

تفويض المرفق العام كمفهوم وظيفي

Public service delegation a functional notion

تاريخ النشر: 2021/07/15	تاريخ القبول: 2021/06/29	تاريخ الارسال: 2019/11/23
-------------------------	--------------------------	---------------------------

*ط.د. فتحي رزيقة

جامعة الجزائر1

razikafathi87@gmail.com

ملخص :

يعتمد التعريف القانوني لتفويض المرفق العام بالأساس على عناصر مادية وظيفتها تتميز عقد تفويض المرفق العام عن عقود الصفقات العمومية فمتى تعلق الأمر باستغلال مرفق عمومي وارتباط أجر المتعاقد أساسا بهذا الاستغلال كنا بصدد تفويض المرفق العام. خلافا للصفقة العمومية التي يكون موضوعها تمويل احتياجات الإدارة ويتخذ أجر المتعاقد شكل السعر. إن هذه العناصر المادية (الاستغلال والأجر) تبرر اختيار الإدارة لعقد التفويض دون الصفقة، إلا أن هذا المفهوم الوظيفي تعثره العديد من النقائص تجعله في كثير من الأحيان عاجزا عن ضبط مفهوم تفويض المرفق العام وتمييزه عن الصفقة العمومية الكلمات المفتاحية : تفويض المرفق العام؛ الصفقة العمومية؛ الاستغلال؛ الأجر.

Abstract:

The public service delegation is a Contract by which a corporate body under public law entrusts the management of a public utility for which it is responsible to a public or private operator, whose remuneration is substantially linked to the result of the utility operation. The fundamental difference between a public contract and a public service delegation results from the method of payment chosen. For a public contract, payment is made by the public buyer. For a public service delegation, remuneration derives from the operation of the utility, done at the delegate's own risk. But this functional definition is not useful for distinguishing public service delegation from public procurement.

*المؤلف المرسل : فتحي رزيقة

Keywords: *public service delegation; public contract; exploitation; remuneration.*

مقدمة:

يمكن تعريف تفويض المرفق العام وفقا لما تنص عليه المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 بأنه العقد الذي يعهد من خلاله الشخص العام إلى أحد أشخاص القانون العام أو الخاص بتسيير واستغلال مرفق عام، على أن يرتبط أجر المفوض له بصفة أساسية من هذا الاستغلال.

يرتكز هذا التعريف على عنصرين أساسيين، تحويل استغلال المرفق العام (معيار موضوعي)، وارتباط أجر المتعاقد بمردودية الاستغلال (معيار مالي).

يمكن القول أن هذا التعريف القانوني لتفويض المرفق العام يهدف إلى تمييزه عن الصفقات العمومية والتي يكون موضوعها تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، ويكون أجر المتعاقد في شكل سعر محدد مسبقا تدفعه له المصلحة المتعاقدة نظير الخدمات المؤداة إليها. مما يسمح بالقول أن رغبة المشرع في استحداث تفويض المرفق العام هو أن تكون له وظيفة محددة تكمن في عدم إخضاع العقود التي يتضمنها إلى نظام الصفقات العمومية والتي تبرر اختيار الشخص العام لأسلوب التفويض دون الصفقات العمومية. فهل يمكن للمشرع أن يكون قد وضع حدا فاصلا للحدود بين التفويض والصفقات العمومية استنادا إلى المعيارين الموضوعي والمالي؟

إن اعتماد المشرع الجزائري على تعريف وظيفي لتفويض المرفق العام استنادا إلى المعيارين الموضوعي والمالي لا يقدم حلا للحدود الفاصلة بين عقود تفويض المرفق العام والصفقات العمومية، وسنحاول من خلال هذه الدراسة اعتمادا على منهج تحليلي تسليط الضوء على أهم العوائق التي قد تؤدي إلى إعادة تكييف عقد تفويض المرفق العام إلى صفقة عمومية، مما يخلق إشكالية الأمن القانوني بالنظر إلى عدم دقة موضوع العقد لصعوبة ضبط كل من مفهوم المرفق العام القابل للتفويض وفكرة الاستغلال من جهة (المبحث الأول)، ومن جهة أخرى صعوبة تحديد الارتباط الأساسي بين الأجر والاستغلال واختلاف التأويلات حتى استنادا إلى فكرة المخاطر (المبحث الثاني).

