

مبدأ الثبات التشريعي كضمانة من ضمانات الاستثمار في الجزائر

The principle of stability as guarantee of investment guarantees in Algeria

ط.د. دعاس حميدة، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، الجزائر.

ط.د. بوقطوشة وردة، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2018/04/14 - تاريخ المراجعة: 2018/05/13

ملخص:

مبدأ الثبات التشريعي هو من أهم الضمانات القانونية، تم تكريسه من أجل تشجيع الاستثمار وحماية المشاريع الاستثمارية، وذلك من خلال التزام الدولة بعدم تطبيق القوانين الجديدة على المشاريع التي أنجزت في ظل القانون القديم، إلا في حالة طلب المستثمر ذلك صراحة وبما يخدم مصالحه.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار، ضمانات الاستثمار، مبدأ الثبات التشريعي.

Abstract

Legislative stability is one the most important legal guarantees provided by the government to encourage and protect foreign investment. The government does not apply new investment laws on the already realized projects only if requested by the investor when these laws seem to serve his/her own interests.

Key words:

investment, investment guarantees, principle of stability legislative.

مقدمة:

تسعى الدولة جاهدة لجذب الاستثمارات الأجنبية، و لذلك فهي تمنح المستثمرين العديد من الضمانات والحوافز التي تكفل الحماية الكافية للمستثمر في عقود الاستثمار داخل الدولة المضيفة، ومن أهم هذه الضمانات مبدأ أو شرط الثبات التشريعي، أو ما يسمى بشرط الاستقرار التشريعي في الاستثمار، وهذا ما يحقق للمستثمر اطمئنانا على مشروعه الاستثماري، ونظرا لما تملكه الدولة من سلطة وسيادة تمنحها حق تعديل أو إلغاء قوانينها بما يتماشى وظروفها السياسية والاقتصادية، وهذا ما يجعل المستثمر متخوفا من استثمار أمواله في الدولة المضيفة، وعليه ومن أجل استقرار المستثمرين واستثماراتهم، تم تكريس مبدأ الثبات التشريعي بموجب نصوص قانونية واتفاقيات دولية، ومقتضاه أنه للأطراف سلطة تجميد القانون، وذلك بإدراج شرط أو بند في العقد يقضي بتطبيق القانون الذي كان ساريا وقت إبرام العقد، واستبعاد كل التعديلات أو التغييرات التي قد تطرأ عليه لاحقا، وهذا ما يمنح للمستثمر الأجنبي ضمانا كافيا لحمايته داخل الدولة المضيفة.

من خلال ما تقدم تطرح الإشكالية التالية: ما مدى التزام الدولة بشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار في الجزائر؟.

وبناء على ذلك ارتأينا دراسة الموضوع وفقا للخطوة التالية: مفهوم مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار (أولا)، الاستثناءات الواردة

على مبدأ الثبات التشريعي (ثانيا)، المسؤولية الناتجة عن الإخلال بمبدأ الثبات التشريعي (ثالثا).

أولا: مفهوم شرط الثبات التشريعي في الاستثمار.

لمعرفة مضمون شرط الثبات التشريعي في الاستثمار كان لابد علينا التطرق إلى تحديد معنى هذا الشرط وتحديد أنواعه ومن ثم بيان موقف المشرع الجزائري منه.

1- تعريف شرط الثبات التشريعي في الاستثمار.

إن الهدف من شرط الثبات التشريعي هو تحميد دور الدولة كسلطة تشريعية وكطرف في العقد، حيث تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تعديل أو تغيير القانون الواجب التطبيق على العقد، تجنباً لإلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي.

وقد تعددت التعريفات لشرط الثبات التشريعي، نذكر منها ما يلي:

يعرف شرط الثبات التشريعي بأنه: "ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية".¹

كما يعرفه البعض² بأنه: "تلك الشروط التي تهدف إلى تحميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد، وفي الوقت نفسه بمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامها، إذ تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترب عليه الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها". ويعرف كذلك³ بأنه: "أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع، من ناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد عبر تحميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية، ولكن لا يجردها منها".

