الفصل الثاني: أشكال القروض الرهنية في الصفقات العمومية.

تسعى المصلحة المتعاقدة دائما إلى هدف رئيسي هو تنفيذ الصفقة على الوجه المرضي والصحيح، ضمن الأجال المقررة، وذلك بنظر أهمية الصفقة وأجال إنجازها،[1] تضمن دفاتر شروطها بنودا، الأصل فيها هي أحكام وا ٍجراءات تضمن الهدف الرئيسي للصفقة وهذا إضافة إلى ما تضمنه النص التنظيمي، وتعمد هذه الأحكام والإجراءات إلى الإحاطة بجميع جوانب التقنية والمالية. بأحكام تضمن التنفيذ الحسن في الآجال المطلوبة، كل ذلك لا يمنع المصلحة المتعاقدة أن تمنح المتعاقد معها ما أقره له القانون من حقوق، في التسبيقات المالية، ودفوعات مالية لقاء التنفيذ الجزئي والكلي للصفقة، وبين ما للمتعاقد وما عليه، وما للمصلحة وما عليها، يتدخل طرف ثالث في الشق المالي للصفقة، ويمنح للمصلحة المتعاقدة ما يتطلبه من ضمان.

ويجنب الخزينة المتعاقدة مصاريف ومبالغ يحتاجها للتنفيذ، وكل ذلك مقابل عمولات بضمان رهن الصفقة، ودون أن يكون على حساب السيولة المالية لهذا الطرف المتدخل وهو ما يعرف بالقروض الوهمية أو عقود الكفالات. كما قد يمنح المتعاقد قروضا حقيقية في شكل مبالغ مالية دعما لخزينته، وتحصيلا لديونه لدى المصلحة المتعاقدة ضمن نفس الشروط، وقد يكون هذا الطرف المتدخل ضامنا منفردا وأصليا كما قد يكون احتياطيا، وكل ذلك سنحاول تناوله ضمن هذا الفصل بتخصيص مبحث أول للقروض الوهمية من خلال مطالب بعدد الكفالات المنصوص عليها في القانون الصفقات، ومبحث ثان بعدد القروض الممنوحة من طرف المؤسسة المالية أو المصرفية، ثم مبحث ثالث خصصناه للضمان الاحتياطي كشكل ثالث له خصوصية وتطبيقاته.

[1] René chapus, **droit administratif générale tome2**, 9 éditions Montchrestien, 1996, p 1049 « **IL appartindra à l'autorité compétente d'apprecier compte tenu de l'objet de marché de son importance, de ca durée d'execution.** "

المبحث الأول: القروض الوهمية:

فرض النص القانوني لتنظيم الصفقات العمومية على المتعامل المتعاقد تقديم جملة من الضمانات، وزع أنواعها وآجالها وطرق استردادها عبر المراحل الصفقة، لا تخرج هذه الضمانات عن كونها تعهدات بتغطية مالية لكل اخلال بالتزام من التزامات عقد الصفقة، إن هذه التغطية المالية تكلف المتعامل المتعاقد مبالغ مالية ترتفع نسبها مقدار ارتفاع سعر الصفقة وهو ما يشكل عبئا ماليا يصعب على المتعامل المتعاقد في الكثير من الأحيان تحمله فيلجأ على إلى جهات مرخص بها قانونا القيام بدور الكفيل، والذي يقوم بهذا الدور في شكل افتراضي، بالتوقيع، يكلف الطرف الدائن بقدر ما تعهد به إذا ما جرى توظيف هذه الكفالات، فيفرض تأمينات على المتعاقد معها غالبا ما يكون من بينها رهن الصفقة: وللإحاطة بهذا النوع من القروض خصصنا مطالب كالتالي:

المطلب الأول: الكفالة

الفرع الأول: تعريفها:

تعرف الكفالة حسب نص المادة 644 من القانون المدني على أنها:

" **عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه.**"

ومن نص هذه المادة يتضح أن للكفالة عنصران، أحدهما مادي بواسطة ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو قيمة أخرى و الآخر عنصر شخصي "كفيل" الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ الالتزام من طرف شخص آخر، وهو ما يعرف بالكفالة الشخصية و التضامنية[1] والكفالة عقد طرفاه هما دائن وكفيل يضمن وفاء دين المدين و لا يكون المكفول طرفا في هذا العقد على الرغم من أن الالتزام الأصلي يقع على عاتقه.

كما لا يرتبط ابرام هذا العقد زمنيا مع نشوء الالتزام فقد ينشأ الالتزام الأصلي وقت إبرامه عقد الكفالة وقد ينشأ خلافا لذلك.

و الكفالة تنتمي لفئة الضمانات الشخصية التي تعطي الحق للدائن بالرجوع على شخص آخر هو " الكفيل" خلافا للضمانات أو التأمينات العينية لتي تعطي الحق للدائن على أموال للمدين مثل الرهون الرسمية أو الحيازية و غيرها.[2]

والكفالة تقنية بسيطة وسهلة في تكوينها لا تتطلب شكلا محددا ما عدا شرط الكتابة لأجل الإثبات و هي فائدة قانونية لجميع الأطراف.

---

[1] El fassi Fatima Zahra, "**le régime juridique de la remuniration dans les marchés public de fourniture en droit algerienne**", thèse doctorat en droit public, univ-Montpelier, 1991, page491.

[2] لطرش الطاهر، **تقنيات البنوك**، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 166

" Le cautionnement ne se présume pas. Il doit dans les cas faire l'objet un écrit[1]".

وتعرف الكفالة أيضا بأنها التزام مكتوب يتعهد بموجبه الكفيل بتسديد الدين الموجود على عاتق (المتعهد، المتعامل المتعاقد) في حالة عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته، ويحدد هذاالالتزام مدة الكفالة ومبلغها [2]وأطرافها.

الفرع الثاني: خصائص الكفالة:

ومن خصائص الكفالة نجد:

1- **<u>عقد رضائي</u>:**

ينعقد بمجرد تراضي بين الدائن le cediteur والكفيل Caution، ولا يشترط فيه أي شكل خاص، لكن المشرع اشترط الكتابة للإثبات فقط وليس للانعقاد.

2- **<u>عقد تابع لالتزام أصلي</u>:**

أي التزام بين الدائن والمدين يرتكز عليه، وتقدم كضمان للوفاء به، فلا يمكن للكفالة أن تقل عن حدود الالتزام الأصلي أو تعقد بشرط أشد من شروطه.[3]

3- **<u>عقد ملزم لجانب واحد</u>:**

في الأصل الكفيل هو من يلتزم بعقد الكفالة بضمان تنفيذ إلتزام يقع على عاتق الشخص المدين إزاء الطرف الدائن ولا يلتزم عادة هذا الأخير بشيء نحو الكفيل،

---

[1] Berrahi kheir Eddine, **Etude et analyse de la distribution des crédits aux entreprises, étude de cas ; la BEA**, thèse de magister, marketing, univ –Boubaker belkaaid Tlemcen, 2005/2006, page 30.

[2]Instruction PGE/03/A du 30 juin 1999 page 09.

[3] فخري إسماعيل، "**الضمانات في مجال الصفقات العمومية**"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص 97.

غير أنه إذا التزم نحوه بدفع مقابل نظير كفالته، فإننا نكون بصدد عقد ملزم لجانبين، إضافة لكون الكفالة عقد ضمان وتبرعي.[1]

وفي مجال الصفقات العمومية يتحدد الفاعلين في هذه العلاقة كالتالي:

أ- **الدائن:** وهو المصلحة المتعاقدة، التي تفرضها في إطار القانوني للصفقة إما بهدف حسن اختيار المتعاقد (المتعهد)، أو بأهداف أخرى متعلقة بحسن تنفيذ الصفقة عبر مراحلها.

ب-**المدين (المكفول):** ويكون إما متعهدا، أو متعاملا متعاقدا أو متعاملا ثانويا.

ت-**الكفيل:** وهو إما صندوق الضمان الصفقات العمومية أو بنك خاضع للقانون الجزائري (بالنسبة للمتعهدين والمتعاملين الجزائريين)، وتكون مشمولة بضمان مقابل عن بنك أجنبي بالدرجة الأولى إذا كان المتعهد أو المتعامل المتعاقد أجنبيا.

الفرع الثالث: اتفاقية قرض خاصة بالكفالة:

و هي اتفاق قرض خاصة بالكفالة، تكون موقعة بين الجهة الكفيلة والمكفول يحدد موضوعها إطار تدخل الجهة الدائنة (الكفيل)، ووسائل التدخل التي تبقى غير سارية المفعول إلى حين إصدار عقد الكفالة، لتشكل فيها بينهما كلا واحدا لا يتجزأ ولا يكون ذلك مقابل عمولات ورسوم وملحقات يلتزم بها المكفول (المدين)، كما يشترط ضمن الاتفاقية، التزامات أخرى على عاتق هذا الأخير أهمها:

-الالتزام بتقديم معلومات والوثائق الإدارية والتقنية و المحاسبية.

- تقديم تأمينات أو ضمانات (كرهن الصفقة لفائدة الجهة الكفيلة)

- الالتزام بدفع الاستحقاق المسبق بقوة القانون في حالة:

أ – الغاء الصفقة بسبب عدم أداء المتعاقد لالتزاماته بعنوان الصفقة.

[1] سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

ب – حالة الإفلاس او التسوية الودية المصادق عليها

ث– حالة حدوث أي سبب من شأنه أن يحول دون ممارسة الكفيل لحقه في الامتياز على الضمانات و التأمينات.[1]

- يكون النظر في كل النزاعات التي قد تنجم عن تفسير أو تنفيذ الاتفاقية وفي حالة استحالة الحل الودي، من اختصاص الجهة القضائية التجارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان توقيع الاتفاقية أو في أي محكمة أخرى مختصة إذا كان التقاضي قد يعني أطراف أخرى، كما أن أي نزاع محتمل بعقد الكفالة يجعل من صاحب المشروع ملتزما بإدخال المدين الرئيسي (المتعامل المتعاقد) في الخصومة بصرف النظر عن الطابع التضامني للكفالة.[2]

المطلب الثاني: كفالة التعهد

تم تقنين كفالة التعهد كشرط من بين الشروط الواجب توفرها في ملف التعهد بموجب المادة 45 من المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و هذا لا يعني أن استحداثها كان بموجب هذا النص بل المقصود أنه لم يكن منصوص عليها صراحة، لأن دفاتر الشروط كانت تنص على تقديمها أما فرضها فكان اختيارا يرجع إلى تقرير المصلحة المتعاقدة، كما أن نصوصا سابقة منظمة للصفقات العمومية تناولت الكفالة بنفس الصيغة [3]

و الهدف من ادراجها كشرط هو ضمان جدية العرض:

[1] أنظر الملحق رقم 01 (بالغة العربية) والملحق رقم 02 (باللغة الفرنسية)

[2] أنظر الملحق رقم 03 باللغة الفرنسية.

[3] المادة 44 من المرسوم التنفيذي 91–434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 جريدة رسمية عدد57 لسنة 1991.

Elle est destinée à garantir la moralité. La compétence et les moyens professionnels de l'entreprise adjudicateur .démonteront ainsi intention d'ex ecuter le marché. T dans les cas faire lé

ويكون لذلك علاقة بإمكانيات المتعهد ومعبرا عن جديته في تنفيذ الصفقة لما وضعه من تأمين لدى الجهة الكافلة لأنها من تتحمل عبأ أي اخلال بهذا التعهد.

En cas de de défaillance de l'entreprise, la banque est engagée à la hauteur de la caution qu'elle a fournie.[1]

أولا: إلزامية تقديم كفالة التعهد:

جاء النص على إلزامية اشتمال العروض المقدمة على عرض مالي و عرض تقني يتضمن " **كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العروض، فيما يخص صفقات الأشغال و اللوازم التي يخضع مبلغها لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات واللجان الوطنية و اللجان القطاعية....**"[2]

ثانيا: ارجاع كفالة التعهد: تم النص ضمن الفقرات 7،8، 9 من المادة 51 من المرسوم 236/10المعدل و المتمم على ثلاث آجال الرد كفالة التعهد وفق الحالات التالية:

1 – حالة عدم قبول المتعهد:

ترد كفالة المتعهد يوما واحدا من تاريخ انقضاء أجل الطعن ، إذا لم يكن المتعهد قد قدم طعنا في قرار المنح المؤقت، أما إذا كان المتعهد طاعنا ، فترد الكفالة عند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة، و يجدر بنا التذكير هنا أنه وقبل تعديل هذه المادة 51 بموجب المادة 07 من المرسوم الرئاسي 03-301 المذكور، كانت ترد كفالة المتعهد غير المقبول بعد خمسة و ثلاثين (35) يوما من تاريخ نشر إعلان

[1] براجي خير الدين، **دراسة وتحليل التوزيع القروض على المؤسسات دراسة حالة BEA**، رسالة السابقة، ص 30.

[2] المادة 51 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم.

المنح المؤقت للصفقة و لم يكن يؤخذ بعين الاعتبار مسألة تقديم الطعن من عدمه[1]، و على الرغم من تعديل هذه المادة بالشكل الذي هي عليه في النص الحالي 236/10 المعدل و المتمم ، إلا أنها تبقى تطرح اشكالا ، فالنص الحالي بعبارة " **ترد كفالة المتعهد الذي لم يقبل، و الذي قدم طعنا عند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة**"

افترض مسبقا رفض الطعن ولم يراعي حالات قبوله، والتي ينجر عنها الغاء المنح المؤقت أو الغاء اجراء من اجراءاتها فكيف تكون آجال رد كفالة التعهد في مثل هذه الحالات؟

2- حالة قبول المتعهد:

ترد كفالة التعهد بالنسبة للمتعهد المقبول عند تاريخ تقديمه لكفالة حسن التنفيذ وهو ضمان لعدم تراجع المتعهد بعد منحه الصفقة، وقد جاء الإجراء نتيجة لتصرف بعض الحائزين على الصفقات والتي تنعكس على مشاريع المصالح المتعاقدة، فلا فائدة من متابعة المتعهد المقبول المتخلي عن التنفيذ، قضائيا، ناهيك عما تتكبده المصالح المتعاقدة التي تكون ضحية هكذا تصرفات، مع العلم أن المادة 45 من المرسوم 250/02 التي تقابلها المادة 51 من المرسوم 236/10 المعدل و المتمم وقبل أن يمسها تعديل 03-301،[2] كانت تقضي بحق المتعهد الحائز للصفقة، مما استدعى تمديد آجال استردادها أي حين تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وعلى كل فان الجهة الكافلة في حالة تخلي المتعهد المقبول عن الصفقة بإرادته المنفردة، تقوم بتوظيف الكفالة بتسديد مبلغها عن طريق الأمر بالدفع مع احتفاظ الكفيل بكل حقوقه القانونية و المنصوص عليها في اتفاقية القرض.

---

[1] لوز رياض "**(دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية) المرسوم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**"، رسالة ماجستير في الدول والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 60.

[2] المرسوم رئاسي رقم 03-301 مؤرخ في 11 سبتمبر 2003 جريدة رسمية، عدد55 لسنة 2003.

وتدخل كفالة التعهد حيز التنفيذ حال التوقيع على عقد الكفالة وتبقى سارية المفعول الى غاية ارجاعها عن طريق تقديم رفع اليد النهائي عنها (تعلم المصلحة المتعاقدة من طرف الجهة الكفيلة للتأكد على ذلك)[1].

إن المصلحة المتعاقدة لا ترتكز في تقديرها، لإمكانية المتعهد على القيام بالتزاماته على تقديمه للكفالة، بل ان هذه الكفالة تعد إجراءا تكميليا لما تحققه شروط أخرى أعم من عقد الكفالة، هي موضوع لتمكين الارادة من اختيار المتقدمين بالعروض، ولتوضيح ذلك أكثر: جاء النص في قرار 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الاشغال العمومية والنقل في المادة 03 منه: "**ان الشروط الواجب توافرها للمشاركة في الصفقات العمومية هي:**

1- لا يعهد بتنفيذ الصفقات إلا لمقاولة ذات الأهلية القضائية والتقنية والمالية اللازمة، وتتولى الإدارة تقديرها لهذه الأهلية بصفة قطعية.

2- يجب على الأشخاص أو الشركات ذات الوضعية القانونية أن تكون مرخصة مسبقا من قبل الإدارة ليتسنى لها تقديم عروضها".

وقد صدرت نصوص قانونية خاصة نظمت التأهيل[2] لتلغي تلك السلطة التقديرية التي كانت ممنوحة للإدارة أو على الأقل تحد منها بعض الشيء، كاستصدار شهادة الوصف المهني[3] بموجب المرسوم 81/67 المؤرخ في 11 ماي 1967 المحدد للشروط التي يمكن بمقتضاها لمقاولات الأشغال العمومية والبناء، ليليها النص على تحديد الميادين التي يجوز أن تمويلها أنشطة القطاع الخاص مع اشتراط حصول المؤسسات الخاصة

[1] أنظر الملحق رقم 03.

[2] بوشعير آمال، "**تأهيل وتصنيف المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية**"، مذكرة ماجستير حقوق، فرع قانون أعمال، 2009/ 2010 جامعة الجزائر، ص31.

[3] المرسوم 81/67 المؤرخ في 11 ماي 1967، جريدة رسمية عدد... لسنة 1967.

على اعتماد مسبق، ثم بعدها جاء المرسوم 93-289 المعدل والمتمم الذي أخضع جميع المؤسسات الأجنبية والتي يشملها شرط الحصول على التأهيل بموجب المادة 547 من القانون التجاري الفقرة الثانية منها: "تخضع الشركات التي نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري".

إضافة إلى هذا فإن تقديم المتعهد للوثائق المثبتة لحصائله المالية والمراجع المصرفية، والشهادات الجبائية كلها تدخل ضمن إطار التأكد من القدرة المالية والتقنية للمتعهد.

المطلب الثالث: كفالة رد التسبيقات.

يستمد هذا النوع من الكفالات أساسه القانوني من نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم: " **لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجز ائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، بالنسبة للمتعهدين الجزائريين، ويجب أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، وتحرر كفالة إرجاع التسبيقات حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية**".

وعلى هذا الأساسي، فإن كفالة رد التسبيقات هي عبارة عن عقد بمقتضاه يضمن الكفيل إرجاع المبالغ المدفوعة في شكل تسبيق أو تسبيقات من طرف المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد إما قبل البدء في التنفيذ الصفقة أو بعد الشروع في تنفيذها. وقبل تقديم طلب الحصول على تسبيق.

"**La caution de restitution d'avance est un engagement de rembourser les avances accordée par l'administration au**

lancement des travaux d'un marché, telle que l'avance forfaitaire et les avances sur approvisionnement".

وتعرفها التعليمة الداخلية لصندوق ضمان الصفقات العمومية كالآتي:

"**Cette caution garanti le remboursement des avances accordées par le maitre d'ouvrage au titulaire de marché avant l'execution des prestation objrt de contrat.**"

الفرع الأول: أنواع كفالة رد التسبيق:

تأخذ كفالة رد التسبيق حسب الغرض منها شكلين:[1]

1- كفالة التسبيق الجزافي[2]؛

- Caution de restitution des avances forfaitaires

2- كفالة التسبيق على التمويل.[3]

- Caution de restitution des avances sur aprvisionnement

وقد قسمت المادة 76 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم إلى النوعين المذكورين وحددت قيمة كل واحدة كالتالي:

- مبلغ كفالة التسبيق الجزافي: لا يمكن أن تتجاوز نسبتها القصوى 15% من السعر الأولى لصفقة، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 78 من المرسوم 236/10 وذلك بعد استشارة اللجنة المختصة للصفقات.
- مبلغ كفالة رد التسبيق على التموين: حددت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 236/10 القيمة القصوى للمبلغ الإجمالي بين التسبيق الجزافي والتسبيقات على

[1] أنظر المادة 76 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم.

