

محاضرات عقود الأعمال 2023-2024

المحاضرة الرابعة

المطلب الثاني: أطراف عقد البوت BOT.

يعد عقد البوت عبارة عن نظام تعاقدى حديث نسبياً، يقوم بدور الريادة في تحقيق طموحات وتطلعات كافة دول العالم، حيث يساهم في ترسيخ أسس متينة للتنمية الاقتصادية المستدامة، كما أن إبرام هذا العقد يتطلب وجود عدة أطراف منها الأطراف الأساسية وأخرى ثانوية (**الفرع الأول**)، الأمر الذي يدعونا إلى محاولة الفهم العميق للطبيعة القانونية لهذا العقد، خصوصاً مسألة تأصيل الجدل الفقهي الكبير القائم حول التكييف القانوني السليم لعقد البوت (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: أطراف عقد البوت BOT.

نظراً لعدم استطاعة غالبية البلدان تلبية احتياجات البنية التحتية بما تمتلكه من إمكانيات ووسائل مادية وبشرية، فإنها لجأت إلى القطاع الخاص كبديل لتمويل هذه المشاريع وتشغيلها، كما اتخذت من عقود البوت BOT كآلية اقتصادية يرتبط مفهومها بوجود الدولة كسلطة متعاقدة مع شركة المشروع وهي تشكل أطراف أساسية لهذه العقود أولاً، إلى جانب وجود أطراف أخرى ثانوية كالممولين والمشغلين وشركات التأمين وغيرهم ثانياً.

أولاً: الأطراف الأساسية لعقد البوت BOT.

يمكن حصر أطراف هذا العقد الأساسية في الدولة مانحة الامتياز أو صاحبة المشروع من جهة وشركة المشروع أو الشركة المنفذة للمشروع من جهة أخرى.

1- الدولة المضيفة كطرف في عقد البوت BOT:

تعتبر الدولة في عقد البوت BOT طرفاً رئيسياً باعتبارها صاحبة المشروع المزمع إنشاؤها، ويظهر مضمون الدولة في العديد من الأطراف المحلية المشتركة والمعنية بتنفيذ المشروع بدءاً بالوزارة المختصة والوزارات ذات العلاقة بالمشروع انتهاءً بمجلس الوزراء الذي يتعين أخذ موافقته على إنشاء المشروع بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، بالإضافة إلى كافة الجهات الإدارية التابعة للدولة التي يتعين عليها تذليل أي عقبات قد تواجه شركة المشروع،

الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

والجهات المختصة بتدريب العمال المحليين وتأهيلهم لإدارة المشروع بعد انتهاء المدة الممنوحة للشركة¹.

يترتب على الدولة المضيفة تقديم أرض المشروع أي محل إقامة المشروع والتي قد تكون في شكل مساحة برية أو بحرية أو جوية، بالإضافة إلى حق الامتياز الذي بموجبه تنتفع حركة المشروع بالأرض المقدمة من الدولة، وتبدأ بتنفيذ المشروع وبنائه وتشغيله وإدارته، إلى جانب الضمانات التشريعية والقانونية الكفيلة بحماية ورعاية الاستثمار الأجنبي على أرضها².

2- الشركة المنفذة للمشروع:

تقوم هذه الشركة بتمويل وبناء وتشبيد وتشغيل وإدارة المشروع حسب الاتفاق المبرم مع الدولة صاحبة المشروع، وتعنى الشركة المنفذة بجوانب كثيرة عند اتخاذها قرار الاستثمار بنظام البوت، حيث تتكفل بالنفقات المالية للمشروع ولكي تقبل تنفيذ المشروع فإنها تطلب من الدولة المضيفة ضمانات فعلية تكفل لها تحقيق عائد كبير من المشروع يغطي النفقات التي دفعتها ويبقى لها نصيبا كافيا من الأرباح³، وقد تكون الشركة المنفذة للمشروع محلية أو عالمية، أو قد تكون في شكل اتحاد بين مجموعة من الشركات المحلية أو العالمية أو المتعددة الجنسيات، ويأخذ تكوين هذه الشركة من الناحية العملية عدة مراحل:

ففي المرحلة الأولى يتم الدخول في اتفاق تعاقدى بين عدة شركات من أجل تقديم عرض مشترك، وتبدأ المرحلة الثانية في حالة رسو العطاء، حيث يتم إبرام اتفاق تفصيلي بين أصحاب العرض المشترك لتحديد حقوق والتزامات المساهمين في شركة المشروع، وتأتي المرحلة الأخيرة المتمثلة في شركة المشروع واكتسابها الشخصية الاعتبارية المستقلة⁴.

ثانيا: الأطراف الثانوية لعقد البوت BOT.

1- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 12، 13.
2- السامرائي دريد محمود، الاستثمار الأجنبي: المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص ص 251، 252.
3- الأسعد بشار محمد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، 2006، ص 15.
4- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 39.

الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

إلى جانب الأطراف الأساسية للعقد والمذكورة أعلاه، يمكن أن تنضم لهذا العقد أطراف ثانوية تساعد الدولة صاحبة المشروع والشركة المنفذة له على حسن تنفيذ الأحكام التعاقدية في المدة الزمنية المتفق عليها، ومن بين هؤلاء نذكر المستشارون، الممولون، الموردون، شركات التأمين وغيرهم¹.

1- المستشارون والخبراء:

تلجأ الدولة في حالة الرغبة في التعاقد عن طريق نظام البوت إلى الخبراء والمستشارين والاستفادة من خبرتهم في هذا المجال، بالنظر لعدم امتلاك أجهزتها على الخبرة اللازمة في مثل هذا النوع من العقود، حيث يؤدي هؤلاء الخبراء دوراً بالغ الأهمية لمعاونة الجهة الإدارية المختصة في تحديد جدوى المشروع الاقتصادي والاجتماعي، وتحضير سندات العتاد وتقييم العروض، هذا ما نصت عليه المادة 158 من المرسوم الرئاسي 236/10، يمكن للجنة أن تستعين على سبيل الاستشارة بأي شخص ذي خبرة من شأنه أن يساعدها في أشغالها².

تمارس الدولة صاحبة المشروع الرقابة على أعمال المستشارين والخبراء، ولها الحق في إنهاء العقد في حالة إخلال المتعاقد معها في القيام بالواجبات الملقاة على عاتقه³.

2- الممول:

قد لا تتوفر لدى شركة المشروع سيولة نقدية كافية تمكنها من بناء وتشغيل مشاريع البنية التحتية، لذا قد تلجأ هذه الشركة لوسائل أخرى لتمويل هذه المشاريع، من بين هذه الوسائل طلب قروض من المؤسسات المالية، وتختلف هذه المؤسسات المالية التمويلية من حيث طبيعة نشاطها، حيث يمكن تقسيمها إلى ثلاث

1- هاشم عوض عبد المجيد، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق إتفاقيات البوت "BOT" كآلية للخصخصة في الدول العربية، الرياض، متاح على الموقع: <http://www.globalarabnetwork.com>، أطلع عليه بتاريخ: 13 أكتوبر 2020 على الساعة 13 زوالاً.

2- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1413 الموافق لـ 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصنّفات العموميّة، ج.ر، العدد 58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص 56.

3- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 350.

الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

أنواع وهي: مؤسسات التمويل التجارية، مؤسسات التمويل التنموية ووكالات التنمية الوطنية¹.

تبرم الجهات الممولة عقود التمويل مع شركة المشروع بعد دراسة المشروع موضوع عقد البوت والتحقق من قابليته لإنتاج الإيرادات الكافية لتغطية وسداد القروض المقدمة من طرفها².

3- المقاول:

وهو الشخص الذي تختاره شركة المشروع للقيام بالأعمال اللازمة للإنشاءات ويكون من مؤسسي شركة المشروع أو طرف فيها وهذا في الغالب³.

4- المشغل:

يجري إبرام هذا العقد عقب الانتهاء من مرحلة الإنشاء، حيث يقوم المتعاقد بتحديد المواد اللازمة والضرورية للتشغيل، وتأمين الخدمات اللازمة وخاصة أعمال الصيانة التي تعد من الأعمال الضرورية لتشغيل المرفق باستثماراته وتتصف هذه الأعمال بالطابع الدوري وتجرى استنادا للبرنامج المحدد سلفا⁴.

5- الموردون:

تلجأ شركة المشروع إلى الموردين بهدف تزويدها ببعض المعدات والآلات التي تدخل في تنفيذ المشروع وتكون لازمة لتشغيله في مراحل لاحقة⁵.

6- مستوى الخدمة:

يمكن شراء الخدمة من طرف الدولة أو من طرف المستفيد من خدمات المرفق العام، ويتم شراء الخدمة من طرف الدولة وتكون الجهة مانحة الامتياز هي من يشتري الخدمة التي يقدمها المشروع، أو أن يتم شراء الخدمة من طرف المستفيدين، وتتضمن الخدمات التي تقدمها الشركة إلى المستفيدين من خدماتها، كما تتضمن الرسم أو التعريفية التي سنتقاضها الشركة مقابل تقديمها هذه

1- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 356.

2- محمد أمحمد غانم، المرجع السابق، ص 75.

3 - DELMON (J), « Project Finance, B.O.T Project and Risk », Kluwer law, Netherlands, 2005, p.194

4- مروان محي الدين القطب، نفس المرجع أعلاه، ص 350.

5- حسن الهنداوي، مشروعات البوت BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 335.

الخدمات¹.

7- شركة التأمين:

تتعرض شركة المشروع إلى العديد من المخاطر في المراحل المختلفة للتنفيذ والتشغيل وهذا ما يستدعي لجوؤها شركات التأمين لتغطية مختلف أنواع المخاطر التي قد تواجه المشروع².

الفرع الثاني: التكييف القانوني لعقد البوت BOT.

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لعقد البوت، فمنهم من اعتبر هذا العقد من العقود الإدارية لما تتمتع به الدولة من امتيازات السلطة العامة أولاً، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتبارها من عقود القانون الخاص بالنظر للمكانة التي تحضى بها الشركات الأجنبية خلال مختلف مراحل إبرام وتنفيذ هذه العقود ثانياً، في حين يعتبر فريق آخر أن هذه العقود تتصف بطبيعة خاصة تميزها عن باقي العقود الأخرى لما تنفرد به من أحكام خاصة ثالثاً، في المقابل سنستعرض موقف المشرع الجزائري في هذا الصدد رابعاً.

أولاً: الطبيعة الإدارية لعقود البوت BOT.

تعتبر هذه العقود من العقود الإدارية كونها تنطوي على التزام المرافق العامة المعروفة بمفهومها التقليدي لعقد الامتياز التقليدي، كون الإدارة طرفاً في العقد، وكان موضوع عقد الامتياز متصلاً بنشاط مرفق عام³، وهي تتضمن شروطاً تحددها الإدارة مسبقاً، كذلك التي نجدها في الاستغلال المباشر، للإدارة سلطة تعديلها بالزيادة أو النقصان حفاظاً على المصلحة العامة وضمناً لاستمرارية المرفق العام⁴.

ثانياً: عقد البوت BOT من عقود القانون الخاص.

1 - هاشم عوض عبد المجيد، المرجع السابق، ص 138.

2 - دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 242.

3 - إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 20.

4 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 136.

الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

يرى معظم فقهاء القانون الخاص أن عقود البوت ليست عقود إدارية لعدم توفر شروط العقد الإداري فيها، وإنما هي عقود مدنية تخضع لأحكام القانون الخاص أي قواعد القانون المدني أو التجاري حسب الحال¹.

ثالثاً: الطبيعة الخاصة لعقد البوت BOT.

اتخذ هذا الاتجاه موقف وسط بين الاتجاهين السابقين، حيث اعتبر أن عقود البوت من العقود ذات الطبيعة الخاصة على الرغم من أن لهذا العقد ارتباط تاريخي بعقد الامتياز²، إلا أنه يوجد بينهما اختلافات جوهرية، واستدل هذا الفريق في تبرير موقفه على ما يلي:

- خلو نصوص القانون المدني من الإشارة إلى مثل هذه العقود أي البوت BOT.
- عدم وجود تنظيم قانوني لمعالجة هذه النوعية من العقود.
- إن هذه العقود تقترب من العقود الإدارية لتعلقها بمرفق عام، وهي تقتضي ظهور الدولة كسلطة عامة وتحتوي على شروط استثنائية، وبالتالي فهي تخرج من دائرة العقود الإدارية.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من تكييف عقد البوت BOT.

لم يرق المشرع الجزائري بتكييف عقد البوت باعتبار أن العقود الإدارية في الجزائر تتم تحديدها قانونياً سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، حيث نجد أن بعض النصوص تعتبر مثل هذه العقود إدارية مثل المادة 04 من المرسوم التنفيذي 89 – 01 المؤرخ في 15/01/1989 والذي يضبط كليات تحديد دفتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية³، فضلاً عن ذلك فإن المشرع الجزائري قد اعتبر هذا النوع من العقود من عقود القانون العام خاصة في استعمال الموارد المائية، والحالة الثانية هي حالة منح المشرع الاختصاص

1- طارق بن هلال البوسعيدي، الطبيعة العمومية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفق لنظام البوت، مجلة الشريعة والقانون، السنة 22، العدد 36، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية، أكتوبر 2008، ص 175.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى، 2008، ص 129.

3- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التّحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخليّة والدّوليّة، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، دط، 2006، ص 130.

الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

النوعي للفصل في النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الإدارة إلى الجهات القضائية الإدارية¹.

باعتبار أن عقود البوت من العقود الإدارية، فإن هذا لا يمنع من إضفاء الطابع الدولي عليها متى أبرمتها الدولة أو أحد هيئاتها وشركة مشروع أجنبية وإن كان المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تفريق العقد الدولي صراحة، إلا أنه بمفهوم الفصل يعتبر كذلك، فالتحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية والذي يكون فيه مقترنا وموطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج ما يفيد أن المشرع الجزائري قد جمع بين المعيارين لإضفاء الصفة الدولية على العقد².

¹ - بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، -التحكيم نموذجاً، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010- 2011، ص44.

² - عبد الفتاح البيومي حجازي، المرجع السابق، ص129.