافة إلى السماح بالإعلان الإلكتروني<sup>1</sup>.

لم يحدد المشرّع الجزائري كيفيات الإعلان عن إبرام اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العامة بموجب قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، وإنما تم اعتماد ذلك من خلال نصوصه التنفيذية، و بالعودة إلى بعض التطبيقات المرفقية لعقود التفويض نجد على سبيل المثال في منح امتياز استغلال الشواطئ نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم

<sup>1</sup> - أنظر المادة 65 و المادة 203 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

الفصل الأول: ضمانات احترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

274-04 المتعلق بتحديد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كفاءات ذلك على ضرورة إعلام الجمهور بعرض امتياز الشواطئ عن طريق الصحافة و الإلصاق على مستوى مقر المجلس الشعبي البلدي المعني و في عين مكان الشاطئ.

يهدف الإعلان عن إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة إلى التعريف بشروط الترشح و طلب وثائق الملف (أولاً)، و الإحالة إلى دفتر الشروط (ثانياً).

#### أولاً: الإحالة إلى شروط الترشح ووثائق الملف.

تتمتع الهيئة المفوضة بحق وضع بعض الشروط التي من خلالها تحدد الأشخاص المؤهلين للإستجابة لطلبها و لكن بشرط عدم التعسف في ذلك و كذا النص عليها في الإعلان قبل عملية إبرام اتفاقية التفويض.

تطبيقاً لنص المادة 5 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لا يمكن ضمان حرية وصول المتعاملين الاقتصاديين للطلبات العمومية بفرض متساوية إلا عن طريق الدعوة إلى المنافسة التي يجب على الهيئة المفوضة الالتزام بها، و تعرف الدعوة إلى المنافسة بأنها إجراء يهدف إلى الحصول على عدة عروض من عدة متعاملين، مع اختيار المترشح الذي يقدم أفضل عرض بالنظر إلى الشروط المحددة مسبقاً قبل اتخاذ هذا الإجراء و لما كان المعيار الشخصي في عقود تفويض تسيير المرافق العامة يلعب دور مهم في اختيار المفوض إليه فيجب على الهياكل المكلفة بدراسة العروض التأكد من قدراته المالية من خلال تقديم وسائل مالية مبررة بالحصائل المالية و المحاسبية و المراجع المصرفية، و كذا قدراته المهنية من خلال طلب شهادات التأهيل والتصنيف أو شهادة الجودة مثلاً، و كذا قدراته التقنية من وسائل بشرية و مادية و المراجع المهنية، من خلال المادة 13 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام فإنه يجب أن تكون شروط الانتقاء محددة في دفاتر الشروط لاسيما القدرات المهنية و التقنية و المالية.

تحدد النصوص التشريعية الإطار العام لمنح الامتياز و يتولى التنظيم التفصيل في هذه الشروط و تبيانها، في مجال منح امتياز الشواطئ السياحية لا يشارك في المزايدة المفتوحة للاستغلال السياحي للشواطئ إلا الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها

الفصل الأول: ضمانات احترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

قانوناً<sup>1</sup> و المتمثلة أساساً في: امتلاك الوسائل البشرية و المادية الضرورية لممارسة النشاط، امتلاك ضمان بنكي مخصص لتغطية تعهداتهم يحدد مبلغه الوالي المختص إقليمياً، أن يكون مسجلاً في السجل التجاري.

ترفق مزايداتهم المفتوحة بمجموعة من الوثائق متمثلة أساساً في هوية صاحب الطلب بالنسبة للشخص الطبيعي، أو القانون الأساسي للشركة بالنسبة للأشخاص المعنويين، الوثائق المثبتة لتشكيل الضمان البنكي، نسخة من القيد في السجل التجاري، اثبات وجود الرأسمال.....إلخ.

كما يتضمن ملف المزايدة على الخصوص رسالة دعوة للمشاركة في المزايدة المفتوحة مع مراجع المشروع، دفتر الشروط، نظام مفصل للمزايدة المفتوحة يبين كيفيات الفتح و معايير التقييم و كذا السعر الذي تحدده مصالحي الأملاك الوطنية<sup>2</sup>، و يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي تتوفر فيه الشروط المذكورة و يرغب في تقديم عرضه أن يقوم بسحب ملف المزايدة المفتوحة لدى مديرية السياحة الولائية مقابل دفع المصاريف التي يحدد الوالي المختص إقليمياً مبلغها بموجب قرار<sup>3</sup>.

أما في مجال تفويض الخدمات العمومية للمياه الصالح للشرب فقد نص قانون المياه على ضرورة تحديد العرض على المنافسة محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له، شروط تنفيذها المسؤوليات الملتمزم بها، مدة التفويض، كيفيات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين، و معايير تقييم نوعية الخدمة<sup>4</sup>، كما يمكن تفويض الخدمة العمومية للمياه الصالح للشرب لكل متعامل عمومي أو خاص له مؤهلات مهنية و ضمانات مالية كافية<sup>5</sup>.

أما في مجال النقل البحري فيمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري إلى كل شخص طبيعي أو معنوي تتوفر لديه قدرات النقل البحري الضرورية للنشاط و يستوفي مجموعة من

<sup>1</sup> - حددت هذه الشروط المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المؤرخ في 5 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كيفيات ذلك، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 13 من المرسوم التنفيذي نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المؤرخ في 5 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كيفيات ذلك، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - المادة 105 القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - المادة 104 من القانون نفسه.

الشروط تتعلق أساساً بكون المركز الرئيسي لنشاطه في القطر الجزائري، يستجيب لطلب النقل البحري على الخطوط الواجب تغطيتها، يتوفر على سفينة واحدة على الأقل سواء بصفته مالك أو بصفة أخرى تمنح له الحق باستغلالها وتكون صالحة للملاحة البحرية وأن يقل سنها على خمسة عشر سنة و يجب أن يكون هذا المتعامل قد حصل على أماكن الرسو وكذا على فضاءات خاصة بالتكفل بالمسافرين على مستوى الموانئ المعنية عندما يتعلق الامتياز بخدمات النقل البحري للمسافرين<sup>1</sup>.

بعد الإحالة إلى هذه الشروط القانونية يمكن للهيئة المفوضة أن تضيف بعض الشروط التي من خلالها يتم التقييم ما بين العروض كاشتراطه الخبرة معينة أو إتقان تقنية معينة وتحديد معايير الانتقاء لكن لا يمكن لها أن تتعسف في ممارسة هذا الحق من خلال وضع شروط تعجيزية تعبر عن النية الحقيقية للهيئة المفوضة في استبعاد مترشحين معينين أو تفضيل بعضهم عن البعض أو أنها تسعى إلى تخصيص العقد لمعامل معين بالذات.

يجب على الهيئة المفوضة أن تعلم المتعاملين الاقتصاديين بتسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، موضوع وشكل تفويض المرفق العام، مدة التفويض، شروط التأهيل، مدة تحضير العرض، مكان وعنوان إيداع العروض وتاريخ و يوم دراستهم وإلا فإنها أخلت بمبدأ المنافسة الحرة.

كما يجب على الهيئة المفوضة أن تحدد وتبين للمتعاملين الاقتصاديين الوثائق المكونة لملف الترشيح كمثلاً التصريح بالنزاهة شهادة التسجيل في السجل التجاري، شهادة صحيفة السوابق العدلية، القانون الأساسي للشركة، رقم التعريف الجبائي وكذا الوثائق التي تثبت قدراتهم وتأهيلهم لاسيما وفق ما ذكر في دفتر الشروط<sup>2</sup>، كما أنه تخرج من نطاق التفاوض الحر معايير تقييم العروض التي تحدد في دفاتر الشروط ذلك وفق المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، بالإضافة إلى أن المادة 47 من نفس المرسوم أحالتنا إلى تطبيق نص المادة 75 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام التي

<sup>1</sup> - المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 08-57، المؤرخ في 13 فبراير 2008، يتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - لقد حددت المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق، الوثائق التي ينبغي أن يحتوي عليها ملف الترشيح.

الفصل الأول: ضمانات احترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام  
تحدد حالات الإقصاء من المشاركة<sup>1</sup>، و في حالة مصادفة المتعامل المترشح لحالات من بين تلك  
الحالات فإنه يستبعد من إجراءات إبرام اتفاقية التفويض.

### ثانياً: الإحالة إلى دفاتر الشروط

تُعتبر دفاتر الشروط وثيقة تتضمن مجموعة من البنود التي تتعلق بموضوع  
العقد، طريقة منحها والوثائق المكونة والمطلوبة، وكذلك الأسس التي يتم الاعتماد عليها في  
اختيار المتعامل المتعاقد ومعايير الاختيار فمثلاً كيفية التنفيذ بالنسبة للعرض التقني والمالي،  
إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتنفيذ العقد والشروط التقنية التي تضعها الإدارة من أجل حسن  
سير تنفيذ العقد، وعموماً يتضمن دفتر الشروط جميع الشروط التي يبرم وينفذ وفقها العقد.

ولقد نصّ قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على ضرورة توضيح دفاتر  
الشروط المحيئة دورياً والشروط التي تبرم و تنفذ وفقها الصفقات العمومية والتي تضمّ على  
وجه الخصوص مايلي دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال  
واللوازم و الدراسات و الخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي، دفاتر التعليمات  
التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة  
بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير  
المعني، دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية<sup>2</sup>.

من خلال تبين هذه الدفاتر لموضوع الصفقة ومضمونها يتنافس المتعاملين الاقتصاديين  
الراغبين في تقديم ترشحهم حول تقديم عرض يتلاءم مع ما ورد في دفتر الشروط لكي يضمن  
بذلك اختياره من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض، و لا يمكن للمتعاملين التنافس  
ما لم توضح لهم الهيئة الإدارية مضمون العقد فمثلاً تبين المصلحة المتعاقدة من خلال  
الإعلان أن موضوع الصفقة يتمثل في صفقة أشغال و يحيل ذات الإعلان الراغبين في تقديم  
تعهدهم اللجوء إلى سحب دفاتر الشروط التي تبين واجبات و حقوق المتعاملين.

<sup>1</sup> حددت المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية  
و تفويضات مرفق العام، مرجع سابق، حالات الإقصاء و من بينها الذين رفضوا استكمال عروضهم، الذين هم محل  
افلاس أو تصفية قضائية...إلخ.

<sup>2</sup> المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و  
تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

أما في إطار إبرام عقود تفويض تسيير المرفق العام فلا نجد مادة من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في شقه المتعلق بتنظيم اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية تتناول موضوع دفاتر الشروط المتعلق بهذا النوع من العقود و إنما ذكر ذلك من خلال نصوصه التنظيمية بالإضافة إلى الإحالة إلى دفاتر شروط نموذجية لكل قطاع على حدى ، لذا سنحاول ذكر بعض القطاعات على سبيل المثال لا الحصر بعد ذكر ما ورد في المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

بحيث تنص المادة 13 منه على أنه يتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية و البنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفيات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام و تنفيذها ، ويشمل دفتر الشروط على جزأين:

1- الجزء الأول و عنوانه: " دفتر ملف الترشيح " يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح و كذا كيفيات تقديمها، و يحدد هذا الجزء معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يأتي:

- القدرات المهنية : و هي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام.

- القدرات التقنية: و هي الوسائل البشرية و المادية و المراجع المهنية.

- القدرات المالية: و هي الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية و المحاسبية و المراجع المصرفية.

2- الجزء الثاني و عنوانه: " دفتر العروض " ويتضمن: البنود الإدارية والتقنية: تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له و البنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض.

أما البنود المالية فهي التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة أو ذلك الذي يدفعه، عند الإقتضاء مستعملي المرفق العام المعني بالتفويض، يجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له وكذا كيفيات حسابه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بالمرفق العام، مرجع سابق.

بالإضافة إلى ذلك هناك بعض دفاتر الشروط متعلقة بكل مرفق على حدا يمكن أن نذكر بعض الأمثلة التطبيقية فمثلا في مجال النقل البحري، يحدد دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري مجموعة من الحقوق و الواجبات المرتبطة بامتياز النقل البحري، بداية من تبيان تشكيلة خدمات النقل البحري التي منح بشأنها الامتياز من نشاطات النقل عن طريق البحر للأشخاص و البضائع<sup>1</sup>، ثم يحدد برنامج استغلال الامتياز و كذا إدارة استغلال الامتياز<sup>2</sup>، و يبين كيفيات تطبيق تعليمات و إجراءات الملاحة البحرية<sup>3</sup> من حيث طاقة المستخدمين و العتاد و أمن الاستغلال، حالة السفن، المراقبة و كذا الألوان و الرموز و البيانات الدالة على نشاطه و مستخدميه و سفنه...إلخ.

كما يوضح أيضا دفتر الشروط النموذجي الخاص بمنح امتياز النقل البحري أن أي تنازل عن الامتياز أو نقله إلى شخص آخر يعد باطلا بطلانا مطلقا و سيؤدي إلى السحب الفوري للامتياز وبدون تعويض<sup>4</sup>، ويقع لزوما على صاحب الامتياز توقيع دفتر الشروط بعد سحبه و كتابة عليه عبارة قورىء و صودق عليه.

الملاحظ أن الغرض من تبيان الجوانب الموضوعية و الشكلية لعملية استغلال النقل البحري هو وضع الراغبين من الاستفادة من هذا النوع من الامتياز في تنافس فيما بينهم لبلوغ تلك الجوانب المبينة في دفتر الشروط للظفر بعقد الامتياز، كما يسمح ذلك أيضا بتحديد الأشخاص المخاطبين بهذا النوع من الخدمة حتى يبتعد كل من لا تتوفر فيه هذه الشروط أو لا يمتلك تلك المؤهلات من تقديم تعهده، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يحل فقط إلى دفتر شروط نموذجي في مجال منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري بل أحال أيضا إلى اتفاقية نموذجية تتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري<sup>5</sup> يبين فيه بالضرورة أطراف اتفاقية الامتياز اللذان يشترط توقيعهما في آخر الاتفاقية، و كذا مدة الامتياز و كذا

<sup>1</sup> - المادة 2 من دفتر الشروط النموذجي لامتياز استغلال خدمات النقل البحري المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 57-08، المؤرخ في 13 فبراير 2008، يتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري و كيفياته، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - راجع من المادة 4 إلى المادة 6 من المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - راجع من المادة 7 إلى المادة 15 من المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 16 من دفتر الشروط النموذجي لامتياز استغلال خدمات النقل البحري المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 57-08، المؤرخ في 13 فبراير 2008، يتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري و كيفياته، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - لقد جاءت الإتفاقية النموذجية لاستغلال خدمات النقل البحري كملحق أول للمرسوم التنفيذي رقم 08-57 المؤرخ في 13 فبراير 2008، يتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري و كيفياته، مرجع نفسه.

التزامات صاحب الامتياز وتنص المادة 11 من الاتفاقية النموذجية على أن الاتفاقية النموذجية و دفتر شروطها يشكلان كيانا واحدا.

في مجال منح امتياز الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة تم وضع دفتر شروط و اتفاقية نموذجية بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير السياحة ووزير الداخلية و وزير المالية<sup>1</sup> و يهدف دفتر الشروط إلى تحديد الحقوق و الواجبات المترتبة عن اتفاقية الامتياز بالنسبة لصاحب الامتياز الذي يلتزم بالمحافظة على الشاطئ وملحقاته و تجهيزاته بصفة منتظمة، إعادة الأماكن إلى حالتها الطبيعية بعد انتهاء موسم الاصطياف، و يجب أن تكون التجهيزات الموجهة للمصطافين في حالة جيدة<sup>2</sup>، كما يقع على عاتق صاحب الامتياز السهر على راحة المصطافين و أمنهم و طمأنينتهم، توظيف مستخدمين، فتح مركز إسعافات أولية، السهر على نظافة الشاطئ، إشهار أسعار الخدمات المقدمة للمصطافين، كما يتعين على صاحب الامتياز تقديم برنامج الاستغلال الذي يظهر الوسائل المسخرة و التجهيزات الضرورية للسلطة المانحة للامتياز للمصادقة عليه قبل فتح الشواطئ للاستغلال السياحي<sup>3</sup>.

كما وضع دفتر الشروط النموذجي على عاتق صاحب الامتياز بعض المهام التي تهدف إلى ضمان الصالح العام يمكن أن نذكر على سبيل المثال التسيير العقلاني للأماكن و المحافظة عليها و منعه من استخراج الرمل والحصى والحجارة ومياه البحر و غيرها من المواد، يترتب عليه أيضا إزالة النفايات و الأشياء الأخرى التي تمس بأمن و سلامة و صحة المصطافين، يتعين عليه المحافظة على الأماكن محل الامتياز و على الطابع الجمالي للشاطئ و أخذ التدابير الملائمة للمحافظة على نظافة جيدة للشاطئ أو جزء منه الممنوح إياه عن طريق الامتياز<sup>4</sup>، كما يتحمل صاحب الامتياز مسؤولية إدارة الاستغلال<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - قرار وزاري مشترك، صادر عن وزير السياحة و وزير الداخلية و وزير المالية، مؤرخ في 18 مايو 2006، يحدد نماذج الاتفاقية و دفتر الشروط المتعلق بامتياز الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة، ج ر ع 70، مؤرخ في 5 نوفمبر 2006.

<sup>2</sup> - المادة 3 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة الملحق بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 مايو 2006، الذي يحدد نماذج الاتفاقية و دفتر الشروط المتعلق بامتياز الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة مرجع سابق.

<sup>3</sup> - المادتين 4 و 5 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - المادتين 11 و 12 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة، مرجع نفسه.

<sup>5</sup> - المادة 7 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة، مرجع نفسه.

كما ينص دفتر الشروط النموذجي على مجموعة من السلطات التي تتمتع بها الجهة الإدارية المانحة للامتياز في مواجهة المتعاقد معها والمتمثلة أساسا في حقها في توجيه إعدار لصاحب الامتياز الذي امتنع عن استغلال امتيازه لمدة ستة أشهر و منحه مهلة 15 يوما للامتثال للأعدار و مباشرة استغلال حقوق الامتياز الممنوحة له، و بعد انقضاء هذا الأجل يمكن للسلطة المانحة للامتياز أن تعلن إغائه في حالة استمرار صاحب الامتياز في التقاعس<sup>1</sup>.

يمكن أيضا للسلطة المانحة للامتياز إغائه دون تعويض في حالة عدم امتثال صاحب الامتياز لإعدار السلطة المانحة للامتياز إثر معاينة مخالفة خطيرة، إذا لم يمثل لما ورد في الاتفاقية النموذجية للامتياز، إذا زالت الشروط التي منح الامتياز وفقها<sup>2</sup>، إذا تنازل و تخلى على الامتياز<sup>3</sup>.

في الأخير يجب على صاحب العرض التوقيع على دفتر الشروط و كتابة عليه عبارة " قرىء و صودق عليه"، كما تشكل الاتفاقية النموذجية لامتياز استغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة و دفتر الشروط كيانا واحدا<sup>4</sup>.

وعلى العموم ينبغي الإشارة أن المشرع الجزائري قد أحال إلى دفتر شروط خاص لكل امتياز على حدا و كل قطاع يتميز عن قطاع آخر كما قدمت الإحالة إلى دفاتر شروط نموذجية في كل من تفويض تسيير الخدمات العمومية للتزويد بالمياه الصالح للشرب<sup>5</sup>،

<sup>1</sup> - المادة 15 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة، مرجع نفسه.

<sup>2</sup> - الملاحظ أن نص المادة 18 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة، مرجع نفسه، استعملت كلمة إغائه رغم كون الامتياز عبارة عن اتفاقية أي عقد مبرم بين طرفين و من الأجدر استعمال كلمة الفسخ بدلا من الإلغاء .

<sup>3</sup> - المادة 16 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة، مرجع سابق، حددت سلطات الهيئة المفوضة اتجاه المفوض له في حالة توقفه عن استغلال الامتياز، أما المادة 15 من المرجع نفسه حددت سلطات الهيئة المفوضة اتجاه المفوض له في حالة عدم استعماله الحقوق الممنوحة له بموجب الامتياز لمدة تفوق عن 6 أشهر.

<sup>4</sup> - المادة 5 من الاتفاقية النموذجية التي جاءت كملحق أول للقرار الوزاري المشترك، الصادر عن وزير السياحة و وزير الداخلية و وزير المالية، المؤرخ في 18 مايو 2006، الذي يحدد نماذج الاتفاقية و دفتر الشروط المتعلق بامتياز الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 54-08، مؤرخ في 09 فبراير 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر ع 8، مؤرخ في 13 فبراير 2008.

الفصل الأول: ضمانات احترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

وتفويض تسيير الخدمات العمومية للتطهير<sup>1</sup>، ولم يكتفي المشرع الجزائري بهذا فقط بل أحال أيضا إلى دفتر شروط في بعض المرافق رغم العملية لا تتعدى كونها تفويض انفرادي مثلما هو في مجال منح رخص استغلال افي مرفق المواصلات السلكية و اللاسلكية.

الملاحظ أن القانون الجزائري أخذ بمبدأ المنافسة في إطار تفويض تسيير مرفق عام في كل قطاع تقريبا على حدا كما أخذ به أيضا بموجب نص عام و هو المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام، بالتالي نتساءل عن إمكانية تطبيق قاعدة الخاص يقيد العام و بالتالي تخضع اتفاقية التفويض عند ابرامها للإجراءات العامة المنصوصة عليه في المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام ، كما تخضع أيضا لنصوص خاصة منصوص عليها في القوانين و التنظيمات الخاصة بذلك القطاع مع العلم أن المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام لم يتطرق لهذه النقطة وإنما إكتفى بالنص في أحكامه الختامية على أن تبقى عقود تفويض المرفق العام المبرمة من طرف الجماعات الإقليمية قبل نشر هذا المرسوم سارية المفعول إلى حين انتهاء مدة تنفيذها<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: ضرورة مسايرة قرارات الهيئة المفوضة لمبدأ المنافسة الحرة.

إن إخضاع المشرع الجزائري اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية لمبدأ المنافسة الحرة وفق المادة 207 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ينجر عنه ضمان الهيئة المفوضة لحرية الوصول للطلبات العمومية و عدم وضع أي معوقات أو حواجز تحول دون تقديم المتعاملين الاقتصاديين لعروضهم و منعهم من المشاركة في إجراءات إبرام اتفاقية التفويض (أولاً)، كما تلتزم أيضا الهيئة المفوضة بمعاملة المتعهدين معاملة متساوية و عدم تمييز بعضهم عن بعض طيلة إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام و كذا اختيار المفوض له على أسس موضوعية لا شخصية و وفق معايير انتقائية تم تحديدها مسبقا في الإعلان(ثانياً).

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 08-53، مؤرخ في 09 فبراير 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمات العمومية للتطهير و نظام الخدمة المتعلقة به، ج ر ع 8، مؤرخ في 13 فبراير 2008.  
<sup>2</sup> - المادة 87 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بالمرفق العام، مرجع سابق.

## أولاً: ضمان قرارات الهيئة المفوضة لحرية الوصول للطلبات العمومية

يجب على الهيئة المفوضة أن تتخذ قرارات من شأنها تسمح لكل من تتوفر فيه الشروط من تقديم عرضه و الدخول و بكل حرية لإجراءات إبرام اتفاقية التفويض بالتالي يمنع عليها اتخاذ قرارات أو اتيان سلوكات من شأنها الاخلال بمبدأ المنافسة الحرة لاسيما التي تهدف إلى:

### 1- التقليل من عدد المتعاملين الذين يودون تقديم عرضهم

رغم امتلاك الهيئة المفوضة لسلطة تقديرية في وضع بعض الشروط إلا أنها لا يمكنها التعسف في فرض شروط تقنية أو فنية و استغلال هذا الوضع لاستبعاد بعض المتعهدين و التقليل من عددهم و جعل من هذه الشروط الوسيلة المثلى للحد من حرية الوصول للطلب العمومي<sup>1</sup>، بحيث يمكن للهيئة المفوضة أن تهدف من خلال اشتراط بعض التقنيات يمتنها المتعامل الاقتصادي أو ضرورة إمتلاك مدة معينة من الأقدمية إلى تخصيص اتفاقية التفويض لمعامل واحد محدد بالذات، و ما كانت تلك الشروط إلا وسيلة لمنع المتعاملين الآخرين من الدخول للطلب العمومي، كما يمكن أيضا للهيئة المفوضة ألا تلتزم بالإعلان أو أنها تعلن بطريقة مخالفة للطريقة المحددة قانونا لكي لا يكون المتعاملين الاقتصاديين على علم بالاجراءات المفتوحة للطلب العمومي، رغبة منها من تحديد و تقليل عدد المتعاملين العارضين<sup>2</sup>.

إن الهدف من التقليل من عدد العارضين خاصة في التشريعات التي تأخذ بأسلوب التفاوض المباشر في إبرام اتفاقية التفويض عند عدم جدوى المنافسة هو تهرب الهيئة المفوضة من تطبيق الإجراءات المكرسة لمبدأ المنافسة، لكون قلة العارضين سيمنح لها الحق بإبرام الاتفاقية وفق أسلوب التفاوض المباشر أو التراضي بحسب التشريعات والمرافق المفوضة بالتالي ستلجأ إلى تكريس حريتها في التعاقد دون حواجز و معوقات بصفة تسمح لها باختيار المفوض له بكل حرية دون منافسة مسبقة بين العروض، و في هذه الوضعية بالذات تدخل معايير شخصية و ذاتية في منح الاتفاقية<sup>3</sup> لذا نجد المشرع الجزائري قد نص على معاقبة الموظفين العموميين الذين يشاركون في منح العقد الإداري بصفة عامة على أسس

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie, Droit public de la concurrence, op.cit., p 59.

<sup>2</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit. p 335.

<sup>3</sup> - BAZEX Michel, « Le droit public de la concurrence », op.cit., p 779.

شخصية كالمحابات و الرشوة و الامتيازات غير المبررة و صنف مثل هذه السلوكات ضمن قانون الفساد و منح سلطة قمعها إلى القاضي الجزائري.

## 2- التمييز بين المتعهدين

يمكن للهيئة المفوضة أن تستغل إلزامها بالإحالة إلى دفاتر الشروط و تقديم المعلومات الضرورية للراغبين في تقديم عروضهم للتمييز بينهم، عن طريق تقديم معلومات إلى متعامل واحد دون باقي منافسيه و ذلك لاستغلال تلك المعلومات من طرف هذا المتعامل المفضل في تقديم عرضه لتجعله بصفة مطلقة و بدون أدنى شك يفوز باتفاقية تفويض تسيير المرفق العام<sup>1</sup>.

يمكن أيضا للهيئة المفوضة أن تقوم بتقديم معلومات و بصفة مفرطة إلى أحد المتعهدين دون منافسيه لغرض تمييزه عنهم و تخصيص له اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام و بهذا الموقف فإن الهيئة المفوضة خالفت مبدأ المنافسة من جهة و قد سمحت من جهة أخرى لهذا المتعامل استغلال هذه المعلومات المفرطة لإبرام اتفاقات محظورة من خلالها يقوم بإخراج منافسيه من السباق والظفر باتفاقية تفويض تسيير المرفق العام، بالتالي يصبح سعي الهيئة المفوضة بوضع المتعهدين في تنافس لا جدوى منه و بدون أهمية إذا كان المتعاملين الاقتصاديين لا يلتزمون بقواعد لعبة المنافسة الحرة<sup>2</sup>.

كما تعد أيضا الهيئة المفوضة مخالفة لمبدأ المنافسة في حالة ما إذا قامت بحفظ أو حجز بعض المعلومات و عدم الإدلاء بها إلى جميع المتعهدين بشرط أن تكون هذه المعلومات مهمة وذات تأثير في اختيار العروض<sup>3</sup>، بحيث عرضت قضية على مجلس الدولة الفرنسي تتمثل حيثياتها في رفض الهيئة المفوضة الإدلاء ببعض المعلومات للمتعهدين لإبرامها اتفاقية تفويض رغم كون أحد المتعهدين يملك تلك المعلومات لكونه صاحب امتياز (سبق و أن أبرم عقد امتياز مع الهيئة المفوضة)، مما أدى بالبعض إلى الطعن أمام القضاء الإداري بحجة أن هذا المتعامل في وضعية هيمنة على السوق بامتلاكه لتلك المعلومات و يمكن له أن يتعسف في استغلال هذه الوضعية و لكن مجلس الدولة الفرنسي قد حكم برفض الدعوى لكون هذه

<sup>1</sup> - SABIRAU PEREZ Marie-Agnès, Secteur public et concurrence, op.cit., p 5.

<sup>2</sup> -OLIVIER Guézou, « contrat public et politique de la concurrence », op.cit. p 637.

<sup>3</sup> - NICINSKI Sophie, Droit public de la concurrence, op.cit., p 62.

المعلومات التي يحوزها صاحب الامتياز متعهد لإبرام اتفاقية التفويض ليست مهمة و لا تؤثر في عملية تقييم و اختيار العرض<sup>1</sup>.

بمفهوم المخالفة في حالة حفظ الهيئة المفوضة لمعلومات مهمة و ذات أثر على عملية اختيار المفوض له و رفض الإدلاء بها لباقي المتعهدين و منحها لمتعهد واحد فقط فإنها في هذه الحال قد خرقت مبدأ المنافسة الحرة و يحق للقاضي الإداري التدخل و قمها مثل هذه السلوكات رغم صعوبة إثبات ذلك<sup>2</sup>.

في القانون الجزائري و في مجال ابرام الصفقات العمومية لا يمكن لصاحب صفقة عمومية إطلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه إمتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى المشاركة فيها إلا إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تخل بمبدأ حرية المنافسة، و في هذه الحال يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغه في دفتر الشروط تبقى على المساواة بين المترشحين<sup>3</sup>.

### 3- التشاور المسبق

يمنع على الهيئة المفوضة أن تتشاور و بطريقة مسبقه مع أحد العارضين لأن هذه المشاورات ستفضل هذا المتعامل عن المتعاملين الآخرين و قد أقر مجلس الدولة الفرنسي و في العديد من القضايا أن المشاورات المسبقه بين الهيئة المفوضة و المتعامل الاقتصادي الذي ينوي تقديم عرضه يكسب هذا الأخير معلومات إضافية تجعله في وضعية مميزة و مفضلة عن المتعاملين الاقتصاديين المنافسين له<sup>4</sup>.

يمكن لهذا التشاور المسبق بين الهيئة المفوضة و أحد المتعهدين أن يفرغ في تنظيم معين مما يشكل ما يسمى بالاتفاقات المحظورة، و تكون هنا الهيئة المفوضة قد خرقت مبدأ المنافسة بصفة صارخة و واضحة لكونها طرفاً في الاتفاقات المنافية لهذا المبدأ، وعليه

<sup>1</sup> - C.E., n° 206749, du 02/07/1999, Société anonyme BOUYGUES, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup> - GUIHEUX Gilles, « La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français : entre novation et tradition », op.cit., p 793.

<sup>3</sup> - المادة 94 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق، الذي اقتصر مضمونها على الصفقات العمومية دون اتفاقيات تفويض تسيير مرفق عام.

<sup>4</sup> - C.E., n° 177952, du 29 juillet 1998, société Genicorp, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

ستخضع الهيئة الإدارية لمتابعة من طرف القضاء الإداري الذي يعمل جاهدا على وضع حد للسلوكات الإدارية التي يكون الهدف منها تقييد مبدأ المنافسة الحرة.

يأخذ التشاور المسبق عدة أشكال فيمكن أن يكون عبارة عن اتفاق محظور بين الهيئة المفوضة و أحد المتعهدين<sup>1</sup>، كما يمكن للتشاور المسبق أن يأخذ شكل اتفاق محظور بين متعهدين أو أكثر أو يكون عبارة عن عملية تجميع غير مرخص لمؤسستين أو أكثر والغرض من ذلك هو القضاء على المنافسة الحرة، لذا يقع على عاتق الهيئة المفوضة استبعاد العروض الناجمة و بصيغة واضحة من ممارسة منافية للمنافسة من اجراءات ابرام اتفاقية التفويض<sup>2</sup>، لكن الملاحظ أنه لا توجد مادة في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام تلزم الهيئة المفوضة باستبعاد العروض الناجمة عن الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة و بالتالي قرار الاستبعاد في هذه الحالة يكون تمييزي و لا أساس له بنظر قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لأنه هو القانون الوحيد الذي سينظم عملية تقديم العروض و دراستها و انتقائها بعد صدور نصوصه التنظيمية دون الاستناد بقواعد قانون المنافسة.

أخذ المشرع الجزائري بقواعد قانون المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية فعلى سبيل المثال تنص المادة 80 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه يمنع أي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض إلا في حدود ما يسمح به قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و تضيف المادة 81 من القانون ذاته أنه يمكن للمترشحين و المتعهدين تقديم ترشحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات شريطة إحترام القواعد المتعلقة بالمنافسة و يتم ايضا تنفيذ الصفقة بنفس الأشكال.

لذا يبقى علينا القول أنه يجب على مجلس المنافسة التدخل الفوري لقمع الممارسات المنافسة للمنافسة التي تؤتى أثناء إبرام اتفاقيات تفويض تسيير المرفق العام استنادا إلى اختصاصه في الإخطار التلقائي دون انتظار رفع الدعوى من المتضررين، لأنه من خلال هذا الإجراء سياسهم و بشكل فعال في استبعاد العروض الناجمة عن ممارسة مقيدة للمنافسة

<sup>1</sup>- لقد أشار مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته أن مختلف المشاورات و عملية تبادل المعلومات يجب أن تكون بعيدة كل البعد عن مفهوم الاتفاقات المحظورة أنظر في ذلك على سبيل المثال:

C.E., n°161547, du 27 mai 1998, Syndicat national du béton arme des techniques industrialisées et de l'entreprise générale, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup>- NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit. p 61.

من الفوز و الضفر باتفاقية التفويض، لأن مثل هذه السلوكيات التي تهدف إلى تظليل نية الهيئة المفوضة و تساهم في عدم فعالية عملية الطلب على المنافسة في حد ذاتها تصنف بحكم طبيعتها ضمن الممارسات الخطيرة المقيدة للمنافسة<sup>1</sup>.

### ثانياً: إمتناع الهيئة المفوضة من اتخاذ قرارات تمييزية أثناء دراسة العروض

بالإضافة إلى امتناع الهيئة المفوضة من اتخاذ قرارات تعسفية تحد من حرية الوصول للطلبات العمومية، و كذا المشاركة في ممارسة منافية للمنافسة يقع عليها إلزاما معاملة المتعهدين معاملة متساوية سواءً في مرحلة قبول الترشيحات أو أثناء دراسة العروض و إختيار من رسى عليه الطلب العمومي<sup>2</sup>.

### 1- في مرحلة التصريح الهيئة المفوضة بالعروض المقبولة

تعتبر العروض المقدمة وفق ما ورد في دفتر الشروط و كذا المستوفية للشروط المحددة في الإعلان مقبولة و لا يمكن للهيئة المفوضة إستبعادها دون سبب جدي، إلا ما تم استبعاده مباشرة بموجب نص قانوني، فعلى سبيل المثال هناك مجموعة من الحالات التي تجعل المتعامل الاقتصادي مقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية أو في اتفاقية التفويض<sup>3</sup>، يمكن أن نذكر على سبيل المثال الذين رفضوا استكمال عروضهم، الذين تعرضوا للإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح، الذين تم منعهم بموجب حكم قضائي يحوز قوة الشيء المقضي فيه، أو الذين قدموا تصريحاً كاذباً... إلخ.

إن استبعاد أيّ متعامل اقتصادي دون سبب جدي سيجعل من الهيئة المفوضة متعسفتا في استعمال حقها المتمثل في عدم قبول التعهدات التي لا تتوفر فيهم الشروط أو التي استلمتها بعد فوات التاريخ المحدد في الإعلان كآخر أجل لإيداع العروض، أو التي قدمت خارج موضوع اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام.

<sup>1</sup> - GUEZOU Olivier, « Contrat publics et politique de la concurrence », op.cit., p 637.

<sup>2</sup> - BAZEX michel, « Le droit public de la concurrence », op.cit., p 793.

<sup>3</sup> - المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، 4 مرجع سابق، و قد اتم تمديد نطاق هذه المادة لتشمل كلا من الصفقات العمومية و اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام.

لما كان قانون المنافسة يطبق على نشاطات الانتاج و التوزيع و الخدمات و الاستيراد بغض النظر عن طبيعة المتعامل سواء شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا عاما أو خاص، فعلى مقتضى ذلك، فإن قبول الهيئة المفوضة تعهد المتعاملين العموميين يفرض عليها التأكد من توفر شرط التخصيص الذي يعني إنشاء الشخص المتعامل العمومي خصيصا ليفي بغرض واحد محدد قانونا، و هذا الغرض يدخل ضمن موضوع اتفاقية التفويض التي يتنافس من أجل الفوز بها، علما أن شرط التخصيص يقوم على قرينة مفادها أنه ليس للأشخاص العموميين أهدافا أخرى غير تلك المحددة على وجه الحصر بالأنظمة الأساسية المتعلقة بإحداثها و تنظيمها، و أن أنشطتهم تعتبر كاستثناء عن مبدأ عدم منافسة أشخاص القانون العام للمتعاملين الاقتصاديين الناشطين في القطاع الخاص، لكن نظرا لمرونة و تطور مفهوم شرط التخصيص و اقتران نشاط الأشخاص العام بالأنشطة المكملة لشرط التخصيص انتقلنا من مبدأ عدم منافسة أشخاص القانون العام لأشخاص القانون الخاص إلى مبدأ المساواة بينهم إزاء قانون المنافسة و كذا في الولوج و الوصول للطلبات العمومية<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى شرط التخصيص يجب على الهيئة المفوضة أن تتأكد من عدم استعمال المتعاملين العموميين امتيازات نظامية تجعلهم في وضعية تفضيلية و مهيمنة على السوق بالتالي يتعسفون في إستغلال هذه الوضعية للقضاء على منافسيهم و في الحالة العكسية يجب على الهيئة المفوضة أن تتخذ قرار استبعاد عرضهم لعدم التساوي في شروط المنافسة.

على سبيل المثال هناك بعض المؤسسات العمومية تستفيد من إعفاءات ضريبية و جبائية تجعلها في وضعية هيمنة فالمبارزة و السباق مع المتعاملين الخواص من أجل نيل العقد الإداري تجعلهم دائما هم من يقدمون العرض الأقل ثمنا نظرا لتلك الإعفاءات التي استفادوا منها.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الامتيازات النظامية المقررة لفائدة المؤسسات العمومية ليست بذاتها مؤثرة على سير المنافسة التي أسفرت عن اسناد الصفقة لإحدى هذه المؤسسات<sup>2</sup> و هذا الموقف هو امتداد للرأي القضائي الذي صرحت به المحكمة الأوروبية أن

<sup>1</sup>- الجليلي أمزيد، " الحماية القانونية و القضائية للمنافسة في صفقات الدولة"، مرجع سابق، ص 71.

<sup>2</sup>- أنظر في ذلك مثلا:

الدعم الممنوح لمؤسسة عمومية مشاركة إلى جانب مترشحين من الخواص، لا يشكل بذته حاجزا لتحقيق المنافسة الحرة في إطار مناقصة عمومية<sup>1</sup>.

## 2- اختيار العروض وفق شروط موضوعية

إن احترام مبدأ المنافسة من طرف الهيئة المفوضة عند إبرامها لاتفاقية التفويض لا يتجسد فقط من خلال ضمان حرية الدخول للطلب العمومي، بل يجب على الهيئة المفوضة أن تعامل العروض عند دراستها بطريقة متساوية و غير تمييزية، و يجب أن تختار من تتوفر فيه الشروط استنادا لما ورد في النصوص القانونية المؤطرة لعملية إبرام الاتفاقية و كذا لما تمّ تحديده مسبقا في دفاتر الشروط.

على العموم يمنع منعاً باتاً على الهيئة المفوضة استبعاد العرض المقدم دون سبب قانوني، كمثلا يمكن لها استبعاد العروض التي لا تضمن تنفيذ اتفاقية التفويض استنادا إلى المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام من مساواة و استمرارية و الجودة في تقديم الخدمة العمومية وغيره.

كما يمكن للهيئة المفوضة أن تستبعد العروض التي لم تستكمل الوثائق الإدارية المطلوبة كمثلا عدم تسوية المتعامل الاقتصادي لوضعيته الضريبية أو الجبائية، أو لم يقدم الوثائق الدالة على تأسيس الشخص المعنوي، أو لم يقدم ما يثبت تسجيل عماله لدى هيكل الضمان الاجتماعي أو ما يثبت مؤهلاته...إلخ.

أو أن تستبعد العروض التي قدمها المتعاملين العموميين الذين خالفوا شرط التخصيص أو غير المؤهلين نظرا لعدم توافق نشاطهم مع موضوع اتفاقية التفويض، أو أن المتعامل العمومي قد استغل امتيازات السلطة العامة التي لا يمكن فصلها فصلا تاما عنه لانتمائه لفئة الأشخاص المعنوية العامة لاستبعاد منافسيه أو للاستئثار باتفاقية التفويض و ذلك دون الفصل و تمييز بين مهام المرفق العام الموكله له و كذا نشاطه الخاص.

في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لن نجد مادة من خلالها تبين لنا الشروط الموضوعية التي تستند عليها الهيئة المفوضة من أجل انتقاء المفوض له و لكن بالعودة إلى بعض النصوص القانونية القطاعية المنظمة لبعض المرافق العمومية بصفة

<sup>1</sup> - الجليلي أمزيد، " الحماية القانونية و القضائية للمنافسة في صفقات الدولة"، مرجع سابق، ص ص 75-76.

منفردة نجدها قد أحالت في مجملها إلى عدم التمييز بين العروض و اختيار العرض الذي يضمن جودة الخدمة العامة و تحقيق الصالح العام، فعلى سبيل المثال و في مجال تفويض الخدمات العمومية للمياه الصالحة للشرب يمكن تفويض هذه الخدمة لمتعاملين خواص أو عموميين لهم مؤهلات مهنية و ضمانات مالية كافية<sup>1</sup>.

أما في مجال امتياز استغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة يظهر لنا الطابع الموضوعي في اختيار صاحب الامتياز من خلال انشاء لجنة المزايدة المفتوحة بقرار من الوالي في المديرية الولائية المكلفة بالسياحة<sup>2</sup>، تفتح الأظرفة في جلسة علنية في التاريخ و الساعة و المكان المحدد في نظام المزايدة المفتوحة، و يتم إعداد جرد لمضمون كل عرض و مطابقته لقائمة الوثائق المطلوبة في ملف المزايدة المفتوحة، و يتم تحرير محضر يصف على الخصوص الاجراء المتبع و عدد العروض المفتوحة و مضمون كل عرض و يوقع جميع أعضاء لجنة المزايدة المفتوحة الحاضرين في الجلسة هذا المحضر<sup>3</sup>.

تباشر لجنة المزايدة المفتوحة بعد الجلسة العلنية تقييم العروض وفق المعايير المبينة في نظام المزايدة المفتوحة، و أشغالها في هذه الحال سرية و يلتزم أعضائها بالسرية من سرية أشغالهم و مناقشتهم و نتائجهم و توصياتهم.

تنقط العروض و ترتب وفق المعايير و الجداول المبينة في نظام المزايدة المفتوحة، تؤخذ النقاط المحصل عليها في كل عرض بعين الاعتبار طبقاً لأحكام نظام المزايدة المفتوحة و ترتب حسب نظام تنازلي و يعد العرض الذي تحصل على أعلى نقطة أفضل عرض<sup>4</sup>.

تكون أشغال تقييم العروض و ترتيبها موضوع محضر يصف على الخصوص سير إجراءات المزايدة المفتوحة و نتائجها و يوقع المحضر أعضاء اللجنة<sup>5</sup>، و يعلن رئيسها في جلسة علنية الراسي عليه أو الراسي عليهم المزداد المترشح أو المترشحين الذين قدموا أفضل العروض تطبيقاً لأحكام نظام المزايدة المفتوحة.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 104 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المؤرخ في 5 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كفاءات ذلك، ج ر ع 56، مؤرخ في 5 سبتمبر 2004.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 16 من المرسوم التنفيذي نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المؤرخ في 5 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كفاءات ذلك، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - المادة 18 من المرسوم التنفيذي نفسه.

يحرر رئيس اللجنة محضرا مسببا عن المزايدة المفتوحة يرسله إلى الوالي المختص إقليميا الذي يقوم بنشره<sup>1</sup>، كما يمكن له أن يقرر وقف عملية منح الامتياز في أي وقت و مباشرة إجراء مزايدة مفتوحة جديدة، و تبلغ المديرية الولائية المكلفة بالسياحة هذا القرار إلى كل المشاركين في المزايدة المفتوحة<sup>2</sup>.

ترسل اتفاقية الامتياز الموافق عليها إلى المستفيد منها في أجل خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ نشر المرسوم الذي يوافق عليها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية<sup>3</sup>.

يظهر لنا الطابع الموضوعي لدراسة العروض من عدة زوايا يمكن ذكر منها:

-وضع لجنة مكلفة بدراسة العروض و عدم منح الحرية التامة للهيئة المفوضة في اختيار من تراه مناسبا.

- علنية جلسة لجنة المزايدة المفتوحة عند ممارسة اختصاصها في فتح الأظرفة.

- إعداد شروط الانتقاء مسبقا في نظام المزايدة.

- إعداد محاضر من طرف اللجنة و تسببها.

- تنقيط العروض تنازليا.

- نشر المحضر المعد من طرف رئيس اللجنة المسبب وإرساله إلى الوالي و نشره.

- ينشر المرسوم التنفيذي الذي يوافق على اتفاقية الامتياز في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ورغم كون معاملة العروض معاملة موضوعية هو الأصل يكرس بمنع الهيئة المفوضة اتخاذ قرارات تمييزية من خلالها تفضل عرض على عرض آخر، إلا أنه يمكن في بعض الأحيان وبصفة استثنائية أن تقوم الهيئة المفوضة بتفضيل عرض على عرض آخر متى سمح القانون بذلك، فعلى سبيل المثال في مجال منح امتياز استغلال الشواطئ المفتوحة على السباحة

<sup>1</sup> - المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المؤرخ في 5 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كفاءات ذلك، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 21 من المرسوم التنفيذي نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 22 من المرسوم التنفيذي نفسه.

يسمح القانون للهيئة المفوضة منح حق الامتياز بصفة أولية إلى المؤسسات الفندقية المصنفة بالنسبة إلى الشواطئ التي تكون امتدادا لها، طبقا للتنظيم المعمول به<sup>1</sup>.

ففيما يخص منح امتياز الشواطئ المتاخمة للمؤسسات الفندقية المصنفة، يبلغ رئيس لجنة المزايدة المفتوحة مسير المؤسسة المعنية بسعر أفضل عرض طالبا منه إبداء رأيه في ممارسة أولوية الامتياز كما هو معترف به في القانون و ذلك في أجل شهر واحد، و عند انتهاء هذه المدة دون رد منه يعتبر سكوت الرئيس تنازلا عنه في ممارسة حق أولويته في الامتياز و في هذه الحال يمنح الامتياز للشخص الذي رست عليه المزايدة و الذي قدم أفضل عرض<sup>2</sup>.

كما أقر القانون كذلك في نفس المرفق في حالة كون المنافسة غير مجدية يمكن منح الامتياز عن طريق التراضي خصيصا للمجالس الشعبية البلدية<sup>3</sup> وذلك مع استبعاد تطبيق مبدأ المنافسة لكون أطراف اتفاقية الامتياز كليهما أشخاص معنوية عامة و كذا كون عدم جدوى المنافسة تؤهل الهيئة المفوضة بإبرام اتفاقية التفويض وفق الأسلوب الاستثنائي و هو التراضي.

بحيث يحزر رئيس لجنة المزايدة المفتوحة محضر عدم الجدوى و يعلم الوالي المختص إقليميا بذلك، عندما يكون اجراء المزايدة المفتوح غير مجدٍ، و في هذه الحالة يمنح الوالي المختص إقليميا امتياز الشاطئ المعني للمجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا، و ذلك وفق أسلوب التراضي<sup>4</sup>، و تحرر الاتفاقية لصالح المجلس الشعبي البلدي و الذي يترتب على منحه دفع أتاوة يحدد مبلغها بموجب قانون المالية<sup>5</sup>.

يمكن في بعض الأحيان تمييز المتعاملين الجزائريين عن المتعاملين الأجانب كما هم الحال في مجال منح امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/

<sup>1</sup> - المادة 22 من القانون رقم 02-03، المؤرخ في 17 فبراير 2003، يحدد القواعد العامة للإستعمال و الاستغلال السياحيين للشواطئ، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المؤرخ في 5 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كفيات ذلك، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - المادة 23 من القانون رقم 02-03، المؤرخ في 17 فبراير 2003، يحدد القواعد العامة للإستعمال و الاستغلال السياحيين للشواطئ، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المؤرخ في 5 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كفيات ذلك، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - المادة 25 من المرسوم التنفيذي نفسه.

الفصل الأول: ضمانات احترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

أو تسييرها فقد سمح القانون بتخصيص هذا النوع من الاتفاقية لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الجزائري<sup>1</sup>، بالتالي لم يفتح المجال أمام المتعاملين الأجانب لتقديم عروضهم بل جعل من هذا العرض هو عرض وطني لا دولي.

ينبغي على الهيئة المفوضة أن تختار العروض التي تقدم أكبر عدد ممكن من الضمانات لاسيما تنفيذ اتفاقية التفويض وفق النصوص القانونية والتنظيمية التي يخضع لها هذا المرفق و كذا ترجيح المتعاملين الذين يضمنون الرقي بالخدمة العمومية وجعلها ذو جودة عالية و سعر في متناول الجميع، بالإضافة إلى احترام المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام لا سيما الجديدة منها التي تهدف خصيصا إلى حماية المستهلكين و تحقيق التنمية المستدامة، ومن أجل تفعيل ذلك لا يكفي تحميل مبدأ المنافسة على عاتق الهيئة المفوضة فقط و إنما يجب على المتعاملين المقدمين لعروضهم الالتزام بالمبدأ أيضا.

<sup>1</sup> - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، المؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، مرجع سابق.

## المبحث الثاني: الضمانات الهيكلية لاحترام مبدأ المنافسة

حرص المشرع الجزائري على التطبيق الفعلي لمبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة، فلم يكتفي بجعله التزاما يقع على عاتق الهيئة المفوضة بموجب قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، وإنما جعل الجهة المخلة به عرضة للمتابعة بموجب قانون المنافسة و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و هذا إن دل على شيء فهو يدل على توافق و تكامل المنظومة القانونية الجزائرية في تكريس حرية الوصول للطلبات العمومية و كذا إضفاء المشروعية و الشفافية على الأعمال الإدارية.

تعتبر اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة عقد إداري ذو طرفين، و كما هو معروف في القانون الإداري فإن الإدارة تتعاقد بموجب أساليب السلطة العامة بالتالي تبرم عقودها وفق إجراءات محددة قانونا، و لما كان مبدأ المنافسة التزام يقع على عاتق الهيئة الإدارية في مرحلة إبرامها للعقد فإنه من المحتمل أن يكون الإخلال بمبدأ المنافسة من طرف الهيئة المفوضة أي من جانب الشخص المعنوي العام بالتالي يتدخل القاضي الإداري الاستعجالي لتصويب تصرفاتها و ضمان عدم تعسف الهيئة المفوضة وإبرامها للعقد استنادا لمبدأ المنافسة، كما أن دراسة العروض من طرف لجنة اختيار و انتقاء العروض تعتبر ضمانا بحد ذاتها للمساواة و المنافسة الموضوعية بين العروض بالإضافة إلى إمكانية المترشحين غير المقبولين رفع طعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام<sup>1</sup>.

إذا صدر الفعل المخل بمبدأ المنافسة الحرة من طرف المتعاملين المتعهدين لإبرام العقد فإنه في هذه الحالة يتدخل مجلس المنافسة لقمع هذه التصرفات لكون نشاطهم يدخل ضمن مجال تطبيق قانون المنافسة المتمثل في نشاط الإنتاج و التوزيع و الخدمات و الاستيراد عكس نشاط المرافق العمومية الذي لا يدخل ضمن مجال قانون المنافسة لذا يتم استبعاد قمع الممارسات المخلة بالمنافسة التي ترتكها الهيئة المفوضة من مجال اختصاص مجلس المنافسة.

<sup>1</sup> - منح المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق، فرصة للمتعهدين غير المقبولين الطعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام في إطار ممارسة اختصاصاتها الرقابية و ذلك وفق المادة 81 منه و لكن المادة 42 من نفس المرسوم حصرت إجراءات الطعن أمام هذه اللجنة و مدته و كذا مدة الفصل فيه بالنسبة للطعن ضد قرار المنح المؤقت فقط و المادة 46 من نفس المرسوم ذكرت إجراءات الطعن أمام اللجنة ضد قرار إلغاء منح الاتفاقية، دون أن يعمم المرسوم التنفيذي هذه الإجراءات على القرارات الأخرى كمثلا قرار الاستبعاد.

منه يمكن التسليم أن لقمع الممارسات المخلة بمبدأ المنافسة أثناء إبرام اتفاقية التفويض يستوجب النظر إلى أطراف الفعل المخل بالمنافسة بحيث يمكن توزيع الإختصاص في قمعها بين القضاء الإداري الاستعجالي (مطلب أول)، و مجلس المنافسة (مطلب ثان).

