

الأستاذ بلغول عباس

أستاذ بلغول عباس

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة وهران 2

ما تبقى من مقياس تفويضات المرافق العامة

موجه لطلبة الماستر 1

تخصص القانون الإداري

مفهوم عقد البوت BOT

1- تعريف عقد البوت BOT

هو من العقود الحديثة يستهدف منها القيام بمشاريع ضخمة تعهدتها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الدولية للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيلها لحسابها الخاص مدة من الزمن على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة ، أو الهيئة العامة بعد انقضاء المدة المتفق عليها . إن حداثة عقود البوت لا تسمح بتقديم تعريف جامع ومانع ، لذلك نجد الفقه أعطى تعاريف متنوعة ، كلها تصب في أنه عقد مبرم بين الدولة وهيئاتها مع شخص خاص وطني أو أجنبي لإنشاء مرفق وتسييره لمدة تفوق 30 سنة ، ثم إرجاعه في أحسن حال يكون فيها . لقد عرفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية على أنه اتفاق تعاقدى تتولى بموجبه هيئة خاصة إنشاء أحد المرافق العامة الأساسية في الدولة ، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة .

إن اصطلاح البوت يدل على أن المشاريع التي تمنحها الدولة عن طريق الامتياز (البوت نوع من عقود الامتياز) إلى القطاع الخاص بهدف إقامة وبناء المرفق الذي قررت الدولة أن يكون مرفق عام يجب ضمانه من طرف الدولة ، ثم تشغيل هذا المرفق واستغلاله وذلك لمدة معينة تسمح باسترجاع ما أنفق ، خاصة وأن في عقد البوت يتم بناء مرافق لها علاقة بالبنية التحتية وهياكل قاعدية ضخمة تنتقل بعد مدة زمنية ملكيتها إلى الدولة أو إحدى هيئاته .

2-موقف المشرع الجزائري من عقد البوت BOT

إذا كانت القوانين الجزائرية لم تعرف تسمية عقد البوت ، فإنه بالرجوع إلى قانون المياه لسنة 2005 نستشف من صيغة المواد التي جاءت تحدد مكونات الأملاك العامة الصناعية للمياه :« تخضع للأملاك العامة الصناعية للمياه ، المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو تفويض للإيجار والاستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص».

لقد أدرج المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 10 الفقرة 3 منه عقد البوت دون تسميته واعتبره صورة من صور عقد الامتياز حينما عرف عقد الامتياز :

« الامتياز : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له ، إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة مرفق عام واستغلاله ، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام ».

3- خصائص عقد البوت BOT

من خلال التعاريف السابقة تتجلى لنا خصائص تتميز فيما يلي :

من حيث أطرافه: فهو يبرم بين الدولة المفوضة أو أحد أشخاص القانون العام و الطرف الثاني في غالب الأحيان يكون شخص خاص طبيعياً أو معنوياً.
من حيث أهدافه: فهو يهدف إلى إنشاء مرافق عامة لإشباع حاجات عامة و تقديم خدمات ذات نفع عام.

من حيث سلطة الجهة الإدارية في الإشراف و الرقابة خلال مرحلة الإنشاء و الاستغلال:
يعتبر حق للجهة في الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد الذي تتم عبه الإدارة في كل العقود الإدارية فتبدأ رقابتها و إشرافها في مرحلة الإنشاء لتستمر في مرحلة الاستغلال.

من حيث ملكية المرفق خلال مدة العقد:

تمت خلاف في الفقه القانوني حول تبوت الجهة الإدارية المتعاقدة أو الشركة الخاصة أو الشخص الخاص الذي ينشأ المشروع فالبعض من الفقه اعتبر إن الملكية أثناء عملية الإنشاء تكون لصالح الشخص الخاص إذا كان ذلك لا يتفق و فلسفة وجود عقود الامتياز ذلك إن بروز سلطة الإشراف و الرقابة يعني ان الملكية كانت دائماً للجهة الإدارية المتعاقدة.

لقد اختلف الفقه حول الملكية البعض يعتبر إن بعض صور عقد البوت BOT تكون للشركة و البعض الآخر يكون للإدارة و البعض الآخر يقول إن كل المشروع ملك للشركة حتى يمكن لها التنفيذ في الإنشاء ثم الاستغلال ثم بعد ذلك تنتقل ملكية إلى الشخص العام .

حقيقة الأمر هناك نوع من عقود البوت BOT يسمح بامتلاك الشخص الخاص للمرفق ثم استغلاله ثم نقل ملكيته من جديد للشخص العام .

4- أشكال عقود البوت BOT

عقد البوت له عدة أشكال نذكر أهمها:

أ- البناء، الاستغلال، التحويل BOT

ب- البناء، التملك، التشغيل، نقل الملكية BOOT

ج- البناء، الإيجار، نقل الملكية BLT

د- الإيجار، التجديد، التشغيل، نقل الملكية LROT

هـ- البناء ، نقل الملكية ، التشغيل BTO

5- التكيف القانوني لعقود البوت BOT

ثارت خلافات فقهية حول التكيف القانوني لعقد البوت BOT ، فذهب البعض إلى اعتباره من العقود الإدارية ، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتباره من عقود القانون الخاص وبين هذا وذاك نجد فريق آخر اعتبر عقد البوت BOT ذو طبيعة خاصة.

الاتجاه الأول - عقود البوت BOT من العقود الإدارية: إنطلاقاً من رأي الاتجاه الغالب لبفه القانون العام الذي يعتبر عقود البوت BOT لا تخرج عن مسمى عقود الالتزام أو عقود تفويض المرفق العام ، وبالتالي فإنها بطبيعتها عقود إدارية من حيث الشكل ولا من حيث الموضوع.

الاتجاه الثاني - عقود البوت BOT من عقود القانون الخاص : يرى جانب من الفقه أن عقود البوت BOT من عقود الإدارة العادية ، ومن تم فهي تخضع لقواعد القانون الخاص، فالصفة الاقتصادية لعقود البوت BOT وأسلوب الخصوصية يفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد باستعمال أساليب القانون الخاص.

الاتجاه الثالث - عقود البوت BOT ذو طبيعة خاصة : يرى البعض من الفقه أن عقود البوت BOT يتم عقدها من خلال نظام قانوني مختلف ، فكل عقد له ظروفه الخاصة ، وبالتالي يصعب وضع قاعدة عامة مجردة تخضعه للقانون العام أو القانون الخاص.

6- تقييم عقد البوت BOT

أولا – إيجابيات عقد البوت BOT

- في حقيقة الأمر ، لعقد البوت BOT إيجابيات كثيرة نلخصها في ما يلي :
- أ- يقوم عقد البوت BOT على مبدأ التمويل الذاتي للمشروع ، أي على نفقة الشركة صاحبة المشروع ، وهو ما يخفف عجز الدولة ويرفع العبء على ميزانية العامة . فهو يخفف عجز الميزانية ويجنب المديونية الداخلية والخارجية.
- ب- يمكن عقد البوت BOT من نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ويسمح أيضا بفرض التنمية الاقتصادية ، فعقود البوت BOT فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا للدول النامية ، لأن إدارة المشاريع من طرف الخواص لاشك أنه سيعطي فعالية وكفاءة.
- ج- إن تعداد الأطراف المشاركة في بناء المشروع يساهم في توزيع المخاطر بين جهات ، وهذا الأمر يمكن شركة المشروع من الصمود أكثر في مواجهة الصعوبات.

ثانيا – العيوب التي قد توجد في عقد البوت BOT

- قد توجد في عقد البوت BOT عيوب أهمها :
- أ- عدم توافر الخبرة الفنية الكافية في القطاع العام لإدارة المشروع بعد انتهاء فترة الامتياز لاسيما إذا لم تحرص الدولة على تكوين إطاراتها في الشركة صاحبة المشروع .
- ب- غياب النظام التشريعي الخاص لعقود البوت BOT في العديد من الدول.
- ج- مثل هذه العقود تقوي النفوذ الأجنبي وتخلق أوضاع اقتصادية وسياسية في غير صالح الدولة.
- د- توظف عائدات الاستثمار للخارج أو ما يعرف بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج .
- هـ- طول مدة العقد يكون لمصلحة المستثمر وليس لمصلحة الدولة لأن إنجاز الاستثمار بعد فترة زمنية طويلة يصبح متأكلا ويحتاج إلى صيانة مستمرة.

الإيجار

بقي الإيجار ولمدة طويلة مرتبطا بالامتياز ، إنه العنصر الأساسي والمميز له هو عدم تحميل المستأجر لعمليات البناء والاستثمارات المتعلقة بالمرفق العام.

يعرفه الأستاذ UAETIOB : « هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عامة لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا استغلال المرفق العام ، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات ، ويتم دفع المقابل عن طريق إتاوات يدفعها المنتفعون متعلقة مباشرة باستغلال المرفق ».

نكون أمام عقد إيجار إداري عندما تكون منشأة المرفق العام موجودة قبل العقد ويتولى المستأجر والهيئة العامة المؤجرة مسؤولية عن التجهيزات المحددة في عقد الإيجار ، فالهيئة العامة هي المسؤولة عن توسيع المرفق وتجديده وتجهيزه إذا كانت هذه التجهيزات ضخمة ، ويكون ذلك عن طريق إبرام الصفقة العمومية ضخمة .

تلجأ الدولة إلى الإيجار في المجال السياسي والثقافي والتسليية والترفيه لتقليل أعباء التسيير.

و للإيجار بصفة خاصة عدة مزايا فالإدارة تقوم ببناء و تجهيز المرفق لتفسيح المجال للخواص و تسييره ، و استعمال أساليب حديثة و تكنولوجيا عالية .

إن الإيجار يجلب اهتمام المؤسسات الخاصة التي تهدف إلى الربح أكثر من الامتياز، لأن المستأجر لا يدفع أموالا ضخمة في البناء و يكتفي بالتسيير و الاستغلال، وهذا ما لا يكلفه بالكثير مقارنة بعقد الامتياز و مدة عقد الإيجار.

ملاحظة: يلتزم المستأجر ببعض أعمال الصيانة فقط و التجهيزات البسيطة.

نص المشرع الجزائري على الإيجار كعقد من عقود تفويض المرفق العام في المادة 210 في المطة 2: «الإيجار تعهد السلطة المفوضة للمفوض له تسيير المرفق العام و صيانتته مقابل إتاوات تسوية يدفعها لها.

ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه و على مسؤوليته .

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام و يدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام .

عقد الوكالة المحفزة

الوكالة المحفزة egamriffa: المشرع الفرنسي يسميها ب Régie intéressé

الترجمة لعقد مشاطرة الاستغلال.

يعرف المشرع الجزائري بأنه: «العقد الذي من خلاله توكل السلطات العامة التي أنشأت المرفق العام تسيير و صيانة المرفق العام لشكل طبيعي أو معنوي يتولى تسيير لحساب الجماعة العامة المفوضة ، و لا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين بل بأجر محدد بنسبة مئوية مرتبط برقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة إلى علاوات إنتاجية و جزء من الأرباح.

و من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص :

1- الاستغلال يكون للهيئة المفوضة .

2- الهيئة العامة هي المكلفة بأشغال البناء و الصيانة و التجهيزات الضرورية لتسيير المرفق العام.

3- استقلالية و حدودية المسير بالمقابل له صلاحيات واسعة في الإدارة .

4- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير المرتبط بالاستغلال و نسبة مئوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى علاوات إنتاجية و أيضا مقابل أرباح و خسائر في تسيير المرفق.

في المادة 210 المطة الثانية .« تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير و صيانة المرفق العام.

ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام و تحتفظ بإدارته و يدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية و حصة من الأرباح عند الاقتضاء .

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية.

التسيير

يتم عقد التسيير بان يفوض لشخص من القانون العام للغير (شخصا طبيعيا أو معنويا) تسيير المرفق العام فقط لحساب الهيئة العامة بمقابل مالي جزافي فهو يضمن التسيير اليومي و العادي لمرفق بكل عناصره.

إن عقد التسيير هو عقد مبرم بين هيئة عامة و شخص من القانون الخاص هدفه ضمان سير المرفق وعدم تحمل أعباء البناء و التجهيز بل هو مجرد مسير بسيط للمرفق لا يتحمل إرباح و خسائر تسيير مرفق عام.

على حسب المشرع الجزائري في المادة 210 المطة 4 : «التسيير: تعهد السلطة المفوضة للمفوض لهه بتسيير و صيانة مرفق عام و يستغل المفوض له مرفق عام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام و تحتفظ بإدارته. و يدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة إنتاجية».

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام و تحتفظ بالأرباح و في حالة العجز فان السلطة المفوضة بعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى اجرا جزافيا و يحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.