2012/69
المجلس الوطني التأسيسي
الـــــواردات
19 اكتوبر 2012
رمز الإدارة...../عـــــدد

2012/69 شرح أسباب

(مشروع قانون يتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص)

من التزامات الدولة التونسية في إطار مصفوفة إصلاحات البرنامج الثاني لدعم النشاط الاقتصادي، إرساء إطار قانوني ينظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولتنفيذ ذلك قامت مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة بصياغة عدد من النصوص القانونية المتكاملة لتنظيم مختلف الجوانب القانونية المتعلقة بالعقود المذكورة و ذلك بالاستعانة بخبرة أجنبية في المجال ممولة من قبل الاتحاد الأوروبي و بتشريك لجنة قيادة[1] . و قد تم الاستئناس في ذلك بأفضل الممارسات العالمية في عدد من الأنظمة القانونية المقارنة[2] في مجال الشراكة.

وتدعم النصوص القانونية المقترحة المنظومة القانونية للشراكة بين القطاعين العام والخاص و التي يعد الأمر المنظم للصفقات العمومية[3] والقانون المنظم للزمات[4] من أهم النصوص القانونية الأفقية المكونة لها.

و تستعرض المذكرة المعروضة أهم ملامح مشروع القانون المنظم لعقود الشراكة من خلال التركيز أساسا على تعريف عقد الشراكة(I) لتمييزه عن صيغ التعاقد الأخرى بين الشخص العمومي و الشخص الخاص و على مبادئ و اجراءات ابرام عقود الشراكةII) . و بالنظر الى الدور الاقتصادي للنظام القانوني للشراكة تبرز هذه المذكرة أهم الحقوق و الضمانات المتاحة للمستثمر/ الشريك الخاص (III) بما فيها طرق تسوية النزاعات و ما يحمل عليه في المقابل من التزامات تجاه الشخص العمومي ضمانا لحسن تنفيذ العقد (IV) و آلية متابعة هذه العقود لضمان حسن التصرف في الأموال العمومية.

---

[1] تضم لجنة القيادة ممثلين عن وزارة المالية ووزارة الاستثمار والتعاون الدولي و وزارة التنمية الجهوية والتخطيط والوزير المكلف بالملفات الاقتصادية.

[2] تم الاطلاع في هذا الصدد أساسا على قوانين فرنسا ومصر والسينغال ومشروع القانون المغربي.

[3]-الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 و جميع النصوص المنقحة و المتممة له.

[4]-القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في غرة أفريل 2008.

1-/ تعريف عقد الشراكة :

*مميزات عقد الشراكة

إن تلبية الاحتياجات المتزايدة للاستثمار العام تفترض تعبئة موارد مالية هامة قد لا تقدر الموارد المالية العادية للدولة أو الاقتراض على تغطيتها نظرا للقيود المتعلقة بحجم الإنفاق في المالية العمومية ونسبة العجز والتداين العمومي.وبالتالي يمكن أن تعهد الدولة للخواص بتنفيذ مشاريع بنية تحتية ومشاريع كبرى لضمان التمويلات الضرورية لها.

و بالإضافة لما تتيحه الشراكة من حلول للتمويل فان من أهم مزاياها الجودة في إدارة الأموال العمومية والشفافية والسرعة و التحكم في كلفة إنجاز المشاريع وتقاسم المخاطر بين القطاعين. كما تساهم الشراكة في الاستفادة من القدرات الابتكارية والتجديدية للقطاع الخاص لتحسين جودة الخدمات المتاحة للمواطن . كما تتيح هذه الصيغة التعاقدية الحفظ الأمثل للممتلكات العمومية وأصول البنية التحتية وصيانتها من قبل الشريك الخاص والتي تبقى على ملك الدولة وخاضعة لرقابتها مقابل مبلغ مالي تدفعه الدولة لفائدة الشريك الخاص طيلة مدة العقد.