ومن ثم فإن هذا المبدأ قد استمد من تجربة المؤسسات العمومية في مجال العقود الدولية، بهدف التقليل من صلاحيات الدولة في مجال التشريع المتعلق بالاستثمارات، بحيث لا يسري على العقد إلا القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد مع استبعاد التعديلات اللاحقة له.⁴

إذن يهدف مبدأ الثبات إلى تطبيق القانون الأصلح للمستثمر⁵، ويستمد حق الأطراف في تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان من قاعدة القانون الدولي الخاص، حيث منحت هذه الأخيرة للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم، واختيار الأفراد للقانون بأنفسهم يحقق لهم الأمن والحماية القانونية، ويجنبهم عدم الاستقرار التشريعي.⁶

2- أنواع شرط الثبات التشريعي.

كما تقدم فإن شرط الثبات التشريعي في الاستثمار يعتبر من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، والذي يمكن للأطراف تضمينه كبنء في العقد بهدف تحميد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

ويمكن تقسيم هذا الشرط إلى نوعين: شرط اتفاقي أو تعاقدى، وشرط تشريعي.

أ- شرط الثبات التعاقدى أو الاتفاقي.

¹ غسان عبید محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، عدد 2، 2009، ص172.

² بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، 2005، ص293.

³ حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص322.

⁴ إدريس مهنان، تطور نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص101.

⁵ عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار (الأنشطة العادية وقطاع المحروقات)، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص602.

⁶ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص322-323.

شرط الثبات الاتفاقي أو التعاقدي هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه كل من الدولة والمستثمر الأجنبي المتعاقد معها عند إبرام عقد الاستثمار، ومقتضاه أن القانون الواجب التطبيق عند إثارة النزاع هو القانون المتفق عليه وقت إبرام العقد محل النزاع، واستبعاد أي تعديل أو تغيير في هذا العقد.¹

وعليه بموجب هذا الشرط لا يمكن للدولة التهرب منه، إلا بعد نهاية مدة العقد، إذا لم توفى بالتزاماتها ترتب على ذلك قيام مسؤوليتها، كما أن هذا الشرط يلزم المستثمر الأجنبي حتى ولو كان القانون الجديد الأصح له، ومن ثم فهذا الشرط ملزم لكلا الطرفين.²

ب- شرط الثبات التشريعي.

شرط الثبات التشريعي عبارة عن نصوص تشريعية ترد في صلب قانون الدولة الوطني، التي ستدخل طرفا في عقد أو اتفاق دولي مع شخص خاص أجنبي، بمقتضاه تتعهد الدولة بعدم تعديل أو تغيير قانونها أو إلغاء قانونها المنظم للعلاقة التعاقدية بينها وبين المستثمر، وهذه الشروط تضعها الدولة التي ستستضيف المشروع الاستثماري كطرف في العقد أو اتفاق دولي مع شخص أجنبي بمقتضاه تتعهد الدولة في مواجهة هذا الأخير - المستثمر - بعدم تعديل القانون الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي. واستبعاد تطبيق القانون الجديد.³

ومادام أن الدولة تملك سلطة إصدار التشريعات المتعلقة بالاستثمار أو تعديلها أو إلغائها، بما قد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، ومادام للدولة مزايا سيادية تستطيع بموجبها تعديل العقد أو إلغائها بإرادتها المنفردة، فإنه من الطبيعي أن تلجأ الشركات المستثمرة إلى حماية استثمارها عن طريق وضع شرط على الدولة المضيفة ينص على الثبات التشريعي بالنسبة للقوانين المتعلقة بالاستثمار للحد من سلطة الدولة التشريعية في تعديل العقد أو إلغائه وعدم المساس به بالإرادة المنفردة.⁴

ويعطي هذا الشرط حماية كبيرة للطرف الأجنبي ضد أي تعديل أو إلغاء للقانون الذي يحكم الاستثمار، ومادام أن للدولة سلطة الانفراد بتعديل القانون في أي وقت، فإن القانون قد تدارك ذلك في المادة 29 من الأمر 03/01⁵ المتعلق بتطوير الاستثمار التي نصت على أنه: "يحتفظ بالحقوق التي يكتسبها المستثمرون فيما يخص المزايا التي يستفيدون منها بموجب التشريعات التي تؤسس تدابير لتشجيع الاستثمارات وتبقى هذه المزايا سارية إلى غاية انتهاء المدة وبالشروط التي منحت على أساسها".

طبقا لهذه المادة فإنه إذا تم تعديل أو إلغاء القانون تبقى الاستثمارات التي أنجزت قبل ذلك خاضعة للقانون القديم، وإذا كانت للمستثمر مصلحة في تطبيق القانون الجديد فيطبق بذلك القانون الأصح له، وهذا ما ورد في نص المادة 22 من القانون 09/16⁶ المتعلق بالاستثمار بنصها على ما يلي: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

3- موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي.

¹ شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار (دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2009، ص 94.

² شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 30.

³ شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 38. غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 127.

⁴ عبد الرسول عبد الرضا وخير الدين كاظم عبيد، تأثير الصفة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون، جامعة بابل، السنة الأولى، العدد الأول، 2009، ص 135.

⁵ أمر رقم 03/01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج. ر عدد 47، صادر في 22 أوت 2001 معدل ومتمم.

⁶ القانون 09/16 مؤرخ في 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر عدد 46.

يعد شرط الثبات التشريعي من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، وقد أورده المشرع الجزائري طبقا للمادة 15 من الأمر 01/03 السابق ذكره والتي جاء في نصها ما يلي: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

وقد أكد المشرع على هذا الشرط في القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في مادته 22 التي نصت على ما يلي: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

طبقا لهذه المادة فإن المبدأ هو تكريس شرط الاستقرار أو الثبات التشريعي، وبذلك ينبغي على الدولة احترام هذا المبدأ وعدم إدخال أي تغييرات أو تعديلات على الاستثمارات المنجزة سابقا، إلا إذا تم طلب ذلك من المستثمر نفسه، وبذلك يعتبر هذا المبدأ بمثابة بند يدرج في العقد يكفل حماية للمستثمر الأجنبي، تلتزم به الدولة، ومن ثم يعد عاملا لجذب الاستثمارات.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على شرط الثبات التشريعي

طبقا لنص المادة 22 من القانون 09/16 فإنه: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

يفهم من هذه المادة أنه لا يمكن إدخال أي تعديل أو تغيير على الاستثمارات المنجزة في ظل القانون القديم، وتطبيق القانون الجديد إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة، وذلك بناء على طلب يقدم للوكالة الوطنية لدعم الاستثمار، فقد يرى المستثمر أن القانون الجديد هو القانون الأصح والأنسب له، إذا كان يقدم امتيازات أفضل من القانون القديم.

ومن ثم يبدو أن هناك نوع من الاستقرار التشريعي في الاستثمار، وهذا ما يعطي نفعا للمستثمر في الدولة المضيفة باعتباره حافز ضمان يمنحه الحماية الكافية من التغيرات التي قد تطرأ على التشريع. لكن ما قد يعاب على مبدأ استقرار القانون أنه يعد تدخل أو تقليص في سيادة الدولة، ويحد من سلطاتها التشريعية، وحسب بعض فقهاء القانون فإن هذا المبدأ لا يطرح إشكالا بشأن سيادة الدولة، لأن هذه الأخيرة تبقى محتفظة بكامل صلاحياتها التشريعية في إصدار القوانين وتعديلها وإلغائها، باستثناء الاستثمارات التي تم إنشاؤها في ظل قانون ما، حيث يبقى هذا القانون ساري المفعول عليها كاستثناء على مبدأ التطبيق الفوري للقوانين في حدود هذه الاستثمارات، وهذا يعد تنازلا من الدولة عن جزء من سيادتها بهدف جذب المستثمر الأجنبي¹، وتتمحور هذه الاستثناءات في حق الشفعة و الرسم على الأرباح الاستثنائية.

1- حق الشفعة.

تم تكريس حق الشفعة طبقا لقانون المالية التكميلي لسنة 2009، حيث تتمتع الدولة وكل المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة عن كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب، ويمارس حق الشفعة طبقا لأحكام قانون التسجيل، حسب المادة 62 من الأمر 01-09 المتعلق بالتسجيل، وهذا الأخير أصبح يحد من حرية التنازل التي تضمنها قانون الاستثمار لسنة 2001، حيث تنص المادة 30 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار على أنه: "يمكن أن تكون الاستثمارات التي تستفيد من مزايا المنصوص عليها في هذا الأمر موضوع نقل للملكية أو تنازل، يلتزم المالك الجديد لدى الوكالة بالوفاء بكل الالتزامات التي تعهد بها المستثمر الأول والتي سمحت بمنح تلك المزايا، وإلا ألغيت تلك المزايا".

¹ لعماري وليد، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 19.

وقد تم تكريس حق الشفعة وتقنينه في قانون المالية التكميلي 2009 بعد التصرف الذي قامت به شركة أوراسكوم تيليكوم، حيث لم تكن الجزائر تنص على أي شرط لهذا التنازل، مما أدى إلى إثارة أزمة بين السلطات الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم الحاصلة على رخصة تسويق خدمات الهاتف النقال في الجزائر باسم شركة جيزي، عندما أرادت هذه الشركة التنازل عن أسهمها لفائدة متعامل أجنبي والانسحاب من السوق الجزائرية، إذ قررت الحكومة منع الشركة من بيع أسهمها إلى شركاء أجنبية، وهنا أفاد بيان وزير المالية أن التشريع الساري يمنح للدولة الجزائرية حق الشفعة والأولوية في شراء كل الأسهم والتنازلات التي تقوم بها الشركات الأجنبية العاملة في الجزائر، ومن ثم وقّف مفاوضات البيع مع أي طرف أجنبي لأنها في نظرها تعد خطوة غير قانونية¹.

وفي المقابل اعتبرت شركة أوراسكوم تيليكوم موقف الجزائر تعسفيا وغير قانوني لتمسكها بحق الشفعة، باعتباره حق يمس بمبدأ استقرار التشريع وهذا يعتبر تناقضا مع ما تعهدت به في قوانينها السابقة واتفاقياتها الدولية، على أساس أن العقد المبرم بينهما يوفر للشركة الطرف في النزاع الاستقرار القانوني على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد².

وفي الأخير وقع الصندوق الوطني للاستثمار بباريس على عقد شراء أسهم بنسبة 51 بالمئة من رأس مال شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر بقيمة 2.66 مليار دولار. وقد تم تعديل نص المادة 62 بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2010 بموجب المادة 46 حيث تتمتع الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب. ويخضع كل تنازل تحت طائلة البطلان إلى تقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة المسلمة من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة.

وطبقا لقانون المالية لسنة 2014، فقد نصت المادة 357³ منه على أنه تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة وتسلم شهادة التخلي للموثق المكلف بتحرير عقد التنازل في أجل أقصاه ثلاث سنوات بعدما كانت في أجل أقصاه شهر ابتداء من تاريخ إيداع الطلب، وعليه زاد المشرع في المدة.