المبحث الأول: عدم دقة المعيار الموضوعي في تعريف تفويض المرفق العام

يعتبر موضوع العقد عنصرا مهما في تعريف تفويض المرفق العام، ويتمثل في تفويض تسيير واستغلال المرفق العام¹، وهو يمثل قاسما مشتركا بين جميع أصناف عقود التفويض، ورغم سهولة المعيار الموضوعي إلا أنه يطرح إشكاليين أساسيين، يتعلق الأول بدقة تحديد المرفق العام القابل للتفويض (المطلب الأول)، ويتعلق الثاني بصعوبة تحديد مهمة المفوض له فيما إذا فعلا يستغل المرفق العام أم لا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد المرفق العام القابل للتفويض

إن أول إشكال إن أول إشكال يطرحه المعيار الموضوعي في تعريف تفويض المرفق العام يتمثل في صعوبة تحديد ما إذا كان النشاط المفوض يشكل مرفق عام أم لا (الفرع الأول) وهل هو قابل للتفويض ذلك أن المشرع يستثني المرافق السيادية² ولكنه لا يحددها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صعوبة تكييف النشاط المفوض على أنه مرفق عام

يصعب ضبط تعريف محدد ودقيق للمرفق العام بالنظر إلى مرونته وقابليته للتطور بشكل مستمر، مما خلق صعوبة في تحديد ما يعتبر من النشاطات المرفقية وما يخرج عنها لتبقى مسألة نسبية تخضع لتقدير المشرع والقاضي تبعا للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تتباين من دولة لأخرى ومن وقت لآخر، ليصبح المرفق العام على حد تعبير الأستاذة ضريفي: "صفة يضيفها القانون على نشاط معين"³، بعدما تركز تعريفه على المعيارين العضوي والمادي، فالمرفق العمومي وفقا للمعيار العضوي يظهر في ارتباطه بالشخص العام فمتى تدخل هذا الأخير في إنشاء وتنظيم النشاط اعتبر مرفقا عموميا، أما المعيار المادي فهو ينصرف إلى هدف النشاط في تحقيق المصلحة العامة⁴.

إلا أن المعيار العضوي عرف تراجعا بالنظر إلى ظهور المرافق الصناعية والتجارية والاكراهات المالية التي أصبحت تحتتم على الدولة تكليف الخواص بمهام مرفقية، ليصبح التركيز على المعيار المادي في تعريف المرفق العام الذي يعتبر كل نشاط مؤمن ومنظم ومراقب من طرف شخص حكومي بهدف تحقيق المصلحة العامة، بمعنى أن ارتباط النشاط المرفقي بالشخص العام قد يكون مباشرا أو غير مباشر، وهو ما يستخلص من تعريف المشرع الجزائري لتفويض المرفق العام في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بنصه:

تحويل بعض المهام... التابعة للسلطات العمومية (معيار عضوي يتمثل في تبعية النشاط للشخص العام)..... بهدف الصالح العام (معيار مادي يتمثل في هدف النشاط في تحقيق المصلحة العامة).⁵

إن هذه المرونة سمحت بظهور مفهوم جديد هو المرفق لصالح الجميع⁶، فهل يندرج هذا الأخير ضمن مفهوم المرفق العام وهل يمكن أن يكون مجالا لتقنية التفويض؟
لم يقدم المشرع تعريفا عاما للمرفق لصالح الجميع أو الخدمة العامة وإنما تناولها بحسب كل قطاع وهو ما يظهر في إعادة تنظيمه للمرافق الشبكية في قطاع الاتصالات⁷ والكهرباء مثلا.

إن الخدمة العامة في طبيعتها مفهوم مدعم لسياسة الليبرالية والمنافسة خلافا للمرفق العام الذي يقوم على فكرة المصلحة العامة⁸، ورغم هذا الاختلاف إلا أن المرفق لصالح الجميع يعتبر مجالا خصبا لتطبيق تقنية تفويض المرفق العام بالنظر إلى تقارب الأهداف بين المفهومين في تحرير النشاط وإخضاعه للمنافسة لتحسين نوعية الخدمات.

الفرع الثاني: المرافق المستثناة من التفويض

لا توجد قائمة تحدد المرافق العامة القابلة للتفويض أو غير القابلة، وقد ساد الاعتقاد لدى أغلب الفقه أن المرافق الاقتصادية أنسب للتفويض وذلك لتضمينها استثمارات ضخمة⁹، إلا أنه لاحقا امتدت تقنية التفويض إلى أنواع أخرى من المرافق الإدارية والاجتماعية والثقافية، حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 07 أكتوبر 1986 أن الطابع الإداري للمرافق العامة لا يمنع الجماعة الإقليمية من تفويضها إلا بسبب طبيعة المرفق أو إرادة المشرع في تسييره من طرف الجماعة الإقليمية نفسها¹⁰.

اعتمد المشرع الجزائري مبدأ عام وهو قابلية كل المرافق للتفويض باستثناء المرافق التي يستثنىها المشرع وهو ما توضحه أحكام المادة 207: "... ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف"، ليضيف المرسوم التنفيذي رقم 18-199 استثناء آخر يتعلق بالمهام السيادية، ورغم بساطة هذا التحديد إلا أن الغموض يبقى يحيط بمسألة تحديد المقصود بالمهام السيادية غير القابلة للتفويض، فالمشرع اكتفى بذكر الاستثناء دون تحديد المقصود بالمهام السيادية¹¹.

يمكن القول أنها المرافق الدستورية المتعلقة بممارسة الوظائف السيادية للدولة فمن الطبيعي ألا تكون مجالا للتفويض¹²، إلا أن الإشكال يتعلق بتحديد هذه المرافق في

ظل غياب اجتهاد من المجلس الدستوري الجزائري، بالرجوع للمفهوم الفرنسي لهذا النوع من المرافق فإنه يحصرها في المرافق الوطنية فقط.

غير أنه لا يستبعد تكييف بعض المهام المحلية على أنها ذات قيمة دستورية سيادية وذلك انطلاقا من أحكام الدستور الجزائري وقانون كل من الولاية والبلدية، وكمثال على ذلك يؤكد الدستور على مسؤولية الدولة في الحفاظ على أمن الأشخاص والممتلكات¹³، والتي تعد من الصلاحيات التي يقوم بها الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا للدولة فهي من المهام السيادية التي لا يمكن تصور التفويض بشأنها، وتجيز هذه المهمة السيادية لهما امتيازات السلطة العمومية كتسخير القوات العمومية¹⁴، وقد حاولت التعليمات الصادرة عن وزارة الداخلية¹⁵ تحديد بعض هذه المهام على سبيل المثال وليس الحصر، كمهام الحالة المدنية، تحصيل الجباية المحلية، نظام الانتخابات وغيرها.

لا يتوقف غموض المعيار الموضوعي في تعريف تفويض المرفق العام على المرافق العامة ومدى قابليتها للتفويض، وإنما يمتد إلى صعوبة تحديد فكرة الاستغلال ذاتها.

المطلب الثاني: صعوبة تحديد مهمة المتعاقد بين الاستغلال ومجرد المساهمة

يتولى المفوض له استغلال المرفق العام وليس مجرد المساهمة في ذلك (الفرع الأول)، مما يقتضي البحث عن معايير لتمييز الاستغلال عن المساهمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اختلاف استغلال المرفق العام عن المساهمة

يستند موضوع تفويض المرفق العام على فكرة الاستغلال، فالمفوض له بمثابة مستثمر حقيقي في إدارة المرفق العام، فهو يتولى القيام بكل ما يلزم من منشآت واقتناء ممتلكات ضرورية لتنفيذ عملية الاستغلال، بخلاف الصفقة العمومية التي تتضمن تأمين اللوازم والخدمات وتنفيذ الأشغال لحساب الإدارة¹⁶.

إلا أن ذلك لا يستبعد تقاربا ماديا بينهما، فقد يحصل أن يكلف المتعاقد في الصفقة العمومية بتأدية خدمات ضرورية لسير المرفق العام، ويسمح ذلك بالقول أن مجرد تنفيذ مهام مرفقية لا يعني أن العقد هو تفويض مرفق عام بحيث يمكن أن تتضمن الصفقة العمومية هي الأخرى تنفيذ خدمات مرفقية على حد تعبير الأستاذ Marcou، ومع ذلك فالمتعامل المتعاقد في الصفقة من حيث الأصل ليس مسؤولا عن تنفيذ مهمة مرفقية، فلا حاجة لتعتبر الخدمة التي يؤديها مرفقا عموميا للقول بأن العقد هو صفقة عمومية¹⁷.

ومن ثم فإن المتعاقد في هذه الحالة مجرد مساهم ومعاون للإدارة في تسيير المرفق العام. بخلاف المفوض له الذي لا ينحصر دوره في مجرد التعاون وإنما يتولى مهمة استغلال المرفق العام على مسؤوليته وأعبائه¹⁸.

إن المساهمة أو المشاركة في تنفيذ المرفق العام تتشابه مع تفويض المرفق العام بكونها تشكل نوع من التعاون في إدارته، إلا أن التعاون في كلا الصورتين يختلف، وبالتالي فإن الإشكال المطروح يتعلق بكيفية التأكد من أن المتعاقد فعلا يتحمل مهمة مرفقية لنكون بصدد تفويض مرفق عام أم أنه مجرد مساهم في ذلك ليعتبر العقد في هذه الحالة صفقة عمومية؟.

الفرع الثاني: معايير التمييز بين الاستغلال والمساهمة في تسيير المرفق العام

بالنظر للالتباس الذي قد يحصل بين فكرة الاستغلال والمساهمة فيه¹⁹، فلا بد من معايير للتمييز بينهما، وفي ظل سكوت المشرع سواء في الجزائر أو فرنسا فقد اقترح الفقه الفرنسي مستندا على الاجتهادات القضائية جملة من المعايير، وأهمها

1. معيار تكرار الأداء: مفاده أن المفوض له يقوم بتقديم نفس الخدمات بصفة متكررة ودورية في حدود مدة العقد كالتزويد بالماء، أو خدمات التطهير، بخلاف الصفقة فلا تتضمن عنصر التكرار.

رغم ذلك يبقى هذا المعيار محدودا فقد تتضمن بعض الصفقات خدمات دورية ومتكررة كتزويد الإدارة بالماء أو الأنترنيت وغيرها، فهذه الخدمات لا يكون تسليمها نهائيا وإنما متكررا، حيث تستفيد الإدارة من الخدمة شأنها في ذلك شأن المرتفق، فتزود بصفة دورية ومتكررة بالكهرباء والماء²⁰.

