

خصوصية اختيار المتعاقد في عقود إشغال المال العام (دراسة خاصة بالقانون الفرنسي)

الدكتور/ مهند مختار نوح
أستاذ القانون العام المشارك
كلية الحقوق - جامعة قطر

ملخص:

تخضع عقود إشغال أموال العامة لمبدأ الحرية الإجرائية في فرنسا، تحرر الإدارة من كافة الإجراءات المسبقة اللازمة لإبرام العقد والتي ينص عليها المشرع، ولاسيما تلك الإجراءات المتعلقة بالعلانية والمنافسة، وقد ساق الفقه الفرنسي مبررات عديدة لذلك، وفي نفس الوقت كان هذا الوضع مثار انتقاد هذا الفقه ذاته.

وإن هذا المبدأ المتعلق بالحرية الإجرائية يخضع لاستثناءات عديدة في فرنسا منها ما هو مقرر بمقتضى النصوص، ومنها ما هو راجع لفعل الإدارة ذاتها حين تلزم نفسها باتباع إجراءات المنافسة والعلانية، ومنها ما هو راجع للاجتهاد القضائي وذلك من خلال إمكانية إعادة تكييف عقد الإشغال إلى عقد آخر خاضع للالتزامات المنافسة الحرة والعلانية، وفي إمكانية الخضوع للالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، نتيجة دخول الإشغال ضمن مركب عقدي يخضع في كليته لهذا الالتزام.

ومن جانب آخر فإن عقود إشغال الأموال العامة تخضع للالتزامات المنافسة والعلانية في فرنسا من خلال إدراج قانون المنافسة في كتلة التشريعية، وهو ما يضع التزاماً هاماً على عاتق الإدارة المالكة للمال العام، ومناطق هذا الالتزام أن تبرم عقود إشغال المال العام ضمن إجراءات تنافسية.

ومن الملاحظ أنه في سورية وقطر، لا يخضع إبرام إشغال الأموال العامة لمبدأ الحرية الإجرائية، وذلك بمقتضى النصوص القانونية التي تحكم عقود البيوع العامة، والتي تقضي بإخضاع إبرام العقود المتعلقة باستثمار وتأجير العقارات العائدة للمال العام أو الخاص للإدارة إلى أسلوب المزايدة العامة في إبرامها، وهو أسلوب يفترض الأخذ بالتزامات المنافسة والعلانية، إلا أن الأخذ بهذا الأسلوب في إبرام هذه العقود لا يعد كافياً، نظراً لقيام المزايدة العلنية على عامل وحيد هو السعر الأعلى.

المقدمة

لقد تزايدت الدعوات لإعطاء المال العام مضموناً اقتصادياً يجعله مشاركاً في عجلة الاستثمار والتنمية، مما دفع المشرع الفرنسي إلى التدخل نحو التوفيق بين حماية المال العام عن طريق عدم المساس به من جهة، وإمكانية المساس به من جهة أخرى، وذلك عن طريق إباحة نمط من التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء

حقوق عينية على علاقة مع هذا المال، ومن ثم فقد وفق المشرع الفرنسي بين متطلبات حماية المال العام ومتطلبات وضعه موضع التنمية.

ومن جانب آخر فإن هناك تصرفات قانونية قننها المشرع الفرنسي لوضع هذا المال موضع المساس، وجعلها التصرفات الحصرية للمساس بالمال العام، وهذه التصرفات إما أن تكون انفرادية أو عقدية، وأطلق عليها المشرع الفرنسي تسمية (أسناد إشغال المال العام)، والتي لم تكن بدورها مفهوماً قانونياً جديداً في البنية القانونية في فرنسا و(العالم العربي)، إلا أن قابلية المال العام للمساس نتيجة التوجهات الحديثة، هو الذي جعل لها دوراً وظيفياً جديداً، وخصائص قانونية محددة.

وإذا كان يمكن إشغال المال العام إشغالاً خاصاً بقصد الاستثمار والتنمية عن طريق العقد والقرار، فإن العقد هو الوسيلة الأهم للقيام بذلك^(١)، ومن هذه الناحية يتشابه إشغال الأموال العامة مع عمليات تفويض المرفق العام التي يمكن أن تتم بعقد أو بقرار، وإن كان للعقد الدور الأساسي في إنجاز مثل هذه العمليات الإدارية. وهذه العقود تعد من أهم العقود الإدارية في وقتنا الحالي^(٢).

ومما لاشك فيه أن الشفافية الإدارية هي الفكرة المهيمنة على الإطار الإجرائي لإبرام العقود الإدارية، حيث لا يجوز أن يتم تبادل الإيجاب والقبول في العقود الإدارية إلا ضمن إجراءات تكفل المنافسة الحرة، والتي تضعها موضع التطبيق الفعلي العلانية المسبقة^(٣)، ومن ثم تكون العلانية المسبقة هي مفتاح المنافسة الحرة، لذلك فإن الالتزام الأساسي الواقع على عاتق الإدارة عند إبرامها لعقودها هو الالتزام بالشفافية، وعنصره الرئيسيان هما العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، وهو أصل عام تلتزم الإدارة بتطبيقه عند إبرامها للعقود الإدارية الكبرى: عقود الشراء العام وعقود تفويض المرفق العام.

وإذا كانت هذه هي القاعدة، فإن هناك إشكالاً يطرح بهذا الخصوص في إطار إبرام عقود إشغال المال العام، فإن القاعدة عند إبرام هذه العقود هي الحرية الإجرائية، حيث لا تتقيد الإدارة عند إبرامها بأي إطار إجرائي مسبق يضمن العلانية والمنافسة الحرة، مما ترك الكثير من الإشكاليات في هذا النطاق، وذلك مع وجود موقف يؤكد هذا الوضع من قبل الاجتهاد القضائي الفرنسي، و فراغ تشريعي يحول

Delvolvé. P, Le bail réel immobilier administratif, RDI 2013 p.406. (١)

Degoffe. M, Droit administratif des biens, Sirey, Paris, 2012, p145. et. s. (٢)

Lichère. F, Droit des contrats publics, Dalloz, Paris, 2014, P72et.s. (٣)

دون تبني أي قواعد إجرائية للشفافية عن إبرام هذا النمط من العقود الإدارية. إلا أنه إذا كانت هذه هي القاعدة في فرنسا، فإنه كان لهذه القاعدة استثناءات متعددة، تنقلب على القاعدة وتفرض إطاراً إجرائياً للشفافية عند إبرام مثل هذه العقود، كما أن التطورات المعاصرة والمتعلقة بإدراج قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعات الإدارية في فرنسا كان لها أبلغ الأثر نحو ضرورة مراعاة النظام القانوني للعلائية والمنافسة عند إبرام هذه العقود.

لذلك يهدف هذا البحث إلى الإجابة عن التساؤلات التالية:

- ١ - هل تخضع عقود إشغال الأموال العامة إلى إطار إجرائي محدد عند إبرامها؟
 - ٢ - ماهي ماهية مبدأ الحرية الإجرائية الذي تخضع له هذه العقود عند إبرامها في فرنسا؟
 - ٣ - هل يوجد استثناءات على هذا المبدأ؟
 - ٤ - ماهي التطورات المعاصرة التي خضع لها إبرام هذه العقود في فرنسا، وهل أدت هذه التطورات إلى فرض قواعد إجرائية للشفافية في هذا المجال؟
- وسيتم التطرق لمشاكل هذا البحث من خلال تقسيمه إلى محورين رئيسيين، نطرح في أولهما التحرر من الالتزام بالشفافية الإدارية عند إبرام عقد إشغال المال العام، وفي ثانيهما التطورات المعاصرة لالتزامات الشفافية الإدارية عند إبرام عقود إشغال المال العام، وذلك كما سوف يأتي:

المبحث الأول عدم الخضوع لالتزامات الشفافية الإدارية عند إبرام عقد الإشغال

إن المبدأ الذي سيطر في فرنسا لزمن طويل، وما زال مسيطراً، هو قاعدة التحرر من الإجراءات المتعلقة بالعلانية المسبقة والمنافسة الحرة عند إبرام عقود إشغال الأموال العامة، لذلك قيل أن الإدارة تتمتع بالحرية الإجرائية عند إبرام عقود الإشغال. ودون ريب فإن لهذا المبدأ أسسه ومبرراته التي تسوغه في فرنسا، ولكن كما هو الحال بالنسبة لكل قاعدة، فإن لهذا المبدأ استثناءات ترد عليه، وهي تؤكد القاعدة، ولاتنفيها.

لذلك، فإننا سندرس في هذا المبحث، ماهية مبدأ الحرية الإجرائية (المطلب الأول)، ثم ننتقل لندرس الاستثناءات الواردة عليه (المطلب الثاني):

المطلب الأول مبدأ الحرية الإجرائية

يعني مبدأ الحرية الإجرائية *Liberté procédurale* تحرر الإدارة من كافة الإجراءات المسبقة اللازمة لإبرام العقد والتي ينص عليها المشرع، ولاسيما تلك الإجراءات المتعلقة بالعلانية والمنافسة^(٤)، وهذا المبدأ قرره مجلس الدولة الفرنسي بشكل واضح في واحد من أشهر أحكامه في السنوات الأخيرة، حيث أشار إلى عدم وجود أي حكم تشريعي أو تنظيمي أو أي مبدأ يفرض على الأشخاص العامة إجراء علانية مسبقة، أو تنظيم منافسة عند إبرام عقد إشغال المال العام، وذلك طالما كان محل هذا العقد متعلقاً بإشغال جزء من المال العام فقط دون عناصر أخرى^(٥)، وهذا المبدأ المتعلق بالحرية الإجرائية يطبق عند إبرام عقود إشغال المال العام سواء أكان المال العام المشغول محلاً للاستعمال التجاري أم غير التجاري، وسواء أكان الشاغل شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، لذلك يطبق هذا المبدأ عند إبرام عقود الإشغال ولو كان المتعاقد (الشاغل) يمارس نشاطاً تجارياً ضمن السوق والذي يتطلب بدوره الخضوع

Bardon. C - Simonnet.Y, Telaustria, quel périmètre, R.M.Lex.nex. Juris.2009, (٤) p16.

C.E, 3- 12-2010, Ville de Paris et Assoc - Jean Bouin; A.J.D.A, 2011, P18, (٥) étude. Nicinski.S et Gloser. E.

لالتزامات المنافسة كما نص عليها القانون، حيث يظل الشخص العام حراً في اختيار متعاقد، وهو غير ملزم بوضع أشخاص آخرين أو مؤسسات أخرى في ساحة المنافسة^(٦)، ومن ثم يمكن القول إن مجلس الدولة عالج التزامات الشفافية الإدارية بشكل سلبي عند إبرام هذا النمط من العقود^(٧). لأنه فضل في هذا الحكم ترتيب نتائج عدم وجود أي نص يفرض ذلك مباشرة^(٨). مع أن الفقه الفرنسي كان ينتظر من مجلس الدولة موقفاً يضع بموجبه مبدأ عاماً، يتضمن ضرورة الخضوع للعلائية والمنافسة عند إبرام هذه العقود^(٩).

وهذا الموقف لم يكن الوحيد للقضاء الإداري الفرنسي في مجال التأكيد على الحرية الإجرائية، ونفي التزامات العلانية والمنافسة الحرة عند إبرام عقود إشغال الأموال العامة، بل إن هذا الموقف له جذوره القديمة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث قرره للمرة الأولى في حكم Dejean، والذي قرر فيه المجلس عدم التزام الإدارة بإجراء مناقصة عامة عند التعاقد لأجل إشغال المال العام^(١٠)، وكما هو معلوم فإن المناقصة أسلوب لإبرام عقود الإدارة يقوم على العلانية المسبقة والمنافسة الحرة^(١١)، ومن ثم فإن هذا الحكم أقر بإعفاء الإدارة من التزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة عند إبرام عقود إشغال المال العام، ويرى بعض الفقه أن هذا الحكم هو أحد أهم الأحكام في تاريخ مجلس الدولة الفرنسي، على الرغم من دخوله تاريخ القانون الإداري من باب صغير^(١٢)، كما تكرر هذا المبدأ أيضاً في أحكام كثيرة لجهات

(٦) Charmard- Heim. C, Les conventions d'occupation du domaine public local, Le Somainejuridique. A.C.T, n°24, 10-6-2013, 2164, n°33.

- Godfrin.PH - Degoffe.M, Droit administratif des biens, Sirey, Paris, 2012, p160.

(٧) Brenet. F, Traité de droit administratif, Les contrats administratifs, T2, Dalloz, Paris, 2011, P277.

(٨) Richer. L, Droits des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2014, P535.

(٩) Richer. L, Ibid, p535.

(١٠) C.E, 26-4-1944, Dejean, Rec. C.E, 1944, Tables, 6-11-2011, Publiée sur le site de conseil d'Etat.

(١١) Laubadère. A - Delvolvé.P et Moderne.F, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 1983, T1, p591.et.s.

- Richer. L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2004,ed.4, p415.

(١٢) Vautrot-Schwarz. CH, L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale, Contrats et Marchés publics n° 12, Décembre 2012, étude 8, n°11.

القضاء الإداري الأخرى في فرنسا، ولاسيما محاكم الاستئناف الإدارية، حيث قررت محكمة استئناف بورديو أنه: (إذا تعاقدت البلدية مع جهة محددة ودون مراعاة العلانية والمنافسة في معرض إبرام عقود إشغال مال عام، فإن موقفها يكون مشروعاً، لأنه لا توجد قاعدة قانونية تفرض المنافسة الحرة والعلانية عند إبرامها..)^(١٣). وهو ذات الموقف الذي ذهب إليه محكمة استئناف فيرساي الإدارية، بشأن إبرام نوع هام من أنواع عقود الإشغال، وهو عقد الإجازة الحكرية الإدارية^(١٤).

وبناء على ما تقدم، فإن القضاء الإداري الفرنسي أثبت بوضوح أن إبرام عقود إشغال المال العام لا يخضع لالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة التي تخضع لها بقية العقود الإدارية، وذلك على الرغم من الالتزامات القانونية المتعلقة بذلك، والتي يفرضها على مستوى المنظومة الداخلية الفرنسية قانون المنافسة، و على الرغم من الهيمنة القانونية للحريات الاقتصادية على مستوى المنظومة القانونية الأوروبية^(١٥). وذلك كله مع مراعاة عدم وجود نص خاص يفرض مثل هذه الالتزامات في معرض إبرام مثل هذه العقود^(١٦).

وبالنتيجة لوجود مبدأ الحرية الإجرائية عند إبرام عقود إشغال المال العام، فإنه يمكن القول أن هذه العقود تخضع من الناحية الإجرائية للسلطة التقديرية للإدارة، فالإدارة لها مطلق السلطة التقديرية في إجازة أو عدم إجازة الإشغال الخاص لمالها العام^(١٧)،

C.A.A, Bordeaux, 29-11-2007, Dumoulin de Laplante, J.C.P, 2008, N°15, P69. (١٣)

C.A.A, Versailles, 21-7-2011, Société du du golf de verviéves, A.J.D.A, 2011, (١٤)
P2015, Note. Kermorgant. M.

Vautrot-Schwarz. CH, L'avenir, op.cit, N°1. (١٥)

- Foulquier. M, La passation des BEA locaux: le décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011, RDI 2012 p. 440,

- Melleray. F, L'utilisation privative du domaine public, quelques difficultés illustrées par jurisprudence récent, A.J.D.A, 2013, P997.

- Kermorgant. M, Faut-il admettre un principe de mise en concurrence des tous les contrats domaniaux? A.J.D.A, 2011, P2017.

- Gaudemet.Y, Droit administratif, L.G.D.J, Paris, 2012, P349.

- Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique A.C.T, n° 51-52, 19 Décembre 2011, 2395, n°39.

Auby. J.M- Auby. J.B - Terneyre. Ph, Droit administratif des biens, Dalloz, (١٦)
Paris, 2011, P105.

C.E, 30-6-2004, Département de la handée. R. P277, A.J.D.A, 2004, P2210, (١٧)
note. Nicinski. S.

وهي تحدد بحرية كاملة عدد الشاغلين لهذا المال، كما أنها تتمتع بسلطة تقديرية في مجال إبرام أو عدم إبرام عقود الإشغال مع الغير^(١٨). إلا أن هناك حدوداً لهذه السلطة التقديرية، حيث يجب على الإدارة أن تحترم المشروعية في حدها الأدنى عند إبرام هذه العقود^(١٩)، ومن ثم لا يجوز التعاقد على أساس أسباب غير موجودة، كما لا يجوز أن يكون العقد مشوباً بانحراف بالسلطة في معرض إبرامه وإلا كان غير مشروع^(٢٠).

وقد برر بعض الفقه الفرنسي هذا الموقف للاجتهاد الإداري الفرنسي، بأن التقنين العام لملكية الأشخاص العامة لم ينص على أي إجراء خاص بإبرام عقود إشغال المال العام^(٢١)، ولا يوجد ضمن التقنين المذكور أي إشارة بأي شكل كان^(٢٢)، من شأنها أن تدل على التزام الإدارة باللجوء للعلائية المسبقة والمنافسة في هذا المجال^(٢٣)، ومن ثم فإن واضعي هذا التقنين التزموا الصمت حيال ذلك^(٢٤). وهو ما ينتج عنه أن شروط تدخل السلطات العامة Les conditions d'intervention des pouvoirs publics لم تحدد بمقتضى النص في مجال إبرام هذه العقود، وبالتبعية لذلك، فإن تتمتع الإدارة بالحرية الإجرائية، مع ضرورة احترام المبادئ العامة للقانون، وضروة تحاشي الغلط البين في التقدير^(٢٥).

كما برر جانب آخر من الفقه الفرنسي ذلك بأن عقود إشغال المال العام ولاسيما الإجراءات الحكرية لم تنشأ في سبيل تأسيس طريقة جديدة لتنفيذ المرفق العام، ومن ثم فإن الوضع المتعلق بعدم خضوع هذه العقود للالتزامات العلانية والمنافسة يبدو طبيعياً، طالما أن محلها لا علاقة له بإشباع حاجات الأشخاص العامة المعنية، بل إن

-
- C.E, 26-3-1999, Société E.D.A, R.p94.A.J.D.A, 1999, P427.Concl.J.H (١٨)
- Richer. L, Droit des contrats, L.G.D.J, Paris, 2004, P568. (١٩)
- Richer.L, Droits des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2010, p564.
- Richer.L, Droits des contrats administratifs, 2014, op.cit, p534.
- C.E, 26- 10-1994, Aril. Dr.adm.1994, n°657. (٢٠)
- Bardon. C - Simonnet.Y, op.cit, p16. (٢١)
- audemet. Y, Droit administratif, op.cit, p350. (٢٢)
- audemet. Y, Droit administratif des biens, L.G.D.J, Paris, 2014, p285. (٢٣)
- Melleray. F, op.cit, p997.
- Kermorgant. M,op.cit, p2107.
- Vautrot-Schwarz. CH, La publicité et mis en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domanial, A.J.D.A, 2009,P598. (٢٤)
- Bazex. M, Conséquences de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif, A.J.D.A, 1999, P427. (٢٥)

هذه العقود ليست إلا وسيلة لإدارة المال العام، والتي يجب أن تتوخى من حيث النتيجة تنمية ذمة الشخص العام الذي يعود له هذا المال، لذلك فإن الشخص العام عند إبرامه لمثل هذه العقود إنما يقتصر تصرفه على الترخيص فحسب^(٢٦)، وهو بتصرفه هذا يهدف إلى تحقيق الإدارة الأفضل للمال العام، في سبيل تنميته، ولا تهدف هذه التصرفات أبداً إلى إشباع حاجة تقتضي طلباً عاماً *Commande publique*^(٢٧).

كما يبرر البعض الآخر هذا الموقف للقضاء الإداري الفرنسي، بأسباب تقنية، فالقضاء الإداري الفرنسي اتخذ هذا الموقف السلبي اتجاه إمكانية إقرار قواعد العلانية والمنافسة في معرض إبرام عقد الإشغال، بسبب صعوبة إيجاد نظام قانوني لذلك من جانبه، إذ أن للسلطة القاعدية (الإنشائية) *Le pouvoir normatif* التي يتمتع بها القاضي الإداري حدوداً يجب الاعتراف بها، ولاسيما أن إقرار مبدأ العلانية والمنافسة من قبل القاضي الإداري يفرض عليه إيجاد نظام قضائي متكامل خاص بذلك، وهذا النظام القانوني يتطلب الإجابة على أسئلة قانونية عويصة، ولاسيما فيما يتعلق بخضوع كل عقود الإشغال مهما كان نوعها للالتزامات العلانية والمنافسة، وكذلك فيما يتعلق بإجراءات العلانية والمنافسة التي يجب أن تتبع في هذه الحالة^(٢٨).

في حين حاول أن يبرر البعض ذلك على أساس أن شاغلي المال العام هم من المساعدين المؤقتين للإدارة في تنفيذ مرفق عام مرتبط مع المال العام محل الإشغال، لذلك يجب إعطاء الإدارة المالكة لهذا المال الصلاحية التقديرية في اختيار هؤلاء، وهو ما يقتضي بدوره استبعاد فكرة المنافسة الحرة^(٢٩).

في حين رأى جانب آخر أن عدم خضوع الإدارة لإطار إجرائي يقوم على العلانية المسبقة والمنافسة الحرة في معرض إبرامها لعقود الإشغال، إنما يعود

(٢٦) لقد أطلق في فرنسا على هذه التصرفات التي تبيح الإشغال الخاص للمال العام تسمية واحدة هي: *Titre* وتعني: (سند)، وعلى ذلك، يطلق تعبير سند الإشغال في فرنسا للدلالة على التصرف المبيح للإشغال سواء أكان عقداً أم قراراً أنفرادياً، وهذا ما نصت عليه المادة ٢١٢٢ -١ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة النافذ حالياً: (لا أحد يستطيع أن يشغل المال العام إشغالاً خاصاً إلا بسند يخوله ذلك)، راجع:

Delvolvé. P, *Le bail réel immobilier administratif*, RDI 2013 p.405.

Fournier. A, Jacquot.H, *Un nouveau statut pour les occupants du domaine public*, AJDA 1994 p.771.

Kermorgant. M, *op.cit*, p2107. (٢٧)

Vautrot-Schwarz. CH, *L'avenir*, *op.cit*, N°6. (٢٨)

Gonzalez. G, *Domaine public et droit de la concurrence*, A.J.D.A, 1999, P387. (٢٩)

ببساطة إلى الحرية الكبيرة المعترف بها للإدارة في إدارة أموالها^(٣٠). وهذا المبرر الفقهي مستوحى مما قرره مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من مناسبة بأن السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة في اختيار المتعاقد في عقد الإشغال إنما تعود لأن الإدارة تملك (سلطة) على أموالها^(٣١).

ولعل أهم مبرر ساقه الفقه للحرية الإجرائية التي تتمتع بها الإدارة عند إبرام عقود إشغال المال العام، هو أن إبرام هذه العقود يستند إلى فلسفة مبدأ الاعتبار الشخصي *Intuitus personae* والذي يجب أن يحكم سلوك الشخص الاعتباري العام عند اختيار شاغل المال العام، وهو الأمر الذي فرض إعطاء الإدارة سلطة تقديرية في هذا المجال، وذلك لتستطيع اختيار الشاغل الخاص للمال العام الذي يمكنه أن يشغله بما يتناسب مع تخصصه^(٣٢).

وعلى كل حال، فإن هذه الحرية الإجرائية التي تتمتع بها الإدارة عند إبرامها لعقود إشغال المال العام، كانت مثار انتقاد بعض الفقه الفرنسي، على أساس أن ذلك لا يؤدي إلى تنمية مثلى للمال العام، لأنه في حالة انعدام العلانية والمنافسة الحرة لن يتم الحصول على أفضل شروط للتعاقد يقوم إشغال المال العام على أساسها^(٣٣).

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ الحرية الإجرائية عند إبرام عقد إشغال المال العام

على الرغم من سيادة مبدأ الحرية الإجرائية في إطار إبرام عقود إشغال المال العام، إلا أن هناك استثناءات ترد على هذا المبدأ، وهذه الاستثناءات منها ما هو موضوع بفعل المشرع ذاته (الفرع الأول)، ومنها ما هو ناجم عن فعل الإدارة (الفرع

Bourrachot. F, La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens, (٣٠) R.F.D.A, 2003, P1119.

- ZIANI. S, Occupation du domaine public et intérêts économiques, Droit Administratif n° 2, Février 2014, comm. 12.

C.E, 20-12-1957, Sté Nat d'edcinémat orographique, R.p702. (٣١)
- C.E, 6-6-1998, Amicale des bouquinistes des quais de Paris, R.P893.

Laget-Annamayer. A, Occupation du domaine public et intérêt général, D'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée, AJDA 2003 p.1208. (٣٢)

Melleray. F, op.cit, p999. (٣٣)

الثاني)، ومنها ماتم وضعه من قبل الاجتهاد القضائي الإداري (الفرع الثالث)، وسوف نبين ذلك فيما يلي:

الفرع الأول الاستثناءات التشريعية

رأينا أن القاعدة التي أقرها الاجتهاد القضائي الفرنسي في إطار إبرام عقود إشغال المال العام، أن الإدارة لا تلتزم بالتزامات الشفافية الإدارية عند إبرامها لهذه العقود، إلا أنه في حال وجود نص خاص يفرض هذه الالتزامات، فلا بد من اتباع هذا النص وتطبيقه، تحت طائلة البطلان^(٣٤)، وقد أخضع المشرع الفرنسي بعض أصناف عقود إشغال المال العام إلى التزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، وذلك استثناء من الأصل العام المتعلق بالحرية الإجرائية، وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

١ - عقود الإجارة الحكرية الإدارية المبرمة من قبل المؤسسات العامة الصحية، وهذه العقود تخضع بنص تشريعي صريح لمبادئ حرية الدخول Liberté d'accès والمساواة في المعاملة L'égalité de traitement بين المرشحين، وموضوعية الإجراءات objectivité des procédures^(٣٥).

٢ - بالنسبة لعقود الإجارة الحكرية المبرمة من قبل الجماعات الإقليمية، والتي تهدف إلى تلبية حاجات العدالة والبوليس والدرك الوطني^(٣٦)، فإنها تبرم استناداً إلى

(٣٤) Auby. J.M - Bon.P - Auby. J.B - Terneyre, Droit administratif des biens, Dalloz, Paris, 2011, p106.

(٣٥) المادة ل.٦١٤٨ فقرة أ من تقنين الصحة العامة الفرنسي.

(٣٦) إن الإيجار الحكري الذي يجوز إنشاؤه على المال العام سمي قانوناً بالإيجار الحكري الإداري bail emphytéotique administratif، ووفقاً للمادة ١٣١١ - ٢ من التقنين العام للجماعات الإقليمية، فإن الإجارة الحكرية الإدارية لا يمكن أن تبرم من قبل أشخاص اللامركزية الإدارية الإقليمية، إلا في سبيل إتمام مهمة Mission مرفق عام لحساب هذه الجماعة، أو في سبيل تحقيق عملية مصلحة عامة Opération d'intérêt général، تتعلق باختصاصها، راجع:

- Bon. J, Du bail emphytéotique administratif culturel, A.J.D.A, 2007, p1477.

ومن ثم فإن كل قرار يصدر عن سلطة التقرير ضمن جماعة إقليمية في سبيل إبرام عقد إجارة حكرية، لا يهدف إلى تنفيذ رسالة مرفق عام، أو تحقيق عملية مصلحة عامة، إنما يكون باطلاً لمخالفته للقانون:

- T.A, Marseille, 21-12-1990, Grangeon, Dr.adm. 1991, n°520.

وإذا كان التقنين العام للجماعات المحلية، قد حدد نطاقاً موضوعياً خاصاً كما سبق بيانه =

إجراء ذي طبيعة تنافسية، وهو التقييم المسبق Evaluation préalable، وذلك إذا تجاوز بدل الإيجار السنوي مبلغاً يحدد بمرسوم في مجلس الدولة^(٣٧). وتوضيحاً لذلك، لا بد من مراعاة مايلي:

أ - إن الالتزام بتطبيق إجراء التقييم المسبق لا يلزم سوى الجماعات الإقليمية (البلديات، المحافظات، الأقاليم)، وضمن عقود إجارة حكورية إدارية ذات أغراض محددة، ومن ثم تخرج عقود الإجارة الحكورية الإدارية التي تبرمها الدولة في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك^(٣٨). وكذلك تخرج من إطار هذا الإجراء بقية عقود الإجارة الحكورية الإدارية التي يمكن أن تبرمها الجماعات الإقليمية، خارج الأغراض المحددة في المادة ل ١٣١١، - ١ من التقنين العام للجماعات الإقليمية والمتمثلة بحاجات العدالة والبوليس والدرك الوطني^(٣٩).

ب - لقد تدخلت السلطة التنظيمية في فرنسا، وأصدرت مرسوماً، حددت بموجبه القيمة التي تخضع وفقاً لها عقود الإجارة الحكورية المبرمة في مجالات العدالة والبوليس والدرك الوطني لإجراء التقييم المسبق، وذلك إذا تجاوزت قيمة بدل الإيجار السنوي مبلغ مليون يورو سنوياً^(٤٠).

ج - لقد أحالت المادة ل ١٣١١، - ١ من التقنين العام للجماعات الإقليمية الفرنسي إلى المادة ل ١٤١٤، - ٢ من التقنين ذاته لبيان كيفية تطبيق إجراء التقييم المسبق،

= لإمكانية اللجوء إلى الإجارة الحكورية، فإن هناك عدداً من القوانين الأخرى، واللاحقة على قانون ١٩٨٨/١/٥، قد أضافت إلى المادة ١٣١١ - ٢ أسباباً مبررة للجوء إلى الإيجار الحكوري بواسطة الجماعات المحلية، ومن قبيل ذلك جواز أن تكون الأموال العقارية للجماعات المحلية محلاً للإجارة الحكورية، وذلك في سبيل تحقيق عملية متصلة بحاجات العدالة والبوليس أو الدرك الوطني (القانون رقم ٢٠٢ - ١٠٩٤ تاريخ ٢٩/٨/٢٠٠٢).

(٣٧) المادة ل. ١٣١١ من التقنين العام للجماعات الإقليمية الفرنسي، وراجع في الفقه:

- Foulquier. N, op.cit, p440.

(٣٨) يجوز للدولة أن تلجأ إلى الإجارة الحكورية في سبيل تحقيق مشاريع السكن الاجتماعي، ودون ريب فإن في ذلك خروجاً عضوياً وموضوعياً على مفهوم الإجارة الحكورية، كما تبناها المشرع الفرنسي، في التقنين العام للجماعات الإقليمية، راجع:

- Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques: l'incohérence, R.D.I, 2010 p.590.

Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, op.cit, n°45. (٣٩)

(٤٠) المرسوم رقم ٢٠١١ - ٢٠٦٥، تاريخ ٣٠/١٢/٢٠١١، وراجع في الفقه:

- Foulquier. N, op.cit, p440.

وبحيث يطبق هذا الإجراء عند توافر حالات تطبيقه المشار إليها أعلاه، وفقاً لنفس الأوضاع الإجرائية التي يطبق فيها في إطار عقود الشراكة Les contrats de partenariat، وهذا التقدير المسبق يتطلب التحليل المقارن لعروض المتنافسين بناء على معايير مختلفة، ولاسيما تلك المتعلقة بالبدل الإيجاري الكلي، وتوزيع المخاطر، ومتطلبات التنمية المستدامة^(٤١). إلا أنه ما يسترعي الانتباه ذلك الحكم الغريب الذي وضعه المشرع الفرنسي في الفقرة الأخيرة من المادة ١٣١١، ٢- من التقنين العام للجماعات المحلية إلى أن جميع عقود الإجارة الحكرية الإدارية التي تبرمها الجماعات الإقليمية تكون خاضعة لإجراءات العلانية والمنافسة المسبقة (إذا استلزم الأمر ذلك)؟

وقد لاقى هذا الحكم التشريعي انتقاداً من جانب الفقه الفرنسي، وذلك لأن إبرام عقود الإجارة الحكرية في ظل هذا النص يظل غير محدد ولا واضح، ولأن تعبير (إذا استلزم الأمر) يترك مساحة كبيرة من السلطة التقديرية للإدارة ذاتها في اللجوء إلى إجراءات العلانية والمنافسة، وهو ما يعكس نزعة لدى المشرع للإبقاء على الاتجاهات القضائية الحالية المتعلقة بالحرية الإجرائية عند إبرام عقود إشغال المال العام^(٤٢)

الفرع الثاني

الاستثناءات الناجمة عن الممارسة الإدارية الواقعية

لقد كان عدم خضوع إبرام عقود إشغال المال العام إلى قواعد المنافسة والعلانية مثار انتقاد دائم، حتى ظهرت ضمن أروقة الإدارة العامة الفرنسية ذاتها دعوات تهدف إلى ضرورة القضاء على هذه الجزيرة الصغيرة من العتمة ضمن عالم من الشفافية^(٤٣) .Ilot d'opacité dans un monde de transparence.

لذلك، فقد سار العمل الإداري في فرنسا على الخضوع تلقائياً، لإجراءات المنافسة والعلانية عند إبرام عقود إشغال المال العام البحتة Pures أي تلك التي لا تتضمن عناصر عقدية أخرى تنتمي إلى عقود التفويض أو عقود الشراء العام، وعلى الرغم من عدم وجود نص قانوني يفرض ذلك كما رأينا، وذلك على أساس وجود

Foulquier. N, Ibid, p440.

(٤١)

Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, op.cit, n°46.

(٤٢)

Godfrin. PH - Degoffe.M, op.cit, 2012, p159.

(٤٣)

عرف إداري في طريقه للتبلور يقضي بضرورة خضوع هذه العقود لحد أدنى من الشكلية Formalisme عند إبرامها^(٤٤).

وقد تعزز هذا الاتجاه المتعلق باللجوء التلقائي للعلائية والمنافسة الحرة عند إبرام عقود الإشغال، بعد أن قدم مجلس الدولة الفرنسي في أحد تقاريره توصيات بذلك^(٤٥). وتضافر ذلك مع ظهور الاتجاهات القانونية الأوروبية المتعلقة بضرورة مراعاة الشفافية في إطار إجراءات إبرام كل العقود، ومن بينها عقود الإشغال^(٤٦)، كما سنرى مفصلاً في الموضوع المناسب من البحث.

ومن جهة أخرى فقد شجع مجلس الدولة الفرنسي ذاته الإدارة على اللجوء إلى المنافسة والعلائية عند إبرام هذه العقود من خلال اجتهاده، وتجلي ذلك في حكم Jean Buin، وهو الحكم ذاته الذي نفى فيه المجلس التزامات المنافسة والعلائية عند إبرام عقود إشغال المال العام، إذ ذهب المجلس بعد ذلك إلى القول بأن الإدارة التي تدير المال العام يمكن أن تطبق إجراءات المنافسة والعلائية إن رأت موجباً لذلك، وفي سبيل تفعيل المنافسة بين العروض المختلفة^(٤٧). كما استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اعتبار رغبة الإدارة في القيام بإجراءات العلانية والمنافسة إنما تشكل سبباً من أسباب المصلحة العامة، التي يمكن أن تبرر قرار الإدارة بفسخ عقد إشغال قيد السريان، وذلك إذا رغبت الإدارة بفسخ هذا العقد قبل أوانه، وإبرام العقد من جديد على أساس مراعاة العلانية المسبقة والمنافسة الحرة^(٤٨).

(٤٤) لذلك فإن الكثير من الإدارات العامة الفرنسية تسير في هذا الاتجاه، حيث تخضع عقود إشغال المال العام للعلائية والمنافسة دون إلزام قانوني، وذلك مثل الشركة الوطنية للخطوط الحديدية (SNCF)، والشبكة الحديدية لفرنسا (RFF)، وكثير من المؤسسات العامة، والجماعات الإقليمية، راجع:

- Morand - Delliver.J, Droit administrative des biens, Montchrestien, Paris, 2012, P223.et.s.

- Calandri-L, Le contentieux des conventions d'occupation domaniale spontanément soumises à publicité et mise en concurrence, RFDA 2013 p. 1129.

Conseil d'Etat, Rapport public, Collectivités publiques et concurrence, (٤٥) E.D.C.E, 2002, n°53, P380.

Calandri-L, op.cit, p1130. (٤٦)

Maugué.C, Note sous.C.E, 3-12-2010, Ville de Paris et association Jean Bououin, (٤٧) Dr.adm. 2011, co.17.

C.E, 19-1-2011, Commune de Limoge, n°323924, R.P923,A.J.D.A, 2011, P136. (٤٨)

- C.E, 10-4-2002, Som -tour, n°223100. C.M.P, 2013, P148.

- C.A.A, Bordeaux, 14-3-2013, Ecole national supérieur des techniques industrielles et des mines d'Albi, n°11BX03091, C.M.P, 2013, Comm. 148.

وفي كل الحالات، فإنه يوجد في القانون الإداري ما يسمى بالقانون التلقائي *Le droit spontané*^(٤٩)، وهو يعني خضوع الإدارة بإرادتها إلى القواعد الإجرائية التي تقوم باختيارها، ودون أن يلزمها المشرع بذلك^(٥٠) وذلك كما هو الحال مثلاً عندما تطلب الإدارة رأياً من جهة أخرى لم يفرض عليها القانون طلبه^(٥١).

وعلى أساس ما تقدم، يمكن للإدارة مالكة المال العام أن تخضع إرادياً لإجراءات العلانية والمنافسة عند إبرام عقود الإشغال، وذلك لأجل تقدير قيمة المال العام محل الإشغال، حيث إن القيمة الحقيقية له لا تنتج إلا من خلال المنافسة بين عدة عارضين، وتقوم الإدارة بتنفيذ تلك الالتزامات عن طريق نشر إعلان في الصحف، ولاسيما الصحف المحلية بالنسبة للجماعات الإقليمية، ولكن تظل الإدارة متمتعة بالسلطة التقديرية في تحديد شروط عقد الإشغال، وفي تحديد ماهية إجراءات إبرام العقد، ويفضل أن تتعلق هذه الإجراءات - التي تختارها الإدارة طوعاً لإبرام عقد الإشغال- قدر الإمكان بطبيعة المال محل الإشغال، و نمط النشاط الذي سيمارسه المتعاقد على هذا المال في حال إشغاله له^(٥٢)، كما يمكن أن تضع الإدارة معايير للمفاضلة بين المرشحين للتعاقد، عند إبرامها لعقد الإشغال، ويرى بعض الفقه أن هناك نوعين لهذه المعايير: معايير خاصة بالمرشحين في حد ذاتهم لقياس قدراتهم المهنية والفنية، ومعايير تقييم العروض، وهذه الأخيرة يمكن أن يتم التركيز فيها على بدل

Chapus.R, Droit administratif général, Montchrestien, Paris, 2001, T1, P868. (٤٩)

Bourddon. P, Le contrat administratif illégal, Dalloz, Paris, 2014, p204. (٥٠)

(٥١) وهناك عدة أنواع للرأي الاستشاري: فقد يكون ملزماً من حيث اللجوء إليه، ولكنه غير ملزم في موضوعه، بمعنى أنه يجب على الإدارة أن تطلب الرأي الاستشاري من الجهة التي حددها القانون دون أن تلتزم بموضوعه، وقد يكون الرأي الاستشاري ملزماً من الناحيتين العضوية والموضوعية، بمعنى أن الإدارة المختصة ملزمة بطلبه من الجهة التي حددها القانون، وملزمة بالأخذ بمضمون الرأي الذي تقدمه هذه الأخيرة. وأخيراً فقد توجد بعض الحالات التي لا يفرض فيها القانون على الإدارة المختصة استشارة جهة أخرى، ولكن هذا لا يمنع الجهة الإدارية المعنية أن تطلب رأياً استشارياً من هذه الجهة، ويسمى هذا النوع من الآراء الاستشارية بالاستشارات التلقائية *Les consultations spontanés*، راجع:

Auby. J.M, Le régime juridique de l'avis dans la procédure administrative, A.J.D.A, 1956, P53.

- Lachaume. J.F, Le formalisme, AJDA 1995 p.137.

- Calandri.L, op.cit,p1133.

- Vautrot - Schwarz. Ch, La publicité, op.cit, P569.

Charmard- Heim. C, op.cit, n°35.

(٥٢)

الإشغال من جهة، ومدى انسجام الإشغال مع تخصيص المال الذي سيتم الإشغال عليه من جهة أخرى^(٥٣).

وإذا قامت الإدارة باتباع إجراءات المنافسة والعلانية بشكل إرادي، فإن الإجراءات المتخذة تلقائياً من قبل الإدارة يجب أن تتبع بدقة، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقول بأن الإدارة يجب أن تحترم القواعد التي تقرر تطبيقها^(٥٤) L'administration doit respecter les règles qu'elle s'est donnée، ومن ثم لا يجوز للإدارة أن تخالف الأحكام التي تقوم بوضعها^(٥٥). وهو ما يعني من حيث النتيجة أن القاضي الإداري يخضع الإجراءات المتبعة تلقائياً من قبل الإدارة إلى متطلبات المشروعية^(٥٦)، وهو لذلك يراقب مدى تقييد الإدارة بالإجراءات التي اختارتها في معرض انتقادها للمتعاقد عند إبرامها لعقد إشغال مال عام معين^(٥٧) وعلى هذا الأساس فإن الإدارة تخالف مقتضيات المشروعية إذا خالفت هذه الإجراءات التي التزمت بها بناء على مبادرتها^(٥٨) إلا أن التقييد بالإجراء محل الاختيار لا يكون جامداً^(٥٩)، فلا يشترط التقييد الدقيق به، ويكفي احترام المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه إجراءات إبرام كل العقود وهو مبدأ المساواة في المنافسة^(٦٠).

ويذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأنه يمكن أن تتوافر أركان جنحة

Charmard- Heim. C, Ibid, n°36. (٥٣)

C.E, 21-9-1992, Che de Bagnols -Cur-Crèz, Juris.Data.N°1992, 047099. (٥٤)

- C.A.A, Paris, 20-5-1999, SARL, n°96 PA03657.

Charmard- Heim. C, op.cit, n°35. (٥٥)

Poyaud.D, La nullité des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 1991, P.P.86 et 85. (٥٦)

- Bruère.J.C, Le consensualisme dans les contrats administratifs, R.D.P, 1996, P1718.

C.E, 15-10-1987, SA. Afichage Giraudy, n°21609. (٥٧)

حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم ببطالان الإجراءات العقدية في معرض عقد أبرمته بلدية اختارت طوعاً الخضوع لإجراء طلب عروض أسعار في معرض إبرام هذا العقد، إلا أنها لم تحترم قواعده.

- C.E, Sect, 26-3 -1999, Société Hertz, France et autres, n°2029256.66.P95, Concl. J.H.Stahl. D, 1999, P146.

- C.E, 10-10-1994, Ville de Toulouse, n°108691, R. P1034.

Bourddon. P, op.cit, p205. (٥٨)

Bourddon. P, Ibid,p P205. (٥٩)

C.E, 9-3-1960, Sieur Massida, R. P187. (٦٠)

المحاباة D \acute{e} lit de favoritisme إذا لم تتقيد الإدارة بإجراءات التعاقد التي اختارتها تلقائياً، وإن لم تلزم بها بنص قانوني صريح^(٦١)، ولكن ذلك غير وارد في تقديرنا، لأن جنحة المحاباة هي جريمة تتشكل من سلوك محدد قوامه منح أفضلية غير مبررة قانوناً لأحد المتنافسين دون غيره في معرض إبرام عقد شراء عام أو عقد تفويض مرفق عام، وذلك بشكل مخالف للقوانين واللوائح الناظمة لمبدأ المساواة في المنافسة الحرة بين المرشحين^(٦٢)، ومن ثم فإنه لا يمكن الحديث عن ارتكاب مثل هذه الجنحة والعقاب عليها جزائياً، إلا إذا كنا بصدد إبرام عقد شراء عام، أو عقد تفويض مرفق عام، وعلى أن يكون الفعل مخالفاً لإجراءات الإبرام المنصوص عليها في نص قانوني أو لائحي^(٦٣)، وبالنتيجة لما تقدم، لا يجوز تطبيق النص الجزائي الخاص بهذه الجنحة لأن العقد محل الإبرام (عقد إشغال المال العام) لا هو عقد شراء عام ولا عقد تفويض مرفق عام، ولأن الإجراءات التي تتم مخالفتها ليست مقننة قانونياً أو لائحية، بل ليست إلا عملاً إرادياً للإدارة المتعاقدة ذاتها، وهو عمل لا يرقى لمرتبة النص القانوني أو اللائحي، ولا سيما أن القاعدة في تفسير النصوص الجزائية، هي التفسير في أضيق الحدود.

وفي كل الحالات، فإنه إذا قامت الإدارة باختيار إطار إجرائي محدد للعلائية والمنافسة، عند إبرام عقود الإشغال، فإن القضاء الإداري هو الذي يكون مختصاً في حال حدوث اختلاف حول التفسير القانوني للإجراءات التعاقدية، الذي وضعته الإدارة إرادياً عند إبرام العقد^(٦٤).

الفرع الثالث

الاستثناءات الناجمة عن اجتهاد القضاء

وهذه الاستثناءات ناجمة عن تدخل القضاء في إطار حل المنازعات العقدية المختلفة، وهي تتمثل أساساً في إمكانية إعادة تكييف عقد الإشغال إلى عقد آخر خاضع لالتزامات المنافسة الحرة والعلائية، وفي إمكانية الخضوع لالتزامات العلانية

Calandri. L, op.cit,p1133.

(٦١)

(٦٢) راجع: المادة ٤٣٢ - ١٤ من قانون العقوبات الفرنسي.

Lichère. F, Droit des contrats publics, Dalloz, Paris, 2014, p137.

(٦٣)

- Gohon. J.P, Le délit de favoritisme, AJDA 1994 p. 109.

Charmard- Heim.C, op.cit, n°36.

(٦٤)

المسبقة والمنافسة الحرة، نتيجة دخول الإشغال ضمن مركب عقدي يخضع في كليته لهذا الالتزام:

أولاً - إعادة تكييف عقد الإشغال إلى عقد آخر خاضع بدوره للالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة:

ويتمثل ذلك في تغيير تكييف العقد المطروح على القاضي من عقد إشغال مال عام إلى عقد آخر يخضع في إبرامه للالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، وهو ما يعني أنه إذا طرح عقد أمام القاضي الإداري الفرنسي على أساس أنه عقد إشغال مال عام، وتمكن من استخلاص عناصر عقد آخر في العقد المطروح والذي يخضع بدوره للالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، فإنه يقوم بتكييف العقد على أساس هذا العقد الأخير^(٦٥)، مع ملاحظة أن العقود التي تخضع للالتزامات العلانية والمنافسة بحكم القانون في فرنسا، وضمن إطار إجرائي معقد هي: عقود الشراء العام Contrats des marchés publics، وعقود تفويض المرفق العام، Contrats de délégation de service public، وذلك تحت طائلة بطلانها في حال مخالفة هذه الالتزامات^(٦٦).

وعلى هذا الأساس، فإنه إذا طرح عقد أمام القاضي الإداري، وتبين له أنه بالإمكان تكييف العقد ليس كعقد إشغال مال عام، إنما كعقد آخر يخضع للالتزامات العلانية والمنافسة، كأن يكون عقد شراء عام^(٦٧)، أو عقد تفويض مرفق عام^(٦٨)، فإن العقد يكون باطلاً عندئذ لعدم خضوعه للعلانية المسبقة والمنافسة الحرة، كما يفرضها القانون^(٦٩). لذلك فإننا سندرس فيما يلي إمكانية إعادة تكييف عقد إشغال المال العام إلى عقد تفويض مرفق عام أولاً، ثم ندرس إمكانية تكييف عقد إشغال المال العام إلى عقد شراء عام ثانياً:

Llorens. F, Typologie des contrats de la commande publique, Contrats. (٦٥) Marchés publics, 2005, Etude. N°7. P12.

Boiteau.C, Les conventions de délégation de service public, Le Moniteur. Paris, (٦٦) 2007, P93.et.S.

- Braconierr.S, Précis du droit des marchés publics, Le Moniteur. Paris, 2007, P290.et.S.

- Braconierr.S, Droit des services publics, P.U.F, Paris,2007, P521.

- Lachaume.J.F, Le formalisme,op.cit,p144.

C.E, Ass.4-2-2005, Société.J.C.De Caux.R.476.A.J.D.A, 2006,P.120. (٦٧)

C.E, 21-6-2000, S.A.R.L. La Plage chez Josephet fédération nationale des (٦٨) plages et restaurants, R.P282.,R.F.D.A, 2000,P707.

Vautrot-Schwarz.CH, La publicité...op.cit,p569. (٦٩)

١ - إعادة تكييف عقد إشغال المال العام إلى عقد تفويض مرفق عام:

في الحقيقة أن هناك تداخلاً واضحاً بين عقد الإشغال وعقد تفويض المرفق العام، وهذا التداخل يحدث عندما يتعلق المال العام محل الإشغال الخاص بنشاط ذي علاقة مع منفعة عامة، ولاسيما عندما يكون هذا النشاط متمثلاً في إشغال أبنية عامة لأجل القيام بنشاط ثقافي (مسارح، سينما، صالات، مراكز تدريب خيل، ملاعب.. إلخ)^(٧٠).

لقد وضع القضاء الإداري الفرنسي معيارين لتمييز عقد إشغال المال العام عن عقد تفويض المرفق العام، المعيار الأول هو معيار موضوعي، ويتعلق بطبيعة النشاط، وفيما إذا كان يشكل مرفقاً عاماً من عدمه؛ أي فيما إذا كان يشكل نشاطاً مصلحاً عامة Le caractère d'intérêt général أم لا يشكل ذلك، والمعيار الثاني هو ذو طبيعة ذاتية، ويتمثل في توجه إرادة الإدارة إلى تسيير مرفق عام، وهو ما يتحقق من خلال اتصال النشاط المتعلق بالمصلحة العامة مع شخص اعتباري عام، وهذا الاتصال بين الشخص الاعتباري العام ونشاط المصلحة العامة يتحقق من جهة عن طريق الامتيازات الاستثنائية الممنوحة للمفوض إليه (أي امتيازات السلطة العامة التي تعطى للمتعاقد في عقود تفويض المرافق العامة)، والمساعدات المالية المقدمة له (مثل تحمل بعض التكاليف بدلاً عنه، والإعفاء الكلي أو الجزئي من رسوم الإشغال، وضمانات القروض المقدمة له)، كما يتحقق من جهة أخرى من خلال تقييد المتعاقد بشروط محددة لاستثمار النشاط (مثل مواعيد فتح الإنشاءات المشيدة من قبل المتعاقد وإغلاقها، وتحديد مقدار الرسوم المفروضة على المنتفعين، والشروط المتعلقة برقابة الشخص الاعتباري العام على الشروط المالية والاقتصادية للاستثمار.. إلخ)^(٧١).

وعلى أساس هذه المعايير المعتمدة للتفرقة بين عقد إشغال المال العام وعقد التفويض، فإن مجلس الدولة الفرنسي استبعد تكييف عقد تفويض مرفق عام عن العقد المبرم بين مدينة باريس وإحدى الشركات، والذي عهدت بموجبه المدينة استغلال مقهى ضمن غابة Boulogne، حيث قضى المجلس أن نشاط مقهى L'ore du Bois، وإن تعلق هذا العقد باستقبال السياح ضمن سياسة الجذب السياحي، إلا أن ذلك ليس كفيلاً في حد ذاته، لأن يعطي لهذا النشاط طبيعة المرفق العام، ومن ثم لا يعد العقد عقد تفويض مرفق عام، وبناء على ذلك، فقد كَيَّفَ مجلس الدولة الفرنسي هذا العقد

(٧٠) Ho Si Fat, Comment distinguer de service public, et la convention d'occupation dominal? A.J.D.A, 2004 P2274.

Ho Si Fat, Ibid, P2278.

(٧١)

على أساس أنه من قبيل عقود إشغال المال العام على أساس المعيار الموضوعي، مع أنه ركز بشكل ثانوي على المعيار الشخصي حين ذكر أن أساليب استثمار الشركة لهذا المقهى لا يعكس نشاط مرفق عام، نتيجة عدم وجود أي علاقة بين الشخص العام المتعاقد من جهة، والنشاط محل العقد من جهة أخرى^(٧٢).

وفي نفس الإطار، وضمن حالة عقدية أخرى، فقد توصل مجلس الدولة الفرنسي إلى حل معاكس، حيث قضى أن العقد الذي يتضمن إشغالاً للمال العام مع استثمار بلاجات على الشاطئ، إنما يشكل عقد تفويض مرفق عام، ومن ثم يجب أن يخضع للالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة عند إبرامه، وذلك على أساس أن هذا العقد - وإن كان يتضمن الترخيص بإشغال المال العام - إلا أنه يتضمن أيضاً تنظيم استثمار جزء من الشاطئ، حيث إن المتعاقد كان مكلفاً بمراقبة الجرثوميات في الماء، وبأمن السابحين في الشاطئ، وهو ما يشكل دون شك، امتيازات سلطة عامة، وفي نفس الوقت فإن الإدارة المتعاقدة تمارس رقابة على تنفيذ المهام المذكورة من قبل المتعاقد^(٧٣).