[2] أنظر الملحق رقم 04 باللغة العربية والملحق رقم 05 باللغة الفرنسية

[3] أنظر الملحق رقم 06 باللغة العربية والملحق رقم 07 بالغة الفرنسية.

التموين بنسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة وتجدر الملاحظة هنا إلى أن النسبة القصوى للتسبيق على التموين لم تحدد في النص، مما جعل البعض يعتقد أنها في حدود 35%. وفي الحقيقة أن هذا يكون عندما يبلغ التسبيق الجزافي حده الأقصى 15% أما في حالة ما لم يبلغ التسبيق الجزافي هذه النسبة فإنه وحسب النص المنظم للصفقات العمومية ليس هناك ما يدل على أن الحد الأقصى لكفالة التسبيق على التموين هو 35%.[1]

الفرع الثاني: استعادة كفالة رد التسبيقات:

يتم اقتطاع المبالغ المدفوعة للمتعامل المتعاقد من المبالغ المدفوعة في شكل دفع على الحساب، أو التسوية على رصيد الحساب وباكتمال القيمة الاجمالية للتسبيقات يتم رفع اليد عن هذه الكفالة بناءا على طلب يقدمه المتعامل المتعاقد شريطة أن تنتهي تسديد التسبيقات إذا بلغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة 80%.[2]

ويتقدم الكفيل بدفع قيمة المبلغ في حالة توظيف الكفالة حسب الحالة (قيمة إجمالية أو الباقي المحتمل، في حالة لم يف المتعاقد بالتزاماته.

"**Le paiement intervenent sur la base d'une l'lettre de mise en jeu du cautionnement recommandé avec accusé de reception emanant de maitre d'ouvrage**".

يضمن عقد الكفالة (رد التسبيق الجزافي كان أو على التموين) الصفقة الخاص بها ولا يمكن أن يمتد إلى أي ملحق،[3] ويعرض كل نزاع محتمل يكون حول تفسير و/أو تنفيذ عقد كفالة رد التسبيق، على المحكمة التي يتعين رفع الدعوى أمامها ضد المدين الرئيسي

[1] ورد هذا التعريف في رسالة الباحث عبد الغني زمام، السابقة الذكر، مع الإشارة إلى أن تناول النسب كان بما لا يتطابق مع نوع التسبيق على التموين لا يمكن أن يتجاوز 15% ....

[2] المادة 83 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم

[3] الملحق تضبطه المواد 103 وما بعدها من المرسوم الرئاسي 236/10 السابق الذكر.

والذي تلتزم المصلحة المتعاقدة (صاحبة المشروع) بإدخاله في الخصام مع الكفيل بصرف النظر عن الطابع التضامني للكفالة.

تملك الجهة الكفيلة صلاحية متابعة الكفالات التي تمنحها فالصندوق، مثلا يقوم بنشاط مراقبة المشاريع والصفقات المكفولة من قبله، وضمن نفس الإطار يختص الدراسات وتطويرها أثناء أو بعد إتمام إنجاز الخدمة موضوع الصفقة العمومية، ومدى إلتزام المتعامل المتعاقد المكفول بتعهداته والتزاماته قبل صندوق ضمان الصفقات العمومية من جهة ثانية.

المطلب الرابع: كفالة حسن التنفيذ:

وهي نوع آخر من القروض بالتوقيع الممنوحة من طرف البنك الخاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، تشترطها المصلحة المتعاقدة بغرض ضمان التنفيذ الحسن والمرضي لصفقة،[1] وورد النص عليها في المادة 97 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم كالآتي:

" **زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 75 أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة...**".

وقد سبق النص عليها في المادة 07 من القرار المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة (cage) المؤرخ 21 نوفمبر 1964، كما تناولتها نصوص أخرى منظمة لصفقات العمومية: المرسوم 145/82 في المواد 88 وما بعدها، المرسوم التنفيذي 434/91 في المواد 84 وما بعدها وكذا الأمر 90/67 في المواد 77 وما بعدها.

[1] أنظر الملحق رقم 08 باللغة العربية والملحق رقم 09 باللغة الفرنسية

الزامية تقديم كفالة حسن التنفيذ: يعد تقديم هذه الأخيرة مشترطا على كل متعامل متعاقد فيما عدا: بعض أنواع الصفقات الدراسات والخدمات التي تحدد بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.[1]

وهو ما يوضح القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 7 مارس 2011 المحدد لقائمة الدراسات والخدمات المعفاة نمن تقديم كفالة حسن التنفيذ، بالنسبة للمتعاقدين مع وزير التكوين والتعليم المهنيين في المادة الثانية منه، مع النص ضمن نفس القرار على امكانية تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ فيما يخص الصفقات الخاصة بالخدمات المذكورة ضمن نفس المادة.

في حالة الصفقات التي لا يتعد أجل تنفيذها ثلاثة أشهر: حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعاقد معها من تقديم هذه الكفالة دون النظر لموضوع الصفقة المبرمة حسب نص المادة 2/97، كما يعفى الحرفيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديمها.

على العموم فإن تقديم كفالة حسن التنفيذ يكون خلال مدة لا تتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب، حسب النص الفقرة الثانية من المادة 97 من نفس المرسوم الرئاسي، وهو أمر تم استحداثه بموجب المرسوم 250/02.[2] " **يجب تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد**". تحدد مبالغها ما بين 5% و10% حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها وتصبح هذه النسب بين 1% و5% إذا كانت هذه الصفقات من اختصاصات اللجان الوطنية واللجان القطاعية، وتسري الشروط نفسها بالنسبة للملحق وهو الوقت الذي تحرر فيه كفالة التعهد المقدمة، وتغطي كفالة حسن التنفيذ مخاطر عدم التنفيذ المرضي

[1] مثال ذلك القرار الوزاري مشترك المؤرخ في 07 مارس 2011 المحدد لقائمة الخدمات والصفقات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ والخاص بوزارة التكوين والتعليم المهنيين

[2] عبد الغني بن زمام، المرجع السابق، ص 108.

لصاحب المشروع خلال المدة التي تربط بين تاريخ الأمر بالخدمة إلى غاية الإستلام المؤقت لصفقة والذي يترتب عليه حق المقاول في الحصول تسوية رصيد الحساب إذا نص الصفقة على ذلك. وذلك بعد اقتطاع الضمان المحتمل، الغرامات المتبقية على عاتق المتعامل عند الاقتضاء، الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب على إختلاف أنواعها.

كما يلتزم المتعامل المتعاقد بتحويل كفالة حسن التنفيذ أو اقتطاعات حسن التنفيذ حسب الحالة إلى كفالة ضمان عندما يتم النص على أجل الضمان في الصفقة.

المبحث الثاني: القروض الحقيقية

قد تواجه المؤسسات المتعاقدة من المراحل الأولى لتنفيذ الصفقة إلى غاية الانتهاء من تنفيذها ضغوطات مالية عادة ما يكون ذلك، بأحد سببين ما يقتضيه المشروع في بداية مراحله من سيولة مالية أو البطيء في إجراءات التسديد والدفع. وأمام هذه الوضعيات تضطر المؤسسات المتعاقدة إلى اللجوء إلى الطرف الثالث بنكا كان أو صندوق الضمان. بغية تدعيم خزينتها بمبالغ مالية عن طريق الاقتراض ويكون ذلك في عدة صور، نحاول توضيحها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: قروض التسبيق المالية

هي كل تسبيق مالي يمنح للمتعامل المتعاقد أثناء قيامه بتنفيذ الخدمات موضوع الصفقة العمومية وذلك قبل نهاية الآجال التعاقدية للدفع على الحساب ولم تتناولها النصوص المنظمة للصفقات العمومية ولا النص المتضمن انشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية لكن التعليمة الصادرة بتاريخ 18 ماي 2006 المتضمنة إجراءات دراسة عمليات التسبيقات على وضعية الأشغال أو الفواتير، عرفت التسبيقات المالية كالآتي:

L'avance sur situation de travaux et/ou facture étant une avance de trésorier consontie avant l'expiration des délais contractuelle de paiement des acomptes, la remuniration de la CGMP.

تقدم هذه التسبيقات بناء على طلب قرض يفرغ في اتفاقية قرض بعد قبوله وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه التسبيقات تخضع لشروط موضوعة سلفا من طرف الجهة الدائنة. تضمنت التعليمة رقم 10 السالفة الذكر الوثائق المطلوب لطلب قرض خاص بالتسبيقات المالية Nomenclature des pieces a fournire

- يحمل الملف وثيقة بعنوان التصريح بالاستبدال Déclaration de subrogation الهدف منها هو وضع كل المبالغ المستحقة من طرف المتعامل المتعاقد من قبل المصلحة المتعاقدة في حساب صندوق الضمان لصفقات العمومية.[1]

وتكون هذه العملية مرحليا كالتالي:[2]

تقديم ملف بطلب قرض خاص

- دراسة الملف (يدرج رهن الصفقة ضمن اتفاقية قرض) ويخضع الرهن للإجراءات المنصوص عليها في المادة 110 ق ص ع.
- يرخص الصندوق منح التسبيق.
- يوظف عقد منع البقاء خرق مصلحة (S-M-S) مصلحة الديون تسليم بشكل أمر بالدفع بمبلغ تجدد قيمة بناءا على دراسة الصفقة من الطرف الصندوق والذي حسب التعليمة الداخلية رقم 10 النسب التالية:

50% من القيمة المالية للأشغال أو الفواتير التي تكون قيمتها أقل من 50 مليون دج

[1] أنظر الملحق رقم 10.

[2] أنظر الملحق رقم 11

40% من القيمة المالية والأشغال أو الفواتير التي تكون قيمتها 50 تفوق مليون دج. فيما مقابل دفع التسبيق تكون الصفقة محل رهن من طرف الجهة الدائنة بما يرتبه هذا الرهن من أثار. (رسوم نتيجة منح القرض زائد مبلغ العمولة 4.5%) taux de comission

تكون الطلبات المقدمة على مستوى الجهة الدائنة محل دراسة وعمليا تحظى طلبات القروض بعنوان التسبيقات بضمان الصفقة في الغالب بالرفض أو بالموافقة على منح نسبة قليلة بالمقارنة مع ما يطلبه المتعامل صاحب طلب القرض، ولتجنب هذا المآل يقع التوافق بين الجهة المقرضة والمتقدم بطلب الدين بتقديم هذا الأخير لضمانات أخرى حقيقية زيادة على رهن الصفقة.[1] وهنا يبدو الرهن العقاري أكثر جدوى من الرهن الحيازي لما يحققه من نسبة امان للجهة الدائنة وذلك لسببين:

- عند تقديم العقار محلا للرهن لا تصبح دراسة البنك او الصندوق مؤسسة على مدى تحقيق الصفقة للوفاء لان العقار هو محل الضمان.

- في حالة عدم الوفاء في الآجال المحددة يحتكم لنص المرسوم التنفيذي رقم 132/06 المؤرخ في 03 أفريل 2006 المتعلق بالرهن القانوني حسب المواد التالية

- **المادة الثانية:** يعاين محضر قضائي عدم وفاء المدين بالتزاماته وديونه في التاريخ المحدد بطلب من الممثل المؤهل للبنك او للمؤسسة المالية او لصندوق ضمان الصفقات العمومية (المدينة) بالرهن.

يبلغ المحضر القضائي اعذارا بالدفع (للدائن) لتسديد المبالغ المستحقة في اجل شهر واحد.

[1] أنظر البند رقم 09 من الملحق رقم 01

- **المادة الثالثة:** عند الامتناع عن الدفع في الاجل المحدد في المادة الثانية أعلاه، يبلغ اعذار ثان، للدفع للمدين، بالصيغة المحددة في المادة الثانية أعلاه، ويحدد له اجل جديد مدته خمسة عشرة يوما(15)، قبل اللجوء الى المحكمة المختصة إقليميا.
- **المادة الرابعة:** عند الامتناع عن الدفع بعد انقضاء الاجل المحدد في المادة الثالثة أعلاه يقدم الممثل القانوني للبنك أو المؤسسة المالية أو صندوق الضمان الصفقات العمومية، ضد المدين العاجز عن الوفاء طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، طالبا إلى المحكمة المختصة إقليميا للحصول على صيغة التنفيذية التي تمكن من تنفيذ إجراء الحجز العقاري.
- **المادة السادسة:** يبلغ الممثل القانوني للبنك أو المؤسسة المالية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية المدين عن طريق محضر قضائي، السند الممهور بالصيغة التنفيذية المسلمة إثر العريضة المذكورة في المادة 4 أعلاه مع أمره بالدفع في الحال.

في حالة عدم الدفع يطلب المحضر القضائي المخول بأمر من المحكمة إشهار الآمر بالحجز خلال مدة شهر واحد بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا، عملا بأحكام المادة 379 من القانون الإجراءات المدنية.

يعد هذا الإجراء حجزا عقاريا للممتلك موضوع الرهن القانوني.

- **المادة السابعة:** يجب أن تتم عملية إشهار البيع بالمزاد للممتلك المحجوز بالمحافظة العقارية طبقا للتشريع المعمول به.

ان هذه الإحاطة القانونية بالرهن القانوني، والذي تناوله المرسوم لا يدخل ضمنها الرهن الصفقات لان الحيازة في هذا النوع من الرهون ترد على عقارات يضعها المتعاقدون بين يدي الجهة الدائنة وتحقق قدرا كبيرا من القبول بالنسبة للجهة الدائنة، حتى اننا نجد اتفاقية لمتعامل متعاقد تتضمن رهن لعقار مضاف الى رهن حيازي للصفقة مما يؤكد ان رهن

الصفقة لم يكن كافيا لا قناع الجهة المقرضة وهو ما يدخل ضمن فعالية الرهن الحيازي للصفقة.

المطلب الثاني: قروض تعبئة الديون:

جاء في نص المادة 111 من المرسوم 10-236 المعدل والمتمم، يمكن صندوق ضمان الصفقات العمومية لتمويل الصفقات العمومية لتسهيل تنفيذها لا سيما تسديد كشوف أو فواتير في إطار رصد ديون المؤسسات الحائزة الصفقات العمومية وقد تضمنت المادة الرابعة من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي 98-77 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، إمكانية تعبئة الديون المتولدة عن تنفيذ الصفقات العمومية وذلك خلال أو عند الانتهاء من إنجاز ما تضمنه عقد الصفقة شريطة استظهار شهادة الحق في الدفع الموقع من طرف الآمر بالصرف صاحب المشروع فتعبئة الديون يقصد بها كل تسبيق مالي يتلقاه العامل المتعاقد لتغطية الدين المتولد ومعاين لم يتم تحريره من طرف صاحب المشروع فهو قرض حقيقي بمقابل مالي يدفع نقدا مضمون شروط موضوعة من طرف الصندوق أهمها رهن الصفقة حيازيا.

والشروط الموضوعة منصوص عليها في التعليمة رقم 09 الخاصة بإجراءات تسيير عمليات قرض تعبئة الدين.

وحددت الشروط المتضمنة في التعليمة المذكورة كالتالي:

- تقديم طلب قرض من قبل المتعامل المتعاقد لصندوق الصفقات العمومية موضوعه دفع المبالغ المالية المستحقة الدفع.
- استظهار شهادة الحق في الدفع صادرة من الامر بالصرف العمومي صاحب المشروع تثبت ان الدين متولد ومتعاين.[1]

[1] أنظر الملحق رقم 12

- انقضاء الآجال التعاقدية لصرف الدفعات حسب نص المادة 89 من المرسوم الرئاسي 236/10المعدل والمتمم والمحددة ب 30 يوما من تاريخ استلام الكشوف او الفواتير.
- تقديم التزام بالتنازل التأخير لفائدة الجهة الدائنة (صندوق الصفقات العمومية)
- رهن الصفقة حيازيا لفائدة الصندوق

أضافت التعليمة السابق الذكر(أ) و(ب) يتضمنان على التوالي ما يلي:[1]

- وثائق إدارية وجبائية
- نسخة مصادق عليها من قانون الأساسي للمتعامل
- نسخة مصادقة عليها لبطاقة التسجيل الجبائي
- صلاحيات الأشخاص المؤهلين بالتزامات المؤسسة نسخة الشهادات الجبائية والشبه الجبائية وثائق خاصة بالديون محل التعبئة
- طلب القرض المتعلق بتعبئة الديون عليه ختم المؤسسة الملف 01/03
- النموذج الوحيد لصفقة المعنية
- نسخة لنفس الصفقة
- نموذجان لكشف الأشغال أو الفواتير ممضاة وموزنة قانونا من طرف صاحب المشروع
- النسخة الأصلية لشهادة الحق في الدفع ممضاة وموزنة من قبل صاحب المصلحة الملحق 02/03.
- التصريح بالاستبدال لتحرير كل المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد لفائدة الصندوق الصفقات العمومية الملحق 03/03
- التصريح بالتنازل عن فوائد التأخير الملحق 04/03

[1] وقد وضحت التعليمة رقم 08 المؤرخة في 19 مارس 2005 كيفية تعبئة الديون وتنظيم فوائد التأخير الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية المرهونة لدى الصندوق وقد جاءت هذه التعليمة لتوضح إجراءات تطبيق المادة 63 من القانون 21/04 المؤرخ في 29 نوفمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005

أن قرض تعبئة الديون لا تكتسي الطابع الربحي لصندوق ضمان الصفقات العمومية وانما هي عملية يقوم بها الصندوق في إطار المهمة المكلفة بتأديتها ذات الهدف البعيد وقف ما هو منصوص عليه في المادة الثانية من المرسوم 67/98 بغرض تغطية الخلل الوظيفي المعاين لدى المصالح المتسببة في التأخير عن الدفع 10 في الآجال المنصوص عليها.[1] هذا من جهة ومن جهة ثانية تحقيق الصعوبات المالية التي تصب خزينة المتعامل المتعاقد.

- تعزيز مصداقية المصلحة المتعاقدة تنفيذا للالتزامات التعاقدية
- تجنب توقيف الأشغال أو تأخير إنجازها بفعل أي نزاع محتمل بشأن التأخير في الدفع.
- تمنح الصندوق فرصة لغرض دوره في تعزير الاقتصاد الوطني.

المطلب الثالث: قروض اعادة التوازن المالي:

مضمون مبدا اعادة التوازن المالي:

عندما تحصل زيادة في الأعباء الناتجة عن تنفيذ العقد بسبب أحداث وأفعال معينة، كسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري،[2] بالزيادة أو بالنقصان، وبالشكل الذي يترتب عنه جعل تنفيذه مرهقا وباهظا التكلفة، فإن تدهور وضع المتعاقد مع الإدارة العامة، يمكن أن يؤدي إلى انقطاع العمل بالمرفق العام، الأمر الذي يعني عدم إشباع الحاجات العامة. وعندئذ يصبح من الضروري إعادة التوازن المالي للعقد الإداري لأنه يعتبر أساسا لبقائه.[3]

---

[1] Instruction PGE/09/A portant procedure de traitement des operations de credit de mobilisation de créances.

[2] René chapus , Op Cit, p1059.

[3] أنظر نص المادة 32 من دفتر النموذجي الملحق بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 نوفمبر 1998، يحدد دفتر الشروط النموذجي لمنح استغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب – ج.ر – العدد 21 لسنة 1999 بتاريخ 1999/03/29، ص 14.

وعليه فإن مبدأ التوازن المالي يهدف إلى الحفاظ على المصلحة العامة من خلال الإبقاء على العقد الإداري، بحيث نجد أنه من الأسس القانونية التي يستند عليها التوازن المالي نذكر فكرة معطيات وضرورة المصلحة العامة التي تتطلب الإبقاء على التوازن الإداري وذلك بمنح الحق للمتعاقد في أحوال معينة وشروط محددة في طلب التعويض لإعادة هذا التوازن.[1] وبالتالي إلزام الإدارة العامة بتحمل الزيادة في الأعباء الناتجة عن تنفيذ العقد.

وعلى مستوى القضاء الإداري الجزائري فإن الملاحظ هو قلة الأحكام القضائية فيما يخص منازعات الصفقات العمومية، وبالتحديد فض النزاعات المترتبة على سلطة الإدارة في التعديل وبالأخص مبدأ التوازن المالي للعقد على اعتباره من حقوق المتعامل المتعاقد تجاه سلطة التعديل. فإنه بتاريخ 11 ديسمبر 1964 أصدرت المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر، في قضية شركة الكهرباء و الغاز ضد بلدية فوكا، إذ ذهبت المحكمة إلى تبني مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري المبرم بين الشركة و البلدية وأهم ما جاء في الحيثيات هو:"... **وحيث أن بناء المدرسة كان في الأصل غير متوقع و خارج عن الاتفاق المبرم بين الإدارة و شركة كهرباء وغاز الجزائر، فإنه يشكل عملا جديدا برتبة نفقات إضافية أخلت بتوازن العقد، حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا على إقتصادياته... و بذلك فإن بلدية فوكا ملزمة بصرف تعويض قيمته 17.515.77 دج لشركة كهرباء وغاز الجزائر...**".[2]

---

[1] [1] René chapus, Op cit, p 1062.

[2] المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر، قرار منشور، بتاريخ 17 ديسمبر 1964 في قضية بلدية فوكا ضد شركة كهرباء وغاز الجزائر، المنشور في **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية**، كلية الحقوق والعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية لجامعة الجزائر، العدد 01 مارس 1965، ص 84-85. والمستخلص من الحكم أن القاضي الإداري الجزائري قد تبنى مبدأ التوازن المالي لصفقة العمومية.

الفرع الأول: ارتداداته على خزينة المتعاقد:

لا شك ان مبدا اعادة التوازن المالي للصفقة يراعي اساسا المصلحة العامة، الا ان ما يجب اقراره في هذا الشأن، ان يجد المتعامل المتعاقد نفسه أمام وضعيات تدفعه الى الاقتراض وتتعد اسباب هذه الوضعيات ولعل من اهم اسبابها و التي تجعل تقدير التبعات المالية وتكاليف الانجاز الموضوعة من طرف المتعامل المتعاقد لا تتطابق مع واقعه المالي عند التنفيذ، تلك الظروف و التعديلات والمستجدات ذات الاثر المالي والتي فيها مما تتناوله بنود الصفقة و فيها ما يخرج عنها، تدفع هذه الوضعيات بالمتعامل المتعاقد الى البحث عن مصادر تمويل بغرض مواصلة انجاز الصفقة، تتعدى الخدمات المنصوص عليها في الصفقة الغلاف المالي المقدر من طرف المتعامل فيلجا الى البنك أو الى صندوق ضمان الصفقات للحصول على قروض لسد العجز، كما يسلك نفس السلوك في حالة جرت تعديلات لم تكن مشمولة ببنوذ الصفقة ولتوضيح الحالتين نتناول كل واحدة على حدى:

الفرع الثاني: بالنسبة للخدمات المنصوص عليها في الصفقة:

بالرغم من أن القانون كان واضحا وصارما في مسألة تسديد المستحقات حيث يمكن للمتعاقد تقديم وضعيات الأشغال شهريا إلى المصلحة المتعاقدة، وعلى أساسها يتم تسديد قيمة الأشغال المنجزة خلال الشهر، ويحدد أجل الدفع بمدة أقصاها ثلاثون(30) يوما من تاريخ إيداع وضعية الأشغال إلا أن الوقع يثبت أن المؤسسات المتعاقدة تعاني من الناحية المالية جراء التأخر المستمر في تسديد الإدارات العمومية للمستحقات المالية للمتعاملين المتعاقدين وتراكم هذه التأخيرات، ما يؤدي بدوره إلى الوقوع في ضائقة مالية، وضغطا لا تتحمله خزينة المتعاقد وبالتالي تجبره إما على توقيف التنفيذ أو فسخ الصفقة

أو الدخول في نزاع مع الإدارة أو في أحسن الأحوال إلى تخفيض وتيرة الإنجاز،[1] وفي النهاية وكنتيجة حتمية يعرف المشروع تأخرا كبيرا في الإنجاز، و يواجه عدد كبير من المتعاقدين هذه الوضعية باللجوء الى الاقتراض.

ولما كان الامر في هذه الحالة، لا يتعلق بحاجة المتعاقد الى من يضمنه بالتوقيع، بل الى من يعزز خزينته بالسيولة المالية. فان اجراءات القرض وشروط تأمينه تختلف فالبنك المقرض ينظر الى رهن الصفقة بعين الريبة لان امكانية اعادة التوازن المالي للصفقة اقل من ان تحقق نسبة الأمان مما يجعل البنك يفرض شروطه ويطلب تأمينات اخرى عدا رهن الصفقة.

الفرع الثالث: بالنسبة للملاحق: إذا كان بالنسبة للخدمات التي تنص عليها الصفقة، والتي حاول القانون معالجتها بتقنية تعبئة الديون فان الأشغال الإضافية والتكميلية الضرورية لإنجاز المشروع

تستدعي إعداد ملحق للصفقة حتى يتم تسديد قيمته المالية للمتعاقد. ويعتبر الملحق واحدا من أهم العوائق لأنه يحمل فكرة ضمان اعادة التوازن المالي للصفقة دون ان يعبر عنها فعليا وذلك ما سنحاول توضيحه:

تناول القسم الخامس موضوع "الملحق" حيث نصت المادة 102 على أنه:

"**يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم**".

وعرفت المادة 103 الملحق بأنه: "**وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات**

[1] الأستاذ حططاش عبد الحكيم؛ زيتوني هند، "**مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة لفترة 2014/2001**"، مداخلة مقدمة ضمن المؤتمر الدولي: تقييم آثار برامج الاستثمارات وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار خلال الفترة 2014/2001، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير: جامعة سطيف 1، يومي 12/11 مارس 2013، ص 21.

إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".

"... كما يمكن أن يتضمن عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي".

"ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة إلا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إدارة الأطراف".

نصت المادة 104على أن الملحق يخضع للشروط الأساسية للصفقة.

من خلال المواد الثلاثة السالفة الذكر نجد ان الملحق تفنين لنظرية فعل الامير المبنية على الحدث الطارئ وغير المتوقع، الا ان النص التنظيمي لم يراعي اصول ومبادئ هذه النظرية، وكل ذلك توضحه الأحكام الموالية المضمنة في باقي المواد من القسم الخامس الخاص بالملحق:

تنص المادة 105 على أنه:" **لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية" !!**

إلا أن الفقرة الثانية من المادة نصت على أن الحكم السابق (الفقرة الأولى) لا يطبق في الحالات الآتية:

- عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال و/أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر، غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ؛ !!
- إذا ترتب على أسباب استثنائية، وغير متوقعة، وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا و/أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي؛
- إذا كان الغرض من الملحق، بصفة استثنائية، إقفال الصفقة نهائيا؛ – !!

يبدو المساس بأسس النظرية واهداف اقرارها من خلال تلك التساؤلات التي نطرحها كالتالي:

يتم إصدار أمر بالخدمة إلى المقاول للشروع في إنجاز تلك الأشغال ويباشر تنفيذ الاشغال الإضافية والتكميلية والتي قد تكون مبالغها كبيرة نسبيا مقارنة بمبلغ الصفقة الأصلية دون أن يملك أي وثيقة رسمية تسمح، بفوترة مبالغ تلك الأشغال، وهنا يطرح التساؤل عن جدوى تلك الفواتير والكشوف التي بحوزة المتعاقد، ولتجاوز هذه المعضلة، نجد أنه يتم التضحية بالمتعامل المتعاقد الذي يباشر الأشغال الإضافية والتكميلية.

إن النص على اقرار الملحق من جهة وتقييده بكل تلك الشروط السابق ذكرها دون الاخذ في الحسبان الوضعية التي تكون عليها خزينة المتعامل المتعاقد يدفع بهذا الاخير الى اللجوء الى الاقتراض، خارج مجال الرهن الحيازي للصفقة، بسبب ما يطرحه اشكال النسخة الوحيدة المنصوص عليها في المادة 110 الفقرة الثانية في حالة الملحق، خاصة وإن إبرام الملحق وعرضه على المصادقة لا يكون الا في الآجال التعاقدية مما يجعل إحتمال ان الاعتماد عليه كسند للرهن الحيازي أمر غير وارد.

المطلب الرابع: قروض إعادة تقييم المشروع:

من المسائل الجوهرية للعقود على اختلافها مسألة السعر المتفق عليه، فإرادة الأطراف تكون متجهة إلى تنفيذ العقد، ويكون كل طرف ملزم في حدود ما تم إلا تفاق عليه أولا، إلا إن هذا المبدأ لا يكون مطلقا، إذ قد تستجد ظروف ومعطيات تجعل العدول على ما تم الاتفاق عليه واردا، حتى في مسألة السعر ويكون قبول كل طرف مبني على مدى تأثير الظروف المستجدة على هدفه من العقد، فيكون بالنسبة للمصلحة المتعاقدة الأمر متوقفا على المصلحة العامة وسيرورة مرافقها، بينما يقتصر على هامش الربح بالنسبة للمتعامل، تجد ضوابط هذي الفكرة أساسها القانوني فيما يطلق عليه بتحيين الأسعار ومراجعتها.

فالسعر يكون محل تعديلات استثنائية غير معروفة في القواعد العامة، ونجد هذه القواعد العامة من خلال الصفقة العمومية والتي تخضع لمصلحة المرفق العام، وهي الطبيعة الإدارية للتعديلات في السعر.[1]

الفرع الأول: تحيين السعر

حتى لا يبحث المتعاملون عن طرق كثيرة لتجنب الخسائر، تم اللجوء إلى تقنية التحيين التي أصبحت حاضرة بقوة في بعض الصفقات حتى يكون بداية تنفيذ الأشغال متأخرا عن تاريخ إبرام الصفقة، وتطبق صيغة التحيين بقوة في عقود الأشغال العامة والصناعية وحدوث الظروف الموجبة له مألوف ومتكرر.[2]

ويعتبر البعض أن تقنية التحيين تعبر عن رغبة السلطات العمومية في التضييق من مجال المراجعة وآثارها المنافية للمنافسة.[3]

وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وذلك من خلال المادة 2/64 بنصها على أنه: " **يمكن أن يحين السعر حسب الشروط المحددة في 65 و66 و71 من هذا المرسوم**".

ربطت المواد السالفة الذكر التغيرات الاقتصادية مع مرور فترة أطول من صلاحية العروض بين تاريخ آخر أجل لإيداع العروض وتاريخ تقديم الأمر بالشروع في الخدمة.[4] فالفقرة الاولى من المادة 651 تنص على أنه: "**يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها طبقا للمادة 66 من هذا المرسوم، إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع**

---

[1] ميريام أكروم، "**السعر في الصفقات العمومية**"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 63

[2] حاجي محمد، "**سلطة الإدارة في تعديل في العمومية في التشريع الجزائري**"، رسالة ماجستير: كلية الحقوق جامعة تبسة، 2011/2010، ص 60.

[3] حاجي محمد، نفس الرسالة، نفس الصفحة.

[4] حاجي محمد، نفس الرسالة، نفس الصفحة.

العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، من أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة أشهر، وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك".

وفقا للضوابط القانونية لتحيين اسعار الصفقة العمومية

أ- <u>إمكانية التحيين:</u>

لا يمكن تطبيق تحيين الأسعار إلا على الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية، وهذا مضمون المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وذلك لنصها على أنه: "**لا يمكن تطبيق تحيين الأسعار الأعلى الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية**". ويفهم من نص هذه المادة أن معيار إمكانية التحيين لأسعار الصفقة من عدمه هو الفترة الممتدة بين صلاحية العرض بين وتاريخ تسليم الأمر بالشروع في الخدمة ODS.

وضمن نفس السياق ذهب القضاء الاداري الى التأكيد على اقرار التحيين داخل هذا الاجل في قرار لمجلس الدولة مؤرخ في 2003/04/15 حيث قضى أن: "**تحيين الأسعار يمكن قبوله إذا كان الأجل يفوق مدة صلاحية العرض التي تفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العرض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أي الشروع في بداية الأشغال.**[1]

1- نهاية أجل لإيداع العروض:

وضع نهاية الميعاد المفتوح لإيداع العروض، وهذا التاريخ متروك لإرادة الإدارة. وبالرجوع إلى نص المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 والتي نصت على أنه:

[1] قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2003/04/15 قضية ق.ع ضد بلدية متليلي، **مجلة مجلس الدولة**، العدد 4، لسنة 2003.

" **يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المزمع طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وا يصال التعهدات.**

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض، إذا اقتضت الظروف ذلك، وفي هذه الحالة تخير المصلحة المرشحين بكل الوسائل".

ويبدأ في حسابه من تاريخ أول صدور للإعلان عن الدعوة إلى المنافسة، كما نصت عليه المادة 3/50: "**تحدد المصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ نشرها الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة كما يدرج أيضا في دفتر الشروط**".

وتنص المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 يجب أن يحتوي إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية الآتية:

* مكان إيداع العروض

* مدة صلاحية العروض كما يتضمن في الوقت نفسه بداية فترة صلاحية العروض كما حددتها المصلحة المتعاقدة في الدعوة إلى المنافسة أو في دفتر الشروط، ويبدأ منه حساب فترة التحيين.

2- مدة صلاحية العروض (أجل صلاحية العروض):

هي المدة التي يبقى المتعاملون ملتزمين بعروضهم وحددها المرسوم الرئاسي رقم 236/10 في نص المادة 04/50: "**يوافق آخر يوم وآخر ساعة لإيداع العروض ويوم وساعة فتحالأظرفة التقنية والمالية، آخر يوم من مدة تحضير العروض، وا ذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإن مدة تحضير العروض تمدد إلى غاية اليوم الموالي**".

وبالرجوع إلى نص المادة 47 من المرسوم رقم 236/10 فهي لم تحدد آجال صلاحية العروض، فهي كانت متروكة للسلطة التقديرية للإدارة، ويشترط القانون تحديدها

إجباريا في ملف الدعوة إلى المنافسة، وتنص المادة على أن: "**تحتوي الوثائق المتعلقة بالمناقصة أو، عند الاقتضاء، بالتراضي بعد الاستشارة، التي توضع تحت تصرف المرشحين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم تعهدات مقبولة، لا سيما ما يأتي:**

*** أجل صلاحية العروض...**".

3- تاريخ تقديم الأمر بالشروع في الخدمة:

إن أمر الشروع بالخدمة هو وثيقة إدارية لها إرادة منفردة وتنصب تحت خانة القرارات الإدارية وتكون مكتوبة، وتقوم المصلحة المتعاقدة بتبليغها للمتعامل المتعاقد بنصوص تنفيذ الصفقة ويكون لها طابع إلزامي، ويمكن للمتعامل المتعاقد أن يقوم بتحفظات في حالة ما كان الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة يتجاوز إمكاناته المالية'[1] وتاريخ تقديم الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات المتفق عليه هو العنصر الذي يحدد اللجوء إلى تحيين السعر الأولي و هذا التاريخ يكون غير معروف عند إبرام الصفقة، أما تاريخ إبرام الصفقة فهو لا يؤثر في طلب التحيين، مثلما نص عليه قرار مجلس الدولة أعلاه.

ب- <u>الظروف الاقتصادية الطارئة:</u>

يجب أن تحدث تغيرات وتطورات في الظروف الاقتصادية في تنفيذ الصفقة العمومية لكي يستطيع المتعامل المتعاقد أن يطلب تحيين السعر.

وفي حالة أبرمت الصفقة بإجراء التراضي فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحيين الأسعار عند انقضاء أجل صلاحية العروض المنصوص عليها في التعهد وهو الذي يفصل بين تاريخ إمضاء المتعامل المتعاقد الصفقة وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات

[1] حاجي محمد، الرسالة السابقة، ص 63.

وهذا ما نصت عليه المادة 2/65 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 :" **يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحين أسعار صفقة مبرمة حسب إجراء التراضي عند انقضاء أجل صلاحية السعر المنصوص عليها في التعهد، الذي يفصل بين تاريخ توقيع المتعامل المتعاقد على الصفقة وتاريخ التبليغ بالشروع في تقديم الخدمة**".

وكذلك أجاز قانون الصفقات العمومية للمتعامل المتعاقد إمكانية طلب تحيين حتى في صفقة مبرمة بناء على أسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة ويجب عليه إثبات أنه لم يسبب التأخير في تنفيذ الصفقة المبرمة،[1] وهذا ما أكده نص المادة 3/66: " **غير أنه يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يسبب في ذلك المتعامل المتعاقد، وتطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات المبرمة بأسعار مبرمة وغير قابلة للمراجعة**".

إن تلك الشروط المضمنة في احكام المتعلقة بقابلية التحيين تحقق قدرا من الامان لميزانية المتعاقد، ولكن بالنظر الى ما تقدمه و ما يجب توفيره من شروط فان فاعليتها محدودة، فالظروف الاقتصادية التي قد تحدث و تجعل السعر المبدئي لا يحقق الربح المنشود من طرف المتعامل قد تحدث في الاجل الذي يسمح فيه بالتحيين كما قد تحدث بعده كما ان الاجراءات الادارية وما تعرفه من قواعد تأثر تأثيرا كبيرا على عامل الزمن تجعل المتعاقد يلجا الى البحث عن مصادر تمويل تتمثل اجمالا في الاقتراض بغرض اعادة تقييم المشروع حسب الاسعار الجديدة والتي ترفع من تكلفة المشروع المالية.

الفرع الثاني: مراجعة السعر

إن تطبيق بند المراجعة يهدف إلى تغيير السعر الأولي المتفق عليه عند انعقاد الصفقة موازاة مع التغيرات الاقتصادية التي تحدث أثناء تنفيذ الأشغال أو الخدمات مما

[1] EL FASSI FATMA–ZOHRA, thèse précitée, p 200.

يتطلب الاتفاق عليها عند إبرام الصفقة، وما ينتج عنه من وضع صيغة المراجعة وهذا ما سنتناوله في الآتي:

وهذا وفقا للضوابط القانونية لمراجعة اسعار الصفقة العمومية

1- **امكانية مراجعة الاسعار:**

أكد المشرع على إلزامية النص على بند المراجعة في المادة 3/67 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية " **الصفقات التي لا يمكن أن تتضمن صيغا لمراجعة الأسعار هي الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة**".

والنص على بند المراجعة، هو الذي يؤدي إلى تضمين الصفقة صيغة المراجعة، وهذا النص الصريح يأتي لتجنب أي محاولة من المتعاقد لطلب المراجعة، أي أن صيغة المراجعة لا توجد إلا باتفاق صريح بين الأطراف، وإذا لم تنص بنود الصفقة على صيغة المراجعة فهذا يعني أن الصفقة أبرمت بسعر ثابت ولا يمكن لأي طرف مهما كانت الظروف أن يطلب مراجعة السعر.

وبالرجوع إلى نص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236 بوجوب إشارة كل صفقة بيان بند مراجعة الأسعار.[1]

يجب أن يكون هذا النص صريحا وواضحا لا يكتنفه الغموض وذلك لتجنب أي إشكالات في التفسير، وعلى الأطراف المتعاقدة أن تحدد صيغ وكيفيات المراجعة والتي لا يمكنها التراجع عنها حتى لو في الملحق.[2]

[1] انظر نص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

[2] EL FASSI. (F), thèse précitée, p196

تجدر الإشارة إلى أن صيغة المراجعة لا تشمل كل الصفقة فهي لا تشمل إلا الخدمات المنفذة فعلا دون سواها عند تاريخ حدوث تغيرات،[1] أي أنه بعبارة أخرى بند المراجعة لا يطبق على الخدمات التي لم تنفذ بعد عند حدوث هذه التغيرات كما قضت بذلك المادة 2/67 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية: "**لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا بمقتضى الخدمات المنفذة فعلا دون سواها حسب شروط الصفقة**".

تنص الفقرة (2) من المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 على ما يلي: "**وعندما يكون السعر قابلا للمراجعة يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته، وكذلك كيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة**".

لذلك عندما يكون سعر الصفقة قابلا للمراجعة، يجب الأخذ بعين الاعتبار التغيرات التي طرأت على أهم العناصر المكونة له خلال فترة انجاز التعهدات.

2-<u>الاستثناءات الواردة على بند المراجعة:</u>

وفقا لنص المادة 67 من المرسوم التنفيذي رقم 10-236 فإن بند مراجعة الأسعار لا يمكن العمل به في الحالات التالية:

- الفترة التي تغطيها آجال صلاحيات العرض.
- الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار عند الاقتضاء.
- أكثر من مرة كل ثلاثة أشهر.
- لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا بمقتضى الخدمات المنفذة دون سواها، حسب شروط العقد.
- كما لا يمكن تطبيق بند مراجعة الأسعار على العقود المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.

[1] حاجي محمد، الرسالة السابقة، ص 66.

ان الاستثناءات الواردة على مراجعة الأسعار هي الحالات التي يجد فيها المتعامل نفسه في مواجهة تبعات زيادة التكلفة المالية للمشروع، كما أن الالتزامات الملقاة على عاتقة جراء اتفاقات وتعاملات ثانوية،بر امها هذا الأخير، بناءا على أسعار لم تعد معتمدة، والتي تكون قد دخلت حيز التنفيذ.

المبحث الثالث: الضمان الاحتياطي:

ان الضمان الاحتياطي رغم اختلافه عن الكفالة الا أنه يشكل ضمانا فعالا إذا تم اختياره كتامين لبعض التسهيلات الائتمانية التي ترد على السندات التجارية، فالضمان الاحتياطي هو التزام تجاري بالدرجة الأولى حتى ولو كان مانح الضامن غير تاجر، والسبب في ذلك هو أن العمليات التي تهدف الأوراق محل الضمان إلى إثباتها هي عمليات تجارية، ويتمثل وجه الاختلاف الثاني في أن الضمان الاحتياطي يكون صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا ما لم يعتريه عيب في الشكل.

إذا كان البنك يبحث عن ضمان احتياطي لصالح مدين في وضعية معسرة، فإنه ليس من السهل إيجاد مثل هذا الضمان في المجال المصرفي، وذلك على أساس أن الضمان الاحتياطي يتميز باستعمال محدود في المجال البنكي وخاصة في ضمان القروض، بحيث نجده إلا في الأوراق التجارية. الا انه يعرف استعمالا له في مجال الصفقة العمومية و هو ما سنحاول توضيحه في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الضمان الاحتياطي:

وهو عبارة عن كفالة يلتزم بمقتضاها (الضامن الاحتياطي) بصفته كفيلا بضمان وفاء قيمة السند على وجه التضامن مع الشخص الذي جري الضمان لحسابه[1] وهو من بين الضمانات الشخصية على القروض، إذ يعتبر إلتزام مكتوبا من طرف شخص معين يتعهد بموجبه على تسديد مبلغ ورقة تجارية أو جزء منها، في حالة عدم قدرة أحد الموقعين عليها، على التسديد.[2]

ويعرف أيضا على أنه التزام بنكي يضمن تكفل البنك بدفع كل أو جزء من مبلغ عمل تجاري إذ لم يف له الملتزم الرئيسي.

L'aval banquaire EST l'engagement fourni par la banque qui se Porte garante de payer tout ou partie de montant d'un effet de commerce si le principal obligé (debuteur) défaillant à l'echeance.[3]

ويختلف الضمان الاحتياطي عن الكفالة في:

- يقتصر تطبيقه على الديون المرتبطة بالأوراق التجارية.
- هو التزام تجاري بالدرجة الأولىحتى وا ٍن كان مانح الضمان غير تاجر، وعلة ذلك أن العمليات التي تهدف الأوراق التجارية محل الضمان لإثباتها هي عمليات تجارية.
- يكون الضمان الاحتياطي صحيحا، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا، ما لم يكن ذلك لعيب في الشكل.

[1] فوزي محمد سامي، **شرح القانون التجاري**، المجلد الثاني، دار الثقافة للنشر، عمان، 1997ن ص 195.

[2] الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 167.

[3] أنظر الملحق رقم 13 والملحق رقم 14 باللغة الفرنسية.

حسب نص المادة 409 من القانون المدني التجاري. والأوراق التجارية التي يسري عليها الضمانالاحتياطي هي السفتجة، والسند لأمر، و لا تخرج السفتجة عن نطاق التطبيق في مجال للصفقات العمومية لأنها قد يتم اعتمادها من قبل المتعاقدين وخاصة بين المتعامل الأصيل و الثانوي. الا اننا فنقتصر في دراستنا على تطبيق الضمان الاحتياطي في حالة السند لأمر لأنه الأكثر تداولا. وقد جعلت المادة 409 من القانون التجاري أحكام الضمان الاحتياطي الخاصة بالسفتجة صالحة للتطبيق على السند الأمر، هذا الأخير هو الذي يكون محل لمنح التوقيع من قبل صندوق ضمان الصفقات العمومية كضامن احتياطي.

ولقد تم النص على ذلك في المادة الرابعة من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي 98-67 المذكور كالتالي: " يمكن للحاصلين على طالبات أو صفقات عمومية الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة:

أ- الإستفادة من التسبيقات التعاقدية الشرعية الموجهة لتغطية النفقات المقررة في إطار إنجاز الصفقات والطلبيات، وفي هذه الحالة يتوجب على الحاصلين على هذه الصفقات أو الطلبات اكتتاب سندات الأمر لصالح بنوكهم.

وتكفل هذه السندات من قبل صندوق ضمان الصفقات العمومية:

"**C'estl'engagement pris par la caisse de garantie des marhés publics de payer ; à l'écheance un billet à l'ordre si le debuteprincipal se trouve défaillant**".

ضوابط الضمان الاحتياطي:

تحدد ضوابط السند لأمر المواد 465 إلى 471 من القانون التجاري فالسند لأمر حتى يكون سندا تجاريا وجب أن يكون وفقا الشكلية المنصوص عليها في المادة 465 من القانون التجاري، وتنص المادة المذكورة على ما يلي:

"**يحتوي السند لأمر على:**

1-شرط الأمر أو تسمية السند مكتوبة ف ينفس النص وباللغة المستعملة لتحريره

2- الوعد بلا قيد ولا شرط بأداء مبلغ معين

3-تعيين تاريخ الاستحقاق

4-تعيين المكان الذي يجب فيه الأداء.

5-اسم الشخص الذي يجب أن يتم الأداء له أو لأمره.

6-تعيين المكان والتاريخ اللذين حرر فيهما السند.

7-توقيع من حرر السند أي (الملتزم)."

في حالة غياب أحد البيانات: أعطى المشرع في نص المادة 466 إمكانية لاعتبار السند لأمر على الرغم من غياب البيان الخاص بتاريخ الاستحقاق، أو البيان الخاص بمكان الانشاء.

المادة 466: "**إذا خلا السند من أحد البيانات المبينة في المادة السالفة (465) فلا يعتبر سندا لأمر إلا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات التالية:**

- **إن السند لأمر الذي لم يعين فيه تاريخ الاستحقاق يعد واجب الدفع عند الاطلاع عليه.**
- **إذا لم يكن بالسند تعيين خاص فيعد مكان الانشاء هو مكان الدفع وهو نفسه المكان الذي به مقر الملزم.**

- **إن السند لأمر الذي لم يذكر به مكان إنشائه يعتبر محررا بالمكان المعين بجانب الملزم".**

المطلب الثاني: تطبيقات الضمان الاحتياطي في مجال الصفقات العمومية:

أن جل الخدمات التي يقدمها صندوق ضمان الصفقات العمومية تتم عن طريق القروض بالإمضاء ما عدا حالات التدخل لصالح الخزينة، حيث قل ما يقدم الصندوق تسبيقات مباشرة للمؤسسات الحائزة للصفقات العمومية، كما يكون تدخله عن طريق عملية التظهير، لأجل تسهيل التنفيذ من للصفقة وضمان عمليات إعادة التمويل.

والتظهير هو العملية التي يتدخل من خلالها الصندوق بتوقيعه على ورقة تجارية (سند لأمر) مقابل حصوله على ضمانات حقيقية، تكون غالبا في شكل رهن حيازي للصفقة، ويكون توقيع الصندوق بعد توقيع كل من البنك وحائز الصفقة، فيتعهد بموجب هذا التوقيع بالدفع إذا ثبت ان المدين عاجزا عن الوفاء ويستعمل الصندوق بوصفه ضامنا احتياطيا نوعين من التظهير هما: التظهير المشروط، و التظهير غير المشروط.

<u>أولا: التظهير المشروط:</u>

يتقدم المتعامل المتعاقد بطلب للبنك، يكون بناءا على رهن الصفقة حيازيا، كضمان عن قيمة المبالغ المقدمة،جدد البنك من خلال در اسة الطلب المرفق بشهادة الحق في الدفع، المقدمة من طرف المصلحة المتعاقدة،وموقع عليها من قبل الامر بالصرف.

يقترح البنك تدخل الصندوق كضامن احتياطي تجعله يتحمل نسبة من الأعباء:

Aval conditinnel cette forme d'intervention de la caisse est l'aisser à l'intervention de la caisse est laissèe,la CGMP intervient en avalisent un billet à ordre afin de conforter la rèescompte de l'effet auprès de la banque d'algerie, le risqué du credit est assume par la banque.

فالأمر متروك لتقدير البنك لمخاطر هذا الضمان مما يجعله يتحمل المسؤولية بالدرجة الأولى.

عمليا ولتسهيل استفادة المؤسسات الحائزة للصفقات من قروض بنكية، يقترح الصندوق تجزئة المخاطر مع البنك، وهذا التدخل من طرف الصندوق يكون بموجب اتفاقية بينه وبين البنك.

ثانيا: التظهير غير المشروط:

يكون التظهير غير المشروط بخصوص تعبئةالديون المتولدة و المعاينة اثناء تنفيذ الصفقة، ويرفق طلب الضمان بشهادة الحق في الدفع مقدمة من طرف الامر بالصرف صاحب المشروع، وتكون تعبئة الديون في حد لا يتجاوز 80 بالمائة من مبلغ الصفقة:

"Laval inconditionnel dans ce cas le risque de credit est totallement Pris en charge par le CGMP, en avalisant le billet à ordre, la caisse garantie au banquier le recouvrement de la totalitè de sa creance à echeance, en cas de d'efaillance du dèbiteur".

ففي حالة التظهير المشروط، تكون مجمل مخاطر القرض على عاتق الصندوق فبتظهير الأمر بالدفع، يضمن الصندوق للبنك تغطية مجموعها في حالة لم يف المدين الرئيسي.

ولا توجد قواعد تحدد متى يكون الضمان الاحتياطي مشروطا او غير مشروط، بل ذلك متروك للتفاوض بين البنك و الصندوق، بعد دراسة الوضعية المالية للمؤسسة المتعاقدة، وتقدير درجة الخطر، وكذلك دراسة تبعات القرض، وعلى هذا تحدد درجة المسؤولية لكل طرف وكذلك نسبة العمولة التي يستفيد منها كل طرف.

ويمكن للسند الأذني ان يكون محل تجديد لمدة محددة باتفاق بين الطرفين في حالة عجز المتعاقد المستفيد من القرض، فيتم اللجوء لتمديد المهلة لإعطاء فرصة تسديد ديون مقابل عمولة إضافية، يستفيد منها الضامن الاحتياطي.[1]

[1] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 107

المطلب الثالث: آثار الضمان الاحتياطي:

تقضي المادة 409 من القانون التجاري أن ضامن الوفاء يلتزم به المضمون، بمعنى أن الضامن الاحتياطي ملتزم صرفي كسائر الموقعين أي أنه وبتوقيعه بالضمان يترتب في ذمته التزام صرفي، والتزامه هذا تجاري على اعتبار أن جميع الأعمال التي ترد على الأوراق التجارية تكون تجارية.

ويترتب عن الضمان الاحتياطي آثار تؤدي إلى تغيير في المراكز القانونية للأطراف المرتبطة به.

الفرع الأول: بالنسبة لعلاقة الضامن الاحتياطي بالحامل: وفقا للمادة 409 من القانون التجاري يلتزم الضامن الاحتياطي بمثل ما التزم به المدين المضمون، بمعنى يلتزم بنفس الكيفية التي التزم بها مضمونه وبذلك يعد كفيلا متضامنا ويكون بالتالي معرضا للرجوع الصرفي عليه.

يولد عادة توقيع الضامن ضد هذا الأخير ولفائدة الحامل، حق الرجوع الصرفي يضاف إلى ذلك أن الضامن ملتزم على أساس الروابط الموجودة مسبقا ضمن أحكام القانون العادي تجاه حاملين وعدهم بكفالة صحيحة.

وهذه الدعوى تكتسي أهمية خاصة عندما يمتنع الرجوع المصرفي لسبب ما، فالأصل إذن أن الضامن الاحتياطي يخضع للرجوع المصرفي، وبما انه لا يتدخل الا لكفالة التزام المدين المضمون، فهو ملتزم تجاه الحامل بنفس التزام هذا الأخير، وهذا ما قضت به الفقرة السابعة من المادة 409 من القانون التجاري، وينتج عن هذا الحكم نتائج عديدة وهامة منها أن الضامن الاحتياطي يمكنه الاستفادة من إهمال الحامل إذا كان المضمون نفسه له الحق في ذلك.

فالالتزام المفروض على الحامل بتبليغ رفض الوفاء لمظهره ولضمانه الاحتياطي إن وجد تحت طائلة تعويض الأضرار، لا يطبق على المسحوب عليه ولا على ضامنه الاحتياطي ومنها أيضا أن الضامن الاحتياطي له حق التمسك تجاه الحامل بالتقادم الذي يمكنه التمسك به تجاه المدين المضمون. وبما أنه مجرد كفيل، فيتحلل من التزامه بناء على

المادة 656 مدني، إذا ما أثبت بأنه لم يستطع الحلول للاستفادة من حقوق الحامل من اجل ممارسة هذا الرجوع ضد المدين المضمون وذلك بخطأ الحامل، كأن يضع التأمينات المخصصة لضمان الدين ويمثل تطبيق هذه القاعدة صعوبة عندما يمنح الحامل المدين المضمون مهلة للوفاء وترى بعض الاجتهادات القضائية في هذه الحالة عدم براءة ذمة الضامن الاحتياطي، في حين يرى البعض الأخر براءة ذمة الضامن الاحتياطي إذا لم يبلغ بتمديد مهلة الوفاء، مما ترتب عنه استحالة ممارسة الرجوع.

وهذا بمجرد ما يلتزم مقدم الضمان الاحتياطي صرفي، يخضع في نفس الوقت للنظام الخاص بالأوراق التجارية، وخاصة مبدأ استقلال التوقيع ضمن الأحكام المشار اليها في الفقرة الثامنة من المادة 409 من القانون التجاري والتي تنص على أن التزام مقدم الضان الاحتياطي صحيح حتى وا ٍن كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب أخر غير عيب في الشكل.

كل ذلك مع ملاحظة أن الفقرة الثامنة من المادة 409 من القانون التجاري تقصد فقط أسباب البطلان التي تلحق الالتزام المضمون، وخارج نطاق هذه الفرضيات يجب الرجوع لمبدأ الميزة التبعية للضمان الاحتياطي التي تسمح بالتمسك بكل وسائل الدفاع الأخرى التي يمكن للمدين التمسك بها.

الفرع الثاني: علاقة الضامن الاحتياطي مع المدين المضمون (المتعاقد):

لا يمكن للمدين المضمون أن يرجع على ضامنه الاحتياطي، وتطبيقا لهذا المبدأ لا يجوز للساحب الذي بقي أو أصبح حاملا أن يتبع ضامنه الاحتياطي.[1] وعلى العكس من ذلك، يمكن للضامن الاحتياطي عندما يكون مرغما على الوفاء بمبلغ الورقة التجارية لحاملها الرجوع ضد المدين المضمون ومطالبته بالمبلغ الكامل الذي وفاه والمصاريف التي أنفقها.

[1] بلعيساوي محمد الطاهر، **الوجيز في شرح الأوراق التجارية**، ط2، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 107.

وهذا ما قضت به الفقرة الأخيرة من المادة 409 من القانون التجاري، ويمارس الضامن الاحتياطي حق الرجوع هذا بمقتضى الدعوى الصرفية باعتباره حاملا للورقة التجارية أكتسب الحقوق الناشئة عنها بعد الوفاء بقيمتها، وبذلك يستفيد من مبدأ تظهير الدفوع واستقلال التوقيع والحجز التحفظي.[1]

ولكن إذا سقط حق رفع هذه الدعوى بمرور مدة التقادم أو لإهمال الحامل، يجوز للضامن الاحتياطي عندئذ أن يرجع ضد المدين المضمون بمقتضى دعوى الكفالة الشخصية التي تقررها القواعد العامة لكل كفيل ضد المدين الأصلي.[2]

الفرع الثالث: علاقة الضامن الاحتياطي مع الموقعين الآخرين على السند

بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 409 من القانون التجاري، لا يمارس الضامن الاحتياطي حق الرجوع تجاه المدين المضمون فحسب، وإنما أيضا تجاه هذا الأخير بموجب السفتجة، فالضامن الذي وفى بمبلغ السفتجة يمكنه أن يمارسه في حالة ما إذا قام هو نفسه بالوفاء، وعليه إذا تدخل الضامن من أجل أحد المظهرين فيمكنه الرجوع ضد المسحوب عليه القابل، والساحب أو مظهر سابق، وإذا تدخل لفائدة الساحب فيمكنه الرجوع ضد المسحوب عليه القابل.

ولكن هل في هذه الحالة يمكن للمسحوب عليه القابل أن يتجنب الرجوع بإثبات أنه لم يستلم مقابل الوفاء؟

والجواب على هذا السؤال يكون بالنفي على أساس أن الضامن الاحتياطي الذي وفى بمبلغ السفتجة ليس إزاء الغير خلفا خاصا للمدين المضمون انه حامل السند، ويجب أن يستفيد من مبدأ عدم التمسك بأوجه الدفاع فيما إذا كان حسن النية، وبالمقابل فإن الضامن الاحتياطي يخضع بمقتضى الورقة التجارية لنفس الرجوع الذي يخضع له الموقع

[1] الياس حداد، **السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 257.

[2] إلياس حداد نفس المرجع، ص259

الذي تدخل من اجله، وهكذا يمكن أن يرغم الضامن الاحتياطي الذي تدخل لفائدة الساحب على الوفاء بمبلغ السفتجة من طرف المسحوب عليه الذي وفى الحامل دون أن يستلم مقابل الوفاء.