2. معيار استقلالية المتعاقد: إن الاستقلالية هي العنصر الأساسي لتحديد مهمة المفوض له وتمييزها عن مجرد المشاركة في تأدية خدمات مرفقية لا تندرج ضمن مفهوم تفويض المرفق العام، وهي تعبر عن درجة من المسؤولية يعهد بها إلى المفوض له الذي يتولى استغلال المرفق العام على مسؤوليته. وهو ما تنص عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن المفوض له في عقد الامتياز يتولى استغلال المرفق العام على مسؤوليته.

إلا أن هذا المعيار يبقى نسبيا في تطبيقاته، حيث أن درجة الاستقلالية والمسؤولية التي يتمتع بها المفوض له تتفاوت من عقد لآخر من عقود التفويض تبعا لاختلاف مهمة المفوض له وحجم تمويله للمرفق العام، فإذا كانت استقلالية المتعاقد واضحة في كل

الامتياز والإيجار حيث يتولى استغلال المرفق لحسابه²¹، فإن هذه الاستقلالية تبدو ضعيفة في عقد الوكالة المحفزة والتسيير مادام المتعاقد يسير المرفق لحساب السلطة المفوضة والتي تمارس عليه رقابة كلية. وهو ما جعل الكثير من الفقهاء يعتبرون عقد التسيير خاصة صفقة عمومية.

3. معيار العلاقة المباشرة مع المرتفقين: إن مهمة المفوض له في تسيير المرفق العام تجعله في علاقة مباشرة ومستمرة مع المرتفقين طيلة مدة العقد فهم يطلبون منه الخدمة ويدفعون له الأتاوى مقابلها، بخلاف الصفقة العمومية فلا تتضمن القيام بخدمات لفائدة الأفراد، وإنما لفائدة الإدارة، فعلاقة المتعاقد بالمرتفقين إن وجدت فهي غير مباشرة.

رغم أهمية المعايير السابقة في إبراز خصوصية المهمة التي يضطلع بها المتعاقد في عقود تفويض المرفق العام إلا أنها تبقى نسبية، فهي ليست سوى مجرد مؤشرات، وأمام هذا التعقيد الذي يحيط بموضوع العقد ولا يسمح بتقديم تعريف دقيق له، فهل يمكن للمعيار المالي أن يقدم حلاً.

المبحث الثاني: ضعف معيار الأجر في تعريف تفويض المرفق العام

يضمن معيار الأجر وظيفة قانونية تسمح بتعريف تفويض المرفق العام وتمييزه عن الصفقة العمومية²²، فالأجر يرتبط باستغلال المرفق العام في عقد التفويض، بخلاف الصفقة العمومية حيث يحدد السعر مسبقاً في العقد ولا علاقة له بمردودية الاستغلال²³. غير أن هذا المعيار لا يخلو من التعقيد والذي يكمن في عدم وضوح الارتباط الأساسي بين الأجر والاستغلال (المطلب الأول)، وهل يمكن لنظرية المخاطر من توضيح هذا الغموض (المطلب الثاني)

المطلب الأول: غموض الارتباط الأساسي بين الأجر والاستغلال

يرتكز أجر المفوض له في عقود تفويض المرفق العام على استغلال المرفق أي عدم وجود استقلالية بين العائدات والاستثمار فالأولى تتوقف على الثانية بمعنى أن الأجر ليس سوى نتيجة للاستثمار والاستغلال، وقد أكد المشرع على هذا الارتباط في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أما أحكام المرسوم التنفيذي لم تشر إليه في تعريفها لعقد التفويض، وإن كانت التعليلة الصادرة عن وزارة الداخلية قد أكدت على أهمية عنصر الأجر وارتباطه

بالاستغلال. ولكن الارتباط قد يبدو مربكا في حال تعدد مصادر الأجر (الفرع الأول) خاصة في ظل غياب نسبة ثابتة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعدد مصادر الأجر

ربط الفقه والاجتهاد القضائي لفترة طويلة عقود تفويض المرفق العام بالأتاوى والتعريفات المحصلة من المنتفعين فهذه الصورة من العائدات تعتبر الشكل الأكثر تقليديا وشيوعا في تحديد أجر المفوض له في مقابل الخدمة التي يقدمها لهم²⁴.

لم يعرف المشرع الجزائري الأتاوى²⁵ ولكنه ذهب إلى إحداث تفرقة بينها وبين التعريفات، فالأتاوى يتولى المفوض له تحصيلها لحسابه حيث تنص المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في فقرتها الرابعة: "... ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام"، بينما التعريفات يحصلها المفوض له لحساب السلطة المفوضة، وتتخذ العائدات شكل التعريفات إذا كان تفويض المرفق العام في صورة الوكالة المحفزة وعقد التسيير، بينما تتخذ شكل الأتاوى في عقد الامتياز والإيجار.