## المطلب الأول: القضاء الإداري الاستعجالي كضمانة لاحترام الهيئة المفوضة لمبدأ المنافسة

تبنى المشرع الجزائري إمكانية الطعن أمام القاضي الإستعجالي عند مخالفة الهيئة الإدارية المفوضة للالتزام بالإشهار و المنافسة من خلال تضمين قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>1</sup> فصلاً كاملاً تحت عنوان " الاستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات".

يمكن تعريف القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد في مجال إبرام العقود الإدارية على أنه: إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة<sup>2</sup>، أما في الفقه الفرنسي فقد عرفه الأستاذ DELAUNAY Benoit على أنه إجراء مستعجل يسمح للقاضي الاستعجالي بتعديل أو قمع التصرفات المخلة بالالتزام بالمنافسة والإشهار التي تؤثر على عملية إبرام العقد مما يوضح القانون العام للمنافسة المتخصص<sup>3</sup>.

إقتبس المشرع الجزائري الاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية عن نظيره الفرنسي الذي تبناه بدوره تأثراً بالوضع السائد في الاتحاد الأوروبي و يمكن تبرير منح اختصاص النظر في مدى احترام الهيئة المفوضة لمبدأ المنافسة إلى القاضي الاستعجالي كان بصفة عرضية و موازية لإختصاصه الأصلي المتمثل في البحث عن مدى إحترام الهيئة المفوضة لإجراءات إبرام اتفاقية

<sup>1</sup> - يظهر لنا هذا التبني من خلال الفصل الخامس من الباب الثالث لا سيما المادتين 946 و 947 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ع 21، المؤرخ في 23 أبريل 2008.

<sup>2</sup> - عن رقرقي محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2014، ص 223.

<sup>3</sup> - « Les référés de la commande publique sont les procédures d'urgence permettant à un juge des référés de rectifier ou de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence affectant un contrat soumis à ces procédures et illustrant le droit public spéciale de la concurrence », voir : DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 255.

التفويض التي وضعها المشرع تقييدا لحيتها التعاقدية<sup>1</sup>، و لكن ليس على نفس الحيز من النطاق بحيث إكتفى المشرع الجزائري بالنص على دعوى ما قبل التعاقدية<sup>2</sup> دون سواها (فرع أول)، عكس ما هو ورد في القانون الفرنسي الذي وسع من نوع الدعاوى الاستعجالية التي تهدف إلى حماية مبدأ المنافسة الحرة (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية آلية لحماية مبدأ المنافسة

منح اختصاص النظر في مدى احترام الهيئة المفوضة لقواعد المنافسة والاشهار للقاضي الإداري الاستعجالي كان بصفة عرضية، لأن الهدف الأساسي من خلال تقرير دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية هو إلزام الهيئة المفوضة بإبرام عقد التفويض وفق الإجراءات المحددة قانوناً<sup>3</sup>، فمخالفتها لمبدأ المنافسة و الإشهار يجعلها بصفة أولى مخالفة لقواعد قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لاسيما المادة 5 منه التي تفرض بعض المبادئ على الهيئة العامة أثناء إبرامها العقد الإداري.

على العموم تعتبر دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية إجراء وقائي يضمن شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية و قد نص عليها المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بالتالي سنتعرض لشروط رفع هذه الدعوى (أولاً)، و كذا السلطات الممنوحة للقاضي الإداري الاستعجالي عند الفصل فيها (ثانياً).

### أولاً: شروط رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية.

بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سنجد شروط رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية تتمثل في شروط عامة تطبق على جميع الدعاوى الاستعجالية و شروط خاصة

<sup>1</sup>- للتدقيق أكثر حول نشأة و تطور القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدية في القانون الفرنسي أنظر في ذلك:

DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p., 255-256.

<sup>2</sup>- للتدقيق أكثر حول نشأة و تطور القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدية في القانون الجزائري أنظر في ذلك:

- بزاحي سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، المجلة

الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01، 2012، ص.31.

<sup>3</sup> - PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, thèse pour le doctorat en droit public, école doctorale de droit public et de droit fiscale, centre d'étude et de recherche en administration publique, université de PARIS I, 2013, p 14.

تطبق فقط على الاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية، وسوف يتم توضيحها على النحو التالي:

### 1- الشروط العامة و تتمثل فيما يلي:

- شرط الاستعجال و يُقصد به الضرورة التي لا تحتمل التأخير مقترن بخطر وشيك الوقوع لا يمكن تفاديه برفع الدعوى العادية حتى و إن تمّ تقصير المواعيد<sup>1</sup>، و يجب أن تتضمن العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية عرضاً موجزاً للوقائع الأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية<sup>2</sup>، و عند ما لا يتوفر الطابع الاستعجالي للدعوى أو أنّ الطلب غير مؤسس كمثلاً رفع الدعوى من طرف شخص منع قانوناً من تقديم عرضه فإن القاضي الاستعجالي يرفض الطلب أو الدعوى بأمر مسبب وفق ما ورد في نص المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

- شرط عدم المساس بأصل الحق و هذا يعني أن القاضي الإستعجالي يأمر بتدابير مؤقتة إستعجالية و لا ينظر في موضوع الدعوى أو تحديد أصل الحق<sup>3</sup>، و يمكن للقاضي الاستعجالي أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من طرف الأشخاص المعنوية العامة<sup>4</sup> باتخاذها أعمال غير مشروعة تمس بشكل خطير بحقوق الأفراد.

- شرط الجديّة أي أنّه يجب على المدعي أن يُثبت جديته في رفع الدعوى الاستعجالية و ذلك من خلال تأكيد استناد حقه في اتباع إجراءات التقاضي على أسباب جديّة و يختلف شرط الجدية من دعوى لأخرى، و يمكن القول أن المتعامل الاقتصادي الذي يرفع دعوى استعجالية ما قبل التعاقدية ثم يعلن انسحابه من إجراءات إبرام العقد هذا دليل على عدم جديته في رفع الدعوى، كذلك يجب على القاضي الاستعجالي أن يتأكد من كون الإدعاءات المرفوعة أمامه من طرف الطاعن تؤثر على إجراءات إبرام العقد و اختيار المفوض له أما إذا ثبت له أن رغم وجود هذه الأفعال إلا أنها لا تصنف ضمن التجاوزات المخلة بإجراءات إبرام

<sup>1</sup> - لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري، دراسة قانونية فقهية و قضائية مقارنة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص ص 12-14.

<sup>2</sup> - المادة 925 من القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - المادة 918 من القانون نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 920 من القانون نفسه.

العقد و لا أثر لها على المفوض له المختار فيحكم القاضي الاستعجالي برفض الدعوى لعدم الجدية<sup>1</sup>.

- شرط الجهة القضائية المختصة و المتمثل في جهة القضاء الإداري استنادا إلى المعيار العضوي المكرس في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و بالتحديد يؤول الإختصاص في الفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى إلى المحكمة الإداري و ذلك استنادا إلى نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مع العلم أنه تمّ إسناد مهمة الفصل في الدعاوى الاستعجالية إلى التشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع<sup>2</sup>، و لعل السبب الرئيسي في توحيد الجهة القضائية الفاصلة في دعاوى الاستعجال و دعاوى الموضوع هو التصدي لإحتمال إستصدار قرارات متعارضة و المحافظة على حقوق الأشخاص رافعي الدعوى، لكون من بين الشروط العامة التي تستلزم لقبول جميع الدعاوى وفقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية شرطا الصفة و المصلحة و يقصد بالصفة العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوع النزاع و ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، أما المصلحة المتطلبية في الدعوى الاستعجالية فهي المصلحة المحتملة في النزاع و لا يعتد بالمصلحة القائمة و الحالة وقت رفع الدعوى.

## 2- الشروط الخاصة و تتمثل هذه الشروط في الآتي:

-رغم كون الصفة من بين الشروط العامة لقبول الدعوى حيث لا تقبل الدعوى بدون صفة إلا أنه من خلال المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قيد المشرع الجزائري إمكانية رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى في شخصين دون سواهما يمكن أن يكتسبا صفة المدعي و هما: كل من تضرر من عملية إبرام العقد دون الاستناد إلى قواعد الإشهار و المنافسة و الشفافية، و لم يذكر المشرع الجزائري إذا كان هذا المدعي من بين المتعاملين الذين قدموا عروضهم أو أنه يحق لمتعامل آخر و لو لم يترشح لإبرام العقد أن يرفع الدعوى بل قيّد

<sup>1</sup>-DELALOY Guillaume, « Les délégations de service public – ou la délicate conciliation des principes d'égal accès des candidats et de libre choix du délégataire. », C.J.F.I, n 56, 2<sup>eme</sup> semestre, 2009, p.p., 95-96.

<sup>2</sup>- المادة 917 من القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

شرط رفع الدعوى بشرط المصلحة فكل من تمّ المساس بحقه و الاعتداء عليه جراء إبرام العقد دون الإلتزام بقواعد الاشهار و المنافسة يمكن له رفع الدعوى.

أما الشخص الثاني الذي أجاز له قانون الإجراءات المدنية و الإدارية برفع الدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد هو ممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، و ذلك حفاظا على مشروعية الأعمال الإدارية.

- الإطار الزمني لرفع الدعوى: بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتبين أنه لم يحدد ميعادًا معيناً لرفع الدعوى الاستعجالية عند إبرام العقود الإدارية، و لكن من خلال شرط الاستعجال الذي يفرض السرعة في اتخاذ الإجراءات لمنع ضرر وشيك الوقوع فإن الدعوى ترفع في أجل معقول يحافظ على هذا الظرف<sup>1</sup>، بالإضافة إلى ذلك من خلال نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص في فقرتها الثالثة على "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"، و هذا كدليل قاطع أن الدعوى ترفع قبل إبرام العقد أي أثناء إجراءات إبرامه.

ولكن في الفقرة الموالية للمادة وعند السماح لممثل الدولة برفع الدعوى الاستعجالية استعملت عبارة: "... لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم ..."، فمن خلال ذلك يفهم من سياق المادة أنه يمكن لممثل الدولة رفع دعوى استعجالية نظرا للإخلال بإجراءات الإشهار و المنافسة التي تفرضها عملية إبرام العقد و لو بعد إبرامه و لكن التقيد بحرفية النص القانوني يمكن أن يؤدي بنا إلى بعض المغالطات نظرا أن هذا الدعوى صنف في مجال الاستعجال عند إبرام العقود الإداري و يتحصن العقد بعد إبرامه.

<sup>1</sup> - بما أن المشرع الجزائري قد نص على إمكانية رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد قبل إبرام العقد فيترتب عن ذلك سقوط الحق في ممارستها بعد إتمام إجراءات إبرام العقد و لا يمكن كذلك توجيه هذه الدعوى ضد قرار توقيع العقد لأن هذا سيؤدي إلى تجاوز القاضي الاستعجالي لاختصاصه و التدخل في اختصاصات قاضي الإلغاء الذي يعتبر قاضي الموضوع و ليس قاضي الاستعجال. أنظر في ذلك:

بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص ص 58-59.

- شرط الإخلال بالإجراءات المؤطرة لعملية إبرام العقد بحيث يشترط لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد أن تخل الهيئة الإدارية بإجراءات الإعلان و المنافسة كمثلا عدم تضمين الإعلان البيانات المحددة قانوناً<sup>1</sup> أو عدم الإحالة إلى دفتر الشروط أو عدم تقرير مدة معقولة لتحضير العروض أو منح امتيازات لمعامل على حساب المتعاملين الآخرين، أو تخصيص العقد إلى متعامل واحد محدد بالذات كمثلا إبرام الصفقة العمومية وفق أسلوب التراضي رغم عدم توفر حالة استثنائية.

يدخل أيضا ضمن الإخلال بمبدأ المنافسة قبول عروض غير مؤهلة، فرض شروط و تقنيات لغرض تخصيص العقد لمؤسسة واحدة، تفضيل المتعامل العمومي عن الخواص، استبعاد المتعاملين دون وجه حق أو منعهم من المشاركة رغم توفر فهم الشروط و قد ذهب القضاء الفرنسي في هذه الحالة إلى منح المتعامل الذي لا يختار من طرف الهيئة العامة و يتم استبعاده من إجراءات إبرام العقد و بصفة دائمة رغم توفر كل الشروط فيه حق طلب التعويض عن كل الأموال التي نفقها جزاء تقديم عرضه<sup>2</sup>.

ثانياً: سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد.

يتمتع القاضي الإداري وهو بصدد الفصل في الدعوى الإستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمفهومه اللاتيني، تتمثل هذه السلطات في سلطة توجيه الأوامر و تحديد مدة للإمتثال لها، سلطة فرض غرامة تهديدية، و أخيرا سلطة تأجيل إجراءات إبرام العقد.

### 1- سلطة توجيه أمر للإدارة

يملك القاضي حق توجيه أمر للإدارة للامتثال لالتزاماتها وكان من المستقر عليه في فرنسا أن القاضي لا يأمر الإدارة، إذ يحكم القاضي الإداري بمبدأ إجرائي مفاده أن: "

<sup>1</sup> - MAUBON Gabrielle, « Le Conseil d'État précise les principes et les modalités de publicité applicables en matière de délégation de service public », C.J.F.I., n 56, 2<sup>ème</sup> semestre, 2009, p.p., 111-114.

<sup>2</sup> - لقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بتعويض شركة كانت دائما تقدم عرضها لإبرام عقد تفويض تسيير الشواطئ و لكن كانت دائما تستبعد و لا تفوز بإبرام العقد مما دفعها إلى رفع دعوى ضد البلدية لتعويضها عن ما خسرت من مبالغ مالية في تحضير عرضها، أنظر في ذلك:

- C.E., n° 355139, du 19 septembre 2012, La commune de Cavalaire-sur-Mer,  
[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

القاضي يفصل في النزاع و لا يمارس المهام الإدارية "وذلك تطبيقا لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية و الهيئات الإدارية<sup>1</sup>.

لكن تغلّى كل من القانون الفرنسي و الجزائري على هذه المبادئ فمن خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أكدّ المشرع الجزائري على إمكانية توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة حيث تنص المادة 4/946 منه على: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه". بالتالي لا يوجد أيّ مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال للالتزام فيما يخص الإخلال بالمنافسة و قواعد الإشهار في إبرام العقود الإدارية.

فإذا تبين للقاضي الإداري الاستعجالي بمجرد إخطاره أن الهيئة المفوضة قد أخلت بمبدأ المنافسة أثناء مباشرتها لإجراءات إبرام اتفاقية التفويض فإنه يمكن على الفور أن يأمرها بالكف عن هذا الإخلال و الإمتثال لقواعد قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و لمقتضيات مبدأ المنافسة و الإشهار، كما يحدد لها آجال للمثول لمحتوى تلك الأوامر.

## 2- سلطة فرض غرامة تهديديه

لم يكتفي المشرع الجزائري بمنح القاضي الإستعجالي حق إصدار أوامر للإدارة بل نصّ على أسلوب ردي يفرض على الهيئة الإدارية الامتثال لأوامر القضاء و هي فرض غرامة تهديديه على كل يوم تتأخر فيه الإدارة عن تنفيذ أوامر القضاء الإداري الاستعجالي و تسري من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح لها لاتخاذ الإجراء.

يتمتع القاضي الإداري الاستعجالي بحرية في فرض الغرامة التهديديه من عدمها و ذلك لكون المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية استعملت كلمة "يُمكن" و لم تأت بصيغة الوجوب كما هو حر أيضا في تقدير الغرامة المالية بغض النظر عن وجود ضرر من عدمه، و لكن الغرامة التهديديه لديها طابع تبعي أي أنها لا تفرض إلا بعد رفض الإدارة الامتثال للحكم القضائي الصادر ضدها.

<sup>1</sup>- بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص ص 63-64.

عموماً، فإن الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر<sup>1</sup>، و في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخر عن التنفيذ تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها<sup>2</sup>، كما يجوز له أيضا تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة<sup>3</sup>، كما يجوز للجهة القضائية أن تقرر عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعي، إذا تجاوزت قيمة الضرر و تأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية<sup>4</sup>، كل ذلك حمايةً للمصلحة العامة و كذا تماشياً مع الطابع العمومي لأعمال الشخص المعنوي العام.

### 3- الحكم بتأجيل إمضاء العقد

من خلال المادة 6/946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية للقاضي الإداري الاستعجالي الأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدة 20 يوماً و في هذا الأجل ستتحرى المحكمة الإدارية بتشكيلتها الجماعية عن مدى مخالفة الشخص المعنوي العام لإجراءات الإعلان و المنافسة، كما أنها تتقيد أيضا بنفس الميعاد الذي هو 20 يوماً للفصل في الطعن ابتداء من تاريخ الإخطار.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما هي الوسائل التي تستعملها المحكمة الإدارية للكشف عن مدى إخلال الهيئة الإدارية بالتزامات الإشهار و المنافسة؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التمييز بين الأفعال المخلة بمبدأ الإشهار و المنافسة، فهناك من الإخلالات التي لا تكلف المحكمة الإدارية نفسها عناء البحث للكشف عنها كعدم النشر في جريدتين وطنيتين الذي يُعتبر انتهاكاً واضحاً لمبدأ الإشهار و المنافسة، إلا أنّ هناك من الإخلالات التي تفرض على المحكمة الإدارية التغلغل في قانون المنافسة للكشف عن مدى وجود مساس بمبدأ المنافسة من عدمه مثل الاتفاق المحظور الذي يجمع بين الشخص المعنوي العام و أحد المتعاملين المتعهدين، فعلى القاضي الإداري في هذه الحالة أن يعتمد على وسيلتين هما: التحليل الاقتصادي من خلال تحليل الوقائع

<sup>1</sup>- المادة 982 من القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- المادة 983 من القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

<sup>3</sup>- المادة 984 من القانون نفسه.

<sup>4</sup>- المادة 985 من القانون نفسه.

المعرضة عليه بنفس الطريقة التي يقوم مجلس المنافسة بتحليلها، و كذا طريقة إتباع خطوات الاستدلال الاقتصادي وذلك من خلال تكييف الوقائع التي سببتها الممارسة والبحث عن مدى مشروعيتها مما يؤهله أن يصل إلى نفس النتيجة التي قد يصل إليها مجلس المنافسة<sup>1</sup>، و في هذا السياق سمح المشرع الجزائري للقاضي الإستعجالي أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: النجاعة النسبية لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية في ضمان مبدأ المنافسة

الملاحظ أنه في القانون الجزائري نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية كدعوى وحيدة كرسست لضمان مبدأ المنافسة و الإشهار مع الاحتفاظ بإمكانية إخضاع عقود التفويض للقواعد العامة المتعلقة بالرقابة القضائية على العقود الإدارية.

منه يمكن تسجيل بعض المزايا التي تجعل من دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية دعوى ناجعة و مولدة لآثار إيجابية (أولاً)، ولكن إذا ما قرناها بتعدد الدعاوى الاستعجالية المكرسة في القوانين المقارنة لاسيما القانون الفرنسي فإننا نسجل قصور هذه الدعوى في ضمان مبدأ المنافسة والإشهار باعتبارها السبيل الاستعجالي الوحيد الذي نص عليه القانون الجزائري (ثانياً).

### أولاً: فعالية دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية

تتمتع الدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية بمجموعة من الخصائص التي تساهم في فعاليتها فبغض النظر من كونها إجراء وقائي فهي تساهم و بشكل كبير في المحافظة على مشروعية إجراءات إبرام العقود الإدارية، كذلك بالنظر إلى السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي أثناء الفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية نجد أنها اختصاصات

<sup>1</sup> - صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2002، ص ص 119-120.

<sup>2</sup> - المادة 940 من القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

استثنائية لما هو معروف في القواعد العامة المتعلقة بالقضاء الاستعجالي الذي يشترط عدم مساسه لأصل الحق.

### 1- دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية

تحافظ على مشروعية إجراءات إبرام العقود الإدارية: و الملاحظ أن هذه الدعوى أنشأت خصيصا كوسيلة ضامنة لإحترام الهيئة الإدارية إجراءات إبرام العقود الإدارية<sup>1</sup> المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، كما تتميز هذه الدعوى بطابعها الوقائي حيث أنها تهدف إلى القضاء على الفساد المالي و الإداري من خلال ضمان منح العقود الإدارية وفق أساليب موضوعية بعد تنافس بين أكبر عدد ممكن من المتعاملين الذي وجه إليهم الإعلان.<sup>2</sup>

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على أجل لرفع الدعوى ولم يقيدتها لا بأجل محدد ولا بأجل معقول لكن هذا لا يعني أنها دعوى غير مقيدة بأجال بل يمكن للمتضررين رفعها قبل إبرام العقد وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي أنه لا مجال لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية بعد إبرام العقد.<sup>3</sup>

من الضروري جدا أن يكون المتعهدين لإبرام اتفاقية التفويض على علم بالإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية و كذا حقهم في رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية و المدة المقررة للقاضي للفصل فيها، كما يلعب تسبيب الهيئة المفوضة لقرارات استبعادها للمترشحين دورا مهما في فعالية دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية لأن جهل مثل هذه الضوابط سيكثر من رفع هذا النوع من الدعاوى رغم عدم جدية الأسباب مما يؤدي لا مجال للشك إلى عدم قبول الدعوى ومنه سيفقد المتعهدين شعورهم بمصداقية وفعالية هذا الإجراء.

<sup>1</sup> - PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, op.cit., p 16.

<sup>2</sup> - MAUBON Gabrielle, « Le Conseil d'État précise les principes et les modalités de publicité applicables en matière de délégation de service public », op.cit., p 110.

<sup>3</sup> - « Les pouvoirs conférés au juge administratif en vertu de la procédure spéciale instituée par l'article L.22 précité du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat », C.E., n° 157304, du 3 novembre 1995, chambre de commerce et de l'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

بالإضافة إلى ذلك تجد أيضا دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى نجاعتها في تسبيب الهيئة المفوضة العروض المرفوضة و كذا إعلامهم بحقهم في الطعن أمام القضاء الإداري الاستعجالي.

## 2- السلطات الاستثنائية الممنوحة للقاضي الاستعجال ما قبل التعاقدى

لقد منحت للقاضي الاستعجالي أثناء فصله في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى سلطات استثنائية لا يعرفها القاضي الاستعجالي التقليدي، كما سبق وأن وضحناها تتمثل هذه السلطات في سلطة توجيه أوامر و تحديد مدة للامتثال لها كما له سلطة فرض غرامة تهديدية على كل يوم تأخير بعد انقضاء تلك المدة، بالإضافة إلى سلطة الأمر تأجيل إجراءات إبرام العقد ، و الملاحظ أن عدم ممارسة القاضي لهذه السلطات و الاكتفاء باتخاذ تدابير وقائية لا تمس بأصل الحق سيفرغ دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى من فعليتها وفعاليتها ويجعلها تنحرف عن تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله<sup>1</sup>.

يمكن اعتبار دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى دعوى فريدة من نوعها فهي تحتل مرتبة وسطى بين الدعوى الاستعجالية التقليدية و دعوى القضاء الكامل التي ترفع أمام قاضي الموضوع، وذلك نظرا للسلطات الواسعة الممنوحة للقاضي الاستعجالي عند الفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى.

ففي القانون الفرنسى يتجاوز القاضي الفاصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى المبدأ المعروف في القضاء الاستعجالي و هو حكمه بتدابير وقائية لا تمس بأصل الحق بل يتعدى القاضي محتوى هذا المبدأ وفق سلطات واسعة تماثل تلك الممنوحة للقاضي في دعاوى القضاء الكامل، مما أدى إلى البعض بنعت القاضي المخاطر بدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى أنه قاضي القضاء الكامل منعقد بشكل استعجالي، **jugé de pleine juridiction statuant en la forme des référés**<sup>2</sup>، أما البعض الآخر فقد اعتبره

<sup>1</sup>- BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, op.cit., p.p., 305-306.

<sup>2</sup>- PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, op.cit., p 26.

قاضي الموضوع منعقد بشكله الاستعجالي<sup>1</sup>، un juge du fond statuant en la forme des référés.

يمكن للقاضي الاستعجالي عند فصله في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية أن يوجه أوامر إلى الهيئة المفوضة المخلة بمبدأ المنافسة والاشهار و يجب لهذه الأوامر أن تتناسب مع الفعل موضوع الإخلال الذي ارتكبه الهيئة الإدارية، و يهدف من خلالها إلى تصويب التصرفات الإدارية و جعلها تتماشى وفق قواعد المنافسة والاشهار.

بحيث لا يمكن للقاضي الاستعجالي أن يتخذ قرارات يحل بها محل الهيئة الإدارية بل سلطته في توجيه الأوامر محدودة<sup>2</sup> لأن واجب القاضي الإداري الاستعجالي يكمن في الفصل في النزاع و ليس ممارسة الوظيفة الإدارية استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات.

تكمن نجاعة هذه الأوامر التي يتخذها قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدية في الأثر الموقف لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية فبمجرد رفعها أمام القضاء و تبليغها إلى الهيئة الإدارية يصدر قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدية أمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية الفصل في الدعوى، و لكي لا يمس هذا التأجيل بسيرورة المرفق العام قيد المشرع الجزائري مدة تأجيل إمضاء العقد ب 20 يوما.

### ثانياً: ضرورة تدعيم دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية

الملاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية الدعوى الوحيدة المخصصة لحماية مبدأ المنافسة عند إبرام العقود الإدارية، و يمكن رفع هذه الدعوى أثناء مباشرة إجراءات إبرام العقد و مباشرة بعد إمضاء العقد يتحصن هذا الأخير و لا يمكن رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية مما يجعل من هذا الإجراء ناقص و نسبي.

<sup>1</sup>-CASSIA Paul, Pratiques des référés précontractuels, édition Litec, Paris, 2008, p.p., 59 - 114.

<sup>2</sup>- و هو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته، بحيث يمكن أن نذكر على سبيل المثال في حالة استبعاد الهيئة الإدارية لأي عرض فلا يمكن للقاضي الاستعجالي أن يأمرها بقبول العرض و إنما يمكن له فقط في حالة الكشف عن إخلال بمبدأ المنافسة أن يأمرها بإحالة هذا العرض المستبعد دون وجه حق على لجنة تفويض المرافق العامة لدراسته. أنظر في ذلك:

من الضروري جدا أن ينص المشرع الجزائري على إجراءات أخرى تضمن مبدأ المنافسة حتى بعد إبرام العقد، لأن منح العقود الإدارية دون الاستناد على مبدأ المنافسة الحرة لن يجعل فقط من هذا العقد مبرما بطريقة مخالفة لما ورد في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و إنما سيصنفه ضمن خانات الفساد و يجعل الموظفين الذين شاركوا في عملية إبرامه عرضة للمتابعة لإرتكابهم لإحدى الجرائم المتصلة بعملية إبرام العقود الإدارية من رشوة، و تلقي امتيازات و محاباة...إلخ.

في مجال إبرام الصفقات العمومية لقد اعتبر قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في القسم الثامن من الفصل الثالث من الباب الأول المعنون ب " مكافحة الفساد " أنه دون الإخلال بالمتابعة الجزائية كل من يقوم بأفعال و مناورات ترمي إلى تقديم وعد إلى عون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردي لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني و تسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية<sup>1</sup>.

يمكن القول أن قرار منح العقد و رسوه هو قرار إداري يخضع للقواعد العامة بالتالي في حالة منح العقد بصفة مخالفة لمبدأ المنافسة يمكن للمتضررين رفع دعوى إلغاء القرار لعيب يعتريه كونه جاء مخالفا لنص قانوني بالإضافة إلى مزامنة دعوى الإلغاء بدعوى وقف التنفيذ اللذان يرفعان أمام قاضي الموضوع، و لكن المعروف في القانون الإداري أن فرض رقابة على القرارات الإدارية المنبثقة من عملية إبرام العقد وفق ما يسمى برقابة القاضي الإداري للقرارات الإدارية المنفصلة لن يؤثر على تكوين العقد الإداري.

بالعودة إلى القانون الفرنسي نجد أنه وسع أكثر من سلطات القاضي الإداري الفاصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي، كما دعم هذه الدعوى بدعاوى أخرى استعجالية و موضوعية.

<sup>1</sup>-المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

## 1- ضرورة التوسيع من سلطات القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد

في القانون الجزائري يتمتع القاضي الاستعجال ما قبل التعاقدى بسلطة توجيه الأوامر للهيئة الإدارية و سلطة فرض الغرامات التهديدية و سلطة تأجيل إبرام العقد إلى غاية الفصل في مدى احترام مبدأ المنافسة من طرف الهيئة العامة من عدمه على ألا تتجاوز هذه المدة 20 يوما، و لكن بالعودة إلى القانون الفرنسي نجده قد وسع من هذه السلطات لكي يمنح للقاضي الاستعجال ما قبل التعاقدى سلطة وقف تنفيذ أي قرار إداري له علاقة بإجراءات إبرام العقد، كما يمكن أيضا لقاضي الاستعجال لما قبل التعاقدى أن يأمر بإلغاء القرار المخالف لمبدأ المنافسة و الإشهار كما تتعدى سلطاته إلى غاية الأمر بإلغاء إجراءات إبرام العقد مدى تبين له المخالفة الصارخة لمبدأ المنافسة، و في هذه الحالة يمكن للمتعهدين طلب من الهيئة المفوضة تعويضهم الأموال التي نفقوها جراء تقديم عرضهم.

يمكن لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقدى أن يأمر بإلغاء إجراءات إبرام العقد الإداري بصفة جزئية<sup>1</sup> أو بصفة كلية<sup>2</sup>، و ذلك بالنظر إلى حدة مخالفة مبدأ المنافسة كما يدخل أيضا ضمن اختصاصات القاضي الإداري الاستعجالي الفاصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى الأمر بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عملية إبرام العقد مثل القرار الناتج عن مداولة المجالس المحلية الذي يرخص بإبرام العقد الإداري و كذا مقررات لجان طلب العروض و أخيرا يملك قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدى سلطة مراجعة مشروع العقد الإداري و في حالة كشفه عن بنود أو شروط مخلة بمبدأ المنافسة له الحق بالحكم بإلغائها<sup>3</sup>.

لكن الملاحظ هو أن رغم هذ السلطات الواسعة التي أقرها القانون الفرنسي لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقدى إلا أنه أخذ بالحسبان تقديم المصلحة العامة عن المصالح الشخصية للمتعهدين، فسمح للقاضي الاستعجالي الفاصل في هذه الدعوى الموازنة بين الآثار السلبية والآثار الإيجابية الناجمة جراء هذا الفعل الذي اتخذته الهيئة العامة و من خلاله

<sup>1</sup> - و قد أقر مجلس الدولة الفرنسي ذلك في عدة قضايا عرضت عليه يمكن أن نذكر على سبيل المثال:

C.E., n° 281976, du 10 mai 2006, société Bronzo, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup> - لقد أقر مجلس الدولة الإلغاء الكلي في العديد من القضايا المعروضة عليه يمكن أن نذكر على سبيل المثال:

C.E., n° 363244, du 20 février 2013, société American Express voyages, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>3</sup> - PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, op.cit., p.p 29- 32.

أخلت بمبدأ المنافسة و الإشهار، فإذا تبين له أن المصلحة العامة هي الغالب ففي هذه الحالة يمكن له أن يرفض التدخل و يقرر عدم ممارسة صلاحياته<sup>1</sup>.

## 2- ضرورة النص على دعوى الاستعجال التعاقدية

بعدما كان الإطار الزمني لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية يتحدد في مرحلة إبرام العقد، و نظرا لكون هذه الدعوى تسعى إلى الوقاية من الفساد و كذا القضاء على الجرائم التي تتصل بعملية إبرام العقد الإداري فمن الضروري جدا أن نجعل من الدعوى الاستعجالية التي تهدف إلى حماية مبدأ المنافسة و الاشهار قائمة حتى بعد إبرام العقد، كما فعل المشرع الفرنسي حيث سمح برفع دعويان إستعجاليين عند الإخلال بمبدأ المنافسة عند إبرام العقد.

تتمثل الأولى في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية و هي حق ممنوح للمتعاملين المترشحين لإبرام العقد دون سواهم مع ضرورة المساس المباشر أو غير المباشر لمصالحهم بموجب إخلال الهيئة الإدارية بمبدأ المنافسة و الاشهار أثناء مباشرة إجراءات إبرام العقد و قبل التوقيع عليه، أما الدعوى الثانية فهي الدعوى الاستعجالية التعاقدية و هو حق ممنوح للمتعاملين الذين تم استبعادهم من إجراءات إبرام العقد و لكن بشرط ألا يكونوا قد مارسوا حقهم في الاستعجال ما قبل التعاقدية<sup>2</sup>.

تُرفع دعوى الاستعجال التعاقدية في آجال ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان عن المنح المؤقت للعقد أو في آجال ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد في حالة غياب قرار الإعلان، و في هذه الحالة سيحكم القاضي الإداري بإلغاء العقد إذا تبين له إبرامه دون إتباع إجراءات الإعلان و المنافسة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> في حالة تقييد الهيئة المفوضة لمبدأ المنافسة حفاظا على المصلحة العامة و تغليبها على المصلحة الشخصية للمتعهدين فإن القاضي الاستعجالي يمتنع عن ممارسة سلطاته الممنوحة له في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية، و ان تدخل و مارسها فإن حكمه معرض للمراجعة عن طريق ممارسة طرق الطعن المقررة لذلك، بل عليه أن يحكم برفض الدعوى لعدم كفاية الأسباب لأنه مجبر بالفصل في القضية، و هو موقف مجلس الدولة الفرنسي في قضية عرضت عليه، أنظر في ذلك

C.E., n° 354279, du 12 mars 2012, communauté d'agglomération du pays de Montbéliard, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup> - BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, op.cit., p 228.

<sup>3</sup> - Lyudmila Weyer, Délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, op.cit., p.p. 88.

لا يمكن اعتبار دعوى الاستعجال التعاقدية طعنا يمنح للمتضررين حق التقاضي على درجتين، وإنما هي دعوى مناظرة لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية حول محور تناظر و هو إبرام العقد، حيث بمجرد الإضاء على العقد ينتهي الآجال المقررة لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية ليبدأ آجال رفع دعوى الاستعجال التعاقدية، و الحق في رفع مثل هاذين الدعويين مقرر لكل متعهد شارك في إجراءات إبرام العقد و قد تضرر من فعل صادر من الهيئة الإدارية<sup>1</sup> مع اشتراط في رفع دعوى الاستعجال التعاقدية ألا يكون المتضرر قد رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية أما عن الأشخاص الخارجة عن إجراءات إبرام العقد فلا يحق لهم رفع مثل هذه الدعاوى كمثلا الجمعيات المهنية التي يقتصر دورها فقط في رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في حالة المساس بمصالحها و لا يحق له رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية و لا التعاقدية<sup>2</sup>.

لا يجوز الجمع بين دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية و دعوى الاستعجال التعاقدية، بحيث بمجرد ممارسة المتعامل المتعهد لحقه في رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية يفقد حقه في حالة ما إذا خسرها في رفع دعوى الاستعجال التعاقدية<sup>3</sup>.

ولممارسة دعوى الاستعجال التعاقدية يجب توفر ثلاث شروط يتمثل الأول في كون أن المدعي لم يسبق له و أن رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية، أما الثاني فيتمثل في كون أن الهيئة الإدارية قد التزمت بتأجيل إجراءات إبرام العقد بمجرد تبليغها بدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية إلى غاية الفصل فيها، أما الثالث فيتمثل بإلتزام الهيئة الإدارية للأوامر الموجهة إليها موضوع الفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية.

أما إذا اختل شرط من هذه الشروط الثلاث أو أن الهيئة الإدارية قامت بإبرام العقد بصفة مسبقة ففي هذه الحالة يمكن رفع دعوى الاستعجال التعاقدية رغم أن سبق للمدعي

---

<sup>1</sup> - يمكن التذكير أن قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدية في القانون الفرنسي كان يعتبر الضرر الذي يصيب المتعهدين الذين استبعدوا من اجراءات إبرام العقد يتمثل في عدم إبرامهم للعقد، و لكن تم التوسيع من مفهوم المساس بمصالح المتعهدين لكي يتبنى القضاء الإداري الفرنسي طابع شخصي لتحديد الضرر بحيث يختلف من شخص لآخر و ذلك بمناسبة نظره في قضية smirgeomes، أنظر في ذلك:

C.E., n° 305420, du 3 octobre 2008, Smirgeomes, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup> - PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, op.cit., p.p.,32-50.

<sup>3</sup> - Lyudmila Weyer, Délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, op.cit., p 88.

أن مارس حقه في رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد، بالإضافة إلى ذلك لقد أقر التشريع الفرنسي حالة أخرى أين لا يجوز رفع دعوى الاستعجال التعاقدية و هي حالة دعوة الهيئة الإدارية المبرمة للعقد المتعهدين الذين لم يفوزوا بإبرام العقد إلى التقرب منها وتمنح لهم آجال معين لتقديم لهم توضيحات و تفسيرات و تسبيب إختيارها<sup>1</sup>.

### 3- ضرورة النص على سبل أخرى ينتهجها خاسر دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية

لم ينص المشرع الجزائي على دعوى أخرى يمكن لخاسر دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية اتباعها بل جعل الأمور تخضع للقواعد العامة من خلال ممارسة طرق الطعن المقررة على القرار الاستعجالي الفاصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية كما يمكن للمتضررين أيضا الطعن في قرار الإعلان عن منح العقد الإداري بالإلغاء في حالة الشك في مشروعيته.

أما في القانون الفرنسي فقد فسخ المجال لخاسر دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية أو دعوى الاستعجال التعاقدية أن يرفع دعوى حول تقرير مدى شرعية العقد الإداري المبرم و ذلك أمام قاضي الموضوع و هو ما سميَّ بـ " طعن tropic"<sup>2</sup> الذي يعود نشأته إلى مجلس الدولة الفرنسي و سمي كذلك نسبة إلى شركة "tropic travaux signalisation" باعتبار أن هذا الاجتهاد اتخذ بصدد الفصل في دعوى رفعتها الشركة المذكورة تعبيرا منها عن تضررها من عدم فوزها بإجراءات إبرام عقد تفويض تسيير مرفق عام الذي منح لشركة أخرى بأسلوب مخالف لإجراءات الإعلان و المنافسة .

حيث إعتبر مجلس الدولة الفرنسي هذا الطعن يدخل ضمن دعاوى القضاء الكامل المرفوعة على العقد الإداري، و هذا الطعن مخصص للمتعاملين الذين لم يفوزوا بعملية إبرام العقد و الذين يكيفون من الغير نظرا لكون العقد يولد آثاره على الأطراف فقط كقاعدة عامة بالتالي بعد إمضاء العقد فمن المفروض أن أطرافه هم فقط من لهم الحق في رفع دعاوى القضاء الكامل المنبثقة عنه لا غير، لكن من خلال طعن "tropic" يمكن للغير أن يرفع دعوى

<sup>1</sup>- و ذلك وفق ما أملته المادة 80 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي أنظر في ذلك:

PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, op.cit., p.p.,202-206.

<sup>2</sup>- Lyudmila Weyer, Délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, op.cit., p 89.

مدى مشروعية العقد الإداري المبرم في مدة شهرين من إتمام و قفل إجراءات الإعلان و المنافسة و نشر قرار منح العقد<sup>1</sup>.

والملاحظ أن هذه مدة الطعن هي نفس المدة المقررة لرفع دعوى الإلغاء، فبعدما كانت دعاوى فحص المشروعية ترفع على القرارات الإدارية تم التوسيع من نطاقها من خلال هذا النوع من الطعن للبحث في مدى مشروعية العقود الإدارية و في هذه الحالة لا يقتصر دور القاضي في البحث عن مدى احترام الهيئة الإدارية لإجراءات الإعلان والمنافسة و إنما سيفرض رقابته حول مدى إبرام العقد وفق و بمقتضى القانون و يصنف هذا النوع من الطعون ضمن دعاوى القضاء الكامل المقررة للغير<sup>2</sup>.

يُمكن للقاضي الإداري الفرنسي في هذه الحالة أن يأمر بوقف تنفيذ العقد للبحث في مدى الإخلال بمبدأ المنافسة فإذا ثبت له ذلك يمكن أن يأمر بالفسخ أو تعديل بنود العقد أو الإلغاء الكلي أو الجزئي للعقد، أو الحكم بالتعويض وذلك حسب العيب المشوب به، و في حالة عدم الكشف عن أيّ إخلال يُمكن أن يأمر بالمواصلة في تنفيذ العقد مراعيّاً في ذلك ضرورة ضمان سيرورة المرفق العام<sup>3</sup>.

في انتظار الفصل في مدى مشروعية العقد الإداري، يمكن لرافعها مزامنة دعواه بدعوى وقف تنفيذ العقد أمام القاضي الاستعجالي إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع، و في هذه الحالة لا يمكن للقاضي الاستعجالي رفض دعوى وقف التنفيذ لحجية الشيء المقضي فيه أو لسبق الفصل فيهل باعتبار أن المدعي قد سبق له و أن رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد لكونه قاضي استعجالي و ليس قاضي الموضوع.

إن تقرير القانون الفرنسي لإمكانية رفع عدة دعاوى استعجالية و موضوعية يمكن أن يؤدي ذلك إلى استصدار قرارات و أحكام متناقضة خاصة في حالة عدم تقديم أسباب جديدة أو عدم الوصول إلى الكشف عن الوسائل المستعملة للإخلال بمبدأ المنافسة.

<sup>1</sup> - C.E., n° 291545, du 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr).

<sup>2</sup> - PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, op.cit., p.p., 74-76.

<sup>3</sup> - Lyudmila Weyer, Délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, op.cit., p.p., 82- 89.

من جهة أخرى يمكن اعتبار تقرير المشرع للمتضررين أسلوب ثان في حالة خسارتهم للدعوى الاستعجالية هو تكامل و ضمانة أكثر للقاضي الاستعجالي<sup>1</sup>، فرغم منح سلطات واسعة لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقدى إلا أنه يمكن في بعض الأحيان أن نصطدم من الناحية العملية بإشكالات في التنفيذ و ذلك لغياب وسائل ردعية في يد القاضي الاستعجالي يلزم من خلالها الهيئة الإدارية على التنفيذ، فيتدخل قاضي الموضوع ذلك من خلال مجموعة من العقوبات التي يمكن أن ينطق بها لتفعيل أكثر ضمانة القضاء الإداري في احترام الهيئة الإدارية لمبدأ المنافسة، فعلى سبيل المثال ففي حالة عدم تقييد الهيئة العامة بالأوامر التي وجهها لها قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدى يمكن للقاضي الموضوع الفاصل في دعوى فحص مشروعية العقد الإداري أن يحكم بفسخه لعدم مشروعيته متى كان ذلك لا يمس بالمصلحة العامة<sup>2</sup>.

كما ينبغي التذكير أنه ممارسة الحق في رفع دعوى الاستعجال التعاقدى<sup>3</sup> لا يتنافى مع إمكانية رفع دعوى مدى مشروعية العقد الإداري<sup>4</sup> وذلك لاختلاف الدعويين سواء من حيث الموضوع أو من حيث الجهة القضائية التي ترفع له أو من حيث المواعيد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- DELALOY Guillaume, « Les délégations de service public – ou la délicate conciliation des principes d'égal accès des candidats et de libre choix du délégataire. », op.cit., p 99.

<sup>2</sup>- PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, op.cit., p.p.,82-87.

<sup>3</sup>-رغم أن القاضي الإداري الاستعجالي يتمتع باختصاص النظر في مدى احترام الهيئة الإدارية لإجراءات الإعلان و المنافسة إلا أنه لا يملك وسائل ردعية ضد الهيئة الإدارية المخالفة لهذه الإجراءات مقارنة بقاضي الاستعجال ما قبل التعاقدى، لأن قواعد المنطق تفرض تدخل القاضي لقمع تصرفات الإدارة أثناء مرحلة إبرام العقد أما بعد إبرامه فلا أهمية من رفع دعوى استعجالية تعاقدية للنظر في مدى إبرام العقد وفق قواعد الإشهار و المنافسة مما يمكن تكييفها أنها صورة هجينة لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى رفعت بعد إبرام العقد. أنظر في ذلك:

PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, op.cit., p 109.

<sup>4</sup>- يعتبر العقد الإداري صحيحاً متى توفرت أركانه و كذا شروط صحتها، و للتدقيق أكثر حول هذه النقطة أنظر: صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، دار لفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة، 2014، ص ص 49-56.

<sup>5</sup>- يتمثل ميعاد رفع دعوى مدى مشروعية العقد الإداري في غضون شهرين من تاريخ نشر قرار منح العقد و إلا يسقط الحق في التمسك بهذه الدعوى أما إذا لم تنشر الهيئة الإدارية قرار منح العقد فإن المواعيد تبقى مفتوحة و لا تسقط، أما دعوى الاستعجال التعاقدى فترفع في غضون واحد و ثلاثون يوماً من تاريخ نشر قرار منح العقد و في حالة عدم نشر هذا القرار فإن الميعاد يتمثل في ستة أشهر ابتداء من اليوم الموالي لإمضاء العقد. أنظر في ذلك:

PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, op.cit., p 100.

## المطلب الثاني: مجلس المنافسة كضمانة لاحترام المتعهدين لمبدأ المنافسة

يعتبر مجلس المنافسة سلطة ضبط مجال المنافسة و مهمته الأساسية هو حماية مبدأ المنافسة الحرة من أي فعل يؤدي إلى تقييده أو الحد منه، ذلك تماشياً مع مقتضيات اقتصاد السوق و من خلال نص المادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، فإنّ الصفقة العمومية تخضع لقانون المنافسة بالتالي يجب على المصلحة المتعاقدة أن تلتزم بنصوص قانون المنافسة عند إبرامها لصفقة عمومية، و لما سوى قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في خضوع كلا من الصفقة العمومية واتفاقية تفويض تسيير مرفق عام لمبدأ المنافسة في مرحلة الإبرام فإنه في حالة إخلال المتعهدين المترشحين لإبرام اتفاقية التفويض بمبدأ المنافسة فإنه يمكن للمتضرر رفع دعوى أمام مجلس المنافسة لقمع الممارسات المقيدة للمنافسة، بالتالي سنتناول الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة (فرع أول)، و كذا دوره في قمع الممارسات المقيدة للمنافسة (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة

يتّصف مجلس المنافسة بالطابع السلطوي على أساس أنه ليس بهيئة إستشاريّة، بل أنّه يملك سلطات في اتخاذ قرارات فردية، ذلك وفقاً لنصّ المادة 34 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم<sup>1</sup>، كما يعتبر مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة و يتمتع بالشخصية القانونية و الاستقلال المالي<sup>2</sup>، منه سنيين الطابع السلطوي (أولاً)، و الطابع الإداري (ثانياً)، و كذا استقلالية (ثالثاً) مجلس المنافسة.

### أولاً: الطابع السلطوي لمجلس المنافسة

يصنف مجلس المنافسة ضمن السلطات الإدارية المستقلة و تتمتع مثل هذه الهياكل الضبطية بالطابع السلطوي من خلال سلطاتها في اتخاذ القرار، بحيث يرى الجانب الأول من الفقه أنّه لا يمكن وصف أيّ جهاز بالطابع السلطوي إلا إذا كان يتمتع بسلطة اتخاذ القرارات الفردية، و ذلك لتمييزه عن الهيئة الاستشارية التي تقدّم آراء غير ملزمة، فتتمتع سلطات الضبط بالطابع السلطوي على أساس أنّها ليست مجرد هياكل استشارية، يظهر من خلال

<sup>1</sup> - أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - وفقاً لنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241، المؤرخ في 10 يوليو 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة و سيره، ج ر ع 39 مؤرخ في 13 يوليو 2011، المعدل و المتمم.

تمتعها بسلطة اتخاذ قرارات فردية نافذة ، و مثل هذا الاختصاص كان معترفاً به فيما سبق سواء للسلطة التنفيذية مثل منح التراخيص أو الاعتماد أو الاختصاص التنظيمي، أو كان من اختصاص السلطة القضائية مثل تمتع بعض السلطات الإدارية بالسلطة القمعية<sup>1</sup>.

أوكل الحق في اتخاذ القرارات الفردية لمثل هذه السلطات لغرض ممارستها لمهمتها الضبطية، أما جانب آخر من الفقه فإنه يرى رغم عدم تمتع بعض السلطات الإدارية المستقلة بسلطة اتخاذ القرار إلا أنها تكتسي الطابع السلطوي.

خارج المجال الاقتصادي و المالي هناك بعض الهياكل التي وصفها المشرع بالسلطات الإدارية المستقلة و منح لها الطابع السلطوي، بالرغم من كون اختصاصها لا يتعدى إصدار توصيات واقتراحات وتعليمات التي لا تلزم بها أحد، لا السلطة التنفيذية ولا المؤسسات الإدارية، ولا الأفراد بالتالي معنى السلطة في هذه الحالة ينطوي على تحمّل المسؤولية في إطار منظومة إدارية و ممارسة التأثير على الرأي العام<sup>2</sup>.

رغم تمتع مثل هذه الهيئات بالطابع الاستشاري الذي لا يتعدى إلى سلطة اتخاذ القرارات الفردية، إلا أنها تتمتع بسلطة التأثير le pouvoir d'influence الذي يسمح لها بتعديل المراكز القانونية أو إنشائها، و ذلك بالتأثير على السلطة التي تستشيرها<sup>3</sup>، هكذا لا تملك حق إصدار قرار إلا أنها تساهم في اتّخاذه.

### ثانياً: الطابع الإداري لمجلس المنافسة

يصنف مجلس المنافسة ضمن الهياكل الإدارية الضبطية والقرارات التي يتخذها هي قرارات إدارية، كون القرار الإداري أسلوب الإدارة الأمثل عند ممارستها لأنشطتها، بالتالي تمتع القرارات الإدارية بقريئة المشروعية وامتياز الأولوية يجعلونها تنفذ فور صدورهم حتى في حالات كونها محل الطعن بالإلغاء، و نجد مبررات قاعدة الأثر غير موقوف للطعن في القرارات

<sup>1</sup>- ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, op.cit. p.p. 19-21.

<sup>2</sup>- عبد الله حنفي، السلطات الإدارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 82- 102.

<sup>3</sup>- THOMASSET-PIERRE Sylvie, L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, L.G .D.J. Paris , 2001 , p.p. 18-19.

الإدارية في عدة أسس<sup>1</sup> منها: أنّ الإدارة تقوم بتنفيذ قراراتها بنفسها دون استئذان القضاء في ذلك حتى عندما يكون تنفيذ القرار لغرض المحافظة على مصلحة الغير، احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، و كذا كون العمل الإداري يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة بالتالي كلفت الإدارة بتحمل عبء إشباع الحاجات العامة لذا من الضروري أن تتوفر قراراتها على الضرورة و الاستعجال استجابة للمبادئ التي يقوم عليها المرفق العام .

منه تمتع سلطات الضبط بامتيازات السلطة العامة المعترف بها فيما سبق للهيئات الإدارية العامة يدل على طابعها الإداري<sup>2</sup>، مما يفرض خضوع مختلف أعمالها لرقابة القضاء الإداري مثلما تخضع له الأعمال الإدارية المتخذة من طرف الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام.

فالمهمة الضبطية تستوجب التمتع ببعض السلطات التي تمّ نقلها من السلطة التنفيذية و بالأخص من الوزير المكلف بالتجارة لتمنح إلى مجلس المنافسة مما أدى به إلى ممارسة اختصاصات كانت سابقاً من المهمة المعتادة لوزير التجارة<sup>3</sup>.

كما تمّ إنتهاج أسلوب إزالة التجريم من خلال منح المشرع لمجلس المنافسة الحق في النظر في الممارسات المقيّدة للمنافسة الحرة، بعدما كانت تقمع من طرف القاضي الجزائري مما جعل سلطات مجلس المنافسة متنوّعة و كثيرة نذكر منها بالأخص سلطة اتخاذ قرارات فردية، سلطة الترخيص لعمليات التجميع، سلطة التحقيق و سلطة حجز الملفات و سلطة التفتيش و المراقبة، سلطة اتخاذ التدابير التحفظية وإصدار الأوامر بالإضافة إلى السلطة القمعية<sup>4</sup>.

ويكمن أيضا الطابع الإداري لمجلس المنافسة من خلال إخضاع القرارات الصادرة عنه لرقابة القاضي الإداري فاستناداً إلى نص المادة 19فقرة 3 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم فإنّ المشرّع الجزائري جعل الاختصاص في النظر في الطعون بالإلغاء المرفوعة

<sup>1</sup>- فتحي وردية ، "وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة" ، أعمال الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 23-24 ماي 2007 ، ص.ص.329-330.

<sup>2</sup>- ZOUAIMIA Rachid , " Le statut juridique da la commission de supervision des Assurances" ,Revue idara, n° 31 ,2006 , p.p.4-6.

<sup>3</sup>- ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, Berti éditions, Alger, 2008, p. 69.

<sup>4</sup>-ZOUAIMIA Rachid , « Le conseil de la concurrence et la régulation des marchés », revue idara, n° 36,2008 ,p.p.7-45.

ضدّ قرارات رفض التجميع الصادرة عن مجلس المنافسة لمجلس الدولة دون غيرها من القرارات الأخرى الصادرة عن مجلس المنافسة،

خرج المشرّع الجزائري على الأصل العام و هو خضوع قرارات مجلس المنافسة للقضاء الإداري باعتباره سلطة إدارية، و ذلك بتقريره رقابة القضاء العادي بالتحديد الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر العاصمة على قرارات مجلس المنافسة التي يتّخذها في إطار الممارسات المقيّدة للمنافسة الحرة<sup>1</sup> و ذلك حسب نص المادة 63 من قانون المنافسة المعدل و المتمم مما أدى بالبعض إلى التساؤل حول أساس نقل الاختصاص من القضاء الإداري إلى القضاء العادي.

أجاب المجلس الدستوري الفرنسي على ذلك من خلال جعل أساس نقل اختصاص النظر في قرارات مجلس المنافسة الصادرة بمناسبة نظره في الممارسات المقيّدة للمنافسة من القضاء الإداري إلى القضاء العادي هو استجابة لمبدأ حسن سير العدالة و السعي في ضمّ جميع المنازعات المتعلقة بالمنافسة تحت رقابة هيئة قضائية واحدة، ذلك لتفادي تشتت منازعات المنافسة في أنظمة قضائية مختلفة الذي من شأنه أن يؤدي إلى تعارض الأحكام، و باعتبار أنّ القضاء المعني بصفة أكثر هو القضاء العادي نظرا إلى موضوع هذه الممارسات<sup>2</sup>.

### ثالثاً: استقلالية مجلس المنافسة

بالنسبة لإستقلالية هيكل الضبط تقاس من الناحية العضوية بعدم خضوعها للوصاية الإدارية و لا للسلم الإداري المباشر و يمكن استنتاج ذلك من خلال التطرق إلى عدة معايير تتمثل في تشكيلتها و كذا طريقة تعيين أعضائها<sup>3</sup> و مدة عضويتهم وكذا مدى التزامهم بنظام التنافي من أجل تحديد مركز أعضائها حيث من خلال التّعديل الذي استحدثه المشرّع

<sup>1</sup> - ZOUAIMIA Rachid, "Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien ", *revue du conseil d'Etat*. n° 7 ,2005 , p. p 51- 62.

<sup>2</sup> - للتفصيل أكثر حول اختصاصات مجلس المنافسة و أساس تمتعه بذلك أنظر: براهمي فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03/03 و القانون رقم 12/08، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2010، ص ص 22، 90.

<sup>3</sup> - GUEDON Marie-José, " L'hétérogénéité des données organiques" , in DECOOPMAN Nicole , s/dir, "Le désordre des autorités administratives indépendantes " , collection ceprisca Paris , 2002 , P.P.63-67

الجزائري في قانون المنافسة في سنة 2008 فإنّ مجلس المنافسة يضمّ اثني عشر (12) عضواً ينتمون إلى الفئات التالية :

- ستة أعضاء يختارون من بين الشّخصيات و الخبراء الحائزين على الأقلّ شهادة الليسانس أو شهادة جامعية مماثلة و خبرة مهنيّة مدّة ثماني سنوات على الأقل في المجال القانوني و/أو الاقتصادي و التي لها مؤهّلات في مجال المنافسة و التّوزيع و الاستهلاك و في مجال الملكيّة الفكرية.

- أربعة أعضاء يختارون من ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤوليّة و الحائزين شهادة جامعية و لهم خبرة مهنيّة مدّة خمس سنوات على الأقل في مجال الإنتاج و التّوزيع والحرف، و الخدمات و المهن الحرّة.

- عضوان مؤهّلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين<sup>1</sup>. جميع الأعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي<sup>2</sup>، كما يتأكد إنفراد رئيس الجمهورية بتعيين أعضاء مجلس المنافسة من خلال المرسوم الرئاسي رقم 99-240، المؤرخ في 27 أكتوبر 1999، يتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة<sup>3</sup>، يتم تجديد عهدة أعضاء مجلس المنافسة كل 4 سنوات في حدود نصف أعضاء كل فئة من الفئات<sup>4</sup> و يمنع أعضاء مجلس المنافسة من ممارسة بعض المهام و كذا امتلاك مصالح في بعض المؤسسات طيلة عهدهم و وفقاً للمادة 29 من قانون المنافسة المعدل و المتمم، لا يمكن لأي عضو في مجلس المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه و بين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة، أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية.

<sup>1</sup> - المادة 24 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل و المتمم، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - راجع المادتين 25 و 26 من الأمر نفسه.

<sup>3</sup> - حيث تنص المادة 3 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 99-240، المؤرخ في 27 أكتوبر 1999، يتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة، ج ر ع 76 مؤرخ في 31 أكتوبر 1999، على ما يلي :

" تطبيقاً لأحكام المادة 78-2 من الدستور، يعين رئيس الجمهورية في المناصب الآتية: 1-....

2- بعنوان المؤسسات الوطنية للدولة: -...- رئيس وأعضاء مجلس المنافسة....".

<sup>4</sup> - المادة 25 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل و المتمم، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

كما نعني باستقلالية هيئات الضبط وظيفياً أنه لا يمكن تعديل و لا إلغاء و لا استبدال قراراتها من طرف سلطة عليا<sup>1</sup>، بحيث تمنح استقلالية للسلطات الإدارية في ممارسة مهامها بعيداً عن كل تأثير خارجي<sup>2</sup>، كما أنه لا يخضع لا للوصاية الإدارية.

ورغم كون مجلس المنافسة يتمتع بالشخصية المعنوية<sup>3</sup> و كذا سلطته في وضع نظامه الداخلي و المصادقة عليه<sup>4</sup> و يتمتع بالاستقلال المالي وفقاً للمادة 23 من قانون المنافسة المعدل و المتمم إلا أن استقلاليته نسبية إذ ينبغي التذكير أن الاستقلالية المطلوبة في سلطات الضبط لا تعني على الإطلاق وضع هياكل مستقلة عن شخصية الدولة و مختصة بفتية و تقنية الضبط المفروض في القطاع<sup>5</sup>، بل يعني ممارسة سلطات الضبط لمهامها الضبطية خارج عن أي تأثير بالتالي تكون مستقلة عن الدولة من جهة و عن المتعاملين المسيرين لذلك القطاع من جهة أخرى بما فيهم المتعامل العمومي<sup>6</sup>، و من خلال ممارسة مجلس المنافسة للمهام الضبطية ظهر لنا ما يسمى بضبط المنافسة.

يتمتع مجلس المنافسة بعدة اختصاصات منها الاختصاص الرقابي و الاختصاص الاستشاري ولكن أخطر هذه الاختصاصات تتمثل في الاختصاص القمعي الذي من خلاله يقمع الممارسات المقيدة للمنافسة بالتالي تقتصر الدراسة على هذا الاختصاص دون غيره من الاختصاصات الأخرى لتبيان دور مجلس المنافسة في ترسيخ مبدأ المنافسة الحرة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام.

<sup>1</sup> - ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, op.cit.p 28.

<sup>2</sup> - KUTY Franklin, Droit de la concurrence, larcier , Paris , 2006, p 199

<sup>3</sup> - أما فيما يخص بتمتع سلطات الضبط بالشخصية المعنوية التي تجعلها تنفصل عن الدولة فهناك من يرى أن السلطات الإدارية المستقلة لا تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الدولة عند انشائها و لكن تطور مثل هذه السلطات أدى إلى ظهور هياكل جديدة تتمتع بالشخصية المعنوية تسمى بالسلطات العامة المستقلة des autorités publiques indépendantes و التي تعتبر أشخاص معنوية مستقلة عن الدولة تتحمل تبعة أعمالها و تستقل مسؤوليتها عن مسؤولية الدولة و هذه الأخيرة تقوم على أعمال السلطات الإدارية التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية فقط أنظر في ذلك: DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 431-432

<sup>4</sup> - المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241، المؤرخ في 10 يوليو 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة و سيره، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - لباد ناصر، السلطات الإدارية المستقلة، مجلة إدارة، عدد 21، 2001، ص ص 15-21.

<sup>6</sup> - CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché , op.cit., p.p. 480-483

## الفرع الثاني: دور مجلس المنافسة في قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة في ظل إبرام اتفاقية التفويض

بعد مراقبة مجلس المنافسة لتصرفات المتعهدين لإبرام اتفاقية التفويض يمكن له أن يصدر مجموعة من العقوبات بعد التأكد من أن هذه الأفعال تدخل ضمن ما يعرف بالممارسات المقيدة للمنافسة الحرة، لقد أثير إشكال حول أساس تمتع مجلس المنافسة بالسلطة القمعية لأنّ الدستور حوّل صراحة الحقّ في ممارسة السلطة القمعية لجهاز القضاء دون غيره، بالتالي الاعتماد على أساس قانوني يبرر نقل بعض اختصاصات السلطة القضائية إلى جهاز إداري سيضفي المشروعية على ممارسة سلطات الضبط للسلطة القمعية.

بالتالي فقد اختلف الفقهاء حول تحديد هذا أساس، فهناك من اعتمد على فكرة وحدة الجزاءات الإدارية أيّ أن جميع الجزاءات هي تأديبية، و هناك من فسره بفكرة ازدواجية الجزاء بين العام و التأديبي و هناك من حاول تبرير ذلك من خلال فكرة الضبط الاقتصادي<sup>1</sup>، بحيث أنّ السلطة القمعية تعتبر عاملاً أساسياً لقيام المهمة الضبطية و هي التي تحقق فعاليتها<sup>2</sup> وهو الرأي الراجح.

في فرنسا اعترف المجلس الدستوري أنّ السلطة القمعية التي تمارسها هذه السلطات مبنية على أساس فكرة امتيازات السلطة العامة<sup>3</sup>، و تتحدّد سلطتها القمعية في إطار المهام

<sup>1</sup>- عيساوي عز الدين ، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005 ، ص.ص.66-68 .

<sup>2</sup>-أنظر في ذلك : عيساوي عز الدين ، " الهيئات الإدارية المستقلة في مواجهة الدستور" ، أعمال الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 23-24 ماي 2007 ص.ص.24-42 ، و كذلك أنظر: TEITGEN COLLY (C) , " Les instances de régulation et la constitution " , R.D.P, n° 01 ,1990 p.p153-261.

<sup>3</sup>- أصبح تمتع سلطات الضبط بالسلطة القمعية أمراً لا يثير أيّ إشكال باعتبار أنّ المجلس الدستوري الفرنسي أكد - و في العديد من المرات - دستورية السلطة القمعية المنوطة بالسلطات الإدارية، ومثل هذا الاختصاص لا يثير أيّ مخالفة لا لمبدأ الفصل بين السلطات و لا لأيّ مبدأ آخر ذي قيمة دستورية باعتبار أنّ هذه السلطات تمارس نشاطها في إطار امتيازات السلطة العامة، أنظر في ذلك

Conseil constitutionnelle , Décision n° 89-260 ,DC, du 28 juillet 1989 , [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) .

المخوّل لها بموجب نصّ تشريعيّ يهدف إلى احترام الحقوق و الحريات المعترف بها دستورياً<sup>1</sup> ، و ينبغي على مجلس المنافسة عند ممارسته لسلطته القمعية أن يحترم مجموعة من الشروط من بينها أن يمارس هذا الاختصاص في حدود ما نص عليه النص التشريعي المخوّل له السلطة القمعية ولا يخرج عن ذلك التأطير، ألا يصدر عقوبات سالبة للحرية، و أن يحترم مبادئ المحاكمة العادلة المعروفة قضاءً.

بالتالي سنتطرق إلى إجراءات مراقبة و قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة في ظل ابرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام، ابتداء من الإخطار (أولاً)، إلى التحقيق (ثانياً)، و الفصل في القضية (ثالثاً).

### أولاً: إخطار مجلس المنافسة بالممارسات المقيدة للمنافسة

الإخطار هو إعلام مجلس المنافسة بوقائع معينة من أجل اتخاذ الإجراءات الضرورية التي يخولها له القانون، و يمثل الإخطار بداية اتصال مجلس المنافسة بالقضية<sup>2</sup> و يكون الإخطار أصلياً إذا أخطر مجلس المنافسة تلقائياً<sup>3</sup>، أو إذا قدم الإخطار من طرف كلّ من الوزير المكلف بالتجارة<sup>4</sup> المؤسسات الاقتصادية<sup>5</sup>، جمعيات حماية المستهلكين<sup>6</sup> و الجماعات المحلية و

<sup>1</sup> - LEFEBVRE José , "Le pouvoir de sanction, le maillage répressif " , , in DECOOPMAN Nicole , s/dir, "le désordre des autorités administratives indépendantes " , collection cepisca , Paris, 2002, p.111.

<sup>2</sup>- عيساوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو 2005، ص 84.

<sup>3</sup> - المادة 44 فقرة أولى من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.  
<sup>4</sup> - لمعلومات أكثر حول طريقة إخطار الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة أنظر: ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 و الأمر رقم 03/03، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع قانون الأعمال، جامعة تيزي وزو ، 2004 ، ص ص 28-29.

<sup>5</sup> يقصد بالمؤسسة كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس بصفة دائمة نشاط الاستيراد بالإضافة إلى التوزيع و الخدمات و الإنتاج أنظر المادة 3 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>6</sup> تلعب هذه الجمعيات دور وقائي و تربوي préventif et éducatif في مجال حماية المستهلك أنظر في ذلك:

FILALIE (D), FETAT(F), et BOUCENDA (A), « Concurrence et protection du consommateur dans le domaine alimentaire en Algérie », RASJEP, n° 1, 1998, P.67.

الجمعيات المهنية و النقابية، كما يمكن للإخطار أن يكون فرعياً إذا قدم من طرف الجهات القضائية<sup>1</sup>، ويملك مجلس المنافسة حق ضم الإخطارات المتعددة أو تجزئتها<sup>2</sup>.

ويستلزم لقبول الإخطار شروط شكلية و المتمثلة في توفر لدى المخاطر شرطاً الصفة و المصلحة<sup>3</sup>، بالإضافة إلى هذين الشرطين هناك شروط أخرى شكلية تحدّد وفق النظام الداخلي لمجلس المنافسة، بحيث يخطر المجلس وفق عريضة مكتوبة ترسل إلى رئيسه<sup>4</sup>

يجب إيداع طلبات الآراء و الإخطارات المنصوص عليها في المادتين 35 فقرة 2 و 44 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل و المتمم، المتعلق بالمنافسة، أو إرسالها عن طريق رسالة مضمونة مع وصل بالاستلام إلى مجلس المنافسة في أربعة (04) نسخ و يجب إيداع طلبات الآراء و الإخطارات على مستوى الأمانة العامة لمكتب النظام العام لمجلس المنافسة، و يتضمن موضوع الإخطار عرض الوقائع التي تميز هذا الانتهاك و الظروف الأخرى ذات الصلة لاسيما التي لها علاقة بالقطاع و المنطقة الجغرافية المعنية و المنتجات و الخدمات المتأثرة و الشركات المعنية و أيضاً السياق القانوني و الاقتصادي ذو الصلة؛ هوية و عناوين الشركات أو الجمعيات التي يسند إليها صاحب الشكوى هذه الخروق، في حالة ما إذا كان باستطاعته تحديد هويتها.

في حالة عدم الامتثال لهذه الإجراءات يتم طلب تسوية عن طريق رسالة مضمونة مع وصل بالاستلام من قبل مديرية الإجراءات إلى صاحب الشكوى أو إلى ممثله المفوض الذي يجب عليه الامتثال أمامها في غضون فترة لا تتجاوز خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ التبليغ يتم تسجيل الإخطارات و الوثائق الملحقة التي تحترم الأحكام الواردة في النظام الداخلي من قبل مديرية الإجراءات و توضع بطابع يدل على تاريخ استلامها أو إيداعها كما أن التسجيل يقابله

<sup>1</sup> - المادة 38 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - لخضاري أعمار، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافسة في القانونين الجزائري و الفرنسي، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة تيزي وزو، 2004، ص 53.

<sup>3</sup> - عيساوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، مرجع سابق، ص 76.

<sup>4</sup> - المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241، المؤرخ في 10 يوليو 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة و سيره، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

منح وصل استلام من قبل مديرية الإجراءات، يشير وصل الاستلام إلى تاريخ التسجيل، رقم القضية وموضوعها، والتي يجب على الأطراف ذكرها في جميع مراسلاتهم<sup>1</sup>.

أما الشروط الموضوعية فتتمثل في كون موضوع الإخطار من بين الوقائع التي يختص بها مجلس المنافسة<sup>2</sup>، وإلا صرح المجلس بعدم قبول الإخطار، من بين الشروط الموضوعية أيضاً التي يستوجب القانون توفرها هو ألا تتجاوز الوقائع المرفوعة إلى مجلس المنافسة مدة 3 سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة<sup>3</sup>، وأما في حالة كون مثل هذه الممارسات المقيّدة للمنافسة نتيجة لعقد أبرم بين متعاملين اقتصاديين أو أكثر فإنه يعتد بيوم وقوع الأثر المقيّد للمنافسة أي يعتد بمضمون هذا العقد و لو كان تاريخ نشوئه يعود لأكثر من 3 سنوات<sup>4</sup>.

بالإضافة إلى ذلك يجب إرفاق الإخطار بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية<sup>5</sup> حتى لا ينشغل مجلس المنافسة بمجرد إدعاءات أو بمسائل لا أساس لها و ذلك على حساب القضايا الأساسية التي أنشئ من أجلها كسلطة ضبط السوق<sup>6</sup>.

تنص المادة 46 من قانون المنافسة المعدل و المتمم على أنه يمكن لمجلس المنافسة اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيّدة للمنافسة الحرة موضوع التحقيق بشرط تقديمها في وثيقة منفصلة عن تلك المتعلقة بالإخطار، والتي تعتبر ملحققة لها و يجب أن تتضمن

<sup>1</sup>- للتدقيق أكثر حول هذه الإجراءات راجع المواد من 7 إلى 11 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الصادر بموجب القرار رقم 1 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المنشور على الموقع [www.conseil-concurrence.dz](http://www.conseil-concurrence.dz)

<sup>2</sup>- وفقاً للمادة 44 فقرة 2 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup>- وفقاً للفقرة 4 من المادة 44 من الأمر نفسه.

<sup>4</sup>- كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، فرع القانون العام، جامعة تيزي وزو، 2005، ص 288.

<sup>5</sup>- وفقاً للفقرة 3 من المادة 44 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>6</sup>- كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، مرجع سابق، صص 292-294.

التوضيحات والدوافع التي أدت إلى طلب تلك التدابير كما يجب أن تشمل الوثيقة على مجموعة من البيانات تتمثل أساساً في الإشارة إلى مرجع رقم تعريف الإخطار، عندما يكون قد منح لها رقم مسبق، الملابس المؤسسة للسلوكيات التي يمكنها أن تشكل ممارسات مقيدة للمنافسة، و الملابس التي تؤدي إلى المساس بشكل خطير وفوري بالمصالح المذكورة في المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة، و وصف التدابير المؤقتة المطلوبة، و تقدم طلبات التدابير المؤقتة في أربعة (04) نسخ.

من الممكن أن ترفق طلبات التدابير بوثائق ملحقة والتي يجب تقديمها بالطريقة المنصوص عليها في النظام الداخلي للمجلس ثم يتم تسجيلها في الأمانة العامة لمكتب التنظيم العام حسب الأشكال والكيفيات التي تحددها المادتين 14 و 15 من هذا النظام الداخلي للمجلس.

يجب أن تصل الوثائق المرسلة في إطار فحص التدابير المؤقتة أو في حالة ما إذا كان لإرسال مبرراً بوجود وقائع جديدة إلى مجلس المنافسة في أجل معقول وملائم، مع احترام حق الواجهة وفي أجل لا يتجاوز ثمانية (08) أيام قبل التاريخ المحدد لانعقاد الجلسة و يكون إيداع هذه الوثائق مقابل تسليم وصل استلام<sup>1</sup>.

توقع الإخطارات والطلبات أو الإشعارات المودعة لدى مجلس المنافسة من قبل الأطراف التي تصدرها، من قبل الممثل الذي فوضوه أو المحامي الذي تم تحديده كموطن مختار، بحيث يجب توكيل الممثل بموجب اتفاقية موقعة من قبل الموكل والوكيل أو بواسطة عقد توثيقي. كل مراسلات المجلس نحو أي طرف ترسل إلى مقراتهم الاجتماعية أو إلى العناوين المشار إليها في الإخطار أو إلى الموطن المختار، كما يجب تقديم أي وثيقة ومستند أمام المجلس باللغة العربية أو إرفاقها بترجمة رسمية وفقاً لأحكام المادة 8 الفقرة 2 من القانون 09-08 المتضمن للإجراءات المدنية والإدارية، و يجب أن ترسل نسخة واحدة من الإخطار والوثائق الملحقة بها، وكذا بالنسبة لطلب التدابير التحفظية والوثائق الملحقة بها، والوثائق الأخرى المقدمة في إطار

<sup>1</sup> - المواد من 11 إلى 13 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

إجراءات مراقبة الممارسات المقيدة للمنافسة، فضلاً عن نسخة من نسخ الإشعار أو الوثائق الملحقة بها في إطار إجراء مراقبة عمليات التجمعات في نسخة رقمية في شكل "صيغة إلكترونية"<sup>1</sup> و قد تم تحديد البيانات المستخدمة لهذا الغرض على الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة<sup>2</sup> يجب تقديم نسخة ورقية قبل أو بالتزامن مع إرسال النسخة الإلكترونية حسب الأشكال والآجال المحددة في النظام الداخلي للمجلس.

يتم الاحتفاظ بكل وثيقة من الوثائق المقدمة في إطار إجراءات مراقبة الممارسات المقيدة للمنافسة في شكلها الأصلي، على مستوى مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات و تخضع هذه الوثائق لمعالجة الكترونية، لفهرستها، ترتيبها وتصنيفها<sup>3</sup>.

#### ثانياً: التحقيق في مدى ثبوت الممارسات المنافية للمنافسة

ثم تبدأ المرحلة الثانية و هي مرحلة التحقيق الحضورى تتضمن أيضاً مرحلتين متميزتين<sup>4</sup> حيث أنّ الأولى تبدأ بإرسال المآخذ و تبليغها إلى الأطراف المعنية الذين يمكن لهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز 3 أشهر<sup>5</sup> بعد الإطلاع على الملف<sup>6</sup> كما يمكن للأشخاص الذين استمّع إليهم الاستعانة بمستشار<sup>7</sup>، ثم تبدأ المرحلة الثانية بتبليغ التقرير النهائي إلى الأطراف المعنية و إلى الوزير المكلف بالتجارة الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين كما يحدّد لهم أيضاً تاريخ الجلسة، بحيث يمكن للأطراف أن تطلع على الملاحظات المكتوبة قبل 15 يوماً من تاريخ الجلسة، و يمكن للمقرّر إبداء رأيه في هذه الملاحظات المكتوبة<sup>8</sup>

<sup>1</sup> - راجع المادتين 19 و 20 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - يتمثل الموقع الإلكتروني الرسمي لمجلس المنافسة في: [www.conseil-concurrence.dz](http://www.conseil-concurrence.dz)

<sup>3</sup> - راجع من المادة 21 إلى المادة 23 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - للتدقيق أكثر حول مرحلة التحقيق الحضورى أنظر: كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون

الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص ص 311-326.

<sup>5</sup> - المادة 52 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>6</sup> - عيساوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، مرجع سابق، ص 75.

<sup>7</sup> - المادة 53 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>8</sup> - المادة 55 من الأمر نفسه.

كما يمكن للأطراف تعيين ممثلاً عنها أو إحصار معها محامياً أو أي شخص تراه مناسباً<sup>1</sup>، و لا يمكن لمجلس المنافسة بناء قراره على مستندات و وثائق سُحبت من الملف<sup>2</sup>.

يرسل رئيس مجلس المنافسة الإخطارات و طلبات التدابير المؤقتة و طلبات إبداء الرأي فور تسجيلها إلى المقرر العام عندما يقرر رئيس مجلس المنافسة اللجوء إلى خبير أو أكثر، يجعلهم يوقعون مسبقاً على تصريح شرقي يشهدون فيه أنهم ليسوا في وضعية تضارب المصالح، مع الأخذ في الاعتبار لهوية أطراف القضية و إلزامهم باحترام سرية التحقيق أو مختلف الأشغال بغض النظر عن طبيعتها<sup>3</sup>.

الاطلاع على الملفات المذكور في المادة 30، الفقرة 3 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل و المتمم، المتعلق بالمنافسة، يمكن أن يكون خلال أيام الدوام الرسمي غير أنه يمكن للرئيس أن يرفض و بناء على طلب مكتوب و معلل من الأطراف، رفض تسليم الوثائق التي تكون محل سر الأعمال في هذه الحالة، تسحب هذه الوثائق من الملف و لا يمكن استخدامها كعنصر تقدير في القرار الذي يصدر عن المجلس يتم الاطلاع على النحو التالي ينبغي على الأطراف أو محاميهم أخذ موعد مسبق مع مديرية الإجراءات و متابعة الملفات.

ينبغي على المحامين الحضور في الموعد المحدد مرفقين بوثائق تثبت تمثيلهم لمصالح موكلهم، ما عدا الحالات أين تكون قد أرسلت مسبقاً إلى المجلس و أين يكون الممثلين قد قاموا بإصدار مذكرات، و وثائق إثباتيه أو ملاحظات تتضمن اختيار الموطن.

يتم الاطلاع بحضور عون مديرية الإجراءات و متابعة الملفات يسمح للطرف المعني أو لمحامييه بالاطلاع على الملف كاملاً باستثناء المعلومات و الوثائق أو جزء منها التي تكون محل إجراء حماية لسرية الأعمال اتجاه هذا الطرف، كما يمكن لممثل الوزير المكلف بالتجارة

<sup>1</sup> - المادة 30 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 30 فقرة 3 من الأمر نفسه.

<sup>3</sup> - راجع من المادة 24 إلى المادة 27 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

الحصول على نسخة من الوثائق أو أجزاء منها، و يمكن للأطراف المعنية أو محاميهم تصوير نسخة عن جميع الوثائق أو أجزاء منها على نفقتهم الخاصة<sup>1</sup>.

يمكن إنشاء لجان مضبوطة برئاسة رئيس المجلس أو نائبه و يمكن لمجلس المنافسة أن ينشئ إن اقتضى الأمر أي فريق عمل جماعي وأية لجنة تقنية للتفكير والدراسة والتحليل حيث يتم تحديد تكوين وطبيعة الأشغال والمدة بعد المداولة من قبل المجلس<sup>2</sup>.

يضبط رئيس المجلس الرزنامة لتاريخ وساعة الجلسات وترسل من قبل مدير الإجراءات ومتابعة الملفات إلى نواب الرؤساء والأعضاء والمقرر العام وممثل الوزير المكلف بالتجارة واحد وعشري (21) يوما قبل تاريخ انعقاد الجلسة<sup>3</sup> ثم يتم إرسال الدعوة لحضور الجلسات للأطراف وممثل الوزير المكلف بالتجارة من قبل رئيس المجلس وتشير الدعوة إلترقم القضية المعنية، موضوع القضية المعنية، تاريخ ومكان وساعة الجلسة، يبلغ ملف القضية إلى أعضاء المجلس وممثل الوزير المكلف بالتجارة، في أجل لا يقل عن واحد وعشرين (21) يوما عن التاريخ المقرر لانعقاد الجلسة و في حالة ما إذا قام طرف بإرسال وثيقة، يجب أن ترسل فوراً بأي وسيلة كانت إلى أعضاء المجلس وممثل الوزير المكلف بالتجارة، يجب على الأطراف الراغبة في حضور الجلسة أن تعلم رئيس المجلس في أجل لا يتجاوز ثمانية (8) أيام من تاريخ الجلسة، مع تحديد أسمائهم وصفاتهم، ويجب على الأطراف الراغبة في أن يستمع إليها خلال الجلسة أن تقدم طلباً بذلك<sup>4</sup>.

وفي حالة تعذر على العضو حضور المداولة لأي سبب من الأسباب الواردة في المادة 29 الفقرة 1 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، فعليه أن يبلغ على الفور رئيس المجلس، في جميع الأحوال، ثمانية (08) أيام قبل تاريخ انعقاد

<sup>1</sup> - راجع المادة 28 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - تطبيقاً لأحكام المادة 10، الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241، المؤرخ في 10 يوليو 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة و سيره، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - راجع المادة 31 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - راجع من المادة 32 إلى المادة 34 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

الجلسة، وفي حالة ما إذا رأى رئيس المجلس أن عضوا من الأعضاء لا يمكنه المشاركة في المداولة في قضية ما، يخبره بذلك على الأقل ثمانية (08) أيام قبل انعقاد الجلسة<sup>1</sup>.

### ثالثاً: الفصل في القضية

تفتتح الجلسة بعد التحقق من اكتمال النصاب القانوني من طرف رئيس مجلس المنافسة أو نائبه الذي يحل محله في حالة غيابه أو وجود مانع يحول دون حضوره يقوم رئيس الجلسة بتسيير المناقشات وضبط النظام أثناء انعقادها يستمع المجلس إلى الأطراف المتنازعة وفقاً لمبدأ الوجاهة و يمكن للأطراف الاستعانة بمحاميا أو أي شخص آخر تختاره الذين بإمكانهم الحضور من قبل محاميم أو أي شخص من اختيارهم، يقوم رئيس الجلسة مع افتتاحها بإعطاء الكلمة على التوالي للمقرر أو المقررين، المقرر العام، ممثل الوزير المكلف بالتجارة ثم للأطراف المعنية بالقضايا في حال ما إذا كانت حاضرة أو ممثلة، يمكن للرئيس أن يعطي الكلمة للأعضاء الذين يريدون التدخل. ترفع الجلسة من قبل رئيس الجلسة.

لضمان انعقاد جلسات هيئة المجلس بانتظام، دون عدم مقدرة عضو من أعضائه، فسيتم قبول وكالة تمثيل الأعضاء لزملائهم من نفس الفئة في حدود وكالة واحدة لكل عضو، ويمكن للرئيس تعليق الجلسة في جميع الحالات التي يبدو له فيها هذا التعليق مناسباً بعد أخذ رأي أعضاء المجلس. في حالة ما إذا كان الهدف من التعليق هو السماح لطرف ما بتقديم ملاحظات كتابية أو وثائق أو عناصر إضافية، يقوم الرئيس بتحديد أجل مناسب لذلك ويتم إرسال المستند منذ تسلمه إلى أعضاء التشكيلة الذين حضروا كذلك إلى المقرر العام أو المقرر الذي حقق في القضية وإلى الأطراف الأخرى وإلى ممثل الوزير المكلف بالتجارة<sup>2</sup>.

تحرر المحاضر الرسمية من قبل كاتب الجلسة، تحت مسؤولية مدير الإجراءات ومتابعة الملفات تشير المحاضر إلى رقم وموضوع القضية المعنية، تاريخ الجلسة، ساعة بداية ونهاية الجلسة، وعند الاقتضاء، ساعة تعليقها وإعادة استئنافها، التشكيلة التي فحصت القضية

<sup>1</sup> - راجع المادة 35 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المواد 36 - 37 - 38 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع نفسه.

وأسماء وألقاب رئيس الجلسة والأعضاء الذين حضروا الجلسة، أسماء و ألقاب المقرر العام و / أو المقررين المشاركين في الجلسة، الأسماء الكاملة للأفراد الذين قدموا تعليقات نيابة عن الأطراف المعنية بالقضية، الحوادث إن وقعت أثناء الجلسة أو أي عنصر آخر يقرر رئيس الجلسة تدوينه في المحضر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف المعني، إذا سُمح للمقرر أو مجموعة من المقررين استخدام أجهزة الإعلام الآلي أو وسائل عرض أخرى، فإن الدعائم يجب إن تلحق بمحضر الجلسة، ما عدا في حالة تقديم نسخة ورقية إلى الأطراف خلال الجلسة ويوقع المحضر من قبل رئيس وكاتب الجلسة في حالة وجود مانع بالنسبة لكاتب الجلسة، يتم توقيعه من قبل مدير الإجراءات ومتابعة الملفات يتم الاحتفاظ بالمحاضر من قبل مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات<sup>1</sup>.

تتم المداولة في جلسة مغلقة يشرف رئيس الجلسة على المناقشات وان بدا له ضروريا، يعرض اتجاه القرار أو الرأي إلى التصويت عن طريق رفع اليد أو ورقة سرية التصويت غير ا لمعبر عنه أو الامتناع لا يؤخذان بعين الاعتبار عند احتساب الأغلبية<sup>2</sup>.

كل قرار أو رأي يكون محل نسخة أصلية تحرر في نسخة واحدة ويعطى لها رمز يتطابق مع طبيعة القضية ورقمها التسلسلي تتضمن النسخة الأصلية للقرارات والآراء إلى اسم ولقب الأعضاء، اسم ولقب المقرر العام أو المقررين الذين حضروا الجلسة. وتوقع من قبل رئيس وكاتب الجلسة. في حالة وجود مانع بالنسبة لكاتب الجلسة، يتم توقيعه من قبل مدير الإجراءات ومتابعة الملفات. يتم الاحتفاظ بالمحاضر من قبل مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات<sup>3</sup>.

تنشر القرارات الصادرة عن المجلس في النشرة الرسمية للمنافسة وعلى الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة و تطبيقا لأحكام المادة 49 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل

<sup>1</sup> - أنظر المادة 39 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 40 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 41 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع نفسه.

والمتمم، يمكن نشر مستخرجات من هذه القرارات وكل المعلومات الأخرى عبر أية وسائل إعلامية أخرى<sup>1</sup>.

يمكن تصحيح الأخطاء أو الإغفال المادي بقرار يصدره مجلس المنافسة سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من أحد الأطراف في أجل شهر واحد (01) ابتداء من تاريخ تبليغ القرار أو الرأي. ويبلغ قرار التصحيح لنفساً لأشخاص المعنيين بالقرار أو الرأي محل التصحيح وينشر في النشرة الرسمية لمجلس المنافسة وعلى الموقع الإلكتروني للمجلس، بعد تحرير النسخة الأصلية ويبين على هامش النسخة الأصلية القرار أو الرأي الذي خضع للتصحيح<sup>2</sup>.

يؤشر على مطابقة النسخ المتعلقة بالقرارات والآراء للأصل من قبل مدير الإجراءات ومتابعة الملفات<sup>3</sup>.

يمكن لمجلس المنافسة اتخاذ إجراءات تحفظية وفقاً للمادة 46 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم ، وذلك عندما يكون الإخطار أصلياً و تتوفر فيه كافة الشروط الشكلية الموضوعية، ويجب أن تكون الممارسة المشتكى منها تمسّ بشكل فوري و خطير بالاقتصاد الوطني أو القطاع المعني أو مصالح المستهلكين أو الجهة المشتكية، كما يجب على هذه الأخيرة أن تثبت مساس هذه الممارسات بالمنافسة بشكل فوري و خطير، و كذا العلاقة السببية بين الضرر الذي أصيبت به و الفعل المذكور في الإخطار<sup>4</sup>.

بالإضافة إلى ذلك يمكن لمجلس المنافسة الترخيص للاتفاقات المحظورة و الممارسات التعسفية استناداً إلى المادة 9 من الأمر 03-03 المتعلقة بالمنافسة المعدل و المتمم و كذا التصريح بعدم تدخله استناداً إلى المادة 8 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم،

<sup>1</sup> - وفقاً لنص المادة 42 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - راجع نص المادة 43 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع نفسه.

<sup>3</sup> - راجع نص المادة 44 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع نفسه.

<sup>4</sup> - كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي ، مرجع سابق،

كما أنّ كميّات تقديم طلب الاستفادة من هذا التصريح محدّدة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-175<sup>1</sup>.

لمجلس المنافسة التدخل عن طريق قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الثابتة بصفة واضحة لا تترك أي مجال للشك و الذي كشف عنها بعد التحقيق الذي أجراه، وتتميز العقوبات التي يتخذها مجلس المنافسة بالطابع الإداري لكونه سلطة إدارية مستقلة<sup>2</sup>، بالتالي لا تتعدى الغرامات المالية التي تحصل باعتبارها ديوناً مستحقة للدولة<sup>3</sup> و يستند مجلس المنافسة على مجموعة من المعايير لتحديد الغرامات المالية.

بحيث من خلال القانون رقم 08-12 المعدّل و المتّم للأمر 03-03 المتعلّق بالمنافسة، فإنّه أضاف المشرّع المادة 62 مكرراً التي من خلالها وضع أسس تحديد العقوبات المالية التي يفرضها مجلس المنافسة، وقد تبني المشرّع الجزائري تقريباً نفس المعايير المعتمدة في القانون الفرنسي<sup>4</sup> و المتمثلة أساساً في معيار خطورة الممارسات المرتكبة<sup>5</sup> وقد أعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أنّ أخطر هذه الممارسات هي ممارسات المقاطعة أو الإخراج من السوق<sup>6</sup>، وكذا معيار معيار الضرر الذي لحق بالاقتصاد الوطني<sup>7</sup>، و معيار الفوائد المجمعّة من طرف مرتكبيّ المخالفات و معيار أهمية وضعيّة المؤسسة المعنية في السوق وقت نطق مجلس المنافسة

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 05-175، مؤرخ في 12 ماي 2005، يحدد كميّات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعيّة الهيمنة على السوق، ج ر ع 35، مؤرخ في 18 ماي 2005.

<sup>2</sup> - المادة 23 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المعدل و المتّم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - المادة 71 من الأمر نفسه.

<sup>4</sup> - المعايير المعتمدة في القانون الفرنسي هي: مدى خطورة الأفعال، مدى جسامة الأضرار التي لحقت بالاقتصاد و حالة مرتكبي الممارسة، و كذا معيار التكرار المحتمل للممارسة، لمقارنة الوضع في القانونين الجزائري و الفرنسي أنظر في ذلك: لخضاري أعمار، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافسة في القانونين الجزائري و الفرنسي، مرجع سابق، ص ص 89-90.

<sup>5</sup> - BOUTARD-LABARDE, Marie Chantal et CANIVET Guy, Droit français de la concurrence, L.G.D.J. Paris, 1994, p.212.

<sup>6</sup> - Conseil de la concurrence, Décision n° 95-D-16 du 14 février 1995, relative à des pratiques pratiques anticoncurrentielles, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).

<sup>7</sup> - كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 354.

بالعقوبات المالية<sup>1</sup> و معيار مدى تعاون المؤسسة المتهمة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية و في هذه الحالة تستفيد المؤسسة من التخفيض مهما كانت طبيعة المخالفة المرتكبة<sup>2</sup>.

عمل المشرّع الجزائري من خلال تعديل قانون المنافسة على تحيين العقوبات المالية المقررة من قبل مجلس المنافسة، و ذلك لإضفاء عليها الصفة الردعية الحقيقية لأنّ العقوبات المالية الحالية تجاوزها الزمن، ويمكن تقسيم الغرامات المالية التي يتخذها مجلس المنافسة إلى غرامات مقررة لقمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة<sup>3</sup>، بما فيه الشخص الطبيعي الذي الذي ساهم شخصياً و بصفة احتيالية في تنظيم و تنفيذ هذه الممارسات<sup>4</sup>، وكذا غرامات تفرض على المؤسسة المتحايلة في مرحلة التحقيق<sup>5</sup> و غرامات تهديدية<sup>6</sup> و غرامات مقررة في حالة مزاوله النشاط دون الترخيص لعمليات التجميع<sup>7</sup>، هذا بالإضافة إلى العقوبات التكميلية<sup>8</sup>.

الجدير بالذكر أنّ السّلطة القمعية التي يتمتع بها مجلس المنافسة تخضع لنفس المبادئ العقابية المطبقة أمام القضاء الجنائي، من خلال احترام حقّ الدفاع المقرر لمرتكبي الجريمة الذين يمكنهم الاستعانة بمدافع، و كذا تحديد التهمة المنسوبة إليهم، و تسبب القرار الذي

<sup>1</sup> - Conseil de la concurrence , Décision n° 93-D-06 du 29 avril 1993, relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'enseignement de la conduite des véhicules, [www.utoritedelaconcurrence.fr](http://www.utoritedelaconcurrence.fr).

<sup>2</sup> - المادة 60 من الأمر رقم 03-03 ، المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - المادة 56 من الأمر نفسه .

<sup>4</sup> - أنظر المادة 57 من الأمر نفسه و الملاحظ أنّ المادة استعملت عبارة " في تنظيم و تنفيذ " بالتالي لا يكفي تنظيم الممارسة الممارسة من طرف شخص طبيعي لمعاقبته بل يجب أن يقترن التنظيم بالتنفيذ .

<sup>5</sup> - أنظر المادة 59 من الأمر رقم 03-03 ، المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، يتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم ، مرجع سابق.

<sup>6</sup> - أنظر المادة 58 من الأمر نفسه.

<sup>7</sup> - أنظر المادتين 61 و 62 من الأمر نفسه.

<sup>8</sup> - أنظر المادة 49 من الأمر نفسه.

من خلاله يقوم مجلس المنافسة بممارسة اختصاصه القمعي<sup>1</sup>، كما يمكن للمتضرر من هذا القرار أن يطعن ضده أمام القضاء الإداري إذا تعلق الأمر بعملية التجميع أو أمام القضاء العادي إذا تعلق الأمر بممارسة مقيدة للمنافسة الحرة<sup>2</sup>.

يتضح مما سبق أنّ مجلس المنافسة يختص بقمع الاتفاقات التي تبرم بين مؤسسة وطرف آخر مستقل عنها لغرض تقييد المنافسة، ورغم كون مؤسسة ما في وضعية هيمنة أو تبعية اقتصادية بالأمر المشروع إلا أنّ الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية يستدعي تدخل مجلس المنافسة<sup>3</sup>، خاصة إذا كان ذلك يقيد المنافسة أو يهدف إلى تخصيص اتفاقية التفويض لمعامل متعهد محدد بالذات أو أن هذا الفعل يهدف إلى التحايل على الهيئة المفوضة بإيهاها أن إختيارها للمفوض إليه كان استنادا لمبدأ المنافسة.

لمجلس المنافسة كذلك أن يرخص لعمليات التجميع التي يفوق حدها 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق ما، أو يرفضه بمقرر معلل بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المعني قطاعه بالتجميع، كما يمكن أن يقبل بالتجميع بعد فرض شروط من شأنها التخفيف من آثاره على المنافسة أو أنّ المؤسسة هي التي تتعهد بذلك من تلقاء نفسها<sup>4</sup>.

أخيراً نسلم أن المشرع الجزائري كلف كل من القضاء الإداري الاستعجالي و مجلس المنافسة بمهمة ضمان إبرام اتفاقية التفويض وفق مبدأ المنافسة، بحيث جعل هناك توزيع في الاختصاص في قمع الممارسات والسلوكات التي تحول دون تطبيق مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية التفويض من خلال تكليف القضاء الإداري الاستعجالي بمراقبة تصرفات الهيئة

<sup>1</sup> - SALOMON Renaud, " Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière, conformité aux garanties fondamentales", R.D.B.F., n° 12001, p.p. 42-51.

<sup>2</sup>- LAIDIE Yan, " Brèves observations sur les difficultés de la dévolution du contentieux de la concurrence", R.F.D.A., n°3, 2000, p.568.

<sup>3</sup>-شلي أمل محمد، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الاحتكار دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2008، ص 57 و ما بعدها.

<sup>4</sup>- المادة 19 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، مرجع سابق.

المفوضة و تكليف مجلس المنافسة بمراقبة تصرفات المتعاملين المتعهدين لإبرام اتفاقية التفويض.

لكن هذا التوزيع في الاختصاص ليس توزيعاً جامداً و إنما جعل المشرع مهام الهيكلين متكاملة<sup>1</sup>، و يظهر لنا هذا التكامل من خلال إمكانية طلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة و لا يبدي رأيه إلا بعد اجراءات الاستماع الحضورى إلا إذا كان قد سبق له و ان درس القضية المعنية و تبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة بناء على طلبه المحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه<sup>2</sup>.

كذلك يظهر لنا هذا التكامل من خلال التدخل الثنائى لمجلس المنافسة و القضاء الإدارى و لا يمكن استبعاد تدخل مجلس المنافسة بحجة أن القضاء الإدارى ألغى إجراءات الإبرام اتفاقية التفويض<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie, Droit public de la concurrence, op.cit., p 149.

<sup>2</sup> - المادة 38 من الأمر رقم 03-03 ، المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، يتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم ، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - و هذا هو موقف مجلس المنافسة الفرنسى في العديد من قراراته أنظر على سبيل المثال:

CONS. CONC., Déc. n° 03-D-46 du 30 septembre 2003, relative à des pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes Maritimes, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).

## الفصل الثاني

التضييق من نطاق أعمال مبدأ المنافسة عند  
إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

لكي لا تكون الحرية التعاقدية للأشخاص المعنوية العامة حرية تامة و مطلقة تم تقييدها بمجموعة من إجراءات إبرام العقود الإدارية التي تعبر عن تطبيق مبدأ المنافسة الحرة، و ذلك لعد فسح المجال أمام الهيئة الإدارية المتعاقدة للتعسف في إختيار المتعاقد معها، و لكن من جهة أخرى تطبيق مبدأ المنافسة و أعماله لن يكون تطبيقا تاما بل يمكن التضييق من مجال أعماله.

يتحدد مجال تطبيق مبدأ المنافسة الحرة على كل تصرف إداري يعبر عن تراجع الدولة في ممارسة النشاط الإقتصادي و تفويض تسييره إل الغير بحيث الملاحظ أن المقرر الصادر عن اللجنة الأوروبية المتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص قدمت تعريف واسعا لمجال تطبيق مبدأ المنافسة بحيث يتقيد به كل تصرف إداري سواء انفرادي أو عقدي من خلاله يقوم شخص من أشخاص القانون العام بمنح نشاط اقتصادي إلى الغير، و قد تم تدعيم هذا الموقف و الأخذ به من طرف المحكمة الإدارية لباريس في قرار صادر عنها في 30 ماي 2007<sup>1</sup>، أما عن مجلس الدولة الفرنسي فنجد أنه لم يحدوا على هذا الاتجاه القضائي بل قيد مجال تطبيق مبدأ المنافسة عند إبرام العقود الإدارية و لم يلزم الهيئة المفوضة بالالتزام به في التفويضات الانفرادية<sup>2</sup>.

بمجرد تحويل نشاط اقتصادي من تسيير و ممارسة الأشخاص العام إلى الأشخاص الخاصة يقتضي الالتزام بمبدأ المنافسة ففي قرار صادر عن مجلس المنافسة في 21 أكتوبر 2004 يتعلق بالترخيص بشغل الأماكن العمومية لتوزيع المجاني للجرائد لم يقر ضرورة احترام مبدأ المنافسة في هذه الحالة لكون النشاط لا يصنف ضمن النشاط الإقتصادي<sup>3</sup>.

أمام هذا التضارب في المواقف استقر الفقه الفرنسي أنه كلما كان هناك تفويض و نقل النشاط اقتصادي من طرف شخص من أشخاص القانون العام و أيلولته لأشخاص القانون الخاص فإنه يجب إخضاع التفويض الانفرادي الذي يكون من خلال منح التراخيص الضرورية

<sup>1</sup> - لم يكن ذلك موقف المحكمة الإدارية لباريس فقط و إنما كان أيضا موقف معظم المحاكم الإدارية في فرنسا، بحيث أقرت ذلك في عدة قرارات صادر عنها بحيث سلمت المحكمة الإدارية ل NÎMES أنه لا يمكن إبرام اتفاقية شغل الأماكن العمومية دون الاستناد لمبدأ المنافسة كما أن العقود المتعلقة باستغلال المنشآت التجارية في محطة الخدمات الواقعة على شبكة الطرقات تخضع أيضا بالضرورة لهذا المبدأ أنظر في ذلك على التوالي كل من:

-T.A., Paris, n° 0516131, du 30 mai 2007, bail emphytéotique administratif, [www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr).

-T.A., NÎMES, n° 0620809, du 24 janvier 2008, Société des trains touristiques ville d'Avignon, [www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr).

<sup>2</sup> - C.E., n°290726, du 25 juillet 2008, FNAM et SCARA, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>3</sup> - CONS. CONC., n° 04-A-19, du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits, [www.autoritedelaconurrence.fr](http://www.autoritedelaconurrence.fr) .

لممارسة النشاط الإقتصادي لمجال تطبيق مبدأ المنافسة رغم أن ذلك النشاط الاقتصادي لم يكن على عاتق الشخص المعنوي العام.<sup>1</sup>

البحث عن مدى التوفيق بين المصلحة العامة التي تسعى إليها الهيئة المفوضة و المصلحة الخاصة التي يسعى إليها المتعاملين الإقتصاديين ينبغي التوفيق بين إمتيازات السلطة العامة ومهام المرفق العام من جهة و بين مقتضيات و مقومات تحرير الأنشطة التي يقوم عليها مبدأ المنافسة من جهة أخرى.

بالعودة إلى نص المادة 209 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نجد أنها نصت على إخضاع اتفاقيات تفويض تسيير مرفق عام للمبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من نفس القانون و المتمثلة لا سيما في مبدأ المنافسة الحرة و المساواة و لكن دون أن تضع استثناءات على هذا المبدأ، بحيث ينعدم نصا قانونيا ضمن نصوص قانون الصفقات العمومية يستثني بصريح العبارة بعض العقود التي تبرم دون الاستناد إلى مبدأ المنافسة باستثناء حالات التراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة المذكورة في المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.<sup>2</sup>

بالعودة إلى قانون المنافسة لا سيما في مادته الثانية فإننا نستنتج أن الصفقة العمومية تخضع لأحكام قانون المنافسة من الإعلان إلى غاية المنح النهائي للعقد لكن يجب ألا يؤدي ذلك إلى إعاقة تطبيق مهام المرفق العام و امتيازات السلطة العامة.<sup>3</sup>

من خلال الدراسة التحليلية لبعض نصوص المنظومة القانونية الجزائرية و الاستئناس بالقانون المقارن متى استدعى الأمر ذلك، تبين لنا أنه تارة يتأثر مبدأ المنافسة بمهام المرفق العام الذي ينبثق من موضوع عقد التفويض و كذا من أساليب ممارسة إمتيازات السلطة العامة من طرف الهيئة المفوضة فيتحدد نطاقه و يتم إخراج مجموعة من العقود من مجال تطبيقه كإستثناءات واردة على مبدأ المنافسة بالإضافة إلى تسليط الضوء على حالة خاصة تتعلق بتعهد

<sup>1</sup>- NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, op.cit., p 458

<sup>2</sup>- أنظر المادة 19 و المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>3</sup>- الملاحظ أن قانون المنافسة خص هذه المادة الصفقات العمومية دون ذكر عقود تفويض تسيير مرفق عام، أنظر في ذلك نص المادة 2 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، مرجع سابق.

المتعامل العمومي (مبحث أول)، و تارة أخرى يتأثر مبدأ المنافسة بأفعال غير مشروعة صادرة من المتعهدين أنفسهم أو من طرف تصرفات الهيئة المفوضة بغية منهم بتقييده (مبحث ثان).

### المبحث الأول: تأثير النظام القانوني للمتعهد المترشح على مبدأ المنافسة الحرة

تقتضي حرية الإدارة في تنظيم هيكلها في اختيار الأسلوب الأمثل و الأنسب لتسيير المرافق العمومية، فهي حرة في اتباع أسلوب التسيير المباشر أو أسلوب التفويض<sup>1</sup> و تدخل أيضا ضمن هذه الحرية بعض المرافق العمومية التي لا تقبل تفويضها وفق أسلوب عقدي إلا أن الهيئة العامة تنتهج أسلوب التفويض الإنفرادي لتسييرها و بالتالي تخرجها من طائفة العلاقة العقدية الثنائية المبينة على مبدأ المنافسة لتصنفها ضمن الحقوق الحصرية الممنوحة وفق نص تشريعي<sup>2</sup> أو نص تنظيمي بعيدة كل البعد عن تطبيق مبدأ المنافسة في اختيار المفوض له.

تدخل أيضا ضمن الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة الاستثناءات المادية المتعلقة بمضمون الخدمة العامة و مهام المرفق العام التي لا يقبل طابعها تفويضها وفق أسلوب عقدي كما هو الحال بالنسبة لتفويض خدمات البريد و الاتصالات الإلكترونية.

نص القانون الجزائري هو الآخر على التفويض العقدي و حدد أشكال اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام<sup>3</sup>، كما أنه حدد بعض الحالات على سبيل الحصر التي تبرم دون الدعوى الشكلية للمنافسة و لكن هذا الموقف غير موحد على جميع القطاعات و يشوبه نوع من الغموض بحيث ينص في بعض الأحيان قانونا على التفويض الاتفاقي و لكن في حقيقة الأمر يستعمل الأسلوب الانفرادي كما هو الحال في

<sup>1</sup> - BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, op.cit., p 250.

<sup>2</sup> - يمكن أن نذكر مثال عن التفويض الانفرادي بموجب نص قانوني ما سار عليه المشرع الجزائري في مرفق الكهرباء و الغاز حيث تنص المادة 165 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، المعدل و المتمم، مرجع سابق على أن تمارس المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري " سونلغاز " نشاطات انتاج و نقل و توزيع الكهرباء و نقل و توزيع الغاز بالشروط المقررة قانونا و تبقى الدولة المساهم صاحب الأغلبية في سونلغاز شركة ذات أسهم.

<sup>3</sup> - حسب المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

تفويض خدمات النقل الجوي الذي لا يكون وفق عقد و إنما يتم الموافقة على اتفاقية الامتياز بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء و ينشر في الجريدة الرسمية<sup>1</sup> بعد الموافقة على الملف المقدم من طرف الأشخاص الراغبين من الاستفادة من الإمتياز و بعد التأكد من استوائهم للشروط المطلوبة.

تعتبر أيضا ضمن الاستثناءات المادية بعض المرافق المحلية ذات قيمة ضئيلة مما يستوجب التعاقد بشأنها وفق أسلوب التراضي<sup>2</sup> أو التفاوض المباشر و استبعاد مبدأ المنافسة.