بالنسبة للقانون الجديد المتعلق بترقية الاستثمار، فقد أكدت وزارة الصناعة والمناجم بأن قانون الشفعة تم الإبقاء عليه وتم تعزيزه في هذا القانون، كما أكدت الوزارة على أن حق الشفعة في القانون الجديد لم يخضع لأي تغيير بينما تم تكييفه مع ما يتم في جميع بلدان العالم، وأشارت إلى أن حق الشفعة خضع لإدماج جزئي في قانون الإجراءات الجبائية من أجل معالجة التقييم المنخفض لقيمة الأسهم والحصص الاجتماعية التي هي غائبة حتى الآن من الأحكام التي تعالج هذه الظاهرة⁴.

2- الرسم على الأرباح الاستثنائية.

أبرز مثال على هذا الاستثناء النزاع الذي قام بين الدولة الجزائرية واندراكو وميرسك في سنة 2006، عندما أقرت الدولة الجزائرية رسم على الأرباح الاستثنائية عندما يفوق سعر النفط 30 دولار للبرميل يسري بأثر رجعي بموجب قانون المحروقات سنة 2006¹، حيث نصت المادة 101 مكرر منه على أنه: "يطبق رسم غير قابل للحسم على الأرباح الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الناتج الخاصة

¹ عبد اللاوي خديجة، الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، ع. 2، ديسمبر 2016، ص. 88.

² تنص المادة 1/6 من المرسوم التنفيذي رقم 01/416 المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعما ومتابعتها وأوراسكوم تيليكوم الجزائر على أنه: "تمتع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية، أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية".

³ المادة 57 من القانون 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2014، ج.ر عدد 68، الصادرة في 31 ديسمبر 2013.

⁴ عبد اللاوي خديجة، المرجع السابق، ص 90-91.

بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار بترول البرنت يتجاوز 30 دولار للبرميل الواحد، وذلك فيما يخص عقود الشراكة المبرمة في سونطراك شريك أجنبي أو أكثر في إطار القانون رقم 86/14 المؤرخ في 19 غشت 1986 .
يطبق هذا الرسم بداية من أول غشت سنة 2006¹ ، وتبلغ نسبة هذا الرسم المطبق على الإنتاج الذي يعود إلى الشركاء الأجانب 5 بالمائة كحد أدنى و 50 بالمائة كحد أقصى.

وتقوم سونطراك من أجل سداد هذا الرسم لدى الخزينة العامة، بخصم كمية المحروقات الموافقة لمبلغ هذا الرسم من حصة الإنتاج الذي يعود إلى الشركاء المعنيين الأجانب. تحدد إجراءات وشروط تطبيق هذا الرسم، مع الأخذ بعين الاعتبار مستوى الإنتاج وكذا منهجية حسابها عن طريق التنظيم. وتعتبر كل اتفاقية مخالفة للأحكام المذكورة أعلاه لاجية". ومنذ سنة 2005 عرفت الأسعار ارتفاعا كبيرا وتنامت بصفة دائمة ونتج عن هذا الارتفاع في الأسعار تحقيق الشركات الأجنبية العاملة بالجزائر لأرباح استثنائية لم تكن متوقعة خلال توقيع تلك العقود، وبما أن الدولة صاحبة سيادة فإن لها الحق في تحديد هذه الأرباح الاستثنائية وهو ما قامت به الجزائر.²
وهنا شددت الشركات البترولية وعلى رأسها أناداركو الأمريكية على عدم قانونية الإجراء بالنظر إلى تطبيقه بأثر رجعي. ولجأت الشركات الدولية وخاصة أناداركو وميرسك إلى القضاء الدولي، وطالبت بتعويض الأضرار التي تصل قيمتها إلى 3 ملايين دولار على الأقل، وتم إيداع طلب لمباشرة إجراءات التحكيم على مستوى مركز تسوية المنازعات المتصلة بالاستثمار بواشنطن بتاريخ 29 جويلية 2009.³

واستمرت القضية خلال سنتين، ونظرا لتعدد الإجراءات ارتأى الطرفان وضع حد للنزاع خاصة وأن الجزائر كانت بصدد التحضير لتعديل قانون المحروقات مع نهاية 2011 وفقا لمعطيات جديدة يمكن أن تدعم موقف الشركات، كما أن لهذه الشركات مصالح كبيرة لا يمكن التفريط فيها، وفي نهاية السنة اتجه الطرفان إلى خيار التراضي مع أفضلية لصالح الشركات الأجنبية، وبعد التخلي عن التسوية القضائية والتوجه نحو إيجاد حلول ودية لحل النزاع تم التوصل إلى اتفاق بين الجزائر وشركة أناداركو يقضي بتعويض هذه الشركة تعويضا عينيا يتمثل بتزيدها بكميات إضافية من البترول بقيمة 1.8 مليار دولار في فترة 12 شهرا حسب بيان أصدرته الشركة.

كما اتفق الطرفان على تعديل عقد تقاسم الإنتاج، مع تمديد عقد الشراكة الذي يجمع هذه الشركة مع شركة سوناطراك إلى 25 سنة تحسب من تاريخ إبرام العقد في 23 أكتوبر 1989 مقابل التزام شركة أناداركو بمواصلة دفع الرسم على الأرباح الاستثنائية، مع الإشارة إلى أن هذا الاتفاق الذي تم إبرامه بتاريخ 9 مارس 2012 يمتد إلى كل الشركات المتمثلة في شركة مايرسك وشركة اتي أوتيل⁴ وما تجب الإشارة إليه أنه إذا كان من حق الجزائر فرض الرسوم الجبائية التي تراها مناسبة، فإن إقرارها للأثر الرجعي لهذه الرسوم يعد إجراء غير مقبول لمساسه بمبدأ استقرار التشريع، خاصة وأنه تم تضمين هذا الشرط في العقد، فإن ذلك يعد تجاوزا من الدولة.

ثالثا: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بمبدأ الثبات التشريعي.

تمتلك الدولة سلطة على المشروع الاستثماري المنجز على إقليمها، وهذه السلطة تعتبر من مظاهر السيادة، وهذا ما يعطي للدولة الحق في تعديل العقد أو القانون أو إلغائه أو أي إجراء آخر. وتجب الإشارة إلى أن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية والمساس بحقوق

¹ الأمر رقم 10/06 المؤرخ في 29 جويلية 2006 ، يعدل ويتم القانون رقم 07/05 ، المؤرخ في 28 أبريل 2005 ، المتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 48 صادرة بتاريخ 30 جويلية 2006.

² عبد اللاوي خديجة، المرجع السابق، ص92.

³ المرجع نفسه، ص92.

⁴ المرسوم الرئاسي 147/12 مؤرخ في 22 مارس 2012، يتم الموافقة على الملحق رقم 4 بالعقد المؤرخ في 23 أكتوبر 1

989 للبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها، ج.ر عدد 17 الصادرة بتاريخ 25 مارس 2012.

الطرف الأجنبي يعد تصرفا غير مشروع، لأن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها التعاقدية واحترام مبادئ القانون الدولي. ومن ثم فالتساؤل المطروح هل أن خلال الدولة مبدأ الثبات التشريعي يؤدي إلى قيام مسؤوليتها الدولية أم لا؟، في هذا الإطار اختلف الفقه حول اعتبار الدولة مسؤولة دوليا عن إخلالها بهذا المبدأ أم لا :

يرى اتجاه أن الدولة تكون مسؤولة مسؤولية دولية في حالة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية الناتجة عن العقود المبرمة في إطار القانون الداخلي.

انتقد هذا الرأي على أساس أن الحصانة المعترف بها للعقود غير معترف بها في القانون الدولي، كما أن القضاء الدولي لم يبين فكرة الحصانة المطلقة للعقود، وأن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن إعماله في كل العلاقات التعاقدية الناشئة بين الدول والأشخاص الخاصة نظرا لخصوصية هذه العقود.¹

في حين يرى اتجاه آخر أن انتهاك الدولة للعقد لا يشكل سببا لانعقاد مسؤوليتها، ولا تسأل إلا إذا كانت مخالفة العقد الصادرة عنها تشكل فعلا دوليا غير مشروع. ومن ثم فإن العقد المبرم بين الدولة والشخص الأجنبي يخضع للقانون الداخلي وهذا الأخير هو الذي يحدد ما إذا كانت الإجراءات المتخذة في مواجهة الطرف الخاص المتعاقد معها مخالفا للنظام العام أم لا، وإن أي تعديل على قانونها لا يمس بالعقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، ولا يشكل عملا غير مشروع من الوجهة الدولية.