إلا أن أجر المفوض له قد لا يقتصر فقط على الأتاوى والتعريفات المحصلة من المرتفقين بل يمكن أن يكون ثمنا تدفعه له السلطة المفوضة ولكن يجب أن يكون على صلة بتشغيل واستغلال المرفق العام. وفي هذا الصدد يعتبر الأستاذ Délvolvé يرى بأن تحصيل التعريفات مؤشر على وجود امتياز المرفق العام ولكن ليس بالضرورة أن يكون محصورا بهذه التعريفات، وبالتالي لم يعد الاعتبار في مصدر الأجر وإنما أصبح في الأساس الذي يقوم عليه أي في مدى ارتباطه باستغلال المرفق العام بغض النظر عن مصدره²⁶.

أقر المشرع الجزائري بإمكانية أن يدفع أجر المفوض له من السلطة المفوضة في كل من عقد الوكالة المحفزة وعقد التسيير في شكل سعر جزافي يحدد مسبقا. فهذه العقود أكثر قربا للصفقات العمومية من تفويض المرفق العام. إلا أنه مع ذلك لا يمكن اعتبار المقابل المالي المدفوع من الإدارة بأنه ثمن مادام مرتبطا بنوعية التسيير ويتحدد على ضوءها²⁷.

يمكن أن يتأتى الأجر من مصادر أخرى كعائدات الإعانات والإشهار أو الرسوم. ومثال ذلك عقد التفويض الذي يكون موضوعه جمع النفايات المنزلية ومعالجتها فالمتعاقد يتحصل على عائدات متنوعة كرسوم رفع النفايات أو عائدات ناتجة عن بيع الطاقة المنتجة لمعمل معالجة النفايات²⁸.

إن الطابع التركيبي لأجر المفوض له (تعريفات محصلة من المرتفقين، سعر مدفوع من الإدارة، عائدات الإشهار...) يخلق صعوبة في تحديد الارتباط بين الاستغلال والأجر،

ويرى بعض الفقه أن هذا الطابع التركيبي للأجر ينقسم إلى جزئين، بحيث تشكل الأتاوى الأجر الأساسي للمفوض له، أما العائدات الأخرى فهي تعتبر أجر تكميلي ورغم ذلك فإن هذا الطرح لم يحل إشكالية الارتباط خاصة في ظل غياب نسبة ثابتة.

الفرع الثاني: غياب نسبة ثابتة

اعتمد المشرع في تعريفه لعقد تفويض المرفق العام على ارتباط أجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام غير أن تحديد هذا الارتباط لا يبدو بهذه السهولة فلا توجد نسبة محددة وثابتة، خاصة في ظل تنوع مصادر المقابل المالي مما يطرح إشكالية الحدود الفاصلة بين ما يعتبر مرتبطا باستغلال المرفق وبين ما يستبعد، لاسيما في الحالة التي تدفع الإدارة جزء من هذا الأجر فهل يجب أن يظل الجزء الذي تدفعه الإدارة أقل من نصف المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد من المرتفقين لاعتبار العقد تفويض مرفق عام؟ أم يمكن أن يقل عنه؟ الأمر الذي يؤدي إلى غموض عبارة "بصفة أساسية" فهل تعني الأغلبية

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي فإنه لم يخلص إلى تحديد نسبة ثابتة، وعلى سبيل المثال في قضية SMITOM اعتبر القاضي أن المقابل المالي مرتبط بصفة أساسية باستغلال المرفق العام بالرغم من أن المقابل المتغير الذي يدفعه المرتفقون (30%) أقل من الجزء الثابت المدفوع من الإدارة شكل 70 %. فإن هذا المعدل ليس ثابتاً بشكل نهائي انخفضت هذه النسبة في قضايا أخرى إلى 20% وحتى 10 %.

لم يعد من الضروري لاعتبار المقابل المالي مرتبط بصفة أساسية باستغلال المرفق العام أن يكون مصدره أو القسم الأكبر منه متأتيا من المرتفقين فعبارة "بصفة أساسية" لا تعني الأغلبية وهو ما يعني أن الطابع الجوهري للعائدات يبقى يلفه الغموض وأن الاجتهاد القضائي لم يفض إلى إزالة هذا الغموض.

إن تدخل الإدارة في تحمل جزء أو مجمل سعر الخدمة يخلق لبسا حقيقيا في العلاقة بين الأجر والاستغلال وفي صحة تكييف العقد على أنه تفويض مرفق عام وليس صفقة عمومية، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ Laurent Richer أنه من غير المنطقي الاعتماد على عنصر متغير في تحديد تعريف قانوني لعقد عام.

المطلب الثاني: تفسير الارتباط بين الأجر والاستغلال من خلال المخاطر

يبدو أن الارتباط الأساسي بين الأجر والاستغلال يتم تفسيره من خلال وجود خطر يتحمله اقتصادي المفوض له (الفرع الأول)، فالأجر سيكون بمثابة مؤشر لنقل المخاطر التي ينطوي عليها العقد المعني من السلطة المفوضة إلى المفوض له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف خطر الاستغلال

يقصد بخطر الاستغلال الخطر الاقتصادي الذي تنطوي عليه عملية استغلال المرفق العام، فالخطر بالنسبة للمفوض له يكمن في مرونة وتقلب المقابل المالي بمعنى أن تغير الأجر يدل على خطر في كسب المال أو خسارته²⁹. وإن كان بعض الفقه يتوسع في تحديده لفكرة المخاطر إلى المخاطر التقنية وليس فقط المالية³⁰، إلا أن الرأي الراجح أن المخاطر في عقد تفويض المرفق العام تبقى من طبيعة مالية. وهو ما يؤكد الاجتهاد القضائي الفرنسي في قضية "SMITOM" في أن أجر المتعاقد يتوقف على قدرته في البحث عن بلديات أخرى تقوم فيها النقابة بمعالجة النفايات.³¹

يستخلص ذلك في موقف المشرع الجزائري هو الآخر، وإن لم قدم تعريف للخطر لأنه لم يعتبره عنصرا معرّفا لهذه العقود إلا أنه اعتبره كمعيار في تحديد شكل التفويض والذي يتوقف على نسبة التمويل التي يشارك بها المتعاقد³² أي الأموال التي يوظفها في عملية الاستغلال (طابع مالي). ويميز المشرع الجزائري بين صنفين من المخاطر:

- مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال.
 - مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بها.
- إلا أنه في كلا الحالتين لا يخرج عن فكرة الطابع المالي للمخاطر (الإيرادات، الأعباء). وبالتالي فالمخاطر تشمل الأعباء الاستثمارية (أعباء الاستغلال) التي يتحملها المتعاقد والذي يوظف أمواله في عملية الاستغلال من بناء منشآت واقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق وغيرها، كما تشمل كذلك مخاطر الإيرادات بمعنى ضعف مردودية الاستغلال وعدم انطوائها على ربح محقق، وبالتالي فإن عملية استغلال المرفق العام قد تؤدي إلى ربح المفوض له أو خسارته.
- ويستتبع ذلك أن هذه المخاطر تكون متوقعة بالنسبة للمفوض له، وهو ما يظهر في استخدام المشرع لعبارة "قد تعترض المفوض له مخاطر..."، فالخطر إذن متوقع في عملية الاستغلال.

كما أن هذه المخاطر غير مضمونة في ظل الظروف العادية للاستغلال، أو إهلاك الاستثمارات أو التكاليف المتكبدة. ما دام المشرع يشير إلى مخاطر إيرادات الاستغلال. الغريب في الأمر أن المشرع يشير إلى فكرة المخاطر في كل من شكل الإيجار والوكالة المحفزة دون الامتياز، في حين أن هذا الأخير هو أكثر أشكال تفويض المرفق العام انطواء على المخاطر بالنظر لحجم التمويل الذي يتحمله المفوض له. إن التأكيد على فكرة المخاطر المالية التي يتحملها المفوض له في عقود تفويض المرفق العام تجعل من هذه الأخيرة وجها من أوجه الاستثمار، مما يقتضي توضيح العلاقة بين الأجر والمخاطر. وهل يمكن لهذه الأخيرة أن تكون فاصلا في توضيح غموض الارتباط بين الأجر والاستغلال.

الفرع الثاني: العلاقة بين الأجر والمخاطر

إن الارتباط الأساسي بين الأجر والاستغلال يتم تفسيره من خلال وجود خطر اقتصادي. فالقول بأن الأجر يتوقف على نتائج الاستغلال فهذه قرينة على أن المتعاقد يتحمل جانبا من مخاطر الاستغلال. وهي معيار لتمييز تفويض المرفق العام عن الصفقات العمومية، فإذا شكل الأجر الذي يحصل عليه المتعاقد ثمنا للخدمات المؤداة دون تحمله لمخاطر مالية فإن العقد يعتبر صفقة عمومية وليس تفويض مرفق عام.³³ هذا هو التحليل الذي أوضحه مفوض الحكومة Bergeal في استنتاجاته على حكم "SMITOM" أن الطابع الجوهرى لا يتحدد من تحليل كمي ولكن بالاعتبار إلى المخاطر.³⁴ ويوضح الاجتهاد القضائي الفرنسي ذلك مرة أخرى في قضية commune de Guilherand-Granges، حيث أبرم عقد تفويض بين البلدية وشركة للمياه كلفت هذه الأخيرة بموجبه بتوزيع المياه على أن أجرها يتكون من جزء ثابت يقدر بنسبة 20 % تدفعه البلدية. وجزء متغير بحسب كمية الاستهلاك يشكل 80 % يدفعه المستفيدون من خدمات المرفق، إلا أن مجلس الدولة رفض اعتبار هذا العقد تفويض مرفق عام بالرغم من أن القسم الأكبر من العائدات يحصل من المرتفقين، واعتبر القاضي أن العقد صفقة عمومية لأن المتعاقد لا يتحمل مخاطر الاستغلال.³⁵ واعتبر مفوض الحكومة في تعليقه على هذه القضية أنه إذا كان الثمن مدفوعا بالكامل من قبل الإدارة المتعاقدة، وإذا لم يكن هناك من خطر على عاتق المتعاقد يتصل باستغلال المرفق فإن العقد لا يشكل تفويض مرفق عام.

يترتب على ذلك أن أجر المفوض له يتوقف على قدراته في استغلال أفضل للمرفق العام، ونعبر عن ذلك بأنه يتولى الاستغلال على نفقته وأعبائه. وهو ما توضحه المادة 50 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 في أن مستوى الخطر يتحدد وفقا لنسبة مشاركة المفوض له في تمويل المرفق العام.

غير أن المخاطر ليست دائما لازمة لقيام تفويض المرفق العام، فخطر الاستغلال ليس معيارا محددا لعقد التفويض، ولا يمكن تصور تماثل المخاطر مع ارتباط الأجر بالاستغلال وهذا ما يسمح بتوسيع طائفة عقود تفويض المرفق العام من خلال إدخال أصناف من العقود لا يتحمل فيها المتعاقد أية مخاطر وهو ما نراه في عقد التسيير. الذي يعتبر من عقود التفويض بالرغم من أن المتعاقد لا يتحمل أية مخاطر، بل تعوضه السلطة المفوضة بأجر جزافي في حالة العجز³⁶.

كما أن هذه المخاطر قد تكون جزئية ومحدودة يصعب تحديدها، وهو ما يظهر في عقد الوكالة المحفزة التي اعتبرها المشرع تفويض مرفق عام بالرغم من أن المتعاقد لا يتحمل مخاطر مالية حقيقية مادام يتمتع بأجر كحد أدنى مضمون.

يتضح أن الاعتماد على عنصر المخاطر في توضيح الارتباط بين الأجر والاستغلال لا يتحقق دائما، فقد يتحقق في بعض عقود التفويض وليس كلها، إلا أن ذلك لا يعني عدم أهمية العلاقة بين الأجر والمخاطر، فمادامت فكرة الاستغلال تفيد الدخول في استثمار فإن تحمل المتعاقد للمخاطر يبقى قائما. فلا يمكن تصور وجود استثمار من دون مخاطر وأعباء مالية³⁷.

من جهة أخرى فإن فكرة المخاطر ليست غائبة عن عقود الصفقات العمومية، فلا يمكن استبعادها بالكامل، ومثال ذلك الصفقات بأسعار ثابتة التي لا تتضمن صيغا لمراجعة الأسعار³⁸، حيث نجد السعر محدد في الصفقة فإن المتعاقد لا يمكنه الزيادة في إيراداته، وبالتالي يتحمل التكاليف في مقابل ثبات الإيرادات أي خطر الإيرادات،

وبالتالي فإن فكرة المخاطر الاقتصادية تتواجد في عقود الطلبات العمومية سواء أكانت عقود تفويض مرفق عام أو صفقة عمومية وحتى عقود الشراكة وهذا بالنظر إلى الطابع الاقتصادي لهذه العقود، إلا أنها تطرح بحدة في عقد التفويض نظرا لخاصية المردودية والاستثمار الذي تقوم عليه عملية استغلال المرفق العام.

ليبقى مؤشر المخاطر الاقتصادية من خلال شرط الأجر المرتبط بالاستغلال، مؤشر ضعيف للغاية. يتضح مرة أخرى عدم الاستقرار في تعريف تفويض المرفق العام وعدم فعالية معيار المخاطر ليتم إعادة تكييف العقد إلى صفقة عمومية .

الخاتمة:

يعبر تفويض المرفق العام عن مفهوم وظيفي يسمح بتوحيد كافة العقود الإدارية المتعلقة بتسيير المرافق العامة وإخضاعها لنظام قانوني موحد، وذلك من خلال اعتماد المشرع في تعريفه لهذه الطائفة من العقود على عناصر مادية تتمثل في موضوع العقد والمتعلق باستغلال المرفق العام وعنصر الأجر المرتبط جوهريا بالاستغلال، ويسمح هذا المفهوم الوظيفي يسمح مبدئيا بتمييز تفويض المرفق العام عن العقود الإدارية الأخرى وفي مقدمتها الصفقات العمومية.

بالرغم من إسهام المعيارين الموضوعي و المالي والتكامل بينهما في تعريف هذه الطائفة من العقود مقارنة بالصفقات العمومية، إلا أنه يبقى دور هذه العناصر محدودا فهي ليست على درجة كافية من الوضوح والدقة لأنها تحمل في مضمونها العديد من التعقيدات. وبالنتيجة فإن التساؤلات التي تطرح اليوم تخص حدود هذا المفهوم والتي تبدو حدودا رهيفة، بداية فإن عدم الدقة تترك تصنيف هذه العقود، حيث يلاحظ أن تحديد المشرع لأشكال عقود تفويض المرفق العام لا يبدو متماسكا فبعض أشكال العقود يصعب القول بأنها تفويض مرفق عام فهي أقرب إلى الصفقات العمومية كعقد التسيير.

