الأستاذ خلـــيل المـــاشطة

الاستثمار في مجال الطاقات المتجددة

رسالة ختم التمرين في مهنة المحاماة

تونس 2011

الأستاذ المشرف على التمرين: نور الدين فرشيو

الآراء المضمنة في هذه الرسالة لا تعبر عن موقف الهيئة الوطنية للمحامين و لا تلزم إلا صاحبها.

الفهـــــرس

تمهيــد

الجــزء الأول: خصائص الإطار القانوني المنظم للاستثمار في الطاقـات البديـــلة

الفقرة الأولى: الطاقات المتجددة على ضوء النظام القانوني العام للاستثمــار**....ص 6**

الفقرة الثانية:الطاقات المتجددة على ضوء منظومة التحكم في الطــاقة**.....ص.10**

الجـزء الثاني: الإشكاليات القانونية التكميلية المؤثرة على للاستثمار في الطاقـات البديلة

الفقرة الأولى: السند القانوني لاستغلال الطاقات المتجددة على ضوء القانون العام**.ص 17**

الفقرة الثانية :الطاقات المتجددة و قواعد المنافسة**.....ص 22**

خاتــمة.....ص 27

تمهيـــــد

يتنزل هذا العمل في إطار الطاقات المتجددة أو البديلة في تونس عموما و في خصوص الاستثمار في هذا القطاع بصورة أخص.

ويبحث هذا المقال أساسا في ركائز وخصائص النظام القانوني لهذا النوع المخصوص من أنواع الاستثمار.

ويجدر بادئا ذي بدء التعريف بما يسمّى الطاقات البديلة أو المتجدّدة و هي الطاقات غير المتأتية من المصادر الأحفوريّة من بترول و فحم و غاز ويورانيوم، و تتمثّل حصرا في الطاقات التالية:

أولا: الطاقة الشمسيّة بنوعيها الحراري أي المتأتي من تكثيف أشعة الشمس بغية توليد الحرارة Energie solaire thermique ، و تستعمل الطاقة الحرارية أساسا في تسخين المياه وقد بلغ حجم إنتاجها 5.8 ك.ط.م.ب (كيلو طن معادل بترول) سنة 2005، وبنوعها الضوئيEnergie solaire photovoltaïque أي المتمثل في إنتاج الكهرباء انطلاقا من استقطاب أشعة الشمس ومن ثمّة تركيزها.

ثانيا: طاقة الرياح و تتمثل في تحويل هبوب الرياح إلى طاقة ميكانيكية ثم إلى طاقة كهربائية وذلك عن طريق تركيز مراوح في المناطق التي تسجل فيها معدلات هبوب رياح هامة.

ثالثا: الكتلة الحيوية Biomasse و تتمثل في المواد العضوية ذات المصدرين النباتي و الحيواني و التي يتّم حرقها من أجل إنتاج الطاقة الحرارية أو الكهربائية. و تستعمل الكتلة الحيوية أساسا في الوسط الريفي في التدفئة المنزلية و الطبخ إلخ..

رابعا: الطاقة الكهرومائية Hydroélectricité و تتمثل في استغلال الطاقة الميكانيكية للمياه المتدفقة في توليد الطاقة الكهربائية عن طريق تمريرها في توربينات، وتنتشر أنشطة توليد الكهرباء المائية أساسا في السدود.

خامسا: الحرارة الجوفية Géothermie و تتمثل هذه الطاقة في توظيف حرارة الطبقات العميقة من الصخور أو خزانات البخار و المياه الجوفية و ذلك بغية تدفئة المباني أو المساحات الزراعية المستغلة في إطار البيوت المكيفة، كما يمكن في حالة وجود خزانات بخار ذات حرارة تمكن من إنتاج بخار الماء توليد الطاقة الكهربائية انطلاقا من الحرارة الجوفية.

و عموما يتم إنتاج الطاقات المتجدّدة إما عن طريق التوليد البسيط أو عن طريق التوليد المؤتلف للطاقة الذي يهدف إلى توليد الطاقة الحرارية و الطاقة الكهربائية في آن واحد انطلاقا من طاقة أولية و ذلك على معنى الفصل 7 من القانون عدد 7 لسنة 2009 المؤرخ في 9 فيفري 2009 المتعلق بتنقيح و إتمام القانون عدد 72 لسنة 2005 المؤرخ في 2 أوت 2005 و المتعلق بالتحكم في الطاقة.

إن التساؤل المبدئي الذي تطرحه مسألة الاستثمار في الطاقات المتجدّدة يخص الدوافع التي أدت بتونس إلى التخلي عن التعويل الكلي و اللامشروط عن المصادر الطاقية الأحفوريّة و التي تعّد تونس منتجا للبعض منها لا سيّما البترول و الغاز الطبيعي.

لقد أدرجت مسألة الطاقات المتجددة ضمن أولويات الدولة انطلاقا من المشاغل التي ما فتأت تظهر منذ عدة سنوات في مجال التنمية عموما و الطاقة بوجه خاص.

فعلى مستوى التنمية الاقتصادية و الاجتماعية برزت الحاجة إلى دعم الاستثمارات و تحسين مستوى العيش للعديد من الطبقات الاجتماعية عن طريق التقليص من الواردات الطاقية التي أصبحت تمثل مع الارتفاع المزمن لأسعار البترول ومشتقاته عبئا لا يستهان به على الموازنة المالية للعائلة و لرأس المال و بالتالي من الأكيد بأنه أصبح للجوء إلى الطاقات المتجددة ما يبرره.

و لأن الهاجس الطاقي قد أصبح كذلك يفرض نفسه على مستوى الاختيارات السياسية فإنه يجدر التذكير بأنه ابتداء من التسعينات بدأ قطاع الطاقة يشهد توجها نحو انخرام الموازنة الطاقية. فقد مرت تونس من موازنة تسجل فائضا يقدر بـ 1.5 مليون طن معادل نفط إلى موازنة بالكاد تكون متوازنة سنة 2002. وعلاوة عن ذلك تميزت الفترة من 2002 إلى 2010 بتدني مستوى العرض الطاقي نتيجة إوشاك حقلي البرمة و عشتارت البترولين على النضوب[1] وعدم دخول حقل صدر بعل في الإنتاج بعد المصاعب التي واجهتها الشركة التونسية للأنشطة البترولية في تجنيد التمويلات اللازمة في إطار عقد الشراكة الذي يربطها ببريتيش غاز. و عليه فإن الوضعية الحالية تتميز بعجز الموازنة الطاقية لتونس.

و أخيرا فإنه من الجدير إلى الإشارة إلى أنه منذ التسعينات فإن التوجهات البيئية قد أصبحت تركز على التصدي لظاهرة الاحتباس الحراري مما حدا بتونس إلى إمضاء الاتفاقية الإطارية للأمم المتحدة إثر مؤتمر ريو دي جانيرو سنة 1992، ثم إلى إمضاء بروتوكول كيوطو حول التغيرات المناخية[2]و المتعلق بالتقليص من انبعاث الغازات المسببة للانحباس الحراري وذلك سنة 1993.

وتتجه في هذا السياق الملاحظة بأن تونس تتمتع على ضوء المعاهدات الدولية المومئ إليها بامتيازين اثنين:

- تونس مثلها كبقية الدول النامية ليست ملزمة بتقديم تعهدات ثقيلة للحد من انبعاث الغازات المسببة للاحتباس الحراري على غرار الدول الغنية و ليست عنصرا فاعلا على مستوى السوق العالمية للكربون.

- لقد أقرت الاتفاقيات لدول الجنوب إمكانية الاستفادة من آليات تمويل مخصوصة كآليات التنمية الخضراء[3] و التي تتولى من خلالها الدول الغنية تمويل مشاريع و استثمارات في الدول النامية من شأنها تفعيل التحكم في الطاقة كالاستثمارات في الطاقات المتجددة وذلك مقابل حصص كربون تمكنها من تحقيق أهدافها التصنيعية و التنموية عموما[4].

[1] ONUDI-Unité Pour la Promotion des Investissements en Tunisie – « *Le Secteur des Energies Renouvelables en Tunisie* » - Publications des Nations Unies Avril 2002.

[2] CCNUCC - Publications des Nations Unies – FCCC/INFORMAL/84 – GE.05-62221 (F) 180705 260705- Mai 1992

[3] MDP ou Mécanismes de Développement Propre.

[4] Unfccc.int

وعليه انخرطت تونس في مسار تنموي يهدف إلى النهوض بالاستثمار في الطاقات البديلة التي تحسّن أداؤها و تنامت مكانتها نسبيا في المعادلة الطاقيّة كما يبين هذا الجدول[5] بخصوص بعض الطاقات البديلة:

1000 طن معادل بترول	2000	2001	2002	2003	2004	**2005**
الطاقة المائية	14.7	12.7	14.4	37.1	33.3	**31.5**
قوة الرياح	5.3	5.5	6.8	7.5	9.5	**9.2**
الطاقة الشمسية الحرارية	1.8	2.7	3.5	4.0	4.4	**5.8**
مجموع الطاقات البديلة	21.7	20.9	24.7	48.5	47.2	**46.4**
النسبة المائوية من جملة الإنتاج الطاقي(%)	0.3	0.3	0.4	0.7	0.6	**0.6**

إن المتمعّن في المقاربة القانونية لنشاط الطاقات المتجددة يلاحظ أن النسق التشريعي و الترتيبي الخاص بهذا النشاط قد شهد عدة مراحل:

إذ بدأت المرحلة الأولى سنة 1985 مع إصدار المرسوم عدد 8 لسنة 1985 المؤرخ في 14 سبتمبر 1985 المتعلق بالاقتصاد في الطاقة و المصادق عليه بالقانون عدد 92 لسنة 1985 المؤرخ في 22 نوفمبر 1985، وقد أنشأ هذا النص وكالة التحكم في الطاقة كمؤسسة عمومية ذات صبغة صناعية و تجارية عهد إليها خصوصا مهام تنفيذ السياسة العامة للدولة في مجال اقتصاد الطاقة و تنسيق البرامج الوطنية في هذا المجال بالإضافة إلى المصادقة على الاستثمارات المخصصة لاقتصاد الطاقة و المصادقة على عقود البرنامج. ثم صدر القانون عدد 62 لسنة 1990 المؤرخ في 24 جويلية 1990 و هو النص المرجعي في مجال التحكم في الطاقة و الذي ألغى أحكام القانون عدد 8 لسنة 1985 فيما عدا الأحكام المتعلقة بوكالة التحكم في الطاقة و أرسى تنظيما أشمل و أكثر وضوحا لهاته المؤسسة.

هذه المؤسسة التي وقع تغيير اسمها ليصبح بالوكالة الوطنية للطاقات المتجددة و ذلك بمقتضى الأمر عدد 2532 لسنة 1998 المؤرخ في 18 ديسمبر 1998 و ما تلاه من نصوص.

[5] Stratégies Méditerranéennes et Nationales de Développement Durable. Efficacité énergétique et énergie renouvelable en Tunisie. (Samir Amous, Apex Conseil) – Plan Bleu (Centre d'Activités Régionales) – Sophia Antipolis – Mars 2007.

و من جهة أخرى تمثلت المرحلة الثانية و التي امتدت منذ منتصف السنوات الألفين إلى الآن في صدور القانون عدد 72 لسنة 2005 و المتعلق بالتحكم في الطاقة و الذي و قع إتمامه و تنقيحه بالقانون عدد 7 لسنة 2009 المؤرخ في 9 فيفري 2009، هذا بالإضافة إلى بقية الأوامر و التراتيب الأخرى و التي سيقع التعرض لها في الإبان. هذا و يجدر بالذكر أن هذه النصوص قد قامت بإلغاء معظم النصوص السابقة و إلى حذف الوكالة الوطنية للطاقات المتجددة و تعويضها بالوكالة الوطنية للتحكم في الطاقة.

و بقطع النظر عن المضمون الفني البحت لهذه النصوص فإنه يجدر الذكر بأن اقتصاد الطاقات البديلة يندرج حاليا في إطار منظومة أشمل و هي المنظومة الوطنية للتحكم في الطاقة و التي تم تفعيلها بالتوازي مع الجانب الترتيبي الصرف من خلال بعث البرنامج الوطني للتحكم في الطاقة خلال الفترة الممتدة من 2005 إلى 2007 و إنشاء الصندوق الوطني للتحكم في الطاقة بمقتضى قانون المالية لسنة 2006 مما ساهم في توفير ما يعادل 8% من جملة الاستهلاك الوطني سنة 2007.

و هذا البرنامج الوطني يهدف إلى تقليص الطلب على الطاقة بنسبة 20%[6] و إلى الارتقاء بحصة الطاقات المتجددة إلى حدود 4% في غضون 2012.

و بالنظر إلى ما سبق ذكره يتبين مبدئيا أن نشاط و اقتصاد الطاقات المتجددة لا يحضى حاليا بوجود قانوني و تنظيمي مستقل، بل وقع التعامل على مستوى النصوص مع هذا النشاط كعملية من عمليات التحكم في الطاقة و لم يقع العمل على بعثها كفرع نشاط مستقل Une filiale d'activité ، وهذا الأمر ليس بالغريب بالنظر إلى المبادئ العامة للسياسة الطاقية المعتمدة دوليا و التي تتمثل في دمج كل من سياسة التحكم في الطاقة و الطاقات المتجددة و الفاعلية الطاقية[7].

ومن ناحية أخرى تجدر الملاحظة بأن التطورات العالمية الأخيرة قد أضفت المزيد من الأهمية لمجال الطاقات المتجددة مما قد يحتم مستقبلا التعامل الجدي مع هاته المسألة و ذلك في إطار استراتيجية متكاملة تأخذ بعين الاعتبار خصوصية هذا النشاط و تعقيد المسائل القانونية التي يمكن أن تطرح في إطار إنتاج واسع النطاق و ذلك في صورة تطور إنتاج الطاقات المتجددة و هو ما يمثل مبدئيا حتمية اقتصادية وتنموية لا مفر منهما.

وللتدليل على ما سبق فإن ما يسجل حاليا من تعدد وسائط التمويل الدولي المتوفرة لصالح الطاقات البديلة بالإضافة إلى مصادقة تونس على القانون التأسيسي ميثاق الجمعية التأسيسية **للمنظمة الدولية للطاقات المتجددة**[8] في 26 جانفي 2009[9] و إلى **المخطط الشمسي**[10] الذي انخرطت فيه تونس منذ 2009 و الذي يعتمد تطوير 40 مشروعا في مجال الطاقات المتجددة بكلفة جملية تقدر بـ 3600 مليون دينار قد تدفع بنا

---

[6] Publications du Ministère de l'Industrie, de l'Energie et des PME : « Le Plan Solaire Tunisien ».

[7] Tunisie : financer la maîtrise de l'énergie – Actes de la conférence internationale, Hammamet (Tunisie), 2007.p.13 (Agence Française de Développement).

[8] تكونت المنظمة الدولية للطاقات المتجددة رسميا ومقرها أبو ظبي بدولة الإمارات المتحدة خلال الجلسات التأسيسية التي انعقدت يومي 4 و 5 أفريل 2011.

[9] وذلك بمقتضى القانون عدد 46-2010 المؤرخ في 25 أكتوبر 2010.

[10] Le Plan Solaire Tunisien.

إلى التفكير في إعادة الهيكلة الترتيبية والقانونية للطاقات المتجددة و إلى تصور آليات قانونية و عقدية جديدة من شأنها تفعيل دورها الاستثماري و التنموي.

وبناء على ما تقدم فإنه يجدر التساؤل عن مضمون الإطار القانوني للطاقات البديلة و محدوديته، و سبل تكريس المزيد من النجاعة القانونية بخصوص هذا النشاط.

يتجه إذن التركيز صلب هذه الدراسة على تحليل خصائص الإطار القانوني الخاص بالاستثمار في مجال الطاقات المتجددة في مرحلة أولى **(الجزء الأول)** ثم إلى البحث في الإشكاليات القانونية التكميلية المؤثرة على للاستثمار في الطاقات البديلة في مرحلة ثانية **(الجزء الثاني)**.

الجـــزء الأول: خصائص الإطار القانوني المنظم للاستثمار في الطاقـات البديـــــلة

إن وجود تشريعات خاصة تنظم مسألة الطاقات المتجددة لا يمنع مبدئيا من التساؤل عن إمكانية التكامل بين تلك النصوص و بقية النصوص المنظمة للاستثمار باعتبار الطاقات المتجددة تمثل مبدئيا ميدانا

للربح و الاستثمار **(فقرة أولى)**، كما أنه يتجه تحليل النظام القانوني الخاص بالطاقات المتجددة على ضوء المنظومة الوطنية للتحكم في الطاقة **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى: الطاقات المتجددة على ضوء النظام القانوني العام للاستثمـــار

تم إصدار مجلة التشجيع على الاستثمار بمقتضى القانون عدد 120-93 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 الذي وحّد النظام القانوني للاستثمار من خلال إلغاء جميع النصوص ذات الصبغة القطاعية و المتعلقة بالاستثمار كمجلة التشجيع على الاستثمار السياحي و مجلة التشجيع على الاستثمار الفلاحي و الصيد البحري. و تعتبر مجلة التشجيع على الاستثمار النص المرجعي للنشاط الاستثماري بتونس.

و تنظم هذه المجلة أساسا ما يمكن أن نصطلح على تسميته **بالاستثمارات الرئيسية** Les Investissements Principaux ، أي الاستثمارات التي يقوم بها الشخص الطبيعي أو المعنوي كنشاط مهني رئيسي أو كموضوع اجتماعي، و يكفي الرجوع إلى أحكام الفصل الثاني من المجلة للوقوف على ضرورة القيام بشكلية التصريح بالاستثمار التي تتضمن التزاما بالتفرغ للنشاط الاستثماري المنشود.

ولا تنظم مبدئيا المجلة مسألة ما يمكن تسميته **بالاستثمار العرضي** Les Investissements Accessoires و هو الاستثمار بمعناه الاقتصادي و المالي لا القانوني، فليس هو بالاستثمار الذي يؤدي إلى إنشاء وضعية قانونية جديدة (كشركة مثلا أو تاجر) بل هو عمل يقوم به شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا اقتصاديا معينا في إطار تحسين جودة أو مردودية ذلك النشاط. و يمكن أن يتمثل هذا الاستثمار في شراء تجهيزات أو بناء منشآت إلخ..

و لكن رغم ما تقدم ذكره فإنه من اللافت للنظر أن القانون عدد 120-93 قد ألغى العمل بالفصول من 12 إلى 15 من القانون عدد 62 لسنة 1990 المؤرخ في 24 جويلية 1990 المتعلق بالتحكم في الطاقة و التي تضمنت أحكاما تعلقت تباعا بالمساعدات المالية المباشرة و الامتيازات الجبائية و المالية المسندة إلى المؤسسات التي تقوم بمراقبة استهلاكها للطاقة عن طريق إنجاز استثمارات أو مشاريع في ميادين الاستعمال المحكم للطاقة و الطاقات المتجددة. و هذه الامتيازات كانت تمنح بمقتضى قرار إسناد تشجيعات تسلمه وكالة التحكم في الطاقة. و هذا يعني على الأقل نظريا أن المشرع أقر للمجلة كذلك إمكانية تنظيم مسألة الاستثمارات العرضية في مجال الطاقة أي التي تقوم بها المؤسسات الناشطة في أي ميدان صناعي أو تجاري و التي تريد الضغط على الكلفة الطاقية لإنتاجها. وهنا يجدر التساؤل عما إذا كانت المجلة قد اقتصرت على هذا النوع من الاستثمارات أم أنها أسّست كذلك لتنظيم الاستثمارات الرئيسية في مجال الطاقات المتجددة.

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي النظر إلى أوجه تدخل مجلة التشجيع على الاستثمار عموما، وفي هذا السياق يمكن أن نورد الملحوظات الأولية التالية:

أولا: يبدو أن مراد واضع القانون اتجه على الأقل ضمنيا إلى السماح بإدراج الاستثمار في مجال الطاقات المتجددة ضمن اهتمامات مجلة التشجيع على الاستثمار و أفضل دليل على ذاك عدم تنصيص القانون عدد 7 لسنة 2009 و المتعلق بالتحكم في الطاقة صراحة على نسخ أحكام مجلة التشجيع على

الاستثمار المتعلقة بالتحكم في الطاقة مما يفيد على الأقل ضمنيا أن هاته المجلة قد واصلت تنظيم بعض أنواع الحوافز على الاستثمار في إطار دعم التحكم في الطاقة.

ثانيا:إن مقاربة واضع مجلة التشجيع على الاستثمار عادة تقوم على ثلاثة محاور متكاملة و هي أولا توحيد النظام القانوني لإسناد الامتيازات في إطار هاته المجلة و ذلك من خلال وضع نظام **التشجيعات المشتركة** التي نظمتها النصوص 7 إلى 9، ثم إقرار امتيازات مخصوصة لبعض **أنظمة الاستثمار** كنظامي التصدير الكلي والجزئي و نظام تشجيع التنمية الجهوية و أخيرا إدراج **تشجيعات إضافية** تمنح بمقتضى أمر بعد استشارة اللجنة العليا للاستثمار بالنظر إلى أهمية المشروع أو البعض من خصائصه.

ثالثا: يجدر التذكير بأن التمتع بأي امتياز من الامتيازات الآنف ذكرها مشروط بضرورة انتماء موضوع الاستثمار إلى القائمة الحصريّة التي جاءت بالفصل الأول من المجلة و بالأمرعدد 492-94 المؤرخ في 28 فيفري 1994 المتمم لها. و بالتمعن في هاته النصوص نلاحظ بأن الطاقات المتجددة لا تحضى بوجود قانوني مستقل في منظومة الاستثمار على معنى الفصل الأول من المجلة. إذ أن القائمة المذكورة لم تورد الطاقات المتجددة و لا أنشطة التحكم في الطاقة ولا الاستثمار في الطاقة أصلا. و يجدر بالتالي التساؤل عن ماهية هذا التجاهل وعن دوافعه.

إن المقاربة السياسية و القانونية لمجال الطاقة يمكن أن تفسر غياب التشجيع على الاستثمار في الطاقات البديلة عن القوانين الخاصة بالاستثمار. و بالفعل يمكن القول بأن الموازنة الطاقية في تونس قد لعبت دورا مهما في عدم النهوض بقطاع رئيسي للاستثمار الطاقي.

فالطاقة عموما كانت ولا تزال رهينة المخططات السياسية نظرا لبعدها الحيوي. إذ يمكن في هذا السياق التذكير أولا بالقواعد الصارمة المنظمة للأنشطة البترولية خاصة على مستوى إسداء رخص الاستكشاف و التنقيب. ومن جهة أخرى يمكن التطرق إلى قطاع الكهرباء في تونس و الذي كانت و لا تزال له مميزات خاصة. إذ أن إحداث الشركة التونسية للكهرباء و الغاز بمقتضى المرسوم عدد 8 لسنة 1962 و المؤرخ في 3 أفريل 1962 قد تزامن مع تأميم توليد و نقل و توزيع و توريد و تصدير الكهرباء. هذا الامتياز الذي تم إدراج بعض المرونة عليه مع صدور القانون عدد 27 لسنة 1996 الذي سمح باللجوء إلى الخواص عن طريق اللزمة بغية توليد الكهرباء و بيعها حصريا للشركة التونسية للكهرباء و الغاز.

و بصفة عامة لا يبدو أن الدولة قد راهنت على هذا النوع من النشاط بوصفه نشاطا استثماريا بامتياز و فيما يلي بيان لأهم الأحكام المنظمة لنشاط توليد الكهرباء من الطاقات المتجددة على معنى مجلة التشجيع على الاستثمار.

لقد جاء بالفصل 40 من المجلة أنه "تخول الاستثمارات التي تقوم بها المؤسسات بهدف تحقيق اقتصاد في الطاقة المنصوص عليه بالقانون عدد 62 لسنة 1990 المتعلق بالتحكم في الطاقة (الذي عوضه القانون عدد 2009-7 المؤرخ في 9 فيفري 2009) الانتفاع بمنحة خصوصية تضبط قيمتها و شروط إسنادها بأمر (الأمر عدد 2234 لسنة 2005 المؤرخ في 23 أوت 2005 كما وقع تنقيحه بالأمر عدد 362 لسنة 2009 المؤرخ أيظا في 9 فيفري 2009) و ذلك في إطار نظام التحكم في الطاقة الذي سنتولاه بالدرس في الفقرة الثانية من هذه الدراسة.

و من جهة أخرى تضمن الفصل 41 من المجلة بيانا للحوافز الجبائية التي يمكن منحها للاستثمارات التي تهدف إلى تحقيق اقتصاد في الطاقة و إلى البحث عن الطاقات المتجددة و إنتاجها و تسويقها و إلى البحث عن الطاقة الحرارية الجوفية و المتمثلة أساسا في النتفاع بتخفيض المعاليم الديوانية إلى نسبة 10 % و بتوقيف العمل بالأداء على القيمة المضافة بالنسبة للمعدات و التجهيزات المستوردة و التي ليس لها مثيل مصنوع محليا و بتوقيف العمل بالأداء على القيمة المضافة بالنسبة للمعدات و التجهيزات المصنوعة محليا.

و يمكن في هذا السياق ملاحظة ما يلي:

بخصوص الامتيازات الجبائية يلاحظ أن ما تم إقراره يندرج ضمن خانة الامتيازات الجبائية غير المباشرة. و للتذكير فإن الأداء غير المباشر في كل الأداءات التي يتولى الوفاء بها شخص غير الشخص الخاضع لهذا الأداء. و يتمثل حدث إنشاء الأداء على القيمة المضافة في استكمال الإجراءات الديوانية و إخراج البضاعة بالنسبة للواردات و في تسليم البضاعة بالنسبة للبيوعات حسب ما جاء به الفصل 5 من مجلة الأداء على القيمة المضافة.

و لم تشمل إذن الامتيازات الجبائية الجباية المباشرة كما كان الشأن بالنسبة للعديد من الاستثمارات و الأنشطة الأخرى التي تقرر في شأنها حوافز خصت مباشرة الدخل الخاضع للأداء بالنسبة للأشخاص الطبيعيين و على الدخل على الشركات و التي تضمنتها مجلة التشجيع على الاستثمار لفائدة بعض نظم الاستثمار كنظام التصدير الكلي و الجزئي إلخ..

و بالإضافة إلى خلو التشريع الجبائي من نصوص خاصة تجيز طرح كل أو البعض من الأرباح المتأتية من نشاط الشركات الناشطة في مجال الطاقات المتجددة من قاعدة الأداء فإن مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات لم تتضمن هي الأخرى تشجيعات بعنوان الطرح من الدخل الخاضع للضريبة المداخيل المعاد استثمارها في الاكتتاب في رأسمال الشركات الناشطة في مجال الطاقات البديلة مثلما كان الأمر بالنسبة للشركات الناشطة في قطاع تكنولوجيات الاتصال و المعلومات و التكنولوجيا الحديثة التي ضبط قائمتها الأمر عدد 929 لسنة 2003 المؤرخ في 21 أفريل 2003 حيث أقر الفصلان عدد 39 و 48 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات بإمكانية طرح الأرباح المعاد استثمارها في الاكتتاب في رأسمال تلك الشركات في حدود نسبة 50 % من الربح الخاضع للضريبة و ذلك بالنسبة إلى الاكتتابات التي تمت ما بين غرة جانفي 2000 و إلى غاية 31 ديسمبر 2004.

و تجدر الملاحظة إذن بأن محدودية الحوافز الجبائية لصالح الاستثمارات الرئيسية في مجال الطاقات المتجددة لا تسمح حاليا بتطوير هذا الوجه من الاستثمار و يجدر بالتالي إيلاء هذه المسألة المزيد من الاهتمام مستقبلا.

و بقطع النظر عن مسألة الجباية المباشرة فإنه لا يبدو و أن مجلة التشجيع على الاستثمار قد أقرّت تمتيع المؤسسات الناشطة في مجال الطاقات البديلة بامتياز تكفل الدولة بمصاريف تكوين أعوانها كما جاء بالفصل 39 الذي أقر فحسب تمتيع المؤسسات العاملة في ميدان التكنولوجيا و البحث العلمي بهذا الامتياز و التي ضبط شروطها الأمر عدد 540 لسنة 1994 المؤرخ في 10 مارس 1994 كما وقع

تنقيحه بمقتضى الأمر عدد 38 لسنة 1996 و الأمر 1672 لسنة 1996 و بالأمر عدد 1992 لسنة 2001.

و خلاصة القول هي أنه في عدم الاعتداد بمفهوم الاستثمار الرئيسي في مجال الطاقات البديلة و إقصائه من قائمة الفصل الأول من مجلة التشجيع على الاستثمار تهميش لهذا الشكل من النشاط و حرمان لباعثي تلك المؤسسات من العديد من التشجيعات الفعالة كتلك التي تضمنتها المجلة و الذي أتاح طرح الأرباح الخاضعة للضريبة و التي يتم استثمارها في الاكتتاب في رأسمال الشركات الناشطة في الميادين التي نظمتها المجلة من القاعدة الخاضعة للأداء في حدود 35 % من تلك الأرباح.

و بالإضافة إلى ما سبق فإن المجلة بإقصائها نشاط إنتاج و توزيع الطاقة من مجال تطبيق الفصل الأول منها قد قضت بعدم تمتيع الشركات الناشطة في ذلك المجال من الامتيازات الخصوصية التي تضمنها الفصل 52 و منها الإعفاء من الضريبة على الشركات لمدة 5 سنوات، و تكفل الدولة بمصاريف البنية التحتية و بمنحة استثمار يمكن أن تصل إلى 5 % من الكلفة الجملية للاستثمار.

هذا و يمثل إقصاء نشاط إنتاج الكهرباء انطلاقا من الطاقات البديلة من آليات التمويل التي زخرت بها المجلة عائقا هاما أمام تطوير القطاع.

وتكفي الإشارة إلى أن الشركات الناشطة في هذا المجال لا تتمتع بامتياز إسناد أراض تابعة للملك العمومي بالدينار الرمزي (الفصل 52 مكرر) للوقوف على ضحالة الامتيازات المسندة لهذا النشاط الذي يحتاج في غالب الأمر إلى فضاءات واسعة لتركيز منشآت توليد الطاقة الكهربائية كمحطات التوليد العاملة بطاقة الرياح أو الألواح اللاقطة لأشعة الشمس.

و علاوة على ما سبق ذكره فإن ما يحسب على المجلة بوصفها القانون العام للاستثمار هو إهمالها للبعد الاستراتيجي للطاقات المتجددة الذي ما فتئ يتدعم في ظل انخرام المعادلة الطاقية في بلادنا. فالحاجة إلى إرساء استثمار رئيسي في مجال الطاقة المتجددة أصبح ضرورة، هذا دون أن ننسى أن اهتمام بنوك التنمية و الاستثمار قد أصبح منصبا في السنوات الأخيرة على الاستثمار في الطاقات البديلة ذات المردودية العالية دون الاستثمار في التحكم في الطاقة و ذلك لأن هذا الأخير أقل مردودية على المستوى الاستثماري من استثمارات الطاقات البديلة[11]، كما أن الحصول على التمويل الدولي قد أصبح واردا أكثر من أي وقت مضى و ذلك نظرا لانخراط بلادنا في المخطط الشمسي ابتداء من 2011. هذا المشروع الضخم كلفته 3600 مليون دينار معظمها متأتية من خطوط تمويل خارجية و سيتضمن تركيز ألواح لاقطة للطاقة الشمسية الضوئية في الصحراء تنتج الكهرباء التي سيقع ضخها في الشبكة الوطنية للكهرباء أو تصديرها إلى بلدان المجموعة الأوروبية. و لتفعيل هذا المشروع سيحتاج القطاع إلى حوافز جبائية تدعم التصدير على غرار تلك التي تضمنتها مجلة التشجيع على الاستثمارات في خصوص المؤسسات المصدرة كليا و التي يحتسب الأداء عليها بنسبة 10 % فحسب.

[11] Tunisie : Financer la maîtrise de l'énergie. P.39 - Publications de l'Agence Française de Développement.

وبناء على ما سبق شرحه يجدر التفكير جديا في إدراج مثل هذه الحوافز صلب المجلة و ذلك لتشجيع المؤسسات على مثل هذا النوع من الاستثمار و لطمأنة المستثمرين الأجانب الذين تعودوا الاستئناس بهاته المجلة في شتى مجالات الاستثمار.

<u>الفقرة الثانية</u>:الطاقات المتجددة على ضوء منظومة التحكم في الطـاقة:

لقد تم تنظيم التحكم في الطاقة بمقتضى القانون عدد 7 لسنة 2009 المؤرخ في 9 فيفري 2009 و الأمر عدد 362 الصادر في نفس التاريخ.

كما أسلفنا الذكر فإن توليد الطاقة انطلاقا من المصادر المتجددة قد تم إدراجها ضمن عمليات التحكم في الطاقة على معنى الفصل 3 من القانون عدد 7 لسنة 2009 المتعلق بتنقيح و إتمام القانون عدد 72 لسنة 2005، و هذه العمليات تشمل حصرا:

-التدقيق الإجباري و الدوري للطاقة،
-الاستشارة المسبقة حول المشاريع المستهلكة للطاقة،
-اللجوء إلى مؤسسات الخدمات في مجال الطاقة،
-التوليد المؤتلف للطاقة،
-وضع بيانات على المعدات و التجهيزات الكهرومنزلية تدل على مستوى استهلاكها للطاقة،
-التقنين الحراري للبناءات الجديدة،
-ترشيد استعمال الطاقة في التنوير العمومي،
-تشخيص محركات السيارات،
-إعداد أمثلة التنقلات الحضرية للمدن الكبرى،
- النهوض بالطاقات المتجددة، و
- استبدال الطاقة.

و حيث يتجه في مرحلة أولى القول بأن مجال الطاقات المتجددة على معنى الفصل 3 قد جاء منقوصا بالنظر إلى إمكانية إدماج البعض من أوجه التحكم في الطاقة ضمن مكونات البرنامج الوطني للنهوض بالطاقات المتجددة.
و على سبيل المثال فإن التوليد المؤتلف للطاقة La cogénération كآلية لتوليد الطاقة الكهربائية و الحرارية انطلاقا من مصدر واحد للطاقة يمكن أن يكون نتاج مصدر متجدد للطاقة. و من الغريب أن نظام التوليد المؤتلف للطاقة الذي جاء به الأمر عدد 3232 لسنة 2002 و الأمر عدد 4158 لسنة 2007 لم يتضمنا أية أحكام متعلقة بالطاقات المتجددة رغم الإمكانية التقنية لاستعمال هذه الطاقة في عملية التوليد المؤتلف و بالتالي كان من الممكن الجمع بين الامتيازات التي أقرها الأمران المذكوران للتوليد المؤتلف و الامتيازات الجبائية التي تم ترتيبها لفائدة الطاقات المتجددة التي سنراها لاحقا.

بخصوص مكونات البرنامج الوطني للنهوض بالطاقات المتجددة تضمن الفصل 14 من القانون القائمة التالية:

"- تطوير استعمال طاقة الرياح لتوليد الكهرباء،

- التشجيع على استعمال الطاقة الشمسية الحرارية،

- استغلال الطاقة الشمسية في مجالات التنوير الريفي و ضخ و تحلية المياه بالمناطق البعيدة عن الشبكة الوطنية للكهرباء،

- الحث على تثمين النفايات و المياه الساخنة و مساقط المياه الصغرى و الغاز الطبيعي المصاحب لعمليات إنتاج المحروقات و ذلك لإنتاج الطاقة."

و ما يثير الاهتمام في هذا النص هو تخصيص الطاقة الشمسية بميدان التنوير الريفي فحسب و ضخ المياه في المناطق غير المرتبطة بالشبكة الوطنية لإنتاج الكهرباء. و في المقابل لا يبدو أن المشرع قد أولى **الإنتاج التجاري** للطاقة الكهربائية المرتبة اللازمة إذ أن البرنامج الوطني قد تضمن لفظ**"** *استعمال"* الطاقات المتجددة دون إنتاجها بغية الترويج فقد أقر الفصل 14 (مكرر) مثل هذه الإمكانية من خلال ترتيب حق نقل الكهرباء التي يتم إنتاجها انطلاقا من الطاقات المتجددة **لغرض الاستهلاك الذاتي** من طرف المؤسسات الصناعية أو الفلاحية أو الناشطة في إطار الخدمات و ذلك حتى مراكز استهلاكها مع بيع الفوائض حصريا إلى الشركة التونسية للكهرباء و الغاز في حدود نسب قصوى في إطار عقد نموذجي تصادق عليه سلطة الإشراف.

و من جهة أخرى فقد جاء بالفصل 14 (ثالثا) أنه يتمتع *"كل منتج للكهرباء من الطاقات المتجددة* ***لغرض الاستهلاك الذاتي*** *ومرتبط بالشبكة الوطنية للكهرباء في الجهد المنخفض بحق بيع فوائض الكهرباء حصريا إلى الشركة التونسية للكهرباء و الغاز التي تلتزم بشراء هذه الفوائض في إطار عقد نموذجي تصادق عليه سلطة الإشراف..."*

و علاوة على ما سبق ذكره فإن كمية الكهرباء المنتجة من الطاقات المتجددة تخضع إلى نسب قصوى تتعهد الشركة التونسية للكهرباء و الغاز باقتنائها و حيث يمكن أن يمثل تقييد مثل هذا الامتياز عبئا إضافيا بالنسبة للاستثمار في الطاقات المتجددة بالنظر إلى الكلفة العالية لتجهيزات توليد الطاقة و طول مدة استهلاكها Durée d'amortissement. و على سبيل الذكر فقد انتهى التشريع المقارن إلى خلاف هذا التوجه إذ أوجب الفصل 10 من القانون الفرنسي عدد 108-2002 المتعلق بتطوير و تنمية المرفق العام للكهرباء لصالح منتجي الطاقة انطلاقا من الطاقات المتجددة و المتمثلة في قوة الريح و الطاقة الشمسية و الكتلة الحيوية التزام موزعي الطاقة الكهربائية باقتناء كل ما يعرضه و أولئك المنتجون من طاقة. و قد جاء هذا النص عاما إذ لم يفرق بين الشركات المنتجة للكهرباء لاستهلاكها الذاتي أو الشركات المنتجة للكهرباء التجاري. و لم يقيد النص الالتزام إلا بشروط تقنية منها المتعلقة بالمقدرة القصوى للمنشآت المنتجة و التي يجب أن تتلاءم مع خصوصيات شبكة توزيع الكهرباء. هذا التمشي التشريعي قد أملته في حقيقة الأمر مقتضيات تحرير السوق الأوروبية للكهرباء و لكن لا شيء يمنعنا من إقرار مثل هذا الامتياز لمنتجي الكهرباء الخواص في تونس بالنظر إلى فرص الاستثمار التي يمكن أن توفرها مثل هذه المرونة.

و علاوة على ما سبق فقد أقر نظام التحكم في الطاقة في تونس مجموعة من الامتيازات المباشرة لصالح الاستثمارات المنجزة في نطاق عمليات التحكم في الطاقة و منها الطاقات المتجددة تتمثل أساسا في المنحة الخصوصية التي رتبها الفصل 19 من قانون 2009 المذكور و التي ضبط نسبها و طرق إسنادها الأمر عدد 362 لسنة 2009 المذكور، وقد ضبط الفصل الأول ثالثا بالنسبة للاستثمارات في مجال التحكم في الطاقة نوعين من المنح:

- منحة بنسبة 70 % من كلفة الاستثمارات غير المادية على ألا يتجاوز سقف المنحة سبعين ألف دينار،

- منحة بنسبة 20 % من كلفة الاستثمارات المادية على أن لا يتجاوز سقف المنحة:

أ- مائة ألف دينار بالنسبة إلى المؤسسات التي لا يتجاوز معدل استهلاكها الجملي السنوي للطاقة أربعة آلاف طن من النفط المعادل،
ب- مائتي ألف دينار بالنسبة إلى المؤسسات التي يتراوح معدل استهلاكها الجملي السنوي للطاقة ما بين أربعة آلاف و سبعة آلاف طن من النفط المعادل،
ج- مائتين و خمسين ألف دينار بالنسبة إلى المؤسسات التي يتجاوز معدل استهلاكها السنوي الجملي للطاقة سبعة آلاف طن من النفط المعادل.

هذا و يبدو أن مثل هذه الامتيازات تهم بدرجة أولى استثمارات ترشيد استهلاك الطاقة من تدقيق للطاقة، ولكنها يمكن أن تمتد كذلك إلى ترشيد الاستهلاك عن طريق الاستثمار في الطاقات المتجددة.
و يجدر التساؤل عما كان إنتاج الطاقة من الطاقات المتجددة بغية التسويق يدخل تحت طائلة هذا النص، و مبدئيا ليس هناك مانع قانوني ما دامت عبارة النص مطلقة و ما دام الاستثمار في الطاقات المتجددة بنوعيه (التجاري و العرضي) يدخل في نطاق تطبيق القانون.

و يتم صرف هذه المنح بموجب عقد برنامج يبرمه المستثمر مع الوكالة الوطنية للتحكم في الطاقة.
كما أقر الأمر المذكور منح مخصوصة للاستثمارات في مجال الطاقات المتجددة تمنح مثلا بعنوان تركيز السخان الشمسي (من مائتين إلى أربعمائة دينار)، هذا بالإضافة إلى منحة تقدر بـ 40 % مع إقرار سقف بـعشرين الف دينار للاستثمارات في إنتاج الكهرباء في القطاع الفلاحي و المتمثلة في مشاريع التنوير الفلاحي و ضخ المياه بالطاقة الشمسية و طاقة الرياح بالضيعات الفلاحية و المشاريع الريفية و منحة بنسبة 40 % من كلفة الاستثمار في الغاز العضوي مع سقف أقصى بعشرين ألف دينار.
و تقدر المنحة بنسبة 20 % من كلفة الاستثمار مع سقف أقصى بمائة ألف دينارلإنتاج الغاز العضوي بغية توليد الكهرباء.
و أخيرا و بالنسبة لإنتاج الكهرباء بالمباني الشمسية تقررت منحة بنسبة 30 % مع سقف أقصى بثلاثة آلاف دينار للكيلوواط الواحد و خمسة عشر ألف دينار للمبنى الشمسي الواحد.

و تطرح في هذا الصدد مسألة ملائمة مثل هذه التشجيعات التي تبدو محدودة من حيث حجمها بالمقارنة مع تلك التي تم إقرارها للاستثمار في مجال التحكم في الطاقة و ذلك بالنظر إلى كلفة الاستثمار العالية خاصة تلك المتعلقة بالاستثمار بغية تسويق الكهرباء انطلاقا من الطاقات المتجددة مما يجدر معه التساؤل

عن جدية مثل هذه التشجيعات و عما إذا ما كان من الأصوب بالنسبة للاستثمار الرئيسي في الطاقات المتجددة الانتفاع من نظام التشجيعات الذي تم إقراره للتحكم في الطاقة والذي ضبط حوافز أهم.

و من جهة ثانية يتجه كذلك التعرض إلى الأطراف الفاعلة في منظومة التحكم في الطاقة، إذ يلاحظ أولا أن قانون 2009 قد دعم صلاحيات الوكالة الوطنية للتحكم في الطاقة كمؤسسة عمومية لا تكتسي صبغة إدارية وضعت تحت إشراف الوزير المكلف بالطاقة و يمكن تلخيص مهام الوكالة التي جاء بها الفصل 17 كما يلي:

المهام التوجيهية المتمثلة في المساهمة في ترشيد استهلاك الطاقة عن طريق المساهمة في تكوين و توعية المستهلكين كالحث على استعمال التقنيات ذات النجاعة العالية في استهلاك الطاقة، هذا بالإضافة إلى النهوض بالتكوين في مجال التحكم في الطاقة بالتعاون مع الهياكل المعنية و إعداد البرامج الوطنية للتحسيس و التوعية في هذا المجال و المساهمة في البرامج البحث العلمي في ميدان التحكم في الطاقة.

و بالإضافة إلى هذا الجانب فقد أقر القانون للوكالة اختصاصا استشاريا يتمثل في اقتراح الحوافز و التشجيعات و الإجراءات الكفيلة بتطوير ميدان التحكم في الطاقة و هذا الاختصاص يطرح تساؤلا هاما على مستوى نوع الحوافز التي بإمكان الوكالة اقتراحها و هل تقتصر هذه الحوافز على تلك التي تم ضبطها في إطار تشريع التحكم في الطاقة أم أن دور الوكالة يمكن أن يتعدى هذا المجال ليشمل اقتراح الحوافز الجبائية المباشرة و غير المباشرة ؟

من الصعب الإجابة عن هذا السؤال بالنظر إلى كون هذه المهمة قد تم استحداثها بموجب قانون 2009 و لم تكن في السابق موجودة ضمن مهام الوكالة التي جاء بها الفصل الثاني من القانون عدد 62 لسنة 1990 الذي وقع إلغاؤه بموجب قانون 2009، كما أن مجلة التشجيع على الاستثمارات و هي سابقة في إصدارها لقانون 2009 قد بقيت على حالها و لم يشهد الفصل 41 منها و المتعلق بالامتيازات الجبائية غير المباشرة و الامتيازات الديوانية أي تغيير و لم يقع إضافة أي امتيازات جبائية جديدة إليه. و يصعب الجزم إذن بإمكانية اضطلاع الوكالة حتى الآن باقتراح الحوافز الجبائية التي يبدو أنها تخرج تنظيميا عن الإطار المخصوص للتحكم في الطاقة. على أنه لا شيء يمنع استشارة الوكالة في مشاريع القوانين المتعلقة بحوافز جبائية و غيرها من الحوافز.

كما أقر الفصل 19 من القانون للوكالة اختصاصا تقريريا يتمثل في الموافقة على الامتيازات و المنح التي أقرها أمر 2009 للاستثمارات المنجزة في إطار التحكم في الطاقة و ذلك في إطار عقود برامج تعقد مع المستثمر، في شكل عقود إدارية تخضع للقانون العام.

و من ناحية أخرى تطرح بعض مهام الوكالة تساؤلات من حيث مضمونها كمهمة تنمية المشاريع النموذجية في ميدان التحكم في الطاقة و متابعة إنجازها إذ ليس من الواضح ما إذا كانت المشاريع المقصودة تنتمي للمبادرة الخاصة أم أنها مشاريع عمومية كما نص على ذلك الفصل 2 من القانون عدد 62 لسنة 1990 المتعلق بالتحكم في الطاقة و الذي ألغاه قانون 2009 و الذي جاء فيه أن الوكالة تتولى ضمن مشمولاتها *"...النهوض بمشاريع نموذجية و إنجازها لفائدة الإدارة المركزية و الجماعات العمومية المحلية أو غيرها قصد إثبات تقنيات أو طرق عمل ميادين الاستعمال المحكم للطاقة و الطاقات*

المتجددة...". و يبدو أن قانون 2009 لا يفرق بين المشاريع العامة و الخاصة و هذا من شأنه أن يطرح إشكالا تقنيا، إذ أن اضطلاع الوكالة بتنمية المشاريع النموذجية الخاصة يتعارض مع اختصاص آخر قرره الفصل 17 من القانون للوكالة و هو مهمة إسناد شهادات بالنسبة للتجهيزات و المعدات و المواد التي تساهم في ترشيد استهلاك الطاقة أو الخاصة بالطاقات المتجددة و ذلك للانتفاع بالتشجيعات التي جاء بها القانون.

وحيث يجدر التساؤل في ظل هذا التعايش بين هذين الاختصاصين عن نظام الحوافز الممكن بالنسبة إلى مشروع نموذجي فردي و هل تقوم الوكالة بإسناد الشهادة المذكورة التي تتيح استعمال تجهيزات التحكم في الطاقة إلى مشروع نموذجي أي مشروع يتوفر على تقنية مستحدثة لم يقع تجربتها بعد ؟ و في صورة الإيجاب كيف ستتم تنمية المشروع و هل سترصد له امتيازات خاصة تساعده على النجاح و المردودية. و لا يبدو أن النصوص قد ضبطت هذه المسألة و هذا غموض يحسب على قانون 2009.

و ختاما يدخل في اختصاص الوكالة "*دراسة المشاريع الخاصة بالتحكم في الطاقة و برمجتها و تقويمها...*"و مرة أخرى لم يبين النص ما إذا كانت مهمة الدراسة و البرمجة تمثل مهمة قائمة بذاتها أم أنها مدمجة في إطار الاختصاص التقريري للوكالة و المتمثل في إسناد شهادات في التجهيزات الخاصة بالطاقات المتجددة.

و بالإضافة إلى وكالة التحكم في الطاقة فإنه يمكن الحديث كذلك عن سلطة إدارية فاعلة في إطار منظومة التحكم في الطاقة و هي وزارة الصناعة و الطاقة و المؤسسات الصغرى و المتوسطة و التي يتمثل دورها حسب الفصل 14 في فقرته الثالثة في الموافقة على مشاريع إنتاج الكهرباء من الطاقات المتجددة المرتبطة بالشبكة الوطنية للكهرباء و المنجزة من قبل المؤسسات الناشطة في قطاعات الصناعة أو الفلاحة أو الخدمات و التي تنتج الكهرباء من الطاقات المتجددة لغرض الاستهلاك الذاتي. و يتخذ الوزير قراره بالموافقة أو الرفض بناء على رأي لجنة فنية استشارية، و الغريب أن هذه اللجنة لم يقع تنظيمها بأي نص فيما عدا الفصل الثاني من الأمر عدد 362 لسنة 2009 الذي نظم تركيبة اللجنة الفنية الاستشارية مع تحديد مهمتها و هي إبداء الرأي في إسناد المنح المنصوص عليها صلب قانون التحكم في الطاقة وهي مهمة مختلفة عن إبداء الرأي في الترخيص لمباشرة النشاط و هو ما يبدو معه النظام القانوني لهذه اللجنة غامضا.

و يمكن الطعن في قرارات الوزير القاضية بالرفض بالرجوع إلى النظام القانوني العام للطعن في المقررات الإدارية الذي تضمنه الفصل الثالث من قانون 40-72 المؤرخ في غرة جوان 1972 و المتعلق بالقضاء الإداري.

و السؤال الذي يطرح في هذا السياق هو ما إذا كانت المؤسسات المنتجة للكهرباء انطلاقا من الطاقات المتجددة بغية تسويقها و التي لم يوردها الفصل 14 المذكور معفاة من شكلية الموافقة الإدارية المسبقة

و تكتسي المسألة أهمية لا يستهان بها لأنه مع التسليم بغياب الموافقة المسبقة على مشاريع إنتاج الطاقة من الطاقات المتجددة بغية تسويقها يعني أن مثل هذه الاستثمارات يصبح حرا و بالتالي لا يستوجب الأمر سوى تدخل وكالة التحكم في الطاقة و التي تتولى إسناد الشهادات بالنسبة للتجهيزات و المعدات

المستعملة على معنى الفصل 17 من قانون 2009 و إبرام عقود البرامج مع المستثمر للانتفاع بالمنح التي ضبطها أمر 2009 المذكور.

من الصعب التسليم بهذا سيما و أن الموافقة الإدارية المسبقة غالبا ما تكون إجراء وقائيا يهدف إلى تأطير الحرية الاقتصادية المكفولة دستورا و ذلك بغية موازنتها مع القانون العام[12]، إلا أن المصادقة الإدارية يمكن أن تتخذ أشكالا أخرى.

و بالنظر إلى النظام القانوني لإنتاج و توزيع الكهرباء كما ضبطه المرسوم عدد 8 لسنة 1962 المؤرخ في 3 أفريل 1962 و المتعلق بإنشاء و تنظيم الشركة التونسية للكهرباء و الغاز أسندت مهمة إنتاج و توزيع و توريد و تصدير الكهرباء حصريا لهذه الشركة، إلا أن القانون عدد 27- 96المؤرخ في غرة أفريل 1996 قد أقر إمكانية قيام أشخاص القانون الخاص بإنتاج الكهرباء في إطار لزمة و بيعها حصريا للشركة و تقع المصادقة على اللزمة بمقتضى أمر. و هذه الصيغة الترتيبية في الترخيص يمكن أن تنسحب على توليد الكهرباء انطلاقا من الطاقات المتجددة باعتبار و أن النص المنظم للزمة إنتاج الكهرباء قد جاء عاما. وسيقع التعرض لهاته المسألة في الجزء الثاني من هاته الدراسة.

و ختاما يمكن القول بأن نظام التحكم في الطاقة يعتبر رائدا من خلال ضبطه لسبل تفعيل و نشر استعمال الطاقات المتجددة و لكنه في المقابل يبقى منقوصا للأسباب التالية:

أولا: قصور بعض الحوافز و محدوديتها خاصة تلك المتعلقة بالتشجيعات الجبائية من حيث عدم توفيرها لتشجيعات تندرج في إطار الجباية المباشرة.

ثانيا: يتضح بصورة مؤكدة أن مراد واضع قوانين الاستثمار و قانون التحكم في الطاقة لم تتجه إلى دعم الاستثمار الرئيسي في الطاقات المتجددة بل أبقى هذا الوجه من النشاط رهين الأحكام التكميلية العامة التي سنراها في الجزء الثاني و الحال أن المشرع كان بإمكانه إقرار نظام متكامل لإنتاج الطاقة انطلاقا من الطاقات المتجددة بهدف التسويق. و حيث يؤمل إنشاء إطار خاص و متكامل ذو هيكل عمودي يشمل كل مراحل الاستثمار انطلاقا من تخطيط المشروع مرورا بتمويله و الشروع فيه و انتهاء بإنتاج الكهرباء و توزيعها و نقلها.

و بالإضافة إلى ما تم التعرض له أعلاه فإن الأطر القانونية التكميلية للاستثمار في مجال الطاقة البديلة تجد جذورها في فروع أخرى من القانون منها القانون الإداري و قانون المنافسة.

[12] B. Le Baut-Farese et Isabelle Michallet « Droit des énergies renouvelables » p.94, Editions Le moniteur.

الجـزء الثانـي: الإشكاليات القانونية التكميلية المؤثرة على للاستثمار في الطاقـات البديـــلة

في البدء يتعين توضيح المقصود بالإشكالية القانونية التكميلية، فالمقصود بهذا المفهوم لا يتعلق بالأحكام الثانوية بل بالعكس إذ أن ما المسائل التي سنتناولها في هذا الجزء الثاني لتكتسي أهمية لا جدال فيها و ذلك من حيث تأثيرها على عملية انتصاب المشاريع المنتجة للكهرباء من الطاقات البديلة.

فهذا الجزء سيخصص إذن لتبيان الأحكام القانونية التي تنطبق على عملية الاستثمار من منظور القانون العام و القانون الإداري بصفة أخص هذا بالإضافة إلى الأحكام المتعلقة بالقانون العام الاقتصادي بصورة عامة و بقواعد المنافسة بصورة أخص.

الفقرة الأولى: السند القانوني لاستغلال الطاقات المتجددة على ضوء القانون العام:

يتناول هذا الجزء من الدراسة مسألة النظام القانوني لاستغلال مصادر الطاقة البديلة و يجدر في هذا الصدد تبيان ما إذا كان استغلال بعض أنواع الطاقات البديلة يرتب للقائم بالاستغلال حقا عينيا على المصدر و من جهة ثانية ما إذا كان الاستغلال يخضع لأنواع مخصوصة من الترخيص الإداري غير تلك التي شملها نظام التحكم في الطاقة ، وفي مرحلة ثانية سنتناول بالدرس مسألة الأطر التعاقدية لاستغلال الطاقات البديلة.

في ما يخص المسألة الأولى و في خصوص الطاقة الجوفية الحرارية فإن البداية ستكون مع الفصل الثاني من مجلة المناجم الذي جاء فيه أن المكامن الجيوحرارية التي يمكن أن تؤدي إلى استخراج الطاقة الحرارية خاصة عن طريق المياه الساخنة و البخار التي تحتوي عليها هذه المكامن في باطن الأرض تعد "مناجم".

ولا يمكن طبق مجلة المناجم استغلال المكامن الجيوحرارية إلا بمقتضى السند المنجمي الذي يتمثل في أحد الأوجه التالية: ترخيص الاستكشاف ، رخصة البحث و امتياز الاستغلال. و يجدر التساؤل في هذا السياق عن النظام القانوني للسند المنجمي و عن حكم الحق الذي يرتبه سند استغلال الطاقة الجيوحرارية.

بصورة عامة تم حسم هذه المسألة من ناحيتين أولاهما المبدأ العام الذي جاء في الفصل 18 من مجلة الحقوق العينية من أن *"ملكية الأرض تشمل ما فوقها و ما تحتها إلا ما استثناه القانون أو الاتفاق"* .

و من جهة أخرى جاء بالفصل 7 من مجلة المناجم أنه *"تعتبر قانونا المواد المعدنية المصنفة "مناجم"* (أي باحتساب المكامن الجيوحرارية) *و الموجودة على سطح الأرض أو بباطنها في كامل لتراب الوطني و بالمجال البحري التونسي تابعة للملك العمومي للدولة التونسية بوصفها ثروة وطنية"* .

وحيث من المؤكد أن إرادة المشرع قد اتجهت إلى فرض استثناءات لحق ملكية المناجم لصاحب السطح و في هذا تكريس لسيطرة الدولة على المصادر المنجمية رغم أن إلحاق المكامن الجيوحرارية بالمواد المعدنية و باقي المواد المصنفة "مناجم" هي في واقع الأمر تخيل قانوني une fiction juridique بالنظر إلى الصبغة المتجددة للطاقة الجيوحرارية و التي تجعلها مختلفة شديد الاختلاف عن المصادر الأحفورية للطاقة.
و لكن المتمعن في طبيعة المادة المنجمية يلاحظ أن القانون المنجمي كان و لا يزال قانونا خاصا يرتب للمجموعة الوطنية حقا مطلقا على كل الموارد الجوفية من جهة و يفصل ما بين حق استغلال هذه الموارد و الحقوق المتولدة عن ملكية سطح الأرض[13].
إلا أنه ما يمكن أن يعاب على مجلة المناجم هو إخضاع استغلال المكامن الجيوحرارية إلى نظام السند المنجمي و الذي يتطلب بالطبع الترخيص المسبق للإدارة و ذلك أيا كان عمق هذه المكامن، وفي هذا الصدد يجدر الذكر بأن قانون المناجم الفرنسي المؤرخ في جويلية 1791 يكتفي بفرض الترخيص المسبق بالنسبة لعمليات الاستكشاف و الاستغلال للمكامن الحرارية التي يفوق عمقها 100 قدم (30 مترا) مع العلم أن الكثير من المكامن الجيوحرارية توجد على عمق أقل من 30 مترا[14].

و بناء على ما سبق فإنه من الملاحظ أن القانون المنجمي التونسي يمتاز بالتشدد من خلال فرضه لشكلية الترخيص المسبق في حين أنه كان من الممكن من باب تشجيع استغلال الحرارة الجوفية إعفاء هذا النشاط من تلك الشكلية و الاكتفاء بشكلية التصريح بممارسة النشاط و هي ولا شك أقل كلفة و تعقيدا حيث يكون للإدارة دور سلبي يتمثل في تسليط العقوبة الإدارية على المخل بواجب التصريح بممارسة النشاط.

و ربما يكون من الأحرى تنقيح القانون المنجمي من خلال استثناء استغلال المكامن الجيوحرارية من شكلية الترخيص المسبق من الوزارة المكلفة بالمناجم على غرار ما أقره القانون عدد 66-2001 المؤرخ في 10 جويلية 2001 المتعلق بحذف التراخيص الإدارية المسلمة من قبل مصالح وزارة التجارة.

[13] I. Michallet « Réflexion sur l'article 552 du code civil » Revue « Passé et présent du droit », n°1.
[14] J.Personnaz « Modification récente de la législation minière » p.126 Ed. Manuscrit.

وعلاوة عن تطبيقات القانون المنجمي فإن استغلال أشكال أخرى من الطاقات المتجددة يطرح كذلك مسألة مهمة تتعلق بالارتفاقات المتعددة التي يتوجب مراعاتها عند تركيز منشآت الألواح اللاقطة لأشعة الشمس و المراوح التي تشتغل بقوة الرياح بالإضافة إلى مراعاة قواعد إشغال الملك العمومي.

بالنسبة للمسألة الأولى لقد عرف الفصل 165 من مجلة الحقوق العينية حق الارتفاق بكونه *"حقا مرتبا على عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص غي مالك العقار الأول"* ، و أضاف الفصل 166 أن الارتفاق يمكن أن ينشأ عن القانون. وفي هذا السياق ما فتئت أهمية حق الارتفاق الذي قرره القانون للدولة و لبعض الأشخاص العموميين في مجال الانتصاب بالملك العمومي تتزايد بالنظر إلى تطور أوجه النشاط الاقتصادي. و في هذا السياق تجدر الملاحظة بأن مجلة الطيران في فصلها 97 قد أنشأت حقوق ارتفاق جوي لضمان سلامة النقل الجوي يحجر بموجبها إحداث أو إبقاء حواجز ثابتة يفوق ارتفاعها حدا معينا حدده قرار وزير النقل المؤرخ في 10 ماي 2007 و الذي ضبط الارتفاع الأقصى المسموح به للبنايات و المنشآت داخل ما يسمى بمنطقة الارتفاق، و أضافت المجلة في فصلها 104 أنه يجب خارج مناطق الارتفاقات الجوية الحصول على ترخيص مسبق من وزير النقل لإقامة منشآت يمكن أن يسبب علوها حواجز للطيران المدني. كما يمكن أن يشمل حق الارتفاق تركيز علامات منيرة على الحواجز المذكورة. و تكتسي مراعاة هذه القواعد أهمية قصوى عند تركيز منشآت استقطاب الطاقة الشمسية و خاصة طاقة الرياح باعتبار الصبغة الآمرة لتلك القواعد.

و في المقابل لا تتضمن النصوص أي أثر لارتفاقات قررها القانون لمنشآت التقاط طاقة الرياح رغم الحاجة الأكيدة لمثل هذه القواعد و ذلك بالنظر إلى علو مثل هذه المنشآت و ارتفاع نسبة الضجيج التي يمكن أن تسببه و هذا رغم أن القانون يمكن أن يرتب مثل هذه الارتفاقات لنشاط معين على غرار ما جاء بالأمر عدد 001-832 المؤرخ في 14 أفريل 2001 و الذي حدد شروط و إجراءات إسناد حقوق الارتفاق اللازمة لتركيز و استغلال الشبكات العمومية للاتصالات. و لعل في هذا السكوت خير دليل على القصور في تطوير هذا القطاع رغم الأهمية التي بدأ يكتسيها و إلى الحاجة التي باتت ملحة لتوفير مزيد من الحوافز للنهوض به.

ومن ناحية ثانية يمكن أن يطرح استغلال الطاقات المتجددة كطاقة الرياح و الطاقة الشمسية الحاجة إلى إشغال الملك العمومي. و يتمثل الإشغال العمومي في تمكين شخص من أشخاص القانون الخاص من الانتصاب بعنصر من عناصر الملك الراجع للدولة و إفراده بحق استعمال ذلك الجزء لمدة زمنية معينة مقابل دفع رسوم إلى السلطة المانحة لهذا الامتياز تجدر الملاحظة بأن الترخيص غالبا ما يكتسي في القانون المقارن شكل لزمة تنقسم في غالب الأحيان إلى جزأين اثنين: جزء ترتيبي يتمثل في إصدار أمر من سلطة الإشراف ينشئ الحق بالنسبة للمنتفع باللزمة، و جزء تعاقدي يتمثل في كراس شروط و يحدد كل من حقوق و واجبات السلطة الإدارية و المنتفع باللزمة و هو ما يجعل من العقد الإداري الإطار العام لهاته العلاقة[15] . هذه الفرضية وقعت إزاحتها مبدئيا بمقتضى الفصل الثاني من القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في 1 أفريل 2008 المتعلق بنظام اللزمات ، فقد جاء في هذا الفصل أن الإشغال الوقتي

[15] J-L. Gazzaniga, J.-P. Ourliac, X.Larrouy-Castera, « l'Eau : usages et gestion », Litec, 1988, P.217.

للملك العمومي لا يعتبر لزمة، ولكن الأرجح هو أن القانون التونسي لا يعتبر إشغال الملك العمومي لزمة إلا متى أقام الشاغل للملك العمومي إنشاءات هامة بغية استغلالها في نشاط تجاري دون القيام بمهمة مرفق عام.

على أن آلية اللزمة قد تثير إشكالا بخصوص مشاريع توليد الكهرباء من الطاقات المتجددة فإشغال الملك العمومي لغاية استغلال الطاقات المتجددة لا يسمح وحده بإمكانية توليد الكهرباء بل إن هذا النشاط و بقطع النظر عن نوع الطاقة المستعملة في توليد الكهرباء لا يمكن أن يقع تعاطيه إلا من طرف الشركة التونسية للكهرباء و الغاز و يخضع لأحكام خاصة للزمة هي في الواقع و كما هو معلوم نتاج تأميم مرفق عام الكهرباء الذي تم بمقتضى المرسوم عدد 8 لسنة 1962 المؤرخ في 3 أفريل 1962 و الذي أقر لهذه المؤسسة امتياز حصريا لإنتاج و توزيع و نقل و توريد و تصدير الكهرباء و الغاز كما تم تنقيحه بالقانون عدد 27 لسنة 1996 المؤرخ في أول أفريل 1996 و الذي مثل استثناء للامتياز الحصري للشركة و المتعلق بإنتاج الكهرباء إذ مكن هذا النص الدولة من القيام بإسناد **لزمات إنتاج الكهرباء** إلى الخواص التي ضبط شروطها و إجراءاتها الأمر عدد 1125 المؤرخ في 20 جوان 1996 الذي يمثل الإطار الوحيد لإنتاج الخواص للكهرباء وبيعه حصريا للشركة التونسية للكهرباء و الغاز.

و يحق التساؤل على ضوء تعدد النصوص و الأطر القانونية عن مآل إنتاج الطاقة انطلاقا من الطاقات المتجددة، و هل يجب على المستثمر الحصول على حق إشغال الملك العمومي و على لزمة إنتاج الكهرباء في آن واحد ؟

يبدو مبدئيا أنه لا مفر من ذلك و لكنه من المرجّح أن المرونة الترتيبية تقتضي أنّ الأمر المصادق على لزمة إنتاج الكهرباء يمكن أن يكون مزدوجا أي أن يرتب حق إشغال الملك العمومي و حق إنتاج الكهرباء في آن واحد و هو ما جاء في الفصل الثاني من الأمر المذكور الذي نص على أن اتفاقية اللزمة يمكن أن تنص على الامتيازات التي يمكن أن تمنح للمستفيد بعنوان اللزمة إن اقتضى الأمر ذلك، ويمكن أن نفهم من هذه الإمكانية المتاحة أن إشغال جزء من الملك العمومي يمكن أن يتم وفق هذا الامتياز.

المهم أن التراتيب المتعلقة بإنتاج الكهرباء لم تتضمن نظاما خاصا بتوليد الكهرباء كنشاط رئيسي انطلاقا من الطاقات البديلة و في إخضاع هذا النشاط إلى القانون العام لتوليد الكهرباء تعسير للاستثمار نظرا لصرامة قواعد اللزمة كما سنرى باعتبار إسنادها يمثل الاستثناء. وحيث كان من الممكن تدارك هذا النقص و العمل أكثر تفعيل الإرادة المعلنة للدولة لتطوير الطاقات المتجددة وذلك من خلال استحداث قواعد لزمة خاصة بالطاقات المتجددة تراعي خصوصيتها و ارتفاع كلفة الاستثمار فيها.

وتثير مسألة لزمة إنتاج الكهرباء مصاعب قانونية تتمثل في تحديد نوع اللزمة سيما وأنه يوجد نوعان من اللزمات: **لزمة المرفق العام** و **لزمة الأشغال العمومية** فأي نوع من اللزمات يهم لزمة إنتاج الكهرباء أكثر من غيره ؟

لا تبدو الإجابة هيّنة. فغياب نص خاص بلزمة الأشغال العمومية لا يجعل من السهل الجزم باعتماد هذا الشكل من التعاقد. و يمكن الاعتداد بالتعريف الذي تضمنته توجيهات البرلمان الأوروبي عدد 2004/18/CE المتعلقة بتوحيد إجراءات الصفقات العمومية و الذي سوّى بين لزمة الأشغال العمومية و الأشغال العمومية مع فارق بسيط و هو أن مقابل القيام بالأشغال في حالة لزمة الأشغال العمومية لا

يتمثل في ثمن تدفعه الدولة بل في امتياز استغلال المنشأة موضوع الأشغال العمومية من طرف المتعاقد مع الدولة وهو ما يمكن معه تكييف هذه اللزمة بعقد شراكة بين القطاعين الخاص و العام Partenariat public-privé.

و الطريف في الأمر أن القانون عدد 23 المؤرخ في 1 أفريل 2008 المتعلق بنظام اللزمات قد جاء جامعا للنوعين من اللزمات إذ أن التعريف يجمع بين اللزمة كعقد موضوعه التصرف في مرفق عمومي أو استغلال أو استعمال أملاك أو معدات عمومية و ذلك بمقابل يستخلصه لفائدته و يمكن أن يرخص العقد لصاحب اللزمة في إشغال أجزاء من الملك الراجع لمانح اللزمة بهدف إنجاز أو تغيير أو توسيع البنايات و المنشآت و التجهيزات المشار إليها و هو ما يمكن معه الوقوف على أن المشرع قد اعتد ولو ضمنيا بمفهوم لزمة الأشغال العمومية أو عقد الشراكة و في هذا إثراء لهذه المنظومة. و يعد هذا القانون مستحدثا إذ مكن من تدارك نقائص الأمر عدد 1125 المؤرخ في 20 جوان 1996 الذي اكتفى بالتنصيص على موضوع لزمة إنتاج الكهرباء و شروط إسنادها و طريقة اختيار الملتزم ولم يبين طبيعتها، و الغالب بالنظر إلى القدم النسبي للنص هو أن هذا الأخير قد اعتد بالمقاربة التقليدية للزمة أي لزمة المرفق العام مع أنه تضمن بعض الأحكام التي يمكن أن تشير إلى إمكانية التأسيس لعقود شراكة من بينها اشتراط تكوين شركة المشروع من طرق الملتزم و هي من ركائز عقود الشراكة.

إلا أنه يجدر التذكير بأن الحدود بين لزمة المرفق العام ولزمة الأشغال العمومية أو عقود الشراكة تشكو من غموض و هذه مسألة ما فتئ فقهاء القانون الإداري يشيرون إليها و من المؤكد أن القيام بمهمة مرفق عام هي القاسم المشترك لصيغتي التعاقد هاتين.

و يبدو و أن طبيعة لزمة إنتاج الكهرباء و علاقتها بالمرفق العام أو عدمها تمثل مسألة جديرة بالنقاش. و قد اهتم الفقهاء الفرنسيون منذ بداية ظاهرة تحرير السوق الأوروبية للكهرباء بالعلاقة بين اضطلاع الخواص بإنتاج الكهرباء و نظرية المرفق العام. و قد اتفق الفقهاء على كون الملتزم يقوم بمهمة مرفق عام ما دام يضخ الكهرباء في الشبكات العمومية للكهرباء[16] و يساهم بهذا الشكل في استمرارية المرفق العام للكهرباء وهذا ما يعكس تكريسا للمفهوم الوظيفي للمرفق العام للكهرباء. هذا المفهوم الذي ساهم في دمجه في نظرية المرفق العام التوجه الليبرالي للقانون الأوروبي و الذي أدرج بطريقة "مصطنعة" منظومة المرافق ذات المصلحة الاقتصادية العامة les Services d'Intérêt Economique Général.

و بالنظر إلى الأحكام المتعلقة بالتحكم في الطاقة و خاصة تلك التي رتبت امتيازات نقل الكهرباء للمستثمرين في مجال الطاقات المتجددة متى أنتجوا الكهرباء لاستهلاكهم الذاتي و لم تمنحهم امتيازات مخصوصة لدى توليدهم الكهرباء بغية بيعها على معنى الأمر عدد 1125 المذكور يمكن القول بأن رغبة المشرع لم تتجه فعليا إلى إدراج إنتاج الكهرباء من الطاقات البديلة في منظومة المرفق العام للكهرباء.

[16] P.Sablière, « la mise en concurrence des concessions de force hydraulique » AJDA 2007 p.212.

ويمكن أن نتفهم مثل هذا التوجه نظرا للعوائق التقنية التي يمكن أن تطرحها الطاقات المتجددة من حيث عدم انتظامها و خضوعها إلى العوامل الجوية المتقلبة و هو ما يتعارض نوعا ما مع استمرارية المرفق العام للكهرباء.

على أنه يبقى من المهم التأكيد على أنه أن هذا النص و إن كان لم يشجع إنتاج الكهرباء من الطاقات البديلة فإنه لم يقصها من مجال لزمة مرفق عام الكهرباء. إلا أنه من المؤسف أن القانون عدد 23 لسنة 2008 المذكور لم يتضمن تنقيحا لقانون 1996 الذي أقر بإمكتنية إسناد لزمة كهرباء للخواص و للأمر عدد 1125 إذ أن الفصل 43 قد نص على الأحكام القطاعية الخاصة ببعض الأنواع من اللزمات تبقى سارية المفعول.

و بالتالي غابت عن النص المنظم للزمة الكهرباء المرونة التي جاء بها قانون 2008 بخصوص إجراءات لإسناد اللزمة. كما غابت عن النص ما أقره القانون من ضرورة الحفاظ على التوازن المالي لعقد اللزمة.

ومن جهة أخرى لم يتضمن ذلك النص أحكاما مشابهة لتلك المتعلقة بالحق العيني الخاص الذي أقرته الفصول 39 إلى 42 من قانون 2008 لصاحب اللزمة على المنشآت التي ينجزها فوق الملك الراجع لمانح اللزمة. و حيث مع التسليم بأهمية تلك الحقوق العينية و التأمينات الموظفة عليها و دور مثل هذه التأمينات في تسخير التمويلات la mobilisation اللازمة طيلة مدة اللزمة. ويتجه بناء على ما سبق تنقيح الأمر عدد 1125 للأخذ بعين الاعتبار بآليات التمويل التي تكتسي أهمية قصوى بالنسبة لتوليد الكهرباء من الطاقات التقليدية أو المتجددة.

و بالإضافة إلى تدخل قواعد القانون العام و الإداري بصورة أخص يبدو من المفيد في مرحلة ثانية الوقوف على العلاقة التي يمكن أن تنشأ بين الطاقات المتجددة و قانون المنافسة.

<u>الفقرة الثانية</u> :الطاقات المتجددة و قواعد المنافسة:

يثير نشاط توليد الكهرباء انطلاقا من الطاقات المتجددة مسألة ضرورة تطابق هذا النشاط مع قواعد المنافسة ككل نشاط اقتصادي يتضمن طرحا لسلع أو خدمات في سوق معينة.

و في البداية يمكن القول بأن تحليل الوضع التنافسي من دونه بين الشركات المنتجة للكهرباء من المصادر التقليدية و تلك الناشطة في مجال الطاقات المتجددة يطرح أولا ضرورة تحديد **السوق المرجعية** (Le Marché de Référence) ويمكن تعريف هذا المصطلح الذي لم يعرفه القانون عدد 64-91 المؤرخ في 29 جويلية 1991 بكونه يمثل مجموع السلع و الخدمات التي يعتبرها المستهلك

متناظرة (interchangeables) بالنظر إلى خاصياتها و أسعارها و الوظائف التي رصدت لها هذه السلع أو الخدمات[17].

و تتمثل تبعا لما سبق قوله السوق المرجعية في سوق الكهرباء عموما طالما و أن المنتوج الذي يسّوقه كل من منتجي الكهرباء من المصادر التقليدية و منتجي الكهرباء من الطاقات المتجددة هو نفسه و بقطع النظر عن الطاقة الأولية المستعملة.

و يتمثل من جهة أخرى المستهلك الوحيد في الشركة التونسية للكهرباء و الغاز التي تحتكر مرفق عام توزيع و نقل الكهرباء كما رأينا فيما سبق.

و عادة لا تمثل مسألة وحدة المستهلك للطاقة في تونس مشكلة ذات شأن بالنسبة للمنافسة في المطلق طالما و أن مبدأ حرية الأسعار الذي يمثل ركنا أساسيا من أركان قانون المنافسة مكرّس بالنص. لكن الواقع الترتيبي في تونس غير ذلك إذ وقع استثناء هذا النوع من الإنتاج من مبدأ حرية الأسعار بمقتضى الأمر عدد 1996-91 المؤرخ في 23 ديسمبر 1991 الذي استثنى الكهرباء و الغاز من مبدأ الحرية.

هذا الاستثناء أقره كذلك الفصل 3 من قانون المنافسة و الأسعار عدد 64-91 المؤرخ في 29 جويلية 1991 الذي اقتضى انه "*تستثنى من نظام حرية الأسعار المواد و المنتوجات و الخدمات الأساسية أو المتعلقة بقطاعات أو مناطق تكون فيها المنافسة بواسطة الأسعار محدودة إما بسبب حالة احتكار للسوق أو صعوبات متواصلة في التموين أو بفعل أحكام تشريعية أو ترتيبية*".

ويثير هذا النص الاهتمام نظرا للأسباب التالية:

أولا: يفّرق النص بين الحد من المنافسة بفعل أحكام تشريعية و ترتيبية و بقية الأسباب الأخرى من خلال استعمال لفظة "أو"، وهذا غريب لأنه يعني أن الحرية يمكن أن تنعدم بمجرد توفر وقائع أو ملابسات معينة مثل احتكار السوق أو صعوبات متواصلة في التموين و الحال أن الإطار الترتيبي ينبغي أن يتدخل في كل الحالات ويجب أن يكون ترجمة لحالة تعذر معينة و إجابة قانونية لها و لا يمكن أن يكون سببا مستقلا بذاته.

ثانيا: النص يقر بإمكانية الحد من المنافسة التي تكون محدودة بواسطة الأسعار مما يترتب عنه و بقراءة عكسية أن المنافسة يمكن أن توجد على مستويات أخرى و ذلك حتى في صورة محدوديتها على مستوى الأسعار مثل المعطيات الأخرى للعرض (المميزات التقنية و الفنية مثلا) ، وهذه القراءة واقعية و خير دليل على ذلك مجال إنتاج الطاقة أين لا يمنع تحديد الأسعار من قيام منافسة بين منتجي الطاقة المستقلين و بينهم وبين الشركة التونسية للكهرباء و الغاز على مستوى سوق التزويد بالطاقة. و هذا الإدراج التدريجي لنشاط الإنتاج المستقل للطاقة Production Indépendante d'Electricité بدأ سنة 1996 مع إصدار الأمر عدد 1125 المذكور.

[17] L. Vogel « Droit Français de la Concurrence » . LawLex éd. 2006 p.235.

و بناء على ما سبق فإن وضعية المنافسة على مستوى التزويد بالكهرباء تنحصر بين الشركات المنتجة للكهرباء باعتبار تلك الناشطة في مجال الطاقات المتجددة في مستوى الحلول التقنية. إلا أنه من الملاحظ أن مثل هذه الحلول تتطلب من المستثمرين دراسة معمقة لمعادلة مكونات الاستثمار و انعكاسه النظري على المردودية على المدى المتوسط و البعيد خاصة في مجال الطاقات البديلة، مما يجعل من هذا القطاع متضررا من المنافسة مع الإنتاج التقليدي. إذن فمرونة تركيبة الأسعار و السماح قدر الإمكان بالضبط التعاقدي لها حالة بحالة عوض أن يتم ضبطها أحاديا من طرف سلطة الإشراف كفيل بتنشيط المنافسة.

و من جهة أخرى فإن ما يمثل حقيقة شاغلا ذا شأن بالنسبة إلى نزاهة المنافسة هو وضعية الشركة التونسية للكهرباء و الغاز التي تتمتع بحضور مهيمن على مستوى إنتاج الكهرباء و بامتياز احتكاري مطلق على مستوى توزيعها. ويجدر في هذا السياق تحليل هذه الوضعية الاحتكارية لتقرير ما إذا كانت مشروعة بالنظر إلى قواعد المنافسة و خاصة ما إذا كانت مبررة.

أولا من المتفق عليه أن الامتياز الاحتكاري الذي تم منحه للشركة هو ناتج عن اضطلاعها بوظيفة مرفق عام و هو أمر متداول في شتى التشاريع، إلا أن هذا الحق لا يمكن أن يكون مطلقا. فقد أقر على سبيل المثال الفصل 106 من الاتفاقية المنظمة للاتحاد الأوروبي المعروفة باتفاقية لشبونة 2007 بأن الدول الأوروبية الأعضاء يجب أن تمتنع عن سن أية أحكام مخالفة لروح الاتفاقية (و منها مبدأ حرية المنافسة) لصالح المؤسسات العمومية أو المؤسسات التي وقع منحها حقوقا حصرية أو خاصة.

إلا أن الفصل أضاف في فقرته الثانية أن *"قواعد المنافسة لا تنطبق على المؤسسات التي عهد إليها بإدارة المرافق العامة* ***إلا في حدود تسمح لهذه المؤسسات بمواصلة الاضطلاع بمهمة المرفق العام*** *الموكولة إليها"* . هذا و قد مثل النص المذكور أساس إخضاع مؤسسة المرفق العام لقانون المنافسة في أوروبا. هذا و يجدر القول بأن مثل هذه الأحكام قد سببت رجة على مستوى القانون الإداري لبعض الدول الأعضاء و خصوصا تلك التي تتميز بتجذر المفهوم التقليدي للمرفق العام فيها كفرنسا و التي تأثر بقانونها نظامنا الإداري أيما تأثر، هذا النص يطرح إذن مسألة مبدأ الملاءمة La Proportionalité الذي يجب مراعاته عند النظر إلى تصرف المؤسسة بين التصرف الاحتكاري و الهيمنة على السوق الذي تقوم به المؤسسة في إطار مهمة المرفق العام الموكولة إليها من جهة و قواعد المنافسة من جهة أخرى. بمعنى أنه متى حادت المؤسسة عن مهمة المرفق العام و انخرطت في أنشطة اقتصادية صرفة يصبح بالإمكان فحص هذا الموقف على ضوء قانون المنافسة لردعه إن كان يمثل واحدة من التصرفات و الأفعال التي يمنعها قانون المنافسة كالاستغلال المفرط لوضعية الهيمنة الاقتصادية التي أشار إليها الفصل 6 من قانون الأسعار الذي جاء فيه أنه *"يمنع أيضا الاستغلال المفرط لمركز مهيمن على السوق الداخلية أو على جزء هام منها"* و يمكن إذن في ظل غياب فقه قضاء مجلس المنافسة في هذا المجال النظر إلى الأوجه الواردة للاستغلال المشار إليه.

لقد تم في سنة 2009 بعث شركة STEG Energies Renouvelables و هي شركة قانون خاص تملك الشركة التونسية للكهرباء و الغاز نسبة هامة من رأسمالها و يتمثل الموضوع الاجتماعي لهذه الشركة في دراسة و إنجاز وصيانة و استغلال منشآت الطاقة البديلة في إطار الاستجابة لمتطلبات المخطط الشمسي.

و يخشى من تواجد هذه الشركة في مجال سوق الطاقات المتجددة تفاقم هيمنة الشركة التونسية للكهرباء و الغاز إذ يحتسب في تواجدها في سوق إنتاج الكهرباء حيازتها لجزء هام من رأسمال الشركة التي قامت ببعثها.

و قد عرف إعلان المفوضية الأوروبية عدد 2009/C45/02 مصطلح المركز المهيمن بوضعية هيمنة اقتصادية لمؤسسة أو مجموعة مؤسسات تربط بينها روابط قانونية و مالية من شأنها أن تمنع الحفاظ على منافسة فعلية على السوق المعنية و ذلك من خلال السماح لهذه المؤسسات المتصلة ببعضها باتخاذ تصرف أحادي مستقل عن الديناميكية العادية للسوق"[18].

و من أوجه الاستغلال المفرط لوضعية هيمنة على السوق ما جاء على سبيل الذكر صلب الفصل 6 فقرة 2 من قانون المنافسة الذي نص على الامتناع عن البيع أو البيوعات المشروطة أو الأسعار الدنيا المفروضة أو الشروط التمييزية للبيوعات و هذه الممارسات تتعلق خاصة بالمستهلك.

و من جهة أخرى يمكن أن يتمثل هذا الاستغلال حسب فقه قضاء المنافسة المقارن في ممارسة المنح المتقاطعة Les subventions croisées و التي تقوم بمقتضاها مؤسسة مؤسسة تحضى بوضعية احتكارية على سوق معينة باستخدام فوائض مدخراتها المالية من أجل تدعيم عرض مؤسسة أخرى تابعة لها على سوق تنافسية معينة، هذا وقد اشترط فقه القضاء الفرنسي أن يؤدي مثل هذا الدعم إلى إدخال تغييرات جوهرية على السوق المعنية.

و يمكن الاستئناس بهذه المفاهيم التي طورها فقه القضاء لتقييم علاقة الشركة التونسية للكهرباء و الغاز بشركة STEG Energies Renouvelables و استنتاج ما مفاده أن الدعم المذكور يمكن أن يشمل الدعم المالي و اللوجستي للشركة التابعة و توحيد المشتريات La mutualisation des achats[19] أو وضع الخبرة التقنية للشركة التونسية للكهرباء و الغاز لتحسين مردودية الشركة التابعة وغيرها من الوسائل الأخرى.

و مما لا شك فيه أن مثل هذه الممارسات من شأنها لأن تدخل تغييرات جوهرية على المنافسة لفائدة الشركة التابعة و ذلك نظرا إلى هشاشة الاستثمار في الطاقات المتجددة و إلى أهمية الحواجز أمام الدخول لأول مرة إلى هذا النشاط Les barrières à l'entrée و ذلك نظرا لفداحة تكاليف الاستثمار. فنشأة شركة STEG Energies Renouvelables و إن كانت و إن كانت لا تمثل في حد ذاتها في الوقت الحالي استغلالا لوضعية هيمنة على السوق إلا أن إمكانية تأثيرها مستقبلا على سوق محدودة تتميز بارتفاع كلفة الاستثمار فيها واردة جدا.

و خلاصة القول هو أن التوجه الاستثماري للشركة التونسية للكهرباء و الغاز هو في حقيقة الأمر منفصل عن مهمة تأمين المرفق العام للكهرباء المناطة بعهدتها، وعليه فالحذر واجب لتجنب اختناق السوق و إقصاء المنافسة على مستوى التزويد بالكهرباء.

[18] JO n°C045 du 24/02/2002.

[19] Autorité de la Concurrence – Décision 2000-D-47 du 22 novembre 2000.

ويمكن ختاما الاستشهاد بمسألة على غاية الأهمية و هي مسألة إعانات الدولة غير المباشرة للشركة التونسية للكهرباء و الغاز و التي ما فتأت تمنحها الدولة تطبيقا للفصل 52 من مجلة التشجيع على الاستثمارات و المتمثلة في توقيف الأداءات على القيمة المضافة و توقيف المعاليم الديوانية على التجهيزات التي تستوردها الشركة للقيام باستثمارات جديدة في مجال توليد الطاقة[20].

و حيث من المؤكد أن مثل هذه الإعانات من شأنها أن ترتب لتلك الشركة امتيازا لا ريب فيه بالنسبة للشركات الناشطة في مجال الطاقات المتجددة و التي رأينا أعلاه أن الحوافز المرصودة لها في إطار مجلة التشجيع على الاستثمارات محدودة نوعا ما. و بالإضافة إلى هذا فإن مثل هذه التشجيعات - من وجهة نظر قانون المنافسة - من شأنه أن يتعارض مع مبدأ حرية المنافسة نظرا لأنه مؤشر على تغليب المردودية التنافسية للشركة و بالتالي ترجيح الطابع التجاري لأنشطتها على حساب مهمتها الأصلية كمتعهد مرفق عام.

و من المفيد في المرحلة القادمة العمل على تأهيل قانون المنافسة لجعله يشمل الممارسات المخلة بالمنافسة و التي تكون الدولة أو السلط العمومية أو المؤسسات التي تتعهد بمهمة مرفق عام طرفا فيها باعتبارها تمارس أو تنظم نشاطا اقتصاديا تنافسيا.

[20] الأمر عدد 1775-2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 و الأمر عدد 181-2011 المؤرخ في 14 فيفري 2011.

خاتمـــة

لقد حاولنا في هذا العمل تحديد البعض من ملامح الإطار القانوني الخاص بالطاقات المتجددة في تونس سواء منها القواعد الأساسية التي تم إقرارها في إطار البرنامج الوطني للتحكم في الطاقة و رأينا أنه رغم الأشواط التي قطعتها بلادنا في مجال الطاقات المتجددة فإنه من المؤسف أن الاهتمام منصب في الوقت الحالي على التشجيع على استعمال هذه الطاقات في وسط السكن الفردي أو الريفي و في أحسن الحالات في وسط المؤسسة التي تتولى استغلال الطاقات المتجددة من أجل استهلاكها الذاتي دون العمل على تطوير قطاع مستقل للطاقات المتجددة، ورأينا إذن أن النظام القانوني ككل بحاجة إلى مزيد التأهيل و الإصلاح و ذلك لتركيز خطة وطنية للاستثمار في الطاقات البديلة.

و من المؤكد أن هذه المقاربة التونسية للاستثمار يجدر أخذها بأكثر جدية من خلال العمل على تقنين أكثر فاعلية و أثرى مضمونا لنشاط توليد الطاقة انطلاقا من المصادر المتجددة.

و من جهة أخرى ينبغي العمل منذ الآن على الأخذ بعين الاعتبار ندرة الموارد الطاقية الأحفورية و تنامي الضغط على مستوى الطلب على الطاقة من أجل تنمية الاستثمار الرئيسي في الطاقات المتجددة و العمل منذ الآن على تطوير هذا القطاع كقطاع مستقل عن القطاع الحالي لإنتاج الكهرباء في تونس.

و فيما يلي بعض التوصيات نختم بها هذه الدراسة ارتأينا أن نصوغها بغية العمل عل تفعيل الوجود القانوني للطاقات المتجددة:

أولا: إدراج نشاط إنتاج الكهرباء ضمن الفصل الأول من مجلة التشجيع على الاستثمار و رصد كل التشجيعات التي يمكن أن تتضمنها المجلة لفائدة هذا النشاط كنظام التصدير الجزئي و الكلي و نظام مناطق التنمية الجهوية دون الحاجة على هذا المستوى إلى تطوير مزيد من التشجيعات الهيكلية لهذا القطاع،

ثانيا: العمل على تمتيع هذا القطاع بامتيازات جبائية مباشرة من شأنها تنشيط القطاع و التشجيع على الاستثمار فيه.

ثالثا: فصل الاستثمار في الطاقات المتجددة عن منظومة التحكم في الطاقة **و** إعادة إحياء الوكالة الوطنية للطاقات المتجددة كهيكل مستقل يتولى الإحاطة بالاستثمار الرئيسي و الفرعي في هذا النشاط في كل أوجهه.

رابعا: إخضاع نظام لزمات الكهرباء انطلاقا من الطاقات المتجددة إلى قانون 2008 المتعلق بنظام اللزمة وذلك نظرا لما يوفره هذا النص من مرونة و من إمكانية إبرام عقود شراكة بين القطاعين الخاص و العام مما من شأنه أن يتماشى مع كلفة هذا النوع من الاستثمار و مستوى التعقيد العقدي و القانوني الذي يميزه.

خامسا: تنقيح قانون المنافسة و خاصة فقه قضاء المنافسة و ذلك من أجل مزيد الإحاطة بوضعيات يمكن أن تستغل فيها الشركة الوطنية للكهرباء و الغاز وضعية الهيمنة التي تتمتع بها من أجل إقصاء مؤسسات تعمل في مجال الطاقات المتجددة من المساهمة في سوق إنتاج الكهرباء و لما لا توزيعها في انتظار تحرير تدريجي لسوق الكهرباء و تفكيك للوضعية الاحتكارية التي أقرها القانون للشركة التونسية للكهرباء و الغاز.

O O

O