ومن الملاحظ أن الاتجاهات اللاحقة لمجلس الدولة الفرنسي تذهب نحو تغليب تكييف عقد تفويض المرفق العام في مثل هذه الحالات العقدية، على حساب تكييفها كعقود إشغال مال عام، وذلك بالاستناد إلى التحليل الموضوعي للنشاط محل العقد، وليس عن طريق البحث عن العامل الذاتي المتجسد في إرادة الشخص الاعتباري العام المتعلقة بإنشاء مرفق عام بالنسبة لنشاط محدد^(٧٤). وقد برز ذلك في حكم M. Agofroy et autres، والذي تتلخص وقائعه في أن مدينة باريس قد أبرمت عقداً مع شركة المستودعات الباريسية، وأعطت بموجبه لهذه الشركة الحق بإشغال جزء من المال العام، وذلك لتقوم هذه الشركة بأنشطة غير تجارية، وذات طابع ثقافي بعد إشغالها للجزء المذكور، وبشكل مأجور، وبحيث يقوم المنتفعون من هذه الأنشطة بدفع رسوم ذات قيمة محددة من قبل الإدارة، في هذه الحالة، وفي مقام تكييف العقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن هذا العقد هو عقد تفويض مرفق عام، على الرغم من تضمينه إشغالاً للمال العام، وذلك لأن الشركة تمارس الأنشطة محل العقد بواسطة مدينة باريس وتحت رقابتها، وأن المهمة التي كلفت بها الشركة ذات الطابع الثقافي

C.E, 21-3-1999, Ville de Paris -C- Société l'orée du bois, concl. Bergeal. R. (٧٢)
P778-889-950, A.J.D.A, 1999, p.439. Note. M.Raunet et O.Rousset.

C.E, 21-6-2000, S.A.R.L. La Plage chez Joseph, précité. (٧٣)

Ho Si Fat, op.cit, P2278. (٧٤)

هي السبب في إعطاء الشركة المذكورة امتيازات سلطة عامة ضرورية لإدارة المرفق العام، ومن ثم يشكل هذا النشاط مرفقاً عاماً، ويكون العقد مثار الدعوى عقد تفويض مرفق عام خاضع للالتزامات العلانية والمنافسة عند إبرامه^(٧٥).

وبناء على ما تقدم من اجتهاد لمجلس الدولة الفرنسي، يمكن القول أنه لا يمكن تكيف العقد كعقد تفويض مرفق عام إنما كعقد إشغال مال عام، وذلك إذا كان المستثمر شاغل المال العام متمتعاً بالحرية الكاملة في نشاطه، ولا يملك أياً من امتيازات السلطة العامة، مثل تلك التي يمكن أن تمنح لمفوضي المرافق العامة، وفي نفس الوقت لا تفرض الإدارة مالكة المال العام أي رقابة عليه تتعلق بتسيير النشاط محل العقد، ولا تحتفظ الإدارة في هذه الحالة إلا بملكية العقار الذي يتم الإشغال عليه، دون أن تتدخل في تنظيم المشروع الذي يقام فوق عقار منتم إلى المال العام، مع جواز أن تعطي الإدارة رأيها في مقدار تعريفه الرسم المفروضة من قبل الشاغل في مواجهة الجمهور، إلا أن تحديد التعريف في هذه الحالة لا يتم من قبل الإدارة ذاتها، كما هو الحال في عقود التفويض، حيث تضع الإدارة المفوضة الشروط التنظيمية بإرادتها المنفردة، إنما يكون عقدياً خاضعاً لإرادة طرفي العقد^(٧٦).

ولكن بالمقابل لابد من التأكيد أن الإدارة لا تفقد وسائل الرقابة في معرض تنفيذ عقود إشغال المال العام، إلا أن الرقابة التي تمارسها الإدارة في هذا المجال ذات هدف مختلف، يتمثل في ضمان الاستخدام الأفضل للمال العام المشغول، وأن يكون استخدامه متناسباً مع الغاية من هذا المال وتخصيصه، ومن ثم فإن الرقابة تتمتع في هذه الحالة بذاتية قانونية مختلفة عن تلك المفروضة على المتعاقد في إطار عقود تفويض المرفق العام^(٧٧)، وهو ما يعني من حيث النتيجة أنه إذا وجدت الرقابة لضمان السير الأفضل لنشاط مرفق مفوض للمتعاقد، فإن ذلك يعد قرينة على وجود عقد تفويض مرفق عام، يخضع للالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، أما إذا وجدت الرقابة لضمان أن يكون الإشغال متناسباً مع الغاية من المال العام وتخصيصه، فإن في ذلك قرينة على وجود عقد إشغال مال عام، مما لا تلتزم الإدارة بشأنه بمراعاة التزامات المنافسة والعلانية.

C.E, 11-12-2000, M. Agofroyetautres, R.P607, A.J.D.A, 2001, P193, Note. M. (٧٥)
Renaut, et O. Rosset, R.F.D.A, 2001, P1277, concl. S. Austray.

Ho Si Fat, op.cit, P2280. (٧٦)

Kermorgant. M, op.cit, p2108. (٧٧)

ولكن قد يتضمن عقد الإشغال شرطاً يتعلق بضرورة مراعاة التزامات المرفق العام Obligations de service public، فهل يعد عندئذ عقد تفويض مرفق عام، ومن ثم يخضع لالتزامات العلانية المسبقة و المنافسة الحرة؟

لقد أجاب الفقه الفرنسي على هذا التساؤل، وأكد أن مثل هذا الاستعمال الاصطلاحي لا يعكس بالضرورة وجود تفويض مرفق عام، لأن معناه ينصرف من الناحية العملية إلى التزام الشاغل في معرض إشغاله للمال العام بالمحافظة على هذا المال، وأن يقوم بأعمال الصيانة اللازمة له، وأن يقوم بتنميته وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة، ومقتضيات مصلحة المال ذاته، وتخصيصه للمنفعة العامة^(٧٨).

وبناء على ما تقدم، فإن هذه الالتزامات التي تدرج عادة في عقود الإشغال، والتي تسمى التزامات المرفق العام، لا تفرض التزامات من شأنها أن تشكل علاقة حق شخصي، لأنها لا تفرض على الشاغل تحقيق أداء بدلاً عن السلطة العامة^(٧٩). لذلك فإن التزامات المرفق العام التي تنتج تفويضاً للشاغل لينهض بأداء نشاط مرفقي في مواجهة الغير، إنما تكون متميزة عن تنظيم النشاط على المال العام، وهي تخضع بشكل دقيق لرقابة السلطة العامة^(٨٠).

٢ - إمكانية إعادة تكييف العقد المتضمن إشغال مال عام إلى عقد شراء عام:

وتتعلق هذه الحالة بإمكانية إعادة تكييف العقد المتضمن إشغالاً للمال العام إلى عقد شراء عام، ومتى ما تبين للقاضي ذلك، فإن العقد يكون خاضعاً لالتزامات العلانية والمنافسة على أساس أحكام تقنين عقود الشراء العام الفرنسي^(٨١). وذلك بحسبان أن قانون عقود الشراء العام يحكم كل العقود التي يكون محلها تلبية حاجات الشخص

(٧٨) Ziani. S, Occupation du domaine public et intérêts économiques, Droit administratif, n°2, Février, 2014, Comm, 12.

(٧٩) Ziani. S, Service public et obligations de service public, Thèse, Strasbourg, 2013, P289- 308.

(٨٠) Ziani. S, Ibid, P308.

(٨١) الفقرة الثانية من المادة ١ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٢٠٠٦ - ٩٧٥، تاريخ ٢٠٠٦/٨/١ وراجع في الفقه:

Richer.L, Droits des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2014, P313 - p369.

وكذلك فإن المجلس الدستوري الفرنسي كرّس دستورياً مبدأ المساواة في الدخول إلى الطلب العام وعقود الشراء العام:

- C.C, 6-12-2001, Loi Murcef.Rec.P156, C.C, 26-6-2003, Simplification du droit, R.F.D,const,2003,772, Comm. Fatome.E et Richer.L.

العام المتعاقد المتعلقة بمهام المرفق العام، ومن ثم يكون محلها إما تحقيق إشغال أو توريد أشياء أو القيام بخدمات^(٨٢). وهو ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي بوضوح، حيث قضى بوجوب خضوع العقد الذي يتضمن إشغالاً للمال العام إلى التزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة عند إبرامه، طالما كان يخفي وراءه عقد شراء عام^(٨٣). وقد تجسد ذلك في قضية تتعلق بعقد أبرمته إحدى البلديات مع إحدى الشركات، وعلى أساس أن تقدم هذه الأخيرة خدمات محددة لصالح البلدية، مثل حماية الواقفين في انتظار وسائل المواصلات، أو إصاق اللوحات الإرشادية العائدة للبلدية، وذلك مقابل منح الشركة المتعاقدة التي تقدم هذه الخدمات إشغالاً لجزء من المال العام للبلدية، وإعفائها من رسوم الإشغال كلاً أو جزءاً^(٨٤). ويستنتج من هذا الحكم أن مجلس الدولة الفرنسي كيف العقد في هذه الحالة على أساس أنه من قبيل عقود الخدمات التي تعد بدورها أحد عقود الشراء العام، مما يقتضي إخضاعه عند إبرامه للالتزامات العلانية والمنافسة.

وتعد عقود الإجارة الحكرية الإدارية^(٨٥)، من أكثر العقود تداخلاً مع عقود الشراء

(٨٢) Braconnier. S, Précis du droit des marchés publics, op.cit, p91.

- Richer. L, Droits des contrats administratifs, op.cit, 2010, p381.

(٨٣) Auby. J.M- Auby.J.B - Terneyre.Ph, Droit administratif des biens, op.cit, p166.

- Gaudemet.Y, Droit administratif des biens, op.cit, p283.

(٨٤) C.E, 4-11-2005, Sté Jean - Claude Decaux, Cité par Auby.J.M- Auby.J.B - Terneyre. Ph, Droit administratif des biens, op.cit, p106, note. 2.

(٨٥) الإجارة الحكرية في القانون الخاص هي عقد يعطي بموجبه المؤجر للمستأجر (والذي يسمى المحتر Emphytéote)، حقاً عينياً يسمى الحكر Emphytéose، ولمدة تتراوح بين ١٨ و ٩٩ عاماً، وهذا الحق يكون قابلاً للتنازل والرهن والحجز، وفي فرنسا تنظم الإجارة الحكرية في القانون الخاص المادة ل. ٤٥١ - ١ من التقنين الزراعي Code rural الفرنسي على مايلي:

Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans; il ne peut se prolonger par tacite reconduction.

وراجع في الفقه الفرنسي:

- Tixier. J.L, Bail emphytéotique, Rep.D.civ, 2008, mis à jour: sep. 2012, p1.

- Richer. L, Droits des contrats administratifs, op.cit, 2014, P.543.

وقد صدر القانون رقم ٨٨ - ١٣، تاريخ ١٩٨٨/١/٥، وأباح الإجارة الحكرية على الأملاك العامة العقارية العائدة للجماعات الإقليمية، للاستفادة من رؤوس الأموال الخاصة في إطار

العام، مما قد يؤدي إلى إخضاعها إلى التزامات العلانية والمنافسة الحرة. ويتمثل ذلك في إمكانية إعادة تكييف عقد الإيجار الحكري إلى عقد إشغال عامة بحسبانه أحد أهم عقود الشراء العام، وذلك لأن المستأجر في عقد الإجارة الحكرية الإدارية يلتزم بإقامة مشيدات لحساب الجماعة المحلية المؤجرة، ولازمة لمرفق عام يقع ضمن نشاطها واختصاصاتها، أو يتعلق بتحقيق عملية مصلحة عامة، مع أحقية المستأجر حكرياً باستثمار هذه البنى المشيدة على المال العام^(٨٦)، ويبرر التداخل بين عقد الإجارة وعقد إشغال المال العام بطبيعة عقد الإجارة الحكرية في حد ذاته، والذي يقوم على منح حق استثمار المشروع على المال العام محل الإجارة، وإلا فلا يوجد داع للإجارة ذاتها، ويتحقق التداخل من خلال إقامة المشروع من قبل المتعاقد على المال العام محل الإجارة، ثم الحق في استثماره مع الالتزام بإعادته مع نهاية مدة الإجارة بحال جيدة، وعلى هذا الأساس فإن مثل هذا العقد يمكن أن يكيف كعقد إشغال عامة، وذلك لأنه يقوم في جوهره على إنجاز مشروع لمصلحة الإدارة على مال عام لقاء بدل محدد هو (استثمار المشروع)^(٨٧).

وقد تصدى مجلس الدولة الفرنسي لهذه المشكلة، حيث وضع الحدود الفاصلة بين عقد الإجارة الحكرية الإدارية وعقد الإشغال العامة، وبحيث يكون العقد عقد إجارة حكرية وليس عقد إشغال عامة، طالما أن الإدارة المتعاقدة لاتمارس دور صاحب المشروع Maitre d'ouvrage أثناء تنفيذ الأعمال التي ينجزها المستأجر حكرياً على

= تمويل الإشغال العامة التي تحتاجها هذه الجماعات، وكوسيلة لتنمية البنى الأساسية التي تقع ضمن صلاحيات هذه الجماعات، مع ملاحظة أن الأحكام التي أتى بها هذا القانون استقرت حالياً ضمن المادة ١٣١١-٢ من التقنين العام للجماعات المحلية الفرنسي، وبذلك أصبح مباحاً قانوناً إبرام الإجارة الحكرية الإدارية لإنشاء الحكر على أجزاء من المال الخاص أو العام للجماعات المحلية على حد سواء، وفي سبيل الاستفادة من التمويل الخاص للمشاريع العامة، بحيث إن الجماعة المحلية تمنح للأرض للغير الذي يقوم بتشيد مشروع عليها، والذي يؤول مع نهاية الإجارة إلى الجماعة المؤجرة بلا مقابل، وعلى أساس قاعدة الالتصاق L'accession المنصوص عليها في المادة ٥٥٢ من القانون المدني الفرنسي، راجع:

- Bernard. S, La recherché de rentabilité des activités publiques et le droit administratif, L.G.D.J, Paris, 2001, p233.
- De Gaudemar.H, La valorisation des patrimoines publics: quelle action pour les collectivités? La semaine juridique. A.C.T, 2013, N°41, P2297.

Richer.L, Droits des contrats administratifs, 2014, op.cit, P547. (٨٦)

Kermorgant. M, op.cit, p2108. (٨٧)

المال العام^(٨٨)، لأنها لا تمارس رقابة على الأوضاع الفنية للتنفيذ، ولا تقوم باستلام الأعمال بعد الإنجاز، بل لا تقوم باستلامها أبداً قبل انقضاء مدة الإيجار الحكري المحدد في العقد، كما أن الجماعة المحلية المؤجرة حكرياً لا تستفيد من دعوى المسؤولية العشرية في مواجهة المستأجر حكرياً^(٨٩)، ولا تتمتع بحقوق المالك على الأعمال والمشيدات ذاتها والمنفذة من قبل المستأجر حكرياً، قبل انقضاء مدة الإيجار^(٩٠).

وإذا كان لا يمكن تكييف عقد الإجارة الحكرية الإدارية كعقد إشغال عامة في ظل القانون الداخلي الفرنسي وفقاً للضوابط التي وضعها مجلس الدولة في هذا المجال، إلا أنه يمكن القيام بمثل هذا التكييف وفقاً للقانون الأوربي، ومن ثم فإن عقد الإجارة الحكرية الإدارية يمكن أن يكيف كعقد إشغال عامة استناداً للقواعد القانونية الأوربية التي تعد جزءاً من النسيج القانوني الفرنسي^(٩١). وذلك لأن القانون الأوربي لا يتطلب لتكييف عقد الإشغال أن تتوافر شروط صاحب المشروع في الإدارة المتعاقدة، وفي نفس الوقت فإن المستأجر حكرياً يحصل على مقابل هو استثمار المشروع مما يتوافق مع المفهوم الأوربي لعقود الإشغال التي لا تشترط في إطار التكييف القانوني لعقد الإشغال أن يكون المقابل المدفوع ثمناً فحسب، بل يكفي أن يكون بدلاً استثمارياً^(٩٢). وبالنتيجة فإن تكييف عقد الإجارة الحكرية الإدارية كعقد إشغال وفقاً للقانون الأوربي من شأنه أن يخضعه لأحكام العلانية المسبقة والمنافسة الحرة^(٩٣). لذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بوجود التزام يقع على عاتق الجماعات

(٨٨) راجع في مهام صاحب المشروع وصلاحياته:

- Braconier.S, Précis du droit des marchés publics, op.cit, p137.

(٨٩) راجع بشأن المسؤولية العشرية للمقاول في مواجهة الإدارة بحسبانها صاحب المشروع:

- Gaudemet.Y, Droit administratif des biens, op.cit, p653.

(٩٠) C.E, 25-2-1994, SOFAP - Morignan immobilier, R.F.D.A, 1994, 510, concl.Ar-righi de Cassanova.J.

(٩١) وفقاً للتوجيه رقم ١٨/٢٠٠٤، يعرف عقد الإشغال العامة بأنه: (ذلك العقد الذي يكون محله تنفيذ إشغال أو أعمال بناء أو أعمال هندسة مدنية، وذلك لقاء ثمن Prix مناسب، أو لقاء استثمار المشروع).

(٩٢) Braconnier.S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels,op.cit, n°52.

(٩٣) Braconnier. S, Ibid, n°52.

- Gaudemet.Y, Droit administratif des biens, op.cit, p283.

المحلية عن إبرامها لعقود الإجارة الحكرية الإدارية، ومناطق هذا الالتزام أن تتحقق هذه الجماعات، فيما إذا كان هذا العقد يشكل عقد إشغال عامة بمفهوم القانون الأوربي^(٩٤).

وبالمقابل، فإنه توجد مشكلة هامة في حالة خضوع عقد الإجارة الحكرية الإدارية إلى التزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة حسب القواعد القانونية الأوربية، وتتمثل هذه المشكلة في أن القانون الفرنسي الداخلي لا يعرف قواعد إجرائية خاصة تنظم إبرام مثل هذه العقود، وتبين قواعد العلانية والمنافسة الحرة واجبة الاتباع، ولحل هذه المشكلة يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه لا مندوحة من تطبيق قواعد إبرام عقود الشراء العام المتعلقة بالعلانية المسبقة والمنافسة الحرة، دون اشتراط التقيد بها حرفياً^(٩٥).

ثانياً - خضوع الإشغال لالتزامات المنافسة والعلانية في حالة المركب العقدي:

المركب العقدي Le montage contractuel هو عملية عقدية تتضمن عناصر إشغال مال عام من جهة، وعناصر عقدية أخرى، تخضع في نظام إبرامها إلى قواعد العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، مثل عقود تفويض المرفق العام، وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص^(٩٦). في هذه الحالة لا بد من تطبيق قواعد العلانية والمنافسة على كامل المركب العقدي^(٩٧)، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا النطاق، هو ذلك المتعلق بإمكانية تطبيق قواعد العلانية المسبقة والمنافسة الحرة على المركب العقدي، أيًا كانت درجة العناصر العقدية الخاضعة للعلانية المسبقة والمنافسة الحرة فيه، حيث استقر العمل في فرنسا على أن قواعد العلانية المسبقة والمنافسة الحرة لا تطبق على المركبات العقدية التي تتضمن عناصر إشغال المال العام وعناصر عقدية أخرى خاضعة لمثل هذه القواعد، إلا إذا كان المحل الرئيسي L'objet principal للمركب العقدي متعلقاً بعناصر عقدية خاضعة عند إبرامها لقواعد العلانية المسبقة والمنافسة الحرة^(٩٨). وهو الموقف الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي منذ

Foulquier. N, La passation des BEA, op.cit, P441. (٩٤)

Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, op.cit, n°52. (٩٥)

Terneyre.Ph, Les montages contractuels complexes, AJDA 1994 p. 43. (٩٦)

Vautrot-Schwarz. CH., La publicité et mis en concurrence, op.cit, p599. (٩٧)

- Auby.J.M- Auby. J.B - Terneyre. Ph, Droit administratif des biens, op.cit, p166.

- Gaudemet.Y, Droit administratif des biens, op.cit, p683.

Fatôme. E. Terneyre.PH, A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, AJDA 2009 p. 1868. (٩٨)

- Planian.S, La réception du bail emphytéotique administratif par le droit des contrats administratifs, mélanges en l'honneur du professeur M.Guibal, université Montpellier, 2006, T1, p726.

زمن طويل^(٩٩). وذلك على الرغم من انتقاد معيار المحل الرئيسي لتطبيق معيار العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، بحكم أنها تشكل مصدرًا لانعدام الأمن القانوني، لأن مثل هذه المركبات العقدية تظل غير خاضعة لإجراءات محددة لإبرامها^(١٠٠).

وقد تحققت هذه الحالة المتعلقة بالمركب العقدي المشار إليها، في صورة مركب عقدي يجمع بين أحد أهم عقود الإشغال وهو عقد الإجارة الحكرية الإدارية من جهة، وما أطلق عليه في فرنسا تسمية الاتفاق غير القابل للانفصال *La convention non détachable* من جهة أخرى، والذي يتضمن من حيث المحل تفويض إدارة مرفق عام، وفي مواجهة كل من هذين المحلين، لم يكن ممكناً تطبيق نظام قانوني مختلف بالنسبة لكل منهما على حدة، بل يجب أن ينظر إلى المركب العقدي بشكل إجمالي *Globalement*، وتطبيق معيار المحل الرئيسي المشار إليه، ومن ثم الأخذ بالنظام القانوني للعنصر الغالب^(١٠١)، ويعد العنصر الآخر في المركب العقدي تابعاً *Accessoire*، وهذا الحل اتبعه كل من مجلس الدولة الفرنسي^(١٠٢)، ومحكمة العدل الأوروبية^(١٠٣) بالنسبة لهذا النوع من المركبات العقدية، مع الإشارة إلى أنه في إطار هذا المركب العقدي المكون من عناصر إجارة حكرية إدارية واتفاق غير قابل للانفصال المتعلق بتفويض مرفق عام، فإن المحل الرئيسي غالباً ما يكون هو التفويض، وليس عنصر التشييد المتعلق بالإجارة الحكرية، حيث إن هذا الأخير يبدو عندئذ وسيلة ضرورية لتنفيذ المرفق محل التفويض، أي أنه يكون الوسيلة لتنفيذ المحل الرئيسي المتعلق بتفويض المرفق العام^(١٠٤)، وطالما كان الأمر كذلك، فإنه في كل مرة يوجد فيها مركب عقدي يجمع بين عناصر تفويض مرفق عام وإجارة حكرية إدارية، فإنه غالباً ما يكون هذا المركب خاضعاً للالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة عند إبرامه، بحكم التغليب الشائع لعناصر التفويض على عناصر الإجارة الحكرية الإدارية، ومن ثم فإنه لا يؤخذ بمبدأ الحرية الإجرائية الذي يقوم عليه إبرام عقود الإجارة الحكرية الإدارية بحسبانها من عقود إشغال المال العام، إنما يطبق مبدأ

C.E, 16-6-1994, n°356101, R.D.I, 1995, 733,obs, Auby.J.B et Maugué.C. (٩٩)

Fatôme. E. Terneyre. PH, A propos des règles de passation des contrats (١٠٠) publics, op.cit, p1893.

Planian.S, op.cit, p727. (١٠١)

C.E, Avis, 19-12-1995, E.D.C.E, 1995, n°47. (١٠٢)

C.J.C.E, 19-4-1994, Gestionhotelera, C-39-92, Rec.PI-1329. (١٠٣)

Planian. S, op.cit, p727. (١٠٤)

العلانية المسبقة والمنافسة الحرة على هدى القواعد القانونية المتعلقة بذلك عند إبرام عقود تفويض مرفق عام^(١٠٥).

كما أن مجلس الدولة الفرنسي خطا خطوة كبيرة باتجاه تغليب عناصر الشراء العام وتفويض المرفق العام مهما كانت في المركب العقدي^(١٠٦)، أي ترجيحها على عناصر الإشغال، وإن كانت ذات محل ثانوي، وعلى أساس القواعد القانونية الأوروبية التي تحتم تطبيق التزامات العلانية والمنافسة في كل الحالات التي توجد فيها عقود شراء عام أو التزام مرفق عام، أيًا كان وضع هذه الحالة من الناحية العقدية^(١٠٧).

وقد تدخل المشرع اللائحي الفرنسي أخيراً، لينظم حالة هذه المركبات العقدية من حيث خضوعها لالتزامات العلانية والمنافسة الحرة، في حال احتوائها على عناصر إشغال مال عام، وذلك بناء على نص المادة ١٣١١، - ٢ من التقنين العام للجماعات الإقليمية الفرنسية، والتي تنص - كما رأينا سابقاً - على ما يلي:

(.. إن إبرام عقود الإجارة الحكرية يخضع - إذا استلزم الأمر - إلى العلانية المسبقة والمنافسة الحرة وفقاً للأساليب التي تحدد بمرسوم تنفيذي)..

بعد ذلك صدر المرسوم التنفيذي المشار إليه في هذه المادة، وأشار إلى أن عقد الإجارة الحكرية الإداري لا يكون خاضعاً لالتزامات المنافسة والعلانية إلا إذا كان داخلياً في مركب عقدي، يتضمن عناصر تخضع لهذه الالتزامات (مثل عقود تفويض المرفق العام، وعقود الشراء العام، والشراكة بين القطاع العام والخاص)^(١٠٨)، أما إذا لم يدخل عقد الإجارة الحكرية الإدارية في مركب عقدي، وكان عقد إجارة حكرية بشكل بحت، فإنه في هذه الحالة، لا يخضع لالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، وعلى هذا الأساس اتجه بعض الفقه الفرنسي إلى تفسير عبارة (إذا استلزم الأمر) الواردة في المادة ر. ١٣١١-٢ سالف الذكر، على أساس خضوع عقود الإجارة الحكرية الإدارية لالتزامات المنافسة والعلانية إذا كانت تدخل عنصراً في مركب عقدي

(١٠٥) وذلك بمقتضى قانون ١٩٩٣/١/٢٩ (قانون سابان)، وهو الذي نظم إجراءات المنافسة الحرة و العلانية المسبقة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام، راجع:

- Braconier. S, Droit des services publics, op.cit, p510.

- Boiteau. C, Les conventions de délégation de service public, op.cit, p93.

- Lichère. F, Droit des contrats publics, op.cit, p90.

Bardon. C - Simonnet.Y, op.cit, p16. (١٠٦)

C.E, 4-11-2005, Sté Jean-Claude Decaux, n°247299. (١٠٧)

(١٠٨) المرسوم رقم ٢٠١١ - ٢٠٦٥ تاريخ ٢٠١١/١٢/٣٠.

يضم عناصر عقدية أخرى تخضع لمثل هذه الالتزامات عند إبرامها، وذلك بغض النظر عن كون هذه العناصر تمثل المحل الرئيسي في مواجهة الإجارة الحكرية الإدارية^(١٠٩).

Foulquier. N, La passation des BEA, op.cit, P441.

(١٠٩)

المبحث الثاني التطورات المعاصرة لالتزامات الشفافية الإدارية عند إبرام عقود إشغال المال العام

على الرغم من سيادة مبدأ الحرية الإجرائية في معرض إبرام عقود إشغال المال العام في فرنسا، إلا أن هناك جملة من العوامل المستجدة تتعلق بوجود إخضاع عقود إشغال المال العام على مختلف أنواعها إلى التزامات المنافسة والعلانية. وتتمثل هذه العوامل في إدراج قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية الإدارية من جهة (المطلب الأول)، وفي نمو تيار فقهي بارز في فرنسا يقول بوجود مبدأ عام للقانون يفرض المنافسة الحرة، وهو ما يعد أساساً قانونياً للقول بوجود التزامات الشفافية الإدارية عند إبرام عقود إشغال المال العام من جهة ثانية (المطلب الثاني)، وفي نمو المؤثرات القانونية والقضائية الأوروبية التي تقتضي ذلك من جهة ثالثة (المطلب الثالث)، وسوف نعرض لكل ذلك فيما يلي:

المطلب الأول إدخال قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية

يعد النشاط الاقتصادي *Activité économique* المجال الطبيعي لتطبيق قانون المنافسة في القانون الداخلي الفرنسي وفي القانون الأوروبي على حد سواء^(١١٠)، وبحسبان أن النشاط الاقتصادي هو كل نشاط يتشكل من تقديم أموال أو خدمات في سوق محددة^(١١١)، لذلك فقد صدر أمر ١٩٨٦/١٢/١ والمسمى بقانون المنافسة في

(١١٠) تحظر المادتان ٨١ و ٨٢ من اتفاقية الاتحاد الأوروبي الأفعال المتعارضة مع متطلبات المنافسة، والتي يمكن أن توجه ضد (المؤسسة *Enterprise*)، والمؤسسة بهذا المعنى هي: (الوحدة التي تمارس نشاطاً اقتصادياً بمعزل عن المركز القانوني لهذه الوحدة، وطريقة تمويلها..). راجع:

- Guézou.O, Droit de la concurrence et contrats publics, mélanges en l'honneur du professeur M.Guibal, université Montpellier, 2006, T1, p108.

وقد قررت محكمة العدل الأوروبية، أنه لا يوجد ارتباط بين مفهوم المؤسسة من جهة ومفهوم الربح من جهة أخرى، ومن ثم يمكن أن توجد مؤسسة تنخرط بالنشاط الاقتصادي، وتطبق عليها الأحكام القانونية للمنافسة، وإن لم تتوخ الربح:

- C.J.C.E,23-11-2009, Conismo.Aff.C.305-08,R.F.D.A, 2011, P377.

C.J.C.E, 18-6-1998, Commission - Italie.Aff. C-35-69,R.P3851.

(١١١)

فرنسا، تحت ضغط مؤسسات الاتحاد الأوروبي^(١١٢)، ومنذ صدور قانون المنافسة المذكور فقد نصت المادة ٥٣ منه (وهي الآن المادة ل. ٤١٠ من قانون التجارة الفرنسي) على ما يلي: (إن الأحكام المذكورة في هذا الأمر تطبق على كل أنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات، بما فيها الأنشطة التي تقوم بها الأشخاص العامة، وخصوصاً ضمن اتفاقات تفويض المرافق العامة^(١١٣))، ومن ثم فإنه منذ صدور أمر

(١١٢) كان لصدور أمر ١٩٨٦/١٢/١، أثر هام على مستوى الحياة الاقتصادية في فرنسا، حيث أصبحت أسعار الخدمات والمنتجات خاضعة إلى مبدأ التحديد الحر Le principe de libre détermination، وفي هذا التاريخ انتهت في فرنسا مرحلة التحديد الموجه لأسعار المنتجات والخدمات، والتي بدأت مع أمر ١٩٤٥/٦/٣٠، راجع:

- Linotte, D, L'évolution récente du régime administratif des prix, R.D.P, 1979, P1438. et.s.

وإن مبدأ التحديد الحر يفترض عدم تحديد أسعار المنتجات والخدمات جبراً من قبل الإدارة، إنما تحديد أسعارها عن طريق المنافسة ضمن السوق.

- Gérald-Hubrecht, H, Droit public économique, Dalloz, Paris, 1997, p280.

وقد تنبه المشرع الفرنسي إلى إمكانية أن يصبح التحديد الحر للأسعار ضمن آليات السوق مقولة وهمية وزائفة ما لم يوضع ضمن تنظيم قانوني مناسب، يهدف إلى حماية شروط الممارسة الصحيحة للمنافسة، لذلك ظهرت الحاجة إلى وجود تنظيم اقتصادي قوي يستطيع النهوض بمهمة الرقابة على ممارسة المنافسة ضمن السوق، وردع الأعمال المناوئة للمنافسة، والتي من شأنها إعطاء أسعار كاذبة للسلع والمنتجات والخدمات، لذلك أوجد المشرع الفرنسي سلطة اقتصادية إدارية، أطلق عليها تسمية مجلس المنافسة Conseil de la concurrence، راجع:

- Gérald-Hubrecht, H, ibid, P284.

- Nicinski, S, L'autorité de la concurrence, R.F.D.A, 2009, P1237.

إلا أن تعديلاً جذرياً حدث سنة ٢٠٠٨، حيث صدر القانون رقم ٢٠٠٨ - ٧٧٦ تاريخ ٨/٤/٢٠٠٨، والذي أوجد سلطة إدارية اقتصادية جديدة حلت محل مجلس المنافسة، أطلق عليها تسمية (سلطة المنافسة L'autorité de la concurrence)، ومنحها المشرع امتيازات وسلطات جديدة، راجع:

- Nicinski, S, Ibid, p285.

وعلى هذا الأساس، فقد ألغي أمر ١٩٨٦/١٢/١، وصار القانون رقم ٢٠٠٨ - ٧٧٦، هو المنظم لعمل سلطة المنافسة، وأدرجت أحكام هذا القانون في المادة ل. ٤٦١ - ١ وما بعدها من قانون التجارة الفرنسي، والتي عرفت سلطة المنافسة كما يلي:

L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante. Elle veille au libre jeu de la concurrence. Elle apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international.

وكذلك الحال أيضاً، بالنسبة للأحكام الأخرى للمنافسة حيث قننت أيضاً في قانون التجارة وفي المادة ل. ٤١٠ - ١ وما بعدها من القانون المذكور.

(١١٣) وهذه الفقرة الأخيرة المتعلقة بتفويض المرافق العامة أضيفت بمقتضى قانون ١٩٩٥/٢/٨.

١٩٨٦ سالف الذكر، فإن تطبيق أحكام قانون المنافسة على النشاط الاقتصادي للأشخاص العامة، لم يعد محل شك في فرنسا^(١١٤). لذلك تخضع لأحكام قانون المنافسة كل الأشخاص العامة التي يكون نشاطها إنتاجياً واقتصادياً، ولاسيما الشركات العامة، والمشاريع العامة Entreprises publiques، وقد أخضع القضاء الأوروبي النشاط الاقتصادي لقانون المنافسة، وإن تعلق بتصريف إداري، أو باستخدام امتيازات السلطة العامة^(١١٥)، وهو ما يعني أن القضاء الأوروبي طبق قانون المنافسة على الأشخاص العامة، بغض النظر عن صفتها كأشخاص عامة، أو الصيغة التي مارست عن طريقها هذه الأشخاص النشاط الاقتصادي^(١١٦)، إلا أن محكمة التنازع الفرنسية قيدت نطاق خضوع أنشطة الأشخاص العامة إلى قانون المنافسة، حيث استبعدت تطبيق قانون المنافسة على أنشطة السلطة العامة التي لا تتعلق بأي شكل (بنطاق القانون الخاص)^(١١٧). وهذا يعني أنه لا بد من التفرقة بين مركزين: حيث توجد من جهة أولى أنشطة إنتاج وتوزيع وخدمات تقوم بها الأشخاص العامة، وتتمتع بالطابع التجاري، وهي تثير تطبيق أحكام قانون المنافسة، وهي التي أطلقت عليها محكمة التنازع أنشطة السلطة العامة التي تتعلق (بنطاق القانون الخاص)، وهناك من جهة أخرى الأنشطة التي لا تتمتع بالطابع التجاري^(١١٨)، وضمن هذه الحالة الأخيرة يستبعد تطبيق أحكام قانون المنافسة، وذلك لأن مثل هذه الأنشطة تتصل في حقيقتها مع ممارسة امتيازات السلطة العامة، أو تنظيم المرافق العامة^(١١٩). وهي التي تمثل أنشطة السلطة العامة التي (لا تتعلق بنطاق القانون الخاص)، وهو ما ينتج عنه أن التدخلات الاقتصادية للأشخاص العامة تخرج من نطاق تطبيق قانون المنافسة، عندما

Colson. J.PH- Idoux. P, Droit public économique, L.G.D.J, Paris, 2014, p 475. (١١٤)

حتى شبه بعض الفقه الفرنسي دخول قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية الإدارية (بالغزو)، لأن هذا القانون أصبح يحكم كل الأنشطة العامة.

- Vautrot-Schwarz. CH, L'avenir de la publicité, op.cit, n°14.

- Gaudemet.Y, Droit administratif, op.cit, p 49.

C.J.C.E, 20-3-1985, Aff.41-83, Repub.Italienne - C- Comm. Rec. P873. (١١٥)

Guézou.O, Droit de la concurrence et contrats publics, op.cit, p110. (١١٦)

T.C, 6-6-1989, Préfet de la région II de France, Préfet de Paris -C- Cour d'appel de Paris et S.A.FDE, R.F.D.A, 1989, P465, Concl.Strin, A.J.D.A, 1989, P467, Note Bazex.M. (١١٧)

T.C, 4-11-1990, Sté Datasoprtrcaff. L.N.F, J.C.P.ed. G, 1997, II, 22802. concl. Arrighi.J. (١١٨)

Zevounou.L, Les usage de la notion de concurrence en droit, L.G.D.J, Paris, 2012, P157. (١١٩)

تنفذ كوسيلة لتصرفات السلطة العامة^(١٢٠)، وبذلك فإن محكمة التنازع قد وضعت علاقة سببية بين التصرف الإداري من جهة، وعدم قابلية تطبيق قانون المنافسة من جهة أخرى^(١٢١).

إلا أن هذا الوضع لم يستمر، إذ تدخلت محكمة التنازع تدخلاً آخر، سارت فيه بشكل واضح نحو إدراج قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية^(١٢٢)، وطالما صار قانون المنافسة ضمن مشتقات كتلة المشروعية، فإن تصرفات الأشخاص الاعتبارية العامة لا بد أن تكون متوافقة معه، وإن تعلق هذه التصرفات بممارسة امتيازات السلطة العامة، أو تنظيم مرفق عام. حيث رأت محكمة التنازع أن الأشخاص العامة يمكن أن تخضع لرقابة مجلس المنافسة (سلطة المنافسة حالياً)، ويمكن لهذا الأخير أن يفرض الجزاءات عليها لارتكابها أعمالاً مضادة للمنافسة، إلا أنه بالنسبة للأعمال المتعلقة بمهام المرفق العام، والتصرفات التي توجب على هذه الأشخاص ممارسة امتيازات السلطة العامة، فإن من يقدر مشروعيتها (في ضوء قانون المنافسة) هو القضاء الإداري وليس سلطة المنافسة، كما يختص القضاء الإداري بالبث في المسؤولية المترتبة على عاتق الأشخاص العامة، (بسبب مخالفة قانون المنافسة)^(١٢٣)، وبذلك صار بالإمكان تكييف جميع الأعمال الإدارية على أنها من قبيل الأنشطة الاقتصادية، ومن ثم قابلية تطبيق قانون المنافسة عليها^(١٢٤).

أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي، فقد اتجه إلى إدراج قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية الإدارية، و لاسيما بعد صدور قانون ١٩٩٥/٢/٢٢، الذي نص على تطبيق قانون المنافسة على عقود إدارية رئيسية كعقود تفويض المرفق العام^(١٢٥)،

- Colson.J.PH- Idoux. P, op.cit, p476.

Berlin.D, Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence, (١٢٠) A.J.D.A, 1995, P259.

- Colson. J.PH- Idoux. P, op.cit, p476.

- Zevounou.L, op.cit, P157.

Guézou. O, Droit de la concurrence et contrats publics, op.cit, p.108. (١٢١)

T.C, 4-11-1996, Société Data sport -C- Ligne nationale de football, R. (١٢٢) p552,J.C.P, 1997, II, 22802, Concl. Casanova. A, A.J.D.A, 1997, P203.

Colson.J.PH- Idoux.P, op.cit, p478. (١٢٣)

T.C, 18-10-1999, A.D.P, R.P469, A.J.D.A, 2000, P1030, Note. Bazex. M. (١٢٤)

وراجع في الفقه:

- Guézou.O, Droit de la concurrence et contrats publics, op.cit, p.108.

Zevounou. L, op.cit, p158. (١٢٥)

وعلى أساس أن مثل هذا الإدراج من شأنه أن ينهي الانتقادات التي وجهت لمواقف القضاء الإداري بهذا الصدد، والتي أنتجت مناطق حصانة Zones d'immunités لصالح الأشخاص العامة في مواجهة قانون المنافسة، وقد تعزز ذلك مع رسوخ اقتصاد السوق في فرنسا^(١٢٦).

وعلى هذه الأرضية، فإن مجلس الدولة الفرنسي أصبح يأخذ هذه الكتلة من القواعد القانونية المتعلقة بقانون المنافسة، ضمن رقابة مشروعية التصرفات القانونية الإدارية، وقد بدأ المجلس أولاً بتطبيق أحكام قانون المنافسة المتعلقة بالقانون الأوربي، وذهب في هذا الاتجاه لأول مرة سنة ١٩٩٦، حيث أثار عملاً مضاداً للمنافسة صادراً عن الإدارة، وتمثل ذلك العمل بالتعسف في الوضع المهيمن^(١٢٧).

وفي الحقيقة، إن هذه الأعمال المضادة للمنافسة التي تنص عليها أحكام القانون الأوربي، مقننة حالياً في قانون التجارة الفرنسي^(١٢٨)، لذلك فإن هذه الأحكام الداخلية المتعلقة بالمنافسة لم تعد غريبة على القاضي الإداري الفرنسي، وأصبح تطبيقها حقيقة واقعة، وهو ما أدى بدوره إلى توالي الأحكام التي تدرج قانون المنافسة بمصدره الأوربي والداخلي ضمن كتلة المشروعية التي يجب أن تقوم عليها التصرفات الإدارية^(١٢٩) وتم الاعتراف نتيجة لذلك بإمكانية أن يكون التصرف القانوني الإداري (عقداً كان أم قراراً) وسيلة لعمل مضاد للمنافسة، منسوب إلى الإدارة ذاتها، ولاسيما في مجالي التعسف في الوضع المهيمن Position dominante والتواطؤ Entente^(١٣٠). إلا أنه وعلى الرغم من ذلك، فقد رأى بعض الفقه الفرنسي أنه لا بد للقضاء الإداري أن يعمل على التوفيق بين قانون المنافسة من جهة، والمصالح العامة التي تأخذها الإدارة على عاتقها من جهة أخرى^(١٣١).

Bréchon-Moulines. C, La place du juge administratif dans le contentieux (١٢٦) économique public, A.J.D.A, 2000, P679.

C.E, Sect, 8-11-1996, Fédération des sociétés d'assurance et autres, A.J.D.A, (١٢٧) 1997, Chron, Chauvaux. D et Girardot. T.X, P142.

(١٢٨) وذلك ضمن المادتين ل. ٤٢٠ - ١ و ل. ٤٢٠ - ٢.

C.E, 3-11-1997, Société Million et Marais, G.A.J.A, Concl. Stahl. (١٢٩)

- C.E, 29-7-2002, Société Cegedim, R.P280, G.C.J.E.G, 2003, P16, concl.

Maugué, A.J.D.A, 2002, P1072, Note Nicinski.

Chérot. J.Y, Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la (١٣٠) concurrence, A.J.D.A, 2000, P687.

Zevounou. L, op.cit, p159. (١٣١)

لذلك فقد رأى الأستاذ Gaudemet أن السلطات الإدارية لا يمكن أن تنظم إدارة المرافق العامة ضمن الأحوال التي تتجاهل فيها متطلبات قانون المنافسة، وهو ما ينتج عنه أن هذه السلطات لا يمكن أن تبرم تصرفات من شأنها أن تزيّف المنافسة من حيث المحل أو الأثر، وإن هذا التوفيق بين المرفق العام والمنافسة هو توفيق طبيعي، وذلك لأن المرفق العام يجب أن ينظر إليه كسوق، ويخضع لقانون السوق، وإن تكييف نشاط ما على أنه من قبيل المرافق العامة لا يعني أبداً عدم تطبيق القواعد العادية للأنشطة الاقتصادية على هذا النشاط، وفي طليعتها الأحكام القانونية المتعلقة بالمنافسة^(١٣٢)، وهذه النظرة ذاتها عبّر عنها المقرر العام لدى مجلس الدولة الفرنسي Combrexelle حين طالب مجلس الدولة الفرنسي بالتطور لإيجاد قانون جديد للمرفق العام يوفق بين المقتضيات التقليدية من جهة، والمقتضيات المتعلقة بقانون المنافسة من جهة أخرى^(١٣٣).

ومن جانب آخر فقد اتضحت في فرنسا حالياً النظرة الاقتصادية للملكية العامة^(١٣٤)، من حيث إنها ثروة يجب على الشخص العام أن ينميها ويستثمرها، وأن الفعاليات الاقتصادية الخاصة تنظر إليها بحسبانها مركزاً هاماً لأنشطتها الاقتصادية، مما يعني أن المال العام يعد مصدراً رئيسياً Ressource essentielle بالمعنى الاقتصادي^(١٣٥)، ومن ثم لا بد من القول بالنتيجة لذلك، أن المال العام يشكل سوقاً، وينطبق عليه قانون السوق Loi du marché، المتعلق بالعرض والطلب، ويستوعب

Gaudemet.Y, Droit administratif, op.cit,p.p.49.50. (١٣٢)

Combrexelle.J.D, Concl.C.E, 17-11-1997, Ordre des avocate à la cour de Paris, (١٣٣) A.J.D.A, 1998,P362.

(١٣٤) وإضافة إلى ما تقدم فقد ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى القول بوجوب تحديث إدارة المال العام، وذلك على أساس العقلنة الاقتصادية La Rationalisation économique للمال العام بحسبانه ذمة مالية Patrimoine؛ ولاسيما أن مبدأ عدم المساس بالمال العام استبعد جزءاً كبيراً من الأنماط الحديثة للتطوير الاقتصادي، راجع:

Juen, Ph, La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels, RDI 2000. P121.

وعلى أن يكون ذلك عن طريق التخفيف من حدة حماية المال العام؛ لأن مبدأ عدم المساس بالمال العام قد استبعد جزءاً كبيراً من الصيغ الحديثة للتطوير الاقتصادي، مع التوجه في نفس الوقت للمطالبة بفرص اقتصادية للاستثمار على هذا المال. راجع:

Fatôme. E, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA 2003 p. 1192.

Vautrot-Schwarz. CH, L'avenir, op.cit, N°35. (١٣٥)

علاقات القوى الاقتصادية عليه^(١٣٦)، وإن إشغاله بحكم المنطق الاقتصادي، يشكل أفضلية مرغوبة un avantage convoité من قبل الفاعلين الاقتصاديين^(١٣٧).

وإذا كان الأمر كذلك، وصار واضحاً الإدراج الكامل لقانون المنافسة الأوروبي والداخلي ضمن كتلة المشروعية أمام القضاء الإداري الفرنسي، فإن ذلك جعل المنافسة تحكم في الوقت الحاضر كل أنشطة الإدارة مع الفاعلين الاقتصاديين^(١٣٨) Opérateurs économiques، وهو ما يقتضي عدم مشروعية أي تصرف تقوم به الإدارة ويتم بموجبه تقييد المنافسة لمصلحة فاعلين اقتصاديين محددين^(١٣٩)، وهو ما يعني من حيث النتيجة أن قانون المنافسة ذاته يضع التزاماً هاماً على عاتق الإدارة المالكة للمال العام، ومناطق هذا الالتزام أن تبرم عقود إشغال المال العام ضمن إجراءات تنافسية^(١٤٠)، وهذا الالتزام لا يشمل عقود الإشغال فقط، بل يمتد أيضاً إلى أسناد إشغال المال العام ذات الطابع الانفرادي، أي تلك التي تبيح الإشغال بناء على قرارات إدارية^(١٤١). وإن أساس هذا الالتزام يتمثل ببساطة في حظر تزييف المنافسة ضمن سوق محددة، بحسبان أن ذلك يعد عنصراً من عناصر المشروعية الداخلية (حسب المادة ٤٢٠ - ١ - ١ من قانون التجارة)، كما يعد عنصراً في المشروعية الأوروبية (المادة ٨٢ من معاهدة الاتحاد الأوروبي)^(١٤٢)، لذلك فإن هناك قيوداً على

Braconier. S, Domaine public: la liberté du commerce et de l'industrie (١٣٦) réhabilitée, mais bridée, AJDA 2012 p. 1129.

Vautrot-Schwarz.CH, L'avenir, Ibid, N°13. (١٣٧)

(١٣٨) هناك تعريف جديد للمتعاقد في إطار العقود العامة Les contrats publics؛ وهو تعريف ذو طبيعة اقتصادية، حيث إن النصوص القانونية الحديثة، تستخدم مصطلح (الفاعل الاقتصادي Opérateur sur le marché concurrentiel)، أو (العامل في السوق الاقتصادية Opérateur économique)، وهذان التعبيران يغطيان كل أنواع المتعاقدين ضمن أنواع العقود العامة المختلفة، بحسبان أن وضع الفاعل الاقتصادي أو العامل في السوق التنافسي هو وضع العارض الاقتصادي Offreur économique الذي ينجز نشاطاً اقتصادياً، ويقدم أداء معيناً. وهذا التعريف الاقتصادي للمتعاقد استخدم من قبل الاجتهاد القضائي الإداري المعاصر أيضاً. راجع:

Guézou. O, Contrats publics et politique de la concurrence, R.F.D.A.,2014, P63.P64.

Bourdon. P, op.cit, P301. (١٣٩)

Vautrot-Schwarz. CH, La publicité et mis en concurrence, op.cit, p568. (١٤٠)

Vautrot-Schwarz. CH, ibid, p598. (١٤١)

Gaudemet. Y, Droit administratif des biens, op.cit, p683. (١٤٢)

الحرية التي يتمتع بها الشخص العام في إدارة ماله العام، ويتمثل هذا القيد في ضرورة احترام قانون المنافسة، ولاسيما عند إبرام العقود التي تؤدي إلى اختيار الشاغل الخاص للمال العام^(١٤٣). إذ إن سيادة المنافسة الحرة هي التي تجيز للإدارة وللفاعلين الاقتصاديين المتنافسين الاختيار التعاقدى الحسن في هذا المجال^(١٤٤).

وعلى هذا الأساس، فإنه لا يجوز للشخص العام أن يحرص أحد العاملين الاقتصاديين في السوق على ارتكاب أعمال مضادة للمنافسة، كما لا يجوز أن يكون هو نفسه مداناً بعمل مضاد للمنافسة، عن طريق غياب العامل التنافسي عند إبرام عقود الإشغال^(١٤٥)، ومما يؤدي إلى التعاقد مع البعض لإشغال المال العام، واستبعاد آخرين^(١٤٦). ومن ثم فإنه إذا رفض الشخص العام الإشغال للبعض، وأبرم عقداً مع أحد العاملين الاقتصاديين في السوق، فإنه يكون هو ذاته مداناً بفعل التعسف في الوضع المهيمن L'abus de position dominante، بحسبانه تجاوزاً على بنية المنافسة وعلاقتها، ينجم أساساً عن التفرد في القوة الاقتصادية ضمن السوق^(١٤٧). وفي نفس الوقت فإنه عندما يبرم الشخص العام عقد إشغال مع أحد العاملين الاقتصاديين في السوق دون غيره، فإنه يمنحه عندئذ حقاً حصرياً، ومن ثم يعطيه ميزة تنافسية في سوق محددة^(١٤٨)، وهذه الميزة التنافسية كافية في حد ذاتها لتزييف ممارسة المنافسة الحرة في السوق، ومن ثم يصبح المستفيد من مثل هذا العقد متمتعاً بوضع مهيمن في سوق الأموال العامة، بسبب منحه هذا الحق

Vautrot-Schwarz. CH, ibid, p598. (١٤٣)

Guézou.O,op.cit, p633. (١٤٤)

(١٤٥) يرى جانب من الفقه الفرنسي أن المبادئ القانونية للعقود العامة توجد ضمن السوق الاقتصادية المحكومة بسياسة المنافسة Politique de la concurrence، حيث إن العلاقة تكون واضحة جداً بين الالتقاء القانوني Rencontrejuridique للرضا، والالتقاء الاقتصادي للعرض والطلب، فالعقد ليس إلا علاقة بين العارضين Offreurs والطالبين Demandeurs في السوق، ومن ثم فإن العقد هو الخلية الأساسية Cellule de la base للتنظيم الاقتصادي، والوسيلة الأهم للتعبير عن حرية المنافسة. راجع:

Guézou. O, Ibid, P632.

Vautrot-Schwarz. CH, ibid, p598. (١٤٦)

Gérald-Hubrecht, H, ibid, P202. (١٤٧)

Colson.J.PH- Idoux.P, op.cit, p467.

- Vautrot-Schwarz.CH, La publicité..., op.cit, p569.

Gaudemet.Y, Droit administratif, op.cit, p350. (١٤٨)

الحصري^(١٤٩). وإذا كان منح الحقوق الحصرية أو الخاصة لا يعد محظوراً بشكل مطلق وفقاً لما اتجهت إليه محكمة العدل الأوروبية^(١٥٠)، إلا أن منحها يصير غير مشروع إذا كان سلوك شاغل المال العام من شأنه أن يشكل تعسفاً في الوضع المهيم، وذلك عن طريق استخدام الأفضلية التي يمنحها هذا الحق الحصري^(١٥١). ويعد هذا النمط من التعسف في الوضع المهيم من النمط التلقائي L'abus automatique، لأنه يتشكل من وضع عامل اقتصادي في السوق ضمن مركز الذي يقوده بالضرورة إلى ارتكاب أعمال مضادة للمنافسة^(١٥٢)، مع ملاحظة أن التعسف التلقائي في الوضع المهيم يعد من الأفعال التي تصدى لها القضاء الإداري الفرنسي، ورتب على اقترافها جزاء وهو إلغاء التصرفات الإدارية التي انطوت على مثل هذه الأفعال^(١٥٣). وهو ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي تماماً وبدقة في مجال إشغال المال العام إشغالاً خاصاً، حيث قرر المجلس: (يحظر على الأشخاص العامة أن ترخص استخدامات المال العام التي تضع المستفيدين منها، في مركز يجيز لهم التعسف في الوضع المهيم في السوق)^(١٥٤).

وإذا كانت فكرة التعسف التلقائي في الوضع المهيم تفترض أن ينتج عن عمل الإدارة وضع عاملين اقتصاديين محددين في مركز من شأنه أن يؤدي بحكم الضرورة إلى تجاهل قانون المنافسة، فإن هذا الوضع يتحقق تماماً في حال إبرام عقود

Vautrot-Schwarz.CH, La publicité, op.cit, p568. (١٤٩)

C.J.C.E, 23-4-1991, Hofher et Elser. N°C-41-90. (١٥٠)

Vautrot-Schwarz. CH, La publicité, op.cit, p602. (١٥١)

Colson. J. PH- Idoux.P, op.cit, p467. (١٥٢)

C.E, 8-11-1996, Fédération français des societies d'assurance et autres, (١٥٣)
Rec.P441, A.J.D.A, 1997, p142, Chron. Chauvaux et Girardot.

C.E, 26-3-1999, Société EDA, A.J.D.A, 1999, p427.concl.Stahl. note. Bazex. (١٥٤)

حيث قرر مجلس الدولة في هذا الحكم أنه إذا كان يحق للسلطة الإدارية مالكة المال العام أن تتولى إدارة هذا المال ضمن مصلحة المال ذاته، ومقتضيات تخصيصه، إلا أنه يجب عليها من جهة أخرى، أن تأخذ بعين الاعتبار القواعد المختلفة، ولاسيما تلك المتعلقة بالمنافسة، وذلك عندما تكون أجزاء من المال العام محوراً لأنشطة إنتاج وتوزيع، أو محوراً لأنشطة خدمات، ومن ثم فإن القاضي الإداري أقر أن الإدارة المالكة للمال العام، يجب أن لا ترتكب تعسفاً في الوضع المهيم، عند منح تراخيص الإشغال (الانفرادية والعقدية)، وإن عدم المشروعية في هذه الحالة يتحقق من خلال وضع (شريك) للإدارة في وضع التعسف في الوضع المهيم، راجع:

Laget-Annamayer. A, op.cit, p1207.

الإشغال بلا علانية مسبقة أو منافسة حرة، بل يكون التعسف التلقائي واضحاً في هذه الحالة^(١٥٥)، وذلك لأن الإدارة التي تدير جزء المال العام محل الإشغال تتلقى عروضاً من عدد من العاملين الاقتصاديين، ولكن مع ذلك تقوم الإدارة بإبرام عقد الإشغال مع عدد أقل من هؤلاء المتقدمين لشغل المال العام، وغالباً ما يتم إبرام العقد مع واحد منهم، ومن ثم فإن مركز التعسف التلقائي يتكون عندما يسند إشغال المال العام عقدياً لعدد من الشاغلين أدنى من حجم العاملين الاقتصاديين في السوق^(١٥٦)، أي أن الإدارة التي تدير المال العام محل الإشغال، تقوم بعمل من شأنه حصر الإشغال L'exclusivité d'occupation، لذلك فإن العقد المبرم في هذه الحالة يمكن أن يكتفح كحق حصري أو خاص وفقاً لقانون المنافسة^(١٥٧).

وعلى هدى ما تقدم، عندما يكون المال العام مركزاً لنشاط اقتصادي، فإنه يجب تطبيق قانون المنافسة، وذلك في إطار إبرام عقود إشغال ذلك المال إشغالاً خاصاً، وذلك تحت رقابة القاضي الإداري^(١٥٨)، والذي يجب عليه أن يوفق بين المصلحة العامة المرتبطة بالضرورة مع إدارة المال العام من جهة، وأخذ حماية المصالح الخاصة بالحسبان من خلال ضمانات المنافسة من جهة أخرى^(١٥٩)، وإن الإدارة مالكة المال العام محل الإشغال، تجيز للشاغل - الذي أبرمت معه عقد إشغال بلا علانية ومنافسة - أن يرتكب تعسفاً في الوضع المهيمن، وإن اللجوء إلى إجراءات المنافسة والعلانية عند إبرام عقود الإشغال هو الوسيلة الوحيدة لإيجاد شروط متساوية وغير تمييزية بين مختلف العاملين الاقتصاديين المرشحين للإشغال، ومما يجنب الإدارة ارتكاب العمل المضاد للمنافسة، حين تقتصر على التعاقد مع جهة معينة بذاتها، دون جهات أخرى يهملها أمر إشغال المال العام محل العقد^(١٦٠).

ومن الملاحظ أن المادة ل ٤٢٠، -٣ من قانون التجارة الفرنسي تنص على أنه: يكون باطلاً كل اتفاق أو شرط عقدي يتضمن العمل المحظور بمقتضى المواد ل ٤٢٠،

Vautrot-Schwarz.CH, La publicité..., op.cit, p.603. (١٥٥)

Vautrot-Schwarz.CH, La publicité..., op.cit, p603. (١٥٦)

Braconier.S,Domaine Domane public: la liberté du commerce et de l'industrie (١٥٧) réhabilitée.op.cit, 1129.

Chamard-Heim.C, Traité de droit administratif, Les propriétés publiques, (١٥٨) Dalloz, Paris, 2011, T2, P320.

Laget-Annamayer. A, op.cit, p1207. (١٥٩)

Vautrot-Schwarz. CH, La publicité..., Ibid, p603. (١٦٠)

- Chamard-Heim.C, op.cit, p320.

١- أو ل. ٤٢٠-٢ (المتعلقة بحظر التعسف في الوضع المهيمن)، وبحسبان أن قانون المنافسة كما رأينا أصبح من عناصر المشروعية الإدارية، فإن ذلك كله يعني من حيث النتيجة أن يطبق القضاء الإداري الفرنسي هذا الحكم الوارد في المادة ٣٢٠ -٣ من قانون التجارة، وهو ما يستلزم بدوره بطلان العقود التي ترخص بإشغال المال العام، والتي تتضمن مخالفة للالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، وتكافؤ الفرص بين المرشحين المحتملين عند إبرامها^(١٦١). ومن جهة أخرى، وبناء على إدراج قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية أيضاً، فإنه يمكن القول، إن قيام الإدارة بإبرام عقد إشغال المال العام دون علانية مسبقة أو منافسة حرة، يمكن أن يدخل الإدارة ومتعاقداتها تحت طائلة المادة ل ٤٢٠، ١-١ من قانون التجارة الفرنسي، والتي تنص على حظر أي تواطؤ في السوق^(١٦٢)، وذلك لأن استئثار عامل اقتصادي معين بحصة من سوق إشغال المال العام عن طريق عقد مبرم مع الإدارة، من شأنه أن يشكل اتفاقاً يحد من دخول العاملين الاقتصاديين الآخرين إلى هذا السوق، أو يمنع الممارسة الحرة للمنافسة بين كل العاملين الاقتصاديين، كما أن التواطؤ يبرز بشكل واضح لأنه لا يفصح عن تحديد واضح للأسعار في معرض العلاقة التعاقدية بين الإدارة والشاغل، فعقد الإشغال يستلزم دفع رسم إشغال من قبل الشاغل ولمصلحة الإدارة، وفقاً لتقنين ملكية الأشخاص العامة الفرنسي، ولا تكون قيمة هذا الرسم صادقة وحقيقية، إلا إذا تم تحديدها عن طريق آليات المنافسة ضمن السوق^(١٦٣)، وهو ما يتحقق معه مانع من التحديد الحر للأسعار عن طريق المنافسة الحرة في السوق، وفقاً للأحكام القانونية الخاصة بالمنافسة^(١٦٤).

المطلب الثاني

إمكانية وجود مبدأ عام للقانون يفرض حرية المنافسة

ذهب جانب من الفقه الفرنسي، إلى إمكانية تأسيس التزام الإدارة بمراعاة التزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة عند إبرام عقود إشغال المال العام، على

Colson. J.PH- Idoux.P, op.cit, p468. (١٦١)

(١٦٢) وقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن ذلك بوضوح: "إن الأشخاص العامة تخضع للأحكام القانونية للمنافسة والمتعلقة بحظر التعسف في الوضع المهيمن في السوق، والتواطؤ"، راجع حكمه الصادر بتاريخ ١١/٣/١٩٩٧، في قضية Million و Marais، منكور سابقاً.

Colson.J.PH- Idoux.P, op.cit, p464. (١٦٣)

(١٦٤) المادة ٤٢٠ -١-٢ من قانون التجارة الفرنسي.

أساس وجود مبدأ عام للقانون يفرض حرية المنافسة Principe général du droit de libre concurrence^(١٦٥). ويمكن استنتاج ذلك من خلال وجود علاقة على مستوى المضمون بين مبدأ المنافسة الحرة من جهة، ومبادئ أخرى من المسلم أنها تعد من المبادئ العامة للقانون من جهة أخرى، ويأتي في طليعة هذه المبادئ الأخيرة مبدأ حرية الصناعة والتجارة، والذي يعد مبدأً عاماً للقانون وفقاً لقانون ١٧/٣/١٧٩١^(١٦٦)، وهو يحظر على الإدارة تقييد الأنشطة التجارية والصناعية للأشخاص الخاصة، ولاسيما عن طريق تدابير الضبط الإداري^(١٦٧)، كما أنه يفترض حرية المنافسة والمساواة في الظروف والمعطيات بين مختلف الفاعلين الاقتصاديين^(١٦٨)، وهو ما يؤدي من حيث النتيجة إلى منع الأشخاص العامة من القيام بأنشطة ذات طبيعة من شأنها أن تزييف المنافسة الحرة، لأن تزييف المنافسة يشكل في حد ذاته قيداً على النشاط الصناعي أو التجاري الحر^(١٦٩).

وفي الحقيقة إن هذا الاقتران بين حرية المنافسة ومبدأ حرية التجارة والصناعة، أدى إلى جعلهما عنصرين لمبدأ أكثر شمولاً واتساعاً، هو مبدأ حرية العمل^(١٧٠) La liberté d'entreprendre، ومن ثم يكون لحرية العمل مظهران: المظهر الأول هو

Linotte. D, Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence? (١٦٥) AJDA 2005 p. 1550.

Linotte. D, ibid, p1552. (١٦٦)

(١٦٧) حيث حكم مجلس الدولة الفرنسي بما يلي: (.إن من حق الإدارة تنظيم لصق الاعلانات محلياً في منطقة الإعلان المخصصة لذلك وفقاً للمادة ١٠ من قانون ١٩٧٥/١٢/٢٨ المتعلقة بالإعلان، ومن حقها لذلك تحديد شروط وأماكن لصق الإعلانات، وأن تحظر لصقها، أو أن تحظر أنواعاً معينة منها، ولكن يجب على الإدارة عندما تقوم بتنظيم عملية الإعلان تلك، أن تأخذ بالحسبان حرية الصناعة والتجارة، وقواعد المنافسة..).

راجع حكم المجلس الصادر بتاريخ ٢٢/١١/٢٠٠٠، في قضية S.Letp Publicit، والمنشور في A.J.D.A, 2001, ص١٩٨، مع ملاحظات M.C Rouault.

Bourdon.P,op.cit,p299. (١٦٨)

Colson.J.PH- Idoux.P, op.cit, p102 et s. (١٦٩)

(١٧٠) وأقر هذا المبدأ لأول مرة سنة ١٧٩١، وهو يتضمن في الحقيقة نظام اقتصاد السوق، وهو يعني من حيث النتيجة حرية كل شخص في أن ينشئ مشروعاً، في مجال اختياره، ووفقاً لما يراه، وفي أن يدير مصالحه بالصورة المثلى، ومن ثم فإن الحرية هي التي تحكم إنشاء المشاريع وتنظيمها وإدارتها، ولكن هذه الحرية الفردية لا تكون مطلقة بل يورد القانون عليها قيوداً، إلا أن هذه الأخيرة تظل استثناءات على القاعدة، علماً أن بعض الفقه الفرنسي، يرى أذ كل من مفهومي حرية العمل وحرية التجارة والصناعة على سبيل الترادف، راجع: Blaise.J.B, Droit des affaires, L.G.D.J, Paris, 2013, p281.

حرية الصناعة والتجارة، وهو ذو قيمة دستورية، وفقاً لما أقره المجلس الدستوري الفرنسي^(١٧١). أما المظهر الثاني فهو حرية المنافسة، وهو يتمتع بالقيمة التشريعية^(١٧٢).

ومن جهة أخرى، فإن مبدأ حرية المنافسة يقترن مع مبدأ آخر له قيمة دستورية، هو مبدأ المساواة، وإذا كان من المسلم به أن للمساواة أنماطاً مختلفة^(١٧٣)، إلا أن النمط الهام للمساواة في مجال العقود العامة هو المساواة الاقتصادية، إذ إنه لا يمكن الحديث عن المساواة الاقتصادية دون الحديث عن المنافسة الحرة، لذلك يمكن القول أن المنافسة الحرة هي التي تضع مبدأ المساواة الاقتصادية موضع التطبيق الفعلي^(١٧٤). وكما أن المنافسة الحرة تعد شرطاً لتطبيق المساواة الاقتصادية، فإنه لا يمكن الحديث عن مبدأ المنافسة الحرة إلا إذا تمت مراعاة مبدأ المساواة عند إجراء المنافسة^(١٧٥)، وهو ما يعني أن كل إجراء للمنافسة لا تتم مراعاة مبدأ المساواة عند تطبيقه يكون باطلاً^(١٧٦). فالمنافسة الحرة والأمانة لا يمكن أن تكون كذلك، إلا إذا قامت على أساس المزاومة *compétition*، وهذه الأخيرة لا تقوم قانوناً إلا إذا توافر عاملان: العامل الأول هو حرية المزاومة *La liberté de compétition*، أما العامل الثاني فهو المساواة ضمن المزاومة^(١٧٧) *L'égalité dans la compétition*.

وبناء على ما تقدم، فإن هناك تقاطعاً واضحاً بين فكرة المنافسة الحرة من جهة، وفكرتي الحرية والمساواة من جهة أخرى، بحسبانها مبدأين يتمتعان بالقيمة الدستورية، وذلك يعني من حيث النتيجة انبثاق مبدأ عام للقانون يتعلق بوجود

(١٧١) لقد عد المجلس الدستوري الفرنسي هذا المبدأ من قبيل المبادئ الدستورية صراحة، حيث استند في ذلك على المادتين ٢ و٤ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن اللتين تفرضان احترام مبادئ الحرية والملكية:

C.C., Recueil, p. 18 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299.

وراجع:

Blaise. J.B, Ibid, p284.

Linotte. D, op.cit, p1552.

(١٧٢)

Blaise. J.B, Ibid, p284.

Pellissier. G, Le Principe d'égalité en droit public, L. G. D. J, Paris, 1996, P25.

(١٧٣)

Linotte. D, ibid, P.P 1554. 1555.

(١٧٤)

Bourdon. P, op.cit, P300.

(١٧٥)

Linotte. D, ibid, P. 1556.

(١٧٦)

Linotte. D, ibid, P. 1556.

(١٧٧)

اللجوء إلى المنافسة في مختلف العلاقات القانونية التي تتطلب ذلك، ومنها عقود إشغال المال العام، وإن وجود مثل هذا المبدأ يعد تكريساً للأمن القانوني في إطار العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي التي تجمع الأشخاص الاعتبارية العامة مع مختلف الفاعلين الاقتصاديين، وهذا الوضع ذاته موجود على مستوى المنظومة القانونية الأوروبية، كما أنه يوجد في دول أوروبية أخرى على مستوى قانونها الداخلي كألمانيا مثلاً^(١٧٨).

المطلب الثالث

الالتزام بالعلانية المسبقة والمنافسة الحرة وفقاً للقانون الأوروبي

يمكن تأسيس التزام الأشخاص العامة في فرنسا بالعلانية المسبقة والمنافسة الحرة في معرض إبرام عقود إشغال المال العام، على أساس القانون الأوروبي الذي يعد جزءاً من النسيج الحقوقي الفرنسي^(١٧٩)، كما أن القضاء الأوروبي أكد على إخضاع عقود الإشغال إلى قواعد الشفافية الإدارية^(١٨٠).

فقد صدر حكم Telestoria عن محكمة العدل الأوروبية، وأوجب على السلطات المتناقصة Les entités adjudicatrices أن تحترم القواعد الأساسية لمعاهدة الاتحاد الأوروبي، ولاسيما مبدأ عدم التمييز بسبب الجنسية^(١٨١)، وذلك عندما تبرم عقود التزامات خدمة Concession de service، تلك العقود التي لا تدخل ضمن نطاق عقود الشراء العام Les marchés publics، وعلى الرغم من أن عقود التزامات الخدمة تلك لا تخضع للتوجيهات الأوروبية المتعلقة بالمشتريات العامة^(١٨٢). وهذا يعني أن هذا الحكم قرر التزاماً عاماً بالشفافية^(١٨٣)، Une obligation de transparence تخضع له العقود أياً كان موضوعها، ويتمثل سبب قيام هذا الالتزام وفقاً لمحكمة العدل الأوروبية أن يضمن كل عارض محتمل Soumissionnaire potentiel وجود درجة من العلانية

Linotte. D, ibid, P. 1557. (١٧٨)

Gaudemet.Y, Droit administratif, op.cit, p50. (١٧٩)

Brenet.F, Traité de droit administratif, Les contrats administratifs, Dalloz,Paris, (١٨٠) T2, 2011,T2,P277.

Bardon.C - Simonnet.Y, op.cit, p15. (١٨١)

C.J.C.E, 7-12-2000, Aff. C-324-98. Telaustria et Telefondress. Rec.C.J.C.E, (١٨٢) 2000, I, P.107.

Brenet. F, op.cit, p277. (١٨٣)

والمنافسة^(١٨٤)، والتي من شأنها أن تفتح باب المزاومة عند إبرام أي عقد، وفي سبيل تعزيز الرقابة على نزاهة إجراءات التعاقد^(١٨٥).

في الواقع لقد اختلفت التفسيرات التي قدمها الفقه بصدد تطبيق اجتهاد Telestoria، فذهب التفسير الأول إلى أن هذا الاجتهاد لا يمكن تطبيقه على عقود إشغال المال العام، لأن مثل هذه العقود لا يتعلق محلها بشراء أداءات اقتصادية Prestations économiques، لأن محل هذه العقود لا يشكل طلباً Demande بالمعنى الاقتصادي، بل على العكس هو يشكل عرضاً في السوق^(١٨٦)، وإن اجتهاد Telestoria يتعلق بضرورة الالتزام بالقواعد القابلة للتطبيق في إطار الطلب العام فقط، وهي وحدها التي تتطلب تطبيق قانون المنافسة، فالشخص الاعتباري العام الذي يتعاقد على إشغال جزء من المال العام مع الغير إنما يكون عارضاً Offreur في السوق، ومن غير المنطقي أن تطبق في هذه الحالة القواعد الأوربية المتعلقة بالشراء، أي بالطلب فقط، والتي لا تلزم الشخص الاعتباري العام، إلا في حالة الطلب في السوق^(١٨٧)، كما أن هذا الاجتهاد لا يمكن تطبيقه على عقود إشغال المال العام لأنه صدر أساساً ليطبق على عقود الشراء العام التي تكون قيمتها دون القيم المحددة لأجل إمكانية تطبيق التوجيهات الأوربية المتعلقة بعقود الشراء العام، وذلك حتى لا تكون هذه العقود بمنأى عن التزامات العلانية والمنافسة^(١٨٨). وبناء على ما تقدم فإن هذا التفسير لحكم Telestoria لا يؤدي إلى تطبيق التزامات الشفافية التي تضمنها الحكم المذكور، إلا إذا تم تكييف عقود إشغال المال العام على أنها من قبيل عقود الشراء العام، وهو أمر غير وارد من الناحية القانونية^(١٨٩)، حيث إن كلاً من عقود الشراء وعقد إشغال المال العام يتمتعان بماهية مستقلة، فعقود الشراء بالمعنى الأوربي هي تلك العقود التي تيرمها السلطات المتناقصة (الإدارة) مع فاعل اقتصادي، و لقاء بدل à titre onéreux، وذلك إشباعاً لاحتياجاتها، أما عقود الإشغال فإنها تبرم مع فاعل اقتصادي، ويوجد فيها عنصر البديل أو المقابل، إلا أنها لا تبرم تلبية

Gaudemet.Y, Droit administratif des biens, op.cit, p284. (١٨٤)

Bardon.C - Simonnet. Y, op.cit, p15. (١٨٥)

Bardon.C - Simonnet. Y, op.cit, p16. (١٨٦)

Bardon.C - Simonnet. Y,i bid, p17. (١٨٧)

Vautrot-Schwarz. CH, La publicité., op.cit, p606. (١٨٨)

Bardon.C - Simonnet. Y, op.cit, p14. (١٨٩)

لاحتياجات الإدارة، ومن ثم فإن محل هذه العقود لاعلاقة له بأي شكل كان بإشباع إحدى احتياجات السلطات المتناقصة، بخدمات أو إشغال أو توريدات^(١٩٠).

أما التفسير الثاني لحكم Telestoria فقد طرح على أساس أن التزام الشفافية الوارد فيه لا يقتصر فقط على عقود الطلب العام (الشراء العام)، بحسبان أن هذه العقود تبرمها الإدارة وهي في مركز الطالب، بل يطبق أيضاً على عقود العرض العام L'offre publique، بحسبان أن عقود العرض العام تدخل الإدارة فيها السوق كعارض وليس كطالب^(١٩١)، حيث إنه من غير المنطقي أن يحظر على الإدارة تزييف المنافسة عندما تكون طالباً في السوق فحسب، ويسمح لها بذلك، عندما تكون عارضاً فيه^(١٩٢).

في حين رأى التفسير الثالث، أن أساس التزام العلانية المسبقة والمنافسة الحرة في معرض إبرام عقود الإشغال، إنما يتمثل في مبادئ اقتصادية أساسية قننتها اتفاقية الاتحاد الأوروبي، وفي طليعة هذه المبادئ مبدأ حرية المؤسسة La liberté d'établissement^(١٩٣). وهذا المبدأ يقتضي بالضرورة عدم التمييز^(١٩٤)، مما يعني بدوره أن الالتزام العام بالشفافية الذي أشارت إليه محكمة العدل الأوروبية في حكم Telestoria، يستند إلى هذا المبدأ، ولايستند إلى نوع العقد الذي يطبق عليه، لأنه لتطبيق مبدأ حرية المؤسسة مع ما يقتضيه من عدم التمييز، لابد من إعمال المنافسة الحرة، ومن ثم فلا بد من تطبيق التزامات الشفافية في معرض إبرام كل العقود العامة. ويؤيد هذا الجانب من الفقه رأيه بأن القضاء الأوروبي طبق مبدأ حرية المؤسسة على العمليات الاقتصادية

Vautrot-Schwarz. CH, La publicité.., Ibid, p606. (١٩٠)

Vautrot-Schwarz. CH, L'avenir, op.cit., n18.. (١٩١)

Bardon.C - Simonnet. Y, op.cit, p17. (١٩٢)

Vautrot-Schwarz. CH, L'avenir, op.cit, N°30. (١٩٣)

علماً أن مبدأ حرية المنافسة مفروض بمقتضى المادة ٤٩ من اتفاقية الاتحاد الأوروبي وهو يعني السماح للفاعل الاقتصادي بأن يقوم بنشاط اقتصادي بطريقة ثابتة ومستمرة ضمن أحد بلدان الاتحاد أو أكثر، دون تمييز لأي سبب، ومن ثم فإن هذا المبدأ يعطي للشركات المنشأة ضمن مختلف الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي الإمكانية لتطوير نشاطها العابر للحدود. راجع:

Santoro. G, L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire, un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio, R.I.D.E, 2010, p.351.

وعلى هذا الأساس فإن مبدأ حرية المؤسسة يقتضي حرية انتقال الأشخاص والبضائع ورؤوس الأموال، ضمن اقتصاديات الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، راجع:

Blaise. J.B, Ibid, p287.

Santoro. G, Ibid, p353. (١٩٤)

المتعلقة بالعرض العام L'offre publique كما طبقه على العمليات الاقتصادية المتعلقة بالطلب العام^(١٩٥)، وحيث إن عقود إشغال المال العام تعد - كعملية اقتصادية - من قبيل العرض العام، فإنها تقع تحت مظلة هذا المبدأ، مع كل ما يقتضيه من نتائج تتعلق بعدم التمييز، وضرورة المنافسة الحرة والمتساوية عند إبرامه^(١٩٦).

ومن الملاحظ أن محكمة العدل الأوروبية أصدرت حكماً هاماً قبل صدور حكم Telestoria بسنوات طويلة، وطبقت من خلال هذا الحكم بوضوح مبدأ عدم التمييز بسبب الجنسية عند منح أسناد إشغال المال العام، حيث منعت كل اشتراط للجنسية الفرنسية عند إبرام التصرفات المتعلقة بإشغال المال العام (العقدية والانفرادية)، وهو ما يعني من حيث النتيجة وضع التزام بالشفافية على عاتق الإدارة عندما تبرم عقود إشغال المال العام، لأن هذا الالتزام المتعلق بعدم التمييز، يقتضي بالضرورة التقيد بالعلانية المسبقة والمنافسة الحرة، عند إبرام هذا الصنف من العقود^(١٩٧).

أما بالنسبة لموقف الاجتهاد القضائي الفرنسي من حكم Telestoria، ومدى إمكانية تطبيقه على عقود إشغال المال العام، فيلاحظ أنه انقسم إلى اتجاهين أيضاً، فقد ذهبت بعض جهات القضاء الإداري إلى القول بأن القواعد الأساسية المنصوص عليها في اتفاقية الاتحاد الأوروبي تحكم إشغال المال العام، حيث قضت محكمة باريس الإدارية أن عقود إشغال المال العام تحول نشاطاً اقتصادياً للغير، وهو ما يوجب تطبيق القواعد الأساسية لاتفاقية الاتحاد الأوروبي^(١٩٨). كما أن موقف محكمة نيم الإدارية كان واضحاً في هذا الاتجاه، حيث قضت بعدم استبعاد القواعد الأساسية لمعاهدة الاتحاد الأوروبي عند إبرام عقود إشغال المال العام، وبحسبان أن هذه القواعد تخضع جميع العقود المبرمة من السلطات المتناقصة (الإدارة) إلى التزامات دنيا من العلانية والمنافسة، والتي من شأنها تأمين المساواة في الدخول إلى هذه العقود بين مختلف المرشحين^(١٩٩).

C.J.C.E, 24-10-2002, Aff.c-88-01, Aéroport de Paris, cité par Shwarz.Ch, (١٩٥)
L'avenir, op.cit, n30.

Vautrot-Schwarz. CH, L'avenir, op.cit, n30. (١٩٦)

- Gaudemet. Y, Droit administratif des biens, op.cit, p286.

C.J.C.E, 18-1985, Aff.C-197-84, Jeteinhausser-Ville Brarritz, Rec.C.J.C.E, 1985, (١٩٧)
I, P1819.

T.A, Paris, 30-5-2007, Préfet -C- Ville de Paris, B.J.C.P, 2007, P492.Conc.Del- (١٩٨)
bèque. PH.

T.A, Nimes. 24-1-2008, Société des trains touristiques. A.J.D.A, 2008, 2008, (١٩٩)
P2172. NoteJ.D. Dreyfus.

وعلى العكس، فإن محاكم أخرى، رفضت تطبيق الأسس القانونية الأوروبية للقول بخضوع عقود الإشغال لالتزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، بحكم أنه لا يوجد نص داخلي يفرض ذلك في فرنسا، ولأن هذه الالتزامات لا تفرض قانوناً في فرنسا إلا على عقود الشراء العام، وعقود تفويض المرفق العام، وعقود إشغال المال العام لا تنتمي إلى أي من هاتين المجموعتين^(٢٠٠).

أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي، فقد انضم إلى الاتجاه الثاني، حيث لم يطبق صراحة الأسس القانونية الأوروبية التي تفرض التزاماً عاماً بالشفافية عند إبرام عقود الإشغال، واكتفى كما رأينا سابقاً بالقول أن هذه العقود لا تخضع في معرض إبرامها للالتزامات الشفافية الإدارية، لأنه لا يوجد نص قانوني داخلي في فرنسا يفرض ذلك^(٢٠١).

الخاتمة

بعد أن انتهينا من هذا البحث - بعون الله - نستطيع أن نقول أننا خلصنا إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً - النتائج:

- ١ - إن القاعدة في مجال إبرام عقود إشغال المال العام هي التحرر من التزامات الشفافية الإدارية، إلا في حال وجود نص صريح يفرض هذه الالتزامات، وهذه القاعدة قررها مجلس الدولة الفرنسي صراحة.
- ٢ - وعلى الرغم من وجود هذا المبدأ، فقد أخضعت الأشخاص الاعتبارية العامة المختلفة في فرنسا نفسها لالتزامات المنافسة الحرة والعلانية طوعاً وإبرادتها، ودون إلزام قانوني، وذلك عند إبرام عقود إشغال المال العام البحتة أي التي لا تتضمن عناصر عقدية أخرى تتعلق بعقود التفويض أو عقود الشراء العام، وهو ما أدى إلى وجود عرف إداري في طريقه للتبلور يقضي بضرورة خضوع هذه العقود لحد أدنى من الشكلية Formalisme عند إبرامها.
- ٣ - لقد وضع القضاء الإداري الفرنسي قاعدة من شأنها أن تؤدي إلى إخضاع عقد إشغال الأموال العامة إلى التزامات الشفافية، وذلك من خلال عملية قانونية قضائية

C.A.A, Bordeaux. 29-11-2007, Dumoulin de Laplante. n°05Bx00265. Rev.Lamy (٢٠٠) concurrence, 2008, n°15, n°1092, note. Clamour.G.

C.A.A, Paris, 4-10-2010, Lilem.A, n°09PA01472.Contrats-Marchés.pub. 2010, (٢٠١) Comm. 426. Obs. Llorens. F.

درج على القيام بها، وهي المتعلقة بإعادة تكييف العقود المعروضة عليه، فقد قام هذا القضاء بإعادة تكييف عقد إشغال المال العام إلى عقد آخر خاضع للالتزامات المنافسة الحرة والعلانية، مثل عقود الشراء العام وعقود تفويض المرفق العام، كما فرض على الإدارة التزامات العلانية المسبقة والمنافسة الحرة، نتيجة دخول إشغال المال العام ضمن مركب عقدي يخضع في كليته لهذا الالتزام.

٤ - لقد أدرج القضاء الإداري الفرنسي قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية الإدارية، ومن ثم أصبحت التصرفات القانونية للإدارة خاضعة لهذا القانون، مهما كان نمط التصرف القانوني الذي تبرمه الإدارة، وهو ما ينتج عنه أن هذه السلطات لا يمكن أن تبرم تصرفات من شأنها أن تزيف المنافسة بأي شكل كان، ومن بين هذه التصرفات التي تخضع فيها الإدارة لقانون المنافسة ذلك التصرف المتعلق بإبرام عقد إشغال المال العام، وعلى هذا الأساس فإن الحرية الإجرائية التي تتمتع بها الإدارة عند إبرامها لهذا النمط من العقود أصبحت مقيدة بقانون المنافسة، الذي تلتزم الإدارة به نتيجة إدراجه في كتلة المشروعية، وهو ما يفرض على الإدارة ضرورة الأخذ بإجراءات ذات طابع تنافسي عند إبرامها لهذه العقود.

٥ - إن تطبيق مبدأ الحرية الإجرائية من قبل الإدارة المالكة للمال العام، ومن ثم إبرامها لعقود إشغال المال العام بلا علانية ومنافسة، يؤدي إلى ارتكاب عمل مخالف لقانون المنافسة من قبل المتعاقد مع الإدارة، وهذا الفعل هو التعسف في الوضع المهيمن، كما إن قيام الإدارة بإبرام عقد إشغال المال العام دون علانية مسبقة أو منافسة حرة، يمكن أن يدخل الإدارة ومتعاقدها تحت طائلة المادة ل ٤٢٠، ١-١ من قانون التجارة الفرنسي، والتي تنص على حظر أي تواطؤ في السوق.

٦ - هناك تقاطع واضح بين فكرة المنافسة الحرة من جهة، وفكرتي الحرية والمساواة من جهة أخرى، بحسبانهما من المبادئ التي تتمتع بالقيمة الدستورية، وذلك يعني من حيث النتيجة انبثاق مبدأ عام للقانون يتعلق بوجوب اللجوء إلى المنافسة في مختلف العلاقات القانونية التي تتطلب ذلك، ومنها عقود إشغال المال العام.

٧ - يمكن تأسيس التزام الأشخاص العامة في فرنسا بالعلانية المسبقة والمنافسة الحرة في معرض إبرام عقود إشغال المال العام، على أساس مبادئ القانون الأوروبي الذي يعد جزءاً من النسيج الحقوقي الفرنسي، وهو ما كان محل تأكيد القضاء الأوروبي.

ثانياً - المقترحات:

١ - نقتراح أن يتبنى المشرع الفرنسي إطاراً إجرائياً واضحاً لإبرام عقود الشراء العام،

يقوم على مراعاة العلانية والمنافسة الحرة والمتساوية، حيث حدث تحول كبير في مفهوم الأموال العامة في فرنسا، إذ أصبحت الأموال العامة سوقاً بالمعنى الاقتصادي، مما أدى إلى ظهور المفهوم الاقتصادي للأموال العامة بشكل صريح، ومن ثم لم تعد التصرفات القانونية المتعلقة بإشغال المال العام عبارة عن تصرفات عرضية واستثنائية، كما هو الحال عندما كان المال العام يخضع للحماية المطلقة في مواجهة التصرفات القانونية.

- ٢ - وفي ظل الغياب الحالي للنصوص التشريعية التي تفرض على الإدارة المالكة للمال العام تبني إجراءات المنافسة والعلانية عند إبرام عقود الإشغال، فإننا نقترح أن يعدل مجلس الدولة الفرنسي عن اجتهاده الشهير المتعلق بالحرية الإجرائية عند إبرام عقود الإشغال، وأن يستند في هذا العدول على قانون المنافسة الذي أصبح ضمن كتلة المشروعية في فرنسا، وعلى المبادئ العامة للقانون المتعلقة خصوصاً بحرية العمل، وعلى المبادئ القانونية المنصوص عليها في القانون الأوروبي.
- ٣ - كما نقترح أن يتبنى المشرع الفرنسي آليات واضحة لإبرام عقود إشغال الأموال العامة، وبحيث تنظم المنافسة بين العارضين المختلفين على أساس معايير متعددة، ومحددة مسبقاً من قبل الإدارة، وبحيث يتم التعاقد مع العارض الذي يقدم عرضاً أكثر تجاوباً مع هذه المعايير، وعلى أن يكون تناسب إشغال المال العام إشغالاً خاصاً مع تخصيص المال العام للمنفعة العامة هو أهم هذه المعايير.
- ٤ - وإذا كان هذا البحث مخصصاً للبحث في مشكلة إبرام عقود إشغال المال العام في فرنسا، إلا أن ذلك لا يمنع من أن نقترح على المشرعين العرب إعادة النظر في قاعدة الحماية الشديدة للمال العام، والتوجه لتبني تشريعات تجسد القيمة الاقتصادية للمال العام، وتنظم التصرفات القانونية العقدية المتعلقة بإشغاله، وهو يحتم ضرورة وضع نظام قانوني لإبرام هذه العقود، قائم على المنافسة الحرة والعلانية على نحو ما طرحنا في هذا البحث.