من جهة أخرى، تؤدي هذه العناصر المادية (الاستغلال والأجر) إلى مرونة مفهوم تفويض المرفق العام ومن تم مرونة تصنيف هذه العقود وصعوبة حصر العقود التي تدخل ضمن هذه الطائفة وتلك التي تستبعد منها ، فكل عقد تتوافر فيه الأسس التي يقوم عليها المفهوم يعتبر تفويض مرفق عام، وبالتالي ما يزال حصر أنواع عقود تفويض المرفق العام مسألة غير حاسمة إذ ما تزال الكثير من العقود موضوع نقاش حول طبيعتها. وبالتالي فإن الحدود الفاصلة بين تفويض المرفق العام والصفقات العمومية تعرف ارباكا حقيقيا قد يكشفه المستقبل في تطبيق هذه التقنية مما يستلزم إعادة النظر في هذه العناصر وتوضيحها بالقدر الكافي لضمان قدر من الاستقرار.

الهوامش:

¹ المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر 50 صادرة في 20 سبتمبر 2015.

² المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 2 غشت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر 48 صادرة في 5 غشت 2018.

³ ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق قسم القانون العام، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص 27.

⁴ CORAIL, Jean louis, *l'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites*, AJDA, 1997, p 20.

⁵ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق.

⁶ تختلف الترجمة الصحيحة لاصطلاح service universel إلى العربية حيث يتم استخدام عدة مصطلحات للدلالة عليه من بينها المرفق لصالح الجميع، الخدمة العامة، الخدمة الشاملة

⁷ عرف المشرع الخدمة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية بأنها: "جعل تحت تصرف الجميع القدر الأدنى من الخدمة تتمثل في خدمة هاتفية ذات نوعية خاصة، وكذا بث وارسال المكالمات المستعجلة وتقديم خدمات استعلامية وكذا دليل هاتفي للمشاركين، في شكل مطبوع أو إلكتروني وتزويد كامل التراب الوطني بالغرف الهاتفية المركبة على الاملاك العمومية، وهذا في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والعمومية والقابلية للتكيف". المادة 8 فقرة 18 من القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 غشت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر 48، صادرة في 06 غشت 2000.

⁸ قنات نهاد، المفهوم الأوروبي للخدمة العامة وتأثيره على المرفق العمومي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، 2012-2013، ص 35-36.

⁹ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحول الجديد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2007-2008، ص 94.

¹⁰ BOITEAU, Claudie, *les conventions de délégation de service public*, 2^{ème} édition, imprimerie nationale, paris, 2007, p 50.

¹¹ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق.

¹² برز هذا المصطلح لأول مرة في قرار المجلس الدستوري الفرنسي لعام 1986 واعتبرها بأنها "المرافق التي تستمد ضرورة وجودها وقيمتها من المبادئ والقواعد الدستورية، وتنقسم هذه المرافق إلى مرافق سيادية وأخرى غير سيادية.

¹³ المادة 26 من الدستور.

¹⁴ المادة 93/2 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية، ج ر 37.

¹⁵ التعليم رقم 06 المؤرخة في 09 جوان 2019 تتضمن تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

¹⁶ المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

¹⁷ AUBY, Jean-François, *la gestion des satellites locaux*, Berger- Levrault, paris, 2000, p 100.

¹⁸ جابر وليد حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 294.

¹⁹ RICHER, Laurent, *remarques sur les entreprises privées de service public*, AJDA, mars 1996, p103.

²⁰ المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

²¹ تنص المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 في فقرتها الثانية: "يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة"، وهو ما يفيد باستقلالية معتبرة للمتعاقد.

²² BRACONNIER, Stéphane, *droit des services publics, presses universitaires de France, paris, 2003, p431.*

²³ ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، المرجع السابق، ص 95.

²⁴ CAPITANT, David, *Le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public?*, *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 43, février 2009, p 40.

²⁵ عرفتھا التعلیمية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرھا، صادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، 1994: "بأنھا عوض يؤديه المنتفعون مقابل ما يتحملة الملتزم من نفقات مخصصة لإنشاء وإدارة المرفق العام"، ص 4.

²⁶ جابر وليد حيدر، المرجع السابق، ص 106.

²⁷ CHENUAUD-FRAZIER, Carole, *la notion de délégation de service public*, *RDP*, n°1, 1995, p185.

²⁸ عبد اللطيف محمد، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 72.

²⁹ KALFLECHE, Grégory, *des marchés publics à la commande public : l'évolution du droit des marchés publics, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004, p 424.*

³⁰ جابر وليد حيدر، المرجع السابق، ص 110.

³¹ KALFLECHE, Grégory, *op cit*, p 424.

³² المادة 50 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق.

³³ القطب مروان محي الدين، طرق خصخصة المرافق العامة-الامتياز، شركات الاقتصاد المختلط، تفويض المرفق العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 451.

³⁴ KALFLECHE, Grégory, *op cit*, p 424.

³⁵ BRACONNIER, Stéphane, *op.cit*, p431.

³⁶ المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المرجع السابق.

³⁷ جابر وليد حيدر، المرجع السابق، ص 114.

³⁸ المادة 101 فقرة أخيرة من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.