A

الأمم المتحدة

Distr.
GENERAL

الجمعية العامة

A/CN.9/438
18 December 1996
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الثلاثون
فيينا، ١٢-٣٠ أيار/مايو ١٩٩٧

مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص*

مشاريع فصول لدليل تشريعي بشأن مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص

تقرير الأمين العام

١ - قررت اللجنة في دورتها التاسعة والعشرين المنعقدة في سنة ١٩٩٦، أن تعد دليلا تشريعيا بشأن مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية (بوت) وأنواع المشاريع المتصلة بها[١]. وقد اتخذت اللجنة قرارها بعد دراسة تقرير أعده الأمين العام وتضمن معلومات عن الأعمال التي تجريها في هذا المجال منظمات أخرى، كما تضمن موجزاً للمسائل التي تتناولها القوانين الوطنية المتعلقة بتلك الترتيبات[٢].

٢ - وذكر أنه، على خلاف المشاريع ذات التمويل العام حيث تتولى الحكومة المسؤولية عن كامل عمليات تنفيذ المشروع، بما في ذلك الحصول على التمويل وضمان تسديده، تستخدم الحكومة في حالة مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص، كيانا خاصا (أي من القطاع الخاص) يتولى إنشاء مرفق من مرافق الهياكل الأساسية وصيانته وتشغيله مقابل الحصول على حق فرض ثمن، إما على الجمهور أو على الحكومة، لقاء الانتفاع بالمرفق أو بالخدمات أو السلع التي ينتجها.

٣ - وسجلت اللجنة في مداولاتها ما أثارته مشاريع بوت وغيرها من أشكال المساهمة الخاصة في مشاريع الهياكل الأساسية العامة من اهتمام في كثير من الدول، وخاصة في البلدان النامية، بالنظر الى أن التنفيذ الناجح لمثل هذه المشاريع من شأنه أن يمكّن الدول من تحقيق وفورات هامة في الإنفاق العام ومن إعادة تخصيص موارد - كانت لولا ذلك ستستثمر في البنى الأساسية - لتلبية احتياجات اجتماعية أشد إلحاحا. وفضلا عن ذلك، فبالنظر الى أن شركة المشروع هي التي تتولى بناء المشروع ثم تشغيله أثناء فترة الامتياز، يستفيد البلد من الخبرة المتخصصة المتوافرة للقطاع الخاص في تشغيل وإدارة المرفق

---

* قد ترغب اللجنة في أن تستخدم من الآن فصاعداً عبارة "مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص" للإشارة الى عملها في هذا المجال بدلاً من العبارة "البناء والتشغيل ونقل الملكية" (بوت) التي كانت تستخدم حتى الآن. فلئن كانت "بوت" تستخدم أحيانا كتعبير عام للدلالة على أشكال مختلفة من تمويل القطاع الخاص لمشاريع هياكل أساسية بالقطاع العام، فإنها لا تشير في معناها الحرفي إلا الى نوع واحد معين من مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص. فمع استمرار تطور الممارسات في هذا المجال، تنشأ أنواع مختلفة من الترتيبات التي لا تندرج في فئة مشاريع "بوت" بمعناها الدقيق. ويذكر من تلك الأنواع "مشاريع البناء والامتلاك والتشغيل" (BOO)، ومشاريع البناء والامتلاك والتشغيل ونقل الملكية (BOOT)، ومشاريع البناء والامتلاك والاكتراء ونقل الملكية (BOLT) ومشاريع البناء والاستئجار ونقل الملكية (BRT)، لكي لا نذكر إلا عدداً قليلا منها. ويقصد بالعبارة المقترحة التأكيد على أن عمل اللجنة في هذا المجال يشمل جميع الترتيبات الرامية الى تطوير مشاريع الهياكل الأساسية العامة التي تنطوي على تمويل خاص، بما في ذلك ترتيبات بوت وإن لم تقتصر عليها.

(١) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها التاسعة والعشرين، الوثائق الرسمية للجمعية العامة في دورتها الحادية والخمسين، الملحق رقم ١٧ (A/51/17)، الفقرات ٢٢٥-٢٣٠.

(٢) الوثيقة A/CN.9/424.

الأساسي المعني. وقد تتوقع الحكومة على الأخص تحقيق مكاسب عائدة الى الكفاءة والخدمة رفيعة المستوى قد لا توفرها أحيانا احتكارات الدولة ذاتية التنظيم.

٤ - وذكر من جهة أخرى أن مشاريع بوت والمشاريع المماثلة يمكن أن تكون على قدر لا بأس به من التعقد وأن يتطلب تنفيذها إطاراً قانونيا مؤاتيا يعزز ثقة المستثمرين المحتملين وطنيين كانوا أم أجانب، في الوقت الذي يحمي فيه مصالح الجمهور. لذلك رأت اللجنة أنه سيكون من المفيد توفير إرشادات تشريعية للدول التي تكون بصدد إعداد أو تحديث تشريعاتها ذات الصلة بهذه المشاريع. وتلبية لطلب اللجنة، استعرضت الأمانة المسائل التي يجدر بالدليل التشريعي أن يتناولها وأعدت مشاريع مواد تعرض على اللجنة مع هذا التقرير للنظر فيها.

٥ - تتضمن الوثيقة الواردة بالمرفق الأول لهذا التقرير قائمة بالمحتويات تعرض المواضيع التي يقترح شمولها بالدليل التشريعي، وتعقب كل بند من بنودها ملاحظات على قدر من التفصيل بشأن المسائل التي يقترح مناقشتها فيه. والغرض من هذه الملاحظات هو تمكين اللجنة من اتخاذ قرارات مستنيرة بشأن البنية المقترحة للدليل التشريعي وبشأن مضمونه. وعند إعداد هذه الوثيقة وضعت اللجنة في اعتبارها عدداً من المسائل التي كثيراً ما تناولتها القوانين واللوائح الوطنية ذات الصلة بمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص. غير أنه ليس من المقترح أن يوصي الدليل التشريعي بأن يعالج جميع هذه المسائل على الصعيد التشريعي، بل يقترح أن ينظر الدليل التشريعي في استصواب تناول بعضها في النصوص التشريعية وترك بعضها الآخر لتعالجه الأطراف في الاتفاقات المتعلقة بتنفيذ المشروع.

٦ - وبهدف تزويد اللجنة بصورة واضحة عن أسلوب ومستوى التفصيل المزمع للدليل التشريعي، أعدت الأمانة أيضا مشاريع أولية للفصل الأول، "نطاق الدليل والغرض منه ومصطلحاته"، والفصل الثاني، "أطراف مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص ومراحلها"، والفصل الخامس، "التدابير التحضيرية" (الإضافات من ١ الى ٣ لهذه الوثيقة).

٧ - ووضعت الأمانة نصب عينيها، عند إعداد مشاريع الفصول، الحاجة الى تأمين توازن مناسب بين هدف اجتذاب الاستثمار الخاص الى مشاريع الهياكل الأساسية وبين حماية مصالح الحكومة المضيفة والمنتفعين بالمرفق الأساسي.

٨ - وقد ترغب اللجنة في إبداء تعليقاتها على البنية المقترحة للدليل التشريعي وتقديم توجيهاتها بشأن المسائل التي يقترح مناقشتها فيه لكي تتيح للأمانة إعداد مشاريع بقية الفصول للدورة التالية للجنة في سنة ١٩٩٨.

المرفق الأول

مشروع دليل تشريعي
بشأن مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص

قائمة محتويات مشروحة

مقدمة

ألف – منشأ الدليل
باء – ترتيب الدليل
جيم – التوصيات والأحكام الإيضاحية

ملاحظة

١ – على غرار ما اتبع في مقدمتي الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية والدليل القانوني للأونسيترال بشأن صفقات التجارة الدولية المكافئة، يقترح أن توضح المقدمة منشأ الدليل، وترتيبه وأسلوبه، وطبيعة توصياته، وأن تورد معلومات ذات طابع مماثل.

أولا – نطاق الدليل والغرض منه ومصطلحاته

ألف – المعاملات التي يشملها الدليل
باء – الغرض من الدليل
جيم – المصطلحات المستخدمة في الدليل

ملاحظات

٢ – يقترح تضمين الفصل الأول من الدليل معلومات عن المعاملات التي يشملها، والغرض من الدليل وكذلك شرحا للمصطلحات التي يكثر استخدامها في الدليل.

٣ – تتضمن الوثيقة A/CN.9/438/Add.1 مشروعا أوليا للفصل الأول.

ثانيا – أطراف مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص ومراحلها

ألف – ملاحظات عامة
باء – القطاع الخاص والهياكل الأساسية العامة
جيم – مفهوم تمويل المشروع
دال – أطراف المشروع
١ – الحكومة المضيفة
٢ – رعاة المشروع وشركة المشروع
٣ – المقرضون والمؤسسات المالية الدولية
٤ – مقدمو رؤوس الأموال الآخرون
٥ – مقاولو البناء وموردو المواد والمعدات

٦ - شركة التشغيل والصيانة
٧ - المؤمّنون
هاء - مراحل التنفيذ
١ - تحديد المشروع
٢ - اختيار رعاة المشروع
٣ - الأعمال التحضيرية لتنفيذ المشروع
٤ - مرحلة البناء
٥ - مرحلة التشغيل
٦ - إنهاء المشروع

ملاحظات

٤ - يقترح، كمدخل الى مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص، تضمين الفصل الثاني ملاحظات عامة عن مفهوم تمويل المشروع، والأطراف في مشروع الهياكل الأساسية ذي التمويل الخاص، ومراحل تنفيذ المشروع. والغرض من الفصل الثاني هو تزويد القارئ بمعلومات خلفية وتيسير إجراء اختيار مستنير بين الحلول التشريعية الممكنة للمسائل التي ترد مناقشتها في الفصول اللاحقة من الدليل.

٥ - تتضمن الوثيقة A/AC.9/438/Add.2 مشروعا أوليا للفصل الثاني.

ثالثا - اعتبارات تشريعية عامة

ألف - الإطار القانوني لمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص
١ - الترخيص التشريعي
٢ - النهوج التشريعية إزاء مشاريع الهياكل الأساسية
باء - مجالات تشريعية أخرى ذات صلة
١ - القوانين العامة للأعمال التجارية وقانون الملكية
٢ - تسوية النزاعات
٣ - الاستثمار وقوانين الضرائب
جيم - التشريع الوطني والاتفاقات الدولية
١ - اتفاقات حماية الاستثمار الدولي
٢ - صكوك التجارة الدولية

ملاحظات

ألف - الإطار القانوني لمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص

٦ - يقترح أن تناقش في الفرع الافتتاحي من الفصل الثالث مسألتان تتعلقان بالإطار القانوني لمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص، ألا وهما الترخيص التشريعي للحكومة المضيفة بالاضطلاع بمثل هذه المشاريع والنظام القانوني الذي تخضع له.

٧ - وقد يقتضي تنفيذ مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص سن تشريع أو اعتماد لوائح خاصة، ولا سيما في تلك البلدان التي تضطلع فيها الحكومة وحدها بمسؤولية تقديم "الخدمات العامة" أو بناء الهياكل الأساسية أو توسيعها. أما في البلدان التي استقر فيها تقليد منح الامتيازات للقطاع الخاص من أجل تقديم "الخدمات العامة" أو تنفيذ "الأشغال

العامة"، فقد تكون هناك قواعد عامة تنص على أنه يجوز من حيث المبدأ أن يعهد الى القطاع الخاص بأي نشاط تقوم به الدولة وتكون له قيمة اقتصادية تجعل من الممكن استغلاله من جانب منشأة خاصة. ويحدث أحيانا أن يحدد مثل هذا التشريع العام مجالات النشاط أو أنواع الهياكل الأساسية التي تستطيع كيانات خاصة أن توفرها أو تنشئها. ويوجد نهج مختلف في البلدان التي ليس لديها مثل هذا التشريع العام والتي آثرت سن قوانين محددة تتناول المشاريع ذات التمويل الخاص في مجالات نشاط معينة. وتجري الممارسة التشريعية في بعض البلدان باعتبار أن من المناسب اعتماد تشريع محدد ينظم تنفيذ وتشغيل مشروع فردي أو أكثر. ومن المقترح مناقشة المزايا وأوجه القصور الممكنة لكل من التشريعات العامة والتشريعات المحددة لمشروع أو قطاع بعينه، وإمكانية اتباع نهج يجمع بين التشريع العام والتشريع المحدد لقطاع معين.

٨ - وعند اعتماد تشريعات عامة أو محددة، وجد عدد من الدول أن من المستصوب إصدار شكل من أشكال بيان السياسة العامة بشأن إشراك القطاع الخاص في الخدمات أو المنافع العامة، أو إيضاح للأهداف التي تسعى الحكومة المضيفة الى تحقيقها. فقد تكون بيانات السياسة العامة وسيلة نافعة لطمأنة رعاة المشروع المحتملين وغيرهم من المستثمرين برؤوس الأموال والمقرضين بشأن الدعم الحكومي لمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص في البلد المضيف. كذلك فإن إفصاح الحكومة المضيفة علنا عن التزامها بانتهاج سياسة مؤاتية لمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص قد يحقق غرضا تعليميا بإعلامه الجمهور عن الكيفية التي يمكن بها، حسبما هو متوقع، أن تسفر سياسة الحكومة بشأن مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص عن تحقيق منافع للبلاد.

٩ - وتتعلق إحدى المسائل الأخرى المقترح مناقشتها بالنظام القانوني لمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص. ففي بعض البلدان، ينظر الى العلاقات بين شركة المشروع وبين الحكومة المضيفة على أنها علاقات ذات طابع تعاقدي ومن ثم فهي تحل الطرفين وضعا متساويا في جوهره. وفي بلدان أخرى، ولا سيما في عدد من بلدان القانون المدني، تندرج مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص في فئات محددة المعالم وتخضع لأحكام مجموعة من القوانين كثيراً ما يشار إليها باسم "القوانين الإدارية" (انظر الفصل الأول، "نطاق الدليل والغرض منه ومصطلحاته"). ومن الممكن أن يتسم بأهمية بالغة ما يترتب على هذين النهجين المختلفين من نتائج بالنسبة للنظام القانوني للاتفاق بين شركة المشروع وبين الحكومة المضيفة.

باء - مجالات تشريعية أخرى ذات صلة بمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص

١٠ - ومن المقترح، بالإضافة الى مناقشة المسائل التشريعية ذات الصلة المباشرة بمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص، التطرق في فرع منفصل الى مجالات تشريعية أخرى يمكن أن يكون لها تأثير على نجاح تلك المشاريع.

١١ - فقوانين الأعمال التجارية في البلد المضيف تلعب دوراً بالغ الأهمية في تيسير تنفيذ المشروع. وكثيراً ما تقوم على تنفيذ مشروع الهياكل الأساسية ذي التمويل الخاص شركة ينشئها رعاة المشروع خصيصا لهذا الغرض. وعلى ذلك فمن المهم بالنسبة للحكومة المضيفة أن يكون لديها قانون شركات ملائم يضم أحكاما حديثة بشأن مسائل جوهرية يذكر منها إجراءات الإنشاء، وهيكل الإدارة، وإصدار الأسهم والسندات وبيعها أو نقل ملكيتها، والبيانات المحاسبية والمالية، وحماية مساهمي الأقلية. ومن الممكن كذلك أن توفر القوانين الوطنية بشأن العقود والضمانات التجارية حلولا ملائمة لاحتياجات شركة المشروع والمقرضين، بما في ذلك إمكانية حوالة المستحقات التي يدرها المشروع، ومرونة تصميم العقود حسبما يقتضيه بناء المرفق الأساسي وتشغيله. ومن شأن قوانين الصيرفة التجارية الملائمة أن تيسر على شركة المشروع معاملاتها الروتينية. كما يمكن العثور على حلول حديثة لعدد من مسائل القانون التجاري ذات الصلة في الصكوك القانونية الدولية المتوافرة، مثل الاتفاقيات والقوانين النموذجية التي تسفر عنها أعمال الأونسيترال ويذكر منها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، والقانون النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

١٢ - ومن المستصوب أيضا أن تنص قوانين الملكية بالبلد المضيف على أحكام تتوخى المعايير الحديثة، وأن تتضمن أحكاما ملائمة بشأن امتلاك الأراضي والمباني واستخدامها، وكذلك بشأن الأموال المنقولة والملكية الفكرية (حقوق المؤلف والعلامات التجارية)، وأن تكفل قدرة شركة المشروع - حسب الاقتضاء - على شراء الممتلكات وبيعها ونقل ملكيتها

واستخدامها والإذن باستخدامها. وفيما يتعلق بالملكية الفكرية بوجه خاص، يمكن تأمين إطار قانوني بالانضمام الى الاتفاقات الدولية بشأن حماية وتسجيل حقوق الملكية الدولية.

١٣ - ومن العوامل الهامة الأخرى لتنفيذ مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص أن يتوافر في البلد المضيف إطار قانوني لتسوية النزاعات. وقد يُشجِّع رعاة المشروع ومقاولوه ومقرضوه على المشاركة في المشاريع التي تنفذ في بلدان تهيئ مناخا قانونيا مؤاتيا ومقبولا دوليا لتسوية النزاعات، على النحو الوارد في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي. ومن العوامل الإضافية التي يمكن وضعها في الاعتبار، كفاءة النظام القضائي الوطني، ويسر إجراءات المحاكم وسرعتها، وتوافر سبل الإنصاف القضائي الملائمة لتسوية النزاعات التجارية، وكذلك إمكانية الاعتراف بقوانين التحكيم الأجنبية وإنفاذها.

جيم - التشريع الوطني والاتفاقات الدولية

١٤ - في الفرع الأخير من الفصل الثالث، يقترح النظر في مدى ملاءمة الاتفاقات الدولية بشأن تيسير وتعزيز التجارة الدولية أو الإقليمية في السلع والخدمات - لقوانين البلد المضيف التي تنظم مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص.

١٥ - فقد تضم تلك الاتفاقات الدولية أحكاما بشأن إزالة الحواجز التي تمنع الأجانب من استيراد السلع أو تقديم الخدمات في دول تعاقدهم. وقد يرد هذا النوع من الأحكام في التشريعات الوطنية الخاصة بمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص والتي تستهدف فرض قيود على مشاركة الشركات الأجنبية في مشاريع الهياكل الأساسية، أو إقرار أسبقيات للكيانات الوطنية، أو اشتراء المواد والمعدات في الأسواق المحلية.

١٦ - وثمة أمر يتسم بأهمية خاصة بالنسبة لرعاة المشروع أو مقرضيه، وهو درجة الحماية المتاحة للاستثمار الأجنبي في البلد المضيف. وقد تستمد هذه الحماية من الاتفاقات الدولية التي ينضم إليها البلد المضيف وتستهدف تشجيع الاستثمار الأجنبي وحمايته. فمثلا، يمكن تعزيز ثقة المستثمرين الأجانب في البلد المضيف بحمايتهم من التأميم ونزع الحيازة بدون إعادة نظر قضائية ومنح تعويض مناسب. كما سيشغل بال رعاة المشروع المحتملين قدرتهم على تحويل مكاسبهم الى الخارج أو إعادتها الى أوطانهم. وقد تتمثل وسيلة أخرى لاجتذاب الاستثمار الأجنبي في إقرار نظم ضريبية خاصة للمستثمرين الأجانب، كالإعفاء من ضريبة الشركات أو من غيرها من الضرائب، وإعفاء الموظفين الأجانب الذين يحتاج إليهم المشروع من ضريبة الدخل، والإعفاء من الضرائب العقارية، والتيسير الضريبي على العوائد ورسوم الاستيراد.

رابعا - اختيار رعاة المشروع

ألف - ملاحظات عامة
باء - الأساليب الممكنة لاختيار رعاة المشروع
١ - طرح المناقصات العامة
٢ - طلب الاقتراحات
٣ - المفاوضات المباشرة
٤ - الاقتراحات التلقائية
جيم - معايير الأهلية
١ - المتطلبات المتعلقة برعاة المشروع
٢ - الأسبقيات المحلية
دال - عملية الاختيار
١ - مرحلة الإثبات المسبق للأهلية
٢ - الدعوة الى تقديم اقتراحات
٣ - التقييم وإرساء المشروع

ملاحظات

ألف - ملاحظات عامة

١٧ - يقترح أن يناقش الفرع الافتتاحي للفصل الرابع مسائل عامة ونهوجا ممكنة ذات صلة بإقرار إطار تشريعي ملائم لاختيار أساليب وإجراءات اختيار رعاة المشروع. وتتمثل خطوة هامة في قيام الحكومة المضيفة بإقرار بيان واضح بطبيعة ونطاق الأشغال والخدمات التي يجري اشتراؤها. كذلك فإن الدور المتوقع أن يؤديه القطاع الخاص في أي حالة بعينها (مثلا، ما إذا كان المرفق ستمتلكه شركة المشروع بصفة دائمة أو مؤقتة أو ستنتقل ملكيته الى الحكومة المضيفة عند انتهاء فترة معينة) قد يتعين إيلاؤه اعتبارا خاصا من جانب الحكومة المضيفة وهي بصدد صوغ متطلبات الأهلية ومعايير التقييم. ومن المهم فضلا عن ذلك إعطاء وزن مناسب للمتطلبات طويلة المدى لتشغيل المرفق، التي قد يغفل أمرها نتيجة لفرط تركيز القانون على مرحلة البناء لأغراض اختيار رعاة المشروع.

باء - الأساليب الممكنة لاختيار رعاة المشروع

١٨ - يقترح أن يناقش فرعٌ الأساليب التي تتبع عادة في اشتراء السلع والخدمات ويدرس مدى ملاءمتها لمشاريع الهياكل الأساسية مع إيلاء اهتمام خاص لقانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات. وكثيرا ما تذكر الأساليب التنافسية في القوانين الوطنية المتعلقة بمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص، باعتبارها الأساليب الرئيسية أو الوحيدة لاختيار رعاة المشروع. وطرح المناقصات العامة هو أكثر الأساليب شيوعا لاشتراء السلع من جانب القطاع العام، وفي بعض الحالات لاشتراء الخدمات التي يدفع ثمنها من الأموال العامة. ومن جهة أخرى فإنه بالنظر الى الطابع المعقد لمشاريع الهياكل الأساسية، يفضّل أحيانا في اختيار رعاة المشروع اتباع أساليب تنافسية بديلة يذكر منها إجراء "طلب الاقتراحات".

١٩ - وبالإضافة الى الأساليب التنافسية، يشار أحيانا في التشريعات الوطنية الى أساليب أخرى منها المفاوضات المباشرة أو، في حالة الاقتراحات التلقائية، الاشتراء من مصدر واحد. وفي بعض الأحيان، يصرح بالمفاوضات المباشرة في الظروف الاستثنائية كما في حالة وجود أسباب خاصة تمنع التوصل الى نتائج مرضية باتباع الأساليب التنافسية، أو في حالة المشاريع التي يتوقع ألا تتجاوز استثماراتها الأولية مبلغا معينا أو ألا تتجاوز مدتها فترة محددة.

٢٠ - ومن المسائل الأخرى التي تعالجها التشريعات الوطنية أحيانا بشأن مشاريع الهياكل الأساسية، مسألة الاقتراحات التلقائية. فبعض القوانين تشير الى معايير عامة لمقبولية الاقتراحات التلقائية والتفاوض بشأنها ولكن دون إيراد مزيد من التفاصيل عن كيفية معالجتها أو عما يتبع من إجراءات بشأنها. وبوجه عام، قد تشمل معايير المقبولية اعتبارات الأولوية الوطنية والتفرّد والتكاليف. وربما تمثل نهج آخر إزاء الاقتراحات التلقائية في النص على إجراءات محددة لمعالجتها، كأن يكون ذلك بتوفير معايير لاستعراض الاقتراحات التلقائية ثم طرح المشروع للاختيار التنافسي مع تقديم حافز أو إعطاء أفضلية لصاحب الاقتراح التلقائي.

جيم - متطلبات الأهلية

٢١ - يقترح أن يتناول فرعٌ تلك الشروط التي يتعين على جميع المرشحين أن يوفوا بها بصرف النظر عن أساليب اختيار رعاة المشروع التي تؤثرها الحكومة المضيفة.

٢٢ - وأولى مجموعات الشروط التي ينبغي التطرق إليها هي ما يتعلق بالمركز المالي لرعاة المشروع المحتملين أو بمركزهم القانوني. وتقتضي بعض القوانين معدلا أدنى من الاستثمار في رأس المال يقدر كنسبة من إجمالي تكاليف الاستثمار، أو تقرر تلك القوانين حدا أقصى لتوافر الأموال العامة للمشروع. وقد يستكمل هذا الحد الأدنى للاستثمار بأحكام تطالب رعاة المشروع بتقديم ما يثبت أن لديهم قدرة كافية على مواجهة متطلبات التمويل المتوقعة لمرحلتي بناء المشروع وتشغيله. كذلك يمكن

النص على معايير سلبية، من بينها قواعد تنص على انعدام أهليه أشخاص معينين أو فئات معينة من الأشخاص أو شركات معينة للاشتراك في عملية الاختيار (مثال ذلك الأشخاص الذين يشاركون بشكل أو آخر في أعمال ذات صلة بإرساء المشروع، أو الشركات التي سبق لها أن اضطلعت بأنشطة مماثلة ثم سحبت الدولة ما كانت قد منحتها إياه من امتيازات). ويقترح النظر في استصواب تناول هذه المتطلبات مباشرة في القانون أو إحالة الأمر الى الكيان المشتري.

٢٣ - والمجموعة الثانية من الشروط التي تقترح مناقشتها في نفس الفرع، يمكن العثور عليها في أحكام تقر نوعا من أنواع المعاملة التفضيلية للكيانات المحلية أو تتيح معاملة خاصة للمرشحين الذين يتعهدون باستخدام سلع وطنية أو توظيف أيد عاملة محلية. ويمكن النص على هذه المعاملة التفضيلية أو الخاصة إما باعتبارها شرطا من شروط اختيار رعاة المشروع، أو كمعيار لتقييم العروض، أو بوصفها التزاما مفروضا على شركة المشروع. وفي بعض القوانين، تتخذ هذه المعاملة التفضيلية شكل معايير تقييم خاصة تقر هوامش تفضيل للمرشحين الوطنيين أو للمرشحين الذين يبدون استعدادهم لاشتراء المواد والمعدات والخدمات والمنتجات في السوق المحلية. وثمة من القوانين ما لا يشير تحديداً الى مصادر التوريد المحلية على أنها معيار تقييم بل يدرجها بين عناصر أخرى يتعين إجباريا أو اختياريا إيرادها في العروض. ومن القوانين الأخرى ما ينص على أنه في حالة تساوي سائر العوامل، تعطي الأولوية للمرشحين الوطنيين. ومن المهم حيث يُنص على تلك الأسبقيات وزن المزايا المتوقعة من تلك الأسبقيات الوطنية مقابل الاحتياجات الخاصة للمشروع. ومن المهم كذلك التحقق من الشفافية في تطبيق الأسبقيات الوطنية كمعايير لإرساء المشروع.

دال - عملية الاختيار

٢٤ - يقترح أن يورد فرعٌ وصفا وتحليلا للإطار التشريعي لعملية اختيار تنافسية نموذجية لمشاريع الهياكل الأساسية، وذلك في قسمين فرعيين يتناول أحدهما الأحكام المتعلقة بمعايير الإثبات المسبق للأهلية، ويتناول الآخر الأحكام المنظمة للإجراءات اللاحقة، بما في ذلك التماس العطاءات أو طلب الاقتراحات، وإجراء دراسات الجدوى وغيرها من الدراسات، وضمانات العطاءات، وتقييم العطاءات أو الاقتراحات، وإرساء المشروع، وتسوية النزاعات.

٢٥ - وتتعلق أولى المسائل التي يقترح النظر فيها في القسم الفرعي الذي يتناول الإثبات المسبق لأهلية رعاة المشروع، بالدعوة الى ذلك الإثبات ومحتواها وأسلوب بثها. ويقترح، فيما يتعلق بشروط الإثبات المسبق للأهلية، مناقشة أمور مثل الشروط المتعلقة بالوضع القانوني لرعاة المشروع، وكذلك خبراتهم وأدائهم السابق (الذي قد يشمل جوانب مثل الأداء السابق لرعاة المشروع في مشاريع مماثلة أو قريبة الشبه به، وخبرة كبار موظفيهم وقدراتهم التنظيمية والمالية).

٢٦ - والأحكام المنظمة للخطوات التالية للإثبات المسبق للأهلية من جانب مقدمي العطاءات والاقتراحات، يقترح النظر فيها في القسم الفرعي التالي. ويستصوب أن تذكر التعليمات لرعاة المشروع المحتملين بالتفصيل ما يراد أن تشمله عطاءاتهم أو اقتراحاتهم من جوانب، بما في ذلك الاقتراحات التقنية والمالية والقانونية. وينبغي إيلاء أهمية خاصة للدراسات، كدراسات الجدوى، التي تقدم مع العطاءات أو الاقتراحات والتي ينبغي عادة أن تتناول مسائل مثل القابلية للتسويق، والتصميم الهندسي، والجدوى الاقتصادية والمالية والتشغيلية للمشروع، وكذلك دراسة التأثير البيئي. وستناقش أيضا أهمية قيام الحكومة المضيفة بإجراء دراسات الجدوى الخاصة بها أو بالحصول على تلك الدراسات. ويتعلق جانب آخر ينبغي شموله في التعليمات الصادرة عن الحكومة المضيفة بالمعايير الواجبة التطبيق في تقييم العطاءات أو الاقتراحات. وبوجه عام قد لا يكون من المستصوب إثقال التشريعات بتفاصيل عملية الاختيار. ومن جهة أخرى، فربما استطاعت التشريعات الوطنية الى حد ما، أن تلعب دورا هاما في تزويد الكيان المشتري بالتوجيه فيما يتعلق بجميع هذه الجوانب. وبالمثل، قد يكون بوسع التشريعات الوطنية أن توفر إطارا مناسبا للمهام التي يضطلع بها الكيان المشتري أثناء المراحل التالية من عملية الاختيار. فقد يستطيع القانون مثلا أن يرخص بأن يسبق التقديم النهائي للعطاءات أو الاقتراحات عقد مؤتمر تتاح فيه للأطراف فرصة استيضاح مسائل تتعلق بالمشروع مما قد يترتب عليه قيام الحكومة المضيفة بإجراء تعديلات أو تصويبات على التعليمات حسب الاقتضاء. ويقترح اختتام هذا القسم الفرعي بمناقشة للمفاوضات النهائية وإجراءات إرساء المشروع، وكذلك للآليات المناسبة لتسوية النزاعات ذات الصلة بإرساء المشروع.

خامسا – التدابير التحضيرية

ألف – موقع المشروع
١ – اقتناء الأرض اللازمة لبناء المرفق
٢ – حقوق المرور وغيرها من حقوق الارتفاق
باء – إنشاء صاحب الامتياز
١ – صاحب الامتياز بوصفه رابطة
٢ – صاحب الامتياز بوصفه كيانا قانونيا مستقلا
جيم – التراخيص والموافقات

ملاحظات

٢٧ – يقترح أن يناقش الفصل الخامس بضع خطوات هامة في التحضير لتنفيذ المشروع: اقتناء الأرض اللازمة لبناء المرفق، بما في ذلك سبل الوصول الى موقع المشروع؛ إنشاء الرابطة أو الشركة التي ستتلقى امتياز بناء المرفق الأساسي وتشغيله؛ إصدار التراخيص والموافقات اللازمة لتنفيذ أنشطة المشروع. ويقترح أن ينظر الفصل الخامس في المدى الذي يمكن أن تذهب إليه التشريعات الوطنية في التطرق الى هذه المسائل على نحو ملائم دون حرمان الأطراف من المرونة اللازمة لتلبية احتياجات المشاريع على اختلافها.

٢٨ – تتضمن الوثيقة A/CN.9/438/Add.3 مشروعاً أولياً للفصل الخامس.

سادسا – اتفاق المشروع

ألف – اعتبارات عامة
باء – حقوق شركة المشروع
١ – حقوق الملكية
٢ – قصر الامتياز
جيم – الالتزامات العامة لشركة المشروع
١ – تنفيذ المشروع وما يتصل به من التزامات
٢ – ضمانات الأداء
٣ – المسؤولية والتأمين
دال – الامتياز الفرعي والحوالة والضمانات
١ – الامتيازات الفرعية وحوالة المشروع
٢ – الضمانات والأعباء

ملاحظات

ألف – اعتبارات عامة

٢٩ – يقترح أن يتناول فرعٌ الاعتبارات العامة المتعلقة باتفاق المشروع، وأن يناقش على الأخص مختلف النهوج المتبعة في التشريع الوطني فيما يتعلق باتفاق المشروع (بدءاً بالنهوج التي قلما تشير الى اتفاق المشروع، وانتهاء بالنهوج التي تضمّن التشريعات الوطنية أحكاما إلزامية مستفيضة حول الشروط التي ينبغي النص عليها في الاتفاق). وينظر هذا الفرع في المزايا وأوجه القصور الممكنة للنهوج المتوافرة مع مراعاة الحاجة المتباينة أحيانا الى التوجيه التشريعي بشأن إعداد اتفاق المشروع والتي يمكن أن توجد على مختلف المستويات الحكومية (الوطني أو الإقليمي أو المحلي). وتتناول الفروع المتبقية حقوق

شركة المشروع والتزاماتها التي يمكن، علاوة على معالجتها في اتفاق المشروع، أن يفيد التطرق إليها في النصوص التشريعية نظرا لما قد يكون لها من تأثير في مصالح أطراف ثالثة.

باء – حقوق شركة المشروع

٣٠ – يقترح معالجة طبيعة حقوق شركة المشروع ومصالحها في المرفق وما يتصل به من ممتلكات، وهي مسألة يمكن إيجاد حلول مختلفة لها. ففي بعض البلدان، ينص القانون صراحة على أن الحق في جميع الأصول التي توفرها الحكومة المضيفة أصلا لبناء المرفق، وكذلك جميع المرافق والتحسينات التي تبنيها شركة المشروع، إنما تؤول الى الحكومة المضيفة طوال مدة الاتفاق. غير أن قوانين أخرى تمنح شركة المشروع نوعا أو آخر من أنواع حق الملكية وتنص تفصيلا على طبيعته ونطاقه. وقد يكون من المستصوب أن توضح التشريعات ذات الصلة طبيعة حقوق الملكية الآيلة الى شركة المشروع، وذلك جانب يتسم بأهمية خاصة حيث يسمح التشريع بإنشاء نوع ما من المصلحة الضمانية في تلك الأصول والممتلكات. كذلك حيث يقتضي التشريع نقل ملكية المرافق الى الحكومة المضيفة عند انتهاء فترة الامتياز، يمكن أن تنشأ أسئلة عمن يكون صاحب الحق فيما يدخل من تحسينات على الملك الذي تسلمته شركة المشروع في البداية.

٣١ – كذلك يقترح أن يعالج نفس الفرع مسألتين أخريين بالغتي الأهمية بالنسبة لرعاة المشروع ومقرضيه (ولكنها تهم أيضا الحكومة المضيفة والمنتفعين بالمرفق): ما إذا كان الامتياز الممنوح لشركة المشروع حقا قاصرا عليها، وما إذا كان سيرخص لمرافق منافسة بأن تمارس النشاط نفسه. وسيهم رعاة المشروع ومقرضيه أن يحصلوا على تأكيدات بأن المرفق سوف يدر من الإيرادات ما يكفي لتسديد ديون شركة المشروع واسترداد الاستثمارات وتحقيق قدر معقول من الأرباح. لذلك فإن القوانين الوطنية كثيرا ما تأذن للحكومة المضيفة بأن تمنح شركة المشروع حقا قاصرا في ممارسة النشاط موضوع الامتياز. وفي بعض الحالات تتعهد الحكومة المضيفة بأن لا تقدم أموالا عامة لمشاريع مماثلة يمكن أن تنافس شركة المشروع. غير أن قصر الامتياز على هذا النحو أمر لا يكفله القانون دائما. ففي بعض الحالات قد تحتفظ الحكومة المضيفة بحق منح امتيازات متعددة في نفس المجال شريطة أن يذكر ذلك تحديدا في التماس العطاءات. وفي حالات أخرى يرخص للحكومة المضيفة بمنح امتيازات في إطار نظام يعرف باسم "قصر الامتيازات الخاضع للتنظيم" (regulated exclusivity)، حيث تتولى هيئة تنظيمية رصد تشغيل شركة المشروع للمرفق بغية التحقق من أنه يفي بمصالح الجمهور، وذلك جانب سوف يناقش بمزيد من التفصيل في الفصل التاسع "مرحلة التشغيل".

جيم – الالتزامات العامة لشركة المشروع

٣٢ – في بعض القوانين الوطنية، يُنَص على التزامات شركة المشروع فيما يتعلق ببناء المرفق وتشغيله بإشارة عامة الى التزام شركة المشروع بتمويل المرفق وبنائه وتشغيله وصيانته، في حين تورد قوانين وطنية أخرى قوائم أطول بالتزامات يذكر منها الالتزام بتوفير خدمات ملائمة أو بمراعاة القواعد واللوائح المتعلقة أو ضمان مراعاتها. وتقتضي بعض القوانين، ولا سيما تحسباً لنقل ملكية المرفق في النهاية الى الحكومة المضيفة، تضمين اتفاق المشروع أحكاما بشأن نقل التكنولوجيا والنص فيه على الكيفية التي يزوّد بها الموظفون الذين تعينهم الحكومة المضيفة بالتدريب التقني الملائم.

٣٣ – وفي بعض الأحيان، تستكمل التزامات شركة المشروع بالنص على شكل من أشكال ضمان الأداء أو على التأمين ضد عواقب الإعسار. وقد يطالب القانون عموما بتوفير شركة المشروع ضمانات أداء كافية ويحيل الأمر الى اتفاق المشروع ليتناوله بمزيد من التفصيل. ومن جهة أخرى، تتضمن بعض القوانين أحكاما أكثر تفصيلا فتطالب مثلا بضمانات أداء تصل الى نسبة معينة من المبلغ الأساسي للاستثمار تقدمها شركة المشروع وقت بدء المشروع. وربما يتعين تقديم ضمانات أداء تختلف تبعا لما إذا كانت لمرحلة البناء أو لمرحلة التشغيل. وقد ترغب الحكومة المضيفة أيضا في طلب ضمان لشركة أخرى مشتركة في تنفيذ المشروع أو قد تطلب تقديم شواهد كافية على أن رعاة المشروع قد جمعوا مالا أو حصلوا على تمويل يكفي لتنفيذ المشروع. وثمة جانب تنبغي مراعاته وهو أنه – تبعا لشروط ضمان الأداء – قد يكون هناك من الضامنين الجادين من لا يستطيعون إصدار ضمان يشمل كامل فترة المشروع. ويقترح أن يدرس الدليل المتضمنات الممكنة لإقرار أنواع محددة من الضمان في التشريع بدلا من ترك هذا الأمر ليتناوله اتفاق المشروع.

٣٤ - وتتعلق مسألة أخرى تقترح معالجتها في نفس الفرع بالأحكام التشريعية التي تتناول الضرر الذي يلحق بأطراف ثالثة أثناء تنفيذ المشروع أو تشغيل المرفق. وعادة ما تكون شركة المشروع مسؤولة عن الأضرار التي تلحق بالحكومة المضيفة أو بالمنتفعين بالمرفق أو بأطراف ثالثة من جراء إهمال من جانب شركة المشروع. وفي بعض الحالات يتسع نطاق هذه المسؤولية ليشمل المسؤولية عن الإضرار بالبيئة. ويهدف التحقق من أن شركة المشروع ستتحمل مسؤوليتها، تطالب بعض القوانين شركة المشروع باشتراء وتعهد تأمين كاف، بما في ذلك تأمين تعويض العمال، في حين أن قوانين أخرى تقر خيار التأمين الذاتي ضد أشكال محددة من المسؤولية - شريطة موافقة الحكومة المضيفة - في حالة عدم توافر تأمين بتكلفة معقولة في أسواق التأمين الوطنية أو الدولية.

دال - الامتياز الفرعي، والحوالة، والضمانات

٣٥ - يقترح أن يناقش فرعٌ مسائل الامتياز الفرعي، وحوالة حقوق شركة المشروع، والمصالح الضمانية المقررة لصالح دائني شركة المشروع.

٣٦ - في الحالات التي تخول فيها شركة المشروع حق توفير خدمات إضافية، أو حيث يتضمن الامتياز أنشطة متعددة يمكن تنفيذها كل على حدة، قد ترغب شركة المشروع في استخدام كيان آخر تعهد إليه بتنفيذ بعض هذه الأنشطة. وتقضي بعض القوانين بأن يمنع اتفاق المشروع منح امتياز فرعي أو اتخاذ أي ترتيب آخر لهذه الغاية كلها أو بعضها، بدون الحصول على موافقة مسبقة من الحكومة المضيفة. ويمكن مشاهدة نهج مختلف عن ذلك في قوانين تطالب هي الأخرى بموافقة مسبقة من الحكومة المضيفة وترخص بمنح الامتيازات الفرعية شريطة أن يتبع في منح الامتياز الفرعي أسلوب تنافسي وأن تؤول الى صاحب الامتياز الفرعي جميع حقوق والتزامات صاحب الامتياز في حدود الامتياز الفرعي.

٣٧ - وقد يحدث أثناء حياة المشروع أن تشعر أطراف ثالثة بالرغبة في الحلول محل شركة المشروع. كما قد تنشأ مواقف يكون فيها من مصلحة الأطراف، في حالة فشل شركة المشروع أو عجزها عن أداء التزاماتها، أن تسمح باستمرار المشروع تحت مسؤولية شركة أو رابطة أخرى. وقد يتحقق ذلك بواسطة حوