الجمهوريـــــة الجزائريـــة الديمقراطـيـــة الشعبـيـــــة
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة يحي فــارس بالمـدية
كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر
تخصص: قانون أعمال

بعنوان :

الوسائل القانونية المستقطبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر

إعداد الطالبة:
صيد فطيمة

إشراف الدكتور:
سبتي عبد القادر

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ	الدرجة العلمية	المؤسسة الأصلية	الصفة
بن عامر محمد	أستاذا مساعدا "أ"	جامعة المدية	رئيسا
سبتي عبد القادر	أستاذا محاضرا "أ"	جامعة المدية	مشرفا
بو خديمي نسيمة	أستاذا مساعدا "أ"	جامعة المدية	مناقشا

السنة الجـــامعية: 2019/2018

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

قال الله سبحانه وتعالى

﴿ قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لنا إِلاَ ما عَلَمتنا إِنكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة الآية 31

الشـــــــــــــــــكر

بداية أشكر الله الذي أنار لي درب المعرفة و أعانني على أداء هذا الواجب و وفقني لإنجاز هذا العمل.

اعترافا بالفضل الجميل أتوجه بالشكر الجزيل و التقدير العميق للأستاذ المشرف الذي منحني شرف التأطير و تفضل عليا بالنصح و التوجيه لتصويب هذا العمل

أستاذي المحترم الدكتور سبتي عبد القادر

كما لا يفوتني أن أتوجه بأخلص تشكراتي إلى الأساتذة الأفاضل الذين تشرفت بعضويتهم في لجنة المناقشة و كلي ثقة أني سأغترف من توجيهاتهم و انتقاداتهم زاد بقية مسيرتي في طلب العلم و المعرفة.

الإهـــــــــــــداء

إلى أبي و أمي شفاهما الله و أطال في عمرهما.

إلى الغالية جدتي عائشة.

إلى من تحمل معي عناء إعداد هذه المذكرة و كان لي دوما سندي و ركيزتي زوجي.

إلى قلبي و نبضه ولداي رسيم و رئيف.

إلى ملكة تربعت على عرش فؤادي إبنتي ميرال.

إلى إخوتي الأعزاء نسيمة، عبد الرحيم، حمزة و يـــــــــــاسر.

إلى من وسعتهم ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي.

إلى كل طالب و طالبة علم.

قائمة أهم المختصرات

أولا- باللغة العربية

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

د ط: دون طبعة

د، م، ن: دون مكان النشر

د، س، ن: دون سنة النشر

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ص: الصفحة

ثانيا- باللغة الفرنسية

P : Page

N°: Numéro

مقـــدمـــة

مقدمة

مما لا جدال فيه أن جزائر اليوم باتت تدرك تمام الإدراك أن ما يشهده العالم من تحولات غير مسبوقة عجلت الثورة المعلوماتية بانتشارها، و فرضت على الدول عامة و النامية خاصة الدخول في سباق مع الزمن للحاق بالركب الاقتصادي في محاولة منها لمسايرة الزمن و مجارات هذه الوضعية، فبعدما شكلت كل هذه الأزمات و الحاجيات الاجتماعية سببا لتدخل الدولة في المجال الاقتصادي و احتكارها لمهمة النهوض بالمرافق العامة سابقا، هاهي الأزمات نفسها تدفع بالدولة اليوم بالتخلي عن سياستها الاحتكارية في سبيل جلب الاستثمارات بواسطة جملة من العوامل الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية و الأمنية خاصة لتهيئة مناخ استثماري يستقطب المستثمر الأجنبي، و يحظى بسبق إنجازاته و مشاريعه الاستثمارية، و هو الأمر الذي لا يتحقق إلا بالسعي الدؤوب نحو إجتذاب رأس المال الأجنبي و الاستحواذ عليه، بتقديم الكثير من المقومات و التسهيلات و كذا الضمانات و التحفيزات، لكي يتم الاستثمار في الجزائر بأنجع الأساليب، و يحصد أفضل النتائج.

حيث تكمن أهمية الموضوع في محاولة إلقاء الضوء على الاستثمار الأجنبي بنوعيه المباشر و غير المباشر، بدراسة التجربة الجزائرية من الناحية القانونية خاصة في مجال احتضان و معاملة الاستثمار الأجنبي بالتعمق في جملة من الآليات التي جاءت بها قوانينها الاستثمارية بصفة عامة و القانون 09/16 بصفة خاصة باعتباره صلب موضوع دراستنا، و نفض الغبار عن جملة من المعوقات و العراقيل التي تعتبر حجرة عثرة في سبيل تحقيق المبتغى المنشود و هو إغراء المستثمر الأجنبي للقدوم بمشاريعه الاستثمارية إلى الجزائر.

أما عن الهدف من الدراسة فإنه يتمثل في التطرق للإطار المفاهيمي للاستثمار بقدر من التوسع و التعرف على التطور التشريعي للمزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبي بناءا على ما تعاقب على الجزائر من تشريعات موظفين في ذلك المنهج التاريخي، و التعرف على المحفزات الممنوحة للاستثمار الأجنبي في إطار القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار و التطرق بشيء من التفصيل لأهم العقود التي تعتبر بوصلة المستثمر الأجنبي لإرساء الاستثمارات الغير مباشرة من خلال توظيف المنهج الوصفي و التحليلي.

مقدمة

من أسباب اختيار موضوع الوسائل القانونية المستقطبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر جملة من الأسباب الذاتية تتبلور في ميولاتي العلمية و الفكرية لمقياس قانون الاستثمار و حرصي و انشغالي الدائمين بمحاولة التعمق في أحكامه و بنوده للرسو على أكبر قدر ممكن من الحلول لأزمة بلدنا الجزائر، و رغبتي الملحة في متابعة دراساتي العليا في هذا المجال.

أما عن الأسباب الموضوعية لهذه الدراسة فهي تتمثل في أهمية موضوع الاستثمار الأجنبي التي لا تترك مجال للشك في وقتنا الراهن، و محاولة معرفة قدرات الدولة الجزائرية في هذا المجال، و الوقوف على أسباب العزوف الاستثماري الأجنبي رغم الأرضية موجودة و مهيئة.

بالتطرق للدراسات السابقة نجد العديد منها إذا ما تعلق الأمر بقوانين الاستثمار القديمة و الملغاة و على رأسها القانون 03/01، غير أنها تظل قليلة و غامضة إذا ما تعلق الأمر بتحليل و تمحيص فحوى القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار لحداثته، فبعد أن جاء بإصلاحات جوهرية و غير مسبوقة كان لزاما التطرق إليه بالدراسة و التعمق، و هو ما يسعى إليه الباحثون و القانونيون من خلال إسهاماتهم في إثراء هذا القانون، غير أن الصعوبة تكمن في عدم إمكانية الوصول إلى آخر الدراسات و ، الملتقيات المنعقدة حول القانون 09/16، و فيما يرتبط بموضوع دراستنا فإن الصعوبة تكمن كذلك في أن المشرع من خلال قانون الاستثمار لم يبين بوضوح الوسائل القانونية التي يتم من خلالها الاستفادة من الاستثمار الأجنبي، و نعني بذلك كيفية إحداث شراكة بين أموال المستثمر الأجنبي و أموال الوطني، و عليه نطرح الإشكالية التالية :

ما هي الوسائل القانونية المستقطبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر؟ و هل هي كفيلة بإنجاح العملية الاستثمارية و ترقيتها؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم دراستنا هذه إلى فصلين.

تناولنا في الفصل الأول ماهية الاستثمار الأجنبي المباشر و الغير مباشر، مفهومه و تعاريفه في المبحث الأول و عقود تنفيذه في المبحث الثاني.

أما الفصل الثاني فقد خصصناه لتقييم مناخ الاستثمار الأجنبي في الجزائر، بالنظر في الحوافز الممنوحة له في المبحث الأول و القيود المعرقلة لسيره في المبحث الثاني.

الفصل الأول

مــاهية الاستثمار الأجنبي

الفصل الأول:

لما كان الاستثمار من الناحية الاقتصادية ينقسم إلى استثمار منتج و آخر غير منتج تبعا لمجموع قيمة الخدمات و السلع المنتجة خلال مدة من الزمن، و ينقسم من حيث الأمد إلى استثمار قصير الأجل و متوسط الأجل ...

و من حيث القائم عليه فينقسم إلى استثمار خاص : و هو الذي يقوم به فرد خاص سواء أكان فردا طبيعيا أو معنويا أو استثمار عمومي تقوم به الدولة أو أحد أجهزتها العامة أو جهاز ذا كيان دولي، و استثمار مختلط يحتوي على النوعين السابقين معا.

غير أن أهم التقسيمات على الإطلاق و التي شغلت الاقتصاديين و القانونيين هو تقسيمه إلى نوعيين بارزين هما، استثمار وطني و استثمار أجنبي ينطوي على استثمار مباشر و آخر غير مباشر.

المبحث الأول

مفهوم الاستثمار الأجنبي

تتعدد تعاريف الاستثمار تبعا لأنواعه و يختلف مفهومه باختلاف المجالات و الميادين الموجه إليها.

المطلب الأول

تعريف الاستثمار الأجنبي

لغة : لم يخرج قط عن كونه طلب الحصول على الثمرة و ثمرة الشيء هي ما يتولد عليه، و ثمر الرجل ماله أي أحسن القيام به و نماه و زاده (1).

الفرع الأول: التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي

كلمة استثمار هي من المصطلحات الاقتصادية العالمية و معناها في علم الاقتصاد لا يخرج عن معناها اللغوي، لأنه يقصد بها زيادة أو إضافة جديدة في ثروة المجتمع مثل إقامة المباني و المزارع و الطرق و غيرها من المشروعات التي تزيد أو تكثر من الترصد الاقتصادي للمجتمع لذلك تعددت التعاريف الاقتصادية.

فذهب بعض الفقهاء الاقتصاديين في تعريفهم للاستثمار بأنه " قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد التكنولوجية و الخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة "(2).

وعرفه أيضا بعض الاقتصاديين بأنه تكوين رأس المال و استخدامه بهدف تحقيق الربح القريب أو البعيد بشكل مباشر أو غير مباشر، بما يشمل إنشاء نشاط إنتاجي أو توسيع طاقة إنتاجية قائمة، أو حيازة ملكية عقارية أو إصدار أسهم أو شرائها من الآخرين، أو أنه اتفاق عام أو خاص يؤدي إلى زيادة حقيقية في سلع أو عناصر أو خدمات الإنتاج (3).

---

(1) د.محمد محمد أحمد سويلم، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات، دراسة مقارنة بين القانون و الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى الإسكندرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2009 ص 23 .

(2) د.عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية2008 ص4.

(3) د.عبد الله عبد الكريم، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، الطبعة 1، الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2008، ص 19.

أو هو عملية انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة و يقصد به تحقيق ربح نقدي متميز، كما و عرفه الدكتور محسن شفيق أنه " توجيه جانب من أموال المشروع الأجنبي و خبرته التكنولوجية إلى العمل في مناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية ".

كما يختلف المفهوم الاقتصادي للاستثمار حسب مفهوم الجهة القائمة على الاستثمار.

أولا : عند البنوك التجارية التقليدية

يعني شراء أوراق مالية كاحتياطي وقائي ثانوي للسيولة أو لمتطلبات تشغيل الأموال المتاحة في أصول سهلة التحويل نسبيا إلى نقدية، و هذه الأوراق قد تكون حكومية أو مضمونة من الحكومة أو شركات ناجحة.

ثانيا : من جهة نظر الشركات الصناعية و التجارية الزراعية و شركات الخدمات

يعني توظيف الأموال في أصول خالية من المخاطر المحسوبة، أي بالمحافظة على الأصل أو الاستقرار في الدخل و لو كان متواضعا، و يترتب على ذلك عدم الزيادة الكبيرة في قيمة الأصل في نهاية المدة.

أما إذا عبر الاستثمار حدود الدولة التابع لها فهو ذلك الاستثمار الأجنبي الذي يجري خارج النظام النقدي و المالي و الاقتصادي و القانوني للدولة المستثمرة (1).

و بهذا نرى كيف صعب على الاقتصاديين الإجماع على تعريف محدد للاستثمار الأجنبي، و إن كانوا جميعا يتفقون حول مفهوم واسع له يحدد الهدف منه معنى أنه" توظيف النقود لأي أجل أو أي أصل أو ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها للملاحظة على المال أو تنميته سواء بأرباح دورية أو بزيادات في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع غير مادية".

(1)أنظر الطالب نور الدين بوسهوة، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانون الدولي و الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة سعد دحلب البليدة، 2004ـ2005 ص 47.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي

لقد تفاوتت القوانين الداخلية للدول فيما بينها و اختلفت المعاهدات الدولية في تعريفها للاستثمار بين الوقوف أمام تعريف جامع مانع لهذا المفهوم أو القيام بتوسيع في مفهوم الاستثمار، فمثلا لم تتعرض إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لتعريف مصطلح الاستثمار و ذلك تشجيعا لانتقال رؤوس الأموال عبر الحدود و إيجاد الوسائل الكفيلة بتسوية المنازعات الاستثمارية، السبب في ذلك كله أن الاستثمار ليس بالواقعة الاقتصادية أو القانونية المحددة، و إنما يمثل في الواقع مفهوما متطورا يتغير بتغير الظروف و الأوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي.

فمفهوم الاستثمار مفهوم متطور يتغير بتغير الظروف و الأوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي و عليه فهو يليق و يتسع حسب ظروف البلد السياسية و الاقتصادية فالدول التي تسعى إلى جلب الاستثمارات الأجنبية تتبنى مفهوما واسعا للاستثمار حتى تتمكن من الحصول على أكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال و الخبرات الأجنبية.

كما أن مفهوم الاستثمار لم يقتصر على الأموال المادية و الأموال العينية التي يمكن أن يرد عليها حق الملكية فقط، و إنما يشمل كذلك كل مظاهر الخدمات.

و نتيجة تردد الفقهاء على تعريف الاستثمار و ما يجب أن يكون عليه في الوقت الراهن من جهة مقابلة، حيث لم يعد مقصورا على الصور التقليدية فحسب (الاستثمار المباشر و الاستثمار غير المباشر) فلقد ظهرت أشكال جديدة للاستثمار لعل أبرزها ما يسمى بالمشروعات المشتركة، حيث يتشارك فيها رأسمال المستثمر الأجنبي في المشروع و عقود الخدمات و الإدارة و الامتياز و الترخيص و غيرها و عليه كان لزاما على الباحثين أن يتجهوا إلى فحص الاتفاقيات الجماعية و الثنائية التي أبرمت في مجال الاستثمار بغية الوصول إلى تحديد مفهوم واضح للاستثمار الأجنبي (1).

أولا : تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي :

سنتطرق إليه من خلال تعريف الاستثمار الأجنبي بين واقع الاتفاقيات الدولية الجماعية ثم تعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الدولية الثنائية ثم تعريف الاستثمار الأجنبي في ظل أحكام القانون الدولي العام العرفي.

---

(1)أنظر الطالب نور الدين بوسهوة، المرجع السابق ص 48.

ثانيا: : تعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الدولية و الجماعية

هناك من الاتفاقيات الجماعية من عمدت على إغفال تعريف الاستثمار الأجنبي رغم كونه موضوعا لها، كاتفاقية واشنطن عام 1965 و المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة و رعايا الدول الأخرى المادة 25 من الاتفاقية التي تحدد اختصاص المركز.

و منها من تبنى مفهوما واسعا للاستثمار كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية المنشئة للوكالات الدولية لضمان الاستثمار عام 1985 Agence Multilatérale de Garantie des Investissements حيث يمكن للوكالة إضافة أنواع أخرى للاستثمار المادة 12 (1).

و كذلك الحال بالنسبة للاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة : 1971 و التي تميل كذلك للمفهوم الموسع للاستثمار المادة 15.

وكذلك الشأن بالنسبة لاتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين الدول أعضاء المؤتمر الإسلامي المبرمة في 1998\12\10.

ثالثا : تعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية :

هناك من هذه الاتفاقيات من تعرف الاستثمار من ناحية موضوعية باعتباره مجموع الحقوق المالية سواء كانت أموالا أو حقوقا أو أرباحا، و أن تكتفي بأن تعطي أمثلة لما يعتبر استثمارا و تحيل إلى قانون الدولة المضيفة لتحديد ذلك.

و هناك من الاتفاقيات من تأخذ بالنظام التعدادي أو نظام القائمة أو تعداد الأموال المكونة للاستثمار، سبب اللجوء إلى هذا النظام هو تجنب أي خلاف بين الدولتين المتعاقدتين حول التكييف و تطبيق أحكام الاتفاقية، مما يقلل من المنازعات بينها و هذا هو الوضع الغالب في الاتفاقيات الثنائية.

هناك اتجاه آخر ألا و هو الإحالة إلى قانون الدولة المستقبلة حيث يتم وفقا لهذا الأسلوب تحديد فكرة الاستثمار و ما يعطيه
قانون الدولة المضيفة لهذه الصفة أو الإحالة هنا للقانون العام و ليس للقانون الخاص، و في هذه الحالة فإن فكرة الاستثمار تكون ذاتها التعريف الذي تأخذ به هذه الدولة.

---

(1)أنظر : المادة 12 من الاتفاقية المنشأة للوكالات الدولية لضمان الاستثمار 1985 ، تنص على أن كلمة استثمار تشمل حقوق الملكية و الاستثمار المباشر بصورها المختلفة و القروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في المشروع كما يمكن لمجلس إدارة الوكالة أن يتوسع في المستقبل بإضافة صور أخرى للاستثمار .

اعبار: عتريف رامثتسلاا نجلأابي في ناقلاون للدولي ماعلا عافير :

إن أحكام القانون الدولي العام العرفي تخلوا هي الأخرى من تعريف فكرة الاستثمار و حتى بعض القواعد العرفية الدولية الخاصة بحماية الأموال المملوكة للأجانب، و حق دولة الجنسية في إحترام القانون الدولي في شخص رعاياها، و في نفس الوقت حقوق الأجنبي على هده الأموال.

ذلك أن اصطلاح l'investissement باللغة الفرنسية يعد حصرا عل قانون المعاهدات كما تخلوا أحكام المحاكم الدولية من تعريف الاستثمار.

لذا يستحسن بنا أن نستعين ببعض التعريفات لبعض الجمعيات و الهيئات الدولية المتخصصة.

1-**تعريف معهد القانون الدولي :** "هو توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف تحقيق الربح، و يمكن أن يكون الاستثمار من أموال معنوية "

و هذا التعريف واسع بحيث يشمل الاستثمار التجاري و الصناعي و أيضا المباشر و الغير مباشر.

2-**تعريف جمعية القانون الدولي:** حركة رؤوس الأموال من دولة مستثمرة إلى دولة مستفيدة دون تنظيم فوري " و هو اصطلاح يقترب من مفاهيم القانون الدولي الخاص لدولة مصدرة لرؤوس الأموال و دول مستوردة لرؤوس الأموال".

خامسا: تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الأجنبي

قبل صدور الأمر رقم :03\01 المعدل و المتمم، لم يرد في التشريع الجزائري أي تعريف للاستثمار بخلاف الإتفاقيات الثنائية التي تتضمن تفاصيل حول عملية الاستثمار سواء من حيث مفهومها أو مجالها.

بالإضافة إلى قوانين الاستثمار نجد أن التشريع الخاص بالنقد و القرض يتضمن بعض العناصر التي تسمح بتعريف الاستثمار و بالمقارنة مع الاتفاقيات الدولية، بصفة عامة فإن القوانين الداخلية هي أكثر تحفظا في هذا المجال بحيث تكتفي عادة بتعريف الاستثمار المباشر التقليدي "كما هو الشأن في التشريع الجزائري"(1).

---

(1) – أنظر : المادة 126 من الأمر رقم 01\03 المؤرخ في 26\08\2003 المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم، التي تنص على مايلي : (يرخص للمقيمين في الجزائر تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج بضمان نشاطات إلى الخارج مكملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع و الخدمات في الجزائر.

1-تعريف الاستثمار في القانون الداخلي :

أ- في ناقلاون قرم 63-277 : اكتفي المشرع في هذا ناقلاون حتبيد ةرابع " رامثتسا سوؤر ملأاولا لاوقدرا اهيف هنأب موهج رامثتسلا المشابر،(1) اما لاكشلأا خلأرى رامثتسلا ناكفت غير عمرةفو في لذك لاوقت ، امك نأ وشمل لرسوؤ ملأاولا ةيجاتنلإا يلدل ىلع جوود لاكشأ خأرى رامثتسلا لابرغم من عدم دتحياه .

ب- في ملأار قرم 284/66 : لم يرد في هذا ملأار يأ عتريف رامثتسلا، و ناك ادلهف هنم نتظيم سأر الما نجلأابي في داصتقلاا لانيطو و نلابرظ إلى لارظفو ةيسايسلا و يلإاميولوةيج لاتي عضو اهيف، ناف ماكحلأا لاوقدرا هيف تؤكد ترعجا موقف المشرع ازلجئاري من تارامثتسدلاا ةيبنجلأا، ابلةنراق مع ناقلاونرقم 63/277 لاسلاف لانكر، و للذي ناك تكأر ضووواح ، بهفذا ناقلاون نيص صرةحا ىلع داعبتسا سأر الما الخصا من عيراشم رامثتسدلاا في قلاطتاعا الحيوةي للاقتصاد الوطني و المخصصة للدولة و الهيئات التابعة لها (2) .

ت- في ارلمسوم شتلاريعي قرم 93-12 : اذإ ناك هذا ناقلاون كيرس تلاوتاهيج ادلجيدة جللزئار في مجلا رامثتسدلاا نجلأابي هناف لم تأي يأب عتريف دمح رامثتسلا ، بحيث تراشأ المةدا ولأالى هنم إلى تارامثتسدلاا المةجتن علسلا و ادلختام لاتي بيج نأ جنتز في كشل " صحص من سأر الما " و اذإ ناك هذا ارلمسوم تعيرف بوجود لاكشأ خأرى تارامثتسلا هناف صتقير ىلع رامثتسدلاا المجنز بوساطة صحص من سأر الما وأ صحص ةينيع (3) .
و عبتسيدالأشكال ادلجيدة رامثتسلا و لاتي تتم في كشل خدتام و بدنو سأر لام ، امأ تازايتملاا الجمرةيك و ضلارةيبي لاوقدرا هيف ، أفنها موةهج تارامثتسلا لاتي هاستم في ةيمنت داصتقلاا لانيطو.

قلد فتحاظ المشرع ازلجئاري ابلهفوم يكيسلاكلا رامثتسلا المشابر و يدافت توعسد مجلا تطبيق هذا ناقلاون كلل تايلمعلا الخةصا نواعتلاب يداصتقلاا لادولي نرظا عصللوتاب لاتي ناكت

(1)- أنظر: المادة (1) و (2) من القانون رقم 63\277 المؤرخ في 26 يوليو 1963 يتضمن قانون الاستثمارات، ج. ر. ج. ج عدد 53 الصادرة في 17سبتمبر 1960.

(2)- أنظر: المادة (2) من الامر رقم 66\284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمارات، ج. ر. ج. ج عدد 80 الصادرة في 17سبتمبر 1966.

(3)- أنظر: المادة (2) من المرسوم التشريعي رقم 93\12 المؤرخ في أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار ،ج. ر. ج. ج عدد 64 الصادرة في 10أكتوبر 1993.

توهجا داصتقلاا ازلجائري في لذك لاوقت وعضف توازناتها ةيداصتقلاا يحث حتتد المتداين 2 و 3 من فنس ارلمسوم لاكشأ رامثتسلاا امك يلي :

لاوأ : تارامثتسلاا اولمةهج جاتنلإ علسلا و ادلختام

-**إنتاج السلع** : تشمل بصفة عامة إنتاج أي شيء مادي في الجزائر.

- **الخدمات** : تشمل الحقوق و الإلتزامات المرتبطة بالملكية التي لها قيمة إقتصادية مثل : المساعدة التقنية و الإستشارة و الخدمات بعد البيع .

ايناث: تارامثتسلاا المةئشنذ وأ المةيمنذ قللدتار و الميعدة يهأتلل وأ المةيكل

— **رامثتسلاا المأشذ:** مشيل عاشنإ مؤةسسد جديدة.

— **ةيمنذ قللدتار:** يأ لارعفذ من ةمية اؤلمةسسد اباسهمة من عفر مواهدرا المةيلا.

— **ةداعإ يهأتلال:**مشل كل تايلمع رامثتسلاا عن رطيق وتحيل سأر الما للاثم تسارعاج اهسلافإب مؤةسسد عبد صتلارحي.

— **ةداعإ الهةلكي** :صقيد بها اولخةصصد .

— **في ملأار قرم 03/01 المعدل و المتمم** : حدد في المقدا ولأالى هنم مجلا تطبيق هذا ناقلاون و للذي مشيل تارامثتسلاا لاطوةيذ و ةيبنجلأا و لذك في مجلا جاتنإ علسلا و ادلختام لاتي نتدجر مضن لاكشلأا يلقتلاسةي رامثتسلال، كلن من جال يقتلاد من مجلا طاشنلا عضو شطر ثمتيل في ضرةرو برط جاتنإ علسلا و ادلختام ، "طاشنلاب يداصتقلاا " امك سمح رامثتسلااب في قلاطتاعا لاتي ناكت تحكتراه للاةلو و اؤلمتاسسد معلاوةيم ةعباتلا لها عبد الحصول ىلع ةصخر من لسلاطتا المةينعـ (1) .

بخفـلا قلاونااين ةقباسلا، حدد المشرع ازلجائري في المقدا 02 من فنس ملأار هفموم رامثتسلاا امك يلي:

صقيد رامثتسلااب في هفموم هذا ملأار ام يلي :

1- عانتقا صأول نتدجر في إطرا حتساثتا اشنطتا جديدة وأ توعيس قتدار جاتنلإا و ةداعإ يهأتلال وأ ةداعإ الهةلكي.

2- الماسهمة في أرسملا مؤةسسد في كشل اسمهتا قندةي وأ ةينيع.

3- ةداعتسا اشنلاطتا في إطرا خوةصصد جزةيئ وأ ةيلك .

(1)- راجع: د.عيبوط محند و علي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 143.

لختسنص من هذا عتلاريف امـ يلي :

لاوأ: نأ رامثتسلاا يمكن نأ خأيذ لاكشأ مختفلة يه:

أ- توعيس طاشن اؤلمةسسد ابلاسهمة في حتسانثا اشنطتا جديدة وأ الماسهمة في تحسين قتـار جاتنلإا (يأ عجل اؤلمتاسسد تكأر ةيلعاف) وأ ةداعإ يهأتل (يأ تسارعاج عبض اؤلمتاسسد لاتي اعتني من عصوتاب في يستلاير و نتلاظيم و المعرةضد للزلاو) وأ ةداعإ الهةلكيـ (و مشتل اؤلمتاسسد لاتي اعتني من عدم ةيلعافلا في يستلاير و نتلاظيم و لاتي تحجاة إلى ةداعإ الهةلكي يأ مرةعجا قوعاد يستيراه و تنظيمها)

ب-المساهمة في رأسمال مؤسسة: أي المساهمة الجزئية في تحسين الوضعية المالية للمؤسسة من خلال الرفع من رأسمالها

ت- بـاستكا اؤلمتاسسد كشبل جزيئ في إطرا ةيلمع اولخةصصد .

ايناث : هذه الماسهمتا يمكن نأ كتون قندةي وأ ةينيع .

اثلاث : توعسد المشرع في مجلا طاشنلا مشيلل كل قلاطتاعا ةيداصتقلاا بما اهيف لتك لاتي تعتبر يحوةي داصتقلاا لانيطو و كلن شبرط الحصول ىلع ةصخر من لسلاطتا المةينع .

اعبار : كانه ةدارإ لدى المشرع ازلجئاري في توعيس مجلا طاشنلا مشيلل كل قلاطتاعا ةيداصتقلاا بما اهيف لتك لاتي تعتبر يحوةي داصتقلاا لانيطو و كلن في فنس لاوقت عضو يقود ادلهف اهنم ظافتحلاا " يلاسلأابب يلقتلاسةي رامثتسلاا"

وداعبتسا لاكشلأا ادلجيدة رامثتسلاا (N.F.1) إلى ناجب تشارطا الحصول ىلع ةصخر رامثتسلاا في عبض قلاطتاعا الحيوةي داصتقلاا لانيطو. (1)

(1) – راجع: د.عيبوط محند و علي، نفس المرجع، ص 144 ص 145.

تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون المتعلق بترقية الاستثمار 09\16

عرفه المشرع الجزائري في المادة 2 من هذا القانون **"يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي : اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج و/أو الإنتاج و/ أو إعادة التأهيل، المساهمات في رأسمال الشركة"** (1).

أولا : اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة

يرمي هذا الشكل إلى زيادة المخزون الوطني لرأسا لمال و الإنتاج، الشكل الأكثر كمالا للاستثمار في حال ما ولد رأسمال و إنتاج جديدين تماما، و الهدف منه إنشاء مؤسسة جديدة برأسمال وطني أو أجنبي يتمتع بالشخصية المعنوية، و يدخل استثمار

توسيع القدرات، رأسمال جديد يضاف إلى رأسمال قديم من أجل الحصول على زيادة في الإنتاج الموجود من أجل توسيع الإنتاجية للمؤسسة (2).

ثانيا : المساهمات في رأسمال الشركة

إن هذا النوع من الاستثمار قد نصت عليه الفقرة 2 من المادة 2 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار(3)، حيث ينقسم رأسمال الشركة المساهمة إلى حصص صغيرة القيمة تسمى بالأسهم(4)، و يقصد بالمساهمة على أنه تقديم من طرف المستثمر

" عطاء" أو " مساهمة" نقدا أو عينا ماديا أو غير مادي، و قد يكون المصدر " المستثمر"إما شخصا طبيعيا و إما معنويا، خاصا أو عموميا(5).

---

(1) – القانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، يلغي جزئيا الأمر رقم 03/01، ج.ر.ج.ج، عدد 46.

(2) – شنتوفي عبد الحميد، المعاملة الإدارية و الضريبية للاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017 ص306.

(3) – القانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، المادة 02 فقرة 02، مرجع سابق.

(4) – آيت علواش نجاة، عبيدات علي، الاستثمار في إطار التنمية المستدامة وفقا للقانون 09/10 المتعلق بترقية الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2017، ص12.

(5) – قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص11.

يلاحظ من مضمون نص المادة 2 أعلاه أن مصطلح الاستثمار جاء بصيغة شاملة، و لم يشر إلى مختلف النشاطات الاقتصادية التي يشملها الاستثمار، حيث تطرق لكل المشاريع التي تقوم باقتناء أصول من اجل استحداث نشاطات جديدة في إطار الإنتاج و التأهيل، بالإضافة إلى المشاريع التي تهدف إلى المساهمة في رأسمال الشركة، جاء مصطلح الشركة مرة أخرى بصفة عامة دون تحديد الشكل القانوني لها(1).

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى الاستثمار وفقا لهذا القانون يتحدد كونه عبارة عن عملية منجزة، بواسطة مساهمة في رأس المال، أي تخصيص ممتلكات قصد إنجاز مشروع ذو طبيعة اقتصادية، من خلاله يتحصل القائم به على الربح أو يتحمل الخسارة(2).

1- تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر :

من خلال دراستنا لبنود الاتفاقية الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول الصديقة و الشقيقة، في مجال التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، و هي عديدة و متنوعة تبين لنا أن هذه الاتفاقيات انتهجت فيها الدول المتعاقدة أسلوب التعداد و التبيان التفصيلي في شأن تعريف الاستثمار، و هذا لتجنب الخلاف الذي قد يقع بين الدولتين المتعاقدتين حول التكييف، و تطبيق أحكام الاتفاقية مما يقلل من المنازعات بينها، و من جهة أخرى القائمة التي تتضمنها بشان الأصول الاقتصادية التي تعد استثمارا و التي وردت على سبيل المثال لا الحصر، و بالتالي يمكن إدراج أنواع أخرى تمنحها و هذا ما يتفق إلى حد كبير مع الاتجاه نحو الأخذ بمفهوم موسع للاستثمار الذي تتبناه هذه الاتفاقيات بحيث يشمل الاستثمار بنوعيه المباشر و غير المباشر كما تعتمد هذه المعاهدات على ذكر العناصر المكونة له، بوضع نص يتضمن بيانا نميز بين المستثمر و عملية الاستثمار في حد ذاته، إذ تعبر عن الاستثمار أو المشروع الاستثماري بالمال المستثمر.

تتفق الاتفاقيات الثنائية على أن كلمة استثمار تعني أي نوع من الأصول التي تنفذ كاستثمار طبقا للوائح و قوانين الطرف المتعاقد الذي يقبل الاستثمار في إقليمه، و هي التي تشمل على سبيل المثال لا الحصر:

1- الأملاك المنقولة و العقارية و كذا الحقوق الأخرى كالرهان العقارية و الامتيازات.

2- الرهون الحيازية و الضمانات و أي حقوق أخرى مماثلة.

3- الأسهم و حصص الشركة أو أي شكل آخر من المصلحة في الشركات، أو شركة مختلطة على إقليم

---

(1) – حجارة ربيحة، حرية الاستثمار في التجارة الخارجية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص16.

(2) – مقداد ربيعة، معاملة الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص12.

الطرف المتعاقد الآخر (حصص، أسهم، ديون أخرى ناتجة عن عقد الاستثمار، قروض، أوراق مالية).

4- المطالبات النقدية أو أي أداء ذا قيمة مالية

5- حقوق الملكية الصناعية و الفكرية و النتائج الصناعية و العلامات التجارية و الأساليب التقنية و الشهرة التجارية و المهارة.

6- الامتيازات المتعلقة بالأعمال الممنوحة بموجب قانون او عقد، المرتبطة بالاستثمار بما في ذلك امتيازات البحث عن الموارد الطبيعية و استغلالها.

7- لا يؤثر أي تغيير في الشكل الذي يتم فيه الاستثمار و الأصول، أو إعادة استثمارها على وضعها كاستثمار (1).

(1) – راجع الاتفاقية المبرمة مثلا مع حكومة الجمهورية الاندونيسية بتاريخ 2000/03/21 و تم التصديق عليها بمرسوم رئاسي رقم 266/02 المؤرخ في 2002/06/22.

المطلب الثاني

تطور النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر.

تشكل الاستثمارات الأجنبية صناعة القرن الواحد و العشرين، و هي المحرك الرئيسي للاقتصاد الوطني، إذ تعتبر شكلا من أشكال تدفق رؤوس الأموال من إلى الدول المستقبلة للاستثمار و باعتبار الجزائر دولة من هذه الدول التي واجهت بعد الاستقلال ظروف جد صعبة حيث اقترنت بخروج الأقلية التي سببت بدورها حركة في رؤوس الأموال خارج الجزائر، مما أدى إلى انخفاض الودائع في البنوك و الحسابات البريدية قدرت بـ:110 مليار فرك فرنسي ، بالإضافة إلى 20 مليار فرنك كقيمة الديون التي تزعمها الأوربيون، و هذا ما أدى إلى انخفاض قيمة النقود المتداولة و تجميد الحركة التجارية، و بالتالي عجز في الإنتاج الوطني، لذا تحتم على الجزائري آنذاك مواجهة هذه التحديات من اجل التحرر من التبعية و شق مسار جديد للتنمية و الاستثمار و من هنا فإن التسيير الاقتصادي لأي دولة يلعب دورا هاما في منح الثقة للمستثمرين المحليين و الأجانب لأي دولة و لو جئنا للجزائر نجدها قد مرت بمرحلتين هامتين في اقتصادها(1) :

(1) – مولود سليم، سليم لمين، مدى فعالية القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في استقطاب الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، السنة الجامعية 2017/ 2018 ص12.

الفرع الأول

المرحلة الاشتراكية

أولا: فترة الستينات

تبنت الجزائر في هذه الفترة قانونين يتعلقان بالاستثمارات هما:

1-قانون الاستثمارات الصادر سنة 1963 : يعتبر هذا القانون أول تشريع جزائري بعد الاستقلال موجه و بصفة مركزة و أساسية إلى الاستثمار الأجنبي، و بالتحديد لرؤوس الأموال الإنتاجية الأجنبية من أجل تطوير الاقتصاد الوطني، حيث نصت المادة الثالثة منه على أن حرية الاستثمار معترف بها للأشخاص الطبيعيين و المعنويين في إطار النظام العام و قواعد التأسيس.

و قد جاء هذا القانون بجملة من الضمانات و الامتيازات تمثلت في:

- تحويل الأموال (50٪ من الأرباح الصافية السنوية و التحويل الحر للأموال المتنازل عليها) المادة 31
- الحماية الجمركية : المادة 9 فقرة 1
- التدعيم الاقتصادي للإنتاج.

و مقابل هذه الامتيازات فقد ألزمت المؤسسات المعتمدة أن تضمن التكوين المهني، و ترقية العمال و الإطارات الجزائرية المادة12، و ما يلاحظ على هذه المرحلة هو عدم التوجه الاشتراكي في أول قانون صدر لتنظيم الاستثمار بعد استقلال الجزائر، حيث خول للمستثمرين الأجانب عدة ضمانات عامة تمثلت على وجه الخصوص في :

- حرية الاستثمار للأشخاص المعنوية و الطبيعية الأجنبية.
- حرية التنقل و الإقامة بالنسبة لمستخدمي و مسيري هذه المؤسسات.
- الضمان عند نزع الملكية، بمعنى أن نزع الملكية يؤدي إلى تعويض عادل.

و رغم هذه الضمانات و الامتيازات فقد قامت الجزائر في الفترة ما بين 1963 و 1964 بعدة تأميمات، كما بينت نيتها في عدم تطبيق هذا القانون، كما و لم تبادر بدراسة الملفات المودعة لديها بخصوص الاستثمار(1).

(1) – الأستاذة حمدي فلة، و الأستاذة حمدي مريم، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بين التحفيز القانوني و الواقع المعيق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص336/335 .

2-قانون الاستثمارات الصادر سنة 1966 : بعد الفشل في تطبيق قانون سنة 1963 تبنت الجزائر قانونا جديدا، و أصبح الاستثمار وفقه يقوم على مبدأين أساسين هما :

المبدأ الأول : إن الاستثمارات الخاصة لا تنجز بحرية في الجزائر و ذلك بالتمييز بين القطاعات الحيوية الاقتصادية المقررة من طرف الدولة و القطاعات الأخرى، و تكون للدول الأولوية في الاستثمارات في القطاعات الحيوية.

المبدأ الثاني : منح الضمانات و الامتيازات خصت فقط الاستثمار الأجنبي و تمثلت في :

- المساواة أمام القانون خاصة المساواة الجبائية.
- تحويل الأموال و الأرباح الصافية
- ضمانات ضد التأميم، حيث يقرر التأميم بموجب نص تشريعي يؤدي إلى تعويض يتم خلال تسعة أشهر و يكون مساويا للقيمة الصافية للأموال المخولة للدولة.

مما سبق يتضح أن قانونا 1963 و 1966 لم يجلبا المستثمرين الأجانب، لأنهما كانا ينصان على إمكانية التأميم، و كذا على أن الفصل في النزاعات كان يخضع للمحاكم الجزائرية و القانون الجزائري، و هو ما يتنافي مع إرادة الأجانب التي تتحاشى تطبيق القوانين الداخلية لعدم ثقتهم فيها، و كذا خوفهم من التحيز (1).

و قد كانت هذه الأسباب كافية للإعلان عن فشل إعادة الهيكلة و إعادة التفكير في أسلوب جديد للإصلاح الاقتصادي، و قد اعتمدت السلطة خدمة إثراء الميثاق الوطني سنة 1986 بتمرير أفكارها الجديدة بشأن عملية الإصلاح، و قد عبر الميثاق عن هذه الأفكار غداة المصادقة عليه، حيث أن "أنماط التسيير حيث ما وجدت في المؤسسة الاشتراكية أو في التسيير الذاتي أو في التعاونية هي قابلة بطبيعتها للاكتمال، و بالتالي تشكل قواعد غير قابلة للتغيير و معنى ذلك أنه يمكن تعديل هذه الهياكل و تحسينها طبقا لما تمليه التجربة".

---

(1) – الأستاذة حمدي فلة، و الأستاذة حمدي مريم، المرجع السابق، ص336/335 .

و هكذا يبدو أن السلطة بدأت حملة مبكرة لتحضير الرأي العام قصد إعادة الهيكلة و محاولة الإقناع بضرورة التراجع عن التسيير الاشتراكي بكل ما يحمله هذا التسيير من إيديولوجيات و اختيارات اقتصادية.

و هو ما يتيح لنا الاعتقاد بأن إعادة الهيكلة لم تكن في الواقع سوى مرحلة ابتدائية لتحضير شروط الدخول بأوفي الحظوظ في

المرحلة الثانية، و هي الاستقلالية لأن الوضع الاقتصادي و الاديولوجي المهيمن آنذاك لم يسمح بالمرور المباشر إلى اقتصاد السوق(1).

(1) – عزرين عبد الرزاق، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر "واقع و آفاق"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع إدارة الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر سنة 2014/2013 ص15.

الفرع الثاني

المرحلة الرأسمالية

أولا : القانون 10/90 المتعلق بالنقد و القرض

جاء القانون 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد و القرض لتكملة مسيرة الإصلاحات المصرفية التي قامت بها الجزائر، حيث يعتبر هذا القانون النقلة الفعلية للنظام المصرفي الجزائري، فهو بمثابة تغيير جذري من أجل إقامة نظام مصرفي مستقل يخدم التحول إلى اقتصاد السوق في ظل منافسة المصارف الأجنبية، و من التغيرات و التحولات الجديدة التي اتخذها هذا القانون مايلي :

- يمكن أن تأخذ الاستثمارات الأجنبية المقامة في الجزائر إما شكلا مباشرا أو مختلطا، فهو بذلك قد ألغى شرط الأغلبية النسبية لرأس المال، كما ألغى أيضا مشاركة رأس المال الأجنبي في القطاع العمومي فقط، فقد أكدت نصوصه على أن يرخص للمقيمين و الغير مقيمين بالحرية الكاملة للقيام بالشراكة مع شخص معنوي، عام أو خاص مقيم.
- حرية تنقل رؤوس الأموال الأجنبية بين الجزائر و الخارج لتمويل المشاريع الاقتصادية.
- يسمح لغير المقيمين بإستثاء بنوك و مؤسسات مالية لوحدهم أو بالمساهمة مع المقيمين.
- السماح بتحويل المداخيل و الفوائد و إعادة تحويل رؤوس الأموال و الملاحظ هاهنا :

أن أهم انتقاد يوجه لهذا القانون أنه لم ينص على الامتيازات الممنوحة للمستثمرين ما عدا إمكانية تحويل رؤوس الأموال و الفوائد، و هذا باعتباره قانونا خاصا بتنظيم البنوك و المعاملات المالية أكثر من كونه خاصا بالاستثمارات، ضف إلى ذلك أنه قد ألغى القيود المفروضة على رؤوس الأموال الأجنبية، حيث أنه منح للمستثمرين الأجانب إمكانية الاستثمار(1).

ثانيا : قانون ترقية الاستثمارات 12/93(2)

إن المرسوم التشريعي لسنة 1993 هو نتيجة سياسة اقتصادية لمرحلة دامت أكثر من 30 سنة أراد من خلالها المشرع أن يساير الإصلاحات الاقتصادية التي بدأت منذ سنة 1988 باستثناء المؤسسات

---

(1) – الأستاذة حمدي فلة، و الأستاذة حمدي مريم، المرجع السابق، ص337/336.

(2) –راجع القانون رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 64، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993.

العمومية الاقتصادية و هذا القانون يشمل الاستثمارات بصفة عامة و قد سبق صدوره قانونان هما(1) :

– القانون الأول الخاص بتتميم و تعديل القانون التجاري(2).

– القانون الثاني الخاص بالتحكيم التجاري الدولي.

و يهدف القانون 12/93 إلى تحرير الاقتصاد الوطني و ذلك بإرساء قاعدة اقتصاد السوق من أجل سياسة موالية للاستثمار، و قد فتحت الجزائر بذلك الباب على مصراعيه للاستثمار خاصة الأجنبي من أجل التنمية، و لكن بمعنى آخر كان الهدف ا لحقيقي من هذه الاستثمارات هو البحث عن حل للخروج من أزمة المديونية، و هو ما يسمح للجزائر أن تسطر سياسة تنموية ناجحة(3).

و قد ألغى هذا القانون سنة 1993 كل الأحكام السابقة المخالفة له، ما عدا القوانين المتعلقة بالمحروقات و من بينها :

1/القانون رقم 13/82 المعدل و المتمم.

2/ القانون رقم 25/86 المؤرخ في 1988/08/12 المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الوطنية.

3/ إلغاء المواد 181، 183، 184، 186 من القانون 10/90.

كما يعتبر صدور القانون 12/93 أداة مهمة و ذلك باعتباره مكملا للقانون 10/90 الذي يتضمن عمليات الانتقال من الاقتصاد المخطط نحو اقتصاد السوق، هو وسيلة للانفتاح الاقتصادي على رؤوس الأموال الوطنية الخاصة عن طريق تقديم الامتيازات و الضمانات و التحفيزات الجبائية و الجمركية، بالإضافة إلى حرية تحويل الأموال و فوائدها و كذا المساواة بين المستثمرين المحليين و الأجانب، مع إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي في حال النزاعات.

---

(1) – أنظر المرسوم التشريعي رقم 12/93 يعدل و يتمم الأمر 59/75 و المتضمن القانون التجاري ج.ر.ج.ج، عدد 27، الصادرة في 28 أفريل 1993

(2) –راجع المرسوم التشريعي رقم 12/93 يعدل و يتمم الأمر 154/06 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ج.ر.ج.ج، عدد 25، الصادرة 25 أفريل 1993.

(3) –أنظر عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمار في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ص 16.

ثالثا : قانون تطوير مناخ الاستثمار و آلياته 03/01

بتاريخ 20 أوت 2001 صدر الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، و الذي يعمل على تعميق الإصلاحات الاقتصادية و خلق مناخ ملائم لتنشيط الاستثمارات المحلية و الأجنبية، لذلك تم إلغاء كل الأحكام السابقة المخالفة له، كما يمنح للمستثمرين الأجانب عدة حوافز مالية و جبائية و جمركية بالإضافة إلى تبنيه لأربعة مبادئ هامة هي:

- مبدأ حرية الاستثمار.
- مبدأ رفع القيود الإدارية على الاستثمار.
- مبدأ عدم اللجوء إلى التأميم و حرية تحويل رأس المال و العوائد الناتجة عنه.
- مبدأ التحكيم الدولي.

و لقد تم تعديل و إتمام هذا الأمر بالأمر 08/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006، و الجديد الذي جاء به يتمثل في مايلي :

- عدم المساس بالامتيازات المحصل عليها.
- تحويل رؤوس الأموال و المداخيل.
- المساواة في التعامل مع كل المستثمرين محلين كانوا أو أجانب.
- تغطية المعاهدات و الاتفاقيات الدولية و الثنائية و حماية الاستثمارات.
- إمكانية الطعن الإداري.
- إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال قيام نزاع بين الدولة الجزائرية و المستثمرين غير المقيمين.

أما بالنسبة للضمانات المقررة في هذا القانون للمستثمرين فهي كالتالي :

- يعامل المستثمرين الأجانب نفس معاملة المستثمرين الجزائريين في مجال الحقوق و الواجبات ذات الصلة بالاستثمار، مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية و هي نقطة مهمة جدا، إذ من شأنها أن تكسب المستثمر الأجنبي.
- لا تطبق المرجحات و الإلغاءات التي تحدث في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة.
- يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية للجهات القضائية الخاصة إلا في حال وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الجزائر و تتعلق بالمصالحة و التحكيم.

و من خلال استقراءنا لهذا القانون نرى أنه قد وضع الجزائر في مسار البلدان السائرة في طريق النمو و التي تتمتع بتشريعات متطورة تهدف إلى تحفيز رؤوس الأموال الأجنبية(1).

رابعا : القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار

في مارس 2016 أجرت الجزائر تعديلا دستوريا كان من أهم مضامينه إعادة النظر في المادة 37 التي كانت تعترف بحرية المواطنين في ممارسة التجارة و الصناعة فقط، فأصبحت بمقتضى المادة 43 من التعديل تعترف أيضا بحرية الاستثمار و هو ما اعتبر بمثابة

الدافع القوي للسلطات العمومية من أجل مراجعة المنظومة القانونية المتعلقة بالاستثمار و مناخه العام بما يتماشى و فلسفة الدستور الجديد الذي كرس حرية الاستثمار، فكانت النتيجة أن صدر القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار و المؤرخ في

03 أوت 2016، حيث جسد رغبة الجزائر في الانفتاح على الاستثمارات الأجنبية و إعطائها ديناميكية و حركية أكبر من خلال مجموعة من الضمانات القانونية و القضائية و التحفيزات الضريبية و الإدارية التي جاء بها القانون، و التي لم تعرفها قوانين الاستثمار السابقة، و تهدف الجزائر بذلك إلى تحريك عجلة النمو الاقتصادي و تنويع المداخيل و الاستغلال الأمثل للثروات المتاحة للخروج من التبعية لسوق المحروقات، التي لم تعد مستقرة و هو ما أثر بشكل كبير على إرادات الدولة، كما يظهر من خلال هذا القانون أن المشرع الجزائري قدم ضمانات عديدة للمستثمرين الأجانب مع ما يتماشى و الاتفاقيات و المعاهدات الدولية و تمثلت في :

- ضمان المساواة بين المستثمرين.
- ضمان استقرار أحكام هذا القانون.
- ضمان استقرار أحكام هذا القانون.
- ضمان عدم نزع الملكية للمستثمر أو الاستيلاء عليها إلا في حالات خاصة، و يترتب عن ذلك تعويض عادل و منصف.
- ضمان حق اللجوء إلى التحكيم و الوساطة الدوليين.

كما منح للمستثمر حرية تحويل رؤوس الأموال أو العائدات، و كل هذه الضمانات من شأنها أن تعطي دفعا جديدا و قويا للاستثمارات الأجنبية في الجزائر (2).

---

(1) – الأستاذة حمدي فلة، و الأستاذة حمدي مريم، المرجع السابق، ص338/337 .

(2) – الأستاذة يوسف زروق، و الأستاذ عبد القادر رقاب، ضمانات و حوافز الاستثمار الأجنبي في الجزائر وفق القانون 09/16، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، رقم 04، ص 100–117.

المطلب الثالث

أنواع الاستثمار الأجنبي

إن الاستثمار الأجنبي باختصار و بناءا على ما سبق يعنى امتلاك أحد الأفراد أو المؤسسات في دولة ما لأصول مؤسسة أو مؤسسات تعمل في دولة أخرى .. ببساطة تامة، و ينقسم الاستثمار من حيث طبيعته، إلى استثمار مباشر و غير مباشر.

الفرع الأول

الاستثمار الأجنبي المباشر

يعتبر الاستثمار الأجنبي عاملا أساسيا لتحقيق التنمية الاقتصادية للدول، إذ ينال اهتمام العديد من الباحثين و المفكرين الاقتصاديين الذين تباينت آراءهم حول مفهوم واحد و شامل، و منها أنه نوع من أنواع الاستثمار يتم خارج موطنه، بحثا عن دولة مستقلة سعيا وراء تحقيق جملة من الأهداف الاقتصادية و المالية و الإجتماعية و السياسية، سواء لهدف مؤقت أو لأجل محقق أو لآجال طويلة (1)، و من تعاريفه أيضا :

أولا : مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر

التعريف الأول : الاستثمار الأجنبي هو "الأموال الأجنبية (حكومات، أو أفراد أو شركات) التي تنساب إلى داخل الدولة المضيفة بقصد إقامة مشاريع تملكها الجهة الأجنبية و تأخذ عوائدها بعد دفع نسبة من هذه العوائد، و ضمن شروط يتفق عليها مع الدولة المضيفة" (2).

التعريف الثاني : الاستثمار الأجنبي هو "ممارسة المال الأجنبي لنشاط في بلد آخر سواء كان ذلك في مجال الصناعة الاستخراجية أو التحويلية بحيث يرافق هذا النوع من الاستثمار انتقال التكنولوجية و الخبرات التقنية إلى البلد الآخر، من خلال ممارسته لسيطرة و إشراف مباشرين على النشاط في المشروع المعني " (3).

---

(1) – فريد النجار،الاستثمار الدولي و التنسيق الغربي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2004 ص85 .

(2) – محمد عبد العزيز عبد الله، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، دار النفائس، الأردن ص 18 .

(3) – صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2005 ص18.

التعريف الثالث : تعريف صندوق النقد الدولي FMI.

بأنه الاستثمار الذي يتم للحصول على مصالح مستمرة في المشروع الذي يقوم بنشاطاته في ميدان إقتصادي خارج ميدان المستثمر من أجل أن تكون له القدرة على اتخاذ القرارات الفعلية في تسيير المشروع(1).

التعريف الرابع : إن الاستثمار الأجنبي المباشر ينطوي على علاقة طويلة الأجل تعكس منفعة المستثمر الأجنبي المباشر التي تترتب عليها تحويل أصول ملموسة و غير ملموسة إلى البلد المضيف(2).

نستنتج من التعاريف السابقة أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو تدفق رؤوس الأموال الأجنبية و استثمارها في دول خارج الحدود الإقليمية قصد البحث عن مستثمرات جديدة بالنسبة للمستثمر و حصول الدول المستضيفة على خبرات و تكنولوجيات المستثمر الأجنبي و ذلك بما يخدم الطرفين.

ثانيا : خصائص و أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر

1- خصائص الاستثمار الأجنبي المباشر

يتميز الاستثمار الأجنبي المباشر عن باقي الاستثمارات الأخرى بالميزات التالية (3):

أ – إن القروض الخارجية لتمويل التنمية لا تخلو من عيوب جوهرية فهي أولا ليست متاحة لجميع الدول التي ترغب في الحصول عليها، و تلعب التيارات السياسية و العلاقات الدولية دورا هاما في الحصول عليها

ب- القروض من الهيئات الدولية تخضع لاشتراطات عديدة، كضرورة عضوية الدولة المقترضة في الهيئة و عدم تجاوز حجم القروض بنسبة محددة من حصتها في رأسمال الهيئة و مركز الدولة الاقتصادي و المشروعات التي سيستخدم القرض في تمويلها و قد تضطر هذه الدول في كثير من الأحيان قبول قروض قصيرة الأجل لتمويل مشروعات طويلة الأجل، الأمر الذي يؤدي بها إلى حلول آجال السداد قبل أن تبدأ المشروعات التي مولها القرض في الإنتاج ، و تؤدي كافة العوامل أو بعضها بالدول النامية إلى الدخول في مفاوضات مع الدول المقترضة لإعادة تمويل القرض بتكاليف متزايدة أو إعادة جدولة الديون، كما أصبحت غير متاحة إلى حد كبير و غالبا ما تستخدم في تمويل الاستهلاك العام و الاستهلاك الخاص بنما يستخدم الاستثمار الأجنبي المباشر في مشروعات تدر عائدا.

---

(1) – صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 18 ، تاريخ النشر : http://www.hrdiscussion.com

(2) – علي جاسم الصادق، الاستثمار الأجنبي المباشر و آثاره على اقتصاد البلد المضيف ،"على الخط " 23 جانفي 2011، تاريخ الإطلاع : 06 أفريل 2016.

(3) كريمة فرحي، أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية مع دراسة مقارنة بين الصين تركيا مصر و الجزائر ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر 3، 2013، ص158، ص 160.

ج- كما تختلف الأعباء التي تتحملها الدولة باختلاف نوعية التمويل الخارجي، فبينما يتمخض الحصول على القروض الخارجية عن دفع أعباء منتظمة في شكل أقساط وفوائد (إهتلاك القروض ومدفوعات الفائدة على القروض) وبغض النظر عن طبيعة استخدام القرض، فإن الاستثمارات الأجنبية المباشرة يتولد عنها تحويلات مالية للخارج تتمثل في الأرباح المحولة للخارج والفائدة

على رأس المال المستثمر، وتحويل جانب من أجور العمال و الخبراء الأجانب ومدفوعات خدمة نقل التكنولوجيا والمتمثلة في رسوم براءات الاختراع والعلامات التجارية و التراخيص، وتكاليف الإدارة والخبرة الفنية.

د- إذن يتميز الاستثمار الأجنبي المباشر عن كل من القروض التجارية والمساعدات الإنمائية الرسمية في أن تحويل الأرباح المترتبة على هذا الاستثمار يرتبط بمدى النجاح الذي تحققه المشروعات الممولة عن طريق هذا الاستثمار، بينما لا يوجد أي ارتباط بين أعباء خدمة الديون ومدى نجاح المشروعات التي تستخدم فيه.

هـ- يجمع الاقتصاديون على أن احد أهم العوامل في تفضيل الاستثمار الأجنبي المباشر كنوع من أنواع التدفقات الرأسمالية هو تأثيراته على بقية القطاعات الاقتصادية، بحيث أن تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر غالبا ما تكون مصحوبة بتدفق التكنولوجيا و هو ما لا يتحقق في حالة القروض والمساعدات الإنمائية، وفي هذا الصدد نشير إلى أن هذا التدفق يشتمل على نقل **الهارد وير** مثل الآلات والمعدات ونقل **الصوفت وير** مثل التصميمات الهندسية والتركيبات الفنية والخدمات الفنية والمعارف الإدارية والتنظيمية والتسويقية، كما يلعب دورا ثانيا، و هو انه مكمل للادخار و الاستثمار المحليين، كما يؤثر على مستوى العمالة و ميزان المدفوعات.

و- إن الشركات متعددة الجنسيات والتي تعد القناة الرئيسية للإستثمار الأجنبي المباشر تساهم في صادرات الدول النامية التي تنتقل إليها، فهذه الشركات تمتلك شبكات عالمية للتسويق والتوزيع مما يسهل عليها تسويق صادرات فروعها، هذا بينما يصعب في كثير من الأوقات على المشروعات الممولة بقروض أجنبية أن تخترق الأسواق العالمية.

ز- توصلت إحدى الدراسات التطبيقية إلى أن ثمة درجة ارتباط قوية بين معدل نمو الناتج المحلي الإجمالي ومعدل نمو الصادرات من ناحية ومعدل العائد على الاستثمار الأجنبي المباشر من ناحية

أخرى، بينما لم تتوصل نفس الدراسة إلى علاقة واضحة بين معدل نمو الناتج المحلي الإجمالي ومعدل نمو الصادرات و بين متوسط سعر الفائدة على القروض الدولية.

ح- يعتبر الاستثمار الأجنبي المباشر أكثر أشكال التدفقات المالية قبولا في المدى الطويل لأنه يتميز بالاستقرار النسبي مقارنة بباقي التدفقات المالية، خاصة الاستثمار في محفظة الأوراق المالية، إذ أن هذا الأخير يتميز بالعديد من المخاطر على نحو ما يؤكده واقع الأسواق المالية في مختلف الدول خاصة النامية. فهو أداة غير مستقرة لتمويل التنمية في الدول النامية، وذلك ان هذه الأداة ذات طبيعة قصيرة الأجل وتتأثر بعوامل دورية قصيرة الأجل، كالتوقعات المتفائلة أو المتشائمة حول الاستثمار الدولي والمفاضلة بين أسعار الفائدة وعوائد الاستثمارات الأخرى، وبالتالي فهي أكثر حساسية لعوامل الاستقرار السياسي و الاقتصادي والتقلبات الاجتماعية التي تنتشر في هذه الدول في حين أن الاستثمار الأجنبي المباشر يتأثر بصورة رئيسية بالإستراتيجية للدولية للشركات

متعددة الجنسيات وبنشاط التجارة الدولية وتحسين البيئة والظروف الاقتصادية الكلية في الدول المضيفة للاستثمار المباشر و بصورة أقل بعوامل دورية قصيرة الأجل.

ويمكننا القول إذن أن الاستثمار الأجنبي المباشر يعتبر وسيلة تمويلية مكملة لبقية الوسائل التمويلية ونظرا لهذه الخصائص التي تميز بها الاستثمار الأجنبي المباشر عن بقية التدفقات المالية، أصبحت الدول النامية تسعى لجلب هذا الاستثمار لتمويل التنمية، فراحت تتنافس في توفير مناخ استثماري جذاب وبالتالي التعديل في سياساتها اتجاه الاستثمار الأجنبي المباشر.

2- أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر

أ- **الاستثمار المشترك** : يعرفه كولدي بأنه : "أحد مشروعات الأعمال الذي يمتلكه أو يشارك فيه طرفان أو شخصيتان معنويتان أو أكثر من دولتين مختلفتين بصفة دائمة، والمشاركة هنا لا تقتصر على الحصة في رأس المال بل تمتد أيضا إلى الإدارة، أو الخبرة و براءات الاختراع أو العلامات التجارية ...إلخ(1)

ب- **الاستثمارات المملوكة بالكامل للمستثمر الأجنبي** : بالنسبة للمستثمر الأجنبي بصفة خاصة تعتبر الاستثمارات المملوكة بالكامل من أكثر أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر تفضيلا،أما بالنسبة للدول

(1) – عبد السلام أبو قحف، إقتصاديات الأعمال و الاستثمار الدولي، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص48.

المضيفة له نجدها تتردد كثيرا في قبول هذه الاستثمارات في أغلب الأوقات والتصريح للشركات بالتملك الكامل لهذه المشاريع الاستثمارية ويرجع هذا للتخوف من التبعية الاقتصادية وما يترتب عنها من أثار على المستوى المحلي والعالمي، و على الرغم من هذه التخوفات فأن كثيرا من الإحصائيات تشير إلى أن بعض الدول المضيفة مثل دول شرق آسيا وأمريكا اللاتينية ودول إفريقيا تمنح شركات متعددة الجنسيات بتملك فروعها تملك كاملا وهذا بهدف جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية (1).

ج- شركات متعددة الجنسيات : هي شركة أم تسيطر على عدد كبير من المشروعات من مختلف الجنسيات وبذلك تكون مجموعة ضخمة تتجمع لديها الموارد المالية والبشرية و في نفس الوقت تتبع إستراتيجية مشتركة، كما أن الحجم يحتل أهمية كبرى في تمييز المجموعات متعددة الجنسيات، حيث تستبعد الشركات التي تقل مبيعاتها السنوية عن مئة مليون دولار كذلك يعتبر من العوامل الهامة في هذا التحديد، طبيعة النشاطات الخارجية للمجموعة، حيث تستبعد من نطاق المجموعات المتعددة الجنسية الشركات التي تقوم بالتصدير فقط، هذا حتى إذا كانت تمتلك فروعا أجنبية للبيع(2).

(1) – عبد السلام أبو قحف، المرجع سابق، ص 20 و ص23.

(2) محمد عبد العزيز عبد الله عيد، المرجع السابق ص48.

ثالثا : دوافع و شروط الاستثمار الأجنبي المباشر

تتمثل دوافع و شروط الاستثمار الأجنبي المباشر في العناصر التالية :

1- دوافع الاستثمار الأجنبي المباشر

هناك بعض الأسباب التي تدفع بالشركات إلى دخول ميدان الاستثمار الأجنبي أهمها (1):

– الوصول إلى أسواق جديدة أو تحقيق اختراق أكبر للأسواق الأجنبية القائمة، و لقد وجد ان التكامل الاقتصادي مثل السوق الأوربية المشتركة من العوامل المشجعة للاستثمار الأجنبي المباشر، كما و قد يسع ى المستثمر الأجنبي إلى الاستفادة مما يتوافر في بعض الدول من مراكز بحثية متطورة و مهارات عالية لسد الاحتياجات الإقليمية و المحلية، و في العادة يتم تفضيل خيار الاستثمار الأجنبي المباشر كبديل عن خيار الترخيص بهدف رفع درجة الاستجابة لأوامر الشراء وزيادة المقدرة على تلبية احتياجات الطلب المحلي.

– تعظيم الأرباح : حيث ان اختلاف تكاليف الإنتاج بين الدولة المستثمرة و المضيفة تعتبر من أهم العوامل لتوجيه الاستثمار تبعا للميزة النسبية التي تتوافر في الدولة المضيفة

– تجنب العوائق التي تعترض حركة التجارة و الاستثمار، و منها الرسوم العالية على الواردات أو فرض رسوم جديدة عليها من اجل مكافحة الإغراق، و من ضمن الحواجز التي تعترض حركة التجارة و الاستثمار أيضا نظام "قواعد المنشأ" الذي يقضي بأن يتم التصنيع في منطقة معينة أو أن تكون هناك نسبة من عناصر الإنتاج الوطنية في المنتج النهائي

– طبيعة بعض أنواع الصناعات التي تقوم بها بعض الشركات مثل الصناعات ذات الاستخدام الكثيف للتقنية، التي تمكن الشركات من استغلال ما تتمتع به من مزايا تقنية و إنتاجية في الأسواق العالمية، أو في مجال الصناعات ذات التكاليف العالية في البحوث و التطوير، و في المنتجات ذات دورات الحياة الأقصر، مماة يتطلب ضرورة التواجد في الأسواق العالمية الرئيسة.

---

(1) – أمال تخنوني، بلال ملاخسو، الاتجاه المعاصر لواقع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر المحلي و الدولي و أثره على التنمية الاقتصادية، الملتقى الوطني حول : الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر تحت شعار(كيف يصبح الاستثمار الخاص الأجنبي في خدمة التنمية الوطنية) يومي 18 و 19 نوفمبر 2015.

2- شروط الاستثمار الأجنبي المباشر

تتمثل هذه الشروط في المحددات التي تؤثر على فرص نجاح المشروع الاستثمار في دولة ما و هي نوعان :

-**المحددات الأساسية لجذب الاستثمار الأجنبي المباشر:** تعتبر بمثابة الشروط الإلزامية لجلب الاستثمار الأجنبي و أهمها :

-توفير الاستقرار السياسي حيث أن توفر استقرار النظام السياسي شرط أساسي لا يستغنى عليه و يتوقف عليه الاستثمار حتى إذا كانت المردودية المتوقعة للاستثمار كبيرة فلا يمكن أن يكون الاستثمار في ظل غياب الاستقرار السياسي

-توفير الاستقرار الاقتصادي و هو ما يتمثل في تحقيق التوازنات في الاقتصاد الكلي و توفير الفرص الملائمة لنجاح الاستثمار و من أهم المؤشرات الاقتصادية المعتمدة ما يلي : (عناصر الاقتصاد الكلي، توازن الميزانية العامة، توازن ميزان المدفوعات، معدل التضخم).

-السياسات الاقتصادية المنتهجة من طرف الدولة المضيفة كالسياسات الاستثمارية، سياسات التجارة الخارجية، الضريبة

-الحوافز المالية لجذب الاستثمار كحرية تحويل الأموال (الأرباح الخاصة)، الحوافز الجبائية و الجمركية.

-**المحددات التكميلية لجذب الاستثمار الأجنبي المباشر:** و تتمثل في :

-الرشوة و البيروقراطية و الفساد الإداري حيث يعتبر هذا العنصر مهم من أجل جذب المستثمرين الأجانب، فإذا كثرت الرشوة و عمت البيروقراطية و تمادت مدة اتخاذ القرار الاستثماري تعد عوائقا نحو عملية الاستثمار بالنسبة للدولة و بالنسبة للمستثمر الأجنبي.

-حجم السوق ومعدل نموه وهي من أهم محفزات جلب المستثمر الأجنبي، فهو يهتم بالحركية التي يشهدها السوق في الدولة المضيفة، وذلك بمنح له فرصة كبيرة للاستثمار؛

-توافر الموارد البشرية المؤهلة حيث أن مثل هذه الشركات الأجنبية تستخدم تقنيات عالية و متطورة و بالتالي توفر فرص عمل منخفضة التكلفة وبتأهيل ضعيف لا يعتبر عنصرا جيدا لجلب الاستثمار(1) .

(1) – أمال تخنوني، بلال ملاخسو، المرجع السابق.

الفرع الثاني

الاستثمار الأجنبي غير المباشر

أولا : مفهوم الاستثمار الأجنبي غير المباشر

ينطوي مفهوم الاستثمار الأجنبي بشكل عام والاستثمار الأجنبي غير المباشر بشكل خاص في الأوراق المالية على الاستثمارات الموجهة لشراء الأوراق المالية والتي تصدرها الهيئات العامة أو الخاصة في الدول النامية، على ألا يكون للأجانب
حق إدارة المشروع أو اتخاذ القرارات أو الرقابة على تلك المشروعات المرتبطة باستثماراتها، في حين يكون لهم الحق في الحصول
على عائد نظير مشاركتهم .

وعلى ذلك فهو يختلف عن الاستثمار الأجنبي المباشر في أنه يقتصر الانتقال عادة على عنصر راس المال فقط، كما يعتبر استثماراً قصير الأجل إذا ما قارناه بالاستثمار الأجنبي المباشر.

كما إن لسوق الأوراق المالية جانباً إيجابياً يتمثل بأنها تؤدي دوراً مهماً في تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال إتاحة قناة إضافية، إلى جانب المصارف والتمويل الذاتي، لتمويل إنشاء شركات جديدة أو التوسع في الشركات القائمة من خلال طرح الأوراق المالية ومنها أسهمها للتداول. (1)

إن مفهوم الاستثمار المالي ينطوي على الاستثمار في الأوراق المالية (الأسهم و السندات) و لذلك يصنف الاستثمار المالي الأجنبي ضمن الاستثمار الأجنبي غير مباشر وهو توظيف الأموال التي تعود لمستثمرين أجانب في أسواق الأوراق المالية الموجودة في الدول التي تسمح تشريعاتها القانونية للمستثمرين الأجانب من الاستثمار في الأوراق المالية المتداولة في الأسواق المالية التي يسمح للمستثمر باقتنائها مالكاً لأصول ثابتة ومتداولة للشركات التي تعود لها هذه الأسهم، وبالتالي يصبح له حق البيع كلما أصبحت أسعار الأسهم التي اقتناها مرتفعة قياساً بسعر الشراء إذا كان هذا المستثمر من النوع الذي لا يحتفظ بملكية الأسهم، وإنما هو من النوع الباحث عن العائد السريع من خلال الفرق بين سعري الشراء و البيع، وسمي هذا الاستثمار غير مباشر لان ليس للمستثمر الأجنبي حق في إدارة موجودات الشركة التي اقتنى اسمها، ويغلب عليه بأنه استثمار قصير الأجل لان المستثمر الذي اشترى الأسهم ربما يبيع خلال ساعات أو أيام أو أسابيع
والنوع الثاني من الأوراق المالية، السندات وهي وثائق مديونية تطرح من .

---

(1) – الدكتور عادل خضر الزين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مجلة المحامين العرب، العدد الاول 2009.

قبل الشركات المساهمة التي تتداول أوراقها في الأسواق المالية، وتلجأ الشركات إلى طرح السندات في السوق المالية طلبا للتمويل عندما تحتاج إلى التمويل بسبب التوسعات الاستثمارية الناتجة عن تزايد الطلب على منتجاتها ولا تتوفر لديها المتطلبات المالية اللازمة لتمويل الاستثمار الجديد والأمر الآخران هذه الشركات وبحكم ملكيتها الخاصة لا ترغب إدارتها بدوافع من المالكين بدخول مالكين جدد، ولذلك فهي تتجنب طرح الأسهم الجديدة للتمويل ولذلك فان المالكين أحيانا يتنازلون عن حقهم في الأرباح الواجب

توزيعها فيعاد استثمارها لتفادي طرح أسهم جديدة ودخول مالكين جدد لما ينطوي على ذلك من تبعات غير مقبولة من قبل المالكين مثل : المشاركة في اتخاذ القرارات إذ تتسع هذه الدائرة عندما يدخل مالكون جدد إضافة إلى انخفاض العوائد على الأسهم بسبب تزايد أعدادها(1).

وعليه بإمكاننا القول إن الاستثمارات لا جنبي غير المباشر هو ذلك النوع من الاستثمار الذي يقتصر على انتقال الأموال النقدية (2). ويحصل في سوق الأوراق المالية من شراء أسهم وسندات ولايسهم في توليد أو دخول سلع وخدمات جديد، ويتمايز الاستثمار الأجنبي المباشر عن غير المباشر من حيث المبدأ من خلال بعدين البعد الإداري، أي من خلال درجة السيطرة التي يمارسها المستثمرون الأجانب على إدارة شركة ما، والبعد الزمني المتمثل بالأفق الاستثماري القصير أو الطويل المدى ويضيف البعض أن الاختلافات في دوافع الاستثمار لكلا النوعين توضح التناقض الرئيس بينهما فان الدافع الجارف للاستثمار من جانب المستثمرين في الاستثمار الأجنبي غير المباشر هو مشاركتهم في إيرادات المشاريع المحلية من خلال مكاسب رأس المال وأرباح الأسهم، و بالتالي فإن الأكثر أهمية بالنسبة لهم هو أن يكون رأس المال سهل التحويل إلى البلد الأم. (3)

---

(1) – الدكتور حاكم محسن محمد،تحليل البيئة الاستثمارية للاستثمار المالي الأجنبي في العراق، مجلة جامعة أهل البيت كربلاء ، 2011 ص20.

(2) – الدكتور عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، طبعة 2008 ص40.

(3) – الدكتور عبد السلام أبو قحف، جدوى الاستثمارات الأجنبية المباشرة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية سنة 2001 ص13.

ثانياً: خصائص و مزايا الاستثمار الأجنبي غير المباشر

1-خصائص الاستثمار الأجنبي غير المباشر

أما خصائص هذا النوع من الاستثمار فتتمثل في :

- سهولة الدخول والخروج إلى الدول المضيفة والأسواق المستهدفة.

-يعمل على زيادة سيولة و عمق أسواق الأوراق المالية.

-صعوبة تحكم الأسواق المالية المضيفة في هذه الاستثمارات وضبطها حيث قد تنسحب بصورة مفاجئة نتيجة عوامل عدة.

-ينحصر هذا الاستثمار في المبادلة والمتاجرة بالأوراق المالية الدولية أو الأوراق المسجلة في أسواق مالية أجنبية بالنسبة للمستثمر.

-و يضل الهدف الرئيس له دائما هو تحقيق أرباح وعوائد أكثر من العوائد في السوق المحلي مع تخفيض المخاطرة من خلال هذا التنويع.

2-مزايا الاستثمار الأجنبي غير المباشر

من المزايا انه يعمل على زيادة سيولة وعمق أسواق الأوراق المالية، والمقصود بالسيولة هو السهولة التي يتم بها تحويل الاستثمارات إلى نقدية أو التي يمكن بها للمستثمرين شراء الأوراق المالية دون تأثير كبير على الأسعار، وفي سوق الأوراق المالية فان تواجد عدد كبير من البائعين والمشترين يضمن توفر السيولة للورقة المالية، إذ تسمح أسواق الأوراق المالية السائلة للمستثمرين باستبدال محافظهم الاستثمارية بسهولة وبكلفة أقل مما يجعل الاستثمار أقل مخاطرة، على أن السوق المالي الأكثر سيولة يشجع على المزيد من الادخار والاستثمار وهذا يساعد بدوره على زيادة جذب الأموال وتوجيهها نحو الاستثمارات سواء إلى الأسواق الأولية، فضلاً عن الاستثمار الأجنبي غير المباشر يؤدي إلى تحقيق الانضباط والخبرة في أسواق الأوراق المالية المحلية، إذ في سوق أعمق وأوسع فان المستثمرين لديهم حوافز أكبر لتخصيص وإنفاق الموارد في البحث عن فرص الاستثمار الجديدة كما تتنافس الشركات للحصول على التمويل، وسوف يواجهون مطالب من أجل الإفصاح عن المعلومات من حيث الكمية والنوعية من اجل تعزيز الشفافية ومن ثم فان دخول المستثمر الأجنبي في السوق الأولية أو سوق الإصدار سيؤدي إلى الاستفادة من تجربة استخدام معايير الشفافية في الأسواق العالمية ومعرفة كيفية تطبيقها أو توظيفها.

ثالثا: سلبيات و مخاطر الاستثمار الأجنبي غير المباشر

1- سلبيات الاستثمار الأجنبي غير المباشر

أما سلبيات هذا النوع من الاستثمار الأجنبي فتتمثل في صعوبة تحكم الأسواق المالية المضيفة أو الوطنية في مثل هذا النوع من الاستثمار وذلك لسهولة الدخول والخروج إلى الدول المضيفة والأسواق المستهدفة ، إذ قد تنسحب هذه الاستثمارات بصورة مفاجئة وبشكل موجات بيع ضخمة نتيجة عدة عوامل إذ يسعى المستثمرون الأجانب في هذه الحالة إلى تعديل مراكزهم الاستثمارية وبالتالي الدخول والخروج إلى أسواق الأوراق المالية في الدول المضيفة وفقاً لتطور الأسواق المالية لهذه الدول ،أي أن هناك احتمال أن يتخذ المستثمرون الأجانب قراراً مفاجئاً بمغادرة البلاد الذي يستثمرون فيه وهذا الاحتمال بتغيير اتجاه التدفق شبيه بحالة القروض المصرفية قصيرة الأجل، ويمكن أن تكون بالغة الضرر من حيث إحداث تقلب كبير في أسعارالصرف أو الارتفاع في أسعارالفائدة أو كليهما، مما يؤثر سلباً في استقرار سوق الأوراق المالية الوطنية أو الدولة المضيفة ، فضلاً عن ان هذا النوع من الاستثمار لا يساهم بصورة مباشرة في تنمية الاقتصاد الوطني سواء أكان من خلال تخفيض معدلات البطالة أو رفع الطاقة الإنتاجية أو زيادة معدلات النمو لأنه يتمثل بالاستثمار في الأدوات المالية المدرجة في السوق ولا يأخذ بالضرورة بالأوليات الاقتصادية الكلية(1).

وكذلك من سلبياته زيادة تدفقات رؤوس الأموال للاستثمار في المحفظة إذ يترتب على هذه الزيادة أن الحجم الأكبر من رؤوس الأموال التي تدخل إلى البلد من أسواق رأس المال المحلية تؤدي إلى التوسع في حجم الأصول المالية المحلية وزيادة الطلب على السلعة المحلية وما قد يتبع ذلك من تسارع في معدلات التضخم وتبعا لنظام سعر الصرف، إما حدوث ارتفاع في سعر العملة المحلية أو انخفاض في أسعار الفائدة وارتفاع سعر العملة الحقيقي الذي يؤدي إلى عرقلة إصلاحات التجارة وتدهور الفترة التنافسية للدولة، وبالتالي فان احتمال تفاقم حالة عدم الاستقرار في الاقتصاد الكلي ستجعل تدفقات رؤوس الأموال نفسها غير مستقرة أيضا(2).

ويمكن تقسيم أسباب خروج رؤوس الأموال من الدولة المضيفة إلى :

---

(1) – محمد كمال أبو عمشة، الاستثمار في أسواق المال الخليجية و دورها في جلب الاستثمارات الأجنبية، دراسة ح بورصة قطر، مجلة بحوث اقتصادية عربية، ع62/61. 2013ص 71.

(2) – محمد صلاح الحناوي و نهال فريد مصطفي،الاستثمار في الأوراق المالية، الدار الجامعية، 2002، ص389.

–حالة ما إذا كانت التدفقات مؤقتة من نوع الأموال الساخنة وهذا النوع من التدفقات يكون الدافع لاجتذابه عادة إما وجود اختلالات في السوق أو خطأ في السياسات تؤدي إلى خلق فجوة واسعة بين أسعار الفائدة الداخلية والخارجية(1).

–حالة خروج رؤوس الأموال بسبب حادث سلبي مثل تطور سياسي غير متوقع ،انخفاض في ثمن سلعة التصدير الأساسية، أو التغيير في الظروف التي تؤثر على العائد من هذه النفقات، وفي كلتا الحالتين سيكون رد فعل المستثمر هو بيع ما يملكه في أوراق

محلية مما يؤدي إلى انخفاض أسعار الاوارق المالية وبالتالي انخفاض في المؤشر العام للبورصة ويشتري بعائدها عملة أجنبية مما يؤدي إلى ضغوط على العملة المحلية(2).

2–المخاطر التي يتعرض لها الاستثمار الأجنبي غير المباشر

يتعرض المستثمر الأجنبي في استثماره غير المباشر في سوق الأوراق المالية إلى مخاطر عديدة منها:

–المخاطر السياسية : تعد المخاطر السياسية أحد أنواع المخاطر غير النظامية بالنسبة للمستثمر الأجنبي وتعزى هذه المخاطر إلى التغييرات في الظروف السياسية والتي تؤثر على أسهم الشركات وسنداتها ، مثال على ذلك التغييرات المختلفة التي تحدثها الحكومة على سياساتها الضريبية كالضرائب على الدخل ،وإعادة تقويم العملة ،تدخل الدولة في القطاع الخاص ،فكل هذه العوامل لها تأثير على أرباح الشركة(3).

–مخاطر أسعارالصرف: يمثل سعر الصرف مبلغ إحدى العملات التي يمكن تبادلها للحصول على عملة أخرى ، او سعر إحدى العملات مقابل عملة أخرى ، ان عوائد الاستثمار في الأوراق المالية في بلد أجنبي تتأثر بالتغيير في قيمة الأوراق المالية ، وكذلك التغيير في قيمة العملة التي يتم تسعير الأوراق المالية بموجبها ، فإذا كان من المتوقع انخفاض عملة البلد الأصلي يمكن للمستثمرين الأجانب أن يقرروا شراء الأوراق في بلدان أخرى لان العائد على الاستثمار في أسواق رأس المال الأجنبي يشمل العائد المتحقق نتيجة التغيير في سعر العملة الأجنبية، وبالتالي فان الأرباح الرأسمالية التي يحققها المستثمر تتأثر بالتغييرات في أسعارالعملة ، وعلى العكس من ذلك إذا كان من المتوقع تعزيز عملة البلد الأصلي

(1) – محمد صلاح الحناوي و نهال فريد مصطفي،المرجع السابق ص252.

(2) – الدكتور مفتاح صالح ود،أبو عبد الله علي،واقع الاستثمار الأجنبي في أسواق الأوراق المالية العربية،مجلة أبحاث اقتصادية و إداريةص 69.

(3) –د.أياد طاهر وصلاح حسن ،الاستثمار الأجنبي غير المباشر وانعكاسه على تداول الأسهم العادية ، دراسة تطبيقية في سوق العراق للأوراق المالية ،مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية ، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، 2013 ص108.

فان المستثمر الأجنبي يكون على استعداد للاستثمار في الأوراق المالية للبلد للاستفادة من حركة العملة(1).

–مخاطر الضرائب: إن المستثمر الأجنبي يفضل أن يستثمر في البلدان التي تكون بها الضرائب على إيرادات الفوائد أو توزيع الأرباح من الاستثمارات منخفضة نسبياً وذلك بتقييم الأرباح المحتملة بعد الضريبة من الاستثمارات في الأوراق المالية(2).

–مخاطر سعر الفائدة : لارتفاع سعر الفائدة أو انخفاضه ، له تأثير معاكس على أسعار الأوراق المالية فارتفاع سعر الفائدة يؤدي إلى انخفاض أسعار الأسهم والسندات، لان المستثمر العادي يفضل بيع الأوراق المالية التي يملكها وإيداع مقابلها كوديعة في البنك، لذا تتأثر الاستثمارات بالتغييرات في أسعار الفائدة فالمستثمر الأجنبي يتجه نحو البلدان التي ذات أسعار الفائدة العالية طالما لا يتوقع انخفاض قيمة العملات المحلية، ويعد ارتفاع معدلات الفوائد القصيرة والطويلة الأجل من أكثر العوامل التي تؤثر على الأسهم والسندات وبناء على ذلك فان المستثمر الأجنبي يتعرض لمخاطر تقلبات أسعار الفائدة في البلدان التي يستثمر فيها(3).

–مخاطر التضخم: إن ارتفاع الأسعار يؤدي إلى انخفاض القوة الشرائية للنقود وقد أصبح التضخم سمة العصر، وبالتالي فان ارتفاع الأسعار قد يفوق العوائد التي تحققها هذه الاستثمارات، كما أن العرض والطلب على الأموال المتاحة للإقراض تتأثر بتوقعات التضخم، وعلى الأغلب فان أغلب الاستثمارات في الأسهم العادية يعد حماية للمستثمر من مخاطر القوة الشرائية لوحدة النقد وذلك على أن أسعار الأسهم في سوق الأوراق المالية تستجيب غالباً لظروف التضخم فترتفع استجابة لارتفاع معدل التضخم مما يحافظ على القيمة الحقيقية للاستثمار فيها كما هناك مخاطر أخرى فالاختلافات الثقافية من المخاطر الرئيسة للاستثمارات إذ في الغالب يكون المستثمر الأجنبي غير مطلع ثقافات الأسواق المحلية فضلاً عن أن الحكومات تسيطر على أنشطة الأوراق المالية العاملة في بلدانها وبدرجات متفاوتة، على أن الجزائر والدول النامية من أكثر البلدان احتضانا لتلك المخاطر(4).

---

(1) – علي سعد محمد، اثر الاستثمار الأجنبي على معاملات سوق الأوراق المالية، بالتطبيق على البورصة المصرية، مجلة أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، العدد 3، 2010 ص14.

(2) –د. عبد الرسول عبد جاسم، سوق الاوراق المالية بين الاستثمار والاستئثار ، مركز المستقبل للدراسات و البحوث/ مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي :www.mcsr.net

(3) – الدكتور مفتاح صالح ود،أبو عبد الله علي، مصدر سابق، ص106.

(4) – علي سعد محمد ، مصدر سابق، ص 45.

و في الأخير يمكن القول أن هناك عدة فروقات بين الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر، فمن الناحية الإدارية يمتاز الاستثمار الأجنبي المباشر بممارسة المستثمر الأجنبي الرقابة والسيطرة على استثماراته في حين لا ينطوي الاستثمار غير المباشر على أي نوع من أنواع السيطرة والإشراف، وكذلك من ناحية الزمن حيث يكون الاستثمار الأجنبي المباشر عادة ذا أفق استثماري طويل الأجل ،وهو أطول من الأفق الاستثماري للاستثمار غير المباشر فضلاً عن الاختلاف في دوافع الاستثمار، ذلك أن الدافع الأول لدى المستثمرين في حالة الاستثمار الأجنبي المباشر هو تحقيق الربح إضافة إلى الوصول إلى الأسواق والموارد ودعم قدراتهم التنافسية والاستفادة من انخفاض كلفة العمالة في البلدان المضيفة، أما في حالة الاستثمار غير المباشر فان الدافع هو المشاركة في إيرادات المشاريع المحلية من خلال مكاسب رأس المال وأرباح الأسهم وتحويلها إلى البلد الأم أو المضاربة والاستفادة من فروقات الأسعار(1).

(1) – وحيدة جبر، ارتفاع نسبة الاستثمار المحفظي في تركيبة رؤوس الأموال إلى البلدان النامية، الأسباب والمخاطر، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد الأربعون،2002 ص63.

المبحث الثاني

عقود إدارة المشروع الاستثماري

لما كان المشروع الاستثماري يتطلب من المستثمر الأجنبي، توفير الإمكانيات المادية و البشرية اللازمة لتشغيل مشروعه و إلا كلل هذا المشروع بالفشل، فقد تتوافر لدى المستثمر هذه الإمكانيات و لكنه يعزف عن الدخول إلى سوق تعد أجنبية عنه، إذ يفتقد المستثمر حينئذ العنصر المعنوي في إدارته للمشروع، و لو كان هو المبادر إليه(1)، لأسباب كثيرة منها عدم رغبته في الدخول إلى السوق الوطنية باسمه التجاري أو بسبب معوقات اقتصادية مثل الأزمات المالية أو التضخم، أو لأسباب سياسية مثل شعور المستثمر بوجود تمييز سياسي ضد المستثمرين الأجانب، أو لعدم وجود تحفيزات قانونية، وذلك مثل التأميم أو نزع الملكية أو تسعير المنتجات أو فرض الرقابة و الحراسة على أموال و واردات مشروعه أو لأسباب متعلقة بأسراره التجارية، فثمة يكون مجبرا على الترخيص مثلا. باعتباره أحد وسائل استقطاب المستثمر من جهة و إدارة المشروع المستضاف بطريق غير مباشر من جهة مقابلة.

هذا و تكون إدارة المشروع الاستثماري غير المباشرة من خلال مجموعة من العقود، نركز على ثلاثة منها في موضع دراستنا هذا لما لها من تطبيقات عملية و واقعية ملموسة و هي عقد الترخيص و عقد الفرنشيز و عقد امتياز المرافق العامة، مدام المستثمر يعتبرها وسيلة جذب لمشروعه حتى و إن كان يتمتع بالحرية التامة لإدارة مشروعه الاستثماري و إدارته له من خلالها تكون إدارة غير مباشرة حيث و بعد حصول المستثمر الأجنبي على رخصة الاستثمار من الوكالة الوطنية لتطوير للاستثمار(2) أو المجلس الوطني للاستثمار(3) حسب نوع المشروع، فانه يجب أن يدير مشروعه الاستثماري إدارة غير مباشرة من خلال إبرامه العقود التي تكون مشروعة، والتي تجعل المشروع الأجنبي مفعلا في الميدان، و تحت إدارة المستثمر الأجنبي غير المباشرة، وتكون إدارة المشروع من قبل المستثمر الأجنبي إدارة غير مباشرة إذا ما قام المستثمر الأجنبي بالتعاقد مع احد أشخاص الدولة المضيفة له عن طريق أهم أنواع العقود المشار إليها أعلاه :

---

(1) – Fouassiers Christophe، Vers une véritable communautaire des concessions، IN RTDE، N° 04، Dalloz، 2000، p680.

(2) – تعتبر الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار مؤسسة عمومية إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تكلف بالتنسيق مع الإدارات والهيئات المعنية بدعم وترقية وتسجيل الاستثمارات، وكذا تسهيل تأهيل المشاريع وغبرها...–أنظر في ذلك المادة 06 من القانون رقم 16-09 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 المؤرخ في 06 غشت 2016

أنشا المجلس الوطني للاستثمار بموجب الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 30 غشت 2001 لاسيما المادة 18 منه والتي عدلت بموجب الأمر رقم
(3) – 06-08 تدعيما للدور
الاستراتيجي للمجلس فيما يخص اتخاذ القرارات الخاصة بالاستثمار، لاسيما اختيار شركاء الاستثمارات التي تعود بالفائدة على الاقتصاد الوطني.

المطلب الأول

عقد الترخيص

الفرع الأول مفهوم عقد الترخيص

تعريف عقد الترخيص : من منطلق أن لصاحب الملكية الصناعية الحق في استغلال حقوقه فان الغير

أولا–يمنع من ذلك إلا

بإذن من المالك، والذي لا يتأتى إلا في شكل ترخيص يترجم في عقد يسمى بعقد الترخيص.

فعقد الترخيص:" هو ذلك الاتفاق الذي يسمح بموجبه المالك للغير باستعمال حقوق الملكية الصناعية خلال مدة إما بعوض أو مجانا، على أن تبقى الملكية القانونية في حيازة المالك "(1).

فمن خلال هذا التعريف، نستنتج أن لعقد الترخيص مجموعة من الخصائص فيما يلي :

–**هو عقد غير ناقل للملكية:** بمعنى أن كل الحقوق تبقى في ذمة المرخص، و يقتصر الترخيص على استغلال الاختراع في نطاق شروط العقد، و بذلك فعقد الترخيص يرد على المنفعة دون الملكية، و بالتالي باستطاعة المرخص أن يتنازل عن حق ملكية الاختراع جزئيا أو كليا،كما يمكنه أن يمنح ترخيصا بالاستغلال إلى شخص آخر إلا إذا وجد بند في عقد الترخيص لا يجيز ذلك.

–**هو عقد من عقود الاعتبار الشخصي:** عقد الترخيص يقوم أساسا على الاعتبار الشخصي كالسمعة و الكفاءة الفنية و التجارية و الائتمان المالي و ثقة المرخص بالمرخص له، لذلك لا يجوز لهذا الأخير منح الترخيص أو التنازل عنه لشخص آخر، إلا إذا ورد شرط في العقد يجيز ذلك صراحة، فإذا ما قام المرخص له بمنح ترخيص من الباطن دون رضا المرخص فإنه يجوز للأخير إلغاء الترخيص(2).

–**هو عقد من العقود غير المسماة** : فرغم أهمية هذه العقود عمليا في نقل التكنولوجيا و ما يترتب عنها من آثار على طرفي العقد، فإن المشرع فم يخصه بتنظيم قانوني خاص ولذلك فإنه في حالة عدم و جود قواعد قانونية خاصة في قوانين الملكية الصناعية فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة للعقود الموجودة في

---

(1) – مولوج نجية،التراخيص كآلية لحماية حقوق الملكية الفكرية، ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى الوطني الأول حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة و تحديات التنمية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ميرة عبد الرحمن، بجاية، أيام 28،29 أفريل 2013 ص 716.

(2) – علاء عزيز حميد الجبور، عقد الترخيص دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2003، ص42.

القانون المدني أو التجاري حسب الحالة.

-هو عقد من العقود الرضائية : أي في مثل هذه العقود يطرح كل طرف شروطه بما يتفق و مصالحه و يقوم كل طرف بمناقشة شروط الطرف الأخر و هو بهذه الصفة من العقود الرضائية، و لا يتم إلا بتطابق إرادتين، غير ان التقاء هاتين الإرادتين ليس بالأمر السهل، لأن هذا العقد و موضوعه يتميزان بخصائص أهمها سرية التفاوض، كما يستوجب الدقة و التأني في مناقشة شروط كل طرف، لذا فمن المعروف أن مرحلة إبرام هذا العقد نهائيا يسبقه ما يسمى بخطاب إعلان حسن النوايا، ثم الوعد بالترخيص ثم الدخول في المفاوضات التمهيدية.

-هو عقد من عقود المعاوضة : أي أن كل طرف يأخذ مقابلا لما أعطى، على اعتبار أن هذا العقد كغيره من العقود ينشأ حقوقا و يرتب التزامات على كل طرف من أطراف العقد، فما يعتبر حقا لطرف هو سبب في التزام الطرف الأخر، و عليه فإن هذا العقد يخضع لقواعد الفسخ المعروفة في العقود، فإذا ما أخل احد الطرفين بالتزامه تجاه الطرف الآخر جاز له اللجوء إلى القضاء أو التحكيم.

-هو عقد من عقود الشكلية : فرغم انه من العقود التجارية التي لا تحتاج إلى الشكلية، على اعتبار أنه يجوز إثبات العقد بكافة طرق الإثبات، إلا أن المشرع الجزائري قد نص على ضرورة إفراغ هذا العقد كتابيا في كافة نصوص الملكية الصناعية طبقا للمادة 21من الأمر 86/66، و المادة 15 من الأمر 06/03، و المادة 36 من الأمر 07/03، و المادة 29 من الأمر 08/03.

ثانيا-الطبيعة القانونية لعقد الترخيص : رأينا أن عقد الترخيص هو عقد يخول بمقتضاه لشخص أو عدة أشخاص التمتع بحق الاستئثار باستغلال حق الملكية الصناعية جزئيا أو كليا بمقابل وذلك لمدة زمنية محددة،فهو بهذه الصفة يقترب من العديد من العقود المعروفة، لذا فلا بد من تحديد طبيعته القانونية حتى يسهل علينا تحديد القواعد القانونية التي تحكمه.

-تمييزه عقد الترخيص عما يشابهه:

هناك من شبه عقد الترخيص بحق الانتفاع: منهم سينوت حليم دوس (1)، إذ في كلا العقدين يتمتع الشخص باستغلال محل العقد، في حين تبقى الملكية في يد صاحبها، ورغم صحة هذه المقارنة إلا أنه يوجد بعض الفوارق بينهما، فحق الانتفاع ينتهي بوفاة المنتفع، عكس عقد الترخيص الذي لا ينقضي بوفاة المرخص له، بل ينتقل حق الاستغلال إلى ورثته أو ذوي حقوقه، كما أن عقد الترخيص قائم على الاعتبار الشخصي ولا يمكن له التنازل عن الاستغلال إلى الغير إلا بموافقة المرخص، في حين يمكن للمنتفع أن يتنازل عن حقه في الانتفاع لشخص آخر.

وهناك رأي آخر يشبه عقد الترخيص بعقد الإيجار: وهو رأي يذهب إليه غالبية الفقهاء ومنهم الفقيه الفرنسي روبيه (2)،

فالمؤجر وهنا المرخص يلتزم بتمكين المستأجر وهو المرخص له من الانتفاع بالعين المؤجرة، "هذه الحالة أحد عناصر الملكية

الصناعية" لمدة محددة، وبالتالي فعقد الترخيص ما هو إلا نوع من الإيجار، وذلك لما للعقدين من تشابه في الالتزامات وفي حالة

الفسخ إذ ليس لهما أثر رجعي (3).

ولكن رغم أوجه التشابه بين العقدين، إلا أنه توجد بينهما بعض الفوارق أيضا، ففي عقد الإيجار يقتصر الانتفاع بالعين المؤجرة دون سواه، أما في عقد الترخيص فإنه يجوز للمرخص منح تراخيص بالاستغلال وبحقه في الاستغلال إذا لم يكن في العقد ما ينص على خلاف ذلك، كما أن المستأجر في عقد الإيجار غير ملزم بالانتفاع بالعين المؤجرة ما دام أنه يقوم بالوفاء ببدل الإيجار، في حين أنه في عقد الترخيص يلزم المرخص له بالاستغلال.

ورغم هذه الاختلافات فإن غالبية الفقهاء يؤيدون تطبيق أحكام عقد الإيجار على عقد الترخيص، ولكن نظرا للدور

الاقتصادي الذي يلعبه هذا النوع من العقود فإنه من الأولى إفراده بتنظيم قانوني خاص.

---

(1) – سينوت حليم دوس، دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع ، منشأة المعارف الإسكندرية ، سنة 1983، ص 355.

(2) – PAUL ROUBIER: le droit de la propriété industrielle، Sirey، T 1، paris، 1952، p 264.

(3) – للمزيد أنظر، الشفيع جعفر محمد الشلالي ، التنظيم القانوني لاستغلال براءة الاختراع، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، 2011 ، ص91.

ثالثا-أطراف عقد الترخيص : الرجوع إلى القواعد العامة في العقود ونصوص الملكية الصناعية، نجد أن الترخيص يكون بين
شخصين على الأقل، الأول هو صاحب الملكية الصناعية ويسمى المرخص الذي يجيز لطرف آخر يسمى المرخص له باستغلال
هذا الحق.

فالمرخص: هو صاحب حق استغلال الملكية الصناعية الذي يمنح إمكانية استغلال اختراعه بموجب عقد الترخيص إلى شخص آخر لمدة معينة حسب الاتفاق، والأصل أن صاحب حق الملكية الصناعية هو في حد ذاته المرخص، ولكن قد يكون غيره، وهم الورثة الذين آلت إليهم ملكية الحق في حالة وفاة المخترع ، والمتنازل له في حالة بيع أو هبة الابتكار من طرف المبتكر.

وقد يكون المرخص مجموعة من الأشخاص المالكين للاختراع على الشيوع (كحالة تعدد المخترعين أو الورثة)،ففي هذه الحالة نطبق القواعد العامة في الملكية على الشيوع، كما يمكن أن يكون المخترع شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا (مؤسسة أو شركة) ومن أهمها الشركات المتعددة الجنسيات التي تقوم بإبرام عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية.

المرخص له: هو الغير الذي يرخص له باستغلال حقوق الملكية الصناعية، ونفس الشيء قد يكون الشخص المرخص له
شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

رابعا-أنواع عقد الترخيص: جرت العادة على التمييز بين أنواع ثلاثة من الترخيص:

1-الترخيص الاستئثارى exclusive license وبمقتضاه يقتصر الحق في استغلال البراءة أو العلامة أو غير ذلك من حقوق الملكية الفكرية على المرخص له دون سواه داخل الحدود الجغرافية التي يرسمها العقد ، وهذا النوع من الترخيص يسلب حق المرخص في الاستغلال داخل النطاق الجغرافي الذي يحدده العقد ، غير أن المرخص لا يفقد حق ملكيته للبراءة أو العلامة أو غير ذلك من حقوق الملكية الفكرية ، كما لا يجوز للمرخص أن يرخص لشخص آخر في الاستغلال داخل الحدود المكانية التي يرسمها عقد الترخيص الاستئثارى .

2-الترخيص الوحيد sole license وبمقتضاه يمتنع على المرخص أن يمنح ترخيصا آخر لغير المرخص له داخل الحدود الجغرافية التي يرسمها العقد . غير أن صاحب البراءة أو العلامة أو غير ذلك من حقوق الملكية الفكرية يحتفظ لنفسه بالحق في استغلالها داخل هذه الحدود دون قيد .

3-الترخيص غير الاستئثارى non-exclusive license وهذا النوع من الترخيص لا يمنع المرخص من منح تراخيص أخرى بالاستغلال لأي عدد يشاء من الأشخاص، كما يكون من حقه الاستغلال بنفسه. وفي جميع الأحوال لا يجوز للمرخص له أن يتجاوز في استعماله للبراءة أو العلامة أو غير ذلك الحدود التي يرسمها العقد ، ويجب على المرخص له أن يتبع تعليمات المرخص ويحترم الطرق والأساليب التجارية التي يحددها العقد ، كما يلتزم بدفع الإتاوة المتفق عليها (1).

خامسا -محل عقد الترخيص: عقود الترخيص ليست كلها على نوع واحد ، بل تختلف باختلاف المحل الذي يرد عليه العقد ، فالترخيص باستغلال براءة اختراع هو عقد يلتزم بمقتضاه مالك البراءة وهو المرخص بإعطاء الحق في استغلال البراءة إلى شخص آخر هو المرخص له خلال المدة التي يتفق عليها في مقابل حصوله على مبلغ دورى وذلك دون المساس بملكية البراءة.

وقد أكدت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التربس) – وهى ملحقة باتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية، في المادة 2/28 حق صاحب البراءة في الترخيص للغير باستغلالها حيث نصت على أنه " لأصحاب براءات الاختراع أيضا حق التنازل للغير عنها أو تحويلها للغير بالأيلولة أو التعاقب وإبرام عقود منح تراخيص. "

ومن الغنى عن البيان أنه إذا كانت التكنولوجيا محل العقد قد صدرت عنها براءة اختراع، وجب أن يشتمل العقد على أحكام

خاصة باستغلال المرخص له للبراءة ، فضلا عن الأحكام الخاصة بنقل حق المعرفة الفنية.

أما إذا كانت التكنولوجيا محل العقد قابلة للحماية عن طريق البراءة ، ولكن لم تصدر براءة عنها فمن مصلحة المرخص له أن ينص في العقد على أن صدور هذه البراءة في المستقبل للمرخص خلال سريان العقد لا يؤثر على حقه في استغلال التكنولوجيا دون أي زيادة في المقابل المتفق عليه.

سادسا-مدة الترخيص: يحدد عقد الترخيص – في الغالب – مدة بانقضائها ينتهي العقد، وأحيانا ينص العقد على حق المرخص له في تجديده لمدة أو لمدد أخرى ، مع تعليق حقه في التجديد على تحقيق حجم معين من المعاملات أو المبيعات. وقد يشترط العقد أيضاً التزام المرخص له بدفع مبالغ مالية معينه إذا رغب في تجديد العقد ، أو ينص على التجديد تلقائيا ما لم يخطر أحد الطرفين الطرف الآخر قبل نهاية

---

(1)- د. حسام الدين الصغير، استاذ ورئيس قسم القانون التجاري ، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى مسقط، 23 و24 مارس/آذار 2004، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، ، كلية الحقوق بجامعة المنوفية.

مدة العقد برغبته في الإنهاء ، ويحدد العقد في هذه الحالة مهلة الأخطار، وأحيانا يقرر عقد الترخيص محدد المدة حق المرخص له في تجديد العقد لمدة واحدة أو أكثر، ويلتزم المرخص في هذه الحالة بالموافقة على طلب التجديد ، وفقا لشروط العقد .

وإذا كان العقد غير محدد المدة ، فيجوز لكل من طرفيه الإنهاء بإرادته المنفردة تطبيقا للقواعد العامة. غير أن الحق في إنهاء العقد ليس مطلقا بل يجب لاستعمال حق الإنهاء أن يستند إلى مبرر مشروع، وهذا يعنى وجود مصلحة مشروعة يحققها إنهاء العقد للطرف الذي يرغب في الإنهاء دون أن يصيب الطرف الآخر ضرر جسيم لا يتناسب مع هذه المصلحة، فإذا لم يقصد بالإنهاء تحقيق مصلحة مشروعة للمرخص أو كانت المصلحة التي يحققها الإنهاء لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الطرف الآخر يكون الإنهاء تعسفيا، يترتب عليه نشوء حق للطرف المضرور – وهو المرخص له – في التعويضات(1).

(1)– د. حسام الدين الصغير، المرجع السابق.

الفرع الثاني : آثار عقد الترخيص

أشرنا فيما سبق أن عقد الترخيص من العقود التبادلية التي تنشئ حقوقا وترتب التزامات على كل طرف،غير أن سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم العلاقة بين الطرفين في إطار عقد الترخيص يدفعنا إلى تطبيق القواعد العامة المتعلقة بعقد الإيجار مع إثرائها بما جاء به الواقع العملي.

أولا/ التزامات المرخص : إن المرخص على غرار كل مؤجر ملزم باحترام التزامين قانونين هما : الالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان.

1- الالتزام بالتسليم : يتوجب على المرخص تمكين المرخص له من استغلال الملكية الصناعية محل عقد الترخيص والانتفاع بها، وذلك بأن يضع تحت تصرفه كل الوسائل التي تضمن له الاستغلال الكامل، والالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المرخص في عقود التراخيص الناقلة للتكنولوجيا هو نقل المعرفة الفنية إلى المرخص له، وتمكينه من الانتفاع بحقوق الملكية الصناعية بحسب ما جاءت به بنود العقد، ويتفرع عن هذا الالتزام،التزام المرخص بأن يسلم إلى المرخص له الوثائق الفنية التي تشكل السند المادي للمعارف التكنولوجية محل العقد مثل دراسات الجدوى،التصميمات والرسوم الهندسية،. وتعليمات التشغيل (1).

والأصل أن المرخص غير ملزم بأن ينقل إلى المرخص له التحسينات التي أدخلها على اختراعه إذا ما تمت بعد إبرام العقد ما لم ينص على خلاف ذلك في عقد الترخيص.

أما بالنسبة للتحسينات التي قام بها المرخص قبل إبرام العقد، فيذهب البعض إلى وجوب نقلها إلى المرخص له إما لاعتبار هذه التحسينات من مستلزمات الاختراع، وإما استنادا إلى مقتضيات تنفيذ عقد الترخيص بحسن النية(2).

2-الالتزام بالضمان: يعتبر الضمان واحدا من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المرخص في عقود التراخيص، ويتمثل ذلك في الالتزام بضمان التعرض والالتزام بضمان العيوب الخفية:

-**الالتزام بضمان التعرض:** مضمون هذا الالتزام أن يلتزم المرخص بتمكين المرخص له من الانتفاع بحق الملكية الصناعية محل العقد انتفاعا هادئا وكاملا لا يعكر صفوه تعرض المرخص أو غيره، لأن المرخص هو صاحب الحق في الدفاع عن حق الملكية الصناعية محل العقد في حالة الاعتداء عليه،

---

(1)- د.حسام الدين الصغير ، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى،المنظمة العالمية للملكية ، الفكرية ، مسقط 23،24 مارس.

(2)- ALBERT CHAVANNE et J-J BURST , op.cit., p 312.

ولذا يشمل عدم التعرض، ضمان التعرض الشخصي و ضمان التعرض الصادر من الغير.

-**الالتزام بضمان العيوب الخفية** : فكما يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها أو أن تنقص من هذا الانتفاع حسب نص المادة 488 من القانون التجاري الجزائري، فإن المرخص ملزم بضمان العيوب المادية الواردة في الاختراع كالانفجار والاشتعال، وفي كل الحالات فإن صاحب البراءة يضمن التطبيق التقني للاختراع لكنه لا يضمن القيمة التجارية ومردود الاختراع الذي يتوقف على أهلية وقدرة المرخص له، لذا يجب التمييز بين حالة العيب المادي الذي يجعل الاختراع تقنيا غير قابل للاستغلال والذي يكون فيها المرخص صاحب الاختراع ملزما بالضمان، وبين حالة المردود التجاري للاختراع الذي لا يضمنه.

ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا على إسقاط مثل هذا الضمان أو إنقاصه في العقد كونه ليس من النظام العام،لكن شريطة أن يكون المرخص حسن النية،أي لم يكن يعلم بوجود مثل هذا العيب وقت إبرام عقد الترخيص، وإلا كانت هذه الاتفاقات باطلة طبقا لنص المادة 490 من القانون المدني الجزائري، كما يجوز للمتعاقدين زيادة الضمان كإدراج شرط قبول المرخص تحمل كل المخاطر والخسائر التي تنجم عن استغلال المرخص له للابتكار(1).

3-**الالتزام بتحمل التبعة** : ويقصد بهذا الشرط ما يسببه استغلال الاختراع أحيانا من أضرار بحياة الإنسان أو البيئة، وبالتالي وجب البحث عن ضمان يكفل توفير الحماية للمتضرر من جراء استغلال هذه التقنية، فما هو أساس هذا الالتزام، ومن يتحمل تبعة المخاطر عن الاستغلال.

فحسب أنصار نظرية تحمل التبعة فإن كل فعل يسبب ضررا يلزم صاحبه بالتعويض،وبالتالي يمكن تحديد المسئول وهو في هذه الحالة المرخص، لأنه هو من رخص باستغلال الابتكار وهو من ينتفع من هذا الترخيص، لذا استوجب عليه تحمل مخاطر هذه المنافع طبقا لقاعدة " الغنم بالعزم ".

إلا أن هناك رأي فقهي آخر يجعل المسؤولية مشتركة بين المرخص له والمرخص،وذلك لأن طبيعة العلاقة بين الطرفين المرخص والمرخص له تقتضي أن لا يؤدي عقد الترخيص إلى أية مخاطرة بحياة المنتفعين من تقنية الاختراع موضوع الترخيص (2).

---

(1)-بن زايد سليمة، مرجع سابق، ص69.

(2)-انظر علاء عزيز حميد الجبور ، مرجع سابق ، ص112.

ثانيا/ التزامات المرخص له: يلتزم المرخص له بالتزامين قانونين هما :الالتزام بالاستغلال والالتزام بدفع الثمن :

1- الالتزام بالاستغلال : كما رأينا فيما سبق، فإن إبرام عقد الترخيص يتم وفق الاعتبار الشخصي، وهذا ما يجعل المرخص له ملزما باستغلال الابتكار بصفة شخصية وجدية وبنية حسنة، لأنه يجب أن يكون عقد الترخيص مؤسسا على ثقة متبادلة بين المرخص والمرخص له (1)، وهذا ما يبرر عدم جواز قيام المرخص له بمنح ترخيص للغير باستغلال الاختراع، فإذا ما قام المرخص له بإبرام عقد الترخيص من الباطن ولو كان جزئيا بدون موافقة المرخص فإن مثل هذا العقد يعد باطلا ويرتب المسؤولية التعاقدية للمرخص له، ويعد المرخص له من الباطن بمثابة منافس والمرخص له بمثابة شريك في المنافسة غير المشروعة نتيجة تزويده المرخص له

من الباطن بتقنيات الاختراع المرخص باستغلاله، ومن ثمة فهو يحاكم بالتضامن مع المرخص له إلا إذا أثبت حسن نيته(2).

ومن أجل هذا الالتزام، فإنه في معظم الأحوال ما تتضمن عقود التراخيص شروطا خاصة على كيفية ومميزات الاستغلال من حيث الكمية والنوعية من أجل إلزام المرخص له بتحقيق حد أدنى من

الإنتاج،وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية (3)، غير أنه يمكن تبرير عدم تحقيق هذه النتيجة إذ أثبت بالدليل الصعوبات التي واجهته.

2 -الالتزام بدفع المقابل:فبمقابل الترخيص الممنوح للمرخص من أجل استغلال الاختراع، فإن المرخص له يكون ملزما بدفع المقابل المالي للمرخص حسب ما هو متفق عليه في العقد،وفي حالة امتناعه أمكن للمرخص طلب فسخ العقد،وعادة ما يحدد المقابل أي الإتاوة إما :

-بمبلغ جزافي يلتزم المرخص له بأدائه دفعة واحدة،أو على أقساط، إلا أن هذه الطريقة للوفاء نادرة عمليا.

أو مبلغ تناسبي مع الاستغلال في شكل دفعات دورية تتحدد بنسبة من رقم الأعمال الذي يحققه - المرخص له نتيجة استغلاله، وفي هذه الحالة عادة ما يحدد العقد حدا أدنى للإتاوة الواجب دفعها من المرخص في كل الأحوال، وفي مثل هذه الحالات عادة ما يتم إدراج بنود في العقد تسمح للمرخص القيام

---

(1)- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري ، الحقوق الفكرية ،دار ابن خلدون ، وهران، الجزائر ،ص 159.

(2)-بن زايد سليمة، مرجع سابق، 72.

- ALBERT CHAVANNE et J-J BURST , op.cit. p 21-(3)

بعمليات مراقبة لحسابات المرخص له من أجل التأكد من أن ما يتم التصريح به من إيرادات الاستغلال عددا وكما صحيح ومطابق للواقع.

وفي كل الأحوال يتوقف تحديد هذا المبلغ على عوامل كثيرة، فالمرخص له يضع في الحسبان مقدار المنفعة التي تعود على المرخص له، والمرخص بدوره يقارن بين المبالغ التي سيدفعها للمرخص ومقدار ما سيحققه من إيراد خلال مدة الترخيص.

ثالثا: الشكلية في عقود الترخيص:

بخصوص إفراغ عقد الترخيص في شكل معين،فإن نصوص الملكية الصناعية لم تشترط الكتابة صراحة، وبالتالي فإن عقد الترخيص كونه عقدا رضائيا ينعقد بمجرد الاتفاق بين الطرفين، ولكن غالبا ما يتم كتابته لأنه الأصح من الناحية العملية، ذلك أن الكتابة من جهة شرط للإثبات، ومن جهة أخرى فإن المشرع اشترط لكي يكون العقد منتجا لآثاره تجاه الغير وجوب إتباع إجراءات التسجيل والنشر والإشهار ،وهذا بطبيعة الحال لا يكون إلا إذا كان العقد مكتوبا.

وبالتالي، فبمجرد إيداع العقد لدى الهيئة الإدارية المختصة وهي المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، يقوم هذا الأخير بتسجيل العقد في السجل الخاص بعنصر الملكية الصناعية محل عقد الترخيص، ليتم بعد ذلك نشره وإشهاره في النشرة الرسمية
للإعلانات القانونية الخاصة هي أيضا بكل عنصر من عناصر الملكية الصناعية.

رابعا: عقد الترخيص وفقا لقانون الاستثمار الجزائري:

–و لتحديد علاقة هذا العقد بنطاق الاستثمار، يجب الرجوع إلى قانون الاستثمار الجديد، حيث أن قواعده لم توضح صراحة اعتبار الأموال المعنوية بما فيها براءات الاختراع أموالا يتكون منها رأس مال المشروع الاستثماري المرخص به وفق أحكام قانون الاستثمار رقم 16–09 المذكور أعلاه. أما القوانين ذات الصلة فقد منحت صاحب براءة الاختراع إمكانية التنازل عنها للغير، كما نستحضر هنا توقيع اتفاق بين الجزائر وتونس حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس في 16 فيفري 2006 الذي قرر أن استغلال براءة الاختراع تدخل ضمن أصناف الأصول الممكن الاستثمار فيها وذلك لتطوير الصناعة الجزائرية وتأهيلها من خلال استغلال. الاختراعات الأجنبية المحمية وطنيا ودوليا، هذا فضلاً عن جواز تقديم الأموال المعنوية حصصاً في الشركات التجارية وفق أحكام القانون التجاري الجزائري(1).

(1)– أمر رقم 59/75 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري، (ج ر، عدد 101 مؤرخ في 1975/12/19) المعدل والمتمم.

وحتى يقوم المستثمر الأجنبي باستغلال براءة اختراعه في الجزائر فعليه أن يقوم بترخيص براءة اختراعه، لمستثمر أجنبي آخر أو أن يؤسس معه شركة خارج الدولة الجزائرية ولا تخضع للقانون الجزائري، حيث نتصور ذلك بتقديم صاحب البراءة براءة اختراعه

بينما يلتزم الطرف الأخر باستغلالها وتشغيلها عملياً، ثم تتقدم الشركة الأجنبية بعد تأسيسها بطلب الحصول على رخصة الاستثمار في الجزائر بقصد استغلال براءة الاختراع المعنية. وبعد انتهاء مدة رخصة الاستثمار تغادر الشركة من الجزائر لانتهاء مدة الترخيص ببراءة الاختراع.

و يحق للشركة الأجنبية أن تقدم حصة فكرية في شركة جزائرية تنوي تأسيسها في الجزائر متمثلةً باستغلال براءة الاختراع المذكورة أعلاه، وذلك لأن القانون الجزائري، يسمح بتقديم حصة منقولة(1).

كما نشير إلى أن ملكية الاختراع تبقى للمخترع (المستثمر الأجنبي) حيث لا يجوز للمستفيد الجزائري الاستفادة من هذه البراءة بعد انتهاء مدة الترخيص المتفق عليها وإلا اعتبر ذلك منافسةً غير مشروعة لصاحبها (المستثمر الأجنبي).

كما أن المرخص الأجنبي لا يشارك المرخص له (الجزائري) في مشروعه الاستثماري، كما لا يشاركه في رأس ماله أيضا ولا يتحمل معه مخاطر الاستغلال. فإذا انصب هذا العقد على نقل معرفة فنية هامة، فيكون عقد الترخيص اقرب إلى أسلوب الاستثمار المباشر من أسلوب الاستثمار غير المباشر(2).

هذا ويمكن أن تقوم شركة جزائرية باكتساب الشركة الأجنبية صاحبة الاختراع أو بالعكس أن تقوم الشركة الأجنبية (صاحبة الاختراع) باكتساب الشركة الجزائرية بغية تكوين شركة متعددة الجنسيات بحيث تسير مكوناتها (الشركة القابضة والتابعة) في وحدة اقتصادية ويجمعها هدف واحد بحيث يتحقق فيها وجه من التبعية للشركة المرخصة أي الشركة القابضة(3).

(1)– (الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد...) – المادة 416 من الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 /1975/09، يتضمن القانون المدني، (ج ر)العدد 78، مؤرخ في 1975/09/30، المعدل والمتمم.

(3)–علاء عزيز حميد الجبوري، عقد الترخيص (دراسة قانونية)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1420هـ، 1999م، ص 30 .

(4)– د. السيد مصطفى احمد أبو الخير، عقود نقل التكنولوجيا (دراسة قانونية)، ط 1، القاهرة، إيتراك للنشر والتوزيع، 2007 ص 53 .

المطلب الثاني

عقد الفرانشيز

يعد عقد الفرنشيز من العقود الهامة و المستخدمة ، الذي شاع استعماله في العديد من الدول الأمريكية و الأوروبية ، لما يمثله هذا العقد من وسيلة ناجحة لنقل المعرفة الفنية و المشاريع الإنتاجية ،بأسلوب يحقق أهداف المتعاقدين ، و بالتالي يعود بالفائدة على الطرفين ، بحيث يوفر لصاحب العلامة فرصة ممتازة للانتشار السريع ، دون أن يشكل ذلك عبئا على نفقاته الرأسمالية، كذلك يوفر له فرصة الوصول للأسواق بسرعة .

يعد عقد الفرنشيز وسيلة لجلب الاستثمارات التي تجلب التكنولوجيا المتقدمة ، ووسيلة لتطور اليد العامل الوطنية من خلال التدريب الذي يتلقاه في المشاريع المقامة و ذلك ما يسهم في رفع كفاءة القوى البشرية.

و تخلص عملية الفرنشيز في أن شخص يدعى صاحب العلامة يتكفل بموجب هذا العقد بتعليم شخص آخر يدعى المستغل للعلامة المعرفة العلمية و تخويله استعمال علامته التجارية و تزويده بالسلع ، أما مستغل العلامة فيتكفل باستثمار هذه المعرفة العلمية و استعمال العلامة التجارية.

و نظر لما لعقد الفرنشيز من أهمية اقتصادية ، لابد من توفير مناخ قانوني ملائم لهذا النوع من العقود ، وذلك بإصدار نظام خاص بنشاط الفرنشيز ، و العمل على تفعيل سرعة تنفيذ القرارات الملزمة ، من هيئات تحكيم في المنازعات التجارية و بخاصة في منازعات حق الفرنشيز .

الفرع الاول : مفهوم عقد الفرنشيز

أولا : تعريف عقد الفرنشيز

هو من العقود الحديثة ظهر في أواخر القرن 19 و بداية القرن 20 و ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية إلا أنه ظل غير واضح المعالم و ذهبت عدة أنظمة قانونية لتفسيره و تطبيقه بما يتماشى مع الأحكام الوطنية التابعة لها حيث حاولت مؤسسات دولية إيجاد تعريف و نظام قانوني له و خاصة بعد ظهور منظمة التجارة العالمية.

يعد عقد الفرنشيز في الجزائر حديث النشأة و ذلك لعدم ملائمة المحيط لتطوره و نموه و ظهوره و خاصة أن النظام السائد كان النظام الاشتراكي ،و لكن بدخول اقتصاد السوق أخذت الجزائر منعرجا جديدا يتغير وسن قوانين جديدة مثل تعديل القانون التجاري وسن قان ون المنافسة و هذا ما كرس في

الملتقى الذي انعقد في فندق سوفيتال يوم 18 ماي 1998 الذي نظم من طرف الغرفة الفرنسية للتجارة و الصناعة بالجزائر بالتعاون مع الاتحادية الفرنسية للفرنشيز(1).

تعريفه حسب الاتحاد الجزائري للفرنشيز

بالرغم من الإحصاء الذي أظهر في الملتقى تحت عنوان "الفرنشيز في الجزائر "المنظم أيام 22،23،24 جافني 2012 الذي أظهر وجود 70 علامة تجارية أجنبية تزامنت مع وجود عدة أسواق متخصصة في عدة مجالات ، كرعاية الأطفال، مستحضرات التجميل ،المواد شبه الصيدلانية ،إضافة إلى وجود بعض الشركات الجزائرية التي تستخدم عقد الفرنشيز كشركة BKLالمتخصصة في صناعة النوافذ من مادة الألمنيوم بالإضافة إلى العلامات العالمية منها علامة Schweppes البريطانية للمشروبات الغازية و علامة Virgin للمشروبات و علامة الحليب كونديا التي دخلت بدورها السوق الجزائري.

و على الرغم من كل هذه الأعمال التي نتج عنها إعداد مشروع قانون مؤرخ في ديسمبر متكون من 11 مادة لاسيما بالنظر في المواد 4،87،58 من الأمر رقم 09/سيش01 المؤرخ في 2009/07/22 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الجريدة الرسمية العدد 44 المؤرخة في2009/07/26 و نظام مجلس النقد و القرض رقم 03/90 مؤرخ في 1990/09/08 ج.ر عدد 45/مؤرخة في 1990/10/24. و إلى غاية القانون 09/16 المتعلق بالاستثمار فإنه يبقى عقد الفرنشيز في التشريع الجزائري غير مسمى(2).

فمن خلال هذه التعاريف، نستنتج أن لعقد الفرونشيز مجموعة من الخصائص نبينها فيما يلي :

يعتبر عقد الفرنشيز نوعا خاصا من الإجارة لشيء معين بالذات و هو ذلك المنقول المادي أي المعرفة وسائر عناصر الملكية الفكرية ،لذلك فإن عقد الفرنشيز يتميز بما تتميز به سائر عقود الإيجار مع ملاحظة أن هذا العقد يشتمل أيضا على خصائص تميزه بدوره عن غيره و أهم هذه السمات

-هو عقد غير المسماة:

بمعنى أن عقد الفرنشيز ليس له قواعد خاصة به تنظمه تحت أسماء معينة ،و ذلك لعدم انتشاره في التعامل ،و لحداثة هذا العقد و يترتب على اعتباره عقد غير مسمى ،خضوعه للقواعد العامة التي تحكم العقود.

(1)- انوجال نسيمة، عقد الفرنشيز في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير في قانون المؤسسات، جامعة . الجزائر، 2004 ،ص 14.

(2)- عروسي ساسية ،الطبيعة القانونية لعقد الفرنشايز، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون. 2015، ص 2، خاص، جامعة سطيف.

-هو عقد من العقود الرضائية :

تجدر الإشارة أن المبادئ العامة المقررة في القانون المدني هي التي تتحكم إبرام عقد الفرنشيز ،شأنه شأن بقية العقود و بالتالي اشترط المشرع الجزائري أن يكون كله تنازل عن العلامة التجارية مثبتا كتابيا تحت طائلة البطلان و أن يكون كل تصرف أو تعديل يترتب عليه الترخيص لاستعمال الصلاحية التجارية إلى الغير مسجلا بالرغم من اشتراط المشرع الجزائري لشرط الكتابة و التسجيل إلا انه تراجعت أهمية ذلك لعدم وجود نص صريح ينص في الكتابة شرط للانعقاد بل أنها مجرد شرط للإثبات ، أما المشرع الأمريكي و الألماني و المصري ، رتب بطلان عقد الفرنشيز كأثر لعدم كتابته(1).

-هو عقد من العقود الإذعان :

أي أنه العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها و يرى بعض الفقهاء أن العقد يكون عقد إذعان إذا توفرت فيه الشروط التالية :

- إذا كان العقد محله السلع و الخدمات الضرورية مثل :ماء،كهرباء...
- أن يتمتع صاحب هذه السلعة باحتكار قانوني أو فعلي لها.
- أن يكون الإيجاب الموجه من صاحب السلعة إلى الجمهور إيجابا عاما.

أما الجانب الثاني من الفقه "الحديث" أن العقد يكون عقد إذعان بان يكون غير قابل للتفاوض و هذا ما تبناه القانون المدني الجزائري في المادة 70 منه(2).

- هو عقد من العقود الملزمة لجانبين :

ينتج عقد الفرنشيز بصفته عقد معاوضة ملزم لجانبين أثار جمة بين أطرافه ،و العقد الملزم لجانبين هو العقد الذي يرتب التزامات متقابلة على المتعاقدين ،إذ يكون كل منهما دائنا و مدينا في آن واحد ،عليه فإن عقد الفرنشيز عقد عوض لان كلا من المتعاقدين يلتزم مقابل التزامات بدفع المستحق للطرف الآخر.

مثال: أن يدفع المستغل لصاحب العلامة حق الدخول بالإضافة إلى العائدات.

---

(1)- هشام مرسي،الفرونشيز ،الامتيازات التجارية و الخدماتية ،د ط، دار الفكر الجامعي ،مصر ، 1998 ، ص 78.

(2)- أمر رقم 58/75 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني ،ج ر ، عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975-، معدل و متمم بالقانون رقم07 /05 مؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج ر ، عدد 31 صادر في 13 ماي- 2007 ، المادة 70 منه.

-هو عقد من العقود المحدد و المستمرة :

يكون عقد الفرنشيز محدد كلما تحدد فيه وقت انعقاده و قدر فيه التزامات الأطراف ذلك بغض النظر عن التعادل في الالتزامات، بينهما كما أن في عقد الفرنشيز لابد أن يكون الزمن عنصرا جوهريا ، بحيث يكون له تأثير ملحوظ على تقدير محل العقد فلا يمكن تنفيذه إلا ضمن المدة أو الزمن المحدد في العقد .

لذا يعد عقد الفرنشيز عقدا محددا مستمرا بحيث تكون المدة عنصرا أساسيا في إبرامه و تنفيذه.

- هو عقد من العقود التجارية السياسية و الاقتصادية :

يعتبر عقد الفرنشيز عقدا تجاريا لكون الصفة الممنوحة لصاحب العلامة أو المستغل تتوافق مع المستلزمات المطلوبة لصفة التاجر كالقيام بصورة مستمرة في سبيل الربح و عليه فإن قواعد القانون التجاري تطبق على هذا العقد منها : التضامن و عدم مجانية أعمال الفرنشيز أما عن قولنا أن عقد الفرنشيز عقد سياسي و اقتصادي ذلك أن الهدف من هذا العقد بالنسبة للدول المانحة أي صاحبة العلامة هو غزو الدول النامية اقتصاديا و ثقافيا (1).

ثانيا : مزايا و عيوب عقد الفرنشيز

يترتب عن عقد الفرنشيز عدة ايجابيات و سلبيات لأطراف العقد و بالتالي سوف نتطرق إلى ايجابيات عقد الفرنشيز ثم إلى سلبيات العقد.

1 -مزايا عقد الفرنشيز بالنسبة لأطراف العقد

أ-بالنسبة لصاحب العلامة :

- إن عقد الفرنشيز يساعد بشكل كبير انتشار العلامة في السوق و ذلك بكثرة نقاط البيع .

- يساعد عقد الفرنشيز على دخول سوق أجنبي و م ا رقبته من قريب و بالتالي توسيع النفوذ و بالتالي احتكار السوق المحلي

- يساعد عقد الفرنشيز على انتشار المنتوجات و الخدمات بسرعة في السوق و اكتسابه سوقا محليا جديدا.

- يوسع نشاط مؤسسة بأقل تكلفة خاصة و أن المستغل هو مالك لمحله و أنه مستقل.

- يستفيد صاحب العلامة من الأتاوى المدفوعة له بطريقة منتظمة و كذا من ثمن البضائع المباعة للمستغل.

(1)_دعاء طارق بكر البشتاوي ،عقد الفرونشيز و آثاره ، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية . الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس ، فلسطين ، 2008 ، ص31 إلى 37.

– يتحمل المستغل لوحده مخاطر تسيير محله ،فإذا أساء التسيير رغم استفادته من نصائح و مساعدة صاحب العلامة على أساس أنه مستقل من الناحية القانونية .

–لا يتحمل صاحب العلامة ديون المؤسسة المستغلة.

– يمارس صاحب العلامة رقابة على بيع المتوجات لذا يجب أن يحرر العقد بطريقة واضحة بحيث يبين فيه حقوقه و التزاماته و كذا طرق إنهاء العقد.

ب–بالنسبة لمستغل العلامة :

– يستفيد المستغل من اسم و علامة تجارية مجلبا بذلك زبائن أوفياء لهم.

– يستفيد المستغل من مساعدة تقنية (تكوينه شخصيا أو تكوين له يد عاملة).

–يستفيد من معرفة فنية التي تعتبر ضمانا لإعادة تحقيق نجاح صاحب العلامة.

– لجوء المشتغل إلى صاحب العلامة في أية مسألة كانت.

– ضمان المستغل أمام البنك.

–يستفيد المستغل من مساعدة تقنية قبل و أثناء حياة العقد.

– إمكانية حصول المستغل على قروض مالية من البنوك لاستثمار مشروعه و ذلك بفضل الشهرة الطيبة التي تتمتع بها العلامة .

2 –عيوب عقد الفرنشيز بالنسبة لأطراف العقد

أ–بالنسبة لصاحب العلامة :

– كلما توسعت شبكة الفرنشيز كلما كان تسييرها صعب.

– يجب على صاحب العلامة مراقبة استعمال و استغلال العلامة مع معاقبة كل خرق أو تعسف.

– لابد على صاحب العلامة أن يكون صارم في دفع الأتاوى أو ثمن السلع المباعة للمستغل.

– يجب أن يسهر على سياسته التجارية.

–على صاحب العلامة أن لا يكون متعسفا في رقابة المستغل لان كلأيهما مستقلين.

–إمكانية إنهاء العقد فجأة يطرح مشكلا لدى صاحب العلامة من أجل سرعة إيجاد مستغلا جديدا.

–يتحمل صاحب العلامة الأتاوى و القيمة النقدية للبضائع و السلع.

ب–بالنسبة لمستغل العلامة :

– يتحمل عبئ استثمار مشروعه ،عبئ دفع الأتاوى.

– الرقابة المفروضة عليه.

–احترام الصورة الحسنة للعلامة، إشهار... حسب السياسة المسطرة من طرف صاحب العلامة.

-تنشأ سلبيات أخرى في حالة عدم احترام الحقوق المترتبة عن العقد أو في حالة تحريره بطريقة غامضة أو مبهمة أو لمدة قصيرة(1).

ثالثا: الطبيعة القانونية لعقد الفرنشيز

هو عقد يتكفل بموجبه شخص يدعى المانح بتقديم المعرفة العملية والتي تشمل نقل المعرفة الفنية وتقديم المساعدة التقنية لشخص آخر يدعى الممنوح له وتخويله استعمال علامته التجارية وتزويده بالسلع وتقديم الخدمات وذلك بمقابل يتفق عليه الطرفان(2) و هو بهذا يقترب إلى حد كبير من بعض العقود المسماة و غير المسماة، المشابهة له.

1 - عقد الفرنشيز و العقود المسماة المشابهة له

أ-عقد الفرنشيز و عقد الوكالة التجارية

عرفت المادة 1/34 من التقنين التجاري الجزائري عقد الوكالة التجارية بأنه "إتفاقية يلتزم الشخص بإعداد أو إبرام البيوع أو الشراءات أو بوجه عام جميع العمليات التجارية باسم و لحساب تاجر، و القيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص و لكن دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات" (3).
وقد اعتبر المشرع الجزائري الوكالة عملا تجاريا بحسب شكله في المادة 3 من نفس القانون.
وبمقارنة عقد الوكالة التجارية مع عقد الفرنشيز يمكن إثارة النقاط التالية:

- محل الوكالة هو تصرف قانوني يقوم به الوكيل لمصلحة موكله و ليس عملا ماديا،و محل الوكالة كعقد مختلف عن محل عقد الفرنشيز الذي يتعلق بترتيب حق انتفاع على منقولات غير مادية و لا يرد على تصرفات قانونية .
- الوكيل يتعاقد باسم موكله و لحسابه باستثناء حالة الوكالة بالعمولة عكس المستغل الذي يتعاقد باسمه و لمصلحته الشخصية.
-يلتزم الوكيل بتأدية الحساب إلى موكله ،أما المستغل فيتصرف لحسابه.
-كلا العقدين يقومان على الاعتبار الشخصي.

نستنتج أن عقد الفرنشيز يكون عقد وكالة تجارية، متى فقد مستغل العلامة استقلاليته و كان مجرد وكيل لصاحب العلامة، بأن لا يتحمل مخاطر تجارية .

---

(1)- أنوجال نسيمة ،مرجع السابق،ص146 ص152.

(2)- دعاء طارق بكر البشتاوي، مرجع السابق،ص22 .

(3)- أمر رقم 59/75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1955الموافق لـ26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر رقم : 05-02 مؤرخ في 2005/02/06، ج.ر عدد 11 المؤرخة في 2005/02/29.

ب-عقد الفرنشيز و عقد الإيجار

عرفت المادة 01/467 من القانون المدني الجزائري عقد الإيجار على انه " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم"(1).

وهو المفهوم الذي طبق على عقد الفرنشيز لتكييفه كعقد إيجار فعقد الفرنشيز في نظر أصحاب نظرية عقد الفرنشيز عقد إيجار هو نوع خاص من الإجارة لشيء معين بالذات و هو ذلك المنقول المادي أي المعرفة الفنية وسائر عناصر الملكية الفكرية.

وبتطبيق مفهوم الإيجار على عقد الفرنشيز نستنتج ما يلي:

- كلا العقدين من عقود المعاوضة التي يقدم فيها كل طرف مقابلا لما يأخذه و كل من العقدين من العقود الملزمة للجانبين.

-كلا من عقد الإيجار وعقد الف رنشيز من العقود المتتابعة (المستمرة) التي يعد الزمن عنصرا جوهريا و ضروريا فيها كأساس لتحديد الالتزام أي مدة الإيجار و مدة الانتفاع بحزمة الفرنشيز تكون محددة المدة.

-كلا من العقدين يقعان على المنفعة بالشيء المؤجر دون تملكه أي ينتفعان بالشيء و مع انتهاء المدة يرد الشيء لصاحبه.

- الفرق يكمن بين رسم دخول الفرنشيز الذي هو مبلغ من المال يسمح بالانخراط في الفرنشيز وكمقابل للخدمات المقدمة للمستغل وبين رسم دخول الإيجار التجاري الذي يسمح بالحصول على حق التفرد والحماية المتعلق بمحل تجاري.

2 - عقد الفرنشيز و العقود غير المسماة المشابهة له

أ-عقد الفرنشيز و عقد الامتياز التجاري

يشبه عقد الفرنشيز عقد الامتياز التجاري كثيرا وذلك لطبيعة عقد الامتياز التجاري إذ أن في حقيقة الأمر ليس إلا امتداد لعقد الامتياز التجاري مع تعديله و إدخال عليه تعديلات إذ أنه من الناحية ظروف نشأته فهو يمثل الأصل التاريخي لعقد الفرنشيز.

ويعرف جانب من الفقه العربي عقد الفرنشيز بأنه" عقد امتياز تجاري يضع بموجبه المرخص تحت إمرة المرخص له اسمه التجاري و الرموز و العلامة التجارية و المعرفة الفنية و مجموعة السلع و الخدمات و ذلك تحت إشراف و رقابة المرخص(2).

(1)-أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

(2)-حسام الدين خليل فرح محمد ،عقد الامتياز التجاري FRANCHISEو أحكامه في الفقه الإسلامي ،دراسة مقارنة، د ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012 ص22.

في حين يعرف الفقه الفرنسي عقد الامتياز التجار Le Contra De Concession بأنه :
"العقد الذي بواسطته يحجز المرخص – Le Concédant– مالك العلامة للمرخص له – concessionnaire
حق التوزيع الحصري لمنتجاته في إقليم محدد بشرط أن يقبل سياسة المرخص التجاري و أن لا يوزع إلا المنتجات المرخصة ".

– العقدين يربطان تجارا مستقلين قانونا لكنهما يقودان في حالة معينة إلى التبعية الاقتصادية.

–العقدين فرضتهما الممارسة التجارية طبقا للمادة 2/29 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري و ذلك من حيث التنظيم(1).

– في العقدين المرخص له لا يملكان حق الملكية المحل التجاري.

– عقد الفرنشيز يتكون من الخدمات ميزته إبلاغ المعرفة الفنية و المساعدة المستمرة في حين عقد الامتياز التجاري هو عقد توزيع.

– عقد الامتياز تكون مدته أقصر مقارنة مع عقد الفرنشيز.

– تبعية المستغل لصاحب العلامة التجارية أشد و أكثر وضوحا من تبعية المرخص له للمرخص في عقد الامتياز التجاري .

ب–عقد الفرنشيز وعقد التمثيل التجاري

لم ينظم المشرع الجزائري عقد التمثيل التجاري شأنه شأن عقد الفرنشيز و يعرف عقد التمثيل التجاري بأنه "العقد الذي يتعهد بمقتضاه الممثل التجاري بإبرام صفقات باسم موكله ولحسابه بصفة مستديمة في منطقة معينة لقاء أجر"

– في كلا العقدين هناك ترخيص بالعلامة التجارية ،طابع الامتياز الشخصي.

– في عقد الفرنشيز هناك المعرفة الفنية مع المساعدة التقنية المستمرة و لا أثر لهما في عقد التمثيل التجاري.

– في عقد الفرنشيز استقلالية مستغل العلامة محدودة فهناك تدخل مستمر لصاحب العلامة عن طريق الرقابة، أما في عقد التمثيل التجاري فالممثل التجاري قد يكون مستقلا عن الموكل و قد لا يكون مستقلا .

_الحصرية في عقد الفرنشيز حصرية اختيارية وأنها ليست من جوهر العقد أما الحصرية الإقليمية في التمثيل التجاري، فهي حصرية غير محدودة كما أنها جوهر العقد في صلبه.

---

(1)–أمر رقم 09/08 مؤرخ في 25 فيفري 2008 ،ج ر عدد 21 لسنة 2008.

– فيما يخص المقابل يستحق الممثل التجاري أج ا ر بينما في عقد الفرنشيز المستغل يقدم لصاحب العلامة مبلغا معينا يمثل مقابلا لتوفير صاحب العلامة لمعرفته الفنية والمساعدة المستمرة، والمستغل بدفع رسم الدخول للفرنشيز أما في عقد التمثيل التجاري الممثل التجاري لا يدفع رسم الدخول(1).

رابعا: أنواع عقود الفرنشيز

لا ينطوي الفرنشير على إطار موحد من النشاط، إنما يتعدد ليتناسب مع الوضع القائم ومع طبيعة النشاط التجاري، لهذا تعدد تقسيمات الفرنشيز فهناك من يقسمها إلى 3 أنواع أساسية كما فعل فقهاء فرنسا وهناك من قسمها إلى 10 أنواع مثل ما فعل فقهاء الولايات المتحدة الأمريكية .

و سنتطرق باختصار إلى جميع أنواع الفرنشيز الثلاثة لتأثرنا بالقانون الفرنسي وعليه فيمكن أن يكون محل العقد :

–توزيع مواد

– تقديم خدمات

– التصنيع

1–عقد فرنشيز التوزيع: contrat de franchise de distribution أو Distributing franchise

يهدف هذا النوع إلى تمكين صاحب العلامة من تسويق منتجاته من خلال نظام توزيع معين بحيث يلتزم صاحب العلامة بتوريد المنتجات محل العقد خلال مدة العقد إلى المستغل ضمن الإطار الجغرافي المحدد، كما يقدم له المساعدات الفنية في مجال التسويق كالإعلان عن المنتجات، وتقديم خدمات الصيانة وتوفير قطع الغيار.

ويقرر العقد للممنوح له بصفة أساسية الحق في استعمال اسم المانح وعلامته التجارية، وكذلك فإنه يقرر له الحق في استخدام وسائل التسويق الفنية بإتباع تعليمات المانح كما يمارس هذا الأخير رقابة وسيطرة على أعمال المستغل، كما يمنح هذا النوع حق القصر للممنوح له أي أن يكون هو الموزع الوحيد لهذه المنتجات، ومن أمثلته في الجزائر: مجموعة مهري المنتج والموزع لمشروب بيبسي كولا في الجزائر.

(1)– عروسي ساسية، مرجع السابق، ص42 ص49.

2-عقود فرنشيز الخدمات:

تطور هذا النوع خاصة في قطاع الفنادق، وبصدد هذا النوع يصنع صاحب العلامة بعض الخدمات بتصرف المستغل ، الذي بدوره يقدمها للزبائن ، و تتمثل هذه الخدمات في :

-1خدمات ذات استثمار مالي ثقيل: نجد مثل هذا النوع من الفرنشيز في مجال الفنادق و المطاعم و إيجار السيارات و الآلات، مع مراعاة سمعة و فعالية الخدمات التجارية و موقع محل المستغل.

-2 خدمات ذات استثمار مالي ضعيف: و هذا النوع ينصب على الحلاقة و إصلاح السيارات، العناية بالمنازل و الحدائق، وفي مثل هذا النوع يلعب كل من تكوين يد عاملة و مراقبة صاحب العلامة دوار أساسيا.

-3 خدمات ذات طابع معنوي: مثل مجال التعليم، أو تقديم نصائح و إرشادات للمؤسسات و على هذا فان ليس كل نشاط أو خدمة ذات طابع معنوي يمكن أن تكون محل عقد الفرنشيز فهناك خدمات تقوم على الاعتبار الشخصي.

3- عقد فرنشيز الصناعي أو الحرفي Contra De Franchise Industrielle أو Ou Artisanale – Manufacturing Or Processing Plant Franchise–:

وهناك من يسميه عقد فرنشيز الإنتاج.

يعتمد على نقل صاحب العلامة لمعرفته الفنية المتمثلة بالأسرار الصناعية للإنتاج للمستغل فيقوم المستغل بتصنيع و توزيع السلعة مستعينا بخبرات صاحب العلامة في هذا المجال و بنماذجه القياسية، حيث تحمل هذه المنتجات العلامة التجارية لصاحب العلامة، و غالبا ما يتضمن العقد نقل التكنولوجيا ، كما يشمل العقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع ومن أمثلته في الجزائر شركة جرجرة للياغورت التي وقعت عقد فرنشيز مع شركة دانون الفرنسية(1)...

خامسا : محل عقد الفرنشيز

محل عقد الفرنشيز ينصب على عناصر أساسية، تشكل الباعث الحقيقي لازدهاره و تقدمه، و يمكن تقسيم هذه العناصر إلى المعرفة الفنية و المساعدة الفنية و عناصر الملكية الفكرية، و هذا ما يسمى بحزمة الفرنشيز Franchise Package .

(1)-عروسي ساسية ، مرجع سابق ، ص18

1-المعرفة الفنية "savoir –faire" :

عرف الاجتهاد القضائي الفرنسي المعرفة الفنية بكونها إبداع فكري محض، يتعلق بمجموعة المعارف والتجارب ذات طبيعة تقنية ، تجارية وإدارية المعمول بها في الممارسة العملية لتشغيل ممارسة تجارية أو مهنية.

غير أن المعرفة الفنية تعبر عن ا ربطة غير ملموسة لا يمكن إدراكها بالنظر إليها أو لمسها، لذا فإنها تنعكس على عناصر ملموسة تغير إما مضمونها ، و إما النجاح المتحقق باستغلالها.

2-المساعدة التقنية:

يتمثل دور المساعدة الفنية في عقد الفرنشيز في تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ، أو كما عبر عنها الاتجاه الفقهي الذي يصف عقد الفرنشيز بكونه عقد معرفة فنية وعقد مساعدة فنية بالصورة المتحركة للمعرفة الفنية.

ويعرف عقد المساعدة الفنية أو التقنية بأنه "الاتفاق الذي يلتزم المورد بمقتضاه بتدريب العاملين لدى المتلقي على تشغيل الأجهزة والآلات المستخدمة في عملية الإنتاج و إصلاحها وصيانتها وتدريبهم على إدارة المشروع بالأساليب الفنية، ويتم ذلك بإيفاء عدد من العاملين للمتلقي إلى منشأة المورد أو بإيفاء عدد من المختصين التابعين للمورد إلى المنشأة المتلقي فترة من الوقت، وخاصة أثناء تطبيق الطريقة الفنية المنقولة وبداية التصنيع، وقد تتم المساعدة في عقد مستقل، أو كشرط ضمني في عقود نقل المعرفة الفنية أو عقود نقل التكنولوجيا".

أو بصفة أخرى يقصد بالمساعدة التقنية إعطاء كل ما هو مطلوب تقنيا وفنيا ووضع جميع الأساليب والوسائل تحت تصرف الطرف الآخر الراغب بالحصول على هذه التقنية(1).

3-عناصر الملكية الفكرية :

تعد الملكية الفكرية من أهم العناصر المكونة لنشاط الفرنشيز، فهي التي أوجدت الإبداع والتمييز في هذا النشاط، الأمر الذي أدى إلى تطوره وازدهاره و هي تشمل كل من (براءة الاختراع، الرسوم و النماذج الصناعية، الشعار، الاسم التجاري، العلامة التجارية).

---

(1)- إنوجال نسيمة، المرجع السابق، ص31.

الفرع الثاني : آثار عقد الفرنشيز

يرتب عقد الفرنشيز التزامات على صاحب العلامة و أخرى على مستغل العلامة

أولا –التزامات صاحب العلامة Les Obligations Du Franchiseur :

صاحب العلامة **Le Franchiseur** هو كل شخص طبيعي أو معنوي، تاجر أو حرفي أو صناعي، صاحب معرفة فنية مختبرة، ملكية أو حق استعمال إشارات مميزة، و مجموعة منتجات أو خدمات و/ أو تقنية تكنولوجية (1). يقع على عاتق صاحب العلامة في عقد الفرنشيز عدة التزامات هي :

1–الالتزام بالإعلام في الفترة السابقة للتعاقد:

سيتم دارسة هذا الالتزام طبقا لما ورد في القانون الفرنسي ، بحكم أن القانون الجزائري لم ينظم عقد الفرنشيز (2).

يقصد بهذا الالتزام ، أن صاحب العلامة ملزم بإعطاء المستغل قبل إبرام العقد وثيقة تضم معلومات عن المشروع موضوع عقد الفرنشيز ، تتضمن القيمة التجارية للاسم و العلامة التجارية و عنوان صاحب العلامة و قيمة رأسمال شركته و خبرته ومراحل تطوره و نشاطه التجاري، بالإضافة إلى عرض شبكة الفرنشيز و مضمون العقد و منطقة النشاط ، و النفقات والاستثمارات الواجب تحقيقها و القيد في السجل التجاري ويقدم كل هذا في مستند مكتوب ، و الهدف من هذا هو حماية حقوق المستغل ، نظرا لعدم خبرته في هذا المجال ، وكذا إقناع المستغل بالتعاقد مع صاحب العلامة بغية استثمار نشاط معين.

بالرغم من هذا إلا انه التزام تبادلي ، إذ يقع على المستغل تزويد صاحب العلامة بمعلومات حول شخصه و مؤسسته و السوق المحلي المزمع مباشرة نشاط فيه و ذلك حتى يتسنى لصاحب العلامة أن يقرر مدى جدارته في الانضمام من عدمه.

2–الالتزام بنقل المعرفة الفنية:

تعرف المعرفة الفنية بأنها مجموعة معلومات عملية غير مسجلة ناتجة عن خبرة صاحب العلامة الذي اختبرها .

هذا المصطلح أتى من التعبير الانجلوساكسوني "know how" و قد ركز التنظيم الأوروبي رقم4087/88 في المادة 03/01 منه(3) على ثلاثة خصائص لتكييف المعرفة الفنية و هي:

---

(1)– عروسي ساسية ، مرجع سابق ، ص 6.

(2)–جاء في المادة 8 من مشروع قانون الفرانشيز الجزائري المؤرخ في ديسمبر 2009 ، كشرط لانعقاد عقد الفرانشيز.

(3)– le règlement communautaire n88-4087 de la commission du 1988-11-30 concemant l'application de l'article 85/03 du traite a des catégories d'accord de franchise joce .n l 359.29/12/1988 .

1 سرية : حيث يكون كل عنصر من عناصر المعرفة مجهولا أو يستحيل الحصول عليه ، خارج إطار العلاقات مع صاحب العلامة، والتي يجهلها الغير .

2 معرفة : بحيث تكون المعرفة موصوفة بصورة كاملة و كافية .

3 جوهرية : تمكن من تحسين الوضع التنافسي للمستغل ، أي منحه أفضلية تنافسية وفائدة مؤكدة مرتبطة بممارسة هذه التجارة ويعود للقضاة وسلطات المنافسة تقدير واقع الميزة التنافسية للمعرفة الفنية . وأصلية المعرفة يتم تقديرها بالنظر للسوق المعنية التي يرتبط بها نشاط صاحب العلامة .

3-الالتزام بتقديم المساعدة التقنية :

تطرقنا إلى تعريف المساعدة التقنية في الفرع الأول ، والآن سندرس وسائل تقديم المساعدة التقنية بحسب نوع النشاط و حجم شبكة الفرنشيز و طبيعة المعرفة الفنية محل التعاقد ، إلى وسائل مادية و وسائل غير مادية . (1)

أ-الوسائل المادية لتقديم المساعدة التقنية :

-كتيبات إرشادية: تتمثل في طريقة التشغيل بالأساليب التي سيستخدمها المستغل طوال فترة العقد، وتكون في صورة بطاقات وصفية تتضمن نموذج التشغيل الذي يتوجب على المستغل تتبعه طوال فترة العقد .

– المجلات الخاصة بالشبكة: تكون في صورة دوريات منتظمة، و تتضمن هذه الدوريات عرضا لما يريد صاحب العلامة نقله من إرشادات ، كما قد تتضمن نشر تجارب الأعضاء الآخرين ، وهي بذلك تعد مرجعا عاما و مباش ا ر لعرض تجارب أعضاء الشبكة .

ب-الوسائل غير المادية لتقديم المساعدة التقنية:

تتمثل هذه الوسائل في دوارت تدريبية للمستغل و عماله وحلقات دارسية و ملتقيات بصورة منتظمة باتصالات شخصية ، وبتحديد كتيبات التعليمات و التمارين ، كذلك يقوم صاحب العلامة أحيانا و حسب نطاق هذا الالتزام بزيادة منشاة المستغل.

المساعدة التقنية ، تقسم مراحل تقديم المساعدة و فيما يتعلق بالنطاق الزمني للالتزام بتقديم التقنية

-**المرحلة السابقة على بدء النشاط :** و تتمثل بدراسة السوق ، و اختيار انسب الأماكن لمشروع المستغل، كذلك تدريب الموظفين والعاملين لدى المستغل .

– **لحظة بدء النشاط :** إذ يقوم صاحب العلامة بالإشراف على عناصر دعائية للمستغل ، وتنظيم كل ما يرتبط بلحظة بدء النشاط ، كذلك قد يتطلب الأمر ضرورية تواجد صاحب العلامة وقت الافتتاح ، فيكون صاحب العلامة حاضرا لإرشاد المستغل بنصائحه .

---

(1)- النجار محمد محسن إبراهيم ، التنظيم القانوني لعناصر الملكية الفكرية، د ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ، . 2005 ص 222.

- **المرحلة التالية على بدء النشاط و حتى انتهاء العقد :** كتدريب دائم في دورات سنوية أو حسب الطلب .

وتكون تكاليف هذه الخدمة و الإقامة و المواصلات على نفقة المستغل .

كما يمكن لصاحب العلامة أن ينوب عن المستغل في تسيير محله كمرض المستغل أو غيابه ، و هذا بعد اتفاق صريح بين الطرفيين ، بشرط أن لا يكون الوضع دائما .

واستنادا لمضمون التزام صاحب العلامة بتقديم المساعدة التقنية للمستغل تم تكييف عقد الفرنشيز. (1) un. contrat d'enseignement

4-الالتزام بنقل عناصر الملكية الفكرية :

يلتزم صاحب العلامة بنقل عناصر الملكية الفكرية التي تميز السلعة أو الخدمة موضوع عقد الفرنشيز ، وتتعلق تلك العناصر بالاسم التجاري و الشعار l'enseigne و العلامة التجارية ، و الرسوم الصناعية و نماذجها ، ويستوي في ذلك أكان صاحب العلامة مالكا لهذه العناصر أو يملك حق استخدامها ، ففي غياب حقه على العلامة المتقدمة قد يتم إبطال العقد .

و أهم عنصريين فكريين يكونان محل عقد الفرنشيز ، هما : العلامة التجارية و الشعار.

-**العلامة التجارية :** فيما يخص العلامة التجارية عرفتها المادة الأولى من الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات.

ويبقى عقد الفرنشيز عقد غير ناقل للملكية ، فهو لا ينقل ملكية المعرفة الفنية أو الاسم والعلامة التجارية و نحو ذلك ، إنما يخول المستغل فقط حق استعمال هذه العناصر.

-**الشّعار** l'enseigne: عرفه القانون الفرنسي بأنه،" كل شكل أو تسجيل أو صورة ملصقة على مبنى ومتعلقة بالنشاط التجاري الممارس داخله ". (2)

إلا أن المشرع الجزائري تذبذب في ترجمة كلمة enseigne بين اعتبارها عنوان المحل في المادة 02/78 من القانون التجاري ، و اعتبارها شكل من أشكال العلامة في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك. (3)

و نطاق حق استخدام الشعار هو تكملة ضرورية لامتياز ترخيص العلامة التجارية في إطار عقد

---

(1)_ عروسي ساسية ، مرجع سابق، ص44

(2)- Fréderic Bolland-Dalian, la propriété industrielle, édition economica, Paris . 2011.p : 687

(3)-الجريدة الرسمية العدد 58 الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2013.

فكل من العلامة و الشعار يمثل إشارة جذب العميل.

و قد تستغل العلامة شَعارا فتجمع بين الوصفين ، الأمر الذي دفع اتجاها فقهيا إلى تكييف عقد الفرنشيز بعقد الشّعار un contrat d'enseigne ..

5- الالتزام بالضمان:

لا تقتصر أحكام الضمان على عقد البيع ، بل تنطبق على كافة أنواع العقود التي تستوجبها، لأنه واجب قانوني في سائر عقود المعاوضة.

وتبعا لذلك من الطبيعي أن يضمن صاحب العلامة للمستغل صحة السلع و البضائع و الخدمات و كيفية استعمالها ، لما فيه خير للمصلحة المشتركة بينهما ، و هذا الضمان قد يكون: ضمانا قانونيا أو ضمانا مشروطا .

-**الضمان القانوني:** سمي قانونا لان واجب الوفاء به يكون بحكم القانون ، و لا يحتاج للنص عليه كشرط في العقد

فالغرض الأساسي من إبرام عقد الفرنشيز هو تمكين المستغل من الانتفاع بمحل هذا العقد من عناصر الملكية الفكرية و الحق باستغلال هذه العناصر و الشهرة بصورة هادئة دون تعرض منه أو من غيره.

و يكون التعرض ماديا أو قانونيا بخلاف ذلك يتحمل صاحب العلامة المسؤولية كاملة باعتباره مخلا بالتزامه إذا لم يتمكن من ضمان الحيازة الهادئة و حماية المستغل من التعرض .

مثال: استثمر صاحب العلامة (أ) في منطقة نشاط المستغل (ب)، بالرغم من وجود شرط الحصرية ، فيتوجب على (أ) إيقاف عمله و تعويض (ب) بموجب الالتزام بالضمان .

-**شرط الضمان:** يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ضمان يختلف عن الضمان القانوني ، فيجوز تعديل أحكام الضمان بشرط عدم الإضرار بالمستغل أو بالغير ، وذلك طبقا للقواعد العامة في القانون المدني (1).

يفضل عند تحرير هذا العقد الإشارة إلى بند الضمان.

مثال : أن ينص في العقد : يضمن صاحب العلامة (أ) جودة مواد الإنتاج التي قد يحتاجها المستغل(ب)مطابقتها للمواصفات القياسية المعتمدة في الجزائر، و إذا ثبت لدى الجهات المعنية وجود مخالفة للمواصفات ، يتم إرجاع المواد إلى صاحب العلامة (أ) و على نفقته ، مع حق المستغل(ب) المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه.

(1)–المادة 384 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على : يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص ان يزيد في الضمان ا وان ينقصا منه و أن يسقطا هذا الضمان غير ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه.

ثانيا -التزامات مستغل العلامة Les Obligations Du Franchisé :

المستغل للعلامة Le Franchisé هو شخص طبيعي أو معنوي ، متعهد مستقل قانونا و اقتصاديا مرتبط بعقد مع صاحب العلامة ليحصل بموجبه على حق الفرنشيز ، و يقوم بتشغيله ، مستخدما نفس اسم صاحب العلامة التجارية و معرفته الفنية ، بعد أن يقوم صاحب العلامة بتدريبه على طريقة التشغيل (1).

يقع على عاتق المستغل للعلامة في عقد الفرنشيز عدة التزامات هي :

1- الالتزام بالاستغلال و الاستعمال:

يستغل المستغل نشاطه بنفسه أو بواسطة موظفيه ،و يعتبر العقد غير قابل للتنازل نظرا لقيامه على مبدآ الاعتبار الشخصي ، اللهم إلا إذا اتفقت الإطراف ، مسبقا على خلاف ذلك، او بمجرد حصوله على موافقة صاحب العلامة ، و تبقى مسألة تقديرية يتمتع بها هذا الأخير، وبالتالي، في حالة رفض صاحب العلامة السماح له بالتنازل للغير عن العقد ، فلا يعتبر متعسفا في استعمال حقه (2).

كما يمكن التنازل عن العقد للغير، لكن بشرط موافقة صاحب العلامة المسبقة.

إذن يجب على المستغل أن يقوم بالاستغلال طبقا للقواعد العامة والمبادئ المتفق عليها عقديا ،و لكن بشرط احترام بعض الضوابط و بعض المقاييس التي يضعها صاحب العلامة (3).

2- الالتزام بالمحافظة على الأسرار التجارية: يتعين على مستغل العلامة المحافظة على السرية التي قدمها له ، صاحب العلامة ، و رغم أن هناك نص في العقد ينص على ضرورة الالتزام بالسرية ، إلا أن ذلك ليس أمرا ضروريا دائما بحيث أن الالتزام ناشئ عن طبيعة العقد و بالتالي فان المستغل ، السيئ النية ، المستفيد من عدم التزامه بالمحافظة على السرية يكون مسئولا مسؤولية تقصيرية أمام صاحب العلامة. (4)

3-الالتزام باحترام شرط الحصرية :

سنقوم بدراسة هذا الإلتزام، على مرحلتين اثنتين، فالأولى :الالتزام باحترام شرط الحصرية أثناء سريان العقد، أما الثانية فبعد انقضاء العقد.

---

(1).Philippe Bessis, le contrat de franchisage , librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1992 p :6

(2)-ماجد عمار، عقد الامتياز التجاري، د ط، دار النهضة، القاهرة، 1992 ، ص95

(3)-انوجال نسيمة، مرجع سابق، ص124.

(4)-انوجال نسيمة، مرجع سابق، ص125.

-**الالتزام باحترام شرط الحصرية أثناء سريان العقد:** لا بد على المستغل احترام شرط الحصرية المتفق عليه مع صاحب العلامة، و مع وجود هذا الشرط، للمستغل الحرية في ممارسة أي نشاط تكميلي أو ثانوي مثل بيع المواد في الفنادق (العطور)، أما فيم يخص شرط الحصرية الإقليمي فلا يجوز بيع أو تقديم خدمات خارج المنطقة المتفق عليها

-**الالتزام باحترام شرط الحصرية بعد انقضاء العقد:** يمتد أثار الحصرية إلى ما بعد انقضاء العقد، و ذلك عن طريق إدراج نص في العقد ينص صراحة على عدم المنافسة، بمعنى أنه يحظر على المستغل الانضمام، خلال المدة المتفق عليها عقديا، إلى أية شبكة منافسة لشبكة صاحب العلامة السابق، بل و حتى ممارسة أي نشاط مماثل لنشاطه، و المستغل الذي يخالف هذا الالتزام يتعرض للمسؤولية التعاقدية ، وغالبا ما يكون هذا الالتزام (النشاط)مقيدا من حيث الزمان و من حيث المكان و من حيث الموضوع (النشاط المحظور).(2)

4-الالتزام بدفع المقابل(الثمن): يمثل الالتزام تبعية المستغل اقتصاديا لصاحب العلامة، حيث يلتزم المستغل بدفع قسط مالي محدد، بحيث يراعي عند تقدير هذا الثمن قيمة و شهرة العلامة و المعرفة الفنية و سمعة شبكة صاحب العلامة و نجاح معرفته العملية.

فالثمن يعد بدلا لشهرة العلامة الخاصة بصاحب العلامة، بدل الشهرة هو ربح تجاري المشروع التجاري متجرا كان أو شركة لأنه يمثل أحد عناصر المشروع التجاري غير المادية و يقاس بدلا للشهرة على حق الامتياز أو استغلال علامة تجارية أو تصميم أو براءة اختراع من حيث توزيع أو استهلاك الشهرة على عدة سنوات و على بداية تاريخ قيام المشروع التجاري صاحب الشهرة و عليه فإن استهلاك بدل الشهرة يبدأ من تاريخ نشوء الشخصية الاعتبارية للشركة المكلفة و يمتد إلى خمس سنوات تلي تاريخ تسجيلها (3) و فيما يتعلق بالاحترام المالي، يتألف الثمن من نوعين من العائدات.

الأولى: ثابتة أصلية، و الثانية: نسبة دورية.

الأتاوي الأصلية: تكون في بداية العقد، تدفع مرة واحدة، مقابل مجموع الخدمات التي يستفيد منها، قبل مباشرة نشاطه.

الأتاوي النسبية الدورية: تدفع أثناء سريان العقد، تحتسب على أساس نسبي و ذلك على أساس رقم الأعمال تتراوح بين 2% إلى 10%.

---

(2)-انوجال نسيمة ،مرجع سابق ، ص126.

(3)-عروسي ساسية، مرجع سابق، ص50.

(4)-انوجال نسيمة ، مرجع سابق ، ص 127.

ثالثا : انقضاء عقد الفرنشيز :

ينتهي عقد الفرنشيز مثله مثل العقود الأخرى، أي وفقا للقواعد العامة لكن يجب مراعاة خاصية هذا العقد التي تميزه عن باقي العقود الأخرى.

و عقد الفرنشيز ينتهي بعدة صور منها :انقضاء المدة المحددة في العقد أو بفسخ العقد أو إلغاءه أو إبطاله.

-**انتهاء عقد الفرنشيز بانتهاء المدة المحددة :** ينتهي عقد الفرنشيز المحدد المدة بانتهاء مدته كقاعدة عامة ، و ذلك ما لم يتفق الطرفان على ضرورة الإخطار على ذلك في تجديد العقد، أو بعدم التجديد.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن التشريع الأوروبي أو الفرنسي لم يتضمن نصا يحدد مدة عقد الفرنشيز ، و قد أفرز العمل تحديدا عرفيا للمدة يدور بين سنة و خمس سنوات، بحيث تكون حرية الأطراف معلقة في تحديد المدة و تجديدها (1).

و فيما يتعلق بتجديد العقد، فلا يتم التجديد بصورة تلقائية إلا إذا توافق الطرفين على ذلك. أما إذا كان العقد غير محدد المدة، فالقاعدة أنه يجوز لأي من طرفيه إنهاء هذا العقد في أي وقت يشاء، ذلك حتى لا يتم تأبيد هذا العقد، إلا أن كلا الطرفين في هذا العقد ملزم بأن يقوم بإخطار الطرف الآخر في العقد، برغبته في إنهاء العقد بوقت كاف و مناسب.

و الحكمة من الإخطار تكمن في إعطاء الطرف الآخر في العقد فرصة ترتيب التزاماتهو تدبير أوجه نشاطه في الفترة اللاحقة لإنهاء العقد، لاسيما إذا كان هذا الأخير قد وضع استمارات كبيرة في هذا العقد.

و بالطبع يحق للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض عن العمل و الضرر الواقع من جراء هذا التوقف (2).

-**فسخ عقد الفرنشيز:**

يقصد بفسخ العقد انتهاء العقد قبل تنفيذه بسبب إخلال أحد المتعاقدين بإلزامه (3) ففسخ العقد يفترض أن المتعاقد الذي يطلب الفسخ في مواجهته لم يقم بتنفيذ التزاماته كلها أو بعضها، أو على الأقل لم يقم بتنفيذها على الوجه المطلوب، أو تأخر في هذا التنفيذ عن الوقت المحدد.

(1)- عروسي ساسية، المرجع سابق، ص62.

(2)- عروسي ساسية، المرجع سابق، ص63.

(3)-المادة 1/119 من القانون المدني الجزائري..

فالفسخ سبب من أسباب انقضاء الالتزامات، و يترتب عليه عودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، لكن ورد على هذا استثناء الذي من شأنه إنشاء التزامات متجددة، ذلك لأن فسخ هذا العقد لا يرتب أثرا رجعيا و يقتصر أثره على مستقبل الالتزامات التي لم تنفذ.

-**إبطال العقد:** يحصل الإبطال إذا تضمن عيبا أثناء يجعله قابلا للإبطال إما بصورة مطلقة أو بطلانا نسبيا و أهم أسباب بطلانه الغش أو التقصير.

رابعا : عقد الفرنشيز وفقا لقانون الاستثمار الجزائري

وتعد تطبيقات عقد الفرانشيز عملية أكثر من تطبيقات عقد الترخيص التي تختص باستغلال اختراع ما من الاختراعات أما عقد الفرانشيز فيتسع نطاقه ليشمل تقديم التكنولوجيا كما يشمل تقديم الثقة والطمأنينة المجربة في استخدامها وتشغيلها في الدول النامية، وينطبق ما تم تبيانه في عقد الترخيص على عقد الفرانشيز أيضا فهو يعد من الناحية النظرية مالاً من الأموال التي تدخل في رأسمال المشروع الاستثماري المملوك للمستثمر الأجنبي وفق أحكام القانون التجاري الجزائري، ولكن منح رخصة الاستثمار بمثل هذا المال تتطلب تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالملكية الفكرية حيث قام المشرع الجزائري سنة 2003 بتعديل هذه القوانين استجابة لتحسين المناخ القانوني للأعمال والاستثمار. حيث إن المشرع غير ملزم بتنظيم عقود الاستثمار التكنولوجي أو عقود الترخيص أو الفرانشيز بنصوص قانونية خاصة بها(1) وإنما يحيلنا للمبادئ القانونية العامة في هذا المجال.

(1) د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط 1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 39.

المطلب الثالث

عقد امتياز المرفق العام

تتجه محاولات تعريف المرفق العام في اتجاهين أساسيين،اتجاه يركز تعريفه للمرفق العام على الجانب العضوي أو الشكلي،و الاتجاه الثاني يركز على الجانب المادي أو الموضوعي و هناك اتجاه ثالث يجمع بين الجانبين العضوي و المادي لفكرة المرفق العام.

الفرع الأول : مفهوم عقد امتياز المرفق العام :

أولا: تعريف امتياز عقد المرفق العام

1-التعريف الفقهي لعقد الامتياز :

أ-وفقا للفقه الفرنسي : إتفق الفقه الفرنسي على أنّ عقد امتياز المرفق العام هو من العقود الأكثر استخداما وشيوعا في
عقود تفويض المرفق العام.

حيث عرفه الأستاذ BRACONIER كما يلي : " **هو العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخصا عموميا أو خاصا باستغلال مرفق عام بكل أعباءه ومخاطره و أرباحه ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتاوات المتفقين مباشرة** "(1).

كما عرفه كذلك الأستاذ DE L'AUBADERE بأنه : " **امتياز المرافق العامة هو ا تّفاق بين الجماعات العمومية(مانحة الامتياز) وشخص من القانون الخاص (صاحب الامتياز) ، تسيير مرفق عام مع تحمله لكافة المخاطر مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بالمرفق** " (2).

تطرق أيضا الأستاذ JOEL Carbajo إلى تعريف عقد الامتياز بأنه:" **تلك الاتّفاقية التي يقوم بموجبها شخص عام يسمى "مانح الامتياز" بتفويض شخص طبيعي أو معنوي خاص أو في بعض الحالات شخص عام يدعى "صاحب الامتياز"، لضمان تسير المرفق بكل مخاطره وتحت رقابة السلطة مانحة الامتياز، ويتلقى أجره المتمثل أساسا في الإتاوة المقدمة من طرف المستعملين، مقابل الخدمة التي استفادوا منها، ويتكفل صاحب الامتياز كذلك بإنجاز المنشأة الضرورية لتوظيف وعمل المرفق**(3).

---

(1) -BRACONNIER Stéphane, Droit des services publics , PUF, Paris , 2004 ,p 436 .

(2)-ANDRE DE L'AUBADERE, Traité des contrats administratifs, Tome 1 L.G.D.J. Paris , 1998 , P 285

(3) -CARBAGO - Joel , Droit des services publics, 3éme édition, DALLOZ , Paris, 1997. P 82.

ب-تعريف عقد الامتياز وفقا للفقه الجزائري: عرف الأستاذ **زوايمية رشيد** عقد الامتياز على أنه " عقد تبرمه الجماعات العمومية مع شخص، طبيعي أو معنوي ،عام أو خاص ، يسمى صاحب الامتياز ، لتسيير مرفق عمومي في إطار احترام
دفتر الشروط مع تحمل صاحب الامتياز مخاطر وأعباء تسيير المرفق (1).

ويعرفه الأستاذ **أحمد محيو** أنه: " هو أسلوب تسيير ، يتولى من خلاله شخص (شخص خاص بصورة عامة) يسمى صاحب الامتياز ، أعباء مرفق خلال فترة من الزمن في تحمل النفقات ويتسلم الدخل من المنتفعين بالمرفق (2).

و عرفه الأستاذ عمار عوابدي أنه: " عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته و تحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة الأخرى أو إحدى وحداتها الإدارية، طبقا للشروط التي توضع له، لأداء خدمة عامة للجمهور و ذلك مقابل التصريح له لاستغلال المشروع لمدة معينة من الزمن و استيلائه على الأرباح (3).

2-التعريف القضائي لعقد الامتياز : جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثالثة بتاريخ 09 مارس 2004 في قضية بين شركة نقل المسافرين "سريع جنوب" و بين رئيس المجلس البلدي بوهران، بعد استئناف قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران، حيث تناول عقد الامتياز كما يلي : "....... حيث أنّ عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة لكّنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..." (4).

بأنه " العقد الذي يخول لفرد أو شركة تسيير مرفق عام مع أو بدون دعم، مع الحق في جمع الإتاوات على المستخدمين أو أولئك الذين يستفيدون من المرفق العام " (5).

---

(1)-ZOUAIMIA Rachid , La délégation de service public (au profil des personnes privées), Edition Belkisse, Alger , 2012, p74.

(2)-محيو أحمد ، محاضرات في المؤسسة الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1979 ، ص4.

(3)-عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، سنة 2007، ص198.

(4)- قرار رقم 11952/11950، الصادر بتاريخ 2004/03/09، شركة المسافرين سريع جنوب ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران، مجلة مجلس الدولة، عدد 04 ، سنة 2004، ص 57 و ص212.

(5)-C E n°59928,de 30 mars 1916 ," Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux contre la commune de bordeaux", **WWW . Conseil D'état. fr.**

وعرفه كذلك القضاء المصري في الفتوى رقم 369 الصادرة في 16 ديسمبر 1946 ، عن قسم الرأي بمجلس الدولة بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه شخص أن يقوم على حسابه وعلى مسؤوليته بإدارة مرفق من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والطابع الإستثنائي لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسه اتجاه الطرف المتعهد.أمّا مجلس الدولة الفرنسي عرف عقد الامتياز، بموجب القرار الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 الفاصل في نزاع الشركة العامة للإنارة في بوردو و بين مدينة بوردو .

عام متحمّلا مخاطره و ما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إن لزم الأمر ذلك، مقابل إتاوات من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق"(6).

3-التعريف القانوني لعقد الامتياز : لقد عرف المشرّع الجزائري عقد الامتياز في عدة نصوص قانونية وتنظيمية، وكانت البداية في قانون المياه لسنة 1983 حيث عرفته المادة 21 منه كالآتي : " عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات لصالح العام، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية"(1).

ومن خلال استقراءنا لنص هذه المادة نلاحظ أنها تناولت عقد الامتياز كطريقة لتسيير الخدمة العمومية للمياه، ويمنح الامتياز فقط لأشخاص العامة دون الأشخاص الأخرى، وهذا ما يعكس رغبة الدولة في تقديس القطاع العام وهيمنته على كافة المرافق العمومية، هذا يعود إلى النهج الاشتراكي الذي سارت عليه الدولة الجزائرية منذ السبعينات إلى أواخر الثمانينات، ثم توالت

النصوص القانونية التي نظمت عقد الامتياز في مجالات عدة منها :

-في مجال المياه : من خلال الأمر 13/96 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 17/83 (2)، و القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه.

-في مجال النقل : من خلال المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة.

-في مجال الكهرباء و الغز : من خلال القانون رقم 01/02 المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة قنوات عقد الامتياز في المادة 03 منه.

---

(1)-إدير نصيرة و إعزوقن وهيبة، استحداث طرق جديدة لتسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري (التركيز على عقد الامتياز) مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الهيئات الإقليمية قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم.السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013 ، ص 35.

(2)-قانون رقم 17/83، متعلق بالمياه، مرجع سابق،ملغى.

(3)-قانون رقم 17/83، مرجع سابق،ملغى.

-في مجال الأملاك العمومية : من خلال المادة 64 مكرر فقرة الأولى
-في مجال المرافق العامة المحلية: من خلال التعليمة الوزارية رقم 842/394، المتعلق بإمتياز المرافق العامة المحلية و تأجيرها، و في القانون 10/11 المتعلق بالبلدية المادة 155 منه، و قانون الولاية 07/12 في المادة 149 منه.

و من خصائصه :

-**هو عقد من العقود ذات الطابع الإداري** : و يعتبر كذلك لتوافره على كافة الشروط لاعتبار العقد إداريا (1) من اتصاله المباشر بإدارة و تسيير مرفق عام، فضلا عن وجد الشخص العام دائما طرفا فيه، كما يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص و التي تظهر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، الفائدة الإدارية ممثلة في المصلحة العامة و عليه لا بد أن تكون الإدارة طرفا في عقد الامتياز الإداري و أن يتصل بنشاط مرفق عام، و أن يحتوي على شروط استثنائية.
-**هو عقد من العقود محددة المدة:** لا يعتبر عقد الامتياز عقد أبديا و ليس تنازلا عن المرفق العام، إنما هو مجرد طريقة للتسيير يكون فيها التزام الملتزم لمدة محددة، و غالبا ما تتسم هده المدة بالطول نسبيا نظرا لطبيعة هدا العقد، و ما يترتب عليه من إنفاق مبالغ مالية كبيرة لإدارة المشروع، و يراعى في تحديدها أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع، و السماح للملتزم بقدر معقول من الربح باعتبار عقد الامتياز الإداري من العقود التي ينصب محلها على إدارة و تسيير مرفق عمومي تابع للدولة، و نظرا لأنه من طائفة العقود غير المسماة لا نجد له تنظيما خاصا به و عموما تتمحور مدته ما بين الثلاثين و الخمسين عاما.

-**هو عقد محله إدارة و تسيير و استغلال المرفق العام** : من المفترض أن الاتفاق في عقد الامتياز الإداري يكون على إدارة و استغلال مرفق عام تابع للدولة لتحقيق الغرض المرجو، فالإدارة المانحة للامتياز تستهدف من وراء التزامها تحقيق المنفعة العامة و دائما ما تكون خدماتها نظير رسم أو مقابل، الأمر الذي يشجع الأفراد و الشركات الخاصة على الالتزام بإدارتها و استغلالها مثل النقل و توزيع المياه.

(1)-أنظر المادة 210، من المرسوم 247/15، المؤرخ في 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر عدد50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.

ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

اختلف الفقهاء حول طبيعته القانونية، فهناك من اعتبر أن عقد الالتزام هو وليد أمر انفرادي و ذلك لوجود دفتر الشروط الذي تعده الإدارة و التي لا تجيز للطرف الثاني التفاوض حول النقاط الأساسية، و قد وجدت هذه النظرية للنقد، فهي تلحق بالملتزم أضرارا وخيمة، و ذلك للدور الذي يقوم به الملتزم و النفقات التي يبذلها في سبيل المرفق . (1)

أما الاتجاه الثاني و الذي يندد بالفكرة التعاقدية و التي سادت في فرنسا و مصر، فهذه النظرية تلخص أن التزم المرافق العامة ليس سوى عقد من العقود، يتضمن السماح للملتزم باحتلال الدومين العام ، و الحصول على مقابل من المنتفعين و قد انتقدت
هذه النظرية أيضا من طرف فقهاء القانون الإداري، كالعميد هوريو و العميد ديجي و العلامة جيز، و كان محل الانتقاد الأول هو مركز المنتفعين إذ لا يمكن تحديد الأشخاص بذواتهم، و الثاني هو أن محل تنظيم المرفق العام و تنظيم نشاطه لا يمكن أن ينتج عقدا عاديا و هذا الأمر يخرج عن طبيعته عن النطاق التعاقدي، لأنه يدخل في اختصاصات السلطة العامة دون سواها(2).

من جهة ثالثة أنه لو أخذ بهذه النظرية سيتم إغفال مبدأ من أهم المبادئ الأساسية في سير المرافق العامة، و هو مبدأ قابلية المرفق العام للتكييف و هذه النظرية ستكون عائق لأن أي تغير يجب أن يوافق عليه الملتزم، و إذا لم يوافق الملتزم أدى إلى إلحاق أضرار بسير المرفق العام . (3)

و عليه فإن الاتجاه السائد فقها، هو أن الطبيعة القانونية لعقد الامتياز أنه ذو طبيعة مختلطة فهو يتضمن أحكاما تنظيمية و بنودا تعاقدية، تتعلق البنود التنظيمية بتنظيم و سير المرفق بحد ذاته و احترام المبادئ التي يقوم عليها، و لذلك لا يجوز تعديلها بالإرادة المنفردة و إن كان يحق لصاحب الامتياز المطالبة بالتعويض إذا لحقه الضرر. أما بالنسبة للبنود التعاقدية فهي تلك المتعلقة بالجوانب المالية أو بالأحرى بالمدة أو بإحداث الهياكل الجديدة . (4)

1-شروط عقد الامتياز

يمتاز هذا العقد على الراجح فقها و قضاء بنوعين من الشروط:

(1)-د. هيام مروى، القانون الإداري الخاص، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، سنة 2003 ص 104.
(2)-د. مصطفى أبو زيد الفهمي، الوسيط في القانون الإداري، طبعة أولى، دار مطبوعات جامعية، 1995 ،ص326/325.
(3)-د. ألبرت سرحان، و [آخرون]، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2010، ص98 و ص99.
(4)-د. هيام مروة، المرجع السابق ، ص 107

-**أولا: الشروط التعاقدية:** والتي من خلالها تربط العلاقة بين المستثمر الملتزم بالمنتفعين، حيث تخضع هذه العلاقة إلى القانون الخاص، وتقوم الإدارة المانحة للالتزام بفرض أنظمتها على الملتزم المستثمر وذلك تطبيقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير بموجب المادة 113 من القانون المدني الجزائري .(1)

-**ثانيا: الشروط التنظيمية:** حيث تقوم الإدارة بصفتها مانحة الالتزام من خلالها على فرض هذه الشروط من تلقاء نفسها، وذلك في أي وقت شاءت، كما تستقل بتعديلها بشرط أن تعوض الملتزم ما لحِقَه من خسارة وما فاته من كسب نظير التزامه .

كما تجدر الإشارة إلى أن المستثمر الملتزم يكسب مركز تعاقدي وتنظيمي في نفس الوقت، ويخول للإدارة وفق سلطتها التقديرية، أن تتدخل في تعديل شروط عقد الامتياز. وكلما زاد تدخل الإدارة كلما زادت تبعية المستثمر الملتزم لها .

ويمكن للمستثمر أن يتغلب على الشروط التنظيمية لعقد امتياز هذا المرفق من خلال تمسكه بقواعد قانون الاستثمار، ومع ذلك يجوز للإدارة أن تمنح امتيازا ما من الامتيازات لمستثمر وطني أو أجنبي بصفتهِ المستثمر الأكثر كفاءة على تقديم الخدمات والمشروعات المنتجة. وذلك تطبيقا لنص المادة(17) من القانون رقم 16-09 يتعلق بترقية الاستثمار على أنه: ((تستفيد من المزايا الاستثنائية الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني، والمعدة على أساس اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة...)).

2-تمييز عقد الامتياز عن غيره من العقود المشابهة له

نظرا للتشابه الموجود بين عقد الامتياز وبعض أنواع العقود الأخرى التي تشترك مع عقد الامتياز في بعض شروطه وتختلف عنه في البعض الآخر ، فإن التمييز بينهما أمر ضروري لتبيان نقاط التطابق والفروق الموجودة بينهما وأهم هذه العقود هي عقد الإيجار وعقد البوت وعقد التسيير و عقد امتياز الأشغال العامة .

أ-تمييز عقد الامتياز عن عقد الإيجار

يعرف عقد الإيجار بأنه عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا

(1)-الاشتراط لمصلحة الغير (La stipulation pour autrui) عقد يتم بين شخصين هما المشترط والملتزم بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المستفيد أو المنتفع حقا مباشرا قبل الملتزم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به. انظر في ذلك: د.محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج01، ط02، دار الهدى، الجزائر 2004،ص354.

إستغلال مرفق عام ، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات ، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إيتاوات يدفعها المرتفقون ، متعلقة مباشرة بإستغلال المرفق(1).

إن كلا من الإمتياز والإيجار هما طريقان من طرق تسيير المرفق العام ، فرغم تشابههما في نقاط إلا أنهما يختلفان في نقاط أخرى وذلك من خلال العناصر التالية:

-**من حيث الموضوع :** إن موضوع العلاقة بين الإدارة والملتزم ومثله المستأجر هو تسيير المرفق العام من خلال تكليف الإدارة للملتزم أو المستأجر بإدارة مرفق عام واستغلاله .

لكن في عقد الامتياز الحقيقة أن ما يتعهد به الملتزم لا يقتصر فقط على إدارة واستغلال المرفق العام بل يتعدى ذلك إلى إنشائها، أما بالنسبة للإيجار فالمستأجر لا يقوم بإنشاء المرافق ولا يتحمل عملية البناء، فمنشآت المرفق العام تكون موجودة قبل العقد وهذه النقطة الأولى التي تميز الامتياز عن الإيجار (2).

-**من حيث المقابل المالي :** إن كل من الملتزم صاحب الامتياز أو المستأجر أثناء تسييره للمرفق العمومي يتلقى المقابل المالي مباشرة من المنتفعين في شكل رسوم مقابل خدمات المرفق العمومي محل الإستغلال، إن الثمن الذي يقوم المنتفعين بأدائه سواء للملتزم أو المستأجر هو الرسم بالمعنى الفني الصحيح ، و الفرق بينه و بين الضريبة في أن الضريبة هي مبلغ من المال يؤديه الفرد دون أن يكون سببه خدمة خاصة قدمت له على عكس الرسم فهو يدفع في مقابل خدمة يتمتع بها الفرد و هذا الثمن إنما يعد رسما و له طبيعة مالية و بالتالي فهو يخضع للنظام القانوني للضرائب المباشرة (3).

-**من حيث المدة :** تكون مدة الإمتياز طويلة نسبيا عنها في الإيجار وهذا الفرق الثاني بين الإمتياز والتأجير فقد حددت التعليمة الوزارية رقم842/394 مدة الامتياز المتعلقة بالمرافق العمومية المحلية وتأجيرها ما بين 30 و 50 سنة والهدف من هذه المدة هو أنها كافية ليسترد الملتزم خلالها ما أنفقته في إنشاء المرفق العام بينما مدة الإيجار فقد حددتها ب 12 سنة كحد أقصى
وهي مدة قصيرة نسبيا .

---

(1)- نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة ، دار بلقيس ، الدار البيضاء ، الجزائر ص155 و ص156.

(2)-بن مبارك ا رضية ، التعليق على التعليمة842/94.03 المتعلقة بامتيا الم ا رفق العمومية وتأجيرها ، مذكرة ماجستير ،جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون 2002/2001 ص44.

(3)- سماعين نادية ، عقد الامتياز في المرافق العمومية ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر ، 2005 – 2008 ، ص 20.

ب-تمييز عقد الامتياز عن عقد البوت BOT

يعتبر نظام البوت أحد أساليب التنمية التي تسمح بمشاركة القطاع الخاص في المشاريع العمومية، والتي تضمن للدولة السيطرة الإستراتيجية على مشاريعها ، وقد ارتبط ظهور عقود البوت كآلية اقتصادية بمشاريع البنية التحتية ا ولتي تلعب دورا مهما في تحقيق التنمية الاقتصادية، والتي يرتبط مفهومها بوجود الدولة، لتكون بذلك وسيلة لحل مشاكلها وتحقيق الإدارة السليمة لمشاريعها، وذلك خلال فترة منية تكون محسوبة بطريقة تسمح للمستثمر من القطاع الخاص بتغطية نفقاته وتحقيق هامش من الربح .

فالبوت BOT ليس اصطلاحا قانونيا ، وليس له تعريفا قانونيا محددا (1)، فحروف البوت تعني على الترتيب اختصار لثلاث كلمات إنجليزية **Build، Operate ،Transfer** : البناء التشغيل ، نقل أو تحويل الملكية (2)، وهي تشكل المراحل الثلاث لتنفيذ عقد البوت .

وقد عرفه بعض الفقه بأنه : عقد بين طرفين أحدهما مالك لمشروع معين، قد يكون الدولة أو أحمد وحداتها، والثاني مستثمر من القطاع الخاص محلي أو أجنبي، على أن يقوم المالك بتقديم الأرض اللازمة الكائنة ضمن مشروعه، بينما يقوم المستثمر بإنشاء المشروع بتمويل من عنده، ثم تشغيله وارداته فترة من الزمن يتم الاتفاق عليها، يستغل فيها المستثمر المشروع ليستعيد ما تكبده من نفقات، ويحقق أرباحا مناسبة، وفي نهاية المدة المتفق عليها، يعيد المشروع إلى مالكه الأصلي(3) .

ومن خلال التعريف يمكن استخلاص عناصر نظام البوت التي يمكن إيجا ها فيما يلي :

-تصميم وإنشاء المشروع المتفق عليه، بما يشمله من دراسات وتشييد وتجهيز، على نفقة الطرف الخاص الممول للمشروع.

-تشغيل المشروع من قبل المستثمر واستغلاله طوال المدة المتفق عليها، بما يمكنه من استرداد تكاليفه، مع تحقيق معدل من الربح.

-نقل ملكية أصول المشروع الثابتة والمنقولة إلى الجهة الحكومية المتعاقدة المالكة له أصلا، وذلك دون مقابل أو بمقابل متفق عليه، عند نهاية الفترة التعاقدية .

---

(1)- سلام أحمد رشاد محمود ، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل BOT، في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة ، العربية ، القاهرة ، 2004، ص3 .

(2)-استعمال عبارة)نقل أو تحويل الملكية (لا يعني أن الملكية انتقلت أصلا من مالكها الدولة ، وانما الذي انتقل إلى الطرف الخاص هو الحياة القانونية ، فالملكية تكون للدولة مانحة الإمتياز ، باعتبار أن المشروع يبنى لحسابها وان كان التمويل من القطاع الخاص ، وما يتم نقله إليها عند انتهاء مدة العقد هو حيا ة المشروع وليس ملكيته ، أنظر : حامد ماهر محمد ، النظام . القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع ، دار النهضة العربية ، 2005 ، ص 31.

(3)-حامد ماهر محمد ، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل واعادة المشروع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ص 2.

تتوافق عقود الامتياز مع عقود البوت في إسناد مسألة إدارة المرفق وتشغيله إلى القطاع الخاص، ليتحمل بذلك الملتزم عبئ ومخاطر التشغيل طوال مدة العقد المحددة كما أن الملكية تظل للجهة الإدارية لكلا العقدين، مع وجود وعد مل م للمستثمر بنقل الملكية في عقود البوت عند نهاية المدة المتفق عليها .

كما تتفق الطائفتان من العقود في ارتباط المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد بنتائج الاستغلال، لتأخذه فكرة المخاطر المرتبطة بالتشغيل بمعناها الواسع، إذ يحصل المتعاقد على حقوقه المالية من المنتفعين بالخدمة، مما يربط نتائج الاستغلال بمستخدمي المرفق نتيجة العلاقة المباشرة التي تربط المتعاقد بالجمهور (1).

ويختلف عقد الامتياز على عقد البوت فيما يتعلق بمحل كل من العقدين، في حين ينحصر عقود البوت في المرافق العامة الاقتصادية يتعداه عقد الامتياز إلى المرافق العامة التجارية والإدارية .

كما أن مدة العقد غالبا ما تكون طويلة في نظام البوت أكثر منه في عقد الامتياز لأن نظام البوت يستلزم مدة لتشييد البنية التحتية ومدة للتسيير .

وكذلك يختلف عقد الامتياز عن عقد البوت من ملكية المرفق، فملكية المرفق العام في عقد الامتياز تبقى في يد الدولة ولا تنتقل إلى الملتزم بل يكتفي هذا الأخير بمجرد الحيازة طيلة مدة العقد المحددة في دفتر الشروط، على خلاف عقود البوت التي تنتقل فيها الملكية إلى المستثمر لمدة متفق عليها لتتحول في نهاية العقد إلى الدولة.

ج- تمييز عقد الامتياز عن عقد مشاطرة الاستغلال

يعرف عقد مشاطرة الاستغلال بأنه " عقد بمقتضاه تعهد الإدارة إلى فرد أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام اقتصادي لحساب الإدارة مقابل مكافأة مالية يتقاضاها المستغل من الإدارة وتختلف من عقد لآخر(2).

كما يعرف بأنه " هو العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية (التي أنشأت المرفق العام) تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق من استغلال المرفق، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجز ء من الأرباح . "

---

(1)-حصايم سميرة، عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، ص44 .

(2)-حماده عبد الرزاق ، النظام القانوني لعقد الإمتياز المرفق العام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر 2012 ، ص 294.

ومن خلال هذين التعريفين يمكن استخلاص أن عقد مشاطرة الاستغلال وان كان يتفق مع عقد الامتياز في كون العقد يخول للمستغل تسيير و استغلال المرفق العمومي، إلا أنه يختلف عنه من عدة جوانب :

-من ناحية المقابل المالي : فصاحب الامتياز يتحصل على المقابل المالي من إتاوات يقدمها المرتفقون أما بالنسبة للمستغل فالمقابل المالي محدد بالنسبة المئوية من رقم الأعمال المحقق في إستغلال المرفق، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجز ء من الأرباح.

-من ناحية أشغال البناء والصيانة والتجهيز : في عقد الامتياز الحقيقة أن ما يتعهد به الملتزم لا يقتصر فقط على إدارة واستغلال المرفق العام بل يتعدى ذلك إلى إنشائها وصيانتها وتجهيزها، أما بالنسبة لمشاطرة الإستغلال فالمستغل لا يقوم بإنشاء المرافق ولا يتحمل عملية البناء والصيانة والتجهيز، فالهيئة العمومية هي المكلفة بذلك.

-من ناحية سلطات الإدارة : فالسلطات التي تتمتع بها الإدارة قبل المستغل أكبر من السلطات التي تتمتع بها حيال الملتزم(1).

-من ناحية تحمل المخاطر : في عقد الإمتياز يتحمل الملتزم كل المخاطر مع مراعاة التوازن المالي للعقد، في حين أن مخاطر الإستغلال غي عقد مشاطرة الإستغلال تتحملها الإدارة، ويتحمل المستغل جزءا منها، لأن أجره مرتبط بنتيجة الإستغلال، ويمكن إضافة علاوات متعلقة بالتسيير الفعال ومرتبط بالمردودية والإنتاجية ، ولكن غي كل الحالات لا يجب أن تتعدى هذه العلاوات نسبة محددة من رقم الأعمال السقف المحدد في العقد(2).

(1)-حماده عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص295 .

(2)-نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة ، المرجع السابق ، ص158 .

الفرع الثاني : آثار عقد امتياز المرفق العام :

أولا : الالتزامات المترتبة على عقد الامتياز

يبرم عقد الامتياز باتفاق بين طرفين غير متكافئين أحدهما السلطة العامة و الطرف الآخر شخص طبيعي، (فردا)كان أو شخصا معنويا (شركة) و يتولد عن العقد حقوقا و التزامات تبادلية يجري تحديدها بما يتفق و الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز كوسيلة غايتها النفع العام، و تمثل التزامات كل طرف حقا للطرف الآخر فهما وجهان متقابلان لعملة واحدة.

1-التزامات الإدارة مانحة الامتياز

إذا كانت الجهة المانحة للالتزام لها حقوق فذلك يرتب عليها مجموعة من الالتزامات، فبعد استنفاذ عقد الامتياز للأشكال المقررة قانونا لانعقاده يقع على عاتق أطرافه مجموعة من الواجبات، غالبا ما توضح في الوثيقة المرفقة بالعقد، و باعتبار الإدارة هي المسؤولة أصلا بإدارة و تسيير المرفق و تفويض جزء من الصلاحيات للخواص فهي تتمتع في مقابل ذلك بإمتيازات السلطة العامة، مما يجعلها في مركز غير متكافئ مع المتعاقد معها، إلا أن ذلك لا يمنع من تحملها مجموعة من الالتزامات نتناولها كالآتي(1):

أ-التزام الإدارة بتنفيذ العقد بحسن النية :

يعد مبدأ حسن النية من الأصول العامة في مجال الروابط العقدية أيا كان نوعها و مفاده أن يجري تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من بنود و شروط و بطريقة تتفق مع اعتبارات حسن النية في التعامل، فهذا المبدأ هو من المبادئ الراسخة و الثابتة في التشريعات المختلفة، و يعد من الأصول العامة في القانون، فقد وضع القضاء الإداري في اعتباره لدى تطبيق هذا المبدأ في تنفيذ العقد الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية.

و تعد فكرة حسن النية في المعاملات من الأمور الموضوعية التي تخضع لتقدير القاضي، حيث يقدر مدى الجهد المبذول من جانب الإدارة في سبيل الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، آخذا في الاعتبار الظروف التي تحول دون هذا الوفاء كحالة الحرب مثلا(2).

---

(1)-بو شنة ليلى، النظام القانوني لعقد الامتياز في ظل الأمر رقم 04/08، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013.

(2)-ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، بوت BOT، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، مؤسسة طوبجي، مصر، 2003.ص374.

فمن أهم الالتزامات المفروضة على جهة الإدارة في عقد الامتياز، العمل على تنفيذ هذا العقد بمجرد إبرامه دون أي حق لجهة الإدارة أن تفسخ العقد لمجرد التحلل بما يفرضه عليها من التزامات و إلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية، و من أبرز الشروط التي ينبغي على جهة الإدارة احترامها في عقود الامتياز هو شرط عدم المنافسة، إلا إذا تغيرت الظروف و تطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة كاستعمال الكهرباء في الإنارة بديلا عن الغاز(1).

ب-التزام الإدارة باحترام شروط عقد الامتياز :

على الإدارة احترام ما تضمنته نصوص العقد من شروط و تعهدات و تأشيرات و موافقات و إعتمادات تلزم أثناء مراحل التنفيذ ... أهمها ما يخص تسليم الموقع و إنهاء إجراءات الفحص و اختيار المواد، الأدوات و الآلات ... إلخ، ولا يقتصر التزام الإدارة باحترام شروط العقد المنصوص عليها صراحة بل يشمل كل ما يعد من مستلزماته، و ما هو مفترض ضمنا و وفقا للقانون و العرف و قواعد المعاملات الجارية بحسب الطبيعة الذاتية للعقد، و عليه يتجسد التزام الإدارة باحترام كافة الشروط التي يتضمنها عقد الامتياز(2) من خلال:

-التزام الإدارة بتنفيذ التزاماتها بمجرد إبرام العقد : يجب على الإدارة البدء في تنفيذ التزاماتها العقدية بعد التصديقات اللازمة من السلطات المختصة و سداد الملتزم لمبلغ التأمين النهائي، في المواعيد المقررة، و ذلك من خلال إصدار الأوامر و القرارات اللازمة للبدء في التنفيذ و هذا بتسليم الجهة الإدارية جميع الوثائق و القيام بجميع الإجراءات المتفق عليها لبدء تنفيذ مشروع العقد، و يترتب على إخلال الإدارة و تراخيها في تنفيذ العقد قيام المسؤولية العقدية التي تستوجب فسخ العقد مع تعويض المتعاقد عما لحقه من أضرار(3).

-التزام الإدارة باحترام مدد التنفيذ: يتضمن العقد الإداري أنواع مختلفة أنواع مختلفة لمدد التنفيذ، فهناك المدة الإجمالية لتنفيذ العقد، و هناك المدد المحددة لتنفيذ الالتزامات الواردة فيه ... كما يتضمن العقد تحديد المواعيد و مدد إلتزام الإدارة بتسليم مواقع العمل إلى الملتزم.

و في موضوعنا هذا يقصد بالمدة في عقد امتياز المرفق العام تلك المدة التي يلتزم من خلالها المتعاقد بإقامة المنشآت و الأجهزة اللازمة لعملية إستغلال المرفق كعملية الحفر في عقود الامتياز

---

(1)-حماده عبد الرزاق حماده، مرجع سابق، ص628.

(2)-سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005، ص479.

(3)-حماده عبد الرزاق، المرجع السابق، ص637.

البترولي، و المحطات و المعدات في عقود امتياز الإنارة، كما تلتزم الإدارة بتسليم مواقع العمل في المواعيد المحددة ليتسنى للملتزم القيام بتنفيذ الأعمال في المدد المقررة.

و يترتب على مخالفة الإدارة التزاماتها العقدية نشوء حق للمتعاقد معها للحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت به و مسؤولية جهات الإدارة في دفع التعويض، يقوم على أساس وقوع خطأ أو تقصير من جانبها في تنفيذ العقد يترتب عليه إلحاق ضرر بالمتعاقد معها(1).

كما أن الأصل العام أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع أن يدفع في مواجهتها بعدم التنفيذ بحجة أنها قصرت في الوفاء بإلتزامها نحوه، و ذلك حفاظا على حسن سير المرفق العام بانتظام، و لكن يتعين على الملتزم في هذه الحالة الاستمرار في التنفيذ ثم المطالبة بالتعويض إذا كان يقتضي ذلك.

و لكن استثناءا على الأصل يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهتها، خلافا للأصل العام إذا تم الاتفاق على جواز التمسك به و تحديد حالاته بنصوص صريحة، و هنا لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامة تأخيرية مادامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها باحترام مدد التنفيذ (2).

2-التزامات الملتزم

إذا كان للملتزم حقوقا تجاه الإدارة المتعاقدة فإنه تقع عليه أيضا التزامات يجب عله القيام بها بموجب عقد الامتياز، فيجب عليه أن يوفي بها وفقا للشروط المحددة في العقد و ما تقتضيه المبادئ العامة التي تحكم سير المرفق العام، و القوانين و الأنظمة المعمول بها.

-التزام الملتزم بتنفيذ العقد بنفسه : يجب أن يقوم الملتزم بتنفيذ عقد الالتزام بنفسه تطبيقا لقاعدة الإعتبار الشخصي لعقد الالتزام (3) و يترتب على ذلك عدم جواز التنازل عن تلك الأعمال و الخدمات كلها أو بعضها، ذلك أن التزاماته هنا تحمل طابع شخصي يعتمد الوفاء به على شخصية حامل الامتياز في المقام الأول و التي كانت محلا للاعتبار عند إبرامه للعقد و تنفيذه (4).

لكن الالتزام بالتنفيذ الشخصي في بعض الاستثناءات ، كالتعاقد من الباطن أو التنازل عن العقد للغير، أو حالة وفاة الملتزم، أو تعرضه للإفلاس أو الإعسار، و لا يمكن الاعتداد بأي استثناء من الاستثناءات، إلا بموافقة الإدارة مانحة الامتياز (5)، و عادة ما يتضمن دفتر الشروط بنودا لمواجهة مثل هذه الحالات، لاعتبار أن مدة الامتياز غالبا ما تكون طويلة.

---

(1)-إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص355، ص356.

(2)- حماده عبد الرزاق، المرجع السابق، ص637-638.

(3)- حماده عبد الرزاق، المرجع السابق، ص733.

(4)-نواف كنعان، القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن 2006، ص357.

(5)- حماده عبد الرزاق، المرجع السابق، ص733.

-التزام الملتزم بمدد تنفيذ المشروع : من المقرر أن التزام الملتزم مع الإدارة يتمثل في احترام مدد التنفيذ و التشغيل التي تعد التزاما جوهريا و أساسيا، غير أن احترام هذه المدد يبدو أكثر أهمية في عقود الامتياز بصفة عامة و عقود البوت بصفة خاصة، نظرا لأن محل هذه العقود هو إنشاء و استغلال و إدارة مرافق عامة حيوية تمس قاعدة عريضة من الجمهور، لذا تحرص غالبية هذه العقود على النص على جدول زمني للتنفيذ يجب على أي ملتزم احترام هذه المدد، و فترة الالتزام هي مدة يمنحها هذا العقد للملتزم للقيام بمشروعه و قد يرتب العقد جزاءات و تعويضات معينة لصالح الجهة الإدارية لكي يلتزم بها الملتزم في حالة إخلاله بالجدول الزمني لمدة التنفيذ المنصوص عليها (1) في العقد و تتدرج هذه الجزاءات حسب مدة التأخير.

-الالتزام بالتشغيل و الصيانة الدورية للمرفق : تمثل عملية التشغيل جوهر العقد بالنسبة للإدارة مانحة المشروع إذ أن هذا التشغيل هو الذي يكفل لها استرداد ما أنفقته على تنفيذ مشروع العقد و تجهيزاته و تحقيق قدر من الأرباح، كما أن لهذه العملية أهميتها بالنسبة للجهة مانحة الالتزام، إذ أن كيفية هذا التشغيل تؤثر على تنفيذ العقد، كما أن الدولة قد أنشأت المرفق الذي عجزت ميزانيتها عن تنفيذه و أصبح يقدم خدماته لجمهور المنتفعين(2).

-الالتزام بالقوانين و الأنظمة : إن من أهم هذه الالتزامات احترام القوانين و الأنظمة النافذة و الخاصة بالضرائب و الرسوم و غيرها من التشريعات المالية، و قانون العمل، و الضمان الاجتماعي، و القوانين التجارية، و أنظمة الضبط الإداري ...لان في ذلك ضمان لأداء المرفق العام للخدمات الخاصة به بشكل منتظم في إطار هذه القوانين(3).

و عليه فإن صاحب الامتياز لا يجوز له التحلل من هذه الالتزامات إلا إذا أصبح تنفيذها مستحيلا نتيجة فعل القوة القاهرة(4).

ثانيا : إنتهاء عقد الامتياز

بعدما تعرفنا على نشأة الامتياز وتنفيذه، ننتقل الآن إلى دارسة طرق نهايته ونتائج ذلك حيث نتعرض على مصير الأملاك المكونة للمرفق العام بعد نهاية الامتياز.

---

(1)- حماده عبد الرزاق، المرجع السابق، ص740-741.

(2)- حماده عبد الرزاق، المرجع السابق، ص753-754.

(3)- نواف كنعان، المرجع السابق ص357-358.

(4)- محمد أنور حماده، قواعد و إجراءات تنظيم المناقصات و المزايدات و العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص111.

1- نهاية عقد الامتياز وفقا للطرق العادية وغير العادية:

ينتهي عقد الامتياز إما بطريقة عادية ، أو بطريقة غير عادية .

أ- نهاية عقد الامتياز وفقا للطريقة العادية : ينتمي عقد الامتياز إلى طائفة العقود الزمنية التي يعتبر الزمن فيها جوهريا ، ولهذا فإن النهاية الطبيعية لهذا العقد تكون بانتهاء المدة المتفق عليها في العقد ، يبدأ احتساب هذه المدة ابتداء من دخول العقد حيز النفاذ وذلك بتوقيع اتفاقية الامتياز(1).

تثير في العادة النهاية الطبيعية للامتياز مسألتين هما : مد مدة الامتياز Prolongation وتجديد الامتياز Renouvellement .

لا يثير تجديد العقد أي إشكال خاصة وأن العقد لم يعد يخضع إلى أي إجراءات شكلية لاختيار صاحب الامتياز ، ولكن يجب تقديمه قبل مدة محددة ، حيث تنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي 08-57(2) على أنه " يجدد الامتياز حسب الأشكال نفسها ، ويجب تقديم طلب التجديد خلال ستة أشهر قبل انقضاء الأجل ."

يلاحظ أن هذا المرسوم لم يذكر حالة رفض التجديد من السلطة مانحة الامتياز ، وما إذا كان لصاحب الامتياز حق تقديم طعن إن تم رفض طلب تجديد الامتياز ، ولكن وطبقا للقواعد العامة ، فإن رفض تجديد العقد يعتبر قرار إداريا منفصلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

أما بالنسبة إلى مد مدة الامتياز ، فالأصل فيها عدم الجواز لأنها تتنافى مع فكرة تقييد عقود الامتياز بمدة محددة ، إلا أنا تبقى في نظر الأستاذ سليمان الطماوي جائزة إذا منح الامتياز لأقل من المدة المقررة لمنحه ولكن بشرط أن لا يزيد التمديد عن هذه المدة .

ب- نهاية عقد الامتياز وفقا للطريقة غير العادية :

تكون نهاية عقد الامتياز وفقا للطريقة الغير العادية بثلاثة أسباب و هي الإسقاط و الاسترداد و الفسخ لأسباب أخرى.

-**إسقاط الامتياز :** ويقصد به فسخ العقد من طرف الإدارة على حساب المتعاقد نتيجة لخطأه، بل هو جزاء توقعه السلطة مانحة الامتياز على صاحب الامتياز جراء أخطاء جسيمة ارتكبها في إدارته للمرفق بحيث

---

(1)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية،ص709.

(2)- المرسوم التنفيذي رقم 57/08 المؤرخ في 2008/02/13 يحدد شروط منح الامتياز خدمات النقل البحري ، الجريدة الرسمية، عدد 09 ، الصادرة في 2008/02/24،ص11.

يصبح من المتعذر الاطمئنان إلى استمراره في إدارة المرفق و تسييره وعادة ما تتضمن عقود الامتياز شروطا مفصلة تبين الحالات التي يكون للإدارة فيها الحق في توقيع هذا الجزاء ، كذلك أن النص عليها في العقد له أهمية كبيرة ، إذ تستطيع الإدارة بمقتضى النص الصريح ممارسة هذا الحق بنفسها دون حاجة للالتجاء إلى قاضي لفسخ العقد (1)، و يكون إسقاط الامتياز باحترام الشروط التالية:

–أن يكون الملتزم قد ثبت ارتكابه لخطأ جسيم في إدارته للمرفق و الذي لا تجدي نفعا وسائل الضغط التي تستخدمها معه الإدارة و يكون في حالة الإهمال الفادح من جانب الملتزم كعجزه عن تسيير المرفق أو أدائه للخدمات المطلوبة أو عدم و فائه بالتزاماته المالية قبل الإدارة مانحة الامتياز.

–إعذار الملتزم عند ارتكابه للمخالفات المنصوص عليها في القوانين المنظمة لكيفية استغلال المرافق العمومية موضوع عقد الامتياز، وهذا الإعذار يجب توجيهه قبل توقيع جزاء الفسخ و غالبا ما تنص عقود الامتياز على ذلك .

–**الاسترداد** : و يقصد به فسخ عقد الامتياز من جانب الإدارة قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب المتعاقد مقابل تعويضه تعويضا عادلا ، و في الحقيقة فإن الاسترداد ما هو إلا مجرد فسخ لعقد الامتياز استعمالا من الإدارة لحقها في إنهاء العقود الإدارية و دون خطأ من المتعاقد وذلك لدواعي المصلحة العامة . و يكون الاسترداد منصوص عليه في العقد وقد يكون بموجب الإتفاق بين الأطراف المتعاقدة ويتعين على الإدارة احترامها كون أن النصوص الواردة بخصوصه هي نصوص تعاقدية ، كما يمكن للإدارة مانحة الإمتياز استرداد الامتياز بإرادتها المنفردة ودون رضي صاحب الامتياز متى اقتضت ضرورات المرفق العمومي .

–**الفسخ لأسباب أخرى**(2) :

قد يفسخ عقد الامتياز قبل مدته الطبيعية لأسباب أخرى أهمها:

–**الفسخ الاتفاقي:** وهو الذي يتم باتفاق بين الإدارة و صاحب الامتياز قبل نهاية المدة المحددة للامتياز ، فالعقد الإداري يستند في إبرامه إلى رضا الطرفين وبالتالي فإنه يزول برضائهما أيضا ولا صعوبة في هذا المجال إذ تطبق القواعد المدنية العامة .

---

(1)–وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، سنة 2009 ، بيروت، لبنان ص539.

(2)– أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1990 ، ص 266

-**الفسخ بقوة القانون:** و أوضح مثال لهذه الطريقة حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تدمير المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز، و يمكن الإشارة إلى هذه الحالة في المادة 27 من القانون رقم : 13/83المتضمن قانون المياه على أنه يغير الامتياز أو يخفض أو يبطل في أي وقت بدون تعويض و ذلك إما لصالح الصحة العمومية و إما لاتقاء الفيضانات أو إيقافها و إما بسبب عدم مراعاة البنود التي يتضمنها الامتياز .

-**الفسخ القضائي بناء على طلب صاحب الامتياز :** يلجأ إليه المتعاقد في حالة إخلال مانح الامتياز بالتزاماته في الحفاظ على التوازن المالي للعقد ، إذا عدلت الإدارة عقد الامتياز بما يخل بتوازنه الاقتصادي إخلالا جسيما يفوق إمكانياته ، وهو حق ممنوح للمتعاقد يمارسه مع حقه في تعويض عادل ، كذلك لو تعلق الأمر بظرف طارئ وثبت لصاحب الامتياز أن التوازن المالي للعقد لن يعود إليه (1) .

2-تصفية عقد الامتياز:

يثير نهاية عقد الامتياز سواء كانت طبيعية أو غير طبيعية موضوعا هاما يتعلق بتصفيته العقد Liquidation de concession لمعرفة مصير الأموال المستعملة في تنفيذ المرفق وتصفية الحسابات بين الإدارة وصاحب الامتياز، وقد تناولت المادة 02 من المرسوم التنفيذي 08/ 114 المحددة لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته (2) وقسمت تلك الأموال إلى ثلاثة أنواع أملاك للإرجاع ، أملاك للاسترداد والأملاك الخاصة و سنتعرض لمصير هذه الأموال ثم إلى تصفية الحسابات بين لإدارة وصاحب الامتياز :

- **أملاك للإرجاع:** وهي تشمل الأموال المستغلة كالمنشآت والتجهيزات والتي تمثل جزء لا يتجزأ من الامتياز كالأراضي و الطرق و العقارات بالتخصيص (3) ، فإذا كان الأصل أن تؤول هذه الأموال السابقة إلى الدولة بقوة القانون بمجرد انقضاء الالتزام فقد يتضمن العقد نصا على حق الإدارة الاختياري في ترك بعض الأدوات التي يتبين عند انقضاء العقد أنها أصبحت غير صالحة لاستغلال المرفق فتتركها للملتزم مجانا وبدون مقابل ويتم تحديد هذه الأموال في دفتر الشروط.

---

(1)- سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ،) دراسة مقارنة (، المرجع السابق ، ص 795.

(2)-المادة 02 من الرسوم التنفيذي رقم 08 114 المؤرخ في 14 أفريل 2008 ، المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، الجريدة الرسمية عدد 20، مؤرخة في 13 أبريل 2008.

(3)- سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دارسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 778.

-**أملاك للاسترداد :** وهي المخصصة للامتياز غير الأملاك المعنية كأملاك الإرجاع والمستخدمة في إطار المرفق موضوع الامتياز والتي يملكها صاحب الامتياز طيلة مدة الامتياز .

ويمكن أن تسترد أملاك العودة من طرف الدولة بمحض إر ادتها عند انتهاء مدة الامتياز ومقابل تعويض صاحب الامتياز .

-**الأملاك الخاصة :** و هي التي يملكها صاحب الامتياز خارج أملاك الإسترجاع وأملاك العودة ، حيث تبقى ملك للملتزم وهي غير مشروطة بأي شرط للرجوع لمانح الامتياز ويبقى بذلك الملتزم حر في التصرف فيها دون ترخيص من السلطة مانحة الامتياز وتبقى خاضعة للقانون الخاص ، وهي خاصة بالمنشآت الإضافية والثانوية المتعلقة بالامتياز .

-**تصفية الحسابات بين صاحب الامتياز والسلطة مانحة الامتياز:** تثار مشكلة الحسابات في حالة انتهاء العقد نهاية غير طبيعية ، وهي تخضع لمبدأ هام هو أن السلطة مانحة الامتياز عندما يؤول إليها المرفق في حالة إلغاء الامتياز أو استرداد ، فإنه يؤول إليها بصفتها المسؤولة أصلا عن تسيير هذا المرفق، وليس بصفتها خلفا لصاحب الامتياز، وهي بذلك لا تتحمل التزاماته وديونه.

ثالثا : تقييم وسائل الاستفادة من إدارة الاستثمار الأجنبي غير المباشرة

نحاول من خلال هذا الجزء تحليل مقاربة عقود الاستثمار بعقود امتياز المرافق العامة، وتبيان أهمية التفرقة بينهما.

1- مقاربة عقود الاستثمار بعقود امتياز المرافق العامة : لقد سعى المشرع الجزائري إلى وجود قانون يحكم القواعد المطبقة على الاستثمارات الوطنية والأجنبية منها، وهذا لكي يستفيد المستثمر الأجنبي من تحقيق أهدافه الإستراتيجية ورغباته في إطار الاستفادة المتبادلة بين الطرفين(المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية).

ولتقييم الوسائل القانونية لاستضافة الاستثمار الأجنبي ينبغي تكييف الاستثمار قانوناً ومن ثم نميزه من عقود امتياز المرافق العامة .

إنه من الصعوبة تمييز عقود الاستثمار عن المرافق العامة أو الخاصة، باعتبار أن هذا التمييز قد ينتهي إلى تداخل أحكام القانون الداخلي مع أحكام القانون الأجنبي والدولي. ونظرا للطبيعة المختلطة للقانونين تبنى المشرع الجزائري موقفاً توافقيا تجاه المستثمر الأجنبي عندما قرر إلزام الدولة الجزائرية باحترام التزاماتها الدولية، حيث اعتبر المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على الدستور تطبيقا للمادة(132) من الدستور الجزائري لسنة 1996.

وتطبيقا لذلك تم النص في قانون الاستثمار على أحكام هامة تستقطب من خلالها المستثمرين الأجانب، كتكريس مبدأ المساواة أمام القانون، وحرية نقل الأموال، وحق المستثمر في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ، وإلزام الدولة الجزائرية بشرط الثبات والاستقرار التشريعي وغيرها .

وعلى العموم فان منح المستثمر الإجازة باستغلال مشروعه على التراب الوطني فانه سوف يبرم عقود القانون الخاص وليس عقود القانون العام، وإذا منح المستثمر امتياز فان هذا الأخير يخضع لقواعد القانون الخاص أو لقواعد القانون الدولي العام على اعتبار أن العملية الاستُثمارية أخذت منحى دولي وهي بذلك محمية في إطار الاتفاقيات الدولية. لاسيما إذا تعلق الأمر بحماية المستثمرين الأجانب قضائيا، فقد حرصت الدولة الجزائرية على المصادقة على اتفاقية واشنطن الدولية لسنة 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية المنازعات في مجال الاستثمارات بين الدول المضيفة للاستثمار ورعايا الدول الأخرى.

حيث أشارت هذه الاتفاقية إلى خضوع منازعات الاستثمار لقواعد القانون الخاص ولأحكامه، وهذا ما جعل من طبيعة الاستثمار بحد ذاتها تستغرق طبيعة تدخل الإدارة في هذا الامتياز إذ تنتقل الولاية من الإدارة الطبيعية المكلفة بمراقبة تنفيذ الملتزم لمشاريعه الاستثمارية الذي يقوم بدوره بتشغيل الامتياز (أي الإدارة ممثلة في الدولة مانحة الامتياز) إلى الإدارة المخول لها الترخيص بالاستثمارات أي الوكالة الوطنية لتطوير للاستثمارات نص عليها قانون الاستثمار والمشار إليها أعلاه.

وعليه في حالة عدم وجود اتفاقية متعلقة بالاستثمار في قطاع معين، فان عقود الاستثمار تعتبر من عقود القانون الخاص التجارية، ولا يمكن اعتبارها من أحد العقود الإدارية. ومثال ذالك عقود البناء والتشغيل والإسكان الـ(B.O.T)، إلا إذا ابرم المستثمر عقده مع الإدارة بصفته ملتزما وليس مستثمرا أجنبيا حيث تخضع العلاقة هنا إلى القانون الإداري.

2-أهمية التفرقة بين عقود الاستثمار و عقود امتياز المرافق العامة : تكمن أهمية التفرقة في الوصول إلى عدة نقاط هامة:

أ- الصور الناتجة عن عملية التفرقة :

أولا: - تحكم علاقة المستثمر الأجنبي بالمستفيدين من المشاريع الاستثمارية من وطنيين ومقيمين في إطار عقود القانون الخاص التجارية والى عقود القانون العام حتى وان ابرم عقد الاستثمار مع إدارة جزائري.

ثانيا: – تخضع عقود الاستثمار أصلا إلى عقود القانون الخاص، على أنه لا يمنع الإدارة من الاتفاق صراحة مع المستثمر الأجنبي على خضوع مشروعه إلى قواعد القانون العام السائدة في الدولة الجزائرية، الأمر الذي يوفر للمستثمر حماية أكثر في إطار القانون الدولي العام.

ثالثا: – يمكن أن تؤطر العملية الاستثمارية بين الدولة الجزائرية المضيفة للاستثمار الأجنبي في إطار العقود التجارية الدولية، حيث تتصور هذه الحالة في وجود اتفاقية دولية بين الطرفين حيث يتساوى فيها كل من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وبالتالي تتجرد الدولة الجزائرية من امتيازات السلطة العامة الممنوحة لها في القانون الوطني الجزائري، و يحتم على الطرفين التمتع بمركز تعاقدي تجاري(العقود التجارية)، أي إلى القانون الخاص في إطار احترم ما اتفق عليه بموجب الاتفاقية الدولية.

ب- تحقيق العدالة بين أطراف العملية الاستثمارية : إن آلية استضافة واستقطاب الاستثمارات الأجنبية ترتكز على العدالة التي يجدها المتقاضي في القاضي، ويجدها القاضي في القانون، حيث سعى المشرع الجزائري إلى النص على أحكام تراعي أساسا قواعد العدالة، دون إهمال قواعد القانون الدولي متبنيا تكريس مبدأ المساواة كما يلي:

أولا: عدم تحيز الدولة الجزائرية ضد المستثمر الأجنبي خاصة بالنسبة للمشروع الخاص بالاقتصاد الوطني، وهو ما جعل المشرع الجزائري يمنح حقوق وامتيازات أكثر للمستثمر الأجنبي من خلال مثلا ما نص عليه القانون الجزائري على حق المستثمر الوطني أو الأجنبي أن ينقل ملكية المشروع كلاً أو جزءً(التنازل)[(1)]، وما قررته المادة 21 من قانون ترقية الاستثمار الجزائري الفقرة الأولى على انه: "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم" (2) .

وبالتالي عدم التمييز بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني، ومبدأ عدم التمييز هذا مبدأ عام من مبادئ القانون الدولي العرفي المعروف في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 حيث نصت المادة 07 من هذا الإعلان ((كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أية تفرقة كما أن لهم جميعا الحق في حماية متساوية من أي تمييز مخل بهذا الإعلان)).

(1)– تجدر الإشارة هنا أنه: ((يعد كل تنازل دون تصريح أو ترخيص بمثابة تحويل مسار الامتياز وتطبق عليه العقوبات المنصوص عليها في التشريع الجمركي والجبائي بالنسبة للحالات المماثلة))– عم المادة 29 فقرة 04 من القانون رقم 16–09 المذكور أعلاه.

(2)– المادة 21 من القانون رقم16–09 يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق، ص21.

ثانيا: يحق للمستثمر الأجنبي الذي يرى أنه قد غبن من إدارة أو هيئة مكلفة بتنفيد أحكام قانون الاستثمار بشأن الاستفادة من المزايا أو كان موضوع إجراء سحب أو تجريد من الحقوق، الطعن أمام لجنة دون المساس بحق اللجوء إلى الجهات القضائية(1). وذلك دون الإخلال بالقيود المفروضة على المستثمر الأجنبي التي تضمنتها رخصة قبول مشروعه الاستثماري.

الفصل الثاني

مناخ الاستثمار في الجزائر

الفصل الثاني:

يعد إصدار قانون الاستثمار 09/16 من الخطوات الهامة الّتي اتخذتها الدولة الجزائرية، في محاولة منها لجذب الاستثمارات الأجنبية، بغية تحقيق تنمية اقتصادية مستدامة، خاصة أنّ الاقتصاد الجزائري كان يقوم على الاستثمارات العمومية و تدخل الدولة، و يتأثر بشكل مباشر بأسعار النفط في الأسواق العالمية. (1)

وعليه فالجزائر كغيرها من الدّول تقدّم تحفيزات عديدة للمستثمر الأجنبي، بتقديم كل ما من شأنه أن يسهّل جذب المستثمرين الأجانب إليها، وذلك من خلال قوانين الإستثمار وتبسيط إجراءات المنظومة الخاصّة به، من خلال منحه العديد من المزايا والحوافز بإعتبارها وسائل إغرائية لجذب المستثمرين الوطنيين والأجانب، لتجعل من الجزائر في نظر المستثمر موطنا لأرباحه المستقبليّة، وجملة هذه الإغراءات من الأمور الجبائيّة وكذا الجمركية يكون الهدف منها تحفيز المستثمر من أجل الإستثمار وذلك بالتخفيف والإنقاص من أعبائه، بغية تحقيق المناخ الاستثماري الذي يشكل حلقة جذب للمستثمرين الأجانب و بالتالي العملة الأجنبية تماشيا مع المتغيرات الإقليمية و الدولية و الظهور في مستوى التنافس مع الدول الأخرى و الذي تحد منه بعض الحواجز التشريعية و الإجرائية و التمويلية، التي تشكل الحلقة المفقودة بين الدولة الجزائرية و بين الانفتاح الاقتصادي و الاستثماري.

ومن هنا سنقوم بدراسة المزايا والتحفيزات و كذا الحواجز و العراقيل في التشريع الجزائري في هذا الفصل و الذي قسمناه إلى مبحثين:

المبحث الأوّل الحوافز القانونية المتاحة للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار.

المبحث الثاني فنتناول فيه الحواجز القانونية المعرقلة للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار.

(1)– نادية والي، النظام القانوني الجزائري للإستثمار ومدى فعاليته في إستقطاب الإستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015 ، ص4 .

المبحث الأول

محفزات ومزايا الاستثمار الأجنبي في ظل القانون 09/16

يعتبر النظام الجبائي أحد أهم العناصر الّتي تدخل في اهتمامات المستثمرين الأجانب عند اتخاذ قرار بالاستثمار في بلد دون الآخر، وسعيا من المشرع الجزائري لتحفيز المستثمرين وجذب رؤوس الأموال الأجنبية، فقد لجأ إلى وضع مجموعة من الامتيازات ذات الطبيعة الضريبية في التشريعات الداخلية، كقانون الإستثمار 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار، وقوانين أخرى كقانون المالية، والقانون الجبائي العام، كما تبنّت الجزائر عددا نصوص الإتفاقيات الدّوليّة الثنائية منها، والمتعددة الأطراف في إطار تشجيع وترقية الإستثمار، وذلك لتفادي الإزدواج الضريبي الذي كثيرا ما كان عائقا في وجه الإستثمار الأجنبي. (1)

وتبعا لذلك سوف نقسم هذه الحوافز إلى ثلاث أصناف حسب مصدرها، وهي: (2) محفزات ضريبية نتناولها في المطلب الأول، و محفزات مالية التمويليّة نتناولها في المطلب الثاني، و محفزات التنظيميّة نتناولها في المطلب الثالث.

المطلب الأوّل

المحفزات الضريبيّة

من أجل استقطاب أكبر عدد ممكن من تدفقات الإستثمارات الأجنبية، لا بدّ من منظومة ضريبية وجمركية مشجّعة، والتي تعتبر من أوسع التحفيزات انتشارا لجذب الإستثمارات الأجنبية وتحسين بيئة الإستثمار، والمفضّلة كونها وسيلة جدّ فعالة ومغرية.

والجزائر بوصفها من دول العالم المهتمّة بجذب الإستثمار الأجنبي، ومواكبة لما هو سائد عالميا من استخدام واسع في المجال الضريبي الجاذب للاستثمار، عملت على إصدار عدّة تشريعات تضمّنت حزمة هائلة من الحوافز الضّريبية آخرها قانون 09/16 المتضمّن ترقية الإستثمار، كما تبنت العديد من الإتّفاقيات الدّولية الّتي أبرمتها في إطار تشجيع وترقية الإستثمار، ويمكن تصنيف التحفيزات الجبائية حسب مصدرها إلى تحفيزات ضريبية وطنية وتحفيزات ضريبيّة دوليّة.

---

(1)–سعاد مالح، المقومات الجبائية لجذب الاستثمار الأجنبي، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الموسوم بعنوان :الضوابط والآليات القانونية لتشجيع الاستثمار الأجنبي، يومي 18 و 19 نوفمبر 2015 ص19.

(2)–وليد لعماري، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر . 2010–2011 ص58.

الفرع الأوّل

المحفزات الضّريبيّة والجمركية الوطنية

ويقصد بها تلك التحفيزات المشجعة للاستثمار، والتي وردت في القانون09/16 ، وكذلك المنصوص عليها في قانون الجباية وقوانين المالية المختلفة.

وتعدّ تحفيزات جبائية في هذا المفهوم مختلف الأحكام ذات الطابع الضريبي أو الجمركي الّتي منحها المشّرع الجزائري لمختلف أنواع الإستثمار وبالأخصّ الإستثمار الأجنبي في ظلّ القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار،الذي منح 4 أنواع منها بهدف جذب حجم أكبر من تدفقات الإستثمارات الأجنبية إلى الدولة قصد إنعاش إقتصادها، ثلاثة منها تضمنتها المادة 07 من القانون 09/16، وواحدة تضمنتها المادة 13 من نفس القانون.

تنص المادة 7 من القانون 09/16 على أنّه :تتضمّن المزايا المنصوص عليها في هذا القانون:

أولا: المزايا المشتركة لكل الإستثمارات القابلة للإستفادة "الإستثمارات المؤهلات"

و يقصد بها تلك المزايا الّتي تخص جميع أنواع الإستثمارات الداخلة في قانون الإستثمار المعمول به، وهو القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار، والّتي حدّدها المشرّع في نص المادّة 02 و 05 منه(1).

وقد ذكر المشرّع هذا النوع من المزايا في نص المادّة 12 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار.

وقد جاءت هذه المادّة في صورة إعفاءات ضريبيّة يستفيد منها المستثمر سواءًا كان وطنيا أو أجنبيّا على مرحلتين، وهي تضمّ منطقتين:

1- المشاريع المنجزة في الشمال :

وتقسم مزايا هذه المناطق على مرحلتين، مرحلة الإنجاز ومرحلة الإستغلال.

أ-مرحلة الإنجاز:

- الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخصّ التجهيزات الّتي تدخل مباشرة في إنجاز مشروع الإستثمار.
- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة والّتي تستفيد منه السلع والخدمات الموظفة مباشرة في إنجاز الإستثمار سواء كانت مستوردة أو متحصّل عليها من السوق المحليّة شريطة أن تكون موجهة لإنجاز عملية خاضعة للرسم على القيمة المضافة. (2)

---

(1)-المادة 2، 05 من القانون رقم 09/16 مرجع سابق.

(2)- الجيلالي عجّة، الكامل في القانون الجزائري للإستثمار (الأنشطة العادية وقطاع المحروقات)، دار الخلدونية، . الجزائر، ص 599.

كذلك أعفى من حق نقل الملكية بعوض، والرسم على الإستثمار العقاري عن كل المقتنيات العقاريّة الّتي تتم في إطار الإستثمار المعني، والإعفاء من دفع حقوق التسجيل والرسم على الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية المتضّمنة حق الإمتياز على الأملاك العقارية المبنية وغير المبنية الموجّهة لإنجاز المشاريع الإستثماريّة، وتطبّق هذه المزايا على المدة الدنيا لحق الإمتياز الممنوح.

– التخفيض بنسبة 90 % من مبلغ الأتاوة الإيجاريّة السنوية المحدّدة من طرف مصالح أملاك الدولة خلال فترة الإنجاز.

– الإعفاء لمدة 10 سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية والتي تدخل في إطار الإستثمار إبتداء من تاريخ الإقتناء.

– الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخصّ العقود التأسيسية للشركات والزيادة في رأس المال(1).

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشّرع الجزائري بموجب القانون 09/16 قد وسّع من المزايا الجبائية المشتركة أثناء مرحلة الإنجاز، ليشمل 07 مزايا مقارنة بالأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار، والذي لم يتضمّن سوى 03 إعفاءات بموجب نص المادة 09 منه، وممّا لا شكّ فيه أنّ المشّرع الجزائري أراد من خلال هذا التّوسيع في الإعفاءات منافسة الدّول المضيفة الأخرى في استقطاب أكبر عدد ممكن من تدفقات الإستثمارات الأجنبيّة.

ب– مرحلة الإستغلال:

نصت عليها المادّة 12 فقرة 02 من الأمر 09/16 حيث تبدأ مرحلة الإستغلال الفعلي للمشروع، حيث تستفيد من المزايا لمدّة 03 سنوات إبتداء من تاريخ بدء النشاط الفعلي وذلك بعد محضر معاينة الشروع في الإستغلال الذي تعدّه المصالح الجبائيّة (2) . بطلب من المستثمر وتحتوي هذه المرحلة على الإعفاءات التالية:

– الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات .

– الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.

– تخفيض نسبة 50 % من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحدّدة من قبل مصالح أملاك الدولة.

(1)–المادّة 12 من قانون09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق ص20.

(2)–ملحق رقم 01 ، محضر معاينة الدخول في الإستغلال الذي تعده المصالح الجبائية.

2-المشاريع المنجزة في الجنوب والهضاب العليا، والمناطق الّتي تستدعي تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة:

و يقصد بها تلك الإستثمارات الّتي تقوم بدعم من صندوق دعم الإستثمارات الذي تكلف الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار بإدارته، (1) مثل الإستثمار في مناطق الجنوب والهضاب العليا، حدّدتها المادة 13 من الأمر 09/16 وشملت كسابقتها مرحلتين:

أ-مرحلة إنجاز المشروع:

وهي نفسها الإعفاءات الّتي وردت في نص المادّة 12 فقرة 1 السالفة الذكر البنود أ ب ج د و ز، ولكن أضاف إليها المشرع مجموعة من المزايا.

- تتكفل الدولة كليّا أو جزئيّا بنفقات الأشغال المتعلّقة بالمنشآت الأساسية الضروريّة لإنجاز الإستثمار، وذلك بعد تقييمها من قبل الوكالة.
- التخفيض من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنويّة المحّددة من قبل مصالح أملاك الدولة بعنوان منح الأراضي عن طريق الإمتياز من إنجاز مشاريع إستثماريّة.
- بالدينار الرّمزي للمتر المربع الواحد ((م2))، خلال فترة 10 سنوات، وترتفع بعد هذه الفترة إلى 50 % من إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الإستثمارية المقامة المناطق التابعة للهضاب العليا، وكذا المناطق الأخرى الّتي تتطلب تنميتها مساهمة خاصّة من طرف الدولة.
- بالدينار الرّمزي للمتر المربع ((م2)) لفترة 15 سنة، وترتفع بعد هذه الفترة إلى 50 % من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الإستثمارية المقامة في ولايات الجنوب الكبير. (2)

ب-مرحلة الإستغلال:

ذكرت الفقرة 02 من المادّة 13 بعنوان مرحلة الاستغلال: من المزايا المنصوص عليها في الفقرة 02، البندان أ/ب من المادّة 12 أعلاه لمدة 10 سنوات، إبتداءا من تاريخ الشروع في مرحلة الإستغلال المحدّد في محضر المعاينة الذّي تعده المصالح الجبائيّة بناء على طلب المستثمر، أي: (3)

- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات .
- الإعفاء من الرسم على النشاط المهني .

---

(1)-وليد لعماري، مرجع سابق، ص5 .

(2)-المادّة 13 فقرة 1 من القانون09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق ص20.

(3)-المادّة 13 فقرة 2 من القانون09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق ص20.

وعليه نجد أنّ المشرّع الجزائري في نص هذه المادّة أضاف عدّة مزايا في مرحلة إستغلال المشروع الإستثماري مقارنة بنص المادة 12 من نفس القانون، حيث تعتبر بمثابة حوافز تمويلية تقدمها الدولة للمستثمرين لتشجيع الإستثمار، وقد أضاف المشرّع في مدة الإستفادة من المزايا المذكورة في نص المادة 12 فقرة 02 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار من 03 سنوات للمزايا المشتركة لكل الإستثمارات القابلة للإستفادة إلى 10 سنوات للمزايا الّتي تتطلّب تنميتها مساهمة خاصّة من قبل الدولة.

ثانيا: المزايا الإضافية

ويتعلق الأمر في المقام الأوّل بالتحفيزات الجبائية والمالية الخاصّة، والمقررة من طرف الأنظمة المعمول بها لصالح النشاطات السياحية، والصناعية والفلاحيّة وهذا ما جاء النّص عليه في المادة 15 من الأمر 09/16، حيث تكلّمت على أن المستثمر له الحق في الإستفادة من المزايا المذكورة في القوانين الداخلية الخاصّة الأخرى، وبما أنّه لا يمكن جمع هذه المزايا مع تلك المنصوص عليها في منظومة قانون ترقية الإستثمار ففي هذه الحالة يقوم بتطبيق القانون الأكثر تشجيعا للمستثمر(1).

وقد نصت المادة 16 من القانون 09/16 على هذا النوع من المزايا الإضافية على أنّه ترفع مدة هذه مزايا الإستغلال الممنوحة لفائدة الإستثمارات المنجزة خارج المناطق المذكورة في المادة 13 أعلاه من ثلاث (03) سنوات إلى خمس (05) سنوات عندما تنشأ أكثر من 100 منصب شغل دائم، خلال الفترة الممتدة من تاريخ تسجيل الإستثمار إلى غاية اية السنة الأوّلى من مرحلة الإستغلال على الأكثر.(2)

وعليه يستفيد المستثمر من المزايا الإضافية بالإضافة إلى المزايا المشتركة ولكن يجب توافر شرطين:

- أن يكون الإستثمار خارج المناطق المطلوب ترقيتها تدخل خاص من الدولة.
- أن يكون استحداث منصب شغل في المدة الممتدة من مرحلة الإنجاز إلى السنة الأوّلى من مرحلة الاستغلال.

ويبدو أنّ الهدف من وراء إنشاء أكثر من 100 منصب شغل دائم واضحا بإعتبار أن الجزائر إحدى أهم الدّول الّتي تعاني من مشكل البطالة، الذي يعدّ أحد أهم إنشغالات برامج التنمية الإقتصاديّة وذلك رغم الجهود المبذولة في السنوات الأخيرة لتخفيضها، لذلك فإنّ وضع مثل هذا الشرط في مقابل الحصول على الإمتيازات من شأنه خلق مناصب شغل جديدة والتخفيض من البطالة، ممّا يساهم في تحقيق التنمية

(1)–المادّة 15 من القانون09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق ص20.

(2)–المادّة 16 من القانون09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق ص21.

الإقتصاديّة من وراء تشجيع الإستثمارات الأجنبية بدل منحها إعفاءات دون أي مقابل يسهم في التنمية، وتعتبر هذه الخطوة جيدة في سبيل القضاء على البطالة وفي سبيل ترشيد الحوافز الممنوحة للمستثمرين لتحقيق الأهداف المرجوة منها، كي لا يكون الهدف من وراء الإستثمارات هو الحصول على الأرباح والفوائد فقط بأقلّ تكلفة ودون أيّ مساهمة في تنمية الإقتصاد الوطني وتحسين الأوضاع الإجتماعية والمالية. (1)

ثالثا: المزايا الإستثنائية لفائدة الإستثمارات ذات الأهمية الخاصّة للإقتصاد الوطني

تتم الإستفادة من هذه المزايا، بموجب إبرام إتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة، فهذه الأخيرة تبرم الإتفاقية لحساب الدولة بعد موافقة المجلس الوطني للإستثمار، وتنشر هذه الإتفاقية في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. (2)

حيث يطبق هذا النوع من الإمتيازات على الإستثمارات الّتي تكون موجّهة للنشاطات ذات الأهمية الخاصّة بالإقتصاد الوطني، وهذا ما حددته المادة 17 من القانون09/16 المتعلق بترقية الإستثمار بنصها:" تستفيد من المزايا الإستثنائية الّتي تمثّل أهمية خاصّة للإقتصاد الوطني والمعدّة على أساس إتّفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة الّتي تتصرف باسم الدولة.

تبرم الوكالة هذه الإتفاقية بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار (3).

وهذه الأنشطة محدّدة بتنظيم خاص أهمّها: الكيمياء الصناعيّة، التكنولوجيا الدقيقة، بناء السفن والطائرات، صناعة الجلود، صناعة الأغذية..الخ

وتكون الإعفاءات في هذا النوع من المزايا غالبا تمديدا للمدد سواء فيما يتعلّق بمرحلة الإنجاز أو مرحلة الإستغلال.

وما يلاحظ بالنسبة لهذه الإستثمارات أنها غير محدّدة على سبيل الحصر بموجب القانون، وإنّما أعطى المشرّع أمثلة فقط عن الإمتيازات الّتي يمكن منحها، وذلك عن طريق التفاوض بين الوكالة والمستثمر. وتتمثل هذه الإعفاءات الّتي ذكرتها المادّة 18 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار كما يلي :

---

(1)–وليد لعماري، مرجع سابق، ص. 21 .

(2)–سعاد مالح، المقومات الجبائية لجذب الاستثمار الأجنبي، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الموسوم بعنوان: الضوابط والآليات القانونية لتشجيع الاستثمار الأجنبي، يومي 18 و 19 نوفمبر .ص19.

(3)–المادّة 17 من القانون09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق ص 21.

يمكن أن تتضمن المزايا الإستثنائية المذكورة في المادة 17 أعلاه ما يلي:

– تمديد مدّة مزايا الإستغلال المذكورة في المادة 12 أعلاه لفترة يمكن أن تصل إلى 10 سنوات.

– منح إعفاء أو تخفيض طبقا للتشريع المعم ول به، للحقوق الجمركية والجبائية والرسوم وغيرها من الإقتطاعات الأخرى ذات الطابع الجبائي والإعانات أو المساعدات أو الدعم المالي، وكذا كلّ التسهيلات الّتي قد تمنح بعنوان مرحلة الإنجاز للمدة المتّفق عليها حسب أحكام المادة 20 أدناه.

ويجب الإشارة إلى أنّه بالنسبة لهذا الصنف من الإستثمارات يمكن للمجلس الوطني للإستثمار منح مزايا وإعفاءات أو تخفيضات للحقوق أو الضرائب أو الرّسوم، بما فيها الرسم على القيمة المضافة وذلك حسب ما يحدّده التنظيم لمدّة 05 سنوات.

كما أنّه يمكن أن تكون مزايا الإنجاز المقررة في هذه المادّة، بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار محل تحويل للمتعاقدين مع المستثمر المستفيد، والمكلفين بإنجاز الإستثمار لحساب المستثمر المستفيد حسب الكيفيات والشروط المحدّدة عن طريق التنظيم.(1)

وبصفة عامّة فيما يخصّ كلّ أنواع الإستثمارات، يجب دائما على المستثمر في كلّ الحالات إحترام الإلتزامات الموضوعة على عاتقه والإجراءات الواجب إحترامها المنصوص عليها في قانون الإستثمار والقوانين المكمّلة له، وإلّا تعرّض لعقوبات تتمثل أهمها في سحب المزايا المذكورة من المستثمرين، كما في حالة عدم احترام آجال إنجاز المشروع كما تحدده المادة 20 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار، مع مراعاة الأحكام الخاصّة المطبّقة على الإستثمارات ذات الأهمّية بالنسبة للإقتصاد الوطني. (2)

الفرع الثاني

المحفزات الضريبية الدّوليّة

إضافة إلى التحفيزات الضريبيّة الممنوحة بموجب قانون الإستمثار 09/16، فقد عمدت الجزائر كغيرها من الدول المستقطبة للإستثمارات الأجنبيّة، إلى منح تحفيزات ضريبيّة ذات مصدر دولي، من خلال إبرام العديد من الإتفاقيات الدّوليّة المتعلقة بالجباية في إطار إتفاقيات ثنائيّة وأخرى متعدّدة بهدف تحفيز إضافي، وكذا توفير حماية أكثر للمستثمرين والتصدّي لمشكلة الإزدواج الضريبي الّذي يقف عائقا أمام

(1)–المادة 18 من قانون 09/16، المتعلق بترقية الإستثمار، والفقرة 03 من المادة 20 ، مرجع نفسه.

(2)–وليد لعماري، مرجع سابق، ص56.

هذا التشجيع، كونه يعدّ من أشد المخاطر التي تواجه المستثمرين، وأبرز الظواهر الإقتصاديّة الحديثة الّتي أثارت الكثير من المناقشات بين رجال الإقتصاد والمال والقانون وذلك للوقوف عند هذه الظاهرة ومحاولة تجنبها، (1) ومنه إزالة مخاوف المستثمر الأجنبي الراغب في تجسيد مشروعه الإستثماري على إقليم الدولة الجزائرية من خضوعه للإزدواج الضريبي.

أولا: المقصود بالإزدواج الضريبي الدولي

يقصد بالإزدواج الضريبي بصفة عامة بأن هـ: خضوع المال نفسه لأكثر من مرة لضريبة من نفس النوع ونفس الشخص في نفس المدّ ة. (2)

في حين يتحقق الإزدواج الضريبي الدّولي نتيجة فرض ضرائب من نفس النوع من قبل دولتين أو أكثر على نفس المكلّف، ونفس المال وفي الوقت نفسه، (3) أي أنّ الشخص المكلّف بالضريبة يقع ضحية لتحمل أعباء ضريبتين أو أكثر نتيجة إختلاف الأسس الّتي تعتمد عليها الدّول المختلفة في تحديد نظامها الضريبي، دون أن يكون لهذا الأخير المكلّف بالضريبة الحق في الدفع بالإمتناع عن تحمل تسديد نفس الضريبة على دخل واحد لأكثر من جهة مالية، طالما أن فرض الضريبة هو حق مستمد من السيادة الّتي تتمتع كل دولة على مواطنيها، وعلى الرّعايا الأجانب الّذين يقيمون في إقليمها، والأموال الموجودة في ترابها و المداخيل الناتجة من مصادر فيها، وحريتها في سنّ القوانين الّتي تخدم إقتصادها الوطني. (4)

وممّا سبق يفهم أنّه حتى نكون أمام الإزدواج الضريبي الدّولي لا بد أن تتوافر وحدة الشّخص الخاضع للضريبة، ووحدة الضريبة المفروضة، ووحدة المادة الخاضعة للضريبة، ووحدة فترة الخضوع للضريبة. (5)

إن مشكل الإزدواج الضريبي قد شكّل حجرة عثرة أمام تطوّر وتدفق الإستثمار، بل أصبح يشكّل حقيقيا لإقتصاد الدّولة المضيفة، لذلك تفطّن المشرّع الجزائري كغيره من مشرعي الدّول الأخرى إلى ضرورة خلق وإعتماد حلول إتفاقية دوليّة إلى جانب الحلول الوطنيّة لتجنّب هذا المشكل والتصدّي لآثاره،

---

(1)–سعاد مالح، مرجع سابق، ص4

(2)– زينب حسن عوض الله، مبادئ المالية العامة، الدار الجامعية، بيروت، 1998 ، ص180 .

(3)– حرية محمد عبد الله قزاز، دور إتفاقية تجنب الازدواج الضريبي في تشجيع الاستثمار الأجنبي في العراق، شهادة الدبلوم العالي في العلوم المالية والمصرفية، معهد الدراسات والبحوث العربية بغداد، 2011 ، ص 3

(4)– سعاد مالح، مرجع نفسه، ص 5–6، وأنظر رفيقة قصوري، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، . 2011 ، ص 66 – جامعة الحاج لخضر باتنة، 201

(5)– سامية لقراف، الإمتيازات المالية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير حقوق فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2010–2011.

ثانيا: سبل معالجة المشرع الجزائري للإزدواج الضّريبي الدّولي

تمحورت أساسا في إبرام العديد من الإتفاقيات الدّوليّة في هذا الصدد ثنائية كانت أو متعدّدة، وتبنّى من خلالها جملة من التحفيزات الجبائية كونها الوسيلة الأكثر فعالية لضمان معالجة الإزدواج الضريبي الدّولي، وبالتالي تشجيع التجارة الخارجية بوجه عام، والإستثمار الأجنبي بوجه خاص. (1)

فمعالجة الإزدواج الضريبي الدولي تعدّ من أهم الإمتيازات الممنوحة من طرف المشرّع الجزائري للإستثمارات الأجنبيّة، وتستمد أهميتها من كون المستثمر لا يريد في أيّ حال من الأحوال أن يجد نفسه خاضعا مرتين لنفس الضريبة، حيث أنّ ذلك يشكّل أعباءًا إضافية تثقل ميزانيته، وهي تعدّ من الضمانات الخاصّة بالمستثمر الأجنبي دون الوطني. (2)

كما أوجدت الإتفاقيات النموذجية عدّة طرق لمعالجة مشكل الإزدواج الضريبي الدولي:

1-**طريقة إقتسام الإيراد:** وتتمثل في فرض الضريبة من طرف إحدى الدولتان المتعاقدتان وفقا لما تحدّده الإتّفاقية الجبائية المبرمة بينهما، على أن تقوم الدّولة بتمويل جزء من الضّريبة الّتي حصلتها إلى الدولة المتعاقدة الأخرى.

2-**طريقة توزيع المادة الخاضعة للضريبة:** تقتضي هذه الطريقة أن تقوم الدّولتين المتعاقدتين بفرض الضريبة بالتّناوب على المكلّف حسب فئة الدّخل المحقّق بموجب إتفاقية جبائيّة بينهما، كأن تختص إحدى الدولتين في فرض الضريبة على أرباح الأسهم، وأن تقتضي الدولة المتعاقدة الأخرى في فرض الضريبة على فئة المعاشات.

وهما الطريقتين المتبعتين لتفادي الإزدواج الضريبي الدّولي في إطار الإتّفاقيات الجبائيّة الّتي تبرمها الدّول إلى غاية اليوم، خاصّة و أنهما المعتمدتان في الإتّفاقيات النموذجيّة لمنظّمة التعاون والتنمية الإقتصاديّة لهيئة الأمم المتحدة. (3)

---

(1)-سعاد مالح، مرجع سابق، ص10.

(2)- سامية لقراف، الإمتيازات المالية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير حقوق فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2010-2011.

(3)- إيمان بوقرة، كيفية تفادي الإزدواج الضريبي الدّولي في إطار الاتفاقيات الجبائية الدولية، دراسة حالة الإتّفاقية الجبائية الجزائرية الفرنسية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الماناجمنت، تخصص مالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة،2009-2010 ص 81.

ثالثا: بعض الإتّفاقيات الّتي أبرمتها الجزائر لتجنّب الإزدواج الضريبي

أ-الإتّفاقيات الدّوليّة الثنائيّة:

أبرمت الجزائر العديد من الإتّفاقيات الثنائيّة نذكر منها :

- **الإتّفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا:** (1) حيث أبرمت هذه الإتّفاقية قصد تجنب الإزدواج الضريبي، ولتجنب التهرب والغش الضريبي ووضعت قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الضريبة على الدخل والثّروة والشركات.

- **الإتفاقية المبرمة بين الجزائر والإمارات العربية المتّحدة:** (2) أبرمت هذه الإتّفاقية قصد تجنب الإزدواج الضريبي على الدخل وعلى رأس المال ومنع التهرب من الضريبة، وقد نصت المادة 1/25 ن هذه الإتّفاقية عل طرق تفادي الإزدواج الضريبي كالتّالي:" تفادي الإزدواج الضريبي بالكيفية التالية:

عندما يحصل مقيم بدولة متعاقدة على عناصر من مداخيل طبقا لمقتضيات هذه الإتّفاقية تفرض عليها الضريبة في الدّولة المتعاقدة الأخرى فإن الدّولة الأوّلى تمنح على الضرائب المحصّلة من مداخيل هذا المقيم خصما يعادل مبلغ الضريبة المؤداة من الدّولة الأخرى، ولا يمكن لهذا الخصم أن يتجاوز بأي حال الجزء من الضريبة المحسوبة قبل إجراء هذا الخصم المتعلّق بعناصر المداخيل المحصّلة من هذه الدّولة الأخرى".

- **الإتّفاقية المبرمة بين الجزائر والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية:** (3)حيث تضمّنت هذه الإتفاقية 21 حاجزا لإزالة الإزدواج الضريبي.

أ-الإتّفاقيات الدّوليّة المتعدّدة:

إضافة إلى الإتّفاقيات الثّنائية المتعلّقة بتجنّب الإزدواج الضريبي فقد أبرمت الجزائر إتّفاقيات دوليّة متعدّدة الأطراف، قصد وضع حلول لهذا المشكل الّذي يقف عائقا أمام تدفقات الإستثمارات الأجنبيّة

---

(1)-مرسوم رئاسي رقم121/02، مؤرخ في 2002/04/07، المتضمن التصديق على إتّفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والحكومة الفرنسية، قصد تجنب الإزدواج الضريبي ولتجنب التهرب والغش الضريبي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الضريبة على الدخل والثروة والشركات الموقعة بالجزائر في 1999/10/17، ج.ر عدد 24 ، بتاريخ 2002/04/10.

(2)-مرسوم رئاسي رقم164/03، مؤرخ في 2003/04/07، المتضمن التصديق على إتّفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الإمارات العربية المتحدة، قصد تجنب الإزدواج الضريبي على الدخل و على رأس المال و منع التهرب من الضريبة، الموقعة بالجزائر في 2002/04/24، ج.ر عدد 26 ، بتاريخ 2003/04/13.

(3)-مرسوم رئاسي رقم156/16، مؤرخ في 2016/05/26، المتضمن التصديق على إتّفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، و حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية لتجنب الإزدواج الضريبي ولتجنب التهرب والغش الضريبي في شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال الموقعة بالجزائر في 2001/02/18، ج.ر عدد 33 ، بتاريخ 2016/06/05.

نحوها، ولعلّ أهم هذه الإتّفاقيات تلك المبرمة بين دول إتّحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر، (1) وقد جاءت هذه الإتّفاقية على غرار باقي الإتفاقيات الدّوليّة لتفادي الإزدواج الضريبي، وإرساء قواعد التعاون المتبادل في ميدان الضرائب على الدّخل بين دول إتحاد المغرب العربي. (2)

حيث حدّدت في الباب الأوّل وفي الفصل الأوّل تحت عنوان الأشخاص المعنيون الّذين تطبق عليهم أحكام

هذه الإتّفاقية على الأشخاص المقيمين بإحدى الدّول المغاربية المتعاقدة.

كما حدّدت في الفصل الثاني الضرائب المعنية بهذا الإجراء وعرّفت كلّ نوع منها، من بينها أرباح المؤسسات وأرباح الأسهم وغيرها.

أمّا فيما يتعلق بتفادي الإزدواج الضّريبي، فقد نصّ الفصل 23 من الإ تّفاقية على أنه: إذا تلقى مقيم بدولة متعاقدة مداخيل خاضعة للضريبة بإحدى الدول المتعاقدة الأخرى طبقا لأحكام هذه الإتفاقية، فإن الدولة الأولى في الذكر تخصم من الضريبة التي تستخلصها على مداخيل المقيم المذكور مبلغا مساويا للضريبة على الدخل المدفوعة بالدولة المتعاقدة الأخرى."

وهذا يعني أن مداخيل أي مستثمر من دول الإتّحاد التي تم فرض الضريبة عليها في إحدى هذه الدول لا يمكن بأي حال أن يتمّ فرض الضريبة عليها مرة أخرى، وإنما يتم خصم مبلغ الضريبة المتعلّق بها الذي سبق دفعه، وهذا ما يحفز على انتقال رؤوس الأموال ويشجع الإستثمار الأجنبي بين هذه الدّول. (3)

وفي ختام المطلب نخلص إلى أنّ للحوافز الضريبية دور فعّال وإيجابي في جذب رؤوس الأموال الأجنبيّة وتشجيع وتحفيز المستثمرين، لأنّ المستثمر قبل إقباله على الإستثمار في دولة ما فإنه يأخذ بعين الإعتبار المخاطر والأعباء الضريبيّة الّتي سيتعرّض لها مشروعه الإستثماري، وعليه فجملة التحفيزات الجبائيّة سواءًا الوطنية أو الدّوليّة تعدّ بمثابة تدابير قبلية قصد التحفيز على الإستثمار في الجزائر من جهة، وتدابير إحترازيّة لتجنّب الوقوع في ظاهرة الإزدواج الضريبي الدّولي أو التخفيف من حدّته على الأقل.

---

(1)- مرسوم رئاسي رقم 420/90، مؤرخ في 1990/12/22، المتضمن التصديق على الإتفاقية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي، الموقعة بالجزائر في 1990/07/23، الجريدة الرسمية العدد 06 ، بتاريخ 1991/02/06.

(2)- دول إتحاد المغرب العربي هي: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجماهيرية الشعبية اللّيبية الاشتراكية العظمى، المملكة المغربية، الجمهورية الإسلامية

الموريتانية، الجمهورية التونسية.

(3)- وليد لعماري، مرجع سابق، ص67.

المطلب الثاني

المحفزات المالية التمويليّة

تتمثّل الحوافز التمويليّة في توفير الأموال مباشرة إلى المنشآت بهدف تمويل إستثمارات أجنبية جديدة، (1) أو تغطية جزء من تكلفة رأس المال، وتمويل الإنتاج وتكاليف التسويق المرتبطة بالمشروع الإستثماري، وكذا مشاركة الحكومة في ملكية أسهم المشروعات الاستثمارية الّتي تتضمن مخاطر تجارية مرتفعة، تأمين حكومي بمعدلات تفضيلية لتغطية أنواع معينة من المخاطر، تغير أسعار الصرف أو المخاطر غير التجاريّة مثل التأميم أو المصادرة، (2) ويكون التمويل لأجل تدعيم البحث والدّراسات المختلفة المتعلقة بالمشاريع المقامة. (3)

والجزائر بإعتبارها دولة مضيفة للإستثمارات الأجنبيّة المباشرة ، فقد عملت على منح مثل هذا النوع من التحفيزات سواءًا في قانونها الوطني المتعلق بالإستثمار أو من خلال إبرامها للإتّفاقيات الدّوليّة الثنائيّة ومتعدّدة الأطراف.

الفرع الأوّل

المحفزات التمويليّة الوطنيّة

فقد منح المشرّع الجزائري، في سبيل تشجيع وتحفيز المشتثمر الأجنبي لتجسيد مشاريعه في المناطق الّتي تتطلّب تنميتها مساهمة خاصّة من الدولة بما فيها تلك التابعة لمناطق الجنوب الكبير والهضاب العليا، بعض المزايا، والمتمثلة في إعانات مالية ذات طبيعة إستثنائية من أجل دعم إنجاز مشاريعه، خاصّة فيما يتعلق بنفقات البنية التحتية اللازمة لإنجاز هذه الإستثمارات، وذلك بموجب النّصوص القانونيّة السابقة المتعلقة بالاستثمار وكرّسه في القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار بموجب نص المادة 01/13 بعنوان مرحلة الإنجاز بند "أ"، وترك مهمّة تقييم هذه النفقات إلى الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار حتى يتم كن المستثمر الأجنبي من الإستفادة من هذا التحفيز الاستثنائي، على أن تطبيق هذا البند متروك للتنظيم.

---

(1)– سليمان عمر عبد الهادي، الإستثمار الأجنبي المباشر وحقوق البيئة في الإقتصاد الإسلامي والإقتصاد الوضعي، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص32.

(2)– بلقاسم مصباح، أهمية الإستثمار الأجنبي المباشر ودوره في التّنمية المستدامة –حالة الجزائر–، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير تخصّص نقود ومالية، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر،. 2016– 2015 ، ص 17

(3)–زبير دغمان، الأساليب الجوهريّة والتدابير الفعّالة لحماية الإستثمار الأجنبي، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية جلة دولية مُحكّمة نصف سنوية، تصدر . عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، العدد الثامن، جانفي 2016 ، ص 167

كما يدخل في هذا الإطار الأراضي والعقارات اللازمة لإنجاز المشاريع الاستثمارية، في المناطق التابعة للهضاب العليا والجنوب الكبير حيث أقرّ المشرّع في نص المادة 02/13 بند "ب" من القانون 09/16 أعلاه بتخفيض مبلغ الأتاوة الإيجاريّة السنوية المحدّدة من قبل مصالح أملاك الدّولة بعنوان منح الأراضي عن طريق الإمتياز من أجل إنجاز مشاريع إستثمارية بالدينار الرمزي
للمتر المربع لمدّة 10 سنوات، وترتفع بنسبة 50 % بعد هذه المدّة بالنسبة للمشاريع المقامة في المناطق التابعة للهضاب العليا والمناطق الّتي تتطلب تنميتها مساهمة خاصّة من قبل الدّولة وبالدينار الرمزي لمدّة 15 سنة وترتفع إلى 50 % بعد هذه المدّة بالنسبة للمشاريع المنجزة في المناطق التابعة للجنوب. (1)

وبالرجوع إلى أحكام المرسوم التّنفيذي رقم 152/09 المحدّد للشروط الكيفيات المطبّقة على منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني للأصول العقاريّة والأراضي التابعة للدولة فإن المستثمر الأجنبي قد يستفيد من عقار أو قطعة أرض تابعة للدّولة لمدّة أدناها ثلاث وثلاثون سنة قابلة للتجديد مرّتين، وأقصاها تسع وتسعون سنة. (2)

وعليه فإنّ الجزائر قد وفّرت آليات متعدّدة لجذب وتحفيز الإستثمارات من خلال إتّخاذ إجراءات فعّالة فيما يتعلّق بتوفير مصادر التمويل، من خلال شبكة من البنوك والمؤسسات المالية المتخصصة، لتقديم تحفيزات وتسهيلات تصبّ في إطار دعم الإستثمار، ونجد أنّ صندوق الإستثمار الوطني (3) يشكّ ل دورا فعّالا في تعزيز فرص الإستثمار، حيث يمكن أن تصل نسبة المشاركة في المشاريع الاستثمارية إلى 34 % في مجال الإستثمارات في الجزائر. (4)

وعليه نلاحظ أنّ التحفيزات التمويلية الوطنية ضئيلة مقارنة بالتحفيزات الضريبيّة الّتي قام المشرّع الجزائري بتوسيعها في هذا القانون، فهو بذلك لم يعطها الأهميّة الكبيرة ولم يتطرّق لهذا النوع من التحفيزات إلّا في إطار ما نصّت عليه في المادة 1/13 من القانون 09/16 السالف الذكر، وربّما راجع حسب إعتقادنا للظروف الّتي تمرّ بها الدولة الجزائرية في الآونة الأخيرة وإنتهاجها لسياسة التقشف بسبب إنخفاض أسعار البترول الّذي يعدّ المموّل الأكبر لإقتصاد الدّولة الجزائريّة.

---

(1)– انظر المادة 13 بند "أ" ، "ب" من القانون 09/16، مرجع سابق.

(2)–المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم153/09 ، المؤرخ في 2009/05/02 المحدّد لشروط وكيفيات منح الإمتياز على الأصول العقارية المتبقية التابعة ، للمؤسسات العمومية المستقلّة وغير المستقلّة المحليّة والأصول العقارية الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها، الجريدة الرسمية العدد 27 بتاريخ 2009/05/06، ص25

(3)–المرسوم التنفيذي رقم 295/02 المؤرخ في 2002/09/15 المحدّد لكيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم302/107 ، الّذي عنوانه "صندوق دعم الإستثمار"، الجريدة الرسمية العدد 62، بتاريخ 2002/09/15

(4)– عثمان علام، واقع المناخ الاستثماري في الجزائر مع الإشارة لبرامج الإنعاش الاقتصادي 2001 –2014، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى العربي الأول الذي نظمته شرم الشيخ جمهورية مصر العربية، الموسوم بعنوان: العقود الإقتصادية الجديدة بين المشروعية والثبات التشريعي، 28/25 يناير 2015 ص13.

الفرع الثاني

المحفزات التمويليّة الدّوليّة

إضافة إلى التحفيزات التمويليّة الّتي تضمّنها القانون 09/16، بهدف تطوير وجذب الإستثمارات الأجنبية، و التي تتميز بالضعف، لكونها لم ترقى إلى مستوى الطموحات الّتي يسعى المستثمر الأجنبي لتحقيقها، كما أنها لم توفّر له الجو التحفيزي لإقامة مشروعه الإستثماري ممّا يجعله يلجأ إلى التمويل الخارجي. لذا فقد انضمت الجزائر إلى العديد من الاتفاقات الدّوليّة لتطوير هذا النوع من الحوافز نذكر منها:

أولا: إتفاقية إنشاء المصرف المغاربي للإستثمار والتجارة الخارجيّة بين دول إتحاد المغرب العربي (1)

تم التوقيع على هذه الإتّفاقية من طرف دول إتّحاد المغرب العربي بالجماهيرية الليبية الشعبية الإشتراكية بمدينة رأس لانوف بتاريخ 09و 1991/03/10.

يعتبر هذا المصرف مصرفا متخصّصًا تمّ إنشاؤه خصيصا للإستثمار الدّولي والتجارة الخارجيّة بين الدّول الأعضاء، الهدف الأساسي من إنشائه هو تشجيع الإستثمار الأجنبي المتبادل بين دول الإتّحاد عن طريق المساهمة في تمويل المشاريع ذات الأهمّية الحيويّة وذلك بغية الوصول إلى التنمية المشتركة. (2)

كما يهدف إلى المساهمة في إقامة إقتصاد مغاربي مترابط ومندمج، كما يقوم بإعداد وإنجاز وتمويل المشاريع ذات المصالح المشتركة الفلاحية والصناعية في البلدان المغاربيّة، وكذا تشجيع إنسياب رؤوس الأموال وتوظيفها في المشاريع الإقتصادية.(3)

ثانيا: إتفاق الشراكة الأورومتوسطية

حيث تعدّ الجزائر من بين الدّول الّتي تحظى بإهتمام بنك الإستثمار الأوربي، الّذي يعدّ فاعلا رئيسيّا في التنمية الإقتصاديّة في المنطقة المتوسطيّة لإبرامها إتفاق شراكة مع المجموعة الأوربية سنة 2002 ، حيث يعمل البنك على دعم الإستثمار من خلال تقديم القروض لمشروعات إستثمار رؤوس الأموال الضخمة الّتي تخدم مصالح الإتّحاد الأوربي داخل وخارج أوربّا، وخلال سنة 2003 كان أزيد من ثلث التمويلات المقّدمة يرمي إلى تعزيز تنمية المشاريع الخاصّة بشكل مباشر سواء عن طريق الإستثمار

---

(1)– مرسوم رئاسي رقم 247/92 مؤرخ في 1992/05/26، المتضمن التصديق على إتّفاقية إنشاء المصرف المغاربي للإستثمار والتجارة الخارجيّة بين دول إتحاد المغرب العربي، الموقعة في مدينة رأس لانوف ليبيا، بتاريخ 09 و1991/03/10، ج.ر عدد45، بتاريخ1992/06/14.

(2)– وليد لعماري، مرجع سابق، ص73 .

(3)–المادة 2 من إتّفاقية إنشاء المصرف المغاربي للإستثمار والتجارة الخارجيّة بين دول إتحاد المغرب العربي، مرجع نفسه.

الأجنبي المباشر أو عن طريق إحداث مشاريع مشتركة بالتعاون مع مستثمرين من البلدان المتوسطية الشريكة، فهو يعتبر من أكبر جهات التمويل للإستثمار الخاص في دول البحر الأبيض المتوسط. (1)

ثالثا: مؤسسة التمويل الدّوليّة

هي مؤسسة دوليّة مالية، تابعة للبنك الدّولي للإنشاء والتعمير، فهي عضو في مجموعة البنك الدّولي، وأكبر مؤسسة إنمائية عالمية بصورة حصرية على دعم وتنمية القطاع الخاص في البلدان النامية أنشأت سنة 1956 ، تعمل على تحقيق النّمو الإقتصادي المستدام في الدّول النامية عن طريق تمويل الإستثمارات للقطاع الخاص، من خلال منح القروض والمساهمة في رأس مال المشاريع الخاصّ ة في البلدان النامية مثل الجزائر، والمساعدة على تقوية اقتصادياتها، كما تعمل هذه المؤسسة الماليّة الدّوليّة دورا محفزا لبقية المستثمرين من خلال تبيان أن الإستثمار في الأسواق الناشئة يمكن أن تكون مربحة وناجحة. (2)

وقد انضمّت الجزائر إلى مؤسسة التمويل الدّوليّة في 27 جوان 1990 (3)،وما دامت الجزائر عضوا في هذه المؤسّسة التمويليّة فهذا يعدّ مؤشرا جاذبا للإستثمارات الأجنبيّة كونها تحظى برعاية ودعم مجموعة البنك الدّولي وبالأساس مؤسسة التمويل الدّوليّة. (4)

وفي الأخير نخلص إلى أنّ للحوافز التمويليّة سواء الوطنية أو الدّولية دورّ كبير في مساعدة المستثمرين سواءًا الأجانب أو الوطنيين في إقامة مشاريعهم الإستثماريّة.

---

(1)– وليد لعماري، مرجع سابق، ص76 .

(2)– وليد لعماري، مرجع سابق، ص 77 .

(3)– أنظر المرسوم الرئاسي رقم 186/90 مؤرخ في 1990/06/23، المتضمن الإنضمام إلى مؤسسة التمويل الدوليّة التابعة للبنك الدّولي للإنشاء والتعمير، ج.ر عدد26، بتاريخ 1990/06/27.

(4)– وليد لعماري، مرجع سابق، ص 77 .

المطلب الثالث

المحفزات التنظيمية

بالرغم من أهمية التحفيزات الضريبيّة والتمويليّة في تشجيع المستثمر الأجنبي، إلّا انها لا تكفي فقد يستفيد المستثمر الأجنبي من جميع المزايا المقررة قانونا، إلّا أن كل ذلك قد يظهر من دون جدوى إذا صادفته عرقلة على مستوى الجهات الإداريّة، من حيث توجيهه وتقديم المعلومات اللازمة حول المشروع الإستثماري أو تقليص الإجراءات الإدارية اللازمة، والّتي تشكّل في معظم الأحيان عبئا من جرّاء البيروقراطيّة الّتي تمتاز بها الهيئات الإداريّة عموما، ولأجل ذلك فقد بذلت الجزائر مجهودات كبيرة لتهيئة بيئة إستثماريّة جاذبة، فقامت بإنشاء هيئات إدارية ترمي إلى ترقية وتطوير الإستثمار باعتبار أنّ عملية تفعيل الإستثمارات إجمالا تستلزم تهيئة الأطر الإداريّة وكان ذلك بإحداث الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار بمقتضى أحكام الأمر 03/01، و المجلس الوطني للإستثمار الّذي تمّ إستحداثه لدى وزارة الصناعة والمناجم: (1) وسوف نتطرّق للحديث عن هاتين الهيئتين في الفصل الثاني بالتفصيل.

الفرع الأوّل

مرونة الإجراءات الإدارية

يتعيّن على أيّ دولة مضيفة أن تقوم بإنشاء أجهزة وهيئات حكومية تكون مهمّتها الأساسية تخطيط وتنظيم وتوجيه الإستثمارات الأجنبية، فضلا عن تسويق وترويج المشروعات والتعريف بالسوق في الداخل والخارج. (2)

وعليه فمن خلال النصوص القانونية السالفة الذكر نجد أنّ إرادة المشرّع الجزائري في جذب الإستثمار الأجنبي المباشر موجودة، غير أنّ هذه الإرادة عادة ما تصدم بمعوقات تقف حائلا دون نجاح المشاريع الإستثماريّة، أهمّها التعقيدات البيروقراطيّة على العديد من القطاعات الّتي لها علاقة بالإستثمار، ولتجاوز هذه المعيقات لا بدّ من تغيير السياسة الإداريّة، وذلك بإرساء نظام إداري غير معقّد وخالي من الأساليب الملتوية.

---

(5)– فؤاد بعيسى، الأجهزة والهيئات المكلّفة بتأطير عملية الإستثمار، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدّولي السادس عشر الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسوم بعنوان :الضمانات القانونية للإستثمار في دول المغرب العربي، يومي 22و 23 فيفري 2016.

(6)– عبد السلام أبو قحف، إقتصاديات الإدارة والإستثمار، الدار الجامعية، مصر،1993، ص266.

وسعيا لذلك، فإن المشرّع الجزائري بموجب القانون 09/16 إستحدث لدى الوكالة أربع مراكز تضم مجموع المصالح المؤهلة لتقديم الخدمات الضروريّة لإنشاء المؤسسات ودعمها وتطويرها، وكذا لإنجاز المشاريع، (1) حيث أصبح يضمّ الشباك الوحيد اللامركزي لهذه المراكز الأربعة.

أولا: تبسيط إجراءات قبول الإستثمار

ظاهرة البيروقراطيّة تؤدّي إلى تعدّد وطول الإجراءات الإداريّة، ممّا لا يسمح بتفعيل عمليّة سير تلك الإجراءات المتعلّقة بالاستثمارات، لذا إعتمد المشرّع الجزائري في القانون 09/16 آلية تسجيل الإستثمارات لدى الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، (2) بعدما كان في الأمر 03/01 السابق الذكر يعتمد على أسلوب التصريح، وقد تمّ إصدار المرسوم التنفيذي الّذي يحدّد كيفية التسجيل لدى الوكالة، (3) كما ألغى القانون 09/16 الدراسة السابقة للاستثمار.

ثانيا: حق المستثمر في الطّعن

حيث مكّن المشرّع الجزائري المستثمر الأجنبي من حقّه في الطعن في حالة ما إذا رأى أنّه غبن من طرف الإدارة، أو هيئة مكلّفة بتنفيذ القانون 09/16 فيما يتعلّق بقرارات الإستفادة من المزايا، أو أيّ موضوع إجراء سحب في حالة القيام بتجريده من الحقوق الّتي يمنحها له القانون، وفقا للشروط المحدّدة في إطاره، وذلك أمام لجنة تحدّد تشكيلتها وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم دون المساس بحقّه في اللّجوء إلى الجهات القضائيّة المختصّة. (4)

غير أنّ المشرّع الجزائري في هذا الإطار لم يحدّد آجال الطّعن ولا مدّة الفصل فيه، على عكس ما تضمّنته المادة 7 مكرر من الأمر 03/01 السالف الذكر.

---

(1)–المادة 07 من قانون 09/16، المتعلق بترقية الإستثمار، مرجع نفسه.

(2)–المادة 26 فقرة2 من قانون 09/16، المتعلق بترقية الإستثمار، مرجع نفسه.

(3)–أنظر المرسوم الرئاسي رقم 102/17 مؤرخ في 2017/03/05، المتضمن2017 المحدّد لكيفيات تسجيل الإستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج.ر عدد16، بتاريخ 2017/03/08.

(4)–المادة 11 من قانون 09/16، المتعلق بترقية الإستثمار، مرجع نفسه.

ثالثا: إحداث مراكز تقديم الخدمات وإنجاز المشاريع

نظرا للعجز المسجّل في توجيه وتشجيع وترقية الإستثمارات الأجنبيّة على المستوى المحلّي، ولضمان السهولة القصوى لعمليات الإستثمار، (1) فقد استحدث المشرّع الجزائري بموجب المادة 27 من قانون الاستثمار 09/16 أربع مراكز تضمّ المصالح المؤهلة، مهمّتها تقديم الخدمات الضرورية لإنشاء المؤسسات ودعمها وتطويرها، وكذا لإنجاز المشاريع، بحيث وظيفة كلّ مركز تختلف عن المركز الآخر، ولقد نظّمها المرسوم التنفيذي الجديد رقم 100/17 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 356/06 وهذه المراكز هي كالتالي:

-**مركز تسيير المزايا:** مكلّف بتسيير المزايا و التحفيزات المختلفة الموضوعة لفائدة الإستثمارات باستثناء تلك الموكلة للوكالة.

-**مركز إستيفاء الإجراءات:** مكلّف بتقديم الخدمات المرتبطة بإجراءات إنشاء المؤسسات وإنجاز المشاريع. (2)

-**مركز الدّعم لإنشاء المؤسسات:** مكلّف بمساعدة ودعم وإنشاء وتطوير المؤسسات. (3)

-**مركز التّرقية الإقليميّة:** مكلّف بضمات ترقية الفرص والإمكانيات المحليّة.

إنّ المشرّع منح لقرارات أعضاء هذه المراكز الحجيّة أمام الإدارات التابعة لها، في حين أن تحديد صلاحيات تنظيم وسير هذه المراكز يكون عن طريق التنظيم. (4)

---

(1)- عبد الغاني بركان، سياسة الإستثمار وحماية البيئة في الجزائر، مذكرة لنيل شهاة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تحولات الدولة، جامعة مولود معمريتيزي وزّو، تاريخ المناقشة 20 ماي 2010 ، ص7 .

(2)- المادة 7 المعدلة لأحكام المواد من 24 ’إلى 28 من المرسوم التنفيذي رقم 100/17 مؤرخ في 2017/03/05، المعدّل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 356/06، والمتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية العدد 16 ، بتاريخ 2017/03/08.

(3)- المادة 8 المتضمنة المواد 28 مكرر و 28 مكرر 1 و 28 مكرر 2 و 28 مكرر 3 من المرسوم التنفيذي رقم100/17 مؤرخ في 2017/03/05، المعدّل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 356/06 مرجع نفسه.

(4)- المادة مكرر من 100/17 مؤرخ في 2017/03/05، المعدّل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم356/06 مرجع سابق.

رابعا: تنصيب لجنة اليقظة المكلّفة بمتابعة وتطوير الاستثمارات

حيث تمّ تنصيب هذه اللّجنة في 13 مارس 2017 بهدف إنعاش الإستثمار ودعم المكتسبات في هذا المجال، إذ تتولى هذه اللّجنة الّتي وضعت تحت إشراف الوزير الأوّل مهام متابعة عمليات الإستثمار وإقتراح كل الوسائل والسّبل الممكنة لتطويرها، وكذا استباق كل المعيقات الّتي يمكنها أن تواجه السياسة الوطنية للإستثمار، وتضمّ اللّجنة الّتي يرأسها الوزير، مدير ديوان الوزير الأوّل، الأمناء العامين لبعض الوزارات، والمدير العام للوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، والمدير العام للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، إلى جانب رئيس الجمعية المهنية للبنوك و المؤسسات المالية.

وفي إطار ممارسة مهامها، تحرص اللّجنة على التحليل الدوري لبنك المعطيات المتعلق بمنح الموارد العقارية من

طرف الولايات وتمويل المشاريع من طرف البنوك، والمشاريع الإستثمارية قيد الإنجاز والمشاريع الاستثمارية الّتي لم يتم

الشّروع في إنجازها، وتصنيفها تبعا للعراقيل والصعوبات الّتي واجهتها، كما تقوم اللجنة أيضا، بإعداد تقارير تحليلية

وتحذير يّة دوري ة حول وضعية الإستثمار وسبل تطويره وإستباق المعيقات وفرص الإستثمار والإجراءات والعمليات المشجعة على تحسين بيئة الإستثمار وفق مصالح الوزير الأوّل. (1)

(1)– الصحفية للوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار ANDI ، السيد سلال ينصب لجنة اليقظة المكلّفة بمتابعة وتطوير الإستثمارات مقال منشور على الموقعhttp://www.andi.dz/index.php/ar/presse:، تاريخ الإطلاع 2017/12/20.

الفرع الثاني

مرونة الإجراءات الجمركيّة

لقد عرف قطاع الجمارك، هو الآخر بعض التغييرات الهيكلية والتنظيمية في محاولة للإعداد بالديناميكية، والمرونة اللازمة الّتي تتطلّبها التبادلات التّجاريّة الحديثة هذه الإصلاحات المعتمدة تتماشى مع المنحى الإصلاحي الشامل الّذي قامت به الجزائر، خاصّة في ما يتعلق بتحرير التّجارة الخارجيّة، وتدعيم ترقية الصادرات خارج المحروقات.

ومن بين التدابير والإصلاحات الّتي مسّت إدارة الجمارك :

– تسهيلات في مجال الإجراءات الجمركيّة، حيث تخضع كلّ البضائع المصدّرة إلى مبدأ التصريح بها لدى إدارة الجمارك لمراقبتها وتحديد نظام جمركتها، ولتسهيل هذه الإجراءات اعتمدت إدارة الجمارك مجموعة من الآليات لتسريع الحركة التّجاريّة على الحدود والمتمثّلة في الجمركة عن طريق الإعلام الآلي.

– التصريح المؤقّت والجمركة في المحل، فكلّ هذه التسهيلات سببها أنّ التحفيزات الجمركيّة تمثّل الواجهة الأولى للمستثمرين الأجانب، كما أنها عامل مهم في نجاح برنامج الإصلاحات الاقتصادية والتوجيه لسياسة إقتصاد السوق. (1)

(1)– حورية ربيعي، رشيدة بلعربيي، يمينة بلباحي، الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر وتأثيره على النمو الإقتصادي، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ليسانس، قسم العلوم الإقتصادية، تخصص مالية نقود وبنوك، معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بالمدية، 2007–2008 ص40.

المبحث الثاني

الحواجز القانونية المعرقلة للاستثمار الاجنبي في القانون 09/16

رغم كل مساعي الدولة الجزائرية الجاهدة للحصول على مناخ استثماري محفز و مشجع لجلب المستثمر الاجنبي، تظل هناك بعض الحواجز القانونية التي تشكل عقبة أمام تفعيل المشاريع الاستثمارية و تتمثل على وجه الخصوص في القيود المفروضة على المستثمر عند إنشاء الاستثمارات و عند استغلالها، و هو ما سنراه في هذا المبحث من خلال (المطلب الأول) القيود المفروضة عند إنشاء الاستثمارات و (المطلب الثاني) القيود المفروضة عند استغلال الاستثمارات.

المطلب الأول:

الحواجز المفروضة عند إنشاء الاستثمارات

لقد شكلت الاستثمارات الأجنبية هدفا رئيسيا للحكومات لما لها من منافع و مزايا، بحيث عرف العالم خلال الحقبة الأخيرة زيادات في تدفق الاستثمارات الأجنبية، الأمر الذي جعل العديد من الدول تنتهج مجموعة من السياسات بهدف جذب الاستثمارات. إلا أنه مازالت هناك قيود يتعرض لها الاستثمار الأجنبي و التي من شأنها الحد من حجم تدفق رؤوس الأموال الأجنبية التي تدخل هذه الدول، وبالتالي سنتطرق إلى هذه القيود المتمثلة في حظر بعض مجالات الاستثمار على المستثمر الأجنبي، وفرض إجراءات تمييزية على كيفية إنشاء الاستثمار الأجنبي.

الفرع الأول:

حظر بعض مجالات الاستثمار على المستثمر الأجنبي

رغم التوجه الاقتصادي الذي تبنته الجزائر منذ سنة 1989 بتغيير الوجهة من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي، والذي كرسه المشرع بفتح الساحة الاقتصادية الوطنية أمام، الخواص وطنيين وأجانب ورفع احتكارات الدولة على كثير من القطاعات كقطاع التأمينات(1) وقطاع البريد والموصلات (2)، إلا أنه تبقى بعض القطاعات الاقتصادية ممنوعة على الاستثمارات الأجنبية (3)، من بينها قطاع الإعلام، و قطاع الطيران.

أولا: مجال الإعلام

تم حظر مجال الإعلام أمام المستثمر الأجنبي دون الوطني لمزاولة الأنشطة المرتبطة بالإعلام بمختلف أنواعه، وتنص المادة02 من القانون العضوي رقم 05/12 المتعلق بالإعلام على مايلي :"**يمارس نشاط الإعلام بحرية في إطار احترام هذا القانون العضوي و التشريع والتنظيم المعمول بهما**"(4)

باستقرائنا لنص هذه المادة يتبين لنا أن هذه الحرية نسبية و مؤطرة بشكل صارم، ولا تمارس إلا في إطار احترام الضوابط التالية : الدستور، الدين الإسلامي وباقي الأديان، الهوية الوطنية والقيم الثقافية للمجتمع، السيادة و الوحدة الوطنية، ومتطلبات أمن الدولة والدفاع الوطني، متطلبات النظام العام، المصالح الاقتصادية للبلاد، مهام والتزامات الخدمة العمومية، حق المواطن في إعلام كامل وموضوعي، سرية التحقيق القضائي الطابع ألتعددي للآراء والأفكار، كرامة الإنسان والحريات الفردية والجماعية(5).

---

(1)– أمر رقم 95–07 مؤرخ في 1995/01/25، يتعلق بالتأمينات ج ر عدد 13 ، الصادرة في 1995/03/08، معدل ومتمم بموجب القانون 04/06، المؤرخ في 2006/02/20، ح.ر.ج.ج، عدد 15 الصادرة في 2006/03/12.

(2)–قانون رقم 03/2000، مؤرخ في 2000/08/05، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج.ر.ج.ج، الصادرة في 2000/08/16، (ملغى)

(3)– صالح بودهان، خويلدي السعيد، " حرية الاستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الحالية (بين التجسيد و التقييد)"، دفاتر السياسية و القانون، العدد 18 ، جانفي 2018 ص153.

(4)– انظر المادة 02 من قانون عضوي رقم 05/15 المؤرخ في 12 جانفي سنة 2012 ،يتعلق بالإعلام،ج ر ج ج، عدد 02 ، صادر في 15 جانفي،2012.

(5)– اوباية مليكة،"الاستثمار في القطاع السمعي البصري ما بين النصوص والواقع"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، العدد الخاص،2017، ص 152.

ويعتبر فتح باب الاستثمار في نشاط الإعلام أمام المستثمر الوطني العمومي والخاص دون المستثمر الأجنبي معاملة تمييزية اتجاه هذا الأخير و إجحافا في حقه، وبتحليل أحكام القانون العضوي رقم 05/12 (1) المتعلق بالإعلام نجد أن المشرع الجزائري استبعد المستثمر الأجنبي من الاستثمار في نشاط الإعلام، و ذلك في نص المادة 61 منه "... يمارس النشاط السمعي البصري من قبل :

هيئات عمومية

مؤسسات و أجهزة القطاع العمومي

. المؤسسات أو الشركات التي تخضع للقانون الجزائري.."

وقد سارت المادة 03 من القانون رقم 04/14 (2)المتعلق بالنشاط السمعي البصري في – الاتجاه نفسه، فوضحت أكثر الأشخاص المذكورين في المادة 61 من القانون العضوي أعلاه كما يلي:

"**يمارس النشاط السمعي البصري من طرف :**

الأشخاص المعنوية التي تستغل النشاط السمعي البصري التابعة للقطاع العمومي.

مؤسسات وهيئات و أجهزة القطاع العمومي المرخص لها.

. المؤسسات والشركات التي تخضع للقانون الجزائري المرخص بها"

من خلال نص المادة 03 السالفة الذكر نجد بأن المشرع قد استثنى المؤسسات الأجنبية من حق الاستثمار في النشاط السمعي والبصري، إضافة إلى ما سبق نجد اشتراط المشرع توفر الجنسية الجزائرية في جميع المساهمين في الشركة.

(1)– القانون العضوي 05/12 ،مؤرخ في 2012/01/12، يتعلق بالإعلام ج ر ج ج عدد 02، الصادرة في 2012/01/15.

(2)– القانون 04/14 ،مؤرخ في 2014/02/24، يتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج ر ج ج عدد 16، الصادرة في 2014/03/23.

ثانيا: مجال الطيران

من بين القطاعات التي قام المشرع برفع الاحتكار عنها، و فتحها أمام الخواص قطاع الطيران المدني، غير أنه استثنى الاستثمارات الأجنبية من هذه الحرية (1)، حسب ما تنص عليه المادة 43 من القانون 06/98، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني " **فيما عدا الدولة، فإن الأشخاص الطبيعيين من جنسية جزائرية أو الأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الجزائري و الذي يملك أغلبية رأسمالهم أشخاص طبيعيون من جنسية جزائرية، وحدهم يستطيعون إنشاء و/أو استغلال محطة جوية أو مطار محطة طوافات مفتوحة للملاحة الجوية**"(2).

انطلاقا من مضمون هذه المادة يتبين لنا أن الاستثمار في قطاع الطيران ممنوح فقط للمستثمر الوطني و حظر هذا القطاع على الاستثمارات الأجنبية، بحيث يبدو أن منع الأجانب من الاستثمار في هذه القطاعات ينعكس سلبا على استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، التي يمكنها الاستثمار في هذه المجالات لدى الكثير من الدول الجوار التي خطت خطوات هامة نحو فتح جميع القطاعات أمام المستثمرين الأجانب، ونأخذ على سبيل المثال الجمهورية التونسية التي نصت في قانون الاستثمار لسنة 2016 ،على السماح للاستثمار في جميع الأنشطة الاقتصادية . للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المقيمين أو غير المقيمين وفي هذا السياق تجدر الإشارة أنه إضافة إلى نشاط الإعلام و الطى ا رن المدني تمنع الدولة الجزائرية الاستثمار في القطاعات التي لها علاقة بالدفاع الوطني، كما يمنع المشرع بعض الدول من الاستثمار في الجزائر لأسباب شخصية مرتبطة بعلاقة الجزائر بدولهم الأصلية مثل دولة إسرائيل، كذلك بالعودة إلى التنظيم الخاص ببنك الجزائر نجد أنه يستثني الدول التي لا توجد معها علاقات دبلوماسية. (3)

---

(1)–بن شعلال محفوظ، الرقابة على الاستثمار الأجنبي في قانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون، تخصص الهيئات العمومية و الحوكمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، . جامعة بجاية، 2014، ص150.

(2)– أنظر المادة 43 من قانون رقم06/98 مؤرخ في 27 جوان سنة 1998 ،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ج ج، عدد 48 ،صادر في 28 جوان 1998 ،معدل ومتمم بالقانون رقم05/2000، المؤرخ في 06 ديسمبر2000، ج ر ج ج عدد 75 ، صادر في 10 ديسمبر 2000، والأمررقم10/03 المورخ في 13 أوت سنة 2003 ،ج ر ج ج، عدد 48 ،صادر في 13 أوت 2003 ، والقانون رقم 02/08 ، المؤرخ في 23 جانفي سنة 2008 ،ج ر ج ج،عدد 04 ، صادر في 27 جانفي 2008 ،والقانون رقم14/15 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2015 ،ج ر ج ج،عدد 41 ،صادر في 29 جويلية2015 .

(3)–حساني لامية، المرجع السابق ص 182.

الفرع الثاني:

إخضاع المستثمر الأجنبي لمعاملة تمييزية عند إنشاء الاستثمارات

لم يكتف المشرع الجزائري بتجريد المستثمرين الأجانب من حق الاستثمار في بعض المجالات، بل أكثر من ذلك قام بإلزامهم بمجموعة من الإجراءات التمييزية فيما يتعلق بكيفية إنشاء الاستثمارات الأجنبية (1)، و التي تتمحور أساسا في شرط الشراكة الدنيا بالنسبة للمستثمر الأجنبي من جهة ، وإضافة إلى استبعاد المستثمرين الأجانب من الاستثمار في إطار الخوصصة ، وتقييد مبدأ حرية الاستثمار.

أولا :شرط الشراكة الدنيا بالنسبة للمستثمر الأجنبي

أدرج المشرع الجزائري قاعدة 51-49% في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، ثم أعاد النص عليها في قانون المالية لسنة 2016 ، في حين لم يتضمنها قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 وكذلك في قانون الاستثمار الجديد، لذا سنتطرق إلى المقصود بالشراكة في مجال الاستثمار، والتكريس القانوني لقاعدة الشراكة الدنيا.

-المقصود بالشراكة في مجال الاستثمار :

يعرف قاموس "new webster" الشراكة بأنها "**رابطة بين الأشخاص الذين يشتركون في المخاطر و الأرباح في عمل ما، أو أية مشاريع مشتركة أخرى بموجب عقد قانوني تلك الاستثمارات التي تتوزع فيها ملزم**" ، وتعرف الشراكة مع المستثمر الأجنبي على أنها : " **تلك الاستثمارات التي تتوزع فيها ملكية المشروع وإدارته بين المستثمر الوطني العام أو الخاص**"(2)

تجدر الإشارة في هذا المقام أن الشراكة لا تقوم فقط بين القطاعين العام و الخاص وإنما قد يختلف أطرافها، فمن حيث طبيعة أطرافها قد تكون شراكة عامة أو شراكة خاصة ، ومن حيث جنسية أطرافها قد تكون شراكة وطنية أو أجنبية ، ويعود ظهور فكرة المشاريع المشتركة إلى سنة 1957 حين أبرمت إيران اتفاق" NIOC-AGIP " الذي أدى إلى إنشاء الشركة المشتركةRIB ،بعدها تم تكريس هذا الأسلوب في العديد من الدول مثل ليبيا عام 1973، الكويت عام 1974 ، نيجريا 1974 ، أنغولا 1979 ، إضافة إلى الجزائر التي كانت من بين الدول السباقة في تكريس فكرة المشاريع المشتركة، إذ تبنتها لأول مرة بموجب الأمر رقم 22/71 المؤرخ في 12 أفريل 1971 ، المتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود و استغلاله (3).

(1)-حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في قانون الجزائري، مرجع سابق،ص183

(2)-بن هلال ندير، معاملة الاستثمار الأجنبي في ظل الأمر رقم03/01 ، المتعلق بتطوير الاستثمار،172.

(3)-أمر رقم 22/71 المؤرخ في أفريل 1971 ، يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية في ميدان .البحث عن الوقود و استغلاله، ج ر ج ج، عدد 30 ، صادر في 13 أفريل 1971.

-التكريس القانوني لقاعدة الشراكة الدنيا :

لقد حدد المشرع الجزائري صراحة الشكل القانوني الذي يمكن للمستثمرين الأجانب الاستثمار بموجبه، والمتمثل في أسلوب الشراكة الدنيا، لذا سنتطرق إلى التكريس القانوني للشراكة في قانون الاستثمار(أ)، ثم في المجال المصرفي(ب)، ثم تكريس الشراكة في قطاع المحروقات(ج).

أ-في قانون الاستثمار:

كرس الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار في المادة 4 مكرر فقرة 2والتي تنص على ما يلي : **لا يمكن انجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي. ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء**"(1) ويتضح من خلاله أن المشرع وضع شرطا واضحا فيما يخص إنشاء الاستثمارات الأجنبية، بحيث قيد انجازها بقاعدة الشراكة و التي حدد فيها نسبة مساهمة المستثمر الأجنبي ب 49 % من أ رسمال الاجتماعي للمشروع الاستثماري(2)، كما نصت المادة 4 مكرر 1 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار على ما يلي:" **يجب على الاستثمارات الأجنبية المنجزة بالشراكة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية، أن تستوفي الشروط المنصوص عليها. في المادة 4 مكرر أعلاه**"(3)

وفي إطار رقابة الدولة لقطاع التجارة الخارجية يجبر المشرع الجزائري الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطات الاستيراد فتح رأسمالها في حدود 30 % لشريك جزائري، وهو نفس الأمر يؤكد عليه المشرع في أحكام الأمر رقم 09/296،(4) وبالتالي نسبة المشاركة في استثمارات التجارة الخارجية تكون 70 % بالنسبة للمستثمر الأجنبي و 30 % بالنسبة للمستثمر الوطني، وهو إجراء تراقب به الدولة حركة تحويل أرباح شركات الاستيراد و التصدير من والى الخارج والرقابة على الصرف الأجنبي عن طريق تحديد التحويل في حدود 30 % من حصة الاستثمار (5).

بحيث نجد المشرع الجزائري في قانون المالية لسنة 2014 قد قام برفع وزيادة نسبة المساهمة الوطنية المقيمة ب 51 % على الأقل من رأس المال الاجتماعي، عندما يتعلق الأمر بممارسة أنشطة

(1)- مستحدثة بموجب المادة 58 من الأمر رقم01/09 المؤرخ في 22 /07/ 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مرجع سابق.

(2)- حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري،مرجع سابق، ص187 .

(3)- مستحدثة بموجب المادة 62 من الأمر رقم01/09 المؤرخ في 22 /07/ 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مرجع سابق.

(4)- مرسوم تنفيذي رقم296/09 يعدل ويتمم الم رسوم التنفيذي رقم181/09 المؤرخ في 2009/05/12، الذي يحدد شروط ممارسة أنشطة استيراد المواد الأولية و المنتوجات والبضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها من طرف الشركات التجارية التي يكون فيها الشركاء أو المساهمون أجانب، ج رج ج، عدد06، 51-09-2009.

(5)- حجارة ربيحة، وضع قطاع التجارة الخارجية في الجزائر: تراجع في التحرير أم ضبط للقطاع؟ المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 14، عدد 02،2016.

الاستيراد بهدف إعادة بيع الواردات على حالها من طرف الأشخاص الطبيعيين ولا يكون ذلك إلا في إطار الشراكة، كما تشير المادة 55 من قانون المالية لسنة 2014(1)، على أن الاستثمارات الأجنبية بالشراكة والتي تساهم في نقل وتحويل المهارات نحو الجزائر و/أو إنتاج للسلع في إطار نشاط منجز في الجزائر تحقق نسبة إدماج تفوق 40 % تستفيد من مزايا جبائية وشبه جبائية من المجلس الوطني للاستثمار.

كما أحيل إلى التنظيم طرق تحديد المساهمة في تحويل المهارات وإنتاج السلع وكيفية منح المزايا من طرف المجلس الوطني للاستثمار(2)، إضافة نجد المشرع الجزائري على عدم نصه في قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار(3) ، على قاعدة الشراكة الذي يلغي أحكام الأمر رقم 01/ 03 (4)المتعلق تطوير الاستثمار ، في حين تم إدراجها في قانون المالية لسنة 2016 في المادة 66 منه، التي تنص "**ترتبط ممارسة الأجانب لأنشطة السلع والخدمات الاستيراد بتأسيس شركة تحوز المساهمة الوطنية المقيمة على نسبة 51 %على الأقل من رأسمالها**" (5)

يتضح من خلال مضمون هذه المادة أن صيغتها جاءت بشكل مرن عكس المادة 4- مكرر من الأمر01/03 المتضمن قانون تطوير الاستثمار التي جاءت بصيغة الأمر، وفي تقديرنا أن هذه المرونة التي خولها المشرع في صياغة هذه المادة بالإضافة إلى عدم النص عليها في قانون الاستثمار، هي أول الخطوات نحو الإلغاء الكلي لهذه القاعدة(6).

التي رغم أهميتها من جانب الرقابة على الاستثمارات الأجنبية ونقل التكنولوجيا و الخبرات للمؤسسات المحلية، إلا أنها تعتبر عائقا أمام تطور الاستثمارات الأجنبية، ويرى بعض الباحثين أن سن القاعدة في قانون المالية وعدم إدراجها في قانون الاستثمار الجديد أمر تعمده المشرع لكي تبقى قاعدة 51-49% في قانون الاستثمار رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار على صعوبتها و عدم إمكانية التحقق من احترامها من طرف الأجهزة المكلفة بالاستثمار(7).

---

(1)- أنظر المادة 55 من القانون رقم08/13، المؤرخ في 30 /2013/12، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68 صادر 2013/12/31.

(2)- شنتوفي عبد الحميد، "الشراكة : آلية لتفعيل الاستثمار الأجنبي المباشر في الج ا زئر"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 13 ، العدد01، 2016، ص519.

(3)- قانون رقم09/16 مؤرخ في 03 أوت لسنة 2009، مرجع سابق.

(4)-أمر 03/01 مؤرخ في أوت 2001، مرجع سابق.

(5)- أنظر المادة 66 من قانون رقم 18/15، مؤرخ في 2015/12/30، يتضمن قانون المالية لسنة 2016 ج ر ج ج عدد 72، صادر في 2015/12/31.

(6)-صالح بودهان، خويلدي السعيد، مرجع سابق، ص152 .

(7)- ق ؛ فؤاد، " تفاصيل مشروع قانون الاستثمار الجديد"، جريدة الجزائر الجديدة، الصادرة بتاريخ 2015/10/22.

- في مجال المصرفي

تجسدت الشراكة بموجب المادة 6 من الأمر رقم 04/10 المتعلق بالنقد و القرض المعدلة والمتممة للمادة 183 من الأمر رقم 11/03 التي جاء فيها : ... **لا يمكن الترخيص بالمساهمات الخارجية في البنوك و المؤسسات المالية التي يحكمها القانون الجزائري، إلا في إطار شراكة تمثل المساهمة الوطنية المقيدة على الأقل ب 51 بالمائة من رأس المال**(1).

يتبين لنا من خلال هذه المادة أن إ ا ردة الدولة الجزائرية في تقييد حركة رؤوس الأموال الأجنبية وذلك بممارسة الرقابة على الاستثمارات الأجنبية وتفعيل مراقبة البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية، فتحويل أصول الاستثمار في المنشآت البنكية، و إعادة تحويل أرباح البنوك والمؤسسات المالية تتم في حدود قاعدة 49%(2).

-تكريس الشراكة في قطاع المحروقات: إن ارتباط تحقيق التنمية في الجزائر بالموارد النفطية غير مستقرة نتيجة هيمنة قطاع المحروقات(3)، هذا ما أدى بالمشرع إلى تكريس قوانين متعلقة بالشراكة بحيث نصت المادة 77 فقرة 5 من القانون رقم 01/13 يتعلق بالمحروقات على أنه : **بالنسبة للنشاطات التي تمارسها المؤسسة الوطنية سونا طراك، شركة ذات أسهم، بالشراكة مع أي شخص، تحدد نسبة مشاركة المؤسسة الوطنية سونا طراك، شركة ذات أسهم أو فروعها ب 51 %على الأقل**(4).

انطلاقا من هذه المادة يمكن القول أنه، يمكن للمؤسسة الوطنية سونا طراك أن تمارس نشاطات تحويل المحروقات، بالشراكة لكن نسبة مشاركة الطرف الوطني في عقود الشراكة الأجنبية في هذا القطاع محددة بنسبة 51% (5)، كما يمكن القول بالرغم من الأهمية البالغة للشراكة كآلية تعاونية وتكاملية بين الدول، إلا أن الواقع يؤكد محدودية دورها، إذ أن مشاريع الشراكة المبرمة مع الاستثمارات الأجنبية المباشرة لم تخلق إلا قليلا من مناصب الشغل، ويكاد دورها يكون هامشيا في تقليص و حل أزمة البطالة التي تعاني منها الجزائر(6).

---

(1)- أنظر المادة 6 من الامر رقم04/10، المؤرخ في 26 /2010/08، يعدل و يتمم الأمر 10/03، المتعلق بالنقد و القرض، ج ر ج ج، عدد 50 صادر 2010/09/01.

(2)- شنتوفي عبد الحميد، المعاملة الإدارية والضريبية للاستثمارات في الجزائر، مرجع سابق، ص147 .

(3)- حيدوشي عاشور، وعليل ميلود، أثر المالية على المتغيرات الاقتصادية الكلية للاقتصاد الجزائري ، مجلة ميلاف للبحوث و الدراسات، العدد 05/05/ 2017 ،ص 321.

(4)- أنظر المادة 77 من القانون رقم01/13 مؤرخ في 20 فيفري 2013 ، يعدل و يتمم القانون رقم 07/05، مؤرخ في أفريل 2005 ، يتعلق بالمحروقات، ج ر ج ج، عدد 11 ، صادر في 24 فيفري سنة 2013.

(5)- أورير شهر ا زد، عدنان لوينس، مظاهر تقهقر الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع ، قانون الأعمال، تخصص، قانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2017. ص 7.

(6)- شنتوفي عبد الحميد، المعاملة الإدارية و الضريبية للاستثمارات في الجزائر، مرجع سابق، ص152 .

ثانيا : استبعاد المستثمرين الأجانب من الاستثمار في إطار الخوصصة

لم يتم إدراج الخوصصة في إطار القانون رقم09/16 المتعلق بترقية الاستثمار و تم حذف الفقرة المتعلقة بإمكانية الاستثمار في إطار خوصصة كلية أو جزئية، و اكتفى عند تحديده للمقصود بالاستثمار بالشكلين الآتيين: اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل،والمساهمات في رأسمال الشركة (1)

و بعد صدور قانون المالية لسنة 2016 أكد على إمكانية فتح رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية لفائدة المساهمة الوطنية المقيمة، وفي المقابل استبعد المستثمرين الأجانب تماما من إمكانية الاستثمار عن طريق الخوصصة حتى ولو بنسبة لا تتعدى 49%.

وهذا ما أكده وزير الصناعة والمناجم سابقا عبد السلام بوشوارب للإذاعة الجزائرية، بقوله لدى إشرافه على تنصيب لجنة التوجيه المكلفة بمتابعة مشروع المدارس العليا لمهن الصناعة، "**إن مشروع القانون المتعلق بالاستثمار الذي وضعته الوزارة على مستوى المجلس الشعبي الوطني سحبت منه كلمة خوصصة نهائيا وأكد أنه لا يوجد مجال لخوصصة الشركات العمومية مستقبلا**"(2).

لكن بعد صدور قانون المالية لسنة 2016 أكد على إمكانية فتح رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية لفائدة المساهمة الوطنية المقيمة، وفي المقابل استبعد المستثمرين الأجانب تماما من إمكانية الاستثمار عن طريق الخوصصة حتى ولو بنسبة لا تتعدى 49%.

بحيث تنص المادة 62 منه على" يجب على المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تنجز عمليات شراكة عن طريق فتح الرأسمال الاجتماعي لفائدة المساهمة الوطنية المقيمة طبقا للتشريع الساري المفعول، الاحتفاظ بنسبة 34 % من مجموع الأسهم أو الحصص الاجتماعية.يمكن المساهم الوطني المقيم، بعد انتهاء مدة خمس 05 سنوات و بعد إجراء المعاينة قانونا على احترام جميع التعهدات المكتتبة، رفع أمام مجلس الدولة، خيار ش ا رء الأسهم المتبقية في حال موافقة المجلس، تتم عملية التنازل بالسعر المتفق عليه مسبقا في ميثاق الشركاء أو بالسعر الذي يحدده المجلس.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة، عن طريق التنظيم" (3).

يتضح من خلال هذه المادة أن المستثمرين الوطنيين الخواص المقيمين إلى جانب إمكانية امتلاكهم لنسبة تقدر ب 66 % من الرأسمال الاجتماعي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، إمكانية

---

(1)– حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في قانون الجزائري، مرجع سابق، ص 199.

(2)–مقال منشور على موقع التالي http://www.radioalgerie.dz/news/ar/article/20150317/33937.htm تحت عنوان : لن تكون هناك خوصصة للشركات العمومية في إطار قانون الاستثمار الجديد" تم نشره يوم 03/17/ 2015تم الاطلاع عليه يوم 2018/05/01.

(3)–أنظر قانون رقم18/15، مؤرخ في 2015/12/30، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، مرجع سابق.

أخرى تتمثل في خيار شراء الأسهم المتبقية في ذمة المؤسسة العمومية و المقدرة ب 34 %، وذلك بتقديم طلب لدى مجلس مساهمات الدولة بعد انتهاء أجل 05 سنوات و بعد إجراء المعاينة قانونا على احترام جميع التعهدات المكتتبة (1).

ثالثا : تقييد مبدأ حرية الاستثمار

تنص المادة 3 من قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه :" **تنجز الاستثمارات المذكورة في أحكام هذا القانون في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة، و بالنشاطات والمهن المقننة وبصفة عامة بممارسة النشاطات الاقتصادية.**(2)

باستقرائنا لمضمون هذه المادة، يتضح جليا أن المشرع الجزائري أعطى للمبدأ مفهوما ضيقا، حيث نجد فيصلب النص أنه وضع قيد و هو مراعاة الأحكام المتعلقة بالنشاطات المقننة، إضافة إلى قيود أخرى واردة في أحكام هذا القانون وفي قوانين أخرى (3)، الاستثمار إضافة أن المشرع لم يقم بتحديد هذه النشاطات بل اكتفى فقط بذكر أن حماية البيئة تعتبر قيدا لحرية الاستثمار(4).

وما يمكن التنبيه إليه أيضا أن المشرع ربط حرية المستثمر لإنجاز استثماراته بالتسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، التي تشترط مراعاة التنظيم المعمول به بالنشاطات المقننة وحماية البيئة، فهذا الشرط يقلص من مجال الحرية الممنوحة للمستثمرين، لان النشاطات المقننة تتطلب شروط خاصة حتى يتم الترخيص بممارستها لأن أصحاب هذه النشاطات يتلقون دعما من الدولة، وهذا من شأنه أن يخلق تمييز بين المستثمرين الأجانب و الوطنيين. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل أن حرية الاستثمار ليست مطلقة(5).

وعلى هذا الأساس فالقيود التي أوردها المشرع على حرية الاستثمار تتمثل في النشاطات المقننة، وحماية البيئة كما هو مبين:

---

(1)– حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في قانون الجزائري، مرجع سابق، ص 200.

(2)– انظر المادة 03 من القانون09/16، المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

(3)–اوباية مليكة، "مكانة مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري"،المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق،جامعة تيزي وزو، عدد02 ، 2010 ، ص245.

(4)–HAROUN Mehdi , Le régime des investissement en Algérie, A la lumière des convention franco-algériennes, Thèse de doctorat , LITEC , PARIS 2000, p 287et 288.

(5)– بوسته جمال، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر، على ضوء اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص، قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017 ص 74.

أ-**النشاطات المقننة:** النشاطات المقننة مفهوم جديد في القوانين المتعلقة بالاستثمار في الجزائر، حيث ظهر هذا المفهوم لأول مرة في المرسوم التشريعي رقم12/93 المتعلق بترقية الاستثمار(1)، لأن دراسة مختلف قوانين الاستثمار منذ الاستقلال تسمح لنا بالقول أن هذا المفهوم لم يكن موجودا في هذا الفرع الخاص من القانون(2).

-**تعريف النشاطات المقننة:** بالعودة للمرسوم التنفيذي رقم 12/93 الذي يحدد شروط و كيفيات ممارسة الأنشطة والمهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري ، يلاحظ أنه قدم تعريفا لها وذلك طبقا للمادة الثانية التي تنص على ما يلي: "**تعرف الأنشطة و المهن المنظمة المذكورة في المادة الأولى بالنظر إلى طبيعتها أو موضوعها ، بأنها أنشطة و مهن لها طابع خصوصي ولا يسمح بممارستها إلا إذا توفرت فيها الشروط التي بتطلبها التنظيم** (3).

يتضح من خلال هذه المادة أنها عرفت النشاطات المقننة باستعمال مصطلحين مختلفين الأنشطة و" المهن ، و ذلك حسب طبيعة هذه النشاطات ومحتواها، ما يستخلص أن المادة 2 لم تقدم مفهوم دقيق بشأن النشاطات المقننة، وما نلاحظه هي نفس العبارة التي استعملها المشرع في المادة3 من القانون رقم09/16 المتعلق بترقية الاستثمار (4)، المتمثلة في عبارة : "**النشاطات والمهن المقننة** "و هذا ما يبين غموض وعدم وضوح مفهوم فكرة النشاطات المقننة (5)

ب-حماية البيئة : يرجع الاهتمام بقضايا البيئة و بحمايتها، بما تحمله من أبعاد اجتماعية و إنسانية، إذ تعد الوسط الأساسي الذي يعيش فيه الإنسان ويمارس فيه نشاطاته المختلفة و يستمد منه عناصر ومقومات الحياة الرئيسة، لأجل ذلك نجد مختلف دول العالم أولتها عنايتها البالغة واهتمت الدراسات بهذا الموضوع و أخذ حيزا هاما (6)، خاصة مع تسارع وتيرة إنشاء العديد من المصانع في السبعينات والثمانينات بطريقة عشوائية، تسبب في إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة، هذا ما ينعكس سلبا على الأفراد، وهذا ما دفع بالسلطات إلى التفكير في إرساء و استحداث آليات قانونية من أجل تحقيق توازن بين المصالح الاقتصادية، الاجتماعية والبيئية .

---

(1)- مرسوم تشريعي12/93 مؤرخ في 5 أكتوبر 1993 ، مرجع سابق.

(2)- مشيد سليمة، المستثمر الأجنبي و قانون النشاطات المقننة في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016،ص73.

(3)- مرسوم تنفيذي رقم 243/15، مؤرخ في 29 أوت 2015 ، يحدد شروط و كيفيات ممارسة الأنشطة و المهن الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، ج ر ج ج، عدد 48 ، صادر في 09 سبتمبر 2015.

(4)-أنظر المادة 03 من قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مؤرخ في 3 أوت سنة 2016 ، مرجع سابق.

(5)- بن هلال نوال، بن سعيدي فايزة، الاستثمار في النشاطات المقننة على ضوء قانون ترقية الاستثمار الجديد، مذكرة ، لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص، قانون العام الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2017 ص 12.

(6)- والي نادية، مرجع سابق، ص37 .

بحيث وضع المشرع بصريح العبارة قيد على حرية الاستثمار في المادة 3 من قانون رقم09/16 المتعلق بترقية الاستثمار بقوله "**لا سيما تلك المتعلقة بحماية البيئة**" (1) ، وهذا ما يجعل حماية البيئة بحد ذاتها تشكل مطلبا أساسيا للسياسة الوطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية(2).

(1)– أنظر المادة 3 من قانون رقم 09/16 مؤرخ في 3 أوت سنة 2016 ، مرجع سابق.

(2)– بركان عبد الغاني، سياسة الاستثمار و حماية البيئة في الج ا زئر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص، تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010 ، ص34.

المطلب الثاني:

الحواجز المفروضة على المستثمر الأجنبي في مرحلة استغلال الاستثمارات و تصفيتها

قامت الجزائر باتخاذ بمختلف التدابير والإجراءات والسياسات الرامية إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية، وكذا توفير وخلق المناخ الملائم والمحفز للاستثمار، لكن بالرغم من كل هذه الإجراءات إلا أن المستثمر الأجنبي يواجهه قيودا قانونية، سواء في مرحلة استغلال المشروع الاستثماري (الفرع الأول) أو عند تصفية هذا المشروع الاستثماري (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الحواجز المفروضة في مرحلة الاستغلال

إن المستثمر الأجنبي عند استغلاله لمشروعه الاستثماري، تواجهه مجموعة من العراقيل والقيود القانونية المعقدة، و التي تتعلق بإلزام المستثمر الأجنبي بالتمويل المحلي لإنجاز مشروعه الاستثماري ، إضافة إلى احتمال تعرض المستثمر الأجنبي للازدواج الضريبي وأيضا تشديد الرقابة على عمليات إعادة التحويل إلى الخارج.

أولا : إلزام المستثمر الأجنبي بالتمويل المحلي لإنجاز مشروعه

أدرج المشرع الجزائري شرط استعانة المستثمر الأجنبي بالتمويل المحلي لإنجاز مشروعه الاستثماري في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، ثم أعاد النص عليه في قانون المالية لسنة2016 ، حيث نصت المادة 55 الفقرة الأولى منه على أنه يتم توفير التمويلات الضرورية لانجاز الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة باستثناء تشكيل رأس المال، صفة عامة، عبر اللجوء إلى التمويل المحلي .

غير أنه يرخص اللجوء للتمويلات الخارجية لانجاز الاستثمارات الإستراتيجية من طرف المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، وذلك حالة بحالة، من طرف الحكومة.

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع ألزم المستثمرين الأجانب بإنجاز مشاريعهم في الجزائر اعتمادا على التمويلات المحلية باستثناء تشكيل رأس المال، ومنعهم من الاقتراض من الخارج، وهدف الدولة من هذا التقييد هو الحد من تحويل فوائد القروض الخارجية المحتملة (1) لكن فيما يتعلق بإنجاز الاستثمارات الإستراتيجية وذلك بعد الحصول على ترخيص مسبق من الحكومة، و رغم كون هذا الترخيص قيد بحد ذاته إلا أنه يجعل اللجوء إلى التمويل الخارجي ممكنا بالنسبة للمستثمرين الأجانب، وهو الأمر الذي لم يسمح به قانون المالية التكميلي لسنة 2009(2).

---

(1)–صالح بودهان، خويلدي السعيد، مرجع سابق، ص 151.

(2)–حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في قانون الجزائري، مرجع سابق، ص 202.

ثانيا: احتمال تعرض المستثمر الأجنبي للازدواج الضريبي

إن الازدواج الضريبي يشكل عائقا أمام الاستثمارات الأجنبية، ذلك لان خضوع المكلف لنفس الضرائب على نفس الدخل في بلد إقامته والبلد الذي يمارس فيه نشاطه سيؤدي إلى تراكم الضرائب المستحقة على نفس الدخل و ثقل العبء الضريبي الذي تحمله المستثمر، مما يؤدي إلى تقليص العوائد التي كان يأمل هذا الأخير إلى تحقيقها من خلال استثماره (1)، وفي هذا السياق

أبرمت الجزائر 21 اتفاقية ثنائية تهدف إلى تجنب التهرب و الازدواج الضريبي خلال فترة ما بين 1991 – 2004 وهي موزعة على سبعة دول عربية الأردن، الإمارات العربية المتحدة، البحرين، سوريا، عمان، مصر، اليمن. بالإضافة إلى اتفاقية منع الازدواج الضريبي مع دول اتحاد المغرب العربي(2).

ثالثا: تشديد الرقابة على عملية إعادة التحويل إلى الخارج

يتعرض المستثمر الأجنبي طيلة مدة حياة الشركة بالجزائر إلى رقابة قانونية وإدارية تمليها النصوص القانونية والتنظيمية (3)، لعل أشدها هي رقابة حركة رؤوس الأموال في مجال الاستثمار

التي لها أهمية بالغة بالنظر إلى ارتباط الاقتصاد الوطني بها، و تتبع الدولة هذا الأسلوب الاقتصادي بإجراءات مختلفة، و الحكمة منه هو تحقيق أهداف وقائية و حمائية للاقتصاد الوطني(4).

وفي هذا السياق، سنتطرق إلى الشروط الواجب توافرها لإمكانية إعادة التحويل، (أ)والقيود المشتركة المفروضة على كل عمليات إعادة التحويل(ب).

أ-الشروط الواجب توافرها لإمكانية إعادة التحويل :

تنص المادة 25 من القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار على مايلي :

"**الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستورة عن الطريق المصرفي، و مدونة بعملة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام، ويتم التنازل عنها لصالحه، و التي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع**"(5)..

---

(1)-لعجال ياسمينة، الضب طارق،" إشكالية الازدواج الضريبي الدولي بين الآثار السلبية و فعالية الحلول الوطنية"، دفاتر . السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، جوان 2016 ، ص 116.

(2)- طالبي محمد،" أثر الحوافز الضريبية و سبل تفعيلها في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد السادس، ص 313.

(3)-بركي ليندة، ا زيدي حنان، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في مجال التأمين في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، . 2014 ،ص47.

(4)-غيلاس صوفية، نايت سيدوس كهينة، الرقابة اللاحقة على الاستثمار في قانون الج ا زئري، مذكرة لنيل شهادة الماستر . في الحقوق، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2015 ،ص32.

(5)-أنظر المادة 25 من قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

انطلاقا من مضمون هذه المادة يتضح جليا حق المستثمر الأجنبي في الاستفادة من ضمان إعادة تحويل الأرباح الناتجة عن استثماره في الج ا زئر إلى الخارج بما فيها الرأسمال الأصلي للمستثمر، وذلك فقط في حالة القيام بإنجاز مشروعه الاستثماري انطلاقا من حصص خارجية تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا التي تحدد وفق التكلفة الكلية للمشروع، بمعنى أن يكون الاستثمار قد أنجز بواسطة رأس مال سبق استيراده إلى الجزائر بصفة قانونية سواء كان هذا الاستيراد في شكل حصص نقدية أو عينية(1).

أما الأشخاص الذين لهم الحق في إعادة التحويل وبالعودة إلى نصوص قانون النقد والقرض رقم 10/90، و النظام رقم 03/05 المتعلق بالاستثمارات الأجنبية (2)، يمكن أن نستخلص من خلالها أن الأشخاص الذين لهم الحق في إعادة التحويل إلى الخارج هم الأشخاص غير المقيمين فقط، و هذا لأنهم هم الذين يقومون بالاستثمار بواسطة رؤوس الأموال بالعملة الصعبة تم جلبها من الخارج(3).

بحيث تنص المادة 125 فقرة 2 من الأمر رقم11/03 المتعلق بالنقد و القرض:

"**كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية خارج الجزائر**"(4)

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع اعتمد على معيار الإقامة في تعريف غير المقيم، ولم يعتمد على معيار الجنسية و الغاية التي يبتغيها من ذلك تشجيع المستثمرين من أصل جزائري و المالكين لرؤوس أموال لا يستهان بها على استثمارها في الجزائر.

ب-إجراءات عمليات إعادة التحويل:

للقيام بعملية إعادة التحويل ينبغي على المستثمر مراعاة بعض الشكليات و الإجراءات التي تفرضها القوانين في هذا المجال و التي تتمثل في عملة إعادة التحويل (1)، و أجال التحويل (2).

1- عملة إعادة التحويل :لم يتخذ المشرع الجزائري موقفا حاسما بشأن تحديد العملة التي يتم بها إعادة تحويل رؤوس الأموال في القانون الداخلي، و هو ما يعاب عليه المشرع بحيث كان من المفروض أن يبين نوع العملة الصعبة القابلة للتحويل والتي تتم بها عملية إعادة التحويل، و هذا ما يستدعي الإحالة إلى بعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى، نذكر منها: الاتفاق المبرم بين الجزائر وايطاليا حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات حددت عملة إعادة التحويل بالعملة التي تم

(1)- حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في قانون الجزائري، مرجع سابق، ص 157 و 154.

(2)- نظام رقم 03-05مؤرخ في 06 جوان 2005 ، يتعلق بالاستثما ا رت الأجنبية، ج.ر ج ج، عدد 53 ، صادر في 31 جوان 2005

(3)- بن أوديع نعيمة، مرجع سابق، ص 68.

(4)-، أنظر المادة 125 من أمر 11/03 ، مؤرخ في 26 أوت سنة 2003 ، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 52 صادر في 27 أوت 2003 ، معدل و متمم بالقانون رقم 17/ المؤرخ في 11 أكتوبر سنة 2017 ، ج ر ج ج، عدد 57 ، صادر في 12 أكتوبر2017.

بها الاستثمار.

اتفاقيات منحت الاختيار بين العملة التي أنجز بها الاستثمار أو أية عملة أخرى قابلة لإعادة التحويل يتم الاتفاق عليها بسعر الصرف المعمول به في تاريخ إعادة التحويل، كالاتفاق المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر و رومانيا.

2-أجال التحويل:

لم يحدد المشرع الجزائري في قانون رقم 09/16 المتعلق ترقية الاستثمار أجال معينة، لكن بالعودة إلى المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار(1)، و النصوص التنظيمية المتعلقة بإعادة التحويل بما فيها النظام رقم 03/90 الذي يحدد شروط تحويل رؤوس، الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج و مداخليها(2)، وكانت هذه المدة هي مهلة شهرين انطلاقا من تاريخ إيداع الطلب لدى الجهة المختصة(3).

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية نجدها قد اختلفت هي الأخرى في تحديد هذه المدة من اتفاق إلى أخر، بحيث نجد هناك اتفاقيات حددتها بمدة ستة أشهر، ونجد من بينها الاتفاق المبرم بين الجزائر وايطاليا(4) واتفاقيات حددتها بمدة 3 أشهر، و التي نجد منها : الاتفاق المبرم مع المملكة الاسبانية(5).

اتفاقيات حددتها بمدة شهرين ونجد منها : الاتفاق مع جمهورية ألمانيا الاتحادية ، والاتفاق مع حكومة رومانيا، وكذلك مع جمهورية فرنسا.

---

(1)- أنظر المادة 12 من مرسوم تشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993 . مرجع سابق.

(2)- انظر المادة 14 فقرة 2 من النظام رقم 03/90 مؤرخ في 8 سبتمبر 1990 ، يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخليها، ج رج ج، عدد 45 ، الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1990.

(3)-بن أوديع نعيمة، مرجع سابق، ص 76.

(4)-أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 05 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والحكومة الايطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 -ماي- 1991 ، مرجع سابق.

(5)- أنظر المادة 7 الفقرة الأخيرة من الاتفاق المبرم بين الجزائر و المملكة الاسبانية ، و المتعلق بالترقية والحماية 88- المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد بتاريخ 23 ديسمبر 1994 ، و المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 88/95 مؤرخ في 25 مارس 1995 ، ج ر عدد 23 ، الصادر بتاريخ 26 أفريل 1995.

الفرع الثاني:

الحواجز المفروضة عند تصفية الاستثمار

يلعب الاستثمار الأجنبي دورا مهما في تطوير وتنمية اقتصاديات الدول ، والجزائر كغيرها من بلدان العالم عملت على استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية لدفع حركة التنمية للحاق بركب الدول المتقدمة 218 ، لكن سرعان ما يصطدم المستثمر الأجنبي بمجموعة من العراقيل والقيود التي تمارسها الدولة المضيفة للاستثمار في سياق ممارسة حقوقها من بينها حق الشفعة الذي يعتبر من أهم العقبات التي تواجه المستثمر الأجنبي خاصة في مرحلة تصفية المشروع الاستثماري.

وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تطبيق حق الشفعة على الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، و قيد شراء الدولة للأسهم و الحصص المتنازل عنها في الخارج، و تدخل الدولة في المجال المصرفي.

أولا : تطبيق حق الشفعة على الاستثمارات الأجنبية

بصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009 أقر المشرع الجزائري بموجب نص المادة 62 منه (1)، والتي استحدثت المادة 4 مكرر 3 من الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار (2)، قيد أخر على المستثمر الأجنبي (3) يتمثل في حق الشفعة لفائدة الدولة و المؤسسات العمومية الاقتصادية على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب وكل التصرفات عن الحقوق العينية العقارية المتبعة من طرف شركات أجنبية تخضع للتشريع الجزائري سواء أبرم العقد داخل التراب الوطني أو خارجه (4).

و في إطار الأمر رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار كرس المشرع الجزائري حق الشفعة في القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 30 منه التي تنص على ما يلي:"بغض النظر عن أحكام المادة 29 أعلاه، تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب تحدد كيفيات ممارسة حق الشفعة عن طريق التنظيم" (5).

---

(1)– أنظر المادة 62 من قانون رقم 01/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009 ، يتضمن قان ون المالية التكميلي لسنة 2009. ج رج ج، عدد 44 ، صادر في 26 جويلية2009 .

(2)– أنظر المادة 04 مكرر 03 من أمر رقم03/01 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

(3)–بن هلال ندير، معاملة الاستثمار الأجنبي في ظل الأمر رقم 03/01المتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

(4)– خوادجية سميحة حنان،"تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الج ا زئر"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول الإطار . القانوني للاستثمار في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، يومي 18 و 19 نوفمبر 2015 .ص

(5)–أنظر المادة 30 من قانون رقم09/16 ، مؤرخ في 3 أوت سنة 2016 ، مرجع سابق.

تتمتع به الدولة، فهي الوحيدة التي لها الأولوية في تملك الأسهم و الحصص المتنازل عليها من قبل أو لفائدة المستثمرين الأجانب(1).

والجدير بالذكر، أن الدولة الجزائرية تكرس حق الشفعة في مجال العمليات الاستثمارية، دون أن يكون هناك تنظيم خاص ينظم هذا الإجراء، وهذا بالرغم من النص في القانون المتعلق بترقية الاستثمار على تبيان كيفية ممارسة حق الشفعة عن طريق التنظيم، لكن لحد الآن لا ميلاد لهذا الأخير (2).

(1)– صالح بودهان، خويلدي السعيد، مرجع سابق، ص15 .

(2)– دالي عقيلة، "مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة للاستثمارات الأجنبية) من حيث تكريس الضمانات القانونية (، "المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، مجلد 16 ، عدد 2017,02 ، ص276.

ثانيا: قيد شراء الدولة للأسهم والحصص المتنازل عنها في الخارج

أضاف المشرع الجزائري إجراء أخر يتشابه نوعا ما مع حق الشفعة، يتمثل في تقرير حق الدولة في إعادة شراء الأسهم و الحصص المتنازل عنها بشكل كلي أو جزئي في الخارج، والتي هي ملك للمستثمرين الوطنيين أو الأجانب، في الشركات الخاضعة للقانون الجزائري، التي استفادت من الحوافز و الامتيازات الجبائية المقررة في قانون ترقية الاستثمار، خلال فترة انجازه (1)، وعليه، سوف نتطرق إلى تكريس حق الدولة في شراء الأسهم و الحصص المتنازل عنها في الأمر رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.

حيث كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 31 من القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار التي تنص :

"يشكل تنازلا غير مباشر عن شركة خاضعة للقانون الجزائري، التنازل بنسبة 10 % أو أكثر عن أسهم أو حصص اجتماعية لشركة أجنبية تحوز مساهمات في الشركة الأولى المذكورة.

يؤدي التنازل غير المباشر عن شركة خاضعة للقانون الجزائري استفادت من مزايا أو تسهيلات عند إنشائها، إلى إخطار مجلس مساهمات الدولة.

يخص السقف المذكور أعلاه، التنازل في عملية واحدة أو عدة عمليات متراكمة، لصالح نفس المشتري.

في حالة عدم الالتزام بتنفيذ الإجراء المذكور في الفقرة 2 أعلاه، أو الاعتراض المبرر لمجلس مساهمات الدولة في أجل شهر واحد (1) من تاريخ استلام الإخطار المتعلق بالتنازل، تمارس الدولة حق الشفعة على نسبة من رأس المال الموافق لرأس المال محل التنازل في الخارج، دون تجاوز الحصة التي يحوزها المتنازل في الرأسمال الاجتماعي للشركة الخاضعة للقانون الجزائري.

(1)– معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص، القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015 ،ل ص277.

تحدد كيفيات ممارسة حق الشفعة عن طريق التنظيم"(1).

لقد حدد نص المادة المذكور أعلاه المقصود بالتنازل الغير مباشر عن شركة خاضعة للقانون الجزائري استفادت من مزايا أو تسهيلات عند إنشائها، وهو كل تنازل يتم من طرف هذه الأخيرة بنسبة تقدر ب 10 % أو أكثر من رأسمالها الاجتماعي لمصلحة شركة أجنبية تحوز في الأساس مساهمات في الشركة المتنازلة، و يترتب عن هذا التنازل الغير مباشر وجوب إخطار مجلس مساهمات الدولة(2).

وفي الأخير نشير إلى أن هناك تشابه بين حق الشفعة و حق إعادة شراء الأسهم والحصص المتنازل عنها في الخارج، باعتبار كلاهما يؤثر على ممارسة المستثمر للامتيازات المرتبطة بحق الملكية، لكن ليس بطريقة مباشرة مثل ما نجده عند التأميم، نزع الملكية للمنفعة العامة، بل بطريقة غير مباشرة مما جعل العديد من الباحثين يطلقون عليها "التأميمات الزاحفة" (3).

ثالثا: تدخل الدولة في المجال المصرفي

يعد القطاع المصرفي نموذجا يشهد عودة تدخل الدولة في توجيه المؤسسة الخاصة، و هذا بتخصيص سهم نوعي للدولة يسمح لها بمراقبة النشاط المصرفي ، وتدخل الدولة لتنظيم القروض الاستهلاكية.

1-التكريس القانوني لآلية السهم النوعي :

ظهرت تقنية السهم النوعي في بريطانيا بتسمية السهم الذهبي "**Golden share**" استعملتها الحكومة البريطانية في بداية الثمانينات لتجسيد إستراتيجيتها الرامية للاحتفاظ بسيطرتها على الشركات البترولية، ثم انتقل بعد ذلك إلى عدة دول كفرنسا فارتبط السهم النوعي فيها برغبة الدولة في الاحتفاظ بالسيطرة على مشروعات الطاقة النووية و البترولية و الالكترونيات المتصلة بالصناعات العسكرية ، ويقصد بالسهم النوعي أنه : " أداة قانونية للسيطرة على الشركات التي يتم خصخصتها ويشبهها بعضهم بالأم التي ترغب بالسيطرة على حياة ابنها الذي تزوج"، أو " حصة متميزة تحتفظ بها الدولة مؤقتا في أ رس مال الشركة التي تم خوصصتها و يعطيها حق التدخل لأسباب ذات مصلحة وطنية"(4).

---

(1)-أنظر المادة 31 من قانون رقم09/16 مؤرخ في 3 أوت سنة 2016 ، مرجع سابق.

(2)-حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص278 .

(3)- بن هلال ندير، معاملة الاستثمار الأجنبي في ظل الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق،277.

(4)- بن هلال ندير، مرجع سابق ص194.

لقد عرف المشرع الجزائري السهم النوعي في نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 01/352 ،الذي يحدد شروط ممارسة حقوق السهم النوعي و كيفيات ذلك بأنه : " يقصد بالسهم النوعي سهم في رأس مال الشركة ناتج عن خوصصة مؤسسة عمومية اقتصادية، تحتفظ به الدولة مؤقتا و يخولها حق التدخل بموجب الأسباب ذات مصلحة وطنية "(1).

تم تكريس آلية السهم النوعي لأول مرة في المادة 6 فقرة 3 من الأمر رقم22/95، المتعلق بالخوصصة، فاتخذ منه آلية للدفاع عن المصلحة الوطنية و الحد من تسريح العمال ونجد أيضا المشرع الجزائري كرس آلية السهم النوعي بموجب التعديلات التي طرأت على قانون النقد والقرض سنة2010. (2)

يتبين لنا من خلال هذا الإجراء، بأنه لا يشكل إلا عائقا أخر في مواجهة المستثمرين الخواص سواء وطنيين أو أجانب، يضاف إلى قائمة العراقيل والقيود في سبيل المشاريع الاستثمارية.

2-تدخل الدولة لتنظيم القروض الاستهلاكية :

لم يتوقف تدخل الدولة في القطاع المصرفي بامتلاك سهم نوعي في رأس مال البنوك والمؤسسات المالية الخاصة، بل تعدى الأمر ذلك إلى حد تدخلها في عمل هذه الأخيرة، و ذلك بمنعها من منح القروض الاستهلاكية بموجب المادة 75 من قانون المالية لسنة 2009 التي تنص على مايلي :" لا يرخص للبنوك بمنح القروض للأفراد إلا في إطار القروض العقارية .

هذا ما يبين بأن المشرع الجزائري قد أبقى على القروض العقارية، بينما ألغى القروض الاستهلاكية، ما يعد تدخل للدولة في حرية تسيير البنوك و المؤسسات المصرفية، إلا أنه في سنة 2015 ، قام المشرع الجزائري بالترخيص للبنوك بمنح قروض استهلاكية بموجب المادة 88 من قانون المالية لسنة 2015 التي تنص على مايلي :"يرخص للبنوك بمنح قروض استهلاكية موجهة حصريا لاقتناء السلع من طرف العائلات فضلا عن تلك التي تمنحها لاقتناء العقارات...

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد رخص للبنوك و المؤسسات المالية بمنح قروض استهلاكية للعائلات الجزائرية، إضافة لتلك المتعلقة بشراء العقارات ، وتعتبر القروض الاستهلاكية من العقود الحديثة نسبيا التي عالجها المشرع الجزائري مقارنة بالتشريع الفرنسي 253 ، إذ تلعب دورا مهما بالنظر إلى مساهمتها في الرفع من إنتاج و تداول السلع ومختلف الآليات و التجهيزات الممولة بهذه القروض

(1)-أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم352/01، مؤرخ في 10 نوفمبر 2001 ، يحدد شروط ممارسة حقوق السهم . النوعي و كيفيات ذلك، ج ر ج ج، عدد 67 ، صادر في 11 نوفمبر 2001.

(2)-أنظر المادة 83 من الأمر رقم11/03، مؤرخ في 26 أوت 2003 ، يتعلق بالنقد و القرض، ج ر ج ج، عدد52 ، صادر بتاريخ 27 أوت 2003، معدل و المتمم، بالأمر رقم04/10، المؤرخ في 26 أوت 2010 ، ج ر ج ج، عدد، عدد 50 ، صادر بتاريخ أول سبتمبر2010 .

و هو الذي يشكل عائقا أخر في مواجهة المستثمرين الخواص وطنيين أو أجانب، يضاف إلى قائمة العراقيل والقيود في سبيل المشاريع الاستثمارية.

إضافة إلى مخلفات القانون 01/03 الملغى من بعض الحواجز التشريعية و الإجرائية و التمويلية و ليس كلها، فإن المناخ الإستثماري لا زال مشوبا ببعض النقائص التي لا بد من تداركها .

خـــــاتمة

خاتمة:

ختاما للموضوع يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد سعى جاهدا في محاولة منه لمنافسة الدول الأخرى في مجال جلب الاستثمارات الأجنبية فعلى اعتبار أن استقطاب الاستثمارات الأجنبية إلى الجزائر يتطلب وسائل قانونية هامة تضبط عملية نقل الأموال والإنتاج وإحداث الأنشطة الجديدة في إطار آمن تحفظ فيه الحقوق وتفرض فيه الالتزامات، هذه الوسائل القانونية تتمثل في عقود الاستثمار والتي كان لزاما علينا عدم التطرق إلى مجملها وإنما اكتفينا بأهمها من الناحية العملية مثل عقد الترخيص، عقد الفرانشيز، وعقد امتياز المرافق العامة. وللاستفادة من الاستثمار الأجنبي من خلال هذه العقود نكون أمام إدارة المشروع الاستثماري إدارة غير مباشرة، وبعد تحليل الإطار القانوني الذي يربط بين الدولة الجزائرية المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي و الوقوف على أهم مساعي هذه الأخيرة لإنشاء مناخ استثماري لائق و متميز يرسخ الركائز الأساسية إنطلاقا من قدرته و فعاليته في إغراء المستثمرين الأجانب و مجاراة الركب الاقتصادي، و بالرغم من تميزه بجملة من الحوافز الغير مسبوقة إلا أن هناك بعض المعوقات التي تحد من قدرته على منافسة الدول خاصة الكبرى منها فالتغير المستمر للقوانين ينقص من ثقة المستثمر الأجنبي تجاه التشريعات الجزائرية إضافة إلى الوضع الكارثي و الفساد المتفشي على مستوى الإدارة، كما أن عدم توفير الحماية الكافية لملكية المستثمر الأجنبي سواء بطرق مباشرة أو غير مباشرة هو أحد أبرز أسباب تأخر الجزائر في مجال الاستثمار فرأس المال جبان يبحث دائما عن أمان وفيما عدا ذلك ومن خلال قراءة متأنية لقانون الاستثمار الجزائري رقم 16-09 لسنة2016 نجده ملبيا لمتطلبات المستثمر الأجنبي، وبالتالي مشكلة الاستثمار القانونية في الجزائر لا تكمن في ضعف تشريعاتها ذات الصلة بمناخ الأعمال بصفة عامة، وإنما لطبيعة الاستثمار في حد ذاته الذي يعتبر عملية مركبة من الناحية القانونية، الاقتصادية، الاجتماعية، والسياسية. و عليه تتبين لنا بعض النتائج هي كالآتي :

-أن إدارة المستثمر الأجنبي لمشروعه الاستثماري تكون إدارة غير مباشرة، وذلك عبر عقود الاستثمار أهمها عقد الترخيص، عقد الامتياز العام، وعقد الفرانشيز .

-سمح المشرع الجزائري من خلال قانون الاستثمار رقم 16-09 بدخول الاستثمارات الأجنبية إلى الدولة الجزائرية، مع فرض رقابة إدارية (الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار)، و(المجلس الوطني للاستثمار)،

و رقابة قانونية (احترام قانون الاستثمار والنصوص التنظيمية له وقوانين الجمهورية) وقضائية (حق الطعن القضائي والتحكيم التجاري).

-القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار قد منح ضمانات و مزايا غير مسبوقة في إطار سياسة فعالة و مستدامة لم نلحظها في العديد من تشريعات الدول الأخرى بغية الإلمام بكافة جوانب المناخ الاستثماري اللائق

-يجب ان نوفر للمستثمر الأجنبي البيئة القانونية الطبيعية التي تجد سبيلها للتطبيق والتي تكفل مشاركته مشاركة حقيقية مع رأس المال الجزائري .

-أن تكون مشاركة المستثمر الأجنبي مع الوطني مبنية على مجموعة من العوامل الاقتصادية أكثر مما هي مبنية على نصوص قانونية غير مطبقة في الميدان نصا وروحا .

-إن قبول الاستثمارات في الجزائر يشكل استنزاف للاقتصاد الوطني عندما لا يستفيد منه القطاع الخاص، وتتعاظم الخسارة أكثر بعدم وجود نصوص قانونية تحكم التجارة الالكترونية واليات تفعيلها، لان الاستثمار هو عملية لتنمية الذمة المالية وانتقال الأموال عبر الحدود بوسائل عصرية يصان فيها مبدأ الشفافية في المعاملة الاستثمارية.

-مؤسسات الاستثمار في الجزائر لا زالت غير متطلعة و متمكنة من الدور الأساسي المنوط إليها إذ أن الأحكام المنصوص عليها في القانون تظل في معظم الأحيان مجرد حبر على ورق بسب التقاعس في التنفيذ.

-رفع مستوى مؤهلات الموارد البشرية و المادية من خلال التأطير و التجهيز الذي يصبو إلى تطلعات المستثمر الأجنبي.

-إن تحليل قانون الاستثمار الجزائري الجديد يفضي إلى تبني المشرع إرادة حسنة في جذب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات إلى الجزائر من أجل تنمية اقتصادها، إلا أن الواقع الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، حال دون ذلك.

-تقييد حرية أطراف عقد الاستثمار بالاتفاق على قانون غير القانون الجزائري في مسائل عقود الاستثمار بحيث تكون فقط في الجوانب التعاقدية، أما الجوانب التنظيمية فهي تخضع حصرا للقانون الجزائري باعتباره قانون بلد تنفيذ المشروع الاستثماري.

-عدم السماح للاستثمارات المباشرة خارج محفظة القيم المنقولة أي عبر الشركات المتعددة الجنسيات لاعتبارات سيادية وعوائق سياسية، لأن هذا الأسلوب يحمل مضار أكثر من تحقيق مكاسب .

-حماية التكنولوجيا والخبرة الفنية الصناعية والتجارية للمستثمر الأجنبي وفق مقاييس عالمية، كما ينبغي سن قوانين جديدة، يحتاجها الاستثمار، مثل قانون التجارة الالكترونية.

إقرار نظام قانوني متكامل للمنافسة غير المشروعة على الصعيدين القانوني و الاتفاقي في مجال الاستثمارات.

-اعتماد عقد البوتBOT في القانون الجزائري كوسيلة من وسائل استقطاب رأس المال الأجنبي و الذي يظل حبيس القانون المقارن فقط في انتظار أن يعرف طريقه إلى التبني في التشريع الجزائري لما قد يحدثه من أثر بالغ في نقل التكنولوجيا.

أ ولا: الدستور :

1- القانون المدني الجزائري.

ثانيا : الاتفاقيات الدولية :

1- الاتفاقية المبرمة مثلا مع حكومة الجمهورية الاندونيسية بتاريخ 2000/03/21 و تم التصديق عليها بمرسوم رئاسي رقم 266/02 المؤرخ في 2002/06/22.

ثالثا_النصوص التشريعية :

أ-القانون العضوي:

01-قانون عضوي رقم 05/15 المؤرخ في 12 جانفي سنة 2012 ،يتعلق بالإعلام،ج ر ج ج، عدد 2 ، صادر في 15 جانفي،2012.

ب-الأوامر :

1-الأمر رقم 03\01 المؤرخ في 26\08\2003 المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم

2-الأمر رقم 284\66 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمارات، ج. ر. ج. ج عدد 80 الصادرة في 17سبتمبر 1966.

3- الأمر رقم 59/75 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري، (ج ر، عدد 101 مؤرخ في 1975/12/19) المعدل والمتمم .

4- الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 /1975/09، يتضمن القانون المدني، (ج ر)العدد 78، مؤرخ في 1975/09/30، المعدل والمتمم.

5- الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 1995/01/25، يتعلق بالتأمينات ج ر عدد 13 ، الصادرة في 1995/03/08، معدل ومتمم بموجب القانون 04/06، المؤرخ في 2006/02/20، ح.ر.ج.ج، عدد 15 الصادرة في 2006/03/12.

6-الأمر رقم 59/75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1955الموافق لـ26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر رقم : 05-02 مؤرخ في 2005/02/06، ج.ر عدد 11 المؤرخة في 2005/02/29.

7- الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

8- الأمر رقم 09/08 مؤرخ في 25 فيفري 2008 ،ج ر عدد 21 لسنة 2008.

9- الأمر رقم 58/75 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني ،ج ر ، عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975-، معدل و متمم بالقانون رقم07 /05 مؤرخ في 2007/05/13 ، ج ر ،عدد 31 صادر في 13 ماي- 2007 ، المادة 70 منه.

10- الأمر 11/03 ، مؤرخ في 26 أوت سنة 2003 ، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 52 صادر في 27 أوت 2003 ، معدل و متمم بالقانون رقم 17/ المؤرخ في 11 أكتوبر سنة 2017 ، ج ر ج ج، عدد 57 ، صادر في 12 أكتوبر2017.

ج-القوانين :

1-القانون رقم 277\63 المؤرخ في 26 يوليو 1963 يتضمن قانون الاستثمارات، ج. ر. ج. ج عدد 53 الصادرة في 17سبتمبر 1960.

2- القانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار.

3-القانون رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 64، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993.

4- القانون رقم 01/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009 ، يتضمن قان ون المالية التكميلي لسنة 2009. ج رج ج، عدد 44 ، صادر في 26 جويلية2009 .

5- القانون رقم18/15 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015 ، يتضمن قانون المالية لسنة 2016 ، ج ر ج ج، عدد 72 ، صادر في 31ديسمبر2015 .

6-القانون رقم06/98 مؤرخ في 27 جوان سنة 1998 ،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ج ج، عدد 48 ، صادر في 28 جوان 1998 ،معدل ومتمم بالقانون رقم05/2000، المؤرخ في 06 ديسمبر2000، ج ر ج ج عدد 75 ، صادر في 10 ديسمبر 2000 ، والأمررقم10/03 المورخ في 13 أوت سنة 2003 ،ج ر ج ج، عدد 48 ،صادر في 13 أوت 2003 ، والقانون رقم 02/08 ، المؤرخ في 23 جانفي سنة 2008 ،ج ر ج ج،عدد 04 ، صادر في 27 جانفي 2008 ،والقانون رقم14/15 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2015 ،ج ر ج ج،عدد 41 ،صادر في 29 جويلية2015 .

7-القانون رقم 03/2000، مؤرخ في 2000/08/05، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج.ر.ج.ج، الصادرة في 2000/08/16، (ملغى).

ج-المراسيم التشريعية :

1-المرسوم التشريعي رقم 93\12 المؤرخ في أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار ،ج. ر. ج. ج عدد 64 الصادرة في 10أكتوبر 1993.

2- المرسوم التشريعي رقم 12/93 يعدل و يتمم الأمر 59/75 و المتضمن القانون التجاري ج.ر.ج.ج، عدد 27، الصادرة في 28 أفريل 1993.

3- المرسوم التشريعي رقم 12/93 يعدل و يتمم الأمر 154/06 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ج.ر.ج.ج، عدد 25، الصادرة 25 أفريل 1993 .

رابعا_النصوص التنظيمية :

أ-المراسيم الرئاسية :

1- المرسوم الرئاسي رقم 186/90 مؤرخ في 1990/06/23، المتضمن الانضمام إلى مؤسسة التمويل الدوليّة التابعة للبنك الدّولي للإنشاء والتعمير، ج.ر عدد26، بتاريخ 1990/06/27.

2-المرسوم الرئاسي رقم 102/17 مؤرخ في 2017/03/05، المتضمن2017 المحدّد لكيفيات تسجيل الإستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج.ر عدد16، بتاريخ 2017/03/08 .

3-المرسوم الرئاسي رقم 247/92 مؤرخ في 1992/05/26، المتضمن التصديق على إتّفاقية إنشاء المصرف المغاربي للإستثمار والتجارة الخارجيّة بين دول إتحاد المغرب العربي، الموقعة في مدينة رأس لانوف ليبيا ، بتاريخ 09 و 1991/03/10، ج.ر عدد45، بتاريخ 1992/06/14.

4-المرسوم الرئاسي رقم 420/90، مؤرخ في 1990/12/22، المتضمن التصديق على الإتفاقية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي، الموقعة بالجزائر في 1990/07/23، الجريدة الرسمية العدد 06 ، بتاريخ 1991/02/06.

5-المرسوم الرئاسي رقم121/02، مؤرخ في 2002/04/07، المتضمن التصديق على إتّفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والحكومة الفرنسية، قصد تجنب الإزدواج الضريبي ولتجنب التهرب والغش الضريبي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الضريبة على الدخل والثروة والشركات الموقعة بالجزائر في 1999/10/17، ج.ر عدد 24 ، بتاريخ 2002/04/10.

6-المرسوم الرئاسي رقم164/03، مؤرخ في 2003/04/07، المتضمن التصديق على إتّفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الإمارات العربية المتحدة، قصد تجنب الإزدواج الضريبي على الدخل و على رأس المال و منع التهرب من الضريبة، الموقعة بالجزائر في 2002/04/24، ج.ر عدد 26 ، بتاريخ 2003/04/13.

7-المرسوم الرئاسي رقم156/16، مؤرخ في 2016/05/26، المتضمن التصديق على إتّفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ،و حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية لتجنب الإزدواج الضريبي ولتجنب التهرب والغش الضريبي في شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال الموقعة بالجزائر في 2001/02/18، ج.ر عدد 33 ، بتاريخ 2016/06/05.

ب-المراسيم التنفيذيّ :

1- المرسوم التنفيذي رقم 100/17 مؤرخ في 2017/03/05، المعدّل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 356/06، والمتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية العدد 16 ، بتاريخ 2017/03/08.

2-المرسوم التنفيذي رقم 295/02 المؤرخ في 2002/09/15 المحدّد لكيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم302/107 ، الّذي عنوانه "صندوق دعم الاستثمار"، الجريدة الرسمية العدد 62، بتاريخ 2002/09/15

3- المرسوم التنفيذي رقم153/09 ، المؤرخ في 2009/05/02 المحدّد لشروط وكيفيات منح الإمتياز على الأصول العقارية المتبقية التابعة ، للمؤسسات العمومية المستقلّة وغير المستقلّة المحليّة والأصول العقارية الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها، الجريدة الرسمية العدد 27 بتاريخ 2009/05/06.

4- المرسوم التنفيذي رقم 08 / 114 المؤرخ في 14 أفريل 2008 ، المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته ، الجريدة الرسمية عدد 20 ، مؤرخة في 13 أبريل 2008 .

5-المرسوم التنفيذي رقم 57/08 المؤرخ في 2008/02/13 يحدد شروط منح الامتياز خدمات النقل البحري ، الجريدة الرسمية، عدد 09 ، الصادرة في 2008/02/24.

6-المرسوم التنفيذي 247/15، المؤرخ في 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر عدد50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.

7-المرسوم التنفيذي رقم352/01، مؤرخ في 10 نوفمبر 2001 ، يحدد شروط ممارسة حقوق السهم . النوعي و كيفيات ذلك، ج ر ج ج، عدد 67 ، صادر في 11 نوفمبر 2001.

خامسا_القرارات الإدارية :

1- قرار رقم 11952/11950، الصادر بتاريخ 2004/03/09، شركة المسافرين سريع جنوب ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي بوهران، مجلة مجلس الدولة، عدد 04 ، سنة 2004.

سادسا الكتب :

1- الدكتور محمد محمد أحمد سويلم، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات، دراسة مقارنة بين القانون و الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى الإسكندرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2009

2- الدكتور عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية2008.

3- الدكتور عبد الله عبد الكريم، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، الطبعة 1، الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2008.

4- الدكتور عيبوط محند و علي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.

5- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.

6- عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمار في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر.

7- فريد النجار،الاستثمار الدولي و التنسيق الغربي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2004

8- محمد عبد العزيز عبد الله، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، دار النفائس، الأردن.

9- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2005.

10-عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الأعمال و الاستثمار الدولي، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2006.

11-الدكتور عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، طبعة 2008.

12-سليمان عمر عبد الهادي، الإستثمار الأجنبي المباشر وحقوق البيئة في الإقتصاد الإسلامي والإقتصاد الوضعي، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

13- صلاح الحناوي و نهال فريد مصطفي،الاستثمار في الأوراق المالية، الدار الجامعية، 2002.

14- علاء عزيز حميد الجبور، عقد الترخيص دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، الأردن،الطبعة الأولى، 2003.

15-سينوت حليم دوس، دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع ، منشأة المعارف الإسكندرية ، سنة1983.

16- الشفيع جعفر محمد الشلالي ، التنظيم القانوني لاستغلال براءة الاختراع، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، 2011.

17- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري ، الحقوق الفكرية ،دار ابن خلدون ، وهران، الجزائر.

18- الدكتور السيد مصطفى احمد أبو الخير، عقود نقل التكنولوجيا (دراسة قانونية)، ط1، القاهرة، إيتراك للنشر والتوزيع، 2007.

19- هشام مرسي،الفرونشيز ،الامتيازات التجارية و الخدماتية ،د ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998.

20- صالح بودهان، خويلدي السعيد، " حرية الاستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الحالية (بين التجسيد و التقييد)"، دفاتر السياسية و القانون، العدد 18 ، جانفي 2018.

21- زينب حسن عوض الله، مبادئ المالية العامة، الدار الجامعية، بيروت، 1998 .

22- الجيلالي عجّة، الكامل في القانون الجزائري للإستثمار (الأنشطة العادية وقطاع المحروقات)، دار الخلدونية، . الجزائر.

23-وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، سنة 2009 ، بيروت، لبنان.

24- أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1990 .

25-سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005.

26- سلام أحمد رشاد محمود ، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل BOT، في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة ، العربية ، القاهرة ،2004 .

27-حامد ماهر محمد ، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل واعادة المشروع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .

28-حماده عبد الرزاق، النظام القانوني لعقد الإمتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2012 .

29-ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، بوت BOT، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، مؤسسة طوبجي، مصر، 2003.

30-نواف كنعان، القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن 2006، ص357.

31- محمد أنور حماده، قواعد و إجراءات تنظيم المناقصات و المزايدات و العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

32- نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة ، دار بلقيس ، الدار البيضاء ، الجزائر.

33-الدكتورة هيام مروى، القانون الإداري الخاص، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، سنة 2003.

34-الدكتور مصطفى أبو زيد الفهمي، الوسيط في القانون الإداري، طبعة أولى، دار مطبوعات جامعية، 1995 .

35-الدكتور ألبرت سرحان، و [آخرون]، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2010.

36-الدكتورة وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

37-محيو أحمد ، محاضرات في المؤسسة الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، . الجزائر، 1979.

38-عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، سنة 2007 .

39- النجار محمد محسن إبراهيم ، التنظيم القانوني لعناصر الملكية الفكرية، د ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر2005.

40-ماجد عمار، عقد الامتياز التجاري، د ط، دار النهضة، القاهرة، 1992 .

41-حسام الدين خليل فرح محمد ،عقد الامتياز التجاري FRANCHISEو أحكامه في الفقه الإسلامي ،دراسة مقارنة، د ط، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2012.

42-دعاء طارق بكر البشتاوي ،عقد الفرونشيز و آثاره ، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية . الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس ، فلسطين ، 2008.

سابعا المجلات العلمية :

1-الأستاذة حمدي فلة، و الأستاذة حمدي مريم، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بين التحفيز القانوني و الواقع المعيق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة المفكر.

2- الدكتور عادل خضر الزين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مجلة المحامين العرب، العدد الأول 2009.

3- الدكتور حاكم محسن محمد،تحليل البيئة الاستثمارية للاستثمار المالي الأجنبي في العراق، مجلة جامعة أهل البيت كربلاء ،2011.

4-محمد كمال أبو عمشة، الاستثمار في أسواق المال الخليجية و دورها في جلب الاستثمارات الأجنبية، دراسة ح بورصة قطر، مجلة بحوث اقتصادية عربية، ع62/61. 2013.

5-الدكتور مفتاح صالح ود،أبو عبد الله علي،واقع الاستثمار الأجنبي في أسواق الأوراق المالية العربية،مجلة أبحاث اقتصادية و إدارية.

6- الدكتور أياد طاهر وصلاح حسن ،الاستثمار الأجنبي غير المباشر وانعكاسه على تداول الأسهم العادية ، دراسة تطبيقية في سوق العراق للأوراق المالية ،مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية ، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، 2013.

7-علي سعد محمد، اثر الاستثمار الأجنبي على معاملات سوق الأوراق المالية، بالتطبيق على البورصة المصرية، مجلة أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، العدد 3، 2010.

8- وحيدة جبر، ارتفاع نسبة الاستثمار المحفظي في تركيبة رؤوس الأموال إلى البلدان النامية، الأسباب والمخاطر، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد الأربعون،2002.
9-دالي عقيلة، "مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة للاستثمارات الأجنبية) من حيث تكريس الضمانات القانونية (، "المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، مجلد 16 ، عدد2017,02 .
10-لعجال ياسمينة، الضب طارق،" إشكالية الازدواج الضريبي الدولي بين الآثار السلبية و فعالية الحلول الوطنية"، دفاتر . السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، جوان 2016.
11- طالبي محمد،" أثر الحوافز الضريبية و سبل تفعيلها في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد السادس.
12- اوباية مليكة،"الاستثمار في القطاع السمعي البصري ما بين النصوص والواقع"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، العدد الخاص،2017.
13-زبير دغمان، الأساليب الجوهريّة والتدابير الفعّالة لحماية الإستثمار الأجنبي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية مجلة دولية مُحكّمة نصف سنوية، تصدر . عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، العدد الثامن، جانفي 2016 .

ثامنا الرسائل و المذكرات الجامعية :

1-الرسائل:

1-شنتوفي عبد الحميد، المعاملة الإدارية و الضريبية للاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
2- نور الدين بوسهوة، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانون الدولي و الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة سعد دحلب البليدة، 2004\2005 .
3- حجارة ربيحة، حرية الاستثمار في التجارة الخارجية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
4- كريمة فرحي، أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية مع دراسة مقارنة بين الصين تركيا مصر و الجزائر ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر 3، 2013.

5-علاء عزيز حميد الجبوري، عقد الترخيص (دراسة قانونية)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1420هـ، 1999م .
6-انوجال نسيمة، عقد الفرنشيز في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير في قانون المؤسسات، جامعة . الجزائر، 2004.
8-معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص، القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2015 .
9- بوسته جمال، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر، على ضوء اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص، قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الحاج لخضر،باتنة، 2017.
10- حرية محمد عبد الله قزاز، دور إتفاقية تجنب الازدواج الضريبي في تشجيع الاستثمار الأجنبي في العراق، شهادة الدبلوم العالي في العلوم المالية والمصرفية، معهد الدراسات والبحوث العربية بغداد، 2011 .
11- نادية والي، النظام القانوني الجزائري للإستثمار ومدى فعاليته في إستقطاب الإستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015 .

2-المذكرات:

1- سماعين نادية ، عقد الامتياز في المرافق العمومية ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر ، 2005 - 2008.
2- مقداد ربيعة، معاملة الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.
3-بن شعلال محفوظ، الرقابة على الاستثمار الأجنبي في قانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون، تخصص الهيئات العمومية و الحوكمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014.
4-حورية ربيعي، رشيدة بلعربيي، يمينة بلباحي، الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر وتأثيره على النمو الإقتصادي، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ليسانس، قسم العلوم الإقتصادية، تخصص مالية نقود وبنوك، معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بالمدية، 2007-2008.

5- عبد الغاني بركان، سياسة الإستثمار وحماية البيئة في الجزائر، مذكرة لنيل شهاة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تحولات الدولة، جامعة مولود معمري تيزي وزّو، تاريخ المناقشة 20 ماي 2010.

6- بلقاسم مصباح، أهمية الإستثمار الأجنبي المباشر ودوره في التّنمية المستدامة –حالة الجزائر–، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير تخصّص نقود ومالية، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر،.2016- 2015 .

7- إيمان بوقرة، كيفية تفادي الإزدواج الضريبي الدّولي في إطار الاتفاقيات الجبائية الدولية، دراسة حالة الإّتفاقية الجبائية الجزائرية الفرنسية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في المانجمنت، تخصص مالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة،2009-2010.

8- سامية لقراف، الإمتيازات المالية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير حقوق فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2010-2011.

9- سامية لقراف، الإمتيازات المالية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير حقوق فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2010-2011.

10-وليد لعماري، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر . 2010-2011.

11-حصايم سميرة، عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي ،جامعة مولود معمري ، تييز وزو.

12-بو شنة ليلى، النظام القانوني لعقد الامتياز في ظل الأمر رقم 04/08، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013.

13-بن مبارك ا رضية ، التعليق على التعليمة842/94.03 المتعلقة بامتيا الم ا رفق العمومية وتأجيرها ، مذكرة ماجستير ،جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون 2002/2001.

14- عروسي ساسية ،الطبيعة القانونية لعقد الفرنشايز، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون. 2015، ص 2، خاص، جامعة سطيف.

15-إدير نصيرة و إعزوقن وهيبة، استحداث طرق جديدة لتسيير المرافق العامة في التشريع الجزائري (التركيز على عقد الامتياز) مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الهيئات الإقليمية قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم.السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

16-بركي ليندة، ا زيدي حنان، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في مجال التأمين في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014.

17- عزرين عبد الرزاق، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر "واقع و آفاق"، مدكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع إدارة الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر سنة 2014/2013.

18- مولود سليم، سليم لمين، مدى فعالية القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في استقطاب الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، السنة الجامعية 2017/ 2018.

19- -غيلاس صوفية، نايت سيدوس كهينة، الرقابة اللاحقة على الاستثمار في قانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر . في الحقوق، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2015.

20- آيت علواش نجاة، عبيدات علي، الاستثمار في إطار التنمية المستدامة وفقا للقانون 09/10 المتعلق بترقية الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2017.

3 : المقالات :

1- الأستاذة يوسف زروق، و الأستاذ عبد القادر رقاب، ضمانات و حوافز الاستثمار الأجنبي في الجزائر وفق القانون 09/16، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، رقم 04.

تاسعا المداخلات و الملتقيات العلمية :

1 – أمال تخنوني، بلال ملاخسو، الاتجاه المعاصر لواقع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر المحلي و الدولي و أثره على التنمية الاقتصادية، الملتقى الوطني حول : الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر تحت شعار(كيف يصبح الاستثمار الخاص الأجنبي في خدمة التنمية الوطنية) يومي 18 و 19 نوفمبر 2015.

2- مولوج نجية،التراخيص كآلية لحماية حقوق الملكية الفكرية، ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى الوطني الأول حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة و تحديات التنمية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ميرة عبد الرحمن، بجاية، أيام 28،29 أفريل 2013.

3- الدكتور حسام الدين الصغير، استاذ ورئيس قسم القانون التجاري ، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى مسقط، 23 و24 مارس/آذار 2004، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، ، كلية الحقوق بجامعة المنوفية.

4-سعاد مالح، المقومات الجبائية لجذب الاستثمار الأجنبي، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الموسوم بعنوان :الضوابط والآليات القانونية لتشجيع الاستثمار الأجنبي، يومي 18 و 19 نوفمبر 2015.

5- عثمان علام، واقع المناخ الاستثماري في الجزائر مع الإشارة لبرامج الإنعاش الاقتصادي 2001 – 2014، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى العربي الأول الذي نظمته شرم الشيخ جمهورية مصر العربية، الموسوم بعنوان: العقود الإقتصادية الجديدة بين المشروعية والثبات التشريعي، 28/25 يناير 2015.

6-فؤاد بعيسى، الأجهزة والهيئات المكلّفة بتأطير عملية الإستثمار، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدّولي السادس عشر الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسوم بعنوان :الضمانات القانونية للإستثمار في دول المغرب العربي، يومي 22و 23 فيفري 2016.

7- خوادجية سميحة حنان،"تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول الإطار . القانوني للاستثمار في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، يومي 18 و 19 نوفمبر 2015 .

عاشرا المواقع الالكترونية :

1- علي جاسم الصادق، الاستثمار الأجنبي المباشر و آثاره على اقتصاد البلد المضيف،"على الخط"، تاريخ النشر 23 جانفي 2016، http://www.hrdiscussion.com.

2- عبد الرسول جاسم، سوق الأوراق المالية بين الاستثمار والاستئثار، مركز المستقبل للدراسات و البحوث/ مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي : www. mcsr.net.

3- الكندري محمود أحمد، أهم الاشكاليات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، منشور بتاريخ 2006/08/27 على الموقع :http:/www.arablawinfo.com

4-ق. فؤاد، " تفاصيل مشروع قانون الاستثمار الجديد "، جريدة الجزائر الجديدة، الصادرة بتاريخ 2015/10/22، الموقع:https://www.djazairess.com/eldjadida/ 40735.

5-الصحفية للوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار ANDI ، السيد سلال ينصب لجنة اليقظة المكلّفة بمتابعة وتطوير الإستثمارات مقال منشور على الموقع: http://www.andi.dz/index.php/ar/presse،

إحدى عشر المراجع باللغة الأجنبية

1- Fouassiers Christophe، Vers une véritable communautaire des concessions، IN RTDE، N° 04، Dalloz، 2000.

2- PAUL ROUBIER: le droit de la propriété industrielle، Sirey، T 1، paris، 1952.

3- ALBERT CHAVANNE et J-J BURST , op.cit.

4- le Règlement communautaire n88-4087 de la commission du 1988-11-30 concernant l'application de l'article 85/03 du traite a des catégories d'accord de Franchise joce .n l 359.29/12/1988

5-C E n°59928,de 30 mars 1916 ," Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux contre la commune de bordeaux", WWW . Conseil D'état. fr.

6 -BRACONNIER Stéphane, Droit des services publics , PUF, Paris , 2004 .

7-ANDRE de L'aubadere, Traité des contrats administratifs, Tome 1 L.G.D.J. Paris, 19987

8-CARBAGO - Joel , Droit des services publics, 3éme édition, DALLOZ , Paris, 1997

9-ZOUAIMIA Rachid , La délégation de service public (au profil des personnes privées), Edition Belkisse, Alger , 2012,

10-Philippe Bessis, le contrat de franchisage , librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1992 .

11-Fréderic Bolland-Dalian, la propriété industrielle, édition economica, Paris . 2011.

الوسائل المستقطبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر	الصفحة
مقدمة	05
الفصل الأول : ماهية الاستثمار الأجنبي	07
المبحث الأول : مفهوم الاستثمار الأجنبي	09
المطلب الأول : تعريف الاستثمار الأجنبي	09
الفرع الأول : التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي	09
الفرع الثاني : التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي	11
المطلب الثاني : تطور النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر	18
الفرع الأول: المرحلة الاشتراكية	19
الفرع الثاني : المرحلة الرأسمالية	21
المطلب الثالث : أنواع الاستثمار الأجنبي	25
الفرع الأول: الاستثمار الأجنبي المباشر	25
الفرع الثاني : الاستثمار الأجنبي غير المباشر	31
المبحث الثاني : عقود إدارة المشروع الاستثماري	36
المطلب الأول : عقد الترخيص	37
الفرع الأول : مفهوم عقد الترخيص	37
الفرع الثاني : آثار عقد الترخيص	41
المطلب الثاني : عقد الفرانشيز	45
الفرع الأول : مفهوم عقد الفرانشيز	45
الفرع الثاني : آثار عقد الفرانشيز	54
المطلب الثالث : عقد امتياز المرفق العام	61
الفرع الأول : مفهوم عقد امتياز المرفق العام	61
الفرع الثاني : آثار عقد المرفق العام	69

الوسائل المستقطبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر	الصفحة
الفصل الثاني : تقييم مناخ الاستثمار في الجزائر	79
المبحث الأول : محفزات و مزايا الاستثمار الأجنبي في ظل القانون 09/16	80
المطلب الأول : المحفزات الضريبية	80
الفرع الأول : المحفزات الضريبية و الجمركية الوطنية	80
الفرع الثاني : المحفزات الضريبية الدولية	85
المطلب الثاني : المحفزات المالية التمويلية	89
الفرع الأول : المحفزات التمويلية الوطنية	89
الفرع الثاني : المحفزات التمويلية الدولية	90
المطلب الثالث : المحفزات التنظيمية	92
الفرع الأول : مرونة الإجراءات الإدارية	92
الفرع الثاني : مرونة الإجراءات الجمركية	95
المبحث الثاني : الحواجز القانونية المعرقلة للاستثمار الأجنبي في ظل القانون 09/16	96
المطلب الأول : الحواجز المفروضة عند إنشاء الاستثمارات	96
الفرع الأول : حظر بعض مجالات الاستثمار على المستثمر الأجنبي	96
الفرع الثاني : إخضاع المستثمر الأجنبي لمعاملة تمييزية عند إنشاء الاستثمارات	98
المطلب الثاني : الحواجز المفروضة على المستثمر الأجنبي في مرحلة استغلال الاستثمارات و تصفيتها	100
الفرع الأول: الحواجز المفروضة في مرحلة الاستغلال	100
الفرع الثاني: الحواجز المفروضة عند تصفية الاستثمار	101
خاتمة	106
قائمة المراجع	108
الفهرس	119
الملخص	121

الملخص

تعد الاستثمارات الأجنبية من أهم مصادر التمويل الدولية التي يعتمد عليها لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية و الاجتماعية في الدولة، و هذا ما جعل الحكومة الجزائرية تقوم بمراجعة العديد من النصوص القانونية المشجعة للاستثمار، تضمنت الكثير من الحوافز و المزايا الجبائية، بهدف تحسين المناخ الاستثماري لجلب رؤوس الأموال الأجنبية.

و إصدار القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار هو تأكيد بحد ذاته على تكريس حرية الاستثمار في دستور ستة 2016، و بالرغم من كل المجهودات المبذولة إلا أن هذه الحرية ليست فعلية لاستقطاب المستثمر الأجنبي للاستثمار في الجزائر لوجود مجموعة من القيود القانونية التي تحد من جلب رؤوس الأموال الأجنبية .

Résumé :

Les investissements étrangers constituent l'une des sources de financement International les plus importantes pour s'appuyer sur le développement économique et social d'un Etat, ce qui a amené le gouvernement algérien à réviser plusieurs textes juridiques pour encourageant l'investissement, incluant de nombreuses incitations et avantages fiscaux pour améliorer le climat d'investissement.

La promulgation de la loi n° 16-09 sur la promotion de l'investissement est une confirmation de la liberté d'investissement dans la constitution algérienne de 2016.Malgré tous les efforts déployés, il ne s'agit pas d'une véritable liberté d'attirer des investisseurs étrangers en Algérie et l'existence d'un ensemble de restrictions juridiques qui limitent l'attraction les capitaux étrangers.