في حين يرى اتجاه آخر أن مجرد المساس بالعقد لا يشكل عملا غير مشروع دوليا، إلا أن المسؤولية الدولية تتحقق بتحقيق التعسف في الإجراء الصادر عن الدولة المعنية، على أساس أن القانون الدولي يتضمن قواعد قانونية تتعلق بتنفيذ العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، وعليه فإن تكييف ما إذا كان تصرف الدولة يؤدي إلى قيام مسؤوليتها أم لا يعود إلى قواعد القانون الدولي. انتقد هذا الرأي على أساس أن القول بأن العقد الذي تم تدويله يضع قواعد دولية، يفرض على الدولة احترامها وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية، يعد قولاً مخالفاً لقواعد القانون الوضعي التي تنص على أنه لا يمكن لأي دولة تحريك مسؤولية دولة أخرى استنادا إلى العقد الذي تم تدويله.²

وعليه يمكن القول أن القانون الدولي العام لا يكرس مبدأ قدسية العقد بصورة المطلقة، ومن ثم فإن أي مخالفة من الدولة لالتزاماتها التعاقدية لا تشكل في حد ذاته عملا غير مشروع دوليا.

وعليه فإن موقف الجزائر في قضية أوراسكوم تيليكوم هو موقف قانوني طبقا لقوانينها الداخلية، وإن التعديلات التي قامت بها جاءت مبررة بحماية اقتصادها الوطني.³

خاتمة:

من خلال دراستنا للموضوع تبين لنا أن من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مبدأ أو شرط الثبات التشريعي أو الاستقرار التشريعي، والذي يكفل للمستثمر حماية داخل الدولة المضيفة إزاء أي تعديل أو تغيير لقانونها، وبذلك يضمن تطبيق القانون الذي كان ساريا وقت إبرام العقد، إلا أنه يرد على المبدأ استثناءات يمكن تطبيقها بناء على طلب صريح من المستثمر إذا رأى أن القانون الجديد هو الأصلح والأنسب، ومن ثم فإن مبدأ الثبات التشريعي يعد من العوامل المشجعة للاستثمار الأجنبي بزرع الاطمئنان لدى المستثمر الأجنبي، وعليه يمكن لنا تقديم الاقتراحات التالية:

¹ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 566.

² حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص 577-580.

³ عبد اللاوي خديجة، المرجع السابق، ص 95.

- ضرورة ثبات التشريع من أهم الضمانات التي يجب أن تعطى لها الأولوية خاصة أن الثبات لا يجب أن يمس قانون الاستثمار فقط، بل يمس القوانين التي لها علاقة بالنشاط الاستثماري.
- يستحسن على الدولة عدم إدراج شرط الثبات التشريعي للاستثمار في العقود المبرمة، متى كان الهدف منها هو التهرب من القانون الوطني للدولة المضيفة.
- ينبغي على الدولة وضع مدة قانونية تثبت القانون على العقد، لأن قانون الدولة غير ثابت وقابل للتغيير في أي وقت، إضافة إلى ضرورة قيام الدولة بوضع قيمة محددة للتعويض عن الخسائر التي تواجه المستثمر جراء إخلال الدولة بتعهداتها.
- سيادة الدولة تتمثل في تعديل قوانينها وإلغائها حسب حاجتها توجهها والمستثمر يسعى لوجود مناخ استثمار يقل فيه تقلب القوانين، لذا وجب التوفيق بين هذين الأمرين.