كما يمكن لهذه الاستثناءات أن تكون عضوية أي أن استبعاد تطبيق مبدأ المنافسة يعود إلى التنظيم الهيكلي للعقد بحيث لا تخضع جميع عقود تفويض تسيير المرافق العمومية لإجراءات الإعلان و المنافسة عند إبرامها و مبررات ذلك يعود إلى حرية الإدارة في تنظيم المرفق العام و الذي يجيز لها إبرام بعض العقود مع مفوض له ذو طابع قانوني مميز يآثر على مبدأ المنافسة.

يظهر لنا تأثر مبدأ المنافسة بالنظام القانوني للمتعهد المترشح من خلال حالتين تتمثل الأولى في الاستبعاد الكلي لمبدأ المنافسة نظرا للعلاقة الوطيدة التي تربط بين السلطة المفوضة و المفوض له (مطلب أول)، أما الحالة الثانية فتتمثل في الموازنة ما بين تطبيق مبدأ المنافسة من جهة الذي يقضي بالمساواة التنافسية و كذا الطابع العمومي للمتعهد المترشح الذي يمكن أن يرفعه إلى مرتبة أسمى من المتعهدين الخواص (مطلب ثان).

<sup>1</sup>- المادة 117 من القانون رقم 98-06، المؤرخ في 27 يونيو 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- الملاحظ في القانون الجزائري أنه لم يجعل لاتفاقية التفويض حد مالي إذا تجاوزه تنقيد وجوب الهيئة المفوضة بمبدأ المنافسة عند إبرامها لاتفاقية تفويض تسيير مرفق عام، و ان قل عن ذلك تبرم اتفاقية التفويض دون التقيد بمبدأ المنافسة كما هو معمول به في القانون الفرنسي و المسمى بـ les petites délégations و إنما اكتفى بالنص على بعض الحالات للتراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة وفق المادتين 19 و 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق، كما يمكن أن نذكر أيضا حالة منح امتياز الشواطئ عن طريق التراضي لصالح المجالس الشعبية المختصة إقليميا في حالة عدم جدوى المزايدة المفتوحة، و ذلك حسب المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المؤرخ في 5 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كفاءات ذلك، مرجع سابق.

### المطلب الأول: استبعاد تطبيق مبدأ المنافسة للعلاقة التي تربط بين المفوض والمفوض له

يتمحور موضوع هذا الإستثناء في إعفاء بعض العقود الادارية من التزام الاشهار و المنافسة الذي يقوم عليه اختيار المتعامل المتعاقد في عقود التفويض نظرا لطبيعة التنظيم العضوي الذي يتميز به أطراف العقد كمثلا العقود المبرمة بين مؤسسات مرتبطة بعضها البعض و ليس لها ذمة مالية مستقلة عن الهيئة المفوضة أو العقود المبرمة بين الهيئة المفوضة و أحد المؤسسات التي تؤثر عليها بصفة مطلقة أو مع مؤسسة خاضعة لها أو العقود التي تبرم بين مؤسسة تمارس تأثير مهيمن على الهيئة المفوضة أو العقود التي تبرم بين هيئة مفوضة و مؤسسة تخضعان لرقابة نفس الهيئة الإدارية.

إن هذه الاستثناءات جاءت للتوفيق بين حرية الأشخاص الخاضعة للقانون العام في تحديد تنظيمها الداخلي و ضرورة الالتزام بمبدأ المنافسة عند إبرام العقود العامة و على العموم يمكن تصنيف عقود التفويض التي تبرمها الهيئات العامة و التي تخرج من نطاق تطبيق مبدأ المنافسة لإعتبارها ضمن طرق تنظيم و هيكل المرفق العام كل من التفويضات الداخلية أو المنزلية أو ما يعرف في القانون الفرنسي بـ *délégation in house* بالمعنى الدقيق (فرع أول)، أما الإستثناء الثاني فيتمثل في العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام فيما بينهم *contrat public-public*، بحيث إستجابة لحرية الإدارة في تنظيم هيكلها لا يفرض عليها دائما التعاقد مع أشخاص القانون الخاص (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: إستثناء إجراءات إبرام عقد التفويض المنزلي من تطبيق مبدأ المنافسة

تكمن مبررات استبعاد مبدأ المنافسة عند إبرام عقود التفويض المنزلي إلى ضمان حرية الأشخاص المعنوية العامة في تنظيم هيكلها فهم ليسوا مجبرون بالتعاقد مع أشخاص أخرى خارجية عندما تتوفر إمكانية تقديم الخدمة العامة و ضمان المصلحة العامة من طرف الشخص المعنوي العام بوسائله الخاصة<sup>1</sup> و مبررات ذلك هي مبررات سياسية لا قانونية و لا اقتصادية و ذلك لمحاولة التوفيق بين مبدأ المنافسة الذي يقيد الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام من

<sup>1</sup>- APOLLIS Benoît, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les « opérateurs dédiés » sauvés par les « contrats-maison » ? », *R.F.D.A.*, n° 4 , 2009, p 759.

جهة و حرية الإدارة في تنظيم هياكلها و تسييرها بالطريقة التي تراها مناسبة و ملائمة مع طبيعة النشاط من جهة أخرى<sup>1</sup>.

ينبغي التأكيد أن عقد التفويض المنزلي لا يستند على مبدأ المنافسة عند إبرامه و لكن هذا لا يعني إخراج المفوض له في إطار هذا العقد من مجال تطبيق أي شكل من أشكال المنافسة و إنما سيتنافس المفوض له في التفويض المنزلي مع أشخاص القانون الخاص المتواجدين في نفس مجال نشاطه، رغم أنه مكلف بأداء مهام المرفق العام و يستفيد المفوض له في التفويض المنزلي من امتيازات حصرية أو بعض الحقوق التي توفر له الحماية إلا أن ذلك سيجعل من المنافسة نسبية و لكن ليست منعدمة باعتبار أنه يمارس نشاط إقتصادي يتنافس فيه مع المتعاملين الخواص<sup>2</sup>، و منه سيتم التطرق إلى نشأة و تعريف عقود التفويض المنزلي (أولاً)، ثم تبيان الشروط الواجب توفرها في العقد لكي يصنف ضمن التفويض المنزلي و بالتالي إستثنائه من مجال تطبيق مبدأ المنافسة في إطار إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة (ثانياً).

### أولاً: نشأة و تعريف عقود التفويض المنزلي

إن نشأة عقود التفويض المنزلي كانت نشأة قضائية قبل تكريسها القانوني و ذلك للأخذ بها من طرف محكمة العدل الأوروبية ثم مجلس الدولة الفرنسي، أما تعريف هذا النوع من عقود التفويض كان تعريفه فقهيًا ثم انتقال إلى التشريعات الوضعية تبنيًا و تعريفًا.

1 - نشأة عقود التفويض المنزلي: يعود نشأة عقود التفويض المنزلي إلى نشأة قضائية قبل أن تتبناها النصوص التشريعية فأول ما ظهر هذا العقد كان في قرار صادر عن محكمة العدل للإتحاد الأوروبي في 18 نوفمبر 1999 عند الفصل في قضية ما يعرف ب قضية Teckal، الذي من خلاله تم الاعتراف بتطبيق القانون الأوروبي في العقود التي تكون بين شخصين مستقلين سواء من الناحية الهيكلية و من خلال عملية صنع القرار و القانون الأوروبي لا يبالي في رغبة الهيئة المحلية في تقديم الخدمة بوسائلها الداخلية أو الاستعانة بوسائل خارجية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 351.

<sup>2</sup> -GONZALEZ Gérard, « Domaine public et droit de la concurrence », A.J.D.A., n° 61, 1999 p.387.

<sup>3</sup> - يعود وقائع هذه القضية إلى كون بلدية تابعة لمقاطعة إيطاليا تحت اسم Emilie-Romagne التي قامت بتفويض خدمات توفير التدفئة للهياكل العمومية التابعة للبلدية إلى مؤسسة محلية تملك معظم رأسمالها دون الدعوى الشكلية للمنافسة.

تم تدعيم هذا الموقف من خلال قرار آخر صادر عن نفس الجهة القضائية في قضية stadt halle الصادر في 11 جانفي 2005 حيث تم الاعتراف بصريح العبارة أنه يمكن لهيئة عامة أن تضمن خدمة عامة من خلال استعمال وسائلها الذاتية الإدارية و التقنية بدون أن تكون مجبرة بالاستعانة بهياكل خارجية لا تنتمي إلى مصالحها<sup>1</sup>، و بعد التأكد من استحالة تطبيق القانون الأوروبي على هذه العقود تم استقبال عقود التفويض المنزلي في القوانين الداخلية لدول الاتحاد الأوروبي.

لقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بالأحكام القضائية الأوروبية الصادرة بشأن عقد التفويض المنزلي و ذلك من خلال حكمه الصادر في 6 أفريل 2007 في قضية commune d'Aix-en-Provence أين إعتبر الهيئة العامة ليست ملزمة بإبرام صفقة عمومية لأنه بالنظر إلى النشاط موضوع العقد و إلى الشروط المميزة في أدائه، و كذا الغير المخاطب بهذا النشاط فإنه لا يمكن إعتبر المتعاقد معها متعامل ناشط في سوق تنافسية بل هو عقد أبرم من طرف هيئة عامة في إطار ممارسة الإختصاصات لمخولة لها بواسطة وسائلها لتقديم خدمات تضمن إشباع متطلباتها و ليست ملزمة باللجوء إلى هياكل أخرى و بالأحرى المتعاملين الخواص، بل يكفي تفويض هذه الخدمة إلى مؤسسة تابعة لها مادام النصوص القانونية و التنظيمية المطبقة في هذا المجال سمح لها بإنشاء مؤسسات عمومية لإشباع حاجياتها و لكن دون وضعها في تنافس مع المتعاملين الخواص باعتبار أن الخدمة المقدمة من طرف المؤسسة العامة تكون لصالح الهيئة المفوضة التابعة لها.

فأثير نزاع من طرف المتضررين حول مدى سماح القانون الأوروبي بإبرام صفقة خدمات أو صفقة لوازم بين هيئة محلية و مجمع تمتلك فيه أغلبية الرأسمال دون اتباع إجراءات الإعلان و المنافسة، فأثار محامي البالية أن تكييف العقد أنه ليس صفقة عمومية و إنما تفويضا داخليا و ذلك لإنعدام استقلالية بين البلدية و المؤسسة المحلية المفوضة لها مما أدى بالمحكمة بالنطق بما يلي:

"lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit avec une entité distincte à titre de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non"

أنظر في ذلك:

C.J.U.E., n° C-107/98, du 18 novembre 1999, Teckal Srl et Commune di Viano et AGAC , [www.lemoniteur.fr](http://www.lemoniteur.fr).

<sup>1</sup> - « une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services », C.J.U.E., n° C- 26 /03, du 11 janvier 2005, l'affaire Stadt Halle, [www.lemoniteur.fr](http://www.lemoniteur.fr).

بعد استثناء الاجتهادات القضائية لإجراءات إبرام عقد التفويض المنزلي من تطبيق مبدأ المنافسة، ظهرت مجموعة من النصوص القانونية التي تم من خلالها تكريس هذا الاستثناء سواء على مستوى الاتحاد الأوروبي<sup>1</sup> أو القانوني الداخلي الفرنسي<sup>2</sup>.

في القانون الجزائري لا نجد أي نص ضمن نصوص قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام يستثني بصريح العبارة إجراءات إبرام عقود التفويض المنزلي من تطبيق مبدأ المنافسة، ولكن من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بتفويض تسيير أشغال الخدمات العمومية للمياه و التطهير ينص قانون المياه المعدل و المتمم<sup>3</sup> على أنه يمكن الإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة أو صاحب الإمتياز، تفويض كل أو جزء من تسيير نشاطات الخدمة العمومية للماء أو التطهير لمعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية و ضمانات مالية كافية، و يوافق في هذه الحالة على اتفاقية التفويض بموجب مرسوم تنفيذي<sup>4</sup> و هي نفس الأشكال المقررة للموافقة على اتفاقية التفويض المبرمة بعد العرض على المنافسة.

كما يمكن لصاحب الإمتياز أن يفوض كلا أو جزءاً من هذه النشاطات لفرع أو عدة فروع لاستغلال المنشأة لهذا الغرض و في هذه الحالة الأخيرة يوافق على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير بقرار مشترك بين وزير الداخلية و وزير الموارد المائية<sup>5</sup>، و حسب الأستاذ

<sup>1</sup> - تم تكريس عقد التفويض الداخلي كاستثناء وارد على مبدأ المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية ثم عقود الإمتياز و ذلك بموجب:

L' Article 12 de la directive, 2014 /24/UE, 26 février 2014 sur la passation des marché public et abrogeant la directive 2004/18/UE, joue n L 94 du 28 mars 2014, <https://eur-lex.europa.eu>.

L' Article 18 de la directive, 2014 /23/UE, 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil , sur l'attribution de contrats de concession, joue n L 94 du 28 mars 2014, <https://eur-lex.europa.eu> .

<sup>2</sup> - article 3 du code des marchés publics français édition 2006, modifié par le décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 2 et Abrogé par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 - art. 102, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>3</sup> - المادة 104 من القانون رقم 12-05، المؤرخ في 4 غشت 2005، يتعلق بالمياه، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275، المؤرخ في 4 نوفمبر 2010 يحدد كيفيات الموافقة على الخدمات العمومية للمياه و التطهير، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275، المؤرخ في 4 نوفمبر 2010، يحدد كيفيات الموافقة على الخدمات العمومية للمياه و التطهير، مرجع سابق.

زوايمية رشيد هذا الاختلاف يعود لكون في هذه الحالة الأخيرة يتعلق الأمر بالتفويض المنزلي الذي لا تخضع إجراءات إبرامه لمبدأ المنافسة<sup>1</sup>.

2- تعريف عقود التفويض المنزلي: رغم اختلاف التسميات الممنوحة فقها<sup>2</sup> لهذا النوع من عقود التفويض إلا أن المضمون كن واحدا، حيث يطلق على العلاقة التي تربط الهيئة المفوضة مع كيان تابع لها بصفة كلية و غير مستقل عنها و هذا العقد يتشابه إلى حد بعيد بتعاقد الإدارة مع نفسها<sup>3</sup>.

ما يجعل عقود التفويض الداخلي تستثنى من تطبيق مبدأ المنافسة هو عدم وجود لتلاقي إرادتين مستقلتين، و ذلك لكون الهيئة المفوضة تمارس رقابة على هذا الكيان الذي تتعاقد معه مشابهة للرقابة التي تمارسها على الهياكل التابعة لها و هذا ما يصنف المفوض له في التفويض المنزلي تابع للإدارة العامة و تقدم الخدمة في هذا العقد بنفس الأشكال التي تقدم فيه الخدمة في أسلوب التسيير المباشر هذا ما جعل بعض الفقهاء يسمون هذا العقد بالعقد الشبيه بالتسيير المباشر contrat quasi-régie أي أنه يحيل إلى وجود علاقة تعاقدية داخل الإدارة أين لا يتعدى نطاقها النشاط العمومي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, op.cit. p 81.

<sup>2</sup> - للتدقيق أكثر حول التسميات التي استعملها الفقه الفرنسي للدلالة على تفويض خدمة من هيئة عمومية إلى كيان تابع له و يخضع لرقابته أنظر :

DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 349.

تتمثل هذه التسميات في:

Les contrats dans la maison, les contrats maison, les contrats domestiquent, les prestations inter-organiques, les quasi-régies, ou les prestations dans la sphère publique.

<sup>3</sup> - إن إمكانية تعاقد الإدارة مع نفسها طرح جدال حاد في الفقه الفرنسي فهناك من يرى إستحالة مطلقة لإبرام العقد مع نفسه بحيث يشترط في العقد توافق إرادتين مستقلتين بعضها عن البعض، و هناك من يرى أنه يمكن للإدارة أن تتعاقد مع نفسها و مثال على ذلك عقود الوكالة les contrat mandat، رغم أنه من الناحية التشريعية هناك استحالة إبرام عقد بين الشخص و نفسه إلا أنه تعاقد الإدارة مع نفسها لا يقصد بإبرام العقد بين نفس الهيئة و إنما يقصد به إبرام العقد داخل الإدارة الواحدة، أما عن موقف مجلس الدولة الفرنسي فقد أنكر وجود عقد بين الإدارة و نفسها لعدم وجود شخصيتين مستقلتين و لكن تراجع عن هذا الموقف بعد التقسيم الإداري الذي عفته الإدارة الفرنسية فأصبح يقر بوجود عقد بين هيئة إدارية و كيان مستقل عنها عضويا و لكن تابع لها وظيفيا و هو أساس عقد التفويض المنزلي. أنظر في ذلك

SAGNE Nicolas, contrat in house, master recherche, droit public économique, université PARIS I, 2007, p.p. 7-10.

<sup>4</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 349-351.

تكون العلاقة في التفويض المنزلي علاقة تنازلية in house descendante، و هو عقد التفويض المنزلي الأصلي أي أن تقوم سلطة مفوضة بتفويض الخدمة العامة إلى كيان قانوني موضوع تحت رقابتها، أما التفويض الداخلي الذي يكون ذو علاقة تصاعدية in house ascendante أي أن المؤسسة هي التي تفوض خدمة إلى هيئة مفوضة تمارس رقابة عليها فهو لا يعتبر تفويضا منزليا، أما التفويض الداخلي الأفقي In house horizontal، أي أن عقد التفويض يجمع بين هئتان لا تخضع هيئة لرقابة هيئة أخرى و إنما تخضعان إلى رقابة نفس الهيئة العامة فهي عقود غير مصنفة ضمن عقود التفويض المنزلي و بالتالي تخضع صفقاتها لمبدأ المنافسة<sup>1</sup>.

يتميز عقود التفويض المنزلي بمجموعة من الخصائص تجعله ينفرد بشروطه و أحكامه و هذا حتى لا يفسح المجال أمام الهيئة المفوضة للتذرع بعقود التفويض المنزلي للتهرب من إلزامها المتمثل في اختيار المفوض له في جو تنافسي.

#### ثانياً: معايير إستثناء عقود التفويض المنزلي من تطبيق مبدأ المنافسة

بالعودة إلى الإجهادات القضائية لمحكمة العدل الأوروبية و كذا القانون الفرنسي نجد أنه يمكن الإعتماد على ثلاث معايير لاستخلاص شروط عقود التفويض المنزلي التي تستثني إجراءات إبرامه من تطبيق مبدأ المنافسة.

**1- المعيار العضوي:** وفقا لهذا المعيار يشترط لتصنيف أي عقد من عقود التفويض المنزلي أن تمارس الهيئة المفوضة رقابة على المفوض له مماثلة للرقابة التي تمارسها على الهياكل التابعة لها، فمن الناحية العضوية رغم ممارسة الهيئة المفوضة في عقود التفويض المنزلي رقابة وصائية على المفوض له، إلا أن هذا الشرط غير كافٍ بل تتميز علاقة التباعية التي تربط المفوض له بالهيئة المفوضة في التفويض المنزلي بعدة خصائص يمكن أن نذكر منها:

- يشترط أن تتمتع الهيئة المفوضة بسلطة رقابة كاملة و واسعة تماثل و تتشابه بالرقابة التي تمارسها على هياكلها، كمثلا لها الحق في الحق في تعيين مدير المؤسسة، توجيه نشاط المفوض له، تمارس رقابة مالية و كذا رقابة وظيفية من خلال تعيين ممثلين عنها في مجلس الإدارة و كذا

<sup>1</sup> - SAGNE Nicolas, contrat in house, op.cit., p.p. 58-61.

ممارسة حقها في الرقابة و الإشراف من خلال تعيين أشخاص تكلفهم بالمراقبة الميدانية، و كذا سلطتها في فرض العقوبات<sup>1</sup>.

- يجب أن تهيمن الهيئة المفوضة على سلطة المفوض له في اتخاذ القرارات المهمة و التي تسعى إلى تحقيق أهداف استراتيجية ذلك بموجب ممارسة حقها في التصويت على المداولات و كذا عرض المشاريع على مجلس الإدارة للتداول عليها<sup>2</sup>.

- يجب أن تمتلك الهيئة المفوضة كل رأسمال المؤسسة المفوض لها تسيير المرفق العام أو تشتركه مع شخص معنوي عام يخضع للقانون الإداري، بحيث امتلاك الخواص جزء و لو بالقليل من رأسمال المؤسسة سيؤدي إلى استحالة تطبيق مفهوم التفويض المنزلي، لأن تقاسم رأسمال المؤسسة بين الشخص المعنوي العام و الخواص لن يمكن الهيئة المفوضة من الهيمنة الكاملة على قرارات المؤسسة المفوض لها تسيير المرفق العام، كما ستختلف الرقابة الممارسة عليها عن الرقابة التي تفرضها الهيئة المفوضة على الهياكل التابعة لها<sup>3</sup>، كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي تقاسم رأسمال المفوض له بين أشخاص معنوية عامة مع تقرير حق تمثيل كل طرف في مجلس الإدارة يجعل من شروط التفويض المنزلي مكتملة<sup>4</sup>.

2- المعيار المادي شرط استفادة الهيئة المفوضة من معظم نشاط المفوض له بحيث يجب على المفوض له أن يمنح الحصرية و بصفة شبه كلية للهيئة المفوضة في الاستفادة من نشاطه، بحيث خدماته يجب أن تكون لصالح الهيئات المعنوية العامة و يحقق معظم نشاطه للهيئة

<sup>1</sup> - تم تقرير هذا الشرط بعد القرار الصادر من محكمة العدل للإتحاد الأوروبي في 17 جويلية 2008 في قضية رفعها لجنة الجماعات الأوروبية طاعنة في منح إيطاليا لعقد إداري دون الدعوى الشكلية للمنافسة أنظر في ذلك:

C.J.U.E., n° C-371/05 du 17 juillet 2008, Commission des Communautés européennes contre République italienne, <https://eur-lex.europa.eu>.

<sup>2</sup> - تم تقرير هذا الشرط بعد القرار الصادر من محكمة العدل للإتحاد الأوروبي في 13 أكتوبر 2005 أنظر في ذلك:

C.J.U.E., n° C-458/03, du 13 octobre 2005 , Parking Brixen GmbH, <https://eur-lex.europa.eu>.

<sup>3</sup> - أنظر في ذلك :

RICHER Laurent, L'Europe des marchés publics, L.G.D.J., Paris, 2009, p 105.

و هذا ما أقرت به محكمة العدل للإتحاد الأوروبي في قرار لها أنظر :

C.J.U.E., n° C-340/04 du 11 mai 2006, Carbotermo SpA, Consorzio Alisei , contre , Commune di Busto Arsizio, AGESP SpA, <https://eur-lex.europa.eu>.

<sup>4</sup> - C.E. , n° 365079 , du 6 novembre 2013, Commune de Marsannay-la-Côte, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) .

المفوضة إلى غاية أن المفوض له في التفويض المنزلي يظهر كأنه إمتداد إداري للهيئة المفوضة نظرا لكون طريقة أدائه لنشاطه يتشابه و إلى حد بعيد مع النشاطات التي تقدمها الهيئة المفوضة بموجب وسائلها الذاتية<sup>1</sup>.

تقدم الخدمات في عقود التفويض المنزلي في مجال محصور و مؤطر بالعلاقة التي تربط المفوض له بالهيئة المفوضة و لا تخرج عن نطاقها و بالتالي المفوض له يمارس نشاطه استجابة لمعظم متطلبات الهيئة المفوضة فهو مكرس و بصفة أساسية لأداء نشاطه لصالح أو بموجب وسائل الهيئة العامة الموضوع تحت رقابتها، بالتالي نشاطه يخرج من مجال تطبيق قانون المنافسة إلا أنه يمكن للمفوض له أن يمارس جزء من النشاط خارج العلاقة التي تربطه بالهيئة المفوضة و لصالح الغير شريطة أن يكون ذو نسبه هامشية و ضئيلة و بصفة ملحقة بنشاطه الأصلي الذي يكون لصالح الهيئة المفوضة<sup>2</sup>.

و لما كانت عبارة ممارسة معظم نشاط المفوض له و بصفة أساسية لصالح الهيئة المفوضة ذو مدلول مرن و غير دقيق تدخل القضاء و التشريع لتحديد نسبة النشاط التي يجب على المفوض له أن يقدمها لصالح الهيئة المفوضة و كذا نسبة النشاط التي يمكن له أن يمارسها في سوق حرة محمية من منافسة المتعاملين الاقتصاديين.

كانت محكمة العدل الأوروبية هي السباقة بحيث أقرت في قضية عرضت عليها أن المفوض له يقدم معظم خدماته لصالح الهيئة المفوضة التي يخضع لرقابتها و كذا يمارس نشاطه إستجابة و بصفة أساسية لمتطلبات الهيئة المفوضة عندما تكون نسبة النشاط مقدرة بثمانين بالمائة من رقم

<sup>1</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 356.

<sup>2</sup> - ينبغي التذكير أنه الهدف من إخراج هذا النوع من التفويضات من مجال تطبيق مبدأ المنافسة هو إحتراما لهذا المبدأ لأنه من المستحيل تطبيق مساواة تنافسية بين مؤسسة ذات رأسمال مملوك بصفة كلية للدولة و ورثت عنها صفات الشخص المعنوي العام و شركة أخرى خاصة لذا تم إخراج هذا النوع من عقود التفويض من إلزام التقيد بمبدأ المنافسة عند إبرامه أما في حالة ما إذا أراد المفوض له التعاقد مع الغير لغرض تقديم تلك الخدمات فيجب عليه إحترام مبدأ المنافسة عند تفويضه تسيير تلك الخدمة. أنظر في ذلك :

أعماله بالتالي يمكن للمفوض له أن يمارس نشاط مقدر بعشرين بالمائة خارج العلاقة التي تربطه بالهيئة المفوضة<sup>1</sup>.

3-المعيار التشريعي: تطبيق المفوض له أحكام قانون الصفقات العمومية عند الاستجابة لاحتياجاته الخاصة خاصة ما تعلق منها بطريقة الإبرام

بالإضافة إلى الشروط السابقة و من خلال هذا المعيار يعتبر من عقود التفويض المنزلي عندما يكون المفوض له ممن يخضعون لقانون الصفقات العمومية و هذا الشرط الأخير كان من وضع التشريع الفرنسي، و عليه لا يمكن اعتبار من التفويض المنزلي العقد المبرم بين الجماعات المحلية و الشركات ذات الرأسمال المختلط لعدم خضوعها لقانون الصفقات العمومية<sup>2</sup> و لكن يمكن تصنيف العقود التي تبرمها الجماعات المحلية مع المؤسسات العمومية المحلية من التفويض المنزلي متى اقترن هذا الشرط بالشروط المذكورة سابقا.

يعتبر المفوض له في عقود التفويض المنزلي امتدادا للهيئة المفوضة و العقود التي يبرمها تخضع لا محال لقانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام مما ظهر في القانون

<sup>1</sup>- لقد أقرت محكمة العدل الأوروبية أن أداء المفوض له نشاط يقارب نسبة 80% من رقم أعمال لصالح الهيئة المفوضة التي وضع تحت رقابته هو عامل أساسي لتكييف هذا العقد ضمن التفويض المنزلي و في حالة ما إذا كانت نسبة النشاط التي يؤديها المفوض له لصالح الهيئة المفوضة تقل عن هذه النسبة فإن هذا العقد يخرج من نطاق التفويض المنزلي و ذلك بمناسبة فصلها في قضية عرضت عليها بين شركة Carbotermo spa التي تطلب تعويض عن ضرر لحقها جراء إبرام بلدية إيطالية di Busto Arsizio عقد مع شركة AGESP spa دون إجراءات الإعلان و المنافسة، أين أقرت محكمة العدا الأوروبية أن هذا العقد هم عقد تفويض منزلي مستثنى من تطبيق مبدأ المنافسة لكون الشركة المفوض لها تمارس ثمانون بالمائة من نشاطها لصالح البلدية المفوضة. أنظر في ذلك:

C.J.U.E., n° C-340/04, du 11 mai 2006, Carbotermo SpA, <https://eur-lex.europa.eu>.

<sup>2</sup>- إن ملكية الشركات ذات الرأسمال المختلط لن يكون كليا تابعا للشخص المعنوي العام و لا يمكن لهذا الأخير أن يمارس رقابة عليها مماثلة للرقابة التي يمارسها على الهياكل التابعة له، كما أن المشرع الفرنسي لم يأخذ بنسبة ثمانون بالمائة من رقم الأعمال كمعيار لتحديد تبعية نشاط المفوض له للمفوض في التفويض المنزلي بل إعتبر فقط من الضروري أن يكون معظم نشاط المفوض له جاء إستجابة لمطالب الهيئة المفوضة لذا أضاف شرط آخر و هو ضرورة إلتزام المفوض له بقانون الصفقات العمومية لا سيما طرق الإبرام عند تعاقدته. للتدقيق أكثر حول الفرق بين عقود التفويض المنزلي و شركات الرأسمال المختلط و المؤسسات العمومية أنظر في ذلك

SAGNE Nicolas, contrat in house, op.cit., p.p 64-73.

الفرنسي صنفين من الهياكل المتعاقدة حول المرفق العام التي يخضع العقود التي تبرمها لمبدأ المنافسة و هما: السلطة المتعاقدة le pouvoirs adjudicateurs و هي الشخص المعنوي العام الذي له سلطة تسيير المرافق العامة كالدولة و الجماعات المحلية، إلى جانب الكيانات المتعاقدة entités adjudicatrices و تتمثل في المتعاملين العموميين الشبكيين المكلفين بمهام المرفق العام، المؤسسات العمومية و هياكل القطاع الخاص المستفيدين من حقوق خاصة أو حصرية و الذين يخضعون لإجراءات الإبرام المحددة في قانون الصفقات العمومية<sup>1</sup>.

بالعودة إلى القانون الجزائري لا سيما قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نجد أنه حدد الأشخاص التي يمكن لها إبرام الصفقات العمومية<sup>2</sup> و لكن لم يحدد الأشخاص الذين يمكن لهم تفويض المرفق العام بل اكتفى بالنص فقط أن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن المرفق العام هو من يمكن له تفويض تسييره و تمنح السلطة المفوض التي تتصرف لصالح الشخص المعنوي العام تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية<sup>3</sup>.

لكن يحصر المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بالمرفق العام مضمون نصوصه في تحديد شروط و كفاءات تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية، و قد حدد الأشخاص الذين

<sup>1</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 336.

<sup>2</sup> - بالعودة إلى نص المادة 6 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لا سيما الفقرة الأخيرة منه نجد أنه اعتبر ضمن المصالح المتعاقدة المؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية رغم استثناء بصريح العبارة المؤسسة العمومية ذات الطابع الإقتصادي من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية بموجب المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و لكن ألزمت هذا النوع من المؤسسات بإعداد إجراءات إبرام الصفقات التي تبرمها حسب خصوصيتها على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب و المساواة في التعامل مع المرشحين و شفافية الإجراءات. و لكن في الشق المتعلق بإبرام اتفاقية التفويض لا نجد أي نص قانوني يحدد الأشخاص الذين يمكن لهم إبرام اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العمومية.

<sup>3</sup> - هذا وفق ما نصت عليه المادة 207 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و الملاحظ من خلال هذا النص جاء عام و ليس دقيق و قد أحال إلى التنظيم لتبيان كفاءات تطبيق هذه المادة. استعمال المشرع الجزائري عبارة " السلطة المفوضة التي تتصرف لصالح الشخص المعنوي العام " لا يقصد منه الأشخاص الخاضعة للقانون العام فقط بل يمكن أن تضم في مفهومها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري باعتبار أنها تتصرف لصالح الدولة لا سيما أنها أنشأت خصيصاً لتسيير المرافق العامة بالتالي يمكن لها تفويض تسيير مرفق عمومي مسؤولة عنه و تخضع إجراءات إبرام اتفاقية تفويضه في هذه الحالة لمبدأ المنافسة.

يمكن لهم تفويض المرفق العام في كل من الجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها و المسؤولة عن مرفق عام<sup>1</sup>.

ينبغي التذكير أن مشاركة الخواص في رأسمال المفوض له و لو بنسبة ضئيلة و كذا ممارسة المفوض له لمجمل نشاطه في سوق تنافسية بصفته متعامل اقتصادي يلغي كل فرضية احتمال تصنيف العقد ضمن التفويض المنزلي، و مهما كان المجال الذي أبرم فيه العقد لا يصنف بصفة مباشرة و بديهية ضمن عقود التفويض المنزلي و لا تستثنى إجراءات إبرامه من تطبيق مبدأ المنافسة إلا إذا توفرت شروط التفويض المنزلي.

### الفرع الثاني: إستثناء إبرام عقود أشخاص القانون العام من تطبيق مبدأ المنافسة

سمح قانون الجماعات المحلية إنشاء مؤسسات عمومية محلية و ذلك بعد مداولة المجالس المنتخبة<sup>2</sup> تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي، يمكن أن تأخذ طابع إداري أو طابع صناعي و تجاري و ذلك لغرض تسيير المصالح العمومية.

كما كلف قانون الجماعات المحلية السلطة التنظيمية بتحديد قواعد تنظيم المؤسسات العمومية المحلية و سيرها<sup>3</sup> و في انتظار صدور هذا التنظيم الذي لعله سيتناول طبيعة العقود التي تبرم بين الجماعات المحلية و المؤسسات المحلية، فإننا سنحاول تبيان العقود التي تبرم في إطار التعاون بين أشخاص القانون العام و المستثنية من تطبيق مبدأ المنافسة مع التأكيد أن التشريع الجزائري لم يحدد مادة صريحة من خلال بنود قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام يستثنى فيها بصريح العبارة بعض العقود من تطبيق مبدأ المنافسة<sup>4</sup> منه سنحاول تبيان ذلك وفق ما توصل إليه الفقه و القانون المقارن لا سيما الفرنسي منه.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة الأولى و نص المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بالمرفق العام، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المادتين 146 - 147 من القانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، مرجع سابق، و كذا المادتين 153 - 154 من القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - مثلا فيما يخص الولاية أنظر المادتين 47 و 148 من القانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، مرجع سابق.

يمكن للمؤسسة العمومية في القانون الجزائري أن تأخذ طابع إداري و بالتالي تعاقدها مع الأشخاص العامة سيجعل من عقد التفويض في هذه الحالة هي تفويض من القطاع العام لأشخاص القانون العام و لا مكانة للخواص فيه مما يخرجها من نطاق تطبيق مبدأ المنافسة.

أو أنها عبارة عن مؤسسة عمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و التي يتم انشائها خصيصا لتسيير المرافق العمومية و الملاحظ في القانون الجزائري أن تفويض تسيير المرافق العمومية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ما يتم غالبا بموجب التفويض الانفرادي الذي لا يخضع لمبدأ المنافسة و يخرج كليتا من نطاق التفويض العقدي، و لكن ينبغي التذكير أن مثل هذه المؤسسات تخضع لنظام قانوني مزدوج فعلاقتها مع الدولة يحكمها القانون العام أما علاقتها مع الغير يحكمها القانون التجاري<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى هذين النوعين هناك المؤسسة العمومية ذات الطابع الإقتصادي التي تم تخصيصها<sup>2</sup> و إخضاعها للقانون الخاص مما ظهر احتمال تعاقد الأشخاص المعنوية العامة مع المؤسسات المحلية لغرض تحقيق مهام المرفق العام.

على العموم التعاون بين أشخاص القانون العام يمكن أن يأخذ شكل عقد أفقي (أولاً) أو شكل عقد عمودي (ثانياً)، و في كلتا الحالتين العقود المبرمة في هذا المجال لا تخضع لمبدأ المنافسة.

**أولاً: استثناء العلاقات العمودية بين أشخاص القانون العام من تطبيق مبدأ المنافسة**

يمكن للأشخاص المعنوية العامة أن تبرم عقود تدخل ضمن إطار تنظيمي عمودي تنازلي كالعقود التي تبرمها الهيئات المفوضة مع المؤسسة العمومية المحلية أو أن الهيئات المفوضة تبحث عن شريك لغرض إنشاء هيكل قانوني تتعاقد معه لاحقا.

**1- تفويض مهام المرفق العام إلى مؤسسة عمومية محلية بعد شراكة بين هياكل القطاع العمومي: و ينتج هذا العقد من خلال وجود علاقة تعاون و شراكة بين هيئات عمومية مثلا بلديتين أو أكثر و في إطار تحقيق مهام المرفق العام و كذا تحقيق مصالح مشتركة بين الهيئات**

<sup>1</sup> - المادة 45 من القانون رقم 01-88، المؤرخ في 12 يناير 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - و ذلك بموجب الأمر رقم 04-01، المؤرخ في 20 غشت 2004، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها و خصوصيتها، ج ر ع 47، مؤرخ في 22 غشت 2001، المعدل و المتمم.

العمومية استوجب الأمر تفويض خدمة من خدمات المرفق العام من هذه الهيئات الإدارية المتعاونة إلى مؤسسة عمومية محلية تخضع لرقابتها دون اتباع إجراءات الإعلان و المنافسة<sup>1</sup>.

الملاحظ في هذا النوع من العقود أنه تتوفر فيه شروط عقد التفويض المنزلي باعتبار أن الهيئات العامة تمارس على المؤسسة المحلية المفوضة لها رقابة مماثلة للرقابة التي تمارسها على هيكلها، كما أن معظم نشاطها تستفيد منها الهيئات المفوضة و كذا رأسمال المفوض له مملوك كليتا للهيئات العامة، لذا ذهب جانب من الفقه إلى تسمية هذا النوع من العقود بالتفويض المنزلي المشترك le in house conjoint باعتبار أن ما يميزه عن التفويض المنزلي العادي هو تعدد الهيئات العامة التي تتقاسم رأسمال المفوض له و التي تتقاسم ممارسة الرقابة عليه<sup>2</sup>.

يتميز هذا النوع من العقود جملة من الشروط<sup>3</sup> و المتمثلة أساسا في كون موضوع التعاون و الشراكة بين هيكل القطاع العام يتمحور حول تنفيذ مهام المرفق العام و بصفة مشتركة بين جميع الأطراف و يكون الغرض من ذلك بصفة حصرية تحقيق الصالح العام و ليس تحقيق الربح و يجب ألا تهدف هذه الشراكة بين القطاع العام إلى تفضيل و تمييز أي متعامل إقتصادي آخر، و الملفت للانتباه هو أن خضوع المفوض إليه إلى رقابة هيئات عامة متعددة يصنف هذه العلاقة ضمن تأطير عمودي تنازلي<sup>4</sup>.

2- تفويض مهام المرفق العام إلى شركة ذات رأسمال مختلط المنشأة بموجب شراكة بين القطاع العام والخاص: لقد ظهرت في الآونة الأخيرة طريقة جديدة لتسيير المرافق العمومية لا سيما الصناعية و التجارية منها و هي طريقة تتمحور في إختيار الشخص المعنوي العام لشريك خاص في جو تنافسي استنادا إلى مبدأ المنافسة و الغرض من ذلك هو انشاء شركة ذات رأسمال مختلط بين القطاع العام و القطاع الخاص ثم يتعاقد الشخص المعنوي العام مع الشركة المنشأة دون اتباع اجراءات المنافسة و الإعلان، و لقد أضاف مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عنه

<sup>1</sup> - Fatôme E. et Ménéménis A., « Concurrence et liberté d'organisation des personnes Publiques », A.J.D.A., n°2, 2006, p.p. 67-72.

<sup>2</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p. 359.

<sup>3</sup> - للتدقيق أكثر حول هذه الشروط و كذا أحكام الصادرة عن محكمة العدل الأوروبية و مجلس الدولة الفرنسي التي من خلالها تم تكريس تلك الشروط أنظر:

SAGNE Nicolas, contrat in house, op.cit., p.p. 58-61.

<sup>4</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 359 - 360.

سنة 2009<sup>1</sup> شرط منح لهذه الشركة ذات الرأسمال المختلط تنفيذ مهمة وحيدة محددة في عقد التفويض الذي لا يخضع لإجراءات إبرامه لمبدأ الإعلان و المنافسة بحيث هذا المبدأ يحترم لمرة واحدة فقط عند اختيار الشريك الخاص رغم أنه هناك بعض التشريعات الحديثة التي لها موقف مغاير.<sup>2</sup>

### ثانياً: استثناء العلاقات الأفقية بين أشخاص القانون العام من تطبيق مبدأ المنافسة

العقود التي يبرمها أشخاص القانون العام فيما بينها لا تخضع لأحكام الصفقات العمومية، و تم استثناءها بصريح العبارة<sup>3</sup> و ذلك لكونها لا تستجيب لخصائص الصفقة العمومية سواء من حيث الأطراف أو من حيث المضمون.

أما بالنسبة لعقود تفويض تسيير المرافق العمومية فالمادة 207 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام قد نصت أنه يمكن تفويض تسيير المرفق العام إلى مفوض له دون ذكر طبيعته إذا كان شخص معنوي عام أم خاص<sup>4</sup>، و لكن المعروف أن التفويض يمكن أن يكون لصالح أشخاص القانون الخاص كما يمكن أن يكون لصالح أشخاص القانون العام، كما أنه أجاز كل من قانون الولاية و قانون البلدية تفويض الخدمة العمومية إلى الخواص إذا تعذر على الجماعة الإقليمية تلبية و تحقيق مهام المرفق العام استناداً إلى وسائلها الخاصة و في هذا الإطار يمكن لها انشاء مؤسسات عمومية محلية للوفاء بهذا الغرض.

<sup>1</sup>- C.E., n° 383264, du 1<sup>er</sup> décembre 2009, demande d'avis saisi par la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr).

<sup>2</sup>- يذكر الأستاذ في هذا المقال و بمناسبة تعليقه على القانون رقم 744-2014 الصادر في الأول جويلية 2014 الذي يسمح بإنشاء الشركات ذات الرأسمال المختلط لممارسة نشاط وحيد، أن التشريع الفرنسي بدأ يحذوا إلى توسيع إجراء تطبيق مبدأ المنافسة على العقود التي تبرمها شركات ذات الرأسمال المختلط عندما تكيف أنها صفقة عمومية أو عقود امتياز، أنظر في ذلك:

PHILIPPOT Rémy, « La SEM à opération unique : innovation juridique ou gadget opérationnel? », *Lexbase Hebdo édition publique*, n° 342 du 4 septembre 2014 , p 4.

<sup>3</sup>- المادة 7 من المرسوم الرئاسي 247-15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

<sup>4</sup>- تصيف المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بالمرفق العام، مرجع سابق، على أنه المفوض له هو إما شخص من أشخاص القانون العام أو شخص من بين أشخاص القانون الخاص و لكن من الضروري أن يخضع للقانون الجزائري.

التفويضات التي تكون من شخص معنوي عام لصالح مؤسسة عمومية ذات طابع إداري مستثناة أيضا من مجال تطبيق مبدأ المنافسة و ذلك لإستحالة التنافس بين أشخاص القانون العام فيما بينهم كما أن هناك من الفقهاء الذين أخرجوا هذه العقود من طائفة اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العمومية لصالح الخواص لعدم تواجد المتعامل الخاص الذي يمارس نشاط مريح في سوق تنافسية كطرف ضمن العلاقة التعاقدية<sup>1</sup>.

يمكن للشراكة التي تكون بين أشخاص القانون العام أن تتوج بإبرام مجموعة من العقود التي من خلالها يتم إدخال حيز النفاذ نشاط يدخل ضمن مهام المرفق العام و تحقيقا للمصلحة العامة و لكن بوسائل و هياكل القانون العام، و لهذا الغرض خصيصا تم إخراج هذه العقود ضمن نطاق تطبيق مبدأ المنافسة لأن كلا طرفي العقد يهدفان إلى تقديم خدمة عمومية و ليس تحقيقا للربح<sup>2</sup>.

لقد توصل مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عنه في سنة 2012 إلى تقديم بعض الحجج التي تم الاستناد عليها لإخراج العقود التي تبرمها أشخاص القانون العام فيما بينها من تطبيق مبدأ المنافسة و المتمثلة أساسا في أن كلا الطرفين يهدفان إلى تحقيق مهام المرفق العام و لا يمارسون نشاط تنافسي الغرض منه تحقيق ربح و بالتالي نشاطهم هذا يخرجهم من نطاق تطبيق قانون المنافسة و باعتبار هذا العقد جاء بين شخصين معنويين عامين فإنه يخرج أيضا من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية<sup>3</sup>.

كما اعتبر الفقه الفرنسي أن العقود التي تبرمها الدولة و غير مصنفة ضمن النشاط الإقتصادي تخرج من نطاق تطبيق مبدأ المنافسة كمثلا توكيل بعض الهياكل بتسيير تأجير السكنات للفئات الضعيفة الدخل في المجتمع و التي يتم تأجيرها بمبلغ منخفض و رمزية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - BEZANCON X., « Que reste-t-il des concessions ? », *CP-Monit*, n° 141, mars 2014, p 3.

<sup>2</sup> - NICINSKI Sophie , *Droit public des affaires*, op.cit., p.p. 538-539.

<sup>3</sup> - وهذه هي الحجة التي قدمها مجلس الدولة الفرنسي لإخراج العقود التي تبرم بين أشخاص القانون العام من نطاق تطبيق مبدأ المنافسة و ذلك في قرار صادر عنه في قضية سبق و أن فصل فيه أنظر في ذلك:

RICHER L, « note sous C.E., n° 353737 du 3 février 2012, commune de Veyrier-du-lac », *A.J.D.A.*, numéro spécial, 2012, p.p. 239- 555.

<sup>4</sup> - CHAPUS René, *Droit administratif général*, Volume 1, 9<sup>ème</sup> éd, Montchrestien, paris, 1995, p.p., 262-783.

بالعودة إلى القانون الجزائري و في منح إمتياز الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة فقد نص أن هذا النوع من العقود يبرم وفق طريقة أصلية و هي المزايدة المبنية على احترام مبدأ المنافسة و إذا تبين عدم جدوى المزايدة سمح القانون بمنح امتياز استغلال الشواطئ للمجالس الشعبية و يتم إبرام العقد في هذه الحالة عن طريق التراضي<sup>1</sup> كطريقة مستثناة من تطبيق مبدأ المنافسة في العقد الذي يجمع بين شخصين معنويين عامين.

أخذ أيضا المشرع الجزائري بالتراضي كطريقة استثنائية في إبرام اتفاقية امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها إذا تبين عدم جدوى المزايدة و قد سمح القانون في هذه الحال أن يكون المفوض له شخص معنوي عام أو خاص<sup>2</sup>.

و لما كان التفويض يمكن أن يكون لصالح الأشخاص العامة و كذا خضوع كل من يمارس نشاط الانتاج و التوزيع و الخدمات و الاستيراد لقانون المنافسة دون التمييز إذا كان شخص معنوي عام أم خاص، فإنه ليس من المستحيل تصور منافسة أشخاص القانون العام لأشخاص القانون الخاص على الضفر بعقد تفويض تسيير المرافق العمومية و لكن طابعهم العمومي يمكن أن ينتج عنه استبعاد مبدأ المنافسة.

### المطلب الثاني: الموازنة بين مقتضيات مبدأ المنافسة وتعهد المتعامل العمومي

لقد تم انشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري في القانون الجزائري من أجل تكليفها بمهمة أساسية تتمثل في تسيير المرافق العمومية، و قد تم تفويض لها مثل هذه المهام بموجب التفويض الانفرادي الذي يخرج من نطاق تطبيق مبدأ المنافسة الحرة، أما المؤسسة العمومية ذات الطابع الإقتصادي فقد تم خصصتها بموجب الأمر رقم 04-01<sup>3</sup> و الذي جعلها تخضع لنفس القانون و الضوابط التي تحكم نشاط الشركات الخاصة مما استوجب تطبيق

<sup>1</sup> - المادة 23 من القانون رقم 02-03، المؤرخ في 17 فبراير 2003، يحدد القواعد العامة للإستعمال و الاستغلال السياحيين للشواطئ، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المادتين 5 و 6 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، المؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أمر رقم 04-01، مؤرخ في 20 غشت 2004، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

شروط تنافسية مماثلة فيما بين هذين النوعين من الأشخاص المعنوية الخاصة استنادا إلى مبدأ حرية الصناعة والاستثمار المنصوص عليه دستورا.

بالعودة إلى النصوص القانونية نجد نشاط المؤسسة العمومية يخضع لنفس الأحكام و الضوابط التي يخضع لها نشاط المقاول الخاصة في علاقتها مع الغير إذا كانت تمارس نشاط تجاري أي نشاطها يخرج من الطابع الثقافي و الإجتماعي... إلخ و تمارسه في إطار سوق تنافسية<sup>1</sup>، لكن من الناحية التطبيقية يتميز نشاط المؤسسة العمومية بطابعها العمومي الذي يتصدى في بعض الأحيان لمبدأ المنافسة، خاصة عند تواجدها في موضع مهتم مترشح يتنافس مع متعاملين اقتصاديين خواص يقدمون عروض للإستجابة إلى الطلب العمومي.

الطابع العمومي للمؤسسة يجعلها دائما في مرتبة تفضيلية عن المتعاملين الإقتصاديين الخواص، و ذلك لاستفادتها من امتيازات أساسها العلاقة التي تربطها بالدولة و كذا منح امتيازات لبعض المؤسسات بموجب نصوص قانونية تجعلها في مرتبة مفضلة عن المتعاملين الخواص بالتالي إستحالة تطبيق مساواة تنافسية جذرية (فرع أول)، لذا دعت الضرورة إلى إعطاء مفهوم مرن لمبدأ المنافسة ليتلائم مع إختلاف النظام القانوني للمتعامل العمومي و المتعامل الخاص، في القانون الجزائري رغم النص قانونا أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الإقتصادي تم خصصتها و تخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها الشركات التجارية الخاصة إلا أنه نلمس غياب الآثار الناتجة عن إكتساب صفقة التاجر مما يحول دون التفسير المرن للمساواة التنافسية (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: منع المتعامل العمومي من توظيف امتيازاته عند تقديم تعهده

يمكن للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أن تمارس نشاط تجاري، فبالتالي تتدخل عن طريق المتعاملين العموميين الذين يمكن لهم أن يأخذوا شكل المؤسسة العمومية و منه نتساءل عن مدى تساوي شروط المنافسة بينها و بين المتعاملين الخواص بحيث يقتضي من تطبيق مبدأ المنافسة تطبيق منافسة متساوية بين المتعهدين لإبرام اتفاقية التفويض سواء العموميين أم الخواص، كما أنه رغم السماح للمتعاملين العموميين تقديم تعهدهم إلا أنه يمنع عليها منعا باتا من استعمال إمتيازاتها لغرض الضفر بالعقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, op.cit., p.p.278-280.

<sup>2</sup> - GUIHEUX Gilles, « La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français : entre novation et tradition »,op.cit., p 788

إن التنظيم الهيكلي الذي يتمتع به المتعامل العمومي المتعهد و المنبثقة أصلاً من العلاقة التي تربطه بالدولة، يجعله في وضعية تمييزية و تفضيلية عن المتعاملين الخواص وهذا مخالف لما يمليه مبدأ المنافسة الحرة بحيث يجب على الهيئة المفوضة أن تعامل المتعهدين معاملة متساوية و غير تمييزية كما يقع إلزاماً على المتعاملين العموميين المتعهدين عدم استغلال وضعيتهم لمنافسة المتعاملين الخواص، و ذلك من خلال عدم استعمال امتيازات نظامية اكتسبها من طبيعته العمومية لإزاحة المتعاملين المتعهدين الخواص من التباري و التنافس حول إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة<sup>1</sup>.

بالتالي السؤال الذي يطرح نفسه هو هل أن حقيقة خوصصة مثل هذه المؤسسات و تطبيق عليها نظام قانوني يوصف بالصفة التجارية كفيل بالحفاظ على المساواة التنافسية بين المتعاملين الخواص و المتعاملين العموميين الذي يفرضه مبدأ المنافسة الحرة؟

يخضع المتعامل العمومي عند تقديمه لعرضه لرقابة مجلس المنافسة و في حالة ما إذا اكتشف استعمال مثل هذه الامتيازات فإنه يمكن له التدخل لقمع هذا السلوك لتكليفه ممارسة مقيدة للمنافسة، كما يمكن للمتعهدين الخواص رفع دعوى أمام الجهات المختصة (القضاء الإداري أو مجلس المنافسة)، في حالة تضررهم جراء استعمال المتعامل العمومي المتعهد للإمتيازات الممنوحة له.

تأخذ الامتيازات التي يمكن للمتعهد العمومي توظيفها للقضاء على منافسيه عند تقديم عرضه شكل إمتيازات تنظيمية التي تنبثق من التنظيم الهيكلي الذي يربطه بأشخاص القانون العام (أولاً)، أو شكل امتيازات وظيفية من خلال مجموعة من الحقوق الحصرية و الإعانات التي يستفيد منها لتسهيل أداء مهامه (ثانياً).

<sup>1</sup> - DELALOY Guillaume, « Les délégations de service public – ou la délicate conciliation des principes d'égal accès des candidats et de libre choix du délégataire. », op.cit., p 95.

## أولاً: الإمتيازات الهيكلية الممنوحة للمتعامل العمومي المتعهد

يشكل تقديم المتعامل العمومي المتعهد عرضه لإبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام خطراً على التطبيق الفعلي و السليم لمبدأ المنافسة و ذلك لتمتعه بمجموعة من الامتيازات و ذلك لخصوصية النظام القانوني المطبق على الشركات التابعة للقطاع العمومي<sup>1</sup>، لكن رغم وجود هذا الاختلاف بين التعهدين العموميين و الخواص إلا أنه لا يمكن إعتبار بصفة بديهية و مباشرة أن كل فعل صادر من شركات القطاع العام أنها أفعال مقيدة للمنافسة<sup>2</sup> وإنما يقتضي الأمر خضوع المتعهدين العموميين لمبدأ المنافسة و لكن دون أن يكون ذلك معوقاً لتطبيق امتيازات السلطة العامة و لا حاجزاً لقواعد القانون العام إذا اقتضى الأمر الإلتزام بها.