*السلطة المتعاقدة مع الشخص الخاص :

فضلا عن الدولة والجماعات العمومية، أتيحت إمكانية إبرام عقود الشراكة للمؤسسات والمنشآت العمومية بشرط حصولها على الموافقة المسبقة لسلطة الإشراف وذلك ضمانا لحسن التصرف في الموارد العمومية بالنظر إلى المخاطر المحمولة على الشخص العمومي وعلى المالية العمومية في هذه العقود.

*مدة العقد :

على غرار ما تم اقراره في القانون المنظم للزمات، لم ينص مشروع القانون المنظم لعقود الشراكة لا على مدة دنيا أو قصوى لعقود الشراكة. اذ يتم ضبط المدة بالعقد بالنظر خاصة الى مدة اهتلاك الاستثمارات الموظفة في انجاز المشروع و طرق التمويل.

*** المقابل المالي:**

على خلاف عقود اللزمات، يستخلص الشريك الخاص المقابل المالي للاستثمارات وأعمال الصيانة و التسيير المنجزة من قبله من الشخص العمومي طيلة مدة عقد الشراكة.

***تقاسم المخاطر :**

يعد مبدأ تقاسم المخاطر بين الشخص العمومي و الشريك الخاص مبدأ أساسيا في تعريف عقود الشراكة و هو ما يميز هذه العقود عن بقية العقود الأخرى التي تبرم في اطار تلبية الطلب العمومي. و يتمثل هذا المبدأ في تحمل كل طرف المخاطرة التي يكون أكثر قدرة على ادارتها. ومن ذلك تحمل الشريك الخاص عادة مخاطر البناء و الاستغلال و يتحمل الشخص العمومي المخاطر التي تخضع لسيطرتها و أوضحها المخاطر السياسية و التنظيمية (التراخيص...).

وعلى ضوء ما تقدم من اعتبارات عرّف مشروع القانون المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص عقد الشراكة بأنه ***العقد الذي يكلف بمقتضاه هيكل عمومي يسمى شخص عمومي شخصا خاصا يسمى الشريك الخاص، لمدة معيّنة، بمهمة شاملة تتعلق بالتمويل والتصميم الكلي أو الجزئي وإنجاز أو تغيير أو صيانة منشآت أو تجهيزات أو بنى تحتية أو أصول لا مادية ضرورية للشخص العمومي وذلك بمقابل يدفع له من قبل الشخص العمومي المشرف على المرفق المذكور طيلة مدة العقد وطبقا للشروط المبينة به".***

II-/ المبادئ والإجراءات التي تحكم عقود الشراكة:

- <u>إجراءات اختيار واعتماد صيغة الشراكـــة :</u>

لابد أن يكون اختيار صيغة الشراكة بين القطاعين العام والخاص لانجاز مشروع معين وجيها و مدروسا . و يبنى قرار الاختيار أو قابلية انجاز المشروع في اطار شراكة الذي تصدره الوحدة الوطنية لمتابعة الشراكة على عملية تثبت تتم من توفر شروط محددة في المشروع المعني.

و ترتكز دراسة مقبولية المشروع لانجاز في اطار شراكة على تقييم مقارن لمختلف أشكال التعاقد الممكنة للتثبت خاصة من الأفضلية الاقتصادية والمالية والقانونية لاعتماد آلية الشراكة مقارنة بأشكال التعاقد الأخرى و لمختلف جوانب المشروع وعائداته الاقتصادية والاجتماعية يتقدم بها الشخص العمومي المقترح للمشروع.

كما يقتضي اعتماد صيغة عقد الشراكة توفر إما شرط الصبغة المعقدة للمشروع أو في صورة التأكد أو عند ثبوت وجود نقائص وصعوبات في إنجاز مشاريع مشابهة في إطار أشكال تعاقدية أخرى.

مبـــــــادئ ابرام عقود الشراكة:

يخضع إنجاز المشاريع في إطار عقود شراكة سواء تلك التي يبادر بها الشخص العمومي أو حتى التي يبادر بها الشخص الخاص عن طريق عرض تلقائي إلى مبادئ المساواة و المنافسة و شفافية الاجراءات و تكافؤ الفرص و هي ذات المبادئ المعتمدة في مختلف صيغ تلبية الطلب العمومي سواء عبر الصفقات العمومية أو عقود اللزمات.

ويبرم عقد الشراكة بعد الدعوة الى المنافسة ،مع صاحب العرض الأفضل اقتصاديا بالنظر الى معايير تحدد مسبقا في إعلان الدعوة إلى المنافسة.

الاستثناءات :

لكن قد تقتضي الضرورة ادراج بعض الاستثناءات للمبادئ المذكورة من شأنها تمكين الشخص العمومي من ابرام عقود شراكة دون االتقيد بمبدأ الدعوة الى المنافسة أو بالإجراءات التقليدية لطلب العروض و التي يمكن أن تسبق بحوار تنافسي.وقد يقتضي الضغط على الكلفة اعتماد اجراءات مبسطة في ابرام عقود الشراكة. و قد تم ضبط هذه الاستثناءات في حالات محددة ولا يتم اللجوء اليها إلا بتوفر شروط معينة.

ـ عدم اللجوء الى المنافسة :

قد تقتضي الضرورة تمكين الشخص العمومي من ابرام عقود شراكة دون التقيد بوجوبية اجراء طلب العروض و ذلك بابرام هذه العقود بعد تنظيم استشارة أو عن طريق التفاوض المباشر.

و لا يمكن التعاقد عن طريق التفاوض المباشر إلا إذا تعلق موضوع عقد الشراكة بطلبات لا يمكن أن يعهد بإنجازها إلا لشخص وحيد في السوق أو بنشاط لا يمكن استغلاله إلا من قبل صاحب براءة الاختراع.

أما الحالات التي يجوز فيها إبرام العقد بعد تنظيم استشارة فهي الحالات التقليدية المتعلقة بالإعلان على أن الدعوة إلى المنافسة كانت غير مجدية على أن لا يكون ذلك ناتجا عن إخلالات في الإجراءات أو في وثائق الدعوة الى المنافسة من قبل الشخص العمومي مع وجوب الترخيص المسبق في ذلك من قبل الوحدة الوطنية لمتابعة الشراكة. كما يتم اللجوء الى الاستشارة للأسباب المتعلقة بالدفاع الوطني والأمن العام وحالة التأكد الخارجة أسبابها عن إرادة الشخص العمومي والتي يفترض فيها تأمين استمرارية المرفق العمومي.

و لئن كانت الحالات المشار اليها لتبرير تجاوز مبدأ المنافسة هي نفس تلك التي تم التنصيص عليها بالفصل 10 من القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في غرة أفريل 2008 والمتعلق بنظام اللزمات، ألا أن مشروع القانون المتعلق بعقود الشراكة اعتمد صياغة تضييقية بالنسبة لصورة التفاوض المباشر درءا للتجاوزات.

– **الحوار التنافسي** : إذا ما اتسم المشروع بالتعقيد مما يحول دون تمكن الشخص العمومي من تحديد حاجياته بصفة مسبقة وضبط محتوى الأعمال وفقا لخاصيات فنية محددة قبل تنظيم الدعوة للمنافسة، يمكن اللجوء إلى التفاوض التنافسي لانتقاء المترشحين المحتملين.

ويراعى في هذا الإجراء مبادئ الشفافية و المساواة بين المترشحين وسرية الحلول والمعلومات المقدمة من قبل المترشحين المشاركين في التفاوض. وتتم إثر الإعلان عن نتائج التفاوض وإعلام المشاركين بها، دعوة العارضين اللذين تم انتقاؤهم لتقديم عروضهم النهائية على ضوء الحلول المقدمة والتي تم توضيحها خلال التفاوض.

ويبرم عقد الشراكة مع صاحب العرض الأفضل اقتصاديا.

ويعدّ إجراء التفاوض التنافسي، الذي يمكن الشخص العمومي من تحديد حاجياته قبل الدعوة إلى المنافسة لإبرام العقد أحد مميزات النظام القانوني لعقود الشراكة مقارنة بالنظام القانوني المتعلق باللزمات.

– **إجراءات مبسطة لإبرام عقود الشراكة** : يمكن إبرام عقد الشراكة وفق إجراءات مبسطة بالنسبة إلى المشاريع ضعيفة التعقيد أو تلك التي لا تتطلب رصد تمويلات هامة لإنجازها.

ولا يحول اعتماد نظام الإجراءات المبسطة دون الالتزام بقواعد الشفافية والمساواة وحياد الشخص العمومي.و سيتم تحديد الاجراءات المذكورة و ضبطها بمقتضى أمر.

III – الحقوق والامتيازات المخولة للشريك الخاص :

بالإضافة إلى المقابل المالي الذي يلتزم الشخص العمومي بأدائه للشريك الخاص بمقتضى عقد الشراكة المبرم بينهما، تم التنصيص على جملة من الحقوق والضمانات لفائدة الشريك الخاص وهي أساسا :

1)- إمكانية تصريف شؤون المرفق العمومي :

لا يشمل عقد الشراكة مبدئيا تفويض تصريف شؤون المرفق العمومي الذي يبقى تحت تصرف ومسؤولية الشخص العمومي.

غير أنه يمكن الترخيص ضمن عقد الشراكة، للشريك الخاص بصفة ثانوية بإسداء خدمات واستخلاص مقابل لها من المستعملين شرط أن لا يؤثر ذلك على حسن سير المرفق العمومي وعلى احترام الشريك الخاص لالتزاماته الأصلية بموجب العقد.

ويتم أخذ قيمة المداخيل المتأتية للشريك الخاص من المعاليم المستخلصة من العموم بعين الاعتبار في احتساب المقابل الذي سيتم دفعه له من قبل الشخص العمومي.

2)- المنح المخولـــة :

منحة متعلقة بالعرض التلقائي :

يخول للمترشح الخاص الحصول على منحة جزافية من الشخص العمومي في صورة استغلال هذا الأخير للعرض التلقائي الذي تقدم به وما احتواه من دراسات أولية لصياغة

إعلان طلب العروض وذلك شرط مشاركة الشخص الخاص في طلب العروض دون أن يقع اختياره كشريك. وهو إجراء تحفيزي يتم العمل به في عديد الأنظمة المقارنة.

منحة التفاوض التنافسي :

يمكن للشخص العمومي إسناد منحة جزافية للمشارك في مختلف مراحل التفاوض التنافسي في الآجال وإلى غاية نهاية المسار التفاوضي و الذي لم يتم اختيار عرضه رغم مساهمته في تحديد حاجيات الشخص العمومي. و يقترح أن لا يتجاوز عدد المنتفعين بهذه المنحة ثلاث مشاركين ممن تتوفر فيهم الشروط المطلوبة.

3)- التعويـــــــض :

يخول عقد الشراكة للشريك الخاص الحصول على تعويض من الشخص العمومي عن الضرر المباشر والمادي في الحالات التالية :

ـــ في صورة استرجاع الشخص العمومي لعقد الشراكة بمضي مدة محددة مضبوطة مسبقا ضمن عقد الشراكة وقبل حلول أجل انتهائه بصفة عادية.

ـــ في صورة فسخ العقد بطلب من الشريك الخاص لعدم احترام الشخص العمومي لالتزاماته التعاقدية الجوهرية أو نتيجة القوة القاهرة.

– في صورة تحمل الشريك الخاص أعباء اضافية ناجمة عن مراجعة بنود العقد أو فسخه لتغير حاجيات الشخص العمومي أو للاستجابة لمتطلبات جديدة للمرفق العمومي.

4)- تسهيلات وحوافـــــز :

أتيحت للأجانب المساهمة في رأسمال شركة المشروع المحدثة لغرض إنجاز المشروع موضوع عقد الشراكة عن طريق توريد عملات طبقا للتشريع الجاري به العمل.

كما أجيز منح شركة المشروع تشجيعات وحوافز وتحويل عائدات الاستثمارات المنجزة في إطار عقد الشراكة.

IV – الالتزامات المحمولة على الشريك الخاص :

فضلا عن وجوب احترام الشريك الخاص لبنود عقد الشراكة وحسن تنفيذه، فهو ملزم تجاه الشخص العمومي بـــ :

ـــ **تكوين شركة مشروع** : يلتزم الشريك الخاص ببعث شركة يعهد لها بإنجاز المشروع موضوع عقد الشراكة. ولا يمكن للشريك الخاص إحالة أغلبية رأسمال شركة المشروع إلا بعد الحصول على موافقة الشخص العمومي ووفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها بالعقد.

ـــ **الصيانة والمحافظة على المنشآت** : يكون الشريك الخاص طيلة مدة العقد مسؤولا عن الصيانة والمحافظة على كل البنايات والمنشآت والتجهيزات الثابتة المنجزة في إطار عقد الشراكة.

ـــ **تأمين المسؤولية المدنية** : يلتزم الشريك الخاص بتأمين مسؤوليته المدنية طيلة مدة عقد الشراكة ضد الأخطار الناجمة عن الأشغال التي ينجزها وعن استغلال المنشآت.

ولا يمكن فسخ عقد التأمين أو إدخال تغييرات جوهرية عليه دون الموافقة المسبقة للشخص العمومي.

– **عدم احالة أو التفويت في الحقوق العينية الممنوحة له** : يلتزم الشريك الخاص طيلة مدة العقد بعدم التفويت أو إحالة الحقوق العينية الممنوحة له على البناءات والمنشآت والتجهيزات الثابتة بما في ذلك الضمانات المرتبطة بهذه الحقوق إلا بترخيص مسبق وكتابي من الشخص العمومي. و لا يمكن رهن هذه الحقوق العينية الا بغاية الحصول على قروض لتمويل المشروع موضوع عقد الشراكة.

ـــ **التنفيذ الشخصي للعقد** : يجب على الشريك الخاص تنفيذ عقد الشراكة بصفة شخصية إلا إذا رخص له الشخص العمومي في :

*إحالة عقد الشراكة إلى الغير، وتكون الإحالة موضوع عقد جديد يبرم طبقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها بمشروع القانون المعروض.

*إمكانية مناولة جزء من التزاماته، على أن لا تشمل المناولة كامل الالتزامات المحمولة عليه بموجب العقد. ويمكن للعقد أن يفرض على الشريك الخاص مناولة نسبة دنيا من الأعمال

المشمولة بعقد الشراكة لفائدة الجمعيات أو المؤسسات الصغرى والمتوسطة المحدثة طبقا للقانون التونسي.

* **التزام بالشفافية:** يتعين على الشريك الخاص أن يقدم للوحدة الوطنية لمتابعة الشراكة بين لقطاعين العام و الخاص و للشخص العمومي المتعاقد معه تقريرا سنويا مفصلا يتضمن خاصة الحسابات التي تستعرض جملة العمليات المتعلقة بتنفيذ عقد الشراكة. كما يلتزم بعدم عرقلة الرقابة التي يقوم بها الشخص العمومي على الأشغال.

***إحالة المنشآت ومكونات وأصول المشروع** : يلتزم الشريك الخاص عند انتهاء العقد بإحالة كامل مكونات المشروع وأصوله للشخص العمومي بصفة مجانية.

ولا تنطبق على عقود الشراكة أحكام التشريع المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين والمتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات والمحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي.

V- ضمانات للمؤسسات البنكية الممولة :

لحفز البنوك على تمويل المشاريع المنجزة في اطار شراكة، أقر مشروع القانون المنظم لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص جملة من الضمانات التي يمكن أن تستفيد منها المؤسسات البنكية الممولة لهذه المشاريع و منها :

- منح حقوق عينية خاصة:

يمنح الشريك الخاص حقا عينيا خاصا على البناءات والمنشآت والتجهيزات الثابتة التي ينجزها تنفيذا لعقد الشراكة ويخول هذا الحق العيني للشريك الخاص حقوق وواجبات المالك في حدود ما يسمح به القانون

و يمكن رهن هذه الحقوق حصريا لضمان القروض المبرمة لتمويل إنجاز المشروع موضوع عقد الشراكة. وينتهي مفعول هذه الرهون الموظفة على البناءات والمنشآت والتجهيزات الثابتة بانتهاء مدة عقد الشراكة.

-**احالة الديون:** امكانية احالة المقابل المالي الراجع للشريك الخاص لفائدة مؤسسة القرض الممولة للمشروع وذلك بعنوان ما أنجزه من استثمارات وبشرط قبول الشخص العمومي و ذلك طبقا للتشريع المتعلق بإحالة ورهن الديون المهنية.

-الحلول :

*في حالة الاخلال الخطير بالالتزامات التعاقدية من قبل الشريك الخاص، بامكان البنوك الممولة للمشروع اقتراح حلول شخص آخر محل الشريك الخاص اذا ما وقع التنصيص على ذلك بالعقد.

* في صورة انهاء العقد بصفة منفردة من قبل الشخص العمومي قبل حلول أجله، يمكن للدائنين المرسمة ديونهم في سجل خاص الحلول محل الشريك الخاص لخلاص ديونهم في حدود التعويض الذي يمنح له من الشخص العمومي.

VI- تسويـــة النزاعـــــات :

يسعى الطرفان المتعاقدان وجوبا لفض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد بالتراضي قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم.

في صورة اللجوء إلى التحكيم، يتجه التنصيص على أن البت في النزاع يتم وفق أحكام القانون التونسي.

ويعدّ اعتماد إحدى الطريقتين المذكورتين في فض النزاعات نهائيا وحاسما للنزاع.

IV- متابعة الشراكة بين القطاعين العام والخاص :

تقتضي متابعة عمليات الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتقييمها، بعث هيئة وطنية لمتابعة الشراكة سيتم ضبط طبيعتها القانونية ومهامها وطرق تسييرها بمقتضى أمر.وستكون هذه الهيئة تحت إشراف رئاسة الحكومة على غرار اللجنة العليا للصفقات ومختلف هياكل الرقابة الأخرى.

تلك هي أهم أسباب مشروع القانون المصاحب.

2012/69
المجلس الوطني التأسيسي
الـــواردات
19 أكتوبر 2012
رمز الإدارة...../عـــدد

2012/69

طلب استعجال نظر

(مشروع قانون يتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص)

إن إرساء إطار قانوني خاص بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص سيوفر الحلول المنتظرة لتمويل الاستثمار العمومي، الذي يتطلب تعبئة موارد مالية ضخمة، و سيمكّن من إنجاز المشاريع العمومية المقررة بالسرعة المرجوّة والتحكم في كلفتها.

إن الاسراع في وضع هذه الآلية القانونية من شأنه أن يستجيب للحاجيات الملحّة للاقتصاد الوطني حيث ستمكّن من تحقيق عديد نوايا الاستثمار المتوفّرة في مختلف القطاعات الاقتصادية و من إحداثات شغل هامة و من دفع مستوى التنمية بالجهات الداخلية بما يساهم في تحقيق تطلعات أهالي الجهات المعنية.

تبعا لما تقدّم بيانه تأمل الحكومة أن يعطي المجلس الوطني التأسيسي لمشروع القانون المعروض أولوية النظر من أجل المصادقة عليه في أقرب الآجال.