تظهر لنا الفروق التي تميز النظام القانوني المطبق على المتعهد العمومي عن المتعاملين الخواص من خلال مساهمة الدولة في رأسمال المتعهد العمومي، و كذا تدخل السلطة التنفيذية في تعيين أعضائه.

### 1- مساهمة الدولة في رأسمال المتعامل العمومي المتعهد

بالعودة إلى النصوص القانونية الجزائرية فإن المؤسسة العمومية الإقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأسمال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة<sup>3</sup>، كما تمارس الدولة النشاط الإقتصادي عن طريق شركات ذات الرأسمال المختلط المنشأة بالشراكة بين رأسمال القطاع العام و رأسمال القطاع الخاص فالملاحظ في هذه الهياكل أن الدولة دائماً تحوز جزءاً أو أغلبية رأسمالها مما يضفي عليها الطابع العمومي و يجعلها تابعة للدولة.

<sup>1</sup> - LISSOUCK Félix François, « La régulation des services public en réseau :réflexions sur la recherche d'un équilibre entre l'ouverture à la concurrence et l'exigence de service public », op.cit., p.p. 852 – 855.

<sup>2</sup> - لكن هذا لا يعني اخراج المتعاملين العموميين من مجال قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة إذ أنه في حالة التوصل إلى إثبات أن المتعامل العمومي قد شارك في إحدى هذه الممارسات فإنه يخضع لمتابعة من طرف مجلس المنافسة أنظر في ذلك: CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, op.cit., p.p. 332 – 345.

<sup>3</sup> - المادة 2 من الأمر رقم 01-04، المؤرخ في 20 غشت 2004، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها و خصوصيتها، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

وفقا لنص المادة 3 من الأمر 04-01 المتعلق بخصوصية المؤسسة العمومية ذات الطابع الإقتصادي و تسييرها على فإن الدولة أو الشخص المعنوي العام يحوز تمثيلا لرأسمالها الإجماعي مباشرو أو غير مباشرة أموالا عمومية في شكل حصص أو أسهم أو شهادات استثمار أو سندات مساهمة أو أي قيم منقولة أخرى في المؤسسات العمومية الاقتصادية، و تخضع تلك الأموال العمومية لأحكام القانون 30-90 المتعلق بقانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم<sup>1</sup> و لا سيما منها الأحكام المتعلقة بتسيير الأملاك الخاصة للدولة<sup>2</sup> و قد صدرا تنفيذا لهذا القانون المرسوم التنفيذي 12- 427 المتعلق بتحديد شروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة<sup>3</sup>.

أملاك المؤسسة العمومية ذات الطابع الإقتصادي قابلة للتنازل عنها و التصرف فيها وفقا لقواعد القانون العام<sup>4</sup>، و هذا يعتبر كضمانة للأملاك المؤسسة العمومية الاقتصادية و الذي يجعلها في مرتبة تفضيلية على الشركات الخاصة التي تخضع للتنازل و التصرف حسب أساليب خاصة كما أنها تخضع للتصفية وفق قواعد القانون التجاري في حالة افلاس الشركة.

و من هنا يمكن ان نستنتج أن كون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من بين المساهمين في الرأسمال الإجماعي للمؤسسات العمومية يفرض تطبيق أحكام مغايرة للأحكام المطبقة على الشركات التجارية لا سيما ما تعلق بجانب المالي و ذلك حمايتا للمال العام.

تنص المادة 7 مكرر من الأمر 04-01 المتعلق بتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية و خصوصتها أنه بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري، تقوم المفتشية العامة للمالية برقابة و تدقيق تسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية بناء على طلب من السلطات أو الأجهزة التي تمثل الدولة المساهمة حسب الشروط و الكفاءات التي يحددها المرسوم

<sup>1</sup> - قانون رقم 30-90، مؤرخ في الأول من ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر ع 52، مؤرخ في 2 ديسمبر

1990، معدل و متمم بموجب القانون رقم 08-14، المؤرخ في 20 يوليو 2008، ج ر ع 44، مؤرخ في 3 غشت 2008.

<sup>2</sup> - المادة 3 من الأمر رقم 04-01، المؤرخ في 20 غشت 2004، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصتها، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 12-427، مؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة، ج ر ع 69، مؤرخ في 19 ديسمبر 2012.

<sup>4</sup> - المادة 4 من الأمر رقم 04-01، المؤرخ في 20 غشت 2004، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصتها، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

التنفيذي رقم 96-09 المتعلق بتحديد شروط و كفاءات رقابة و تدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية<sup>1</sup> الذي جاء تنفيذا لنص المادة 7 مكرر من الأمر 04-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصصتها المعدل و المتمم<sup>2</sup>.  
غير أن المؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة بمشاريع ممولة بمساهمة من الميزانية تخضع للرقابة الخارجية من المفتشية العامة للمالية حسب الكفاءات المنصوص عليها بالنسبة للمؤسسات و الإدارات العمومية.

## 2- نظام الأعضاء

الملاحظ أن الأعضاء المسيرة للمتعاملين العموميين لا تطبق عليهم نفس الأحكام التي تنص عليها في القانون التجاري و المتعلق بالشركات التجارية بل في بعض الأحيان يعينون من طرف السلطة التنفيذية أو أنها تتدخل عن طريق مراسيم تنفيذية لتحديد كفاءات تعيينهم.

جعل المرسوم التنفيذي رقم 283-01 المتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها تسيير مثل هذه المؤسسات بجهازين يتمثل الأول في الجمعية العامة و الثاني في مجلس المديرين الذي يتكون من ثلاثة أعضاء من بينهم الرئيس<sup>3</sup>، كما تتكون الجمعية العامة من ممثلين مفوضين قانونا من مجلس مساهمات الدولة<sup>4</sup>، تتولى الجمعية العامة تعيين أعضاء مجلس المديرين و من بينهم الرئيس بعد موافقة رئيس الحكومة على ترشحهم و بعد أخذ رأي مجلس مساهمات الدولة و تنتهي مهامهم حسب الأشكال نفسها<sup>5</sup>، و لا تخضع المؤسسة العمومية للأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري المتعلق بتحديد أجهزة إدارة و تسيير

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 96-09، مؤرخ في 22 فبراير 2009، يحدد شروط و كفاءات رقابة و تدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ع 14، مؤرخ في 4 مارس 2009.

<sup>2</sup> - أمر رقم 01-08، مؤرخ في 28 فبراير 2008، يتمم الأمر رقم 04-01 و المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصصتها، ج ر ع 11، مؤرخ في 2 مارس 2008.

<sup>3</sup> - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 283-01، مؤرخ في 24 سبتمبر 2001، يتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها، ج ر ع 55، مؤرخ في 26 سبتمبر 2001.

<sup>4</sup> - المادة 4 من المرسوم التنفيذي نفسه.

<sup>5</sup> - المادة 7 من المرسوم التنفيذي نفسه.

الشركة<sup>1</sup>، و هذا مخالف لما يمليه تطبيق مبدأ المنافسة الحرة الذي يشترط مساواة في الشروط التنافسية بين المتعاملين الخواص و المتعاملين العموميين.

من خلال الإطلاع على المرسوم الرئاسي 02-195 المتضمن القانون الأساسي للشركة الجزائرية للكهرباء و الغاز المسماة سونلغاز المكيفة على أنها شركة ذات أسهم<sup>2</sup>، نجد أن جمعيتها العامة تتشكل من ممثلي الدولة و هم في الغالب وزراء عن مختلف الوزارات كما يتكون مجلس الإدارة من ممثلين عن الوزارات أما عن الرئيس المدير العام فيعين بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة<sup>3</sup>.

يتضح مما سبق أن هذه المقاربة الهيكلية يمكن أن نكيفها على أنها تفضيلا للمتعامل العمومي عن المتعامل الخاص و بالتالي تشكل عائقا في تطبيق مبدأ المنافسة، لذا أثار مجلس الدولة الفرنسي<sup>4</sup> ثلاث فرضيات أين يمكن للمتعاملين الخواص الدفع بعدم احترام مبدأ المنافسة عند إتباع إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام لوجود تضارب في المصالح بين المتعامل العمومي المتعهد و الهيئة المفوضة و تتمثل هذه الحالات أساسا في:

\* الحالة الأولى: اسناد اختصاص رقابة العقد إلى الشخص المعنوي المفوض للمرفق العام رغم تقديم الأجهزة التقنية التابعة له تعهدا.

\* الحالة الثانية: الجمع بين وظيفة الاستشارة و التوجيه أي أن هناك هيكل يقدم إستشارة و توجيهات للشخص المعنوي العام و مع ذلك يقدم عرضا لإبرام العقد المعلن عنه من طرف نفس الشخص المعنوي العام أما إذا كان ذلك الهيكل يتمتع بالوظيفة الاستشارية فقط فهذا لا يسجل إخلالا بمبدأ المنافسة لأن الشخص المعنوي العام حر في الأخذ أو عدم الأخذ باستشارة التي قدمها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - على سبيل المثال تحدد المواد من 610 إلى 673 من الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون

التجاري، ج ر ع 101، مؤرخ في 19 ديسمبر 1975، المعدل و المتمم، الأجهزة المكلفة بإدارة و تسيير شركات المساهمة.

<sup>2</sup> - المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 02-195، المؤرخ في 1 يونيو 2002، يتضمن القانون الأساسي للشركة الجزائرية للكهرباء و الغاز المسماة " سونالغاز ش.ذ.أ"، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - المواد من 9 إلى 11 من المرسوم الرئاسي نفسه.

<sup>4</sup> - C.E., " Rapport public sur les collectivités publiques et la concurrence", op.cit., p 112.

<sup>5</sup> - وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عنه أنظر في ذلك:

C.E., n ° 202566, du 28 juillet 2000, association premier janvier 1998, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

\* الحالة الثالثة في حالة تمتع المتعامل العمومي بالحق في الدخول إلى قاعدة حفظ البيانات الإدارية لكونه مكلف بأداء مهام المرفق العام<sup>1</sup>، باعتبار أن الوظيفة التقليدية الممنوحة للدولة متمثلة أساساً في انشاء المرافق العمومية التي تعتبر امتداداً للشخص المعنوي العام من حيث تنظيمها و تمويلها، كما تعتبر الدولة الضامنة الأساسية للتسيير الجيد لهذه المرافق تجاه المرتفقين، مما أولد ضرورة انشاء المتعامل العمومي التاريخي الذي يتمتع باحتكار وطني لتمكينه من أداء مهام المرفق العام الموكلة له و المحددة في دفاتر لشروط أو في العقد الذي يربطه بالدولة المساهمة.

يمكن لهذا المتعامل العمومي الإطلاع على بعض المعلومات و البيانات المهمة و التي لم تنشرها الهيئة المفوضة في الإعلان المفتوح لإجراءات إبرام العقد مما يجعله في مرتبة تفضيلية عن المتعاملين الخواص، و على أساس ذلك يمكنه الدفع بعدم احترام المساواة التنافسية و إحالة الأمر أمام القضاء الإداري.

### ثانياً: الإمتيازات الوظيفية الممنوحة للمتعامل العمومي المتعهد

بالإضافة إلى الإمتيازات الهيكلية منحت للمتعامل العمومي المتعهد مجموعة من الإمتيازات الوظيفية التي تمكنه من أداء مهام المرفق العام و التي يمكن لهذا الأخير استغلالها للتعسف تجاه المتعاملين المتعهدين الخواص، و تتمثل هذه الإمتيازات في تمتع المتعامل العمومي بامتيازات السلطة العامة في أداء مهام المرفق العام و كذا الإعانات التي تمنحها له الدولة يمكن أن تشكل تفضيلاً له من خلال إمكانيته من تقديم أقل عرض من الناحية المالية.

### 1- تمتع المتعامل العمومي المتعهد بامتيازات السلطة العامة

مسايرة للإصلاحات التي انتهجتها الدولة الجزائرية في تسيير الإقتصاد الوطني من خلال انسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي و إزالة الإحتكارات العمومية، أنشأ المشرع الجزائري بعض الهياكل القانونية التي منح لها الطبيعة الخاصة و أخضعها للقانون الخاص رغم مساهمة الدولة في رأسمالها و ذلك لتمكين الدولة من ممارسة النشاط الإقتصادي بأساليب القانون الخاص و خضوعها لقواعد قانون المنافسة، و قد سجلت هذه التجربة نتائج إيجابية مما أدى بالدولة إلى فتح المجال أمام تسيير المرافق العمومية عن طريق مؤسسات عمومية تخضع للقانون الخاص في

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, op.cit. p.p. 414- 415.

علاقتها مع الأفراد و لكن طابعها العمومي و توكيل لها مهمة أداء مهام المرفق العام أولد تمتعها بإمتميازات السلطة العامة رغم كون نظامها القانوني يخرجها من طائفة أشخاص القانون العام.

يمكن للإمتميازات السلطة العامة التي يتمتع بها المتعامل العمومي أن تتخذ عدة أشكال فبالإضافة إلى ما ينتج من تباعيته للدولة سواء من الناحية العضوية أو المالية فإن المهام الموكلة له تدخل أيضا ضمن مهام المرفق العام و تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة و تتحد طبيعة هذا النشاط بموجب نصوص قانونية بحيث لا يمكن إضفاء صفة المرفق العام على أي نشاط إلا بتكليف قانوني<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى ذلك نلاحظ أن النصوص القانونية تضمن للمتعامل العمومي الحصرية في الحصول على التراخيص و كذا استغلال الشبكات العمومية... إلخ و كذا حق الأولوية في ممارسة النشاط من خلال حماية مركزه المحترق<sup>2</sup>، و في هذا السياق تنص المادة 7 من الأمر 04-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية و تسييرها و خصصتها على إمكانية المؤسسات العمومية الإقتصادية الخاضعة لتبعات الخدمة العمومية إبرام اتفاقيات مع الدولة و عندما تكون هذه المؤسسة العمومية الإقتصادية تقدم خدمة عمومية موضوع خصصة، تتكفل الدولة بضمان استمرارية الخدمة العمومية<sup>3</sup>.

فالمؤسسة العمومية التي يكتسي نشاطها طابعا استراتيجيا على ضوء برنامج الحكومة تخضع لنصوص قوانينها الأساسية التنظيمية المعمول بها، أو لنظام خاص يحدد عن طريق التنظيم<sup>4</sup> و لم يخضعها القانون لنفس التنظيم القانوني الذي تخضع له الشركات الخاصة و ذلك نظرا للإمتميازات و الخصوصيات التي تتميز بها المؤسسة العمومية عن المتعامل الخاص.

<sup>1</sup> - فعلى سبيل المثال في مجال الكهرباء و الغاز تضمن شركة سونلغاز رغم أنها شركة ذات أسهم مهمة الخدمة العمومية وفقا للتشريع و التنظيم المعمول به، و ذلك وفقا للمادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 02-195، المؤرخ في 1 يونيو 2002، يتضمن القانون الأساسي للشركة الجزائرية للكهرباء و الغاز المسماة " سونالغاز ش.ذ.أ"، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - للتدقيق أكثر حول هذه النقطة أنظر: بوهنة كلثوم و بن عزة محمد، " واقع قطاع الكهرباء في الجزائر دراسة حالة مجمع سونلغاز"، المجلة الجزائرية للعولة و السياسات الإقتصادية، العدد 6، 2015، ص ص 121-122.

<sup>3</sup> - و ذلك وفقا لنص المادة 16 الأمر رقم 04-01، المؤرخ في 20 غشت 2004، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية و تسييرها و خصصتها، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - المادة 6 من الأمر نفسه.

بالتالي أصبح مهام المرفق العام و كذا تحقيق المصلحة العامة لا يقتصر على أشخاص القانون العام فقط بل أصبحت أشخاص القانون الخاص أيضا تمارس مهام المرفق العام و امتيازات السلطة العامة<sup>1</sup> مما نتج عن ذلك محدودية المعيار العضوي في توزيع الإختصاص بين جهات القضاء الإداري و جهات القضاء الخاص<sup>2</sup>.

يدخل ضمن امتيازات السلطة العامة الموكلة للمتعامل العمومي كل الأساليب غير المؤلوفة في القانون الخاص التي يمارسها للتعبير عن السلطة العامة و يحقق من خلالها المصلحة العامة<sup>3</sup>.

## 2- تلقي إعانات من طرف الدولة

من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية للقانون رقم 01-88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية نجد أنه نص على امكانية تعرض المؤسسة العمومية الإقتصادية استثناءً لإجراء قضائي يضعها في حالة افلاس إذا انعدمت لديها السيولة المالية إنعداماً مستديماً يسبب إعسار يكون اثباته بقاعدة قانونية خاصة تسن لهذا الغرض بموجب قانون خاص و يحدد نفس القانون القواعد الإجرائية و كيفيات تنفيذ التصفية أي أنه إعلان إفلاسها و تصفية أملاكها يتم بموجب نص قانوني و ليس حكماً قضائياً كما هو معمول في حالة افلاس احدى الشركات التجارية.

غير أنه يمكن للحكومة أن تتخذ تدابير وقائية تقنية و اقتصادية أو تعيد الهيكلة أو تمددها بالعون المالي ، إذا كان قرار الحل قضائياً قد يمس مصالح هامة في مجال الاقتصاد الوطني و

<sup>1</sup> - للتدقيق أكثر حول هذه النقطة أنظر : دحموش فايزة، إمتيازات السلطة العامة و الهيئات غير العمومية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، فرع القانون العام، تخصص إدارة و مالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص ص 123-131.

<sup>2</sup> - إن محدودية المعيار العضوي في توزيع الإختصاص بين القضاء الإداري و القضاء العادي يعود سببه إلى ظهور هياكل غير مصنفة ضمن أشخاص القانون العام تقوم بتسيير مرافق عمومية و تتمتع بامتيازات السلطة العامة سواء في المجال الاقتصادي أو المجال المهني، و يمكن تقديم مثال عن ذلك فيما يخص الجمعيات المهنية التي يمكن لها أن تصدر قرارات إدارية يطعن ضدها أمام القضاء الإداري كمثلاً قرار رفض الإنخراط، أنظر في ذلك تعاليق على قرارات و أحكام الإجتهاد القضائي في المادة الإدارية remald ص ص 85.

<sup>3</sup> - أنظر في تعريف امتيازات السلطة العامة و تمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها: دحموش فايزة، إمتيازات السلطة العامة و الهيئات غير العمومية، مرجع سابق، ص ص 9-23.

الدفاع الوطني و التوازن الجهوي و التشغيل، و يترتب عن هذه التدابير إنقضاء الإجراء القضائي الجاري<sup>1</sup>.

أما بصدور الأمر رقم 04-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصيتها فقد حدد العلاقة التي تربط المؤسسة العمومية الاقتصادية الخاضعة لتبعات الخدمة العمومية بالدولة و ذلك من خلال إمكانية إبرام اتفاقية بين مثل هذه المؤسسات العمومية و كذا الدولة الممثلة بمجلس مساهمات الدولة<sup>2</sup>.

الملاحظ من الناحية العملية أنه تم إبرام اتفاقات بين الدولة و المؤسسات العمومية حتى قبل صدور الأمر 04-01 السالف الذكر و يمكن أن نذكر على سبيل المثال الاتفاقية المبرمة بين الدولة و الشركة الوطنية للنقل عبر السكك الحديدية و ذلك قبل تحويلها إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، و تنص المادة 5 من الاتفاقية على أن تتلقى الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية من الدولة مقابل تبعة المرفق العام تخصيصا ماليا يسمى " تعويض تبعة المرفق العام"<sup>3</sup>.

لقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي<sup>4</sup> أن إعانات الدولة يمكن أن ترد على عدة أنواع كمقابل مالي أو إمتيازات أو إعفاءات مالية أو تسهيلات الدفع يتكفل بها الشخص المعنوي العام، و يمكن أيضا لهذه الإعانات أن تمنح بأشكال متعددة كمثلا إعادة الرسملة أو إعادة جدولة الديون و يمكن لهذه الإعانات التي تقدمها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها أن تجد تفسيراً في كون المؤسسة في هذه الحالة تمارس مهام المرفق العام أو أنها تمارس وظائف إدارية كانت سابقا مقررة

<sup>1</sup> - نص المادة 36 من القانون رقم 01-88، المؤرخ في 12 يناير 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الاقتصادية، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 7 من الأمر رقم 04-01، المؤرخ في 20 غشت 2004، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصيتها، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 5 من الإتفاقية المبرمة بين الدولة و الشركة الوطنية للنقل عبر السكك الحديدية الموافق عليها بموجب المرسوم رقم 88-128 المؤرخ في 28 يونيو سنة 1988، يتضمن الموافقة على الاتفاقية الحاصلة بين الدولة و الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج ر ع 26 مؤرخ في 29 يونيو 1988.

<sup>4</sup> - Conseil d'Etat, « Collectivités publiques et concurrence », op.cit., p. 366.

للإدارة العامة ففي حالة ممارستها لمثل هذه المهام التي تخرج عن الطبيعة الصناعية و التجارية يمكن لها أن تتلقى إعانات تساعد على تجاوز القيود المفروضة على نشاطها<sup>1</sup>.

منه يمنع على المتعامل العمومي المتعهد استعمال و توظيف الامتيازات الممنوحة له من طرف الدولة لغرض الضفر باتفاقية التفويض كأن يستغل وضعيته لتقديم أقل العروض كما أن الاتجاه الفقهي الحديث يدعو إلى ضرورة تجنب التفسير الضيق و الجامد لمبدأ المنافسة لغرض تجاوز هذا الاختلاف و التباين في المراكز القانونية.

### الفرع الثاني: التفسير المرن لمبدأ المنافسة يسوي بين الأنظمة المختلفة للمتعهدين

لقد استقر الفقه لا سيما الفرنسي منه على ضرورة منح لمبدأ المنافسة تفسيرا مرنا و مفهوما مطاا يمكن أن يتلائم مع الإختلاف الموجود بين المراكز القانونية و المالية للمتعاملين الخواص و العموميين.

إدعى مختلف الفقهاء الفرنسيين و بمناسبة تحليلهم للتقرير الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي لسنة 2002 حول الجماعات المحلية و المنافسة<sup>2</sup> إلى الإبتعاد عن التفسير الضيق و الجامد لمبدأ المنافسة و عدم جعل المساواة التنافسية ذو مدلول محدود و دقيق، باعتبار أن البحث عن التطبيق الفعلي و السليم لمبدأ المنافسة بين المتعهدين لا يعني على الإطلاق تطبيق مساواة تامة و قطعية فيما بينهم، بل ينبغي منح مفهوم مرن للمساواة التنافسية لتجاوز و تجاهل الإختلاف الموجود بين النظام القانوني المطبق على المتعاملين العموميين و المتعاملين الخواص.

<sup>1</sup> - للتدقيق أكثر حول موضوع إعانات الدولة أنظر:

ZOUAIMIA Rachid, « Les aides de l'Etat aux entreprises publiques économiques : une entrave au principe de libre concurrence ? », Revue Académique de la Recherche Juridique, université de Bejaia, volume 15 n 1 du 25 mai 2017, P.P., 18-25.

<sup>2</sup> - من بين هؤلاء الفقهاء نذكر الأستاذة Catherine BERGEAL، التي اعتبرت ليس بمجرد تقديم المتعامل المتعهد العمومي لأقل

عرض يشكل مساسا بمبدأ المنافسة بل أنه في حالة استعماله لإميازات لإعاقعة تطبيق منافسة حرة كأن يتعسف في وضعية

الهيمنة يمكن الحديث عن الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة. عن :

CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, op.cit., p 536.

لا يكمن الهدف من تطبيق مبدأ المنافسة في الوصول إلى تطبيق مساواة جذرية و إنما الهدف من تطبيقه هو منع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة (أولاً)، كما أنه يمكن تسجيل بعض العراقيل في القانون الجزائري التي تحول دون التطبيق المرن لمبدأ المنافسة (ثانياً).

### أولاً: دوافع التفسير المرن لمبدأ المنافسة

يتضح لنا جلياً من خلال دراسة و تحليل مختلف القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الفرنسي<sup>1</sup> أن النظام القانوني و المالي المتميز الذي يتمتع به المتعامل العمومي المتعهد لا يشكل في حد ذاته عائقاً للدخول إلى إجراء طلب العروض، بحيث أن تطبيق مبدأ المنافسة لا يقتضي وجوباً تواجد المتعهدين العموميين و الخواص في مراكز متماثلة و تطبيق عليهم نفس النظام القانوني بل كون المتعامل العمومي يمارس نشاط اقتصادي و يخضع لنفس القانون الذي يخضع له المتعامل الخاص و نشاطه يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها النشاط الخاص هذا ما يخول إمكانية منافسة متعاملين عموميين لمتعاملين خواص يختلفان من حيث النظام القانوني المطبق على كليهما.

ضف إلى ذلك أن إخضاع اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية لمبدأ المنافسة لا يهدف في حد ذاته إلى إقامة مساواة جذرية بين المتعهدين، و إنما الغرض من ذلك هو منع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة كما يملي القانون العام هدف آخر يتمثل في منح العقد على أسس موضوعية بعيداً كل البعد عن المعايير و الأساليب الشخصية، ذلك لضمان الرقي في الخدمة العمومية من خلال تقديم خدمة ذوا جودة و بسعر في متناول الجميع.

من منظور القانون الإداري يمكن اعتبار ممارسة المتعاملين العموميين للنشاط الخاص و منافستهم للمتعاملين الخواص هو حتمية لاتساع و تطوير في نشاط المرافق العمومية لأن الطابع الربحي الذي تتميز به بعض المرافق العمومية تجعل من الأشخاص المعنوية العامة تتخذ أساليب جديدة لتسييرها شريطة أن تتماشى مع الطابع الخاص للنشاط، مما دفع بالدولة إلى خصخصة بعض المؤسسات أو إمتلاك رأسمال في مؤسسات أخرى حفاظاً على الطابع المرفقي للنشاط من

<sup>1</sup>- أنظر على سبيل المثال:

CONS.CONC., 17 septembre 1996 avis n 96-a-12, condition de concurrence dans le systèmes bancaire et de crédit français, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) ; CONS.CONC., 9 juin 1999, avie n° 99-a-11 – octroi d'une aide financière a une régie départementale, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).

جهة و ثلاثاً مع الطبيعة الخاصة له من جهة أخرى، و باعتبار أن كلا من المتعاملين العموميين و الخوص يخضعون لنفس النظام الضريبي و الجبائي و نفس قواعد المحاسبة يمكن اعتبارهما في مراكز متساوية رغم تباين نظامهم القانوني.

لا يمنع تطبيق مبدأ المنافسة تواجد المتعهدين في مراكز قانون مختلفة كما أنه لا يستوجب وجود المتعامل العمومي في مركز مماثل للمركز الذي يتواجد فيه المتعامل الخاص و إنما يمنع منعاً باتاً المتعامل لعمومي من توظيف هذا المركز الذي يتمتع به من أجل القضاء على منافسيه، مثلاً منع استغلال وضعيته المهيمنة للتعسف أو استغلال وضعيته التباعية الإقتصادية التي هي عليه المتعاملين الخواص اتجاهه للتعسف و القضاء عليهم.

هناك عنصرين مهمين ينبغي أخذهما بعين الإعتبار يتمثل الأول في أن تطبيق مساواة تنافسية يجعل الهيئات المكلفة بحماية المنافسة تفترض وجود منافسة حرة بين المتعاملين العموميين و المتعاملين الخواص مما يؤكد أن تطبيق أي حد للمنافسة يكون مصدره القانون العام و ليس قانون المنافسة<sup>1</sup> و بعبارة أخرى ينبغي القول أن هيئات المنافسة يني عليها مراقبة العروض و التعهدات التي يقدمها المتعهد العمومي و كذا تصرفاته على السوق و منع عليه أن يظهر بمظهر السلطة العامة و إلا اعتبرت ذلك حداً للمنافسة بالتالي اخراجه من مجال أعمال مبدأ المنافسة الحرة.

أما العنصر الثاني فيتمثل في كون تطبيق مبدأ المنافسة لا يهدف لإقامة مساواة تنافسية في حد ذاتها و كذا تحقيق مساواة في المراكز بين المتعاملين المتعهدين الخواص و العموميين منهم بل يهدف إلى منع أي ممارسة مقيدة للمنافسة الحرة سواءً صادرة من جانب المتعهدين الخواص أو المتعهدين العموميين أم من حتى من طرف الهيئة المفوضة في حد ذاتها.

ضف إلى ذلك أن المنافسة ستكون كحافز للمتعاملين الخواص للإبتكار أكثر و عدم الاكتفاء بما في حوزتهم و ذلك من أجل تحسين أداء الخدمة العمومية و الرقي بها إلى جودة عالية<sup>2</sup>، و هو ما نراه فعلاً من الناحية الواقعية فبعدما كان الدفع و المبادلات الإلكترونية يعتمد به في المعاملات

<sup>1</sup> - CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, op.cit., p.p, 534-537.

<sup>2</sup> - لينا حسن زكي، قانون حماية المنافسة و منع الإحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي و الأوروبي، المكتبة العالمية للنشر و التوزيع، مصر، 2015، ص 29.

التجارية لكن في إطار عصرنة الإداري أصبحت الأشخاص المعنية العامة تهتم لهذا النوع من الإجراءات كمثلاً إبرام صفقات بالطريقة الإلكترونية و تتلقى العروض بنفس الطريقة، دفع فواتير عبر شبكة الأنترنت، كذلك تفقد الرصيد البريدي إلكترونياً، و كذا خدمة تلقي رسالة قصيرة حول العمليات التي تجرى على الحساب البريدي، كل هذا يمكن تصنيفه ضمن الخدمات العمومية المعصنة و المقدمة بأساليب القانون الخاص فيمكن للمتعامل الخاص أن يجتهد في هذا المجال و ينافس المتعامل العمومي الذي يرجح دائماً على عرضه هو الاقل ثمناً و لكن ليس الأفضل من الجانب التقني و الفني.

### ثانياً: عراقيل التطبيق المرن لمبدأ المنافسة في القانون الجزائري

الحديث عن القانون الجزائري بتشريعاته و تنظيماته التي تحكم تطبيق مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية يجعلنا دائماً نسجل بعض التحفظات مقارنة بالتشريعات المقارنة، لأن المسألة ليست مسألة التفسير المرن أو الضيق للمبدأ و إنما المسألة هي أبعد من ذلك، لأن السؤال الذي يطرح نفسه هل أن الدولة الجزائرية مستعدة و لها رغبة سياسية في تطبيق مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية؟

الملاحظ من خلال الأمر رقم 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 قام لمشروع الجزائري بخصوصية المؤسسات العمومية ذات الطابع الإقتصادي و أخضعاً للقانون الخاص أي نفس التشريع الذي يحكم الشركات التجارية بغض النظر من كونها وجهاً من أوجه تدخل الدولة في الحقل الإقتصادي و لكن نلاحظ من الناحية الواقعية أن الصفة التجارية الممنوحة لها هي صفة صورية فقط كأنما النص القانوني أضفى على المؤسسة العمومية حلة و بذلة جديدة خاصة أما من حيث التطبيق الفعلي فنجد المؤسسات العمومية تعتبر امتداداً لشخصية الدولة.

رغم أن الأصل هو خضوع المؤسسة العمومية ذات الطابع الإقتصادي لإجراء الإفلاس و التسوية القضائية و استثناء يمكن للدولة أن تتدخل لتحمل ديون المؤسسة<sup>1</sup> و إيقاف الإجراءات القضائية المفتوحة للتفلسة إلا أنه من الناحية الواقعية نجد الدولة تتدخل دائماً لتقديم إعانات للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإقتصادي.

<sup>1</sup> - المادة 217 من الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم.

من جهة أخرى ينبغي التذكير أن رغم نص القانون صراحة أن شركة سونلغاز هي شركة ذات أسهم إلا أنه من الناحية العملية نجد أنها تابعة للدولة و لا تملك ذمة مالية مستقلة عن الخزينة العمومية، و بدلا من تطبيق السوق التنافسية و جعل شركة سونلغاز تتنافس مع شركات خاصة نجد أن المشرع الجزائري قد منح الحصرية لهذه الشركة مما يستبعد تطبيق مبدأ المنافسة ككل و لا مجال للحديث لا على التفسير المرن و لا على التفسير الضيق للمبدأ.

من جهة أخرى نلاحظ تأخر المشرع الجزائري في تقنين اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية فقد ظهر هذا النوع من العقود لأول مرة كتقنية تسيير المرافق العمومية من طرف الخواص في مجال المياه عند تفويض خدمات العمومية للمياه الصالح للشرب في سنة 2005 ثم تعاقبت بعض القوانين الأخرى التي كرست تارة الإمتياز و تارة أخرى التفويض لكي نشهد في الأخير صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي يحدد تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الذي من خلاله تبنى القانون الجزائري تقنية التفويض كعقد جديد من العقود الإداري إلى جانب عقد الصفقات العمومية و قد نص بصريح العبارة على ضرورة إبرام هذا النوع من العقود استنادا إلى مبدأ المنافسة.

لكن ما يعاب على هذا النص هو عدم تبيان طريقة برام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية و كذلك عدم تبيان الطريقة المثلى و الأصح التي تعبر عن التزام الهيئة المفوضة بمبدأ المنافسة بالإضافة إلى تأخر صدور نصوصه التنظيمية<sup>1</sup> التي تعتبر الحاجز الأساسي لعدم تطبيق اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية.

أما من الناحية العملية فنجد غياب تطبيق عقود التفويض تطبيقا فعليا مع تسجيل بعض التجارب المحتشمة و غير الناجحة في التكريس الفعلي لهذه العقود، و من جهة أخرى نجد أن الطريقة التي تبنها المشرع الجزائري لتفويض تسيير المرافق العمومية هو طريقة التفويض الإفرادي لصالح المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، التي تفوضها مهام المرفق العام و تبعات الخدمة العمومية بموجب النصوص القانونية المنشأة لها و بالتالي لا مجال للحديث عن تطبيق مبدأ المنافسة.

<sup>1</sup> - صدر قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في سنة 2015، و قد أحال هذا النص إلى التنظيم لتبيان إجراءات و كذا طرق إبرام اتفاقية التفويض و لم يصدر هذا النص التنظيمي إلا في أوت 2018، و هو المرسوم التنفيذي 18-199، المؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

كما أنه في بعض الأحيان لا تميز الدولة الجزائرية بين أسلوب التفويض و أسلوب الشراكة التي تجمع بين القطاع العام و القطاع الخاص من أجل توفير الخدمة العمومية رغم أنه المعروف فقها أن عقود الشراكة تطبق في مجال البنية التحتية و كذا في المجالات المتميزة بالإستعجال و التعقيد و الفعالية الإقتصادية كبناء المطارات و الموانئ... إلخ. و لا يمكن اعتماد هذه الطريقة لتقديم خدمة عمومية بل يتم اتباعها لبناء و تشييد مرفق عمومي و في الأخير تنتقل ملكيته للدولة جاهزا.

أحسن دليل يمكن تقديمه لتدعيم قولنا بعدم التطبيق الفعلي لاتفاقية التفويض هو تفويض خدمات المياه الصالح للشرب إلى شركة ذات رأسمال مختلط بموجب اتفاقية بين الديوان الوطني للتطهير و الجزائرية للمياه من جهة و مستثمر أجنبي من جهة أخرى رغم نص قانون المياه على تفويض خدمات المياه الصالحة للشرب عن طريق اتفاقية التفويض.

منه يمكن القول أن فرض مبدأ المنافسة على إجراءات إبرام اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العمومية خطوة جديدة حذاها المشرع الجزائري فهو بصدد بناء الإطار القانوني لتحديد مبدأ المنافسة في العقود الإدارية لذا نجد هناك ثغرات و فراغات تشريعية عديدة لا سيما ما يستثني بعض العقود من تطبيق مبدأ المنافسة لأنه مهما كان الأمر فتطبيق المنافسة التامة بمفهومها الاقتصادي في العقود الإداري أمر مستحيل لذا يتم إعادة تشكيل مفهوم المنافسة في قالب المصلحة العامة، لجعل أساس هذه الاستثناءات هي الموازنة بين مقتضيات المنافسة الناتجة من تحرير نشاط معين و امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الهيئة المفوضة و كذا مهام المرفق العام الذي يكون موضوع عقد التفويض.

لضمان الموازنة بين تطبيق مبدأ المنافسة و كذا النظام القانوني الممنوح للمتعاملين العموميين توصل الفقه الفرنسي<sup>1</sup> إلى ضرورة إعادة النظر في دور الدولة المساهمة l'Etat actionnaire من خلال إعادة النظر في طبيعة و نوع إمتيازات السلطة العامة التي تستعملها الدولة بدورها في توجيه المؤسسة العمومية و تطوير حوكمتها<sup>2</sup>، عن طريق تغليب تقنية التفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية على تقنية المؤسسة العمومية، بالإضافة إلى ضرورة فصل المهام المختلفة المنوطة بالدولة و عدم جمع وظيفتين من هذه الوظائف في يد هيكل واحد و تتمثل أساسا

<sup>1</sup> -NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, op.cit., p.p. 314-318.

<sup>2</sup> -DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 361 – 371.

في الوظيفة التقليدية المنوطة بالدولة (إختيار النظام الإقتصادي للدولة وضع التنظيمات...إلخ)،  
الوظيفة الضبطية و وظيفة الحفاظ على المرافق العمومية و تمويلها<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - BERTRAN Philippe, « La libéralisation du marché français des télécommunications », op.cit., p.p. 170-173.

## المبحث الثاني: تقييد مبدأ المنافسة بفعل تصرفات الأطراف المرشحة لإبرام عقد التفويض

يعتبر مجلس المنافسة سلطة ضبّط في مجال المنافسة و مهمّته الأساسية هو حماية مبدأ المنافسة الحرة من أيّ فعل يؤدي إلى تقييده أو الحدّ منه، و هو ما يسمى بالممارسات المقيدة للمنافسة الحرة، التي يمكن أن يكون أطرافها هم المتعهدون المترشحون لإبرام العقد الإداري، كما يمكن لهذه الممارسة المقيدة للمنافسة أن تكون بفعل قرار إداري صادر من الشخص المعنوي العام المبرم للعقد.

في ظلّ قانون الأسعار لسنة 1989 كانت كلّ الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة تقمع من طرف القاضي الجزائري، و بصدر الأمر 06-95 المتعلّق بالمنافسة فقد أسند إختصاص قمع هذه الممارسات إلى مجلس المنافسة مع منح لهذا الأخير إمكانية إحالة الملف إلى القضاء الجزائري لمعاقبة الأشخاص الطبيعيّة التي ثبتت مسؤوليتهم الشخصية في قيام تلك الممارسات المحظورة، كما يمكن لجمعيات حماية المستهلكين و الجمعيات المهنية رفع دعوى جزائية ضدّ أيّ عون إقتصادي تتضرر من أفعاله<sup>1</sup>، بحيث تمّ توزيع الإختصاص القمعي بين كلّ من مجلس المنافسة و القضاء الجزائري.

أمّا بصدر الأمر 03-03 المتعلّق بالمنافسة الذي ألغى الأمر 06-95 المتعلّق بالمنافسة فإنّ مثل هذه الممارسات المقيدة للمنافسة أصبحت تقمع من طرف مجلس المنافسة دون تدخل القاضي الجزائري، ذلك من خلال إعتداد المشرّع الجزائري لمبدأ إزالة التجريم بشأنها حيث تمّ إستبدال العقوبة الجنائية بعقوبة أقل شدة و هي العقوبة الإدارية المتمثلة أساساً في الغرامات المالية<sup>2</sup>.

تضيف المادة 2 من قانون المنافسة المعدّل و المتممّ، أنّ الصفة العموميّة تخضع لقانون المنافسة من الإعلان إلى غاية المنح النهائي لها، بالتالي يجب على الأشخاص المعنوية العامة أن

<sup>1</sup> - لخضاري أعمّر، "دراسة نقدية لبعض القواعد الإجرائية في قانون المنافسة"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد 2، 2007، ص ص 66-62.

<sup>2</sup> - للتدقيق أكثر حول موضوع إزالة التجريم أنظر في ذلك:

DECOQ André, "La dépenalisation du droit de la concurrence", revue de jurisprudence commerciale, numéro spécial, colloque de la baule 15 et 16 juin 2001, "où en est la dépenalisation dans la vie des affaires ?", novembre 2001, p 89 .

تلتزم بنصوص قانون المنافسة عند إستدراجها للعروض لصدد إبرام عقد إداري، و السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يمكن لمجلس المنافسة أن يتابع في هذه الحالة الأشخاص المعنوية العامة عند إخلالها بمبدأ المنافسة الحرة؟ تجيب على هذه الإشكالية المادة 946 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي جعلت الإختصاص يؤول للمحكمة الإدارية في حالة إخلال الأشخاص المعنوية العامة بمبدأ المنافسة الحرة.

ينبغي التذكير أنه في القانون الفرنسي تمّ توزيع إختصاص في قمع الممارسات المقيّدة للمنافسة الحرة بين سلطة المنافسة و القضاء الإداري، فإذا كانت الممارسة ناتجة مباشرة لصدور قرار إداري فردي يؤول الإختصاص للقضاء الإداري، أمّا إذا صدرت الممارسة من طرف عون إقتصادي طبيعي أو معنوي عام أو خاص يمارس نشاط إقتصادي فإنّ الإختصاص يؤول لسلطة المنافسة<sup>1</sup>.

يمكن عرقلة و تقييد تطبيق مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام من طرف المتعهدين المترشحين لإبرام العقد عن طريق إرتكابهم لممارسة مقيدة للمنافسة (مطلب أول)، أو بفعل الهيئة المفوضة عن طريق إتخاذها قرار إداري تمييزي (مطلب ثان).

### المطلب الأول: دور المتعهدين المترشحين في تقييد مبدأ المنافسة

إن السبب الرئيسي الذي يهدف بالمتعاملين الإقتصاديين إلى تقديم عروضهم هم كسب الربح و هم يعتبرون فضاء الإعلان لإبرام العقد الإداري سوق تنافسية، و لكي تسود المنافسة الصافية بين الأعوان الإقتصاديين يجب توفر أربع شروط و هي: كثرة المؤسسات، تجانس المنتج، حرية الدخول إلى السوق و كذا إستقلالية سلطة إتخاذ القرار<sup>2</sup>.

يجب أن يتواجد في السوق عدد كبير من المؤسسات الصغيرة و كلّ واحدة منها تسيطر على جزء صغير من الإنتاج الكلي، و رغم أنه في بعض الحالات يتواجد عدد قليل من المنتجين إلا أنه يجب أن تسود بينهم المنافسة، و يعود قلة المنتجين في هذا السوق سواء أنّ طبيعة النشاط يحتم ذلك وهذا ما يعرف بسوق منافسة القلة أو أنّ المؤسسة تستفيد من تخفيض في تكاليف الإنتاج

<sup>1</sup> - HUBRECHT Hubert-Gérald, " Droit public économique ", Dalloz, Paris, 1997,p.p. 295-296 .

<sup>2</sup> - شلبي أمل محمد، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الاحتكار دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2008،

لتزايد هذا الأخير ( ما يعرف بالتدرّج الاقتصادي)<sup>1</sup>، وكذا التقدّم التكنولوجي الذي وصلت إليه سيؤدي إلى إحتكار السوق من طرف مجموعة من المؤسسات تتنافس فيما بينها هذا ما يعرف بسوق المنافسة الإحتكارية<sup>2</sup>.

فأيّ فرد أو شركة تتوافر لديها الأموال و الرغبة يجب أن تكون قادرة على الدخول إلى السوق بدون أيّ عائق، لكن في بعض الحالات تتفق مؤسستان أو أكثر للحيلولة دون ذلك، كما يجب أن تحتوي السلعة على بدائل لها، بحيث تتميز سوق المنافسة الصافية عن السوق الإحتكارية من حيث كون هذا الأخير تنفرد فيه مؤسسة بالإنتاج لكون هذه المؤسسة في وضعية هيمنة، بالتالي تخضع لرقابة مجلس المنافسة الذي اعترف في رأيّ استشاريّ له صادر سنة 2001 أنه " لا تحظر وضعية الهيمنة في حدّ ذاتها لكن تحظر التعسفات التي قد تنجم عنها"<sup>3</sup> باعتبار أنه يمكن لمؤسسة ما أن تهيمن على السوق بفضل مجهوداتها و تقنياتها المستعملة<sup>4</sup>

منه فكلّ إتفاق محظور أو ممارسة تعسفيّة محدّدة في قانون المنافسة تستوجب متابعة من طرف مجلس المنافسة (فرع أول)، كما يشترط لقمع مثل هذه الأفعال و تصنيفها ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة مجموعة من الشروط (فرع ثانٍ).

### الفرع الأول: الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة

يمكن للمؤسسات الإقتصادية أن تجتمع فيما بينها و قد عرف المشرع الجزائري عملية التجميع، باندماج مؤسستين أو أكثر كانت مستقلة أو إنشاء مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة أو إذا حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات، على مراقبة مؤسسة أو عدة

<sup>1</sup>- LINOTTE Didier et GRABOY-GROBESCO Alexandre, Droit public économique, DALLOZ, Paris , 2001, p.p. 25- 32.

<sup>2</sup>- شلبي أمل محمد، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الاحتكار دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 10-11.

<sup>3</sup>- مجلس المنافسة الجزائري، رأي رقم 02 ر 2001 ، الصادر في 7 أكتوبر 2001، المتعلق بإخطار مؤسسة سفيطال مرجع سابق.

<sup>4</sup> - BOY Laurence, " L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ?" , R.I.D.E ,n° 1, 2005, p. 35.

مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق أخذ أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى<sup>1</sup>.

تخضع عملية التجميع لمراقبة مجلس المنافسة عندما يرمي التجميع إلى تحقيق حدًا يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة<sup>2</sup>، و الهدف المرجو من هذه المراقبة هو هدف وقائي<sup>3</sup>، أي رقابة قبلية تكشف عن الممارسات التي تمس بالمنافسة قبل وقوعها رغم أنه يمكن للآثار الناتجة عن عملية التجميع أن تكون مفيدة بالنسبة للمستهلك أكثر ما تضره<sup>4</sup>، مما جعل بالمشرع الجزائري يفرض رقابة على عملية التجميع ولا يصنفه في حد ذاته ممارسة مقيدة للمنافسة.

بحيث تصنف ضمن هذه الممارسات كل من الاتفاقات المحظورة و كذا الممارسات التعسفية(أولاً) و في إطار التقيد بموضوع الدراسة ينبغي اسقاط الممارسات المقيدة للمنافسة على عملية ابرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام(ثانياً).

#### أولاً: تحديد الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة

تتمثل هذه الممارسات في كل من الاتفاقات المحظورة و التعسف في وضعية الهيمنة دون تمديد الدراسة على باقي الممارسات التعسفية الأخرى.

#### 1- الاتفاقات المحظورة:

يعرف الإتفاق في القانون المدني بتطابق إرادتين، ومن خلال هذا التعريف إعتد بعض فقهاء قانون المنافسة المفهوم الواسع للإتفاق المحظور فجعلوه يعرف بتطابق إرادتين أو أكثر بغرض تقييد المنافسة<sup>5</sup>، ونظراً لإمتداد هذا المفهوم فقد عمد بعض الفقهاء إلى تقليص دائرة الإتفاق

<sup>1</sup> - المادة 15 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 18 من الأمر نفسه.

<sup>3</sup> - بركات جوهرة، نظام المنازعات المتعلقة بنشاط سلطات الضبط الاقتصادي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع تحولات الدولة، جامعة تيزي وزو، 2007، ص 75.

<sup>4</sup> - على سبيل المثال في مجال وسائل الإعلام أنظر في ذلك:

IDOT Laurence, Les concentrations dans le secteur des medias : busnes as usual ?, R.I.D.E., vol1, n° 1, 2005, p.p. 23-24.

<sup>5</sup> - FRISON-ROCHE Marie Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence dalloz, Paris, 2006, p. 150.

المحظور لكي يشمل فقط الإتفاقات التي تبرم بين التجار دون غيرهم بغرض تقييد المنافسة<sup>1</sup>، بالتالي يمكن للإتفاق أن يكون عمودياً إذا أبرم بين عونين إقتصاديين يتواجدان في وضعيتين مختلفتين في الإنتاج و التوزيع مثلاً الإتفاق الذي يبرم بين منتج و موزع<sup>2</sup> كما يمكن للإتفاق أن يكون أفقياً إذا أبرم بين مؤسستين متنافستين تمارسان نفس النشاط<sup>3</sup>.

يمكن للإتفاق أن يكون صريحاً و يمكن أن يكون ضمناً<sup>4</sup> و ذلك دون التقييد بالشكليات التي يتطلبها القانون المدني لقيام إتفاق ما، حيث أن الإتفاق المحظور لا يتطلب شكليّة معيّنة فكلمة وجد هناك إتفاق بين عونين إقتصاديين مستقلين بعضهما البعض أوجب حضره إذا كان الغرض منه تقييد المنافسة في السوق، سواء المفتوح كلياً على المنافسة أو الذي تسود فيه منافسة جزئية نظراً لفنية و تقنية الخدمة التي يقدمها الأعوان الإقتصاديين.

أما السوق الذي تنعدم فيه المنافسة كالسوق المنظم فلا يمكن تصور فيه إتفاق محظور<sup>5</sup>، و يتم إثبات قيام الإتفاق المقيّد للمنافسة بكلّ وسائل الإثبات المادية و بالقرائن<sup>6</sup>، كما يتم تبادل المعلومات بين مختلف الهيكل التي لها علاقة بالمنافسة لغرض قمع هذه الممارسات<sup>7</sup> و يمكن للإتفاق المحظور أن يتخذ عدّة أشكال و عدّة نماذج.

<sup>1</sup> -GUGLER Philippe, « Les politiques économiques d'U.E. :la politique de la concurrence, la vie économique », revue de politique économique, n°11, 2001, p.p. 49-50.

<sup>2</sup> - كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 125.

<sup>3</sup> - شلي أمل محمد، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الاحتكار دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 25-28.

<sup>4</sup> - حسب المادة 6 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - على سبيل المثال الصيداليين، الأطباء، أنظر في ذلك:

كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص ص 87-86، و كذلك:

BIGGAR Darryl, « Concurrence et réglementation dans l'industrie pharmaceutique », revue de l'O.C.D.E. sur le droit et la politique de la concurrence, vol4, n°3, 2002, p.p.129-231.

<sup>6</sup> - FRISON-ROCHE Marie Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence op.cit.p.157.

<sup>7</sup> - LASSERRE Bruno, « Modernisation » les adaptations nécessaires du conseil de la concurrence", R.D.L.C, n° 1, 2004, p.p. 30-32 .

### أ- أشكال الاتّفاقات المحظورة:

لا يشترط لقمع إتّفاق مقيّد للمنافسة وروده في شكل معيّن بل أنّ هذه الأشكال تتعدّد حسب اختلاف تصور و إبداعات المتعاملين الإقتصاديّين<sup>1</sup>.

فيمكن للاتّفاق أن يكون منظماً قانوناً سواء على شكل إتّفاقات عضويّة<sup>2</sup> أي القرارات التي تصدرها الجمعيات المهنيّة أو النقابية و التي يكون لها أثر مقيّد للمنافسة و التي يستجيب لها الأعضاء بتطبيقها، لأنّ إتّخاذ قرارات فردية دون إستجابة الأعوان الإقتصاديّين لذلك يجعله مجرد عرض دون أن يرتقي إلى درجة الاتّفاق الذي يستوجب تطابق الإيجاب و القبول<sup>3</sup>.

إتخذ مجلس المنافسة الفرنسي - حالياً سلطة المنافسة - موقفاً حاسماً في مدى إعتبار المؤسسة طرفاً في الاتّفاق المحظور من خلال إستجابتها للقرارات التي تصدرها الجمعيات النقابية أو المهنيّة و التي لها أثر مقيّد للمنافسة حيث إعتبرت سلطة المنافسة الفرنسية مشاركة مؤسسة ما في الإجماع العلني الذي تعقده الجمعيّة المهنيّة أو النقابيّة و الذي يكون الغرض منه تطوير المهنة لا يدان بتهمة الاتّفاق المحظور و لو كان له أثر مقيّد للمنافسة ذلك إذا كانت إستجابة المؤسسة للقرارات التي تصدرها الجمعية هي إستجابة للمرة الأولى ذلك لإندام النية، أمّا إذا كان هذا الإجماع سرياً، و تكرر تطبيق المؤسسة لقرارات الجمعية المقيّدة للمنافسة يجعلها ذلك طرفاً في الاتّفاق المحظور<sup>4</sup>.

كما يمكن للاتّفاق المنظم قانوناً أن يتّخذ شكل الاتّفاقات التعاقدية أي الاتّفاقات التي تبرم بين عدّة أطراف و التي تولد إلتزامات لكلّ طرف و يجعلها ملزمة قانوناً بعضها البعض بتنفيذ موضوع العقد، مثلاً الاتّفاقات التي تبرم بين المؤسسات في شكل إتّفاقية تعاون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - لخضاري أعمّر ، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافسة في القانونين الجزائري و الفرنسي ، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 15.

<sup>2</sup> - BOUTARD-LABARDE , Marie Chantal et CANIVET Guy, Droit français de la concurrence , op.cit., p 40.

<sup>3</sup> - FRISON-ROCHE Marie Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, op.cit., p.p. 151-152.

<sup>4</sup> - Conseil de la concurrence, Rapport annuel pour l'année 2007, R.D.L.C.n°4, 2008 p,188.

<sup>5</sup> - FRISON-ROCHE Marie Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, op.cit., p.p.170- 213.

بالإضافة إلى الإتفاق المنظم قانوناً يمكن للإتفاق أن يكون غير منظماً قانوناً و يأخذ شكل العمل المدبر الذي يعتبر مجرد تفاهم ضمني بمثابة إلتقاء و توافق تفكير المؤسسات الإقتصادية، دون وجود إتفاق صريح على ذلك و في بعض الحالات لا يقتصر أطرافها على المؤسسات فقط بل تشارك المنظمات المهنية في هذا الفعل المقيّد للمنافسة، أو أنّه يكون على شكل تماثل في السلوك الذي يعني إتخاذ عدّة مؤسسات نفس الإستراتيجية و في أوقات متقاربة، دائماً الغرض منها تقييد المنافسة و تعتبر الإتفاقات غير المنظمة من أصعب الإتفاقات من حيث الإثبات<sup>1</sup>.

### ب: نماذج الإتفاقات المحظورة:

يمكن للإتفاق أن يتخذ عدّة نماذج<sup>2</sup>، حيث حدّد الأمر 03-03 المتعلّق بالمنافسة بعض النماذج على سبيل المثال ذلك لصعوبة حصرها، بالتالي يمكن للإتفاق أن يرمي إلى تقليل عدد المنافسين كالحّد من الدخول في السّوق أو إقتسام الأسواق أو مصادر التموين..... إلخ أو أنّه يهدف إلى تقييد نشاط المنافسين بالتشجيع المصطنع لإرتفاع الأسعار أو لإنخفاضها أو تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين<sup>3</sup>.

يضيف المشرّع نموذج آخر من الإتفاقات المحظورة و ذلك بموجب القانون 08-12 المعدّل و المتممّ للأمر 03-03 المتعلّق بالمنافسة، و هو ذلك الإتفاق الذي يهدف إلى السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيّدة للمنافسة مثلاً الإتفاق على توحيد العروض أو التقدم بنفس العطاء.... إلخ.

أخيراً ما ينبغي قوله هو إذا كان الإتفاق هو تطابق إرادة مؤسستين أو أكثر مستقلتين بغرض تقييد المنافسة إلاّ أنّه هناك ممارسات أخرى يفرض من خلالها الطرف القويّ إرادته على الطرف الضعيف.

<sup>1</sup> - كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 90-95.

<sup>2</sup> - للتدقيق أكثر حول هذه النماذج أنظر :

RAYNAUD Emmanuel et VALCESCHINI Egizio, « Collectif ou collusif ? à propos de l'application du droit des ententes aux certifications officielles de qualité », R.I.D.E., n°2 , 2005,p.p. 165-195.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، مرجع سابق.

## 2- التعسف في وضعية الهيمنة:

يعرف التعسف أنه كل إستعمال بغير وجه حق، لكن لا يختص مجلس المنافسة بقمع كل الممارسات التعسفية بل تلك الواردة فقط في قانون المنافسة، أما تلك الواردة مثلاً في القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية فيختص القضاء بقمعها، تتمثل الممارسات التعسفية التي تعدّ من إختصاص مجلس المنافسة في التعسف الناتج عن وضعية هيمنة والتعسف الناتج عن تبعية إقتصادية و البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي.

و مسأيرة لدراستنا و المتمثل أساسا في البحث عن الممارسات التعسفية المقيدة لمبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية التفويض فإن الدراسة ستقتصر على التعسف في وضعية الهيمنة دون ذكر الممارسات التعسفية الأخرى<sup>1</sup>.

يعرف هذا الوضع بالتصرفات التي تتخذها مؤسسة في وضعية هيمنة على السوق الغرض منه الحد من المنافسة، و تكون مؤسسة ما في وضعية هيمنة عندما تملك سلطة على السوق أو جزء جوهري منه، بحيث تعتبر قوة إقتصادية مستقلة في تصرفاتها و حرّة في أفعالها ترفع الأسعار دون أن يؤثر ذلك في تسويق المنتج أو توقف المؤسسة عن النشاط<sup>2</sup>.

كما يعرف البعض الآخر التعسف في وضعية هيمنة على السوق، بتمتع شركة أو منشأة تجارية بقوة كبيرة في سوق ما تمكّنها من السيطرة عليه من خلال تخفيض الإنتاج و زيادة الأسعار، ذلك للقضاء على المنافسين الموجودين في ذلك السوق و منع المنافسين المحتمل دخولهم مزاولة النشاط في ذلك السوق بهدف زيادة الأرباح و زيادة نصيبها في السوق و ينبغي التذكير أنّ تواجد مؤسسة ما في وضعية هيمنة لا يعني تواجدها لوحدها في السوق أو إنعدام

<sup>1</sup> - سيتم الاستغناء عن دراسة التعسف في وضعية التبعية الإقتصادية التي تشترط أن المؤسسات لا تمارس نفس النشاط و لكن تمارسان نشاطات تجعلها في تبعية اقتصادية كالعلاقة التي تربط بين المنتج و الموزع، كذلك لا تضم دراستنا ممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي لاشتراط وجود المستهلك النهائي طرفا في العلاقة و هو ما لا يتلائم مع بحثنا. و للتدقيق أكثر حول هذه الممارسات أنظر:

براهمي فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03-03 و القانون رقم 12-08، مرجع سابق، ص ص 88-91.  
<sup>2</sup> - FRISON-ROCHE Marie Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence op.cit., p.119.

منافسين لها، بل أنّ المؤسسة المهيمنة على السوق تواجه منافسين<sup>1</sup> وهذا ما يجعلها تتعسف للفضاء عليهم أو إلحاق بهم ضرر محقق.

أمّا المشرّع الجزائري فقد عرّف وضعيّة الهيمنة بأنّها الوضعيّة التي تُمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوّة إقتصاديّة في السوق المعنيّة من شأنها عرقلة قيام منافسة فعليّة فيه و تعطّيها إمكانيّة القيام بتصرفات منفردّة إلى حدّ معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممولّيها<sup>2</sup>، و لكي تكون المؤسسة المهيمنة على السوق محل متابعة من طرف مجلس المنافسة يجب أن تمارس أفعال الغرض منها الحدّ من المنافسة<sup>3</sup>.

ثانيا : تطبيقات الممارسات المقيدة للمنافسة على إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

بعد تبيان الإطار العام لكل من الاتفاقات المحظورة و التعسف في وضعيّة الهيمنة ينبغي علينا تطبيق تلك القواعد على عملية إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية لنبين كيفية تقييد مبدأ المنافسة من خلال تصرفات المتعهدين المترشحين لإبرام اتفاقية التفويض.

#### 1- تطبيقات الاتفاق المحظور على إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

يمكن للمتعاملين المتعهدين أن يستغلوا عملية استدراج العروض لإبرام اتفاقات محظورة باعتباره الجو الملائم لذلك و مثل هذه الأفعال تقضي على الفعالية الإقتصادية لإجراءات إبرام العقد الإداري و تسبب في هدر المال العام ، إن فرضية تورط المتعامل العمومي المتعهد لإبرام اتفاقية التفويض في اتفاق محظور أمر ممكن و وارد رغم أن غالبا ما يتابع المتعامل العمومي على أساس التعسف في وضعيّة الهيمنة، و يمكن القول أن نفس الأحكام التي تطبق على الاتفاقات المحظورة التي تجمع المتعهدين الخواص يخضع لها المتعامل العمومي.

<sup>1</sup> - محمد شلبي أمل، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الاحتكار دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 46-47 .

<sup>2</sup> - المادة 3 فقرة ج من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق .

<sup>3</sup> - أنظر المادة 7 من الأمر نفسه.

لقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن المتعامل العمومي غالبا ما يبرم إتفاقات محظورة مع المتعاملين الخواص<sup>1</sup>.

و قد كيّف مجلس المنافسة الفرنسي في قرار له صادر في 28 جويلية 2006<sup>2</sup> تواجد المتعامل العمومي طرفا في الاتفاق المحظور بالأمر الخطير لما له من نتائج سلبية لعملية إبرام العقد.

كما إعتبر أن تطبيق و احترام قواعد المنافسة هو وحده من يضمن للشخص المعنوي العام المعلن عن عملية طلب العروض شفافية و صحة عملية إبرام العقد و عدم إهدار المال العام، يكمن أساس الدعوى إلى المنافسة في سرية عملية تحظير العروض بحيث يجب على كل متعهد أن يجد نفسه في جهالة تامة لعدد و نوعية منافسيه، و قدراتهم التقنية و المالية التي تؤهلهم إلة تقديم أفضل العروض و بأقل الأثمان.

على العموم يمكن للإتفاق المحظور الذي يرتكبه المتعامل العمومي أثناء تعهده لإبرام عقد إداري أن يأخذ إحدى الأشكال الآتية:

#### أ- تبادل المعلومات ما بين المتعهدين

يجب على المتعهدين أن يقدموا عروضاً مستقلة و كل متعهد على جهالة بالعرض الذي يقدمه المتعهدين الآخرين و يجب للمتعهدين المتنافسين أن يتخذوا قرارات بإرادات مستقلة بعضها عن بعض، و تبادل المعلومات أثناء عملية إبرام العقد الإداري حول عدد المتنافسين، أسمائهم، أهميتهم، إمكانياتهم المادية و البشرية و المالية، و هدفهم جراء تقديم تعهدهم، و المبلغ المالي الذي يزمعون عرضه، سيؤدي لا محال إلى تقليل نمث كثافة المنافسة بين المتعاملين الإقتصاديين و لهذا الغرض ينبغي تدخل مجلس المنافسة لقمعها و وضع حد لها.

<sup>1</sup> - Cons. Conc., Déc. n° 99-D-64, 26 octobre 1999, Marché de construction d'un atelier mécano plastique à Auray, [www.autoritedelaconurrence.fr](http://www.autoritedelaconurrence.fr) . ; Cons. Conc., Déc. 07-D-15 du 9 mai 2007, relative à des pratiques mises en oeuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France, [www.autoritedelaconurrence.fr](http://www.autoritedelaconurrence.fr) .

<sup>2</sup> - Cons. Conc., Déc. n° 06-D-25, du 28 juillet 2006, relatives à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, [www.autoritedelaconurrence.fr](http://www.autoritedelaconurrence.fr) .

غالبا ما يكون الغرض من إستراتيجية تبادل المعلومات هو تسقيف العرض المالي أو تخصيص العقد إلى أحد المتعهدين بصفة مسبقة أو التقليل من عدد المتعهدين، كما يمكن أن يكون للإتفاق المحظور أبعادا أخرى تمتد إلى ما بعد إبرام العقد الإداري<sup>1</sup>.

### ب- تماثل السلوكات

إن هذا الفعل لا يثبت في حد ذاته اتفاق محظور و لكن يعتبر كقرينة لوجوده ، و يمكن تعريف هذا الشكل من الاتفاق المحظور على أنه اتفاق ضمني لأعضاء مجموعة واحدة une coordination implicite des membre d'un oligopole في تنظيم موحد على شكل يدعى باحتكار القلة الناتج من خلال إلزام شخصي لمجموعة من المتعهدين باتباع نفس السلوك<sup>2</sup> ، و تشترط فيه ثلاث شروط و هي: أن يكون كل عضو على علم بسلوكات و تحركات الأعضاء الأخرى و التي تتبع نفس السلوك، أن يترتب على عدم الإمتثال لنفس السلوكات جزاءات أو أن أعضاء القلة المحتركة ستنقم من العضو الذي يرفض اتباع نفس السلوك بإتيان أعمال إنتقامية ضده سواء في نفس السوق أو في سوق أخرى، أما الشرط الأخير فيتمثل في عدم قدرة لا الشخص المعنوي العام و لا المتعهدين الآخرين في تجنب هذا الاتفاق<sup>3</sup>.

### ج- الإتفاق حول تقسيم السوق

تتمثل هذا النوع من الممارسة في اتفاق بين المتعهدين حول وضع تخطيط من خلاله يحددون المتعاملين المتنافسين في رقعة جغرافية محددة، مثلا يرفض متعامل تقديم عرضه في دعوة إلى المنافسة لحجزه إلى متعامل آخر منافس له.

د- تغطية العروض أو تفعيلها و الغرض من اتيان هذه الممارسة هو خلق جو تنافسي وهي أي الإيحاء بوجود منافسة فعالة و فعلية رغم غيابها كأن تتقدم إحدى الشركات بعرض رغم عدم رغبتها في الفوز بالعقد و لكن الهدف من ذلك هو جعل من عرض متعهد معين هو الأفضل أو لضمان العقد لصالح متعهد معين بالذات، فعند دراسة العروض سيتم التظليل على الهيئة

<sup>1</sup> - لينا حسن زكي، قانون حماية المنافسة و منع الإحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي و الأوروبي، ص ص 114-129.

<sup>2</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.182.

<sup>3</sup> - TRUCHET Didier, « La concurrence et l'accès à la commande publique », revue scientifique, n° 2, 2011, p.p. 277 – 287.

المفوضة و إيهامها بأنها اختارت أفضل العروض رغم أن العروض الأخرى المنافسة تم إعدادها مسبقا على أنها أسوء العروض و تم تقديمها أساس لتخصيص الصفقة للعرض المختار من طرف الهيئة المفوضة بنية مخدوعة على أنه أفضلها<sup>1</sup>.

أما تفعيل العروض يقصد به تقديم عروض رغم أنها ليست مؤهلة و لكن الغرض من تقديمها هو التعريف بعرض متعهد معين أمام الهيئة المفوضة و قد تم إعتبارها من الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة للدور الذي تلعبه في تضليل السعر الحقيقي للعرض و احتمال تبادل في المعلومات و كذا الأهداف المنافية للمنافسة التي يمكن أن تظهر بعد إبرام العقد كمكافئة يقدمها المفوض إليه للشركات التي سعدته في الضفر باتفاقية التفويض<sup>2</sup>.

#### -ه- الاتفاقات العضوية

هي الاتفاقات التي تتم بين شركتين ذات صلة في تنظيمها الهيكلي كأن تتفق شركة م مع أحد فروعها في تقديم عروض في نفس الإعلان عن المنافسة رغم أن هذا الفعل لا يشكل في حد ذاته عائقا لمبدأ المنافسة الحرة إلا أنه يمكن أن يتحول لإتفاق محظور في حالة كون الغرض من تقديم عرضهما هو القضاء على الشركات المنافسة و منعها من الدخول لعملية إبرام العقد الإداري<sup>3</sup>.

يتضح مما سبق أنه لا يمكن حصر كل أشكال الإتفاقات المحضورة بحيث يمكن أن يكون كذلك في حالة تقديم متعهد لعرض ثم سحبه دون سبب ظاهر أما السبب المستتر هو فسخ الفرصة لعرض آخر للضفر بالعقد الإداري، كذلك تقمع كل الاتفاقات و التبادل في المعلومات التي تجمع بين الهيئة المفوضة و المتعهدين المترشحين و الغرض منها هو تقييد مبدأ المنافسة الحرة.

<sup>1</sup>- لقد إعتبرت محكمة إستئناف باريس في قرار صادر عنها في سنة 1998 على أن تغطية العروض أو تقديم عروض مغطات مصنفة ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة لأثرها المنافي للمنافسة بحسب موضوعها، أنظر في ذلك:

C.A., Paris, 27 fevrier 1998, SA SCR. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) . a jugé que « la pratique des offres de couverture en matière de soumission à des marchés publics [...], en soi, anticoncurrentielle par son objet »

<sup>2</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.183.

<sup>3</sup> -LINDITCH Florian, Le droit des marchés publics, Dalloz, 7ème editions, Paris 2016, p 95 .

## 2- تطبيقات التعسف في وضعية الهيمنة على إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام

إن إتيان المتعامل المهيمن على السوق بتصرفات تعسفية جراء القضاء على منافسيه أمر جد واردة و أكثر الحالات تواجدا كممارسة الغرض منها تقييد مبدأ المنافسة عن إبرام العقد الإداري عموما، وهذه الممارسة غالبا ما يرتكبها المتعامل العمومي المتعهد لكون نظامه القانوني المتميز يضعه دائما في وضعية هيمنة على السوق<sup>1</sup>.

و من بين أشكال التعسف في وضعية الهيمنة يمكن أن نذكر بعض السلوكات التي يتبعها المتعامل العمومي المتعهد الذي هو في وضعية هيمنة على السوق يكون الغرض منها القضاء على منافسيه.

### أ- تمويل المتعامل لنشاطه الإقتصادي من عائدات مهام المرفق العام

إن المتعامل العمومي مكلف بأداء مهام المرفق العام لذا فنجد الدولة تضمن له وضعية إحتكارية على ذلك السوق لمساعدته في أداء تلك المهام، و بالمقابل يمارس المتعامل العمومي نشاط آخر إقتصاديا في سوق تنافسية بالتالي يقوم المتعامل العمومي باستعمال عائدات نشاطه الإحتكاري المدعم من طرف الدولة و الذي يكون الغرض منه تقديم خدمة عمومية و تحقيق مصلحة عامة لتمويل نشاطه الإقتصادي التنافسي<sup>2</sup>.

و قد إعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن إتيان بهذا السلوك في حد ذاته لا يعتبر تعسف في وضعية هيمنة على السوق<sup>3</sup> ما دام تم الفصل بين النشاط التنافسي و نشاط المرفق العام، و لكن في حالة ما إذا تبين أن الهدف الأساسي من وراء ممارسة هذه الأفعال هو تقييد الدخول إلى السوق.

فقد إعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أنه يمكن تصنيفها ضمن الممارسات التعسفية الناتجة من استغلال وضعية الهيمنة في حالة توفر شرطين يتمثل الأول في تلقي إعانات من طرف الدولة

<sup>1</sup> - AMSELLEM Michel, « Les ententes entre soumissionnaires: les leçons de la jurisprudence », *revue conc. Consom.* n° 129, 2002, p 14.

<sup>2</sup> - DELAUNAY Benoit, *Droit public de la concurrence*, op.cit., p.184.

<sup>3</sup> - Cons. Conc., Déc . n° 00-D-47. Du 22 novembre 2000, citelium, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) .

أي أن الأرباح المحققة من ممارسة نشاط المرفق العام كانت نتيجة لوجود إعانة من طرف الدولة وليس ربحاً حقيقياً حققه من ممارسة النشاط و الشرط الثاني يتمثل في كون الدعم الذي يتلقاه نشاطة الإقتصادي هو دعم غير عادي و صارخ و واضح بحيث لا يعتد بالدعم القليل و المحدود<sup>1</sup>.

### ب- استعمال امتيازات السلطة العامة

يمكن للمتعامل العمومي أن يستعمل امتيازات السلطة العامة لغرض منع منافسيه من تقديم عروض ملائمة مع موضوع الإعلان عن المنافسة كأن يقوم المتعامل العمومي بتقديم المعلومات الكافية و الملائمة لفروعه و جعلها في مرتبة تفضيلية على المتعاملين الآخرين<sup>2</sup>، أو أن يقوم المتعامل العمومي الذي يشغل وضعية هيمنة و الذي يملك منشأة قاعدية بالتعسف لمنع المتعاملين الآخرين من الاستفادة من هذه المنشأة أو أنه يرفع من السعر المحدد من الاستفادة من استغلال المنشأة<sup>3</sup>.

كما اعتبر القضاء الفرنسي أن كتم معلومات من طرف المتعامل المهيمن و الذي يملك منشأة قاعدية حول الخدمات الأساسية أو السلعة الضرورية من أجل الدخول إلى سوق تفويض تسيير مرفق عمومي هو استغلال تعسفي لوضعية الهيمنة<sup>4</sup>.

ينبغي التذكير أنه لا يمكن حصر كل هذه الممارسات التعسفية التي يمكن للمتعامل المهيمن على السوق توظيفها استغلالاً لوضعيته من أجل منع منافسيه من تقديم عروض أو وضع حواجز لحرية الدخول للطلبات العمومية التي يملكها مبدأ المنافسة بل كل استغلال تعسفي لوضعية الهيمنة يكون الغرض منه تقييد مبدأ المنافسة الحرة يستوجب تدخل مجلس المنافسة لقمع ذلك.

<sup>1</sup> Cons. Conc. Dés . n° 00-D-57 du 6 décembre 2000, la SEM Gaz et Electricité de Grenoble, [www.autoritedelaconurrence.fr](http://www.autoritedelaconurrence.fr).

<sup>2</sup> - TRUCHET Didier, « La concurrence et l'accès à la commande publique », op.cit., p.p. 180-184.

<sup>3</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p.188-201.

<sup>4</sup> - C.A., Paris, n° 02578, du 29 juin 1988, sté Lyonnaise des eaux, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

### الفرع الثاني: شروط قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة

يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط عامة (أولاً)، يستوجب توفرها في كل الممارسات و شروط خاصة بكل ممارسة على حدى (ثانياً).

#### أولاً: الشروط العامة

تتمثل هذه الشروط في ضرورة مساس الممارسة بالمنافسة، وكذا ضرورة ألا تكون الممارسة مستثنية بموجب نص قانوني.

#### أ- ضرورة المساس بالمنافسة

لا يمكن فرض أيّة عقوبة على الممارسات التي لا تهدف إلى الحد من المنافسة الحرة، و معيار المساس بالمنافسة لم يعرف قانوناً بل اكتفت النصوص القانونية بعرض قائمة لا يمكن حصرها من الممارسات التي تمس بالمنافسة، و باعتبار أنّ قانون المنافسة يهدف إلى حماية السوق بالتالي مبدأ المنافسة الحرة يطبق بصفة آلية<sup>1</sup>.

لكي يثبت المساس بالمنافسة ينبغي الاعتماد على عدة معايير المتمثلة أساساً في تحديد عدد المنافسين، مدى استقلاليتهم في اتخاذ القرار، حريتهم في الدخول أو الخروج من السوق، مدى تقسيم الأسواق..إلخ، و ينبغي دراسة السوق المعنية لتحديد التأثير في المنافسة الحرة<sup>2</sup>، و يقع على عاتق مجلس المنافسة قمع الممارسات التي تمس بالمنافسة الحرة دون التقيد بنية أصحابها<sup>3</sup>.

#### ب- ألا تستثنى الممارسة بموجب نص قانوني

إن المادة 9 من الأمر 03-03 المتعلقة بالمنافسة المعدل و المتمم، استثنت من الإدانة و المتابعة الاتفاقات المحظورة و الممارسات التعسفية الناتجة عن وضعية هيمنة على السوق دون سواها من الممارسات التعسفية، الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي أتخذ تطبيقاً له.

<sup>1</sup> -FRAISON-ROCHE Marie Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, op.cit. p.179.

<sup>2</sup> - BLAISE Jens-Bernard, Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution, op.cit. p.p. 405-406.

<sup>3</sup> -BOUTARD-LABARDE , Marie chantal et GANIVET Guy , Droit français de la concurrence, op.cit.p.83.

كما أنه يرخّص مجلس المنافسة مثل هذه الممارسات في حالات ثلاث و هي إذا أثبت أصحابها أنّها تؤدي إلى تطوير اقتصادي أو تقني، أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق .

بموجب القانون 08-12 المعدل و المتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، عمم المشرع الجزائري مثل هذه الاستثناءات على التجميعات بحيث ترخص تجميعات المؤسسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، بالإضافة إلى ذلك و لو كانت هذه العملية ذو حدٍ يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة فإنّها ترخص إذا أثبت أصحابها أنّها تؤدي لا سيما إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق<sup>1</sup>.

يمكن للحكومة وفقاً للمادة 21 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، أن ترخص من تلقاء نفسها أو بطلب من الأطراف بالتجميع الذي كان محل رفض من طرف مجلس المنافسة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

### ثانياً: الشروط الخاصة بكل ممارسة

بالإضافة إلى الشروط العامة المذكورة سابقاً فإنّ الممارسات المقيدة للمنافسة تستوجب بعض الشروط الخاصة لإدانتها، بحيث هناك شروط تتعلق بالإتفاف المحظور، و شروط تتعلق بالتعسف في وضعية هيمنة على السوق.

### أ- الشروط الخاصة بقمع الإتفاق المحظور

لا يشترط في الإتفاق أن يكون موضوعه مقيداً للمنافسة فقط بل حتى الإتفاقات المشروعة التي يمكن أن تولد آثار مقيدة للمنافسة يمكن إدانتها<sup>2</sup>، و السؤال المطروح هل أنّ كل إتفاق يحتمل توليد آثار مقيدة للمنافسة يمكن إدانته أو أنّه يجب لهذه الآثار أن تتحقق و تصل حداً من الجسامّة؟ للإجابة على هذا التسائل انقسم الفقه إلى ثلاث نظريات.

<sup>1</sup> - المادة 21 مكرر من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، مرجع سابق .

<sup>2</sup> - مغاوري شلبي علي، حماية المنافسة و منع الإحتكار بين النظرية و التطبيق، تحليل لأهم التجارب الدولية و العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص ص 21-3.

تتمثل الأولى في نظرية عتبة الحساسية التي تطبق في الاتحاد الأوروبي التي مفادها أن الاتفاق يعد محظوراً للآثار المقيدة للمنافسة الناتجة عنه إذا كانت حصة أطرافه في السوق لا تتجاوز 15% بالنسبة للاتفاق العمودي، و 10% بالنسبة للاتفاق الأفقي<sup>1</sup>، أما إذا كان الاتفاق في حد ذاته يغطي 30% من السوق فإنه فقط المؤسسات التي تقل حصتها 5% هي التي تعفى من الإدانة<sup>2</sup>.

أما النظرية الثانية هي نظرية الأثر التراكمي التي مفادها أنها لا تعدد بالفعل الأول الذي أصلاً يعتبر جائز و غير محظور إلا أن تعدد هذه الأفعال تولد آثار مقيدة للمنافسة بالتالي جرمت هذه النظرية الأفعال التي تؤدي إلى غلق السوق فقط دون غيرها<sup>3</sup>، و النظرية الأخيرة هي نظرية السبب المعقول التي تُخرج من دائرة المحظورات الاتفاق الذي إبرم استناداً لسبب معقول، مثلاً الاتفاق الذي يهدف إلى حماية حق شرعي<sup>4</sup>.

الشرط الثاني هو استقلالية الأطراف، أما عن الاتفاق الذي يبرم بين مؤسسة الأم و الفرع التابع لها، ينظر ما إذا كان الفرع يتمتع بصلاحيات تحديد و تنظيم وضعيته التنافسية في السوق بالتالي يدان الاتفاق و لو أبرم مع مؤسسة الأم<sup>5</sup>.

الشرط الثالث هو أن يكون أحد طرفي الاتفاقية مؤسسة، فبعدما كان يشترط كون طرفا الاتفاق مؤسسة فقد اكتفي الفقه الحالي باشتراط كون أحد الأطراف مؤسسة دون الطرف الآخر، باعتبار أنه يمكن إدانة الشخص المعنوي العام في ظل ممارسته نشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد كطرف في الاتفاق<sup>6</sup>، و على ضوء ذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية

<sup>1</sup>- FRAISON-ROCHE Marie Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, op.cit., p.p. 202- 204.

<sup>2</sup>- MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2003, p.p. 164-165.

<sup>3</sup> - LINOTTE Didier, ROMI Raphael et CADEAU Emmanuel, Droit du service public, lexisnexis, Paris, 2014, p.p. 140-141.

<sup>4</sup> - BLAISE Jans-Bernard, Droit des affaire, commerçant, concurrence, distribution, op.cit., p.416

<sup>5</sup>-BOUTARD-LABARDE, Marie chantal et GANIVET Guy, Droit français de la concurrence, op.cit., p.41.

<sup>6</sup> - BLAISE Jans-Bernard, Droit des affaire, commerçant, concurrence, distribution, op.cit., p.400.

اتفاقاً محظوراً، تطبيق المؤسسة للتعليمات التي تصدرها نقابة أو اتحادية أو جماعة مهنية و التي بموجبها تقيد المنافسة<sup>1</sup>.

### ب- الشروط الخاصة بالتعسف في وضعية هيمنة على السوق

لكي تتابع مؤسسة ما على هذه الممارسة يجب أولاً أن تشغل وضعية هيمنة على السوق، سواء بصفتها مؤسسة واحدة أو أنّها عبارة عن اتحاد مجموعة من الفروع دون أن يكون أحدهم مهيمناً على السوق، إلا أنّ اتحادهم يشكل مؤسسة مهيمنة على السوق أو جزء جوهري منه، و في هذه الحالة ينبغي تحديد العلاقة التي تربط الفرع بمؤسسة الأم، فإذا كانت الفروع حرة في تصرفاتها و غير خاضعة لمؤسسة الأم، في هذه الحالة تعتبر هذه الفروع مؤسسات مستقلة اتفقت لغرض الهيمنة على السوق بالتالي يسجل في حقها مأخذين الأول يتمثل في الاتفاق المحظور و الثاني هو التعسف في وضعية هيمنة<sup>2</sup>.

على العموم يجب الاستناد على مجموعة من المعايير لاعتبار أنّ مؤسسة ما في وضعية و لقد حددها المشرع الجزائري في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 314-2000<sup>3</sup> الذي يحدد المقاييس التي تبين أنّ العون الاقتصادي في وضعية هيمنة و كذا مقاييس الأفعال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، و المتمثلة أساساً في: حصة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة بالأعوان الاقتصاديين الآخرين، و الامتيازات القانونية أو الفنية التي يملكها العون الاقتصادي، و العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط العون الاقتصادي بمنافسيه، و كذا امتيازات القرب الجغرافي.

الجدير بالذكر أنّ المرسوم التنفيذي السابق الذكر ألغي بموجب الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم<sup>4</sup>، و لكن من خلال استمارة المعلومات عن منح التصريح بعدم التدخل

<sup>1</sup>- FRAISON-ROCHE Marie Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, op.cit.p.154.

<sup>2</sup> - BLAISE Jans-Bernard, Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, op.cit.p.p. 425 -426.

<sup>3</sup>- مرسوم تنفيذي رقم 314-2000، مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد المقاييس التي تبين أنّ العون الاقتصادي في وضعية هيمنة و كذا مقاييس الأفعال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، ج.ر.ع. 61، مؤرخ في 18 أكتوبر 2000، (ملغى).

<sup>4</sup>- ذلك بموجب المادة 73 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

التي جاءت كملحق للمرسوم التنفيذي رقم 05-175 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق<sup>1</sup> يتبين أن المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار وضعية المؤسسة في السوق مقارنة بالمؤسسات الأخرى، رقم الأعمال، السوق المغنية بما فيها طبيعة السلعة أو الخدمة المعنية بالطلب.

على سبيل المقارنة فإنّ المشرع الفرنسي اعتمد على معيار أصلي و هو حصة العون الاقتصادي في السوق، و الذي اعتمد من طرف أغلب التشريعات المقارنة<sup>2</sup>، و كذا معايير تكميلية، و المتمثلة في الامتيازات التي تستفيد منها المؤسسة، العلاقة بين حصة العون المعني مع حصص منافسيه، التقدم التكنولوجي للعون الاقتصادي، الوضعية التنافسية للمؤسسة و تصرفاتها في السوق<sup>3</sup>، و كذا إمكانية المؤسسة من دخول الأسواق المالية و الاقتصادية العالمية و انتمائه إلى منظمة أو مجموعة دولية كالاتحاد الأوروبي مثلاً<sup>4</sup>.

أما الشرط الثاني هو إتيان المؤسسة المهيمنة تصرفات تعسفية و قد حددت هذه الممارسات على سبيل المثال في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم<sup>5</sup>.

يتضح مما سبق أن المتعامل العمومي المتعهد نظيره المتعاملين المتعهدين الخواص فكلما مارسوا إتفاق محظور أو تعسفوا في وضعية الهيمنة هذا يشكل تقييدا لمبدأ المنافسة الحرة الذي تقوم عليه اجراءات إبرام اتفاقية التفويض و الذي يهدف إلى الحفاظ على المال العام و إضفاء شفافية و مشروعية لعملي اختيار المفوض له، و لكن لا يعتبر المتعاملين المتعهدين الأطراف الوحيدة التي يمكن لها تقييد مبدأ المنافسة الحرة و إنما يمكن لهذا التقييد أن يكون بفعل ممارسة امتيازات السلطة العامة.

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 ماي 2005 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق ، ، ج.ر.ع. 35 ، مؤرخ في 18 ماي 2005.

<sup>2</sup> - و هو المعيار المعتمد من طرف التشريع الأردني، السعودي، المصري، أنظر في ذلك: محمد شلبي أمال، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الاحتكار، مرجع سابق، ص.ص 49 و ما يليها. إلا أنّ هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها كمثلًا عند فتح سوق جديد دائماً فاتحه يهيمن على السوق لكن بعد دخول منافسين جدد تزول هذه الوضعية.

<sup>3</sup> - FRAISON-ROCHE Marie Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, op.cit.p.p. 123 -129.

<sup>4</sup> - BLAISE Jans-Bernard, Droit des affaire, commerçant, concurrence, distribution, op.cit., p.p. 424-425.

<sup>5</sup> - المادة 7 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

### المطلب الثاني: تقييد مبدأ المنافسة بفعل القرارات الإدارية

تمارس الهيئة المفوضة باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام يخضع لقواعد قانونية غير مألوفة في القانون الخاص الوظيفة الإدارية من خلال تصرفات ثنائية تتمثل أساسا في العقود الإدارية و كذا تصرفات إنفرادية تخاطب بها الأشخاص عن طريق اتخاذ قرارات إدارية.

ممارسة الهيئات العامة للوظيفة الإدارية التقليدية يجعلها في الأساس لا تخضع لقواعد قانون المنافسة، و لكن نظرا للتطور الذي عرفته المرافق العمومية و استقلالها عن الوظيفة الإدارية فرضت إعادة النظر في العلاقة التي تربط المرفق العام بمحيطه التنافسي، مما إستلزم خضوع الأشخاص المعنوية العامة بصفة مباشرة لقواعد قانون المنافسة نظرا لكون النشاط الذي تمارسه ذو طابع اقتصادي، من جانب آخر تخضع أيضا الأشخاص المعنوية العامة لقواعد قانون المنافسة بطريقة غير مباشرة من خلال إلزامها بعدم تقييد المنافسة من خلال وظيفتها الإدارية<sup>1</sup>.

إن تطور قواعد قانون المنافسة و تجاوزها للإطار الخاص الذي تتميز به و إنتقالها للنشاط العمومي، ساهم في ظهور فروع قانونية جديدة لقانون المنافسة تتماشى مع الطابع العمومي مما جعل الأشخاص المعنوية العامة تخضع لمبدأ المنافسة الحرة كموازنة بين إزالة إحتكارات الدولة من جهة و تفويض تسيير المرافق العمومية للخواص من جهة أخرى، و تنتج عن ذلك إعادة النظر في مفهوم مشروعية القرارات الإدارية<sup>2</sup> بحيث لا يكفي أن تتخذ بمقتضى ووفق القانون الإداري و إنما يجب عليها أيضا ألا تخالف قواعد المنافسة الحرة (فرع أول).

يمكن للهيئة المفوضة أن تقييد مبدأ المنافسة الحرة عند إبرامها لإتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية من خلال القرارات الإدارية المتخذة في هذه العملية التي يمكن أن تكون ذو موضوع مقيد للمنافسة، أو ذو آثار مقيدة للمنافسة (فرع ثان).

<sup>1</sup>- NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 26-27.

<sup>2</sup> - NICINSKI Sophie, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », AJ.D.A., 2004 , p.p. 758-760.

### الفرع الأول: قانون المنافسة في مواجهة القرارات الإدارية

إنّ البحث عن الرابط بين قانون المنافسة و القرارات الإدارية يدفعنا إلى القول أن الأول جاء خصيصاً لتشجيع المبادرة الخاصة أما الثاني فهي وسيلة لممارسة الوظيفة الإدارية ففي الوهلة الأولى يتبين لنا أنه لا علاقة بينهما على الإطلاق.

لكن تطور فكرة المرفق العام و خروجه عن الطابع الإداري جعل من الأشخاص المعنوية العامة تفوض تسييرها إلى الخواص و أثناء هذه العملية يمكن لها أن تتخذ مجموعة من القرارات الإدارية التي تكون في منظورها وسيلة لتنظيم المرفق العام و أداء الخدمة العامة.

و لكن في منظور المتعاملين الإقتصاديين المخاطبين بها تعتبر هذه القرارات الإدارية وسيلة لتنظيم السوق فيمكن أن تكون لصالحهم بالتالي تفسح لهم المجال لممارسة نشاطهم بكل حرية كما يمكن أن تكون كعائق لهم لإنتاجها لآثار تقلب عاقباً مبدأ المنافسة الحرة بإنشائها لوضعية احتكارية أو وضعية هيمنة يمكن لصاحبها أن يستغلها استغلالاً تعسفياً، مما استوجب تقييد آثار تطبيق القرارات الإدارية بضرورة احترام مبدأ المنافسة (أولاً)، و يقودنا هذا التأطير إلى تسجيل مجموعة من الآثار (ثانياً).

#### أولاً: الإخضاع غير المباشر للقرارات الإدارية لقانون المنافسة الحرة

حددت نص المادة 2 من قانون المنافسة المعدل و المتمم النشاطات التي تخضع لقانون المنافسة لا سيما نشاطات الانتاج و التوزيع و الخدمات بغض النظر عن الشخص الممارس للنشاط سواء شخص عام أم خاص بالإضافة إلى إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة من الإعلان إلى المنح النهائي لها.

لكن بشرط ألا يعيق هذا التطبيق مهام المرفق العام و ممارسة صلاحيات السلطة العامة منه نفهم أن النشاطات الإقتصادية التي تمارسها الأشخاص المعنوية العامة تخضع لقانون المنافسة مثلها مثل الأشخاص الخاصة أما بالنسبة للنشاطات التي تمارسها ذو طابع إداري بحث لا تخضع مبدئياً و بصفة مباشرة لقانون المنافسة باعتبار أن لا مصلحة للإدارة في تقييد مبدأ المنافسة.

لكن تدخل الأشخاص المعنوية العامة بموجب امتيازاتها كسلطة عامة في تنظيم و تأطير و توجيه و تسيير بعض المرافق العمومية ذات الصلة بالنشاط الإقتصادي رغم تصنيف نشاطها خارج الحقل الاقتصادي أثبت الواقع العملي أنه يمكن لبعض القرارات الإدارية أن تقيد مبدأ المنافسة الحرة مما استوجب تحديد الجهة المختصة في وضع حد لآثار القرار الإداري المقيدة لمبدأ المنافسة.

لقد صرح مجلس المنافسة و في العديد من قراراته بعدم اختصاصه في النظر في القرارات الإدارية المؤثرة لمبدأ المنافسة بالتالي تم منح مثل هذا الاختصاص للقاضي الإداري الذي ينبغي عليه الموازنة ما بين الآثار الناتجة عن التطبيق التام لمبدأ المنافسة و استبعاد القرار الإداري و كذا الآثار الناتجة عن تطبيق القرار الإداري و تقييد مبدأ المنافسة<sup>1</sup>.

تكمن بديهية مواجهة قانون المنافسة للقرارات الإدارية في إلزامين أساسيين يتمثل أولهما في منع الشخص المعنوي العام من جعل المخاطبين بالقرار الإداري في وضعية منافية لقانون المنافسة أو جعلهم كطرف في الممارسة أو إجازتها من خلال هذا القرار أو التصديق عليها أو تدعيمها، بحيث يجب على الشخص العام الأخذ بعين الإعتبار قواعد قانون المنافسة عند ممارسته لوظيفة إدارية يمكن أن تؤثر على نشاط الإنتاج و التوزيع و الخدمات، أما البديهية الثانية فتتمثل في عدم السماح للهيئات الإدارية إتخاذ قرارات ذو آثار مقيدة و مانعة و مغلوبة لقواعد قانون المنافسة لا سيما ما تعلق منها بتحديد الدخول إلى السوق<sup>2</sup>.

ينبغي التمييز بين مواجهة قانون المنافسة للقرارات الإدارية و كذا خضوع الأشخاص المعنوية العامة لقانون المنافسة بحيث تخضع الهيئات العامة عند ممارسة نشاط اقتصادي لقانون المنافسة لا سيما ما يحكم نشاط المتعاملين العموميين<sup>3</sup>، أما ممارستها للنشاط الإداري و لسلطاتها العادية فهي لا تخضع لقانون المنافسة بصفة مباشرة و إنما يجب عليها الالتزام بعدم جعل أي متعامل اقتصادي في وضعية مخالفة لقواعد قانون المنافسة، إذ يجب على الأشخاص

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, op.cit. p 232

<sup>2</sup>- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 208

<sup>3</sup> - للتدقيق حول هذه النقطة أنظر:

NICINSKI Sophie, « Les groupes publics et le droit de la concurrence », A.J.D.A., 2016 p.776.

المعنوية العامة أن تأخذ بعين الإعتبار آثار تطبيق تلك القرارات الإدارية التي أصدرتها على المخاطبين به و على منافسيهم<sup>1</sup>.

### ثانياً: آثار الإخضاع غير المباشر للقرارات الإدارية لقانون المنافسة

إن مواجهة قانون المنافسة للقرارات الإدارية يسجل عدة آثار تتمثل أهمها في:

#### 1- إلزام الهيئة المفوضة عند ممارستها للوظيفة الإدارية بالتقيد بمبدأ المنافسة الحرة

بحيث تم فرض مجموعة من الالتزامات على الأشخاص المعنوية العامة عند ممارستها للوظيفة الإدارية تتمثل أساساً في إمتناعهم عن إعاقه أو إعتراض تطبيق الحرية التنافسية، إمتناعهم عن إرتكاب أو تدعيم ممارسة مقيدة للمنافسة، مساهمتهم في استعادة و فرض قواعد المنافسة الحرة متى أمكن ذلك كبديل لانسحابها<sup>2</sup>.

#### 2- خضوع التدابير البوليصية لقانون المنافسة الحرة

الأصل أن القرارات الإدارية التي يكون موضوعها اقتصادي هي وحدها التي تخضع لمبدأ المنافسة نظراً لكون أن الإدارة تخضع لقانون المنافسة عند ممارستها للوظيفة الإقتصادية أما عند ممارستها للوظيفة الإدارية البحتة فإنها لا تخضع لقواعد قانون المنافسة الحرة، و لكن أظهر الواقع العملي أن ممارسة الإدارة لإمتيازات السلطة العامة التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة يمكن أن تؤدي إلى تقييد مبدأ المنافسة الحرة.

لقد سبق لمجلس الدولة الفرنسي و أن طبق قواعد قانون المنافسة على التدابير الإدارية في قرار له صادر في سنة 2000 متعلق بالفصل في قضية société L&P publicité SARL بحيث أقر أن الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من خلال اتخاذ التدابير الإحترازية و التدابير البوليصية هو الحفاظ على النظام العام، أو في بعض الحالات تهدف إلى المحافظة و ضمان مصالح إدارية

<sup>1</sup> - يمكن مواجهة قواعد قانون المنافسة للقرارات الإداري أن تأخذ مفهوم سلبي و هو إمتناع الأشخاص المعنوية العامة من إتخاذ قرارات ذو آثار مقيدة للمنافسة الحرة، كما يمكن أن تأخذ مفهوما إيجابيا و هو احترام الأشخاص المعنوية العامة لقواعد المنافسة عند ممارستها لنشاطها الإداري بحيث يجب الموازنة بين التوظيف التنافسي للسوق و ممارسة الأشخاص العامة لامتيازات السلطة العامة. للتدقيق أكثر حول هذه المسألة أنظر:

DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 206-207.

<sup>2</sup> - NICINSKI Sophie, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », op.cit., p 751.

خاصة مسندة إليها، لكن هذا لا يعني إعفائها من حماية مبدأ حرية الصناعة و التجارة و مبدأ المنافسة الحرة<sup>1</sup>.

منه نستنتج أنه يقع لزاما على الهيئة المفوضة عند ممارستها للوظيفة الإدارية أن تحافظ على قواعد قانون المنافسة و يمنع عليها منعا باتا معاملة أي متعهد معاملة تفضيلية أو جعله في مرتبة مميزة عن المتعاملين الآخرين، و تستثنى من تطبيق قواعد قانون المنافسة التدابير البوليصة التي جاءت تنفيذا لنص قانوني بحيث يمكن للقانون أن يضع حدودا لتطبيق قواعد قانون المنافسة الحرة كما أنه لا تخضع لقانون المنافسة إلا التدابير الإدارية المؤثرة على مبدأ المنافسة الحرة<sup>2</sup>.

### 3- الانتقال من المشروعية الإدارية إلى المشروعية التنافسية

يقصد بالقرار الإداري إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة و الملزمة بمقتضى سلطاتها العامة التي يقرها لها القانون بقصد إنشاء أو تعديل أو إلغاء أحد المراكز القانونية متى كان ذلك ممكنا بغرض تحقيق المصلحة العامة و يقتضي مبدأ مشروعية القرارات الإدارية سلامة أركانه من العيوب<sup>3</sup>، و هذه الوظيفة الإدارية لا تخضع لقانون المنافسة لكونها بعيدة كل البعد عن ممارسة النشاط الإقتصادي<sup>4</sup>.

إلا أنه يجب على الهيئة العامة أثناء ممارستها لمهمها الإدارية أن تحافظ على الجو و المحيط التنافسي السائد و لا يمكنها أن تتخذ قرارات ذات موضوع أو آثار مقيدة للمنافسة الحرة مما

<sup>1</sup> - C.E., n° 223645, Avis du 22 novembre 2000, sté L&P, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup>- NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit. p80.

<sup>3</sup> - للتدقيق أكثر حول موضوع مشروعية القرارات الإدارية أنظر:

الصروح مليكة، العمل الإداري، مرجع سابق، ص ص 200-288.

<sup>4</sup> - لقد اسندت مهمة مراقبة مشروعية القرارات الإدارية و مدى اتخاذها بمقتضى ووفق القانون إلى القضاء الإداري إلا أنه

للأسف نجد شبه انعدام للإجتهادات القضائية للمبائل الإدارية التي لا تكلف نفسها بإنشاء قواعد جديدة لا سيما أن القاضي الإداري هو قاض منشئ باعتبار أن نشأة القانون الإداري هي نشأة قضائية. و منبين قرارات القضاء الإداري الجزائري في مجال اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية يمكن أن نذكر على سبيل المثال:

قرار رقم 11952/11950 الصادر بتاريخ 2004/03/09، شركة المسافرين " سريع جنوب " ضد رئيس بلدية وهران، الغرفة

الثالثة [www.conseil-d'Etat.dz](http://www.conseil-d'Etat.dz)

أدى بمعظم التشريعات إلى منح القاضي الإداري سلطة تطبيق قواعد قانون المنافسة لجعل القرارات الإدارية تسير ما يفرضه مبدأ المنافسة الحرة.

ففي قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في سنة 2012<sup>1</sup> أقر أنه لا يمكن للأشخاص المعنوية العامة أن تتجاهل قواعد المنافسة أثناء منح تراخيص شغل الأماكن العمومية لا سيما إذ كانت الآثار الناتجة عن هذه التراخيص ستجعل لا محال الشاغل للمكان العمومي متعسفا في وضعية الهيمنة، و إلا أُعتبر القرار الإداري غير مشروع لمخالفته لقواعد قانون المنافسة.

يساهم مع كل من قانون المنافسة الذي يعتبر قانونا ردعيا و كذا قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الذي يعتبر قانونا وقائيا في الحفاظ على مشروعية القرارات الإدارية بحيث أنه لا ينبغي تفسير المشروعية بالنظر الإدارية فقط و إنما ينبغي أخذها من جميع جوانبها<sup>2</sup>.

الملاحظ في القانون الجزائري و في إطار الرقابة القضائية على القرارات الإدارية تم الأخذ بدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد كضمانة للمتعهدين بإخضاع إجراءات إبرام العقد الإداري لمبدأ المنافسة و من خلالها تم منح للقاضي الإداري سلطات واسعة تتمثل لا سيما في قمع الممارسات المقيدة للمنافسة المرتكبة من طرف الأشخاص المعنوية العامة بمناسبة أدائهم لمهامهم الإدارية.

ساهم القاضي الإداري في ظهور ما يسمى ب " المنازعات الإدارية للمنافسة " من خلال الدور الذي يلعبه في تطبيق قواعد قانون المنافسة و يمكن تصنيف هذه المنازعات إلى منازعات الاستعجال، منازعات الإلغاء، و منازعات المسؤولية<sup>3</sup>.

#### 4- توزيع الإختصاص في قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة

لقد تم توزيع اختصاص قمع الممارسات المقيدة للمنافسة ما بين القضاء الإداري و مجلس المنافسة<sup>1</sup> بحث في حالة كون الممارسة مستقلة عن القرار الإداري و يمكن فصلها عنه هنا يؤول

<sup>1</sup>- C.E., n° 348909, du 23 mai 2012, R.A.T.P., B. J.C.P., [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2</sup>- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 211.

<sup>3</sup>- NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 157-172.

الإختصاص في قمعها إلى مجلس المنافسة أما إذا كانت الممارسة لصيقة بالقرار الإداري و لا يمكن فصل بعضه عن بعض هنا سينظر في تلك الممارسة القاضي الإداري و يرخص له بتطبيق قواعد قانون المنافسة<sup>2</sup>.

أما في إطار العقود الإدارية فيختص القاضي الإداري في مرحلة الإبرام بقمع الممارسات المقيدة للمنافسة الناتجة عن تطبيق القرارات الإدارية الصادرة من الشخص المعنوي المعلن لطلب العروض أما في مرحلة التنفيذ يختص كذلك بقمع الممارسات الناتجة من تطبيق بنود العقد في حد ذاته، كما يختص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات التي يرتكها المتعهدين المترشحين لإبرام العقد الإداري أو التي يرتكها المفوض له بعد إبرام اتفاقية التفويض<sup>3</sup>.

#### 5- إعادة النظر في مفهوم المصلحة العامة و امتيازات السلطة العامة

بعدما كانت هذه المفاهيم تفسر على أنها مخالفة للمبادرة الخاصة و لقواعد المنافسة فقد اتجه الفقه الحديث إلى إعادة صياغة مفهوم المصلحة العامة الذي يرتبط دائما بالأشخاص المعنوية العامة و مدلول إمتيازات السلطة العامة كمظهر من مظاهر سيادة الدولة بطريقة تتماشى مع قواعد المنافسة الحرة، مما دفع ببعض الفقهاء إلى القول أن تطبيق قانون المنافسة على القرارات الإدارية سيجعل من الإدارة تجدد طرق ممارستها لامتيازات السلطة العامة مع ما يفرضه التطور الإقتصادي<sup>4</sup>.

أما عن المصلحة العامة فبعدما كان مصطلح لصيق بالأشخاص المعنوية العامة فقد اتخذ مدلوله مجرى آخر بعد التحولات التي عرفتها المرافق العمومية، بالتالي أصبح يعبر عن ضمان المصلحة العامة من خلال ضمان المصلحة الفردية للمتعاملين وأصبحت المنافسة عنصر من عناصر المصلحة العامة التي ينبغي على الهيئات العامة المحافظة عليها و جاء هذا التطور في

<sup>1</sup> - لقد تم الأخذ بمعيار قابلية الممارسة المقيدة للمنافسة للإنفصال عن القرار الإداري في توزيع الإختصاص ما بين مجلس المنافسة و القاضي الإداري و لأول مرة في قرار صادر عن محكمة التنازع الفرنسية في قرار صادر في 18 أكتوبر 1999، أنظر في ذلك:

Tribunal des conflits, n° 03174, du 18 octobre 1999, L'arret préfet de la région Ile-de-France, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>2</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, op.cit. p.p. 232-233.

<sup>3</sup> -DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit. p.p. 275-280.

<sup>4</sup> - ANTOINE Aurelien, Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence, L.G.D.J., Paris, 2009, p.p., 33-36.

المفاهيم مسيطرة لإنتقال فكرة النظام العام من فكرة قانونية واحدة إلى أنظمة عامة و خاصة ظهور النظام العام التنافسي الذي يقضي بخضوع المتعاملين المتعهدين لمبدأ المنافسة و التزام الهيئة المفوضة من جهة أخرى بضمان المنافسة بين المتعهدين المترشحين<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تقييد القرارات الإدارية الصادرة عن الهيئة المفوضة لمبدأ المنافسة

تلعب الهيئة المفوضة دورين أساسيين في تقييد المنافسة الحرة سواء في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ، ففي المرحلة الأولى تقييد مبدأ المنافسة بموجب الآثار الناتجة عن القرارات الإدارية التي تتخذها بمناسبة إتمام اجراءات إبرام العقد و اختيار المفوض له، أما في المرحلة الثانية فهي يمكن لها تقييد المنافسة من خلال بنود اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية، و لما كان مبدأ المنافسة هو التزام الشخص المعنوي العام بوضع المتعهدين المترشحين لإبرام العقد في تنافس فإننا نركز الدراسة عن المرحلة الأولى.

على العموم يمكن للهيئة المفوضة أن تتخذ قرارا إداريا أثناء إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية يكون ذو موضوع مقيد لمبدأ المنافسة (أولاً)، كما يمكنها أن تتخذ قرارا إداريا ذو آثار مقيدة للمبدأ (ثانياً).

### أولاً: القرارات الإدارية ذات موضوع مقيد لمبدأ المنافسة

بعد مصادقة الجزائر على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، الذي اعتمد من طرف الدورة السادسة عشر للاتحاد الافريقي المنعقدة بأديس أبابا في 31 جانفي 2011<sup>2</sup>، أصبحت الدولة الجزائرية ملزمة بالتقيد بمجموعة من الإلتزامات تجاه مستعملي المرفق العام لا سيما تحقيق الجودة في الخدمة العمومية و وفق المادتين الرابعة و الخامسة من هذا الميثاق ألزمت جميع الدول المصادق عليها بأن تجعل قرارات الإدارة العامة متطابقة مع النصوص القانونية و التنظيمية السارية المفعول كما أنه يجب على الدول الأطراف إدراج مبدأ الوصول المتساوي و غير التمييزي إلى الخدمات العامة في قوانينها و نظمها الوطنية.

<sup>1</sup>- CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché,, op.cit. p.p., 248-249.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم 12-425، مؤرخ في 11 ديسمبر 2012، يتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، المعتمد بأديس أبابا في 31 جانفي 2011، ج ر ع 68، مؤرخ في 16 ديسمبر 2012.

بالفعل فقد سنت المنظومة القانونية الجزائرية عدة قوانين التي من خلالها تعترف إقراراً صحيحاً بمبدأ المنافسة الحرة في إبرام العقود الإدارية لكن رغم ذلك يمكن للقرار الإداري الصادر عن الهيئة المفوضة أن يكون ذو آثار مباشرة على المساواة التنافسية لكون موضوعه مقيد لمبدأ المنافسة الحرة.

و القرار الإداري ذو موضوع مقيد للمنافسة يمكن أن يتخذ عدة أشكال لذا استوجب الأمر منح للقاضي الإداري دور فعال و صلاحيات واسعة للتصدي لمثل هذه القرارات.

## 1- بعض أشكال القرار الإداري ذو موضوع مقيد للمنافسة في مرحلة إبرام اتفاقية التفويض

تعتبر جميع القرارات التي تتخذها الهيئة المفوضة قرارات ذو موضوع مخالف لمبدأ المنافسة إذا كانت خصيصاً تعمل على وضع أحد المتعهدين في وضعية مخالفة لما يقتضيه مبدأ المنافسة، و يمكن للهيئة المفوضة تقييد مبدأ المنافسة بصفة مباشرة بموجب قرار منح إتفاقية التفويض في حالة اتخاذه دون الاستناد لمعايير موضوعية و لا لإجراءات الإبرام.

أو يمكن أن يكون ذلك عن طريق قرار منح الهيئة المفوضة حقوق حصرية لأحد المتعهدين و بالتالي تجعله في مركز مفضل عن المتعهدين الآخرين كمثلاً القرار الذي من يتلقى المتعامل العمومي إمتيازات تجعله بالضرورة و لا محال صاحب العرض الذي سيقدم السعر الأقل ثمناً<sup>1</sup>.

كما يمكن للقرار الإداري ذو موضوع مخالف لمبدأ المنافسة أن يأتي على شكل قرار استبعاد أحد العروض دون وجه حق، أو قرار تفضيل أحد المتعهدين من خلال فتح له المجال باستغلال معلومات حصرية أو استغلال منشأة محتكرة، و على حد تعبير مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر كل قرار إداري تتخذه الهيئة المفوضة يعتبر ذو موضوع مقيد للمنافسة إذا كان الغرض منه وضع أحد المتعهدين بالضرورة و بصفة مباشرة و آلية في وضعية مخالفة لقواعد المنافسة<sup>2</sup>.

## 2- دور القاضي الإداري في حالة تقييد موضوع قرار إداري لمبدأ المنافسة

<sup>1</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit. p.p.212-223.

<sup>2</sup> - لقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي في تحديد القرار الإداري ذو موضوع مقيد للمنافسة العبارات الآتية "directement" ، "nécessairement" ، "automatiquement" أنظر في ذلك :  
C.E., n° 240512, du 11 juin 2003 , Electricité de France et la Société Nationale d'Electricité et de Thermique, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

إكتفى المشرع الجزائري من خلال تناوله لموضوع الاستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات و بالتحديد بموجب نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالأخذ بالاستعجال ما قبل التعاقدى و منح للقاضي الإدارى الاستعجالي سلطات تتمثل أساسا في الأمر بالإمتثال لقواعد المنافسة، فرض غرامة مالية، الأمر بتأجيل إمضاء العقد، دون النص على إمكانية رفع دعوى إلغاء القرارات المخلة بمبدأ المنافسة بصفة مباشرة.

بالتالى سنعود إلى تطبيق القواعد العامة أي كل من تضرر من القرار الإدارى أن يرفع دعوى إلغاء القرار الإدارى على أساس أن موضوعه جاء مخالفا لنص قانونى صريح و هو نص المادة 5 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام أو أنه مخالفا للحريات الفردية.

أما القانون الفرنسى فقد وسع من نطاق سلطات قاضى الاستعجال ما قبل التعاقدى بمنح الحق في إلغاء القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المنافسة التى تتخذها الهيئة المفوضة في مرحلة إبرام اتفاقية التفويض، كما نص بصريح العبارة أنه يمكن رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية ذات موضوع مؤثر لقواعد المنافسة أمام قاضى الموضوع الذى سيبلغ بإحتمال وجود مخالفة لمبدأ المنافسة بفعل تطبيق موضوع القرار الإدارى<sup>1</sup>.

و في هذه الحالة يجب على القاضى الإدارى الفرنسى أن يبحث عن الأسبقية في الظهور بمعنى هل أن صدور القرار الإدارى كان قبل ارتكاب الممارسة المقيدة للمنافسة أم بعدها.

في حالة صدور القرار الإدارى بعد ارتكاب الممارسة المقيدة للمنافسة فهنا الإلتزام الذى يفرضه قانون الصفقات العمومية في دوره التكاملي مع قانون المنافسة في مجال قمع الممارسات المقيدة للمنافسة يتمثل في إمتناع الهيئة المفوضة من خلال القرار الإدارى من تدعيم تلك الممارسة التى سبقته بالمصادقة عليها *entériner* أو تفاقم خطورتها *aggraver* أو تمديدها *étendre*، أو جعلها ضرورية *la rendre obligatoire*، و في هذه الحالة لا يؤول مصير القرار الإدارى إلى الإلغاء و إنما يجب فقط على الهيئة المفوضة التدخل و وضع حد للآثار المقيدة للمنافسة من خلال دورها الوقائي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat op.cit., p.p. 26-27.

<sup>2</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p 160.

أما إذا كان صدور القرار الإداري هو الذي سبق ارتكاب الممارسة المقيدة للمنافسة في هذه الحالة يجب على القاضي الإداري الفرنسي أن يبحث عن العلاقة التي تربط موضوع القرار الإداري و كذا الآثار المقيدة للمنافسة ففي حالة عدم التوصل إلى أي علاقة تربط بين الممارسة المقيدة للمنافسة و موضوع القرار الإداري فإنه سيحكم برفض الدعوى.

أما إذ توصل إلى تحديد و إثبات أن الممارسة المقيدة جاءت خصيصا من خلال تطبيق موضوع القرار الإداري في هذه الحالة سيحاول تفسير هذا التقييد بدواعي المصلحة العامة و كذا مقتضيات المرفق العام إستنادا إلى مبدأ الملائمة أو أن هذا القرار الإداري جاء تطبيقا لنص قانوني فأولد ممارسة مقيدة للمنافسة و لا مجال للتهرب منها أو استبعادها أو تجنبها، أما إذا لم يتوصل لذلك فيقوم القاضي الإداري بإلغاء القرار الإداري لكون موضوعه مخالف لمبدأ المنافسة الحرة<sup>1</sup>.

### ثانياً: القرارات الإدارية ذات آثار مقيدة لمبدأ المنافسة

في هذه الحالة يعتبر القرار الإداري الذي تصدره الهيئة المفوضة سلم من حيث أركانه و إنما يولد آثار غير مباشرة على مبدأ المنافسة، بالتالي تستوجب الدراسة إعطاء أمثلة حول مثل هذه القرارات ثم تبيان كيف يمكن للآثار الناتجة عنها أن تقيد مبدأ المنافسة الحرة، ثم تحديد الجهة المختصة في قمع هذه الممارسات.

#### 1- بعض الأمثلة للقرارات الإدارية ذات آثار مقيدة للمنافسة

من بين القرارات التي يمكن أن تأثر في مبدأ المنافسة الحرة هي القرارات التي تصدرها الإدارة في مواضيع و مجالات خارجة تماما عن مجال تطبيق قانون المنافسة، كتلك التي تتعلق أساسا بالضبط الإداري، و قد منع مجلس الدولة الفرنسي و في الكثير من قراراته استعمال الإدارة لسلطتها في الضبط الإداري كوسيلة لجعل قواعد المنافسة تنحرف عن مسارها الحقيقي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 160-165

<sup>2</sup> - لقد كان موقف مجلس الدولة الفرنسي في هذه النقطة واضح و يعود إلى نشأة قديمة على سبيل المثال قرار الذي من خلاله منع محافظ لمقاطعة إدارية من استعمال الضبط الإداري من أجل تحديد شروط المنافسة بين مختلف المتعاملين الذين يتولون النقل عبر السكك الحديدية في تلك المقاطعة أنظر في ذلك:

C.E., n° 12045, du 7 juin 1932, ville de Castelnaudary, [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu).

لم يكتفي مجلس الدولة الفرنسي بهذا المنع فقط بل تعدى موقفه إلى غاية إعتبار أن قواعد الضبط الإداري رغم أنها لا يمكن لموضوعها أن يتضمن ممارسة مقيدة للمنافسة إلا أنه يمكن لأثارها أن تشكل ذلك، و صنف قواعد المنافسة ضمن مصادر المشروعية الإدارية في قرار شهير صادر عنه في سنة 2000 و يتعلق الأمر بالشركة S&P Publicité<sup>1</sup>.

مات كانت القرارات الإدارية المتخذة وفق سلطة الضبط الإداري تمس أو تؤثر في نشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات فعليها ألا تتجاهل قواعد المنافسة الحرة فرغم كون الهدف الأساسي من اتخاذ هذه القرارات هو الحفاظ على النظام العام و لكن هذا لا يعني إعفاء الهيئة الإدارية من الإلتزام بمبدأ حرية الصناعة و التجارة و مبدأ المنافسة الحرة<sup>2</sup>.

منه الاشكال الذي يطرح نفسه هو نوع الرقابة التي يفرضها القاضي الإداري على قرارات الضبط الإداري التي لها آثار مقيدة للمنافسة؟.

بطبيعة الحال لا يمكن للقاضي الإداري فرض رقابة الإلغاء على هذه القرارات باعتبار موضوعها لا يخالف مبدأ المنافسة و لا يمثل ممارسة مقيدة له و إنما يتمتع برقابة الملائمة من خلال البحث عن مدى تناسب و ملائمة القرار الإداري المستجيب لحتميات النظام العام مع احترام قواعد المنافسة.

يمكن للقاضي الإداري أن يضع حدا للآثار الفاضحة و الصارخة لقواعد المنافسة دون اللجوء إلى تحليل الوضع التنافسي للسوق لأن هذه الآثار الثقيلة لا تعبر فقط عن مخالفة قواعد المنافسة و إنما تصنف في الدرجة الأولى أنها مخالفة لمبدأ حرية الصناعة و التجارة<sup>3</sup> فعلى سبيل المثال قرار منع شركة في مجال النقل دون غيرها من التوقف في محطات معينة أو قرار منع توقف سيارات أجرى ما بين الولايات في مكان التوقف مقابل محطات النقل، و باعتبار أن هذه

---

كذلك في قضية أخرى أين وضع مجلس الدولة الفرنسي حدا للتصرفات التي اتخذها رئيس بلدية من أجل تحديد عدد الأيام المخصصة للتجار المتجولين الدخول إلى المدينة ليس بهدف ضمان النظام العام و لكن من أجل حماية مصالح بعض التجار المحليين، أنظر في ذلك:

C.E., n° 80969, 25 janvier 1991, Brasseur, [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu).

<sup>1</sup> -C.E., avis contentieux 22 novembre 2000 sté L&P publicité SARL, LONG N., WEIL P., et les autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit.

<sup>2</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit. p. 226

<sup>3</sup> - IDEM. p 227

القرارات تولد آثار صارخة و غير مشروعة يمكن للقاضي الإداري إلغائها لكونها تخالف حرية ممارسة النشاط التجاري<sup>1</sup>.

تخضع كل القرارات التي تتخذها الإدارة بمناسبة ممارسة وظيفتها في الضبط الإداري لرقابة القضاء للنظر في مدى تأثيرها على المنافسة الحرة سواء تلك التي تتعلق بالضبط العام التي تهدف من خلالها إلى الحفاظ على النظام العام من سكينه عامة و صحة عامة و الأمن العام و يتم فرض الرقابة على القرار بأخذ بعين الإعتبار الظروف المحيطة به و التي أدت إلى صدوره و لا يمكن للإدارة التوسيع من نطاق تطبيق قرار اتخذ في ظروف خاصة.

كما تخضع أيضا القرارات التي اتخذتها الإدارة بمناسبة ممارستها لسلطتها في الضبط الخاص سواء ما تعلق بالإعلانات، أو تنظيم إشارات المرور و النقل العمومي و التوقف في الأماكن العمومية، أو البيوع في الصالونات و المعارض أو فتح المحلات أو ما تعلق بتنظيم عقار صناعي... إلخ.

يمكن أيضا للهيئة الإدارية أن تآثر في مبدأ المنافسة من خلال القرارات الناتجة عن تنظيم أنشطة الإقتصادية أو أنشطة مهنية لا سيما التي تهدف إلى منح ترخيص لمزاولة نشاط معين أو تحديد حرية الأسعار، و تجدر الإشارة أنه وفقا للمادة 4 من قانون المنافسة المعدل و المتمم تحدد أسعار السلع و الخدمات بصفة حرة وفقا لقواعد المنافسة الحرة و النزيهة و يتم ممارسة حرية الأسعار في ظل احترام أحكام التشريع و التنظيم المعمول بهما و كذا على قواعد الانصاف و الشفافية، و لما تعلق الأمر في إتفاقية التفويض أن الهدف منه هو تحقيق المصلحة العامة فإن الهيئة المفوضة تتدخل لضمان سعر الخدمة في متناول الجميع.

## 2- دور آثار القرار الإداري في تقييد المنافسة

يمكن لآثار القرار الإداري أن تكون منشأة أو مدعمة أو مجيزة للممارسة المقيدة للمنافسة فتكون منشأة للممارسة في حالة ما إذا كانت الآثار الناتجة عن القرار الإدارية تلعب دورا مهما في

<sup>1</sup> - هذا ما توصل إليه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته أنظر على سبيل المثال:

C.E., n° 199674, du 6 juin 2001, commune de Vannes, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

C.E., n° 257971, du 2 juillet 2003, commune de Collioure, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

توليد الممارسة المقيدة للمنافسة فلا مجال للشك و لا مجال أن تقييد المنافسة أولدته الآثار الناتجة عن تطبيق القرار الإداري<sup>1</sup>.

كما يمكن للقرار الإداري أن يوسع من نطاق الممارسة المقيدة للمنافسة و يضخم آثارها على السوق التنافسية و قد سبق لمجلس الدولة الفرنسي و أن قام بإلغاء مرسوم صادر عن وزير الشغل يتضمن التوسيع من نطاق لإتفاقية جماعية وطنية لعمال مصالح توزيع الماء و التطهير التي تهدف تجديد عقود الشغل الخاصة بهم رغم أن اتفاقية التفويض قد انتهت مدتها مما استوجب على المفوض إليه الجديد أن يستلم اتفاقية التفويض و العمال الذين كانوا ينشطون في الاتفاقية القديمة رغم أن قانون العمل الفرنسي لا ينص على ذلك مما أدى إلى تحديد فرص دخول الشركات الصغيرة إلى السوق رغم أنه منذ البداية كانت الهيئة المفوضة تعمل على ضمان الحصرية للمفوض له<sup>2</sup>.

أما الحالة الثالثة هي أين يمكن للآثار الناتجة عن القرار الإداري أن تصادق على الممارسة المقيدة للمنافسة هو في حالة كون القرار الإداري لا يتضمن موضوعه آثار مقيدة للمنافسة و إنما آثاره تمس و لكن بشكل ضئيل مبدأ المنافسة مما يجعل من الهيئة المفوضة تتدخل وفق الصلاحيات المخولة لها بموجب قانون الصفقات العمومية لتتغاضى الأمر و تجيز الممارسة نظراً لآثارها المحدودة مقارنة بالآثار الإيجابية التي سينتجها القرار الإداري<sup>3</sup>.

### 3- تحديد الجهة المختصة في قمع الممارسات الناتجة من الآثار غير المباشرة للقرار الإداري

لقد يبق و أن بينا أن القاضي الإداري هو صاحب الإختصاص بالنظر في مدى مشروعية القرارات الإدارية التي تولد آثار مباشرة على المنافسة من خلال إنشاء ممارسة مقيدة للمنافسة بصفة مباشرة و حتمية، كما يختص مجلس المنافسة في قمع الممارسات التي يتسبب فيها المتعاملين المتعهدين.

<sup>1</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit. p. 230.

<sup>2</sup> - C.E., n° 230804 , du 30 avril 2003 Syndicat professionnelle des exploitants indépendants des réseaux d'eaux et d'assainissement, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>3</sup> - NICINSKI Sophie, Droit public de la concurrence, op.cit., p 86

## الفصل الثاني: التضييق من نطاق أعمال مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام

---

و لكن الوضع يختلف إذا كان القرار الإداري يولد آثار غير مباشرة على مبدأ المنافسة الحرة من خلال تدعيم أو توسيع أو إجازة ممارسة مقيدة للمنافسة و بالتالي يمكن التمييز بين عدة حالات:

الحالة الأولى أين نفترض وجود قرار إداري ذو آثار غير مباشرة على مبدأ المنافسة الحرة فقام المتعاملين المتعهدين باستغلال هذا القرار فاتبعوا سلوك يكيف على أنه ممارسة مقيدة للمنافسة فهنا تقييد المبدأ مزدوج بموجب آثار القرار الإداري و بموجب سلوك المتعهدين في هذه الحالة يؤول الإختصاص إلى كل من القضاء الإداري و مجلس المنافسة الأول للنظر في مدى مشروعية القرار الإداري والثاني لقمع المتعامل المتعهد الذي استغل هذا القرار لتقييد مبدأ المنافسة ما دام أنه يمكن فصل بعضهما عن بعض<sup>1</sup>.

الحالة الثانية هي أين يتم تقييد المنافسة بعدة عوامل كأن تصدر مجموعة من القرارات الإدارية و يتزامن ذلك بسلوكات لعدة متعهدين فيتم تقييد المنافسة دون الوصول إلى تحديد السبب المباشر لذلك و دون إمكانية فصل القرار عن الممارسة المقيدة للمنافسة.

ففي هذه الحالة ينبغي على المتضرر أن يحدد القرار الإداري الذي تضرر منه أو أنه يطلب من القاضي الإداري فحص مشروعية كل قرار على حدى لتحديد الآثار المقيدة للمنافسة الناتجة عن كل واحد منهم.

كما يمكن للقاضي الإداري الاستعانة بوسائل و ميكانيزمات تحليل السوق التنافسية المستعملة في تقرير الشرعية و على العموم يمكن له أيضا أن يطلب رأي مجلس المنافسة في ذلك أو أنه يخطره في حالة كشفه عن ممارسة مقيدة للمنافسة، و لكن في غالب الأحيان يجد القاضي الإداري صعوبات في تحديد السبب المباشر للممارسة المقيدة للمنافسة الحرة<sup>2</sup>.

في الأخير يتضح مما سبق أن تطبيق مبدأ المنافسة جاء على نطاق محدد فتارة يمكن استبعاده و تارة أخرى يمكن الموازنة بينه و بين مقتضيات المرفق العام مما يجعل من تطبيقه نسبي.

إن الموازنة بين حرية الإدارة في تنظيم هيكلها و تطبيق مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية يجعل الهيئة العامة غير مجبرة باللجوء إلى التعاقد مع الخواص من أجل تسيير مرافقها العمومية بل يمكن لها تسييرها عن طريق الهياكل التابعة لها لذا ظهر لنا نوعين من العقود التي تخرج من نطاق تطبيق مبدأ المنافسة و هي عقود التفويض التي تبرمها

<sup>1</sup>- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit. p.p. 231.

<sup>2</sup>- NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p.p.152-155.

الهيئة المفوضة مع الهياكل التابعة لها و هو ما يسمى بالتفويض المنزلي و كذا العقود التي تبرمها الهيئة المفوضة مع أشخاص القانون العام.

من جهة أخرى يمكن التضييق من نطاق تطبيق مبدأ المنافسة بفعل أطراف اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية من خلال ارتكاب المتعهدين المترشحين بما فهم المتعامل العمومي لممارسة مقيدة للمنافسة الحرة من اتفاقات محظورة أو ممارسة تعسفية التي تتحدد أساسا في التعسف في وضعية الهيمنة دون الممارسات التعسفية الأخرى بحيث من بين شروط ممارسة سعر منخفض بشكل تعسفي هو وجود المستهلك الأخير كطرف في العلاقة و هو ما لا يمكن توفيره عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام.

كما أنه الاستغلال التعسفي في وضعية التبعية الإقتصادية يفترض وجود المتعاملين في وضعية تبعية اقتصادية أي لا يمارسان نفس النشاط رغم أنه للتنافس حول الضفر باتفاقية التفويض يشترط في المتعهدين أنهم يمارسون نفس النشاط.

يمكن للهيئة المفوضة أن تقوم بتقييد مبدأ المنافسة من خلال القرارات الإدارية التي تتخذها في مرحلة إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية التي تكون ذو موضوع مقيد للمنافسة للأثار المباشرة التي تولدها كما يمكن أن تكون ذو آثار غير مباشرة من خلال المساهمة في إنشاء أة تضخيم أو إجازة ممارسة مقيدة للمنافسة الحرة و في كل الحالات ينبغي على القاضي الإداري التدخل بما له من صلاحيات لإعادة التوازن بين مقتضيات المرفق العام و ضوابط مبدأ المنافسة الحرة.

## خلاصة الباب الثاني

أصبحت الأشخاص المعنوية العامة و بصفة استثنائية تمارس تلك الأنشطة الخاصة بعيدة كل البعد عن امتيازات السلطة العامة، فتعامل على أنها متعاملين اقتصاديين يطبق عليها القانون الخاص و تخضع منازعاتها للقضاء الخاص، بالتالي يمكن لهؤلاء المتعاملين تقديم عرضهم و منافسة المتعاملين الخواص في الظفر بالعقد الإداري.

إن فرض قانون الصفقات العمومية بصفة خاصة - قانون العقد الإداري بصفة عامة- على الهيئة الإدارية التقيد بمبدأ المنافسة عند سيرورة إجراءات إختيار المتعاقد معها، و ذلك من خلال إنشاء وضعية يمكن إطلاق عليها اسم لعبة المنافسة أين يعتبر اللاعبون هم المتعاملين المتعهدين و الهيئة لإدارية هي من ينظم و يسير هذه اللعبة وفق ما نص عليه القانون.

فلن تنتج لعبة المنافسة آثارها إلا من خلال وضع النصوص القانونية المؤطرة لعملية إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرفق العام، مع ضرورة اتخاذ الهيئة المفوضة قرارات تفعيلية و تنشيطية تضع المتعهدين في تنافس، كقرار الإعلان عن إفتتاح إجراءات إبرام اتفاقية التفويض و الإحالة إلى دفتر الشروط و طلب الوثائق..... إلخ و من جهة أخرى ينبغي على الهيئة المفوضة أن تتعد عن كل أشكال التمييز و وضع الحواجز و المعوقات للسماح لأكبر عدد ممكن من المترشحين تقديم عروضهم.

الذين يلتزمون بدورهم بالإبتعاد الكلي عن أي ممارسة منافية للمنافسة الحرة لجعل لعبة المنافسة فعالة و فعلية، لذا نصب القانون هياكل كلفها بمراقبة عملية إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العامة - خاصة و العقد الإداري عامة - لغرض كشف و قمع كل سلوك ينجر عنه تقييد مبدأ المنافسة الحرة.

خاتمة

## خاتمة

عرفت المرافق العمومية تطورا من خلال فتح المجال أمام الخواص لتسييرها من جهة و من جهة أخرى دعت ضرورة حماية الصالح العام إلى ضبط القطاع عن طريق هياكل مستقلة تجاه مسيري المرفق و كذلك تجاه السلطة العامة، مما أوجد تطورا كذلك في قواعد قانون المنافسة ذلك من خلال مراجعة مدلول الحرية التنافسية التي لا تعني على الإطلاق ممارسة النشاط بكل حرية و بدون قيود بل أصبحت تترجم من وجهة نظر إدارية بتقييد هذه الحرية لضمان المصلحة العامة.

فهذا التقييد يبدأ من خلال تأطير إجراءات إبرام العقود الإدارية عن طريق مراجعة الحرية الممنوحة للأشخاص العامة سواءً التعاقدية أو حرיתהا في تنظيم المرافق العامة لجعلها تتماشى مع مقتضيات المنافسة الحرة، حتى الوصول إلى تأطير و تقييد ممارسة النشاط نظرا للمنافع و الإيجابيات المحققة جراء هذا التقييد مقارنة بإطلاق حرية المنافسة.

إن فتح القطاعات المرفقية أمام الخواص لن يكون إلا من خلال التطبيق الفعلي و السليم لمبدأ المنافسة الحرة، الذي يضمن حرية دخول المتعاملين الخواص و بصفة متنافسة إلى الطلب العمومي من أجل الفوز و الظفر بالعقد الإداري، و لكن ما ينتج من خلال تطبيق هذا المبدأ هو تراجع الدولة من تسيير هذه القطاعات المرفقية من خلال تفويض هذه المهمة إلى متعاملين عموميين و خواص الذين يتنافسون فيما بينهم حول تحقيق هدف أساسي و هو ممارسة نشاط المرفق العام من تقديم خدمة عمومية و تحقيقا للمصلحة العامة.

لكن المساواة التنافسية بين المتعاملين العموميين و المتعاملين الخواص لن تنتج آثارها إلا من خلال الفصل بين مهمة تسيير المرفق العام و مهمة ضبطه لذا ادعت الضرورة إلى تنصيب سلطات الضبط التي تتولى مهمة تأطير و مراقبة المتعاملين المسيرين لذلك المرفق، أما مهمة التسيير فقد منحت إلى الخواص بما فهم المتعامل العمومي الذي فضلته الدولة من خلال منحه حق الاستئثار بالمنشآت القاعدية مما أدى بالمتعاملين الخواص المطالبة بضرورة السماح لهم باستغلالها لإستكمال فتح السوق.

## خاتمة

بالإضافة إلى ذلك فيقوم القاضي الإداري بالبحث في مدى ضرورة منح هذه الحقوق الحصرية في إشباع الحاجات العامة و إذا اكتشف أنها غير ضرورية لذلك فيمكن الحكم بعدم مشروعيتها و بالتالي استبعادها، أما إذا توصل القاضي الإداري إلى التسليم بضرورتها فعليه أن يراقب مدى ملائمتها لأداء النشاط المطلوب.

إن منح للمتعامل العمومي حقوق حصرية جعلته في وضعية إحتكارية ليس فقط في تسيير المنشآت القاعدية الأساسية و إنما إحتكر أيضا النشاط الناتج من استغلال الشبكة مما أولد ضرورة الفصل بين مهمة تسيير المنشآت القاعدية و كذا مهمة مزاولة النشاط للجمهور كمثلا في قطاع النقل يتم الفصل بين المتعاملين الذين يتولون تسيير المنشآت القاعدية كمثلا الطرقات ، المحطات البرية ..... إلخ عن المتعاملين الذين يمارسون نشاط النقل سواء المسافرين أو البضائع و ذلك لتفضيل و منح الأولوية لإمكانية دخول متعاملين جدد إلى سوق النشاط على حساب حصر حق تسيير المنشآت

ان فتح القطاعات الشبكية و تحريرها لا يكفي وحده لدعم المنافسة بين المتعاملين لذا يجب دعم المنافسة سواء عن طريق إعانات الدولة كمثلا تقديم أراضي بالمجان أو تعويضات و في حالة عدم التمكن من تحقيق المنافسة فإنه ينبغي على الهيئة العامة التي وضع القطاع تحت وصيتها أن تتدخل و تقوم بتنظيم القطاع المعني من حيث السعر و الكمية و الجودة<sup>1</sup>.

منه يتم ابرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية من خلال احترام مبدأ المنافسة الذي وضعه المشرع الجزائري هياكل فعالة لغرض تطبيق هذا المبدأ كما منح لها في بعض المواضع سلطات استثنائية و على العموم من خلال دراستنا توصلنا إلى مجموعة من النتائج يمكن إدراجها في النقاط التالية:

<sup>1</sup>- بري زين العابدين بن عبد الله ، خصخصة المشروعات العامة (منظور إقتصادي)، مرجع سابق، ص 29.

## خاتمة

➤ مبدأ المنافسة في القانون العام هو المبدأ المطبق لجلب أكبر عدد ممكن من التمهدين لإبرام العقد لغرض تحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup>.

➤ تطبيق مبدأ المنافسة على عقود التفويض كان كنتيجة حتمية لخضوع المرافق العامة للمنافسة.

➤ إن عدم تحديد مدة اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية و كذا النص على امكانية تجديدها بلا قيد يشكل مساس بالمنافسة.

➤ كما أنه يعتبر مساساً أيضاً بمبدأ المنافسة ممارسة الهيئة المفوضة لسلطتها في تعديل الاتفاقية بإرادة منفردة<sup>2</sup>.

➤ لقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي أن الحقوق الحصرية التي تمنح في مرحلة تنفيذ اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية هي حقوق مشروعة بالنظر إلى طبيعة النشاط الموكل إليه و كيفية تنظيم المرفق العام<sup>3</sup>.

➤ نطاق تطبيق مبدأ المنافسة هو ممارسة النشاط الإقتصادي فكل تفويض عقدي أو انفرادي يكون الهدف منه ممارسة النشاط الإقتصادي فإنه يخضع لمبدأ المنافسة<sup>4</sup>

إن معظم نصوص قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام تخص الصفقة العمومية سواء من حيث شروطها أحكامها و مضمونها و لم يعممها على عقود تفويض تسيير المرافق العمومية رغم تناول كلا العقدين في قانون واحد مثال المادة 94 و 92 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

<sup>1</sup>- أنظر في ذلك وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة ، مرجع سابق، ص 211.

<sup>2</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p.p. 347-349.

<sup>3</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, op.cit., p 118.

<sup>4</sup> - NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, op.cit., p.p. 457-458.

## خاتمة

و رغم بعض محاولات المشرع الجزائري في تحديد إجراءات إبرام إتفاقية التفويض كمثلا في مجال امتياز استغلال الشواطئ المفتوحة للسباحة و امتياز قطر السفن و أعمال المناولة و التشيين في الموانئ إلا أنه نسجل قصور و نقص في تنظيم هذه الاجراءات في قطاعات أخرى و يمكن حصر هذا النقص في النقاط التالية

➤ لم يساير ما هو معمول به في القانون الفرنسي الذي حدد إجراءات ابرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية بدقة و لم يترك المجال لأي شك في نص جامع و مانع بل نعتبر أن المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام مجرد محاولة تعثرها بعض الثغرات.

➤ إعتقاد طريقة طلب الامتياز بعد تقديم ملف لدى الوزارة المعنية ي بعض القطاعات كإمتياز النقل البحري و امتياز نقل الجوي أسلوب يوحى إلى تثبيت الأساليب القديمة في تنظيم المرافق العمومية من الإعتقاد و التراخيص الإدارية.

➤ إعتقاد المشرع الجزائري في مجال تسيير خدمات العمومية للمياه على الشراكة و إنشاء شركة سيال التي هي شركة ذات رأسمال مختلط رغم دخول حيز التنفيذ قانون المياه الذي ينص في المادة 102 منه على تفويض الخدمات العمومية للمياه إلى خواص بعد العرض على المنافسة.

منه و لتجنب كل هذه النقائص نقترح الحلول الآتية:

➤ يجب على المشرع الجزائري وضع نصوص قانونية لضمان التوفيق بين حرية الإدارة في التعاقد و خضوع اتفاقية التفويض لمبدأ المنافسة.

➤ يجب على المشرع الجزائري وضع نصوص قانونية للتصدي لصعوبات تطبيق نظرية المنشآت القاعدية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, op.cit., p 417

## خاتمة

➤ ضرورة إعطاء أهمية أكثر لاتفاقات التفويض من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام عدم الاكتفاء بالنص على مبدأ المنافسة و إنما يجب النص على إجراءات الإبرام طريقة الإعلان مراحل الإبرام و معيار اختيار المفوض إليه و الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة بصفة موحدة لجميع المرافق العمومية.

➤ ضرورة التوسيع من سلطات القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدى .

➤ ضرورة النص على دعوى الاستعجال التعاقدى.

➤ ضرورة النص على سبل أخرى ينتهجها خاسر دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدى.

➤ ضرورة التأطير المحكم للتصفية المالية لاتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية، فإجراء التسوية المالية يأخذ في الاعتبار التعويضات المستحقة بسبب الأخطاء التعاقدية لأحد الطرفين من ذلك إهمال الملتزم في صيانة المنشآت أو الفسخ الجزائي غير المشروع<sup>1</sup>، و يباشر إجراء التسوية المالية للحسابات تحت مراعاة بعض المبادئ منها:

- أن التصفية المالية تخضع لشروط العقد على أساس أن النصوص التي يتضمنها عقد تفويض المرفق العام في هذا الصدد هي نصوص تعاقدية ملزمة للطرفين تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

- أن التسوية المالية تتم وفقاً للنية المشتركة للأطراف المتعاقدة ذلك بالتطبيق والتفسير الضيق للشروط المتعلقة بالتسوية.

<sup>1</sup> - محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 242.

## خاتمة

---

- أن التسوية المالية تتطلب من المفوض له أن يقوم بتقديم حسابات مثل: حسابات الاستثمارات الأولى وحساب الاستغلال، وتقديم الحسابات أمر وجوبي حتى ولو لم يقرر العقد ذلك<sup>1</sup>.

➤ ينبغي على المشرع الفرعي الكف من الإحالة إلى النصوص التنظيمية المتعلقة بكيفيات تطبيق المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام كما أنه على المشرع إتخاذ نص تشريعي خاص بالعقود الإدارية و عدم إختصاص السلطة التنفيذية بتنظيم هذا المجال.

---

<sup>1</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 243.

### قائمة المراجع

#### أولاً: باللغة العربية

##### 1- الكتب

- 1- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015
- 2- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1985
- 3- البنا حسن، مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير و التطور، دراسة مقارنة في المؤسسات الاقتصادية ، المركز القومي للإصدارات القانونية، الموصل، 2014.
- 4- البنا محمود عاطف، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة و النشر، الرياض، 1984
- 5- الدسوقي محسن إبراهيم، الخدمات العامة و آليات السوق: المنافسة و إبرام العقود و الإدارة العامة الجديدة، مركز البحوث لمعهد الإدارة العامة لمكتبة الملك فهد للنشر، الرياض ، 2003
- 6- الشهاوي إبراهيم، عقد إمتياز المرفق العام BOT، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص ص 299-317.
- 7- الصبروخ مليكة، العمل الإداري، دار القلم، الدار البيضاء، 2012
- 8- المعاني أيمن عوده، الإدارة العامة الحديثة، دار وائل للنشر، عمان، 2010.
- 9- الناشف أنطوان، الخصخصة، التخصيص، مفهوم جديد لفكرة الدولة و دورها في إدارة المرافق العامة، منشورات الحلبي لحقوقية، بيروت، 2000
- 10- بري زين العابدين بن عبد الله ، خصخصة المشروعات العامة (منظور إقتصادي)، النشر العلمي و المطابع، الرياض، 2005.
- 11- بكرارشوش محمد ، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على ضوء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الجزء الثاني، جرائم الصفقات العمومية والدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، دار صبيح للطباعة والنشر، غرداية، 2014

## قائمة المراجع

- 12- بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص – جرائم الفساد، المال والأعمال، وجرائم التزوير-، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013،
- 13- رضوان بوجمعة، قانون المرافق العامة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2000
- 14- سعيد السعد علي، القانون الإداري، أبو المجد للطباعة والنشر، القاهرة، 2008
- 15- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني: نظرية المرفق العام و الإدارة العامة، دار الفكر العربي، الطبعة العاشرة، القاهرة، 1979
- 16- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط 4، القاهرة، 1974، ص.114
- 17- شلبي أمل محمد، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الإحتكار دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية، 2008،
- 18- صاروخ مليكة، القانون الإداري (دراسة مقارنة )، ط 7، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2010،
- 19- صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، دار لفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة، 2014.
- 20- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010،
- 21- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007،
- 22- عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دار هومه، الجزائر، 2003،
- 23- عوض شفيق عوض، الخصخصة، أبناء رياض سلامة للطباعة و النشر، إسكندرية، 2000
- 24- قبيلات حمدي ، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري النشاط الإداري)، وائل للنشر والتوزيع، الجزء الأول، الأردن، 2008
- 25- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006،

## قائمة المراجع

- 26- كيرونوولش، الخدمات العامة و آليات السوق، المنافسة وإبرام العقود و الادارة العامة الجديدة، ترجمة محسن إبراهيم الدسوقي، مكتبة الملك فهد للنشر، الرياض، 2003
- 27- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري، دراسة قانونية فقهية و قضائية مقارنة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007
- 28- لؤي أديب سليمان العيسي، الفساد الإداري و البطالة، مكتبة الكندي للنشر و التوزيع، عمان 2009
- 29- لينا حسن زكي، قانون حماية المنافسة و منع الإحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي و الأوروبي، المكتبة العالمية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2015
- 30- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري (ذاتية القانون الإداري، المركزية واللامركزية، الاموال العامة، الموظف العام، المرافق العامة، الضبط الإداري السلطة التقديرية، التنفيذ المباشر، نزع الملكية للمنفعة العامة، التحكيم الإداري، الحجز الإداري)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003
- 31- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 32- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الإمتياز- الشركات المختلطة- bot- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 33- مغاوري شلبي علي، حماية المنافسة و منع الإحتكار بين النظرية و التطبيق، تحليل لأهم التجارب الدولية و العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 34- نكاوي السعيد، القانون الإداري و القضاء الإداري ( التدبير المقوض- إلزامية تعديل القرارات الإدارية- درجات التقاضي الإداري)، دار نشر المعرفة، الرباط، 2009
- 35- نكاوي سعيد ، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05/54، دار الآفاق الأردنية للنشر و التوزيع، الرباط، 2010.
- 36- هنان مليكة، جرائم الفساد الرشوة الاختلاس – تمكين الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي ، قانون مكافحة الفساد الجزائري ، مقارنة ببعض التشريعات العربية- ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، 2010

## قائمة المراجع

- 37- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية"، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014،
- 38- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 39- وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق لعامة، المؤسسة العامة و الخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009،

### II- الرسائل و المذكرات الجامعية

#### 1- الرسائل

- 1- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013.
- 2- دحموش فايزة، إمتيازات السلطة العامة و الهيئات غير العمومية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، فرع القانون العام، تخصص إدارة و مالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.
- 3- ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة و هدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012.
- 4- قنادزة جميلة، الشراكة العمومية الخاصة و التنمية الاقتصادية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم، تخصص العلوم الاقتصادية تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و التسيير، جامعة تلمسان، 2018.
- 5- كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، فرع القانون العام ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو ، 2005.

## قائمة المراجع

### 2- المذكرات

- 1- أوكال حسين، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.
- 2- براهي فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03-03 و القانون رقم 08-12، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية،
- 3- بركات جوهره ، نظام المنازعات المتعلقة بنشاط سلطات الضبط الاقتصادي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع تحولات الدولة ، جامعة تيزي وزو، 2007
- 4- بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011
- 5- بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- 6- بن يطو سليمة، جريمة الرشوة في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته رقم 06-01، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة باتنة، 2013
- 7- بولخضرة نورة ، مبدأ المنافسة الحرة في القطاع المصرفي الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون اصلاحات اقتصادية، كلية الحقوق جامعة جيجل، 2006،
- 8- جراي يمينة ، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدول كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2007

## قائمة المراجع

- 9- رقرقي محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2014
- 10- زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011
- 11- شيخ أعمر يسمينة، توزيع الإختصاص ما بين مجلس المنافسة و سلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2010،
- 12- صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2002،
- 13- عيساوي عز الدين ، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005
- 14- عيساوي عز الدين ، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو ، جامعة تيزي وزو، 2005
- 15- عيساوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو 2005
- 16- فليسي ليندة، واقع جودة الخدمات في المنظمات ودورها في تحقيق الأداء المتميز، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة بومرداس، 2012.
- 17- لخضاري أعمر ، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافسة في القانونين الجزائري و الفرنسي، دراسة مقارنة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال، جامعة تيزي وزو ، 2004

## قائمة المراجع

18- ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 و الأمر رقم 03/03، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع قانون الأعمال، جامعة تيزي وزو ، 2004.

### III- المقالات

- 1- إبراهيم كومغار، " المرفق العام المحلي و تحديات التحديث"، مجلة القانون المغربي، عدد 20 لسنة 2011، ص ص 73-87.
- 2- أحطط اشنشيدي، " جودة الخدمة العمومية في ظل الحكومة الالكترونية الذكية -تجربة حكومة دبي-"، مجلة التنمية وإدارة الموارد البشرية، جامعة البليدة 2، العدد الثالث والخاص بفعاليات المؤتمر الدولي: المؤسسة بين الخدمة العمومية وإدارة الموارد البشرية، نوفمبر 2015، ص ص 436-452.
- 3- احمداتو محمد، " الإجراءات القانونية للشفافية في التسيير العمومي و في النشاطات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية، عدد 1، 2009، ص ص 143 – 178.
- 4- إرزيل الكاهنة، " عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري"، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، العدد 3، جوان 2017، ص
- 5- الأعرج محمد ، " طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 101 لسنة 2013 ، ص.ص 20-167.
- 6- الجيلالي أمزيد، "الحماية القانونية و القضائية للمنافسة في صفقات الدولة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 79، 2008 ص ص 15-174.
- 7- العرفج خالد بن عبد اللطيف، " خصخصة خدمات المعلومات ، دراسة لعلاقة التداخل بين القطاع العام و القطاع الخاص في تقديم خدمات المعلومات و منتجاتها"، مجلة مكتبة الملك فهد الوطنية، العدد الأول، مارس- أغسطس 2002، ص ص 74-109.
- 8- العصري عبد الملك أحمد، " التأصيل النظري لمفهوم الإدارة و التدبير"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 105-106، 2012، ص ص 187 – 196.
- 9- المشرفي أمال، " قراءة في القانون المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 80، 2008، ص ص 29-37.

## قائمة المراجع

- 10- النوحى جواد، " الأبعاد السياسية لضرورة التدبير المفوض فى المغرب "، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 97-98، مارس- يونيو 2011، ص ص 137-143.
- 11- الهندي وحيد بن أحمد و الهيران محمد بن عبد الله، " تحويل المشروعات العامة إلى القطاع الخاص وسيلة أم غاية؟ دراسة حالة الشركات السعودية للصناعات الأساسية"، مجلة الإداري، عدد 86، لسنة 23، سبتمبر 2001، ص ص 103 – 145.
- 12- آيت وازو زينة، "دراسة نقدية فى سلطات الضبط المستقلة: فى شرعية سلطات الضبط المستقلة "، من أعمال الملتقى الوطنى حول السلطات الإدارية المستقلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 23-24 ماي 2007، ص ص 352-364
- 13- براهي فضيلة، " التسيير المفوض للمرافق العامة: معادلة متزايدة نحو المنافسة أم الإحتكار"، من أعمال الملتقى الوطنى للتسيير المفوض للمرفق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية يومي 27-28 أفريل 2011، ص ص 100-112.
- 14- بركيبة حسام الدين، " تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل فى إدارة المرافق العامة"، مجلة المفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، عدد 14 جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص ص 557-577.
- 15- بروحو عبد اللطيف، " المرافق العمومية المحلية بين التدبير المفوض و شركات التنمية المحلية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 104، 2012، ص ص 75-86.
- 16- بزاحى سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدى فى مجال الصفقات العمومية فى التشريع الجزائرى"، المجلة الأكاديمية للبحث القانونى، عدد 01، 2012، ص ص 111-140.
- 17- بن عودة صليحة، " الامتيازات غير المبررة فى مجال الصفقات العمومية"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، عدد 22، فبراير 2018، ص ص 111-140.
- 18- بنجلون عصام، " التدبير المفوض للمرافق العامة بين التحديث و واجب الدولة فى حمايته"، المجلة المغربية للإدارة و التنمية، عدد 86، ماي- يونيو 2009، ص ص 45-54.
- 19- بودريوة عبد الكريم، "مدى مُسايرة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحى دولة مُتدخلة، ضابطة أم مترددة ؟"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، عدد 1، 2014، ص ص 47 – 56.

## قائمة المراجع

- 20- بوطريكي الميلود، "التدبير المفوض للمرافق العامة والمنافسة"، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 3، الصادر في 3 ماي 2010، ص ص 170-191.
- 21- بوهنة كلثوم و بن عزة محمد، " واقع قطاع الكهرباء في الجزائر دراسة حالة مجمع سونلغاز"، المجلة الجزائرية للعلوم و السياسات الاقتصادية، العدد 6، 2015، ص ص 119-135.
- 22- جلال مسعد، " مدى إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد الأول، 2014، ص ص 139 - 168.
- 23- دفاص عدنان، " قانون المنافسة بين النظام العام التنافسي و فكرة الأمن القانوني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص ص 547-564.
- 24- عميري أحمد، " دور الأشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية للجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247"، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والانسانية، العدد 18، جوان 2017، ص ص 226-234.
- 25- عيساوي عز الدين، " الهيئات الإدارية المستقلة في مواجهة الدستور"، أعمال الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 23-24 ماي 2007 ص.ص. 24-42
- 26- عيساوي عز الدين، " ضبط المرافق العامة: نموذج مرفق المياه"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 2، 2010، ص ص 99-110.
- 27- عيساوي عز الدين، " البحث عن نظام للنظام العام"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص ص 374-377.
- 28- فتحي وردية، "وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة"، أعمال الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 23-24 ماي 2007 ص.ص. 330-351
- 29- لباد ناصر، " السلطات الادارية المستقلة"، مجلة إدارة، عدد 21، 2001 ص.ص. 7-23.
- 30- لخضاري أعمار، "دراسة نقدية لبعض القواعد الإجرائية في قانون المنافسة"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد 2، 2007، ص.ص. 55-82.

## قائمة المراجع

31- مختور دليلة، "حماية النظام العام الإقتصادي في بعده التنافسي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص ص 523-546.

32- يحيا محمد، "قراءة نقدية لمفهوم التدبير المفوض على ضوء مستجدات القانون رقم 54-05 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 80، 2008، ص ص 11-28

### IV- النصوص القانونية

#### 1- الدستور

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ل 28 نوفمبر 1996، المنشور في الجريدة الرسمية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-483، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتعلق بنشر التعديل الدستوري المصادق عليه بموجب استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996، ج ر ع 76 الصادر في 8 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم بموجب التعديل الدستوري لسنة 2002، المنشور في الجريدة الرسمية بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر ع 25، الصادر في 14 أبريل 2002، المعدل و المتمم بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 المنشور في الجريدة الرسمية بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر ع 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008، المعدل و المتمم بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 المنشور في الجريدة الرسمية بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 ج ر ع 14 الصادر في 7 مارس 2016.

#### 2- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر ج ج عدد 101، مؤرخ في 19 ديسمبر 1975، المعدل و المتمم.

2- قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الإقتصادية، ج ر ج ج عدد 2، المؤرخ في 13 يناير 1988، (ملغى جزئيا)

## قائمة المراجع

- 3- قانون رقم 08-90 ، صادر في 7 أفريل 1990، يتعلق بالبلدية، ج ر ع 15 صادر في 11 أفريل 1990، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 03/05 المؤرخ في 18 جويلية 2005، ج ر ع 50 الصادر في 19 جويلية 2005(ملغى).
- 4- قانون رقم 09-90 ، مؤرخ في 7 أفريل 1990، يتعلق بالولاية، ج ر ع 15 صادر في 11 أفريل 1990، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 04/05 الصادر في 18 جويلية 2005، ج ر ع 50 الصادر في 19 جويلية 2005(ملغى).
- 5- قانون رقم 30-90، مؤرخ في الأول من ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر ع 52، مؤرخ في 2 ديسمبر 1990، معدل و متمم بموجب القانون رقم 14-08 ، المؤرخ في 20 يوليو 2008، ج ر ع 44، مؤرخ في 3 غشت 2008.
- 6- قانون رقم 06-98، مؤرخ في 27 يونيو 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ع 48 لسنة 1998، مؤرخ في 28 يونيو 1998 معدل و متمم .
- 7- قانون رقم 03-2000، مؤرخ في 5 غشت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و بالمواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر ج ج عدد 48، مؤرخ في 6 غشت 2000، ملغى بموجب القانون رقم 04-18، المؤرخ في 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الإتصالات الإلكترونية، ج ر ج ج عدد 27 مؤرخ في 13 مايو 2018.
- 8- قانون رقم 05-2000، مؤرخ في 6 ديسمبر 2000، يعدل و يتمم القانون رقم 06-98 المؤرخ في 27 يونيو 1998، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ج ج عدد 75 مؤرخ في 10 ديسمبر 2000.
- 9- قانون رقم 13-01، مؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، ج ر ج ج عدد 44 المؤرخ في 8 غشت 2001، المعدل و المتمم.
- 10- قانون رقم 01-02 مؤرخ في 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر ج ج عدد 8 مؤرخ في 6 فيفري 2002، المعدل و المتمم.
- 11- قانون رقم 02-03، مؤرخ في 17 فبراير 2003، يحدد القواعد العامة للإستعمال و الاستغلال السياحيين للشواطئ، ج ر ج ج عدد 11، مؤرخ في 19 فبراير 2003.
- 12- أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل و متمم بموجب القانون رقم 12-08، الصادر في 28 جوان

## قائمة المراجع

2008، ج ر ج ج عدد 36، المؤرخ في 2 جويلية 2008، معدل و متمم، بموجب القانون رقم 05-10، الصادر في 15 أوت 2010، ج ر ع 46، المؤرخ في 18 أوت 2010.

13- أمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 غشت 2004، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر ج ج عدد 47، مؤرخ في 22 غشت 2001، المعدل و المتمم.

14- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 4 غشت 2005، يتعلق بالمياه، ج. ر. ج. ج. عدد 60، مؤرخ في 4 سبتمبر 2005، معدل و متمم بموجب القانون رقم 03-08، المؤرخ في 23 يناير 2008، ج ر ع 4 مؤرخ في 27 يناير 2008، معدل و متمم بموجب الأمر رقم 02-09، المؤرخ في 22 يوليو 2009، ج ر ج ج عدد 44، مؤرخ في 26 يوليو 2009.

15- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ج ج عدد 21، المؤرخ في 23 أبريل 2008.

16- الأمر رقم 01-08، مؤرخ في 28 فبراير 2008، يتم الأمر رقم 04-01 و المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصصتها، ج ر ج ج عدد 11، مؤرخ في 2 مارس 2008.

17- قانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، المعدل و المتمم للأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد ، 36 مؤرخ في 2 يوليو 2008.

18- قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر ج ج عدد 37، مؤرخ في 3 يونيو 2011.

19- قانون رقم 07-12، مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر ج ج عدد 12، المؤرخ في 29 فبراير 2012.

### 3- النصوص التنظيمية

1- مرسوم رقم 88-128، مؤرخ في 28 يونيو سنة 1988، يتضمن الموافقة على الاتفاقية الحاصلة بين الدولة و الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج ر ج ج عدد 26 مؤرخ في 29 يونيو 1988.

2- مرسوم رئاسي رقم 99-240، مؤرخ في 27 أكتوبر 1999، يتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة، ج ر ع 76 مؤرخ في 31 أكتوبر 1999.

## قائمة المراجع

- 3- مرسوم رئاسي رقم 02-195 ، مؤرخ في أول يونيو 2002، يتضمن القانون الأساسي للشركة الجزائرية للكهرباء و الغاز المسماة سونلغاز شذأ، ج ر ج ج عدد 39، الصادر في 2 يونيو 2002، المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11/212، المؤرخ في 2 يونيو 2011، ج ر ع 32 الصادر في 8 يونيو 2011.
- 4- مرسوم رئاسي رقم 03-403، مؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على إتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 68، الصادر في 8 نوفمبر 2003.
- 5- مرسوم رئاسي رقم 03-404، مؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على إتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 68، الصادر في 8 نوفمبر 2003.
- 6- مرسوم الرئاسي رقم 03-405، مؤرخ في 5 نوفمبر 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على إتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "إيكواير الدولية" و كذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 68، الصادر في 8 نوفمبر 2003 .
- 7- مرسوم رئاسي رقم 08-338، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مؤرخ في 22 يوليو 2002، ج ر ج ج عدد مؤرخ في 9 نوفمبر 2008 (ملغى).
- 8- مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 58، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010 (ملغى).
- 9- مرسوم رئاسي رقم 11-426، مؤرخ في 8 ديسمبر 2011، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد و تنظيمه وكيفيات سيره، ج ر ع 68، مؤرخ في 14 ديسمبر 2011، المعدل و المتمم.
- 10- مرسوم رئاسي رقم 12-425، مؤرخ في 11 ديسمبر 2012، يتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، المعتمد بأديس أبابا في 31 جانفي 2011، ج ر ع 68، مؤرخ في 16 ديسمبر 2012.
- 11- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر ج ج عدد 50، مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

## قائمة المراجع

- 12- مرسوم تنفيذي رقم 308-96، مؤرخ في 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، ج ر ج ج عدد 55، مؤرخ في 25 سبتمبر 1996.
- 13- مرسوم تنفيذي رقم 43-2000، مؤرخ في 26 فيفري 2000، يحدد شروط استغلال الخدمات الجوية و كفياته، ج ر ج ج عدد 08 مؤرخ في أول مارس 2000، معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 480-03 ج ر ج ج عدد 78 مؤرخ في 14 ديسمبر 2003.
- 14- مرسوم تنفيذي رقم 314-2000، مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد المقاييس التي تبين أنّ العون الاقتصادي في وضعية هيمنة و كذا مقاييس الأفعال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، ج ر ج ج عدد 61، مؤرخ في مؤرخ في 18 أكتوبر 2000، (ملغى)
- 15- مرسوم تنفيذي رقم 124-01، مؤرخ في 9 مايو 2001، يتضمن تحديد الإجراءات المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج ج عدد 27، المؤرخ في 13 مايو 2001،
- 16- مرسوم تنفيذي رقم 283-01، مؤرخ في 24 سبتمبر 2001، يتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها، ج ر ج ج عدد 55، مؤرخ في 26 سبتمبر 2001.
- 17- مرسوم تنفيذي رقم 101-01، مؤرخ في 21 أبريل 2001، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج ر ج ج عدد 24، الصادر في 22 أبريل 2001، المعدل و المتمم.
- 18- مرسوم تنفيذي رقم 42-02، صادر في 14 يناير 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "إيكواير الدولية" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 4 الصادر في 16 يناير 2002، ملغى
- 19- مرسوم تنفيذي رقم 40-02، صادر في 14 يناير 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 4 الصادر في 16 يناير 2002 ملغى
- 20- مرسوم تنفيذي رقم 41-02، صادر في 14 يناير 2002، يتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، ج ر ج ج عدد 4 الصادر في 16 يناير 2002، ملغى

## قائمة المراجع

- 21- مرسوم تنفيذي رقم 03-232 ، مؤرخ في 24 يونيو 2003، يحدد مضمون الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، ج ر ج عدد 39 ، المؤرخ في 29 يونيو 2003 ، المعدل و المتمم ،
- 22- مرسوم تنفيذي رقم 04-274 ، مؤرخ في 5 سبتمبر 2004 ، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كفاءات ذلك، ج ر ج ج عدد 56 ، مؤرخ في 5 سبتمبر 2004.
- 23- مرسوم تنفيذي رقم 04-274 ، مؤرخ في 5 سبتمبر 2004 ، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة و كفاءات ذلك، ج ر ج ع 56 ، مؤرخ في 5 سبتمبر 2004.
- 24- مرسوم تنفيذي رقم 04-417 ، مؤرخ في 20 ديسمبر 2004 ، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز انجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج ر ج ج عدد 82 ، الصادر في 22 ديسمبر 2004.
- 25- مرسوم تنفيذي رقم 05-175 ، مؤرخ في 12 ماي 2005 ، يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق ، ج ر ج ج عدد 35 ، مؤرخ في 18 ماي 2005 .
- 26- مرسوم تنفيذي رقم 05-175 ، مؤرخ في 12 ماي 2005 المحدد لكفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، ج ر ج ج عدد 35 ، مؤرخ في 18 ماي 2005.
- 27- مرسوم تنفيذي رقم 05-249 ، مؤرخ في 10 جويلية 2005 ، يتضمن إعادة هيكلة نظام الوكالة الوطنية للطرقات، ج ر ج ج عدد 48 ، الصادر في 10 جويلية 2005 (ملغى).
- 28- مرسوم تنفيذي رقم 07-149 ، مؤرخ في 20 ماي 2007 ، يحدد كفاءات منح امتياز استعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي وكذا دفتر الشروط النموذجي المتعلق بها، ج ر ج ج عدد 35 المؤرخ في 23 مايو 2007. - المرسوم التنفيذي رقم 07-69 ، المؤرخ في 19 فبراير 2007 ، يحدد شروط وكفاءات منح استعمال و استغلال المياه الحموية، ج ر ج ج عدد 13 ، مؤرخ في 21 فبراير 2007.

## قائمة المراجع

- 29- مرسوم تنفيذي رقم 149-07، مؤرخ في 20 مايو 2007، يحدد كفاءات منح إمتياز إستعمال المياه القذرة المصفاة لأغراض السقي و كذا دفتر الشروط النموذجي المتعلق بها، ج ر ج عدد 35، الصادر في 23 مايو 2007.
- 30- مرسوم تنفيذي رقم 114-08، مؤرخ في 9 أبريل 2008، المحدد لكفاءات منح إمتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبه و دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز و واجباته، ج ر ج عدد 20، مؤرخ في 13 أبريل 2008.
- 31- مرسوم تنفيذي رقم 53-08، مؤرخ في 09 فبراير 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمات العمومية للتطهير و نظام الخدمة المتعلق به، ج ر ج عدد 8، مؤرخ في 13 فبراير 2008.
- 32- مرسوم تنفيذي رقم 54-08، مؤرخ في 09 فبراير 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب و نظام الخدمة المتعلق به، ج ر ج عدد 8، مؤرخ في 13 فبراير 2008.
- 33- مرسوم تنفيذي رقم 57-08، مؤرخ في 13 فبراير 2008، يتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري و كفاءاته، ج ر ج عدد 09، مؤرخ في 24 فبراير 2008.
- 34- مرسوم تنفيذي رقم 303-08، مؤرخ في 27 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه و عملها، ج ر ج عدد 56، مؤرخ في 28 سبتمبر 2008 (ملغى).
- 35- مرسوم تنفيذي رقم 96-09، مؤرخ في 22 فبراير 2009، يحدد شروط و كفاءات رقابة و تدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الإقتصادية، ج ر ج عدد 14 ، مؤرخ في 4 مارس 2009.
- 36- مرسوم تنفيذي رقم 275-10، مؤرخ في 4 نوفمبر 2010، يحدد كفاءات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير، ج ر ع 68، مؤرخ في 10 نوفمبر 2010.
- 37- مرسوم تنفيذي رقم 241-11، مؤرخ في 10 يوليو 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة و سيره، ج ر ع 39 مؤرخ في 13 يوليو 2011، المعدل و المتمم

## قائمة المراجع

- 38- مرسوم تنفيذي رقم 12-427 ، مؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة، ج ر ج ج عدد 69، مؤرخ في 19 ديسمبر 2012 .
- 39- مرسوم تنفيذي رقم 15-305، مؤرخ في 6 ديسمبر 2015، متضمن المصادقة على دفتر الشروط و الاتفاقية النموذجيين المطبقين في منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج ر ج ج عدد 66، مؤرخ في 9 ديسمبر 2015.
- 40- مرسوم تنفيذي رقم 16-235 ، مؤرخ في 4 سبتمبر 2016 ، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية النقالة من الجيل الرابع و استغلالها و توفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة "إتصالات الجزائر للهاتف النقال" شركة ذات أسهم، ج ر ج ج عدد 52، مؤرخ في 4 سبتمبر 2016.
- 41- مرسوم تنفيذي رقم 16-79، مؤرخ في 24 فبراير 2016، يتضمن إنشاء الجزائرية للطرق السيارة، ج ر ج ج عدد 12، الصادر في 28 فبراير 2016،
- 42- مرسوم تنفيذي رقم 18-163، مؤرخ في 14 يونيو 2018، يتضمن إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 08-303، المؤرخ في 27 سبتمبر 2008، الذي يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه وعملها، ج ر ج ج عدد 36، المؤرخ في 17 يونيو 2018.
- 43- مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر ج ج عدد 48، مؤرخ في 5 غشت 2018.
- 44- قرار وزاري مشترك، صادر عن وزير السياحة و وزير الداخلية و وزير المالية، مؤرخ في 18 مايو 2006، يحدد نماذج الاتفاقية و دفتر الشروط المتعلقة بامتياز الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة ج ر ع 70، مؤرخ في 5 نوفمبر 2006.
- 45- قرار ممضي في 5 يناير 2016، يتعلق بتحديد تاريخ الشروع في المزايدة بإعلان المنافسة لمنح رخص إقامة واستغلال شبكات عمومية للمواصلات اللاسلكية النقالة من الجيل الرابع وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور، ج ر ع 2، المؤرخ في 13 يناير 2016.
- 46- تعليمة وزارية رقم 842/3.94، صادرة في 7 ديسمبر 1994، وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و البيئة و الإصلاح الإداري، المديرية العامة للحريات العامة و الشؤون القانونية، مديريةية التقنين

## قائمة المراجع

العام و المنازعات، المديرية الفرعية للمنازعات، الموجهة إلى السادة الولاية بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر و رؤساء المجالس الشعبية و رؤساء المندوبيات التنفيذية (غير منشورة).

### V- الإجتهااد القضائي الجزائري

قرار رقم 11952/11950 الصادر بتاريخ 2004/03/09، شركة المسافرين " سريع جنوب " ضد رئيس بلدية وهران، الغرفة الثالثة [www.conseil-d'Etat.dz](http://www.conseil-d'Etat.dz)

### VI- قرار وراي مجلس المنافسة الجزائري

1- قرار رقم 1 ، مؤرخ في 24 جويلية 2013، يتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة ، المنشور

على الموقع [www.conseil-concurrence.dz](http://www.conseil-concurrence.dz)

2- مجلس المنافسة الجزائري، رأي رقم 02 ر 2001 ، الصادر في 7 أكتوبر 2001، المتعلق بإخطار

مؤسسة سفيطال (غير منشور).

### VII- الوثائق

- القانون رقم 54-05 يتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، الجريدة الرسمية رقم 5404

الصادر يوم 16 مارس 2006، المنشورة على الموقع [www.sgg.gov.ma](http://www.sgg.gov.ma)

### ثانياً: باللغة الفرنسية

#### **I- OUVRAGRS**

- 1- ANTOINE Aurelien, Prérrogatives de puissance publique et droit de la concurrence, L.G.D.J., Paris, 2009.
- 2- FRISON-ROCHE Marie Anne et PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, Dalloz, Paris, 2006.
- 3- HUBRECHT Hubert-Gérald , Droit public économique , Dalloz , Paris , 1997
- 4- LINDITCH Florian, Le droit des marchés publiques, Dalloz, 7ème éditions , Paris 2016.
- 5- LINOTTE Didier et GRABOY-GROBESCO Alexandre, Droit public économique, DALLOZ, Paris , 2001

- 6- LINOTTE Didier, ROMI Raphael et CADEAU Emmanuel, Droit du service public, lexisnexis, Paris, 2014
- 7- MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, 2ème éditions, Dalloz, Paris, 2003
- 8- AUBY Gean François, La délégation de service public, Dalloz, Paris, 1997.
- 9- BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, 2ème éditions, L.G.D.J., Paris, 2000
- 10- BOUTARD-LABARDE , Marie Chantal et CANIVET Guy, Droit français de la concurrence , L.G.D.J. Paris , 1994.
- 11- BOY Laurence, L'ordre concurrentiel, édition frison-roche, Paris, 2003
- 12- CASSIA Paul, Pratiques des référés précontractuels, éditions Litec, Paris, 2008
- 13- CHAPUS René, Droit administratif général, Volume 1, 9ème éditions , Montchrestien, paris, 1995
- 14- DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, L.G.D.J., Paris, 2015
- 15- DE-SOTO Jean, Grands services publics, éditions Montchrestien,sParis, 1971,
- 16- DEZOBRY G., La théorie des facilités essentielles, essentialité et droit communautaire de la concurrence, L.G.D.J., Paris , 2009.
- 17- GUGLIELMI Gilles-J et KOUBI Geneviève, Droit du service public, Montchrestien, Paris,2000
- 18- HAJJI Mohammed, Droit et pratique des services publics au Maroc, de la concession à la gestion déléguée, éditions zaouia, Rabat, 2007,
- 19- KUTY Franklin, Droit de la concurrence, larcier , Paris , 2006,
- 20- LEFEBVRE José , Le pouvoir de sanction, le maillage répressif, in DECOOPMAN Nicole , s/dir, le désordre des autorités administratives indépendantes , collection ceprisca , Paris, 2002
- 21- LONG N., WEIL P., et les autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16ème éditions, Dalloz, Paris, 2007,
- 22- Lyudmila Weyer, délégation de service public en pratique, régime juridique, passation, exécution, édition le moniteur, Paris 2014,
- 23- NICINSKI Sophie , Droit public de la concurrence, L.G.D.J., Paris, 2005
- 24- NICINSKI Sophie , Droit public des affaires, lextenso éditions, Paris, 2010
- 25- NOGUELLOU Rozen, La transmission des obligations en droit administratif, L.G.D.J., Paris, 2004
- 26- RICHER Laurent, L'Europe des marchés publics, L.G.D.J., Paris, 2009

- 27- SABIRAU PEREZ Marie-Agnès, Secteur public et concurrence, collection études, presses universitaires de perpignan, Paris, 1998
- 28- THIRION Nicolas, Libéralisations privatisations, régulations, aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles , marchés financiers ,télécommunications, médias santé ,larcier , Paris , 2006
- 29- THOMASSET-PIERRE Sylvie, L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, L.G .D.J. Paris , 2001
- 30- ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, Berti éditions, Alger, 2008, p. 69.
- 31- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, éditions belkeise, Alger,2012.
- 32- ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, éditions Houma, Alger,2005.

### **II- THESES ET MEMOIRES :**

#### **1- THESES :**

- 1- BLEZA Badie, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, thèse de doctorat, université panthéon-assas Paris II, 25 juin 2001.
- 2- CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, thèse pour le doctorat en droit, université de Montpellier I, 18 décembre 2004.
- 3- PREUD'HOMME Laura, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, thèse pour le doctorat en droit public, école doctorale de droit public et de droit fiscale, centre d'étude et de recherche en administration publique, université de PARIS I ,2013,
- 4- TREPPOZ Armelle, Recherche sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux, these pour le doctorat en droit, faculté de droit et des sciences économiques, université de Limoges, 16 juillet 1997

#### **2- MEMOIRE :**

- 1- AHMANE Kheira, Le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public –privé, mémoire en vue de l'obtention du diplôme

- de magistère en droit public économique, faculté de droit, université d'Oran, 2014
- 2- APELBAUM Raphaël et DE BELENET Alain, Va-t-on vers une mise en concurrence des autorisations d'occuper le domaine public ?, revue des marchés publics des collectivités territoriales, n° 173 du 01-04-2018, p.p. 11-21.
  - 3- EMMANUELLE C, Droit et économie de la concurrence dans le régime de passation de la délégation de service public recherche d'efficacité concurrentielle en régime de délégation de service public, diplôme d'IEP politique et administration, université LYON 2, juin 2006, [www.uprt.org](http://www.uprt.org).
  - 4- Rapport de l'école nationale d'administration, Option d'approfondissement, la délégation de service public : un modèle à repenser ?, groupe n 9, promotion 2007-2009, Février 2009, [www.ena.fr](http://www.ena.fr)
  - 5- SAGNE Nicolas, contrat in house, master recherche, droit public économique, université PARIS I, 2007

### **III- ARTICLES :**

- 1- AMSELLEM Michel, « Les ententes entre soumissionnaires: les leçons de la jurisprudence », revue conc. Consum. n° 129, 2002, p.p. 13- 28.
- 2- Anne Plunket Stéphane Saussier et Freddy Huet, « La dimension spatiale dans le choix des collectivités de déléguer leurs services publics : le cas de la distribution d'eau en France, revue d'économie industrielle, n°3, 2008, p.p., 45-63.
- 3- APOLLIS Benoît, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les « opérateurs dédiés » sauvés par les « contrats-maison » ? », R.F.D.A., n° 4 , 209, P.P. 759 – 770.
- 4- ARISTIDE Briand, « Option d'approfondissement juridique : coopération entre personnes publiques et concurrence », école nationale d'administration, février 2008, [www.ena.fr](http://www.ena.fr), p.p. 01- 09.
- 5- BAZEX michel, « Le droit public de la concurrence », R.F.D.A., n° 3 Juillet-aout, 1998, p.p. 781-800.
- 6- BENABDALLAH Mohammed Amine, « La gestion délégué du service public au Maroc », R.E.M.A.L.D., n° 92, mai – juin 2010, .p.p.,9-15.
- 7- BERLIN Dominique , « L'accès au marché français des télécommunications » A.J.D.A., n° 5, mars – avril 1997, p.p., 229- 262.
- 8- BERTRAN Philippe, « La libéralisation du marché français des télécommunications », in, GURRAOUI Driss, EL AOUIFI Nouredine et

- BARREAU Jocelyne, (s/dir), le devenir du service public comparaison France – Maroc, les éditions toubkal et l'harmattan, Rabat, 1997, p.p.169-175.
- 9- -BEZANCON X., « Que reste-t-il des concessions ? », CP-Monit, n° 141, mars 2014, p.p. 2-18.
- 10- BIGGAR Darryl, « Concurrence et réglementation dans l'industrie pharmaceutique », revue de l'O.C.D.E. sur le droit et la politique de la concurrence, vol4, n°3, 2002,p.p. 129-231.
- 11- BIROUK Mohamed, « Quelques réflexions sur la modernisation de l'administration », revue marocaine d'administration locale et de développement, n° 25, octobre – décembre 1998, p.p. 45- 54.
- 12- BOY Laurence, " L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ?" , R.I.D.E ,n° 1, 2005, p.p. 27-50.
- 13- CHEHAIBOU Damia, « Les services publics en réseau : entre garanties de l'intérêt générale et exigences de la concurrence loyale » , revue du droit marocain, n 21 , juin 2013, p.p.5-22.
- 14- CHIFFLOT Nicolas, « Les prérogatives de puissance publique une proposition de définition » , actes du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par l'association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de l'Université Pierre Mendès France de Grenoble II, LexisNexis, Paris, 2012, p.p., 173-196.
- 15- DECOQ André, « La dépenalisation du droit de la concurrence », revue de jurisprudence commerciale, numéro spécial, colloque de la baule 15 et 16 juin 2001, "où en est la dépenalisation dans la vie des affaires ?", novembre 2001,p.p.89-103.
- 16- DEHOUSSE Franklin, « La politique européenne des télécommunications », publication C.R.I.S.P., n° 28, 1995, www.cairn.info, p.p., 1-69.
- 17- DELALOY Guillaume, « Les délégations de service public – ou la délicate conciliation des principes d'égal accès des candidats et de libre choix du délégataire. », C.J.F.I, n 56, 2<sup>ème</sup> semestre, 2009, p.p., 90-101.
- 18- FATOME E, et, MENEMENIS A, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », A.J.D.A., n°2, du 16 janvier 2006, p.p., 67-79.
- 19- FILALIE (D), FETAT(F), et BOUCENDA (A) , « Concurrence et protection du consommateur dans le domaine alimentaire en Algérie », RASJEP, n° 1, 1998, p.p.63-90.
- 20- GHAZAL Lakhdar, « Le nouveau management du service public au Maroc: cas de l'électricité, de l'eau et des autoroutes », in, GURRAOUI Driss, EL AOUIFI

- Noureddine et BARREAU Jocelyne, (s/dir), le devenir du service public comparaison France – Maroc, les éditions toubkal et l'harmattan, Rabat, 1997, p.p143- 167.
- 21- GONZALEZ Gérard, « Domaine public et droit de la concurrence », A.J.D.A., n° 61, 1999 p.p. 387- 409.
- 22- GRALL J-C ET LE MORHEDEC E , « Marché public et concurrence : liberté , égalité, transparence. », revue lamy droit des affaires, n° 75, octobre 2004, p.p. 15-24.
- 23- GUEDON Marie-José," L'hétérogénéité des données organiques" , in DECOOPMAN Nicole , s/dir, "Le désordre des autorités administratives indépendantes " , collection ceprisca Paris , 2002, p.p57-78.
- 24- GUEZOU Olivier, « Contrat publics et politique de la concurrence », R.F.D.A., n° 4, Juillet- Aoute 2014, p.p. 632-640.
- 25- GUGLER Philippe, « Les politiques économiques d'U.E. :la politique de la concurrence, la vie économique », revue de politique économique, n°11, 2001, p.p. 49-53.
- 26- GUIHEU Gilles, « La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français : entre novation et tradition », revue générale de droit, volume 36, n° 4, 2006, p.p., 785-799.
- 27- IDOT Laurence , « Les concentrations dans le secteur des medias : busnes as usual ? », R.I.D.E., vol1, n° 1, 2005, p.p. p.p5-25.
- 28- IDOUX Pascale, NICINSKI Sophie, et GLASE Emmanuel, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », A.J.D.A. , n 462, 2015, p 1191- 1199.
- 29- KARPENSCHIF M, « définition du pouvoir adjudicateur par la cour de justice des communauté en européenne », A.J.D.A., n° 64 , 2004, p.p 526- 538.
- 30- KHELLADI Mohamed Amine Mehdi, « Vers un nouveau management public dans le secteur de l'eau en Algérie par le recours au Partenariat Public-Privé (PPP) : cas de la SEAAL », revue électronique en sciences de l'environnement, n 02, 2011, p.p. 1-20.
- 31- LAIDIE Yan, « Brèves observations sur les difficultés de la dévolution du contentieux de la concurrence », R.F.D.A, n°3 2000, p.p.567-573.
- 32- LASSERRE Bruno, « Modernisation » les adaptations nécessaires du conseil de la concurrence" , R.D.L.C, n° 1, 2004, p.p. 29-39.
- 33- LEFEBVRE José , « Le pouvoir de sanction, le maillage répressif », in DECOOPMAN Nicole , s/dir, "le désordre des autorités administratives indépendantes " , collection ceprisca Paris, 2002, p.p. 111-148.

- 34- LISSOUCK Félix François, « La régulation des services public en réseau : Réflexions sur la recherche d'un équilibre entre l'ouverture à la concurrence et l'exigence de service public », revue de la recherche juridique, droit prospectif, n°2, 2005, p.p.841-865.
- 35- MAUBON Gabrielle, « Le Conseil d'État précise les principes et les modalités de publicité applicables en matière de délégation de service public », C.J.F.I., n 56, 2<sup>ème</sup> semestre, 2009, p.p.,110-119.
- 36- MECHERFI Amel, « Les contrats de gestion déléguée des services publics locaux au maroc entre droit public et droit privé », R.E.M.A.L.D., n° 92, mai- juin 2010, p.p.,17-34.
- 37- MENARD Jean-Yves, « Service public et management : le cas des entreprises public en France », in, GURRAOUI Driss, EL AOUIFI Nouredine et BARREAU Jocelyne, (s/dir), le devenir du service public comparaison France – Maroc, les éditions toubkal et l'harmattan, Rabat, 1997, p.p. 125 – 141.
- 38- MERVEN Tomas, « Abus de position dominante, téléphonie mobile, tribunal de commerce de Paris, 8ème chambre, n° 1566, 27 septembre 2000, S.A., SFR., c/ S.A., France télécom », revue de jurisprudence commerciale, ancien journal des agréés, 4ème année, n° 12, décembre 2000, p.p., 357- 365.
- 39- MOHAMED Mahmoud Mohamed salah, « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? », in philosophie du droit et droit économique quel dialogue ? , édition frison-roche, 1999, p.p. 261 – 289.
- 40- MONTET Christian et SOUBEYRAN Antoine, «note sur l'arrêt de la C.A.A., 6 ème cham,9 décembre 2013,Séché éco industriel », revu Lamy de la concurrence, n° 39, 2014, p.p.223-260.
- 41- MOUGEOT Michel, NAEGELEN Florence, « La concurrence pour le marché », revue d'économie politique, volume 115, n° 6, 2005, p.p. 739-778.
- 42- NICINSKI Sophie, « Culture et concurrence selon le juge administratif », R.F.D.A., n 5, septembre- octobre 2014, p.p., 836- 840.
- 43- NICINSKI Sophie, « La délégation de service public et le temps », A.J.D.A., n° 5, 2013, p 1440- 1447.
- 44- NICINSKI Sophie, « Règle de concurrence et exploitation des ressources essentielles », J.C.P.A , n° 13, du 29 octobre 2007, p.p 57-82.
- 45- NICINSKI Sophie, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », AJ.D.A., 2004 , p.p. 751-760.
- 46- NICINSKI Sophie, « Les groupes publics et le droit de la concurrence », A.J.D.A., 2016 p.p. 776- 782.

- 47- PERISSION Aldo, « La qualité dans les services publics : problèmes et enjeux », Pyramides, n° 5, 2002 p.p. 39-52.
- 48- PERROT A., « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », revue française d'économie, vol. 16, 2002, p.p. 81-98.
- 49- PHILIPPOT Rémy, « La SEM à opération unique : innovation juridique ou gadget opérationnel ? » , Lexbase Hebdo édition publique, n°342 du 4 septembre 2014, p.p. 2-26.
- 50- POMMEL Christine et NACIRI Hichem, « La loi 54-05 relative a la gestion déléguée des services publics : entre régime administratif et négociation contractuelle », REMALD, n° 75 ( juillet, aout), 2007, p.p. 25-38.
- 51- RAYNAUD Emmanuel et VALCESCHINI Egizio, « Collectif ou collusif ? à propos de l'application du droit des ententes aux certifications officielles de qualité », R.I.D.E, n°2 , 2005,p.p.165-195.
- 52- RICHER L, « note sous C.E., n° 353737 du 3 février 2012, commune de Veyrier-du-lac », A.J.D.A., numéro spécial , 2012, p.p. 239- 555.
- 53- RICHET Cédric, SOULE Bastien et DURAND Christophe, « L'approche économique de la gestion déléguée en question, le cas des complexes aquatiques, revue française de gestion, n°5 , 2009, p.p. 43-53.
- 54- SALOMON Renaud, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière, conformité aux garanties fondamentales », R.D.B.F, n° 12001, p.p. 40-51.
- 55- SMIRES M'faddel, « Gratuité et nécessité de financement du service public : le cas du service public de la santé », R.E.M.A.L.D, n° 25, 1998, p.p.107-126.
- 56- SYMCHOWICZ Nil, « Contrats administratifs et mise en concurrence la question des cessions », A.J.D.A., du 20 février 2000, p.p., 104- 114.
- 57- TARDIEU Jean-Pierre, « Les modes de régulation des délégations de service public à l'étranger », A.J.D.A., n° 9 du 20 septembre 1996 p.p. 603- 608.
- 58- TEITGEN COLLY (C) , « Les instances de régulation et la constitution », R.D.P, n° 01 ,1990 p.p153-261.
- 59- TERNEYRE Philippe, « Secteur public et concurrence : la convergence des principes à propos de la liberté contractuelle », A.J.D.A., n° 35, du 15octobre 2007, p.p. 1906- 1915.
- 60- TRUCHET Didier, « La concurrence et l'accès à la commande publique», revue scientifique, n° 2, 2011, p.p. 277 – 287.

- 61- YAHIA Mohamed, « Nature juridique de l'abonnement au téléphone et contrat administratifs », revue marocaine des contentieux, n 2 ,2004, p.p.61-67.
- 62- ZOUAIMIA Rachid , « Le statut juridique da la commission de supervision des Assurances » ,revue idara, n° 31 ,2006, p.p9-31.
- 63- ZOUAIMIA Rachid , « Le conseil de la concurrence et la régulation des marchés », revue idara, n° 36,2008 ,p.p.7-45.
- 64- ZOUAIMIA Rachid, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie », revue idara , n° 28 , 2004, p.p. 23-68.
- 65- ZOUAIMIA Rachid, « la délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015 », revue académique de la recherche juridique, faculté de droit et des sciences politiques, université de BEJAIA, n° 1, 2016, p.p.7-35.
- 66- ZOUAIMIA Rachid, « La délégation unilatérale de service public au profit de personnes privées », revue idara, n° 42, 2011, p.p., 49-74.
- 67- ZOUAIMIA Rachid, « Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien » , revue du conseil d'Etat. n° 7 ,2005 , p .p 51- 62.
- 68- ZOUAIMIA Rachid, « Les aides de l'Etat aux entreprises publiques économiques :une entrave au principe de libre concurrence ? », revue Académique de la Recherche Juridique, université de Bejaia, volume 15 n 1 du 25 mai 2017, P.P., 18-25

#### IV- textes juridiques

- 1- Code des marchés publics français édition 2006, modifié par le décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 2 et Abrogé par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 , [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 2- Décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004, fixant les conditions relatives à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route, J.O.R.A n° 82 du 22 décembre 20004, modifié et complété.

#### V – Décisions du conseil constitutionnel

- 1- CONSEIL Constitutionnel, Décision n° 88-248 DC 17 janvier 1989, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).
- 2- Conseil constitutionnelle , Décision n° 89-260 ,DC, du 28 juillet 1989 , [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) .

- 3- Conseil constitutionnel , Décision n° 96-378 ,DC ,du 23 juillet 1996, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) .

### VI - Jurisprudences

#### 1- Tribunal des conflits

Tribunal des conflits, n° 03174, du 18 octobre 1999, L'arret préfet de la région Ile-de-France, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

#### 2- conseil d'état

- 1- C.E., Avis section, la société L & P publicité S.A.R.L, du 22 novembre 2000, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) .
- 2- C.E., " Rapport public sur les collectivités publiques et la concurrence ", La Documentation française, Paris, 2002, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr),
- 3- Conseil d'Etat, « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE*, 2002,
- 4- C.E., N° 228815, du 19 janvier 1868, Confédération nationale des radios libres, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) ,
- 5- C.E., N° 29373, du 4 mars 1910, Théron, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 6- C.E., N° 41365, du 9 février 1912, police municipale- autre cas d'utilisation des pouvoirs de police générale, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 7- C.E., n° 12045, du 7 juin 1932, ville de Castelnaudary, [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu).
- 8- C.E., N° 21609, du 15 octobre 1982, sté d'affichage Giraudy, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 9- C.E., N° 34671, du 12 octobre 1984, Chambre syndicale des agents d'assurance des Hautes-Pyrénées, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) ;
- 10- C.E., n° 80969, 25 janvier 1991, Brasseur, [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu)
- 11- C.E., n° 157304, du 3 novembre 1995, chambre de commerce et de l'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 12- C.E., 7 /10 SSR, N° 168325, du 15 avril 1996, Préfet de la région Provence-alpes- côte d'azur, préfet des bouches-du-rhône, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) .
- 13- C.E. n° 176205, 7 /10 SSR, du 4 avril 1997, société LEDOYEN, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

## قائمة المراجع

---

- 14- C.E., n°161547, du 27 mai 1998, Syndicat national du béton arme des techniques industrialisées et de l'entreprise générale, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 15- C.E., n° 177952, du 29 juillet 1998, société Genicorp, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 16- C.E. ,N°156008, du 7 avril 1999, commune de Guilhaud-Granges, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 17- C.E., N° 198147, du 30 juin 1999, syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest Seine-et-Marnais (SMITOM), [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 18- C.E., n° 222208,7 / 5 SSR, du 8 novembre 2000, société jean- louis Bernard consultants, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 19- C.E., N° 222208, du 8 novembre 2000, sté Jean-Louis Bernard, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)
- 20- C.E., n° 223645, Avis du 22 novembre 2000, sté L&P, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 21- C.E., n° 199674, du 6 juin 2001, commune de Vannes, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 22- C.E., 3 / 8 SSR, 11 juillet 2001, synd CGT de la société Clemessy, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 23- C.E., 10 / 9 SSR, 29 juillet 2002, société Cegedim, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 24- C.E., n° 233360, du 28 avril 2003, fédération nationale des géomètres experts, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 25- C.E., n° 230804 , du 30 avril 2003 Syndicat professionnelle des exploitants indépendants des réseaux d'eaux et d'assainissement, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 26- C.E., n° 240512, du 11 juin 2003 , Electricité de France et la Société Nationale d'Electricité et de Thermique, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 27- C.E., n° 257971, du 2 juillet 2003, commune de Collioure, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 28- C.E., n° 258602, du 3 mars 2004, commune de Châteaudun, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 29- C.E., n° 281976, du 10 mai 2006, société Bronzo, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

- 30- C.E., n°290726, du 25 juillet 2008, FNAM et SCARA, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 31- C.E., n° 383264, du 1<sup>er</sup> décembre 2009, demande d'avis saisi par la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)
- 32- C.E., n° 338272 du 3 décembre 2010, association Paris Jean Bouin, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr);
- 33- C.E., n° 354279, du 12 mars 2012, communauté d'agglomération du pays de Montbéliard, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 34- C.E., n° 348909, du 23 mai 2012, R.A.T.P., B. J.C.P., [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 35- C.E., n° 363244, du 20 février 2013, société American Express voyages, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 36- C.E., n° 364593 du 15 mai 2013 ville de Paris, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 37- C.E. , n° 365079 , du 6 novembre 2013, Commune de Marsannay-la-Côte, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) .
- 38- C.E.,N° 403614, du 6 mars 2017, La société des eaux de Marseille, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

### 3 - Tribunal administratif et la cour administrative

- 1- T.A., Paris, n° 0516131, du 30 mai 2007, bail emphytéotique administratif, [www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr).
- 2- T.A., NÎMES, n° 0620809, du 24 janvier 2008, Société des trains touristiques ville d'Avignon, [www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr).
- 3- C.A., Paris, n° 02578, du 29 juin 1988, sté Lyonnaise des eaux, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 4- C.A., Paris, 27 fevrier 1998, SA SCR [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 5- C.A. de Paris, N° 00pa00879, du 27 avril 2004, commune de Corbeil-bessonne et association pro- loisirs, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

### 4- Cour de justice des communautés européennes

- 1- Com. Déc. N ° 11992E086 *Sealink Harbour Limited*, journal officielle, C 224, 31/08/1992 P. 0029, <https://eur-lex.europa.eu> .
- 2- C.J.C.E. , 26 novembre 1998, Oscar aff , Bronner et CO.KG, C-7/97 , [www.doc-du-juriste.com](http://www.doc-du-juriste.com)
- 3- C.J.U.E., n° C- 26 /03, du 11 janvier 2005, l'affaire Stadt Halle, [www.lemoniteur.fr](http://www.lemoniteur.fr).
- 4- C.J.U.E., n° C-458/03, du 13 octobre 2005 , Parking BrixenGmbH, <https://eur-lex.europa.eu>.
- 5- C.J.U.E., n° C-340/04, du 11 mai 2006, Carbotermo SpA, <https://eur-lex.europa.eu>.
- 6- C.J.U.E., n° C-340/04 du 11 mai 2006, CarbotermoSpA, ConsorzioAlisei , contre , Comune di BustoArsizio, AGESP SpA, <https://eur-lex.europa.eu>.
- 7- C.J.U.E., n° C-371/05 du 17 juillet 2008, Commission des Communautés européennes contre République italienne, <https://eur-lex.europa.eu>.

### VII – Décisions du conseil de la concurrence

- 1- Cons. Conc., Déc . n° 00-D-47. Du 22 novembre 2000, citelium, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) .
- 2- Cons. Conc. Dés . n° 00-D-57 du 6 décembre 2000, la SEM Gaz et Electricité de Grenoble, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)
- 3- Cons. Conc, Avis n° 00A12 du 31 mai 2000 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée nationale sur le prix de l'eau en France, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.
- 4- cons, conc, avis n° 03-A-21, 31 décembre 2003, relatif à la position de la mutualitéfonction publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).

- 5- CONS. CONC., n° 04-A-19, du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) .
- 6- CONS. CONC. Déc. N° 96-D-51 du 3 septembre 1996, relative à la pratique de la SARL Héli-Inter Assis-trance. , [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)
- 7- CONS. CONC., déc n° 03-D-46 du 30 septembre 2003, relative à des pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes Maritimes, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).
- 8- CONS. CONC., déc n° 07-D-33 du 15 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par France télécom dans le secteur de l'accès à internet haut débit, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) .
- 9- CONS. CONC., décn° 02-D-41 du 26 juin 2002, relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de la société France télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).
- 10- AUT. CONC. Avis n° 11-A-05, du 8 mars 2011, relatif à une demande d'avis de l'ARCEP. Portant sur le troisième cycle des marchés de gros du haut débit et du très haut débit, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)
- 11- cons, conc., 17 septembre 1996 avis n 96-a-12, condition de concurrence dans le systèmes bancaire et de crédit français, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).
- 12- Cons. Conc., Déc. n° 06-D-25, du 28 juillet 2006, relatives à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)
- 13- Cons. Conc., Déc. n° 99-D-64, 26 octobre 1999, Marché de construction d'un atelier mécano plastique à Auray, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) .
- 14- Cons. Conc., Déc. 07-D-15 du 9 mai 2007, relative à des pratiques mises en oeuvre dans les marches publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) .
- 15- cons, conc, 9 juin 1999, avie n 99-a-11 – octroi d'une aide financière a une régie départementale, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).
- 16- Conseil de la concurrence, Décision n° 95-D-16 du 14 février 1995, relative à des pratiques anticoncurrentielles, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr).
- 17- Conseil de la concurrence, Rapport annuel pour l'année 2007 concurrence, R.D.L.C.n°4, 2008

### VIII- Documents

- 1- Rapport de l'école nationale d'administration, Option d'approfondissement, la délégation de service public : un modèle à repenser ?, groupe n 9, promotion 2007-2009, Février 2009, [www.ena.fr](http://www.ena.fr)
- 2- L' Article 12 de la directive, 2014 /24/UE, 26 février 2014 sur la passation des marché public et abrogeant la directive 2004/18/UE, joue n L 94 du 28 mars 2014, <https://eur-lex.europa.eu>.
- 3- L' Article 18 de la directive, 2014 /23/UE, 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil , sur l'attribution de contrats de concession, joue n L 94 du 28 mars 2014,<https://eur-lex.europa.eu>

# الفهرس

العنوان	رقم الصفحة
مقدمة.....	06.....
الباب الأول: تكريس مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام.....	15.....
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة بعد انتقاله من القانون الخاص إلى القانون العام.....	19.....
المبحث الأول: نقل مبدأ المنافسة من قانون المنافسة إلى القانون الإداري.....	21.....
المطلب الأول: مبدأ المنافسة في العقود الادارية : إجراء أم قانون.....	24.....
الفرع الأول: نشأة و تعريف مبدأ المنافسة في العقود الإدارية.....	24.....
أولاً: نشأة مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام العقود الإدارية.....	25.....
ثانياً: التعريف بمبدأ المنافسة في ظل عقود التفويض.....	28.....
الفرع الثاني: مكانة مبدأ المنافسة ضمن قوانين تدعيم المبادرة الخاصة.....	31.....
أولاً: مبدأ المنافسة و مبدأ حرية الصناعة و التجارة.....	32.....
ثانياً: مبدأ المنافسة و قانون المنافسة : توافق أم تعارض.....	34.....
المطلب الثاني: تأثير مبدأ المنافسة على حرية الإدارة في تنظيم هيكلها.....	38.....
الفرع الأول: التفويض العقدي كآلية لتنظيم المرفق العام.....	40.....
أولاً: الطبيعة القانونية لعقد تفويض تسيير المرافق العامة.....	41.....
ثانياً: آثار عقد تفويض تسيير المرافق العامة.....	44.....
الفرع الثاني : مبدأ المنافسة كقيد لحرية التعاقد و كمكبح لسلطات الإدارة.....	48.....
أولاً- احترام مبدأ المنافسة في مرحلة إبرام العقد.....	48.....
ثانياً: مبدأ المنافسة يكبح سلطات الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد.....	55.....
المبحث الثاني: مبدأ المنافسة: فتح المرافق العمومية على المنافسة من أجل السوق.....	58.....
المطلب الأول: مبدأ المنافسة كآلية لفتح القطاعات المرفقية أمام الخواص.....	59.....
الفرع الأول: إزالة إحتكار تسيير المرافق العامة.....	60.....
أولاً: نقل إختصاص تسيير المرافق العمومية إلى الخواص.....	61.....
ثانياً: تعميم مبدأ المنافسة الحرة.....	65.....
الفرع الثاني: تطبيقات حق الخواص في الدخول إلى المرافق العمومية الشبكية.....	70.....
أولاً: طرق الاستفادة من الشبكة.....	70.....
ثانياً: محتوى الشبكة.....	74.....
المطلب الثاني: ضبط المنافسة في القطاعات الشبكية من أجل حماية السوق.....	80.....
الفرع الأول: مبدأ المنافسة كآلية لإنشاء إحتكار فعلي عند التنفيذ.....	81.....
أولاً: ضمان الحصرية عند التنفيذ بدلا من تعميم المنافسة.....	82.....
ثانياً: المصلحة العامة كأساس لضمان الحصرية.....	87.....

91.....	الفرع الثاني: نقل أسلوب الضبط إلى القطاعات المرفقية
92 .....	أولاً: هياكل الضبط .....
95.....	ثانياً: آليات الضبط.....
100.....	الفصل الثاني: مراحل تكريس القانون الجزائري لمبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام.....
102.....	المبحث الأول: نقل المرفق العام من التسيير المباشر إلى تفويض التسيير.....
103.....	المطلب الأول: فتح القطاعات الخدمية أمام الخواص بعد قصور أسلوب المؤسسة العامة.....
104.....	الفرع الأول: تفويض الخدمة العمومية للمؤسسة العامة.....
105.....	أولاً: مفهوم المؤسسة العامة.....
107.....	ثانياً: دور المؤسسة العامة في تقديم الخدمة العامة.....
111.....	الفرع الثاني: تفويض الخدمة العامة إلى الخواص: بديل عن عجز الدولة في أدائها.....
112.....	أولاً: تفويض الخدمة العامة إلى الخواص بموجب قانون الجماعات المحلية.....
114.....	ثانياً: تفويض الخدمة العامة إلى الخواص بموجب قوانين قطاعات مرفقية.....
117.....	المطلب الثاني: انتهاج أساليب جديدة لتسيير المرافق العامة.....
118.....	الفرع الأول: الإمتياز كطريقة جديدة لتسيير المرافق العامة.....
119.....	أولاً: الإمتياز بمعنى رخصة.....
121.....	ثانياً: الإمتياز بمعنى إتفاقية.....
124.....	الفرع الثاني: تبني المشرع الجزائري لإتفاقية التفويض بطبعا العقدي في تسيير المرافق العامة.....
125.....	أولاً: الرابطة العقدية لاتفاقية تفويض تسيير المرفق العام.....
132.....	ثانياً : إنعكاسات التفويض العقدي لصالح الخواص على المرفق العام .....
138.....	المبحث الثاني: الأسس القانونية لمبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام اتفاقية التفويض.....
139.....	المطلب الأول: تبني القانون الجزائري لمبدأ المنافسة في مرحلة إبرام اتفاقية التفويض: من التكريس الضيق إلى التعميم.....
140.....	الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ المنافسة قبل 2015: من الإمتياز إلى التفويض.....
141 .....	أولاً: تكريس مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام عقود الإمتياز القطاعية.....
144 .....	ثانياً: تكريس مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه.....
147.....	الفرع الثاني: تعميم مبدأ المنافسة بموجب قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و نصوصه التنظيمية.....
148.....	أولاً: تكريس مبدأ المنافسة من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.....
154.....	ثانياً: التكريس الفعلي لمبدأ المنافسة من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.....
158.....	المطلب الثاني: التدعيم التشريعي لمبدأ المنافسة الحرة.....
159.....	الفرع الأول: تدعيم مبدأ المنافسة من خلال قواعد القانون الإداري.....
159.....	أولاً: تعزيز مبدأ المنافسة بمبدأ المساواة و الشفافية.....
166.....	ثانياً: تعزيز مبدأ المنافسة من خلال المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام.....

169.....	الفرع الثاني: الحماية الجنائية لمبدأ المنافسة
171.....	أولاً: تحديد جرائم الفساد في إطار إبرام العقود الإدارية و العقوبات المقررة لها
176.....	ثانياً: الهياكل الوقائية و القمعية لجرائم الفساد في مجال العقود الإدارية
179.....	خلاصة الباب الأول
181.....	الباب الثاني: نطاق أعمال مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام
185.....	الفصل الأول: ضمانات احترام مبدأ المنافسة الحرة أثناء إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام
186.....	المبحث الأول: مبدأ المنافسة إلزام يقع على عاتق الهيئة المفوضة
187.....	المطلب الأول: الالتزام الهيئة المفوضة بإبرام إتفاقية التفويض وفق تأطير قانوني
188.....	الفرع الأول: تأخر المشرع الجزائري في تأطير إجراءات إبرام اتفاقية التفويض
190.....	أولاً: قصور التأطير القانوني لعملية إبرام اتفاقية التفويض قبل صدور المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام
197.....	ثانياً: تأطير إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بالمرفق العام
200.....	الفرع الثاني: الطابع الخصوصي لمنح رخص الاستغلال في القانون الجزائري
201.....	أولاً: في مجال توزيع الكهرباء و الغاز
202.....	ثانياً: في مجال البريد و الاتصالات الإلكترونية
203.....	المطلب الثاني: مساهمة الهيئة المفوضة في ترسيخ الجو التنافسي
203.....	الفرع الأول: الإعلان عن ملف التعهد
204.....	أولاً: الإحالة إلى شروط الترشح و وثائق الملف
207.....	ثانياً: الإحالة إلى دفاتر الشروط
212.....	الفرع الثاني: ضرورة مسايرة قرارات الهيئة المفوضة لمبدأ المنافسة الحرة
213.....	أولاً: ضمان قرارات الهيئة المفوضة لحرية الوصول للطلبات العمومية
217.....	ثانياً: إمتناع الهيئة المفوضة من اتخاذ قرارات تمييزية أثناء دراسة العروض
224.....	المبحث الثاني: الضمانات الهيكلية لاحترام مبدأ المنافسة
225.....	المطلب الأول: القضاء الإداري الاستعجالي كضمانة لاحترام الهيئة المفوضة لمبدأ المنافسة
226.....	الفرع الأول: دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي آلية لحماية مبدأ المنافسة
226.....	أولاً: شروط رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي
230.....	ثانياً: سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي
233.....	الفرع الثاني: النجاعة النسبية لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي في ضمان مبدأ المنافسة
233.....	أولاً: فعالية دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي
236.....	ثانياً: ضرورة تدعيم دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي
244.....	المطلب الثاني: مجلس المنافسة كضمانة لاحترام المتعهدين لمبدأ المنافسة
244.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة

- أولاً: الطابع السلطوي لمجلس المنافسة.....244
- ثانياً: الطابع الإداري لمجلس المنافسة.....245
- ثالثاً: إستقلالية مجلس المنافسة.....247
- الفرع الثاني: دور مجلس المنافسة في قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة في ظل إبرام اتفاقية التفويض .....250
- أولاً: إخطار مجلس المنافسة بالممارسات المقيدة للمنافسة.....251
- ثانياً: التحقيق في مدى ثبوت الممارسات المنافية للمنافسة.....255
- ثالثاً: الفصل في القضية.....258
- الفصل الثاني: التضييق من نطاق أعمال مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام .....265
- المبحث الأول: تأثير النظام القانوني للمتعهد المترشح على مبدأ المنافسة الحرة .....268
- المطلب الأول: استبعاد تطبيق مبدأ المنافسة للعلاقة التي تربط بين المفوض و المفوض له.....270
- الفرع الأول: إستثناء إجراءات إبرام عقد التفويض المنزلي من تطبيق مبدأ المنافسة.....270
- أولاً: نشأة و تعريف عقود التفويض المنزلي.....271
- ثانياً: معايير إستثناء عقود التفويض المنزلي من تطبيق مبدأ المنافسة.....275
- الفرع الثاني: إستثناء إبرام عقود أشخاص القانون العام من تطبيق مبدأ المنافسة.....280
- أولاً: استثناء العلاقات العمودية بين أشخاص القانون العام من تطبيق مبدأ المنافسة.....281
- ثانياً: استثناء العلاقات الأفقية بين أشخاص القانون العام من تطبيق مبدأ المنافسة.....283
- المطلب الثاني: الموازنة بين مقتضيات مبدأ المنافسة و تعهد المتعامل العمومي.....285
- الفرع الأول: منع المتعامل العمومي من توظيف امتيازاته عند تقديم تعهده.....286
- أولاً: الإمتيازات الهيكلية الممنوحة للمتعامل العمومي المتعهد .....288
- ثانياً: الإمتيازات الوظيفية الممنوحة للمتعامل العمومي المتعهد .....292
- الفرع الثاني: التفسير المرن لمبدأ المنافسة يسوي بين الأنظمة القانونية المختلفة للمتعهدين.....296
- أولاً: دوافع التفسير المرن لمبدأ المنافسة.....297
- ثانياً: عراقيل التطبيق المرن لمبدأ المنافسة في القانون الجزائري.....299
- المبحث الثاني: تقييد مبدأ المنافسة بفعل تصرفات الأطراف المرشحة لإبرام عقد التفويض.....303
- المطلب الأول: دور المتعهدين المترشحين في تقييد مبدأ المنافسة .....304
- الفرع الأول: الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة.....305
- أولاً: تحديد الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة.....306
- ثانياً: تطبيقات الممارسات المقيدة للمنافسة على إجراءات إبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام.....311
- الفرع الثاني: شروط قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة.....317
- أولاً: الشروط العامة.....317
- ثانياً: الشروط الخاصة بقمع كل ممارسة.....318

322.....	المطلب الثاني: تقييد مبدأ المنافسة بفعل القرارات الإدارية.....
323.....	الفرع الأول: قانون المنافسة في مواجهة القرارات الإدارية.....
323.....	أولاً: الإخضاع غير المباشر للقرارات الإدارية لقانون المنافسة الحرة.....
325.....	ثانياً: آثار الإخضاع غير المباشر للقرارات الإدارية لقانون المنافسة.....
329.....	الفرع الثاني: تقييد القرارات الإدارية الصادرة عن الهيئة المفوضة لمبدأ المنافسة.....
329.....	أولاً: القرارات الإدارية ذات موضوع مقيد لمبدأ المنافسة.....
332.....	ثانياً: القرارات الإدارية ذات آثار مقيدة لمبدأ المنافسة.....
339.....	خلاصة الباب الثاني.....
340.....	خاتمة:.....
346.....	قائمة المراجع.....
378.....	الفهرس.....

## مبدأ المنافسة الحرة في حالة التسيير المفوض للمرافق العامة

ملخص:

يقوم المرفق العام على إمتيازات السلطة العامة و يخضع لقواعد غير مألوفة في القانون الخاص ، مما جعلها كحد لتطبيق قواعد قانون المنافسة على المرافق العمومية، و لكن أمام نجاح تجربة تحرير الإقتصاد و ترك المجال للتسيير الخاص و كذا ظهور أنواع أخرى للمرافق العام هذا ما أدى إلى فتح القطاعات المرفقية أمام المبادرة الخاصة عن طريق تقنية جديدة من حيث التسمية و قديمة من حيث المضمون و التي تعرف بتقنية " تفويض تسيير المرافق العمومية" للتعبير و الدلالة عن العلاقة التي تربط بين السلطة العامة و الخواص، مما استدعت الضرورة إختيار المفوض له على أساس عدة مبادئ من بينها مبدأ المنافسة الحرة

الذي يعرف على أنه القواعد التي تستعين بها الهيئة المفوضة من قانون المنافسة لتستعملها في اختيار المتعامل المتعاقد معها، و المنافسة في هذه الحالة له مفهوم آخر حيث لا يقصد به تسابق و تنافس و تصارع الأعوان الاقتصاديين العارضين لنفس السلع لجلب أكبر عدد ممكن من الزبائن، و إنما يقصد به قيام الهيئة العامة الطالبة للخدمة أو مشتريه السلعة بخلق جو تنافسي بين الأعوان الاقتصاديين الناشطين في مجال معين و جعلهم في تسابق و تنافس للإستجابة للطلب العمومي و توفير ما تدعوا إليه الهيئة العامة في إطار تحقيق المصلحة العامة.

يظهر لنا إلتزام الهيئة المفوضة باحترام مبدأ المنافسة عند إختيارها للمفوض له من خلال المراحل التي تمر عليها عملية ابرام اتفاقية التفويض و في حالة إخلالها بذلك يجوز لكل متضرر رفع دعوى الإستعجال ما قبل التعاقدي أمام المحكمة الإدارية لإلزامها بذلك، كما يجوز لمجلس المنافسة التدخل لقمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة المرتكبة من طرف المتعاملين لمتعهدين لإبرام اتفاقية تفويض تسيير مرفق عام.

كلمات مفتاحية: مبدأ المنافسة، عقود تفويض المرافق العمومية، قانون المنافسة.

### **Le principe de mise en concurrence des conventions**

#### **de délégation de services publics**

#### **Résumé :**

Dans la réglementation relative aux marchés publics, la mise en concurrence apparait comme une exigence des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Dès lors il existe une différence fondamentale entre la mise en concurrence impliquant que l'acheteur public agisse de sorte que les éventuels candidats puissent présenter leur candidatures et offres librement, qu'ils soient traités de manière égale et dans les meilleurs conditions de transparence et le droit de la concurrence sanctionnant les pratiques de type ententes ou abus de position dominante dont pourraient se rendre coupables les candidats potentiels.

La mise en concurrence est un moyen d'assurer la bonne utilisation des deniers publics, et par cette effet la loi impose à la partie délégante deux types d'obligations : celle de ne pas générer ou favoriser une pratique anticoncurrentielle et celle de Contrôler que les candidats à la procédure de passation d'une délégation de service public n'ont pas méconnu le droit de la concurrence. Et pour cela le référé précontractuel a été créé dans le but de permettre la sanction, par le juge administratif des atteintes aux obligations de publicité et de mise en concurrence avant que la convention de délégation de service public ne soit signée.

Le référé précontractuel est le premier recours spécialement instauré afin d'assurer le respect des dispositions du droit de la commande publique. Il semble aujourd'hui constituer le recours dont il est encore possible d'espérer la plus grande efficacité en terme de correction des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence parmi l'ensemble des voies de recours spécifiques au droit de la commande publique.

**Mots clé :** La mise en concurrence, délégation de service public, droit de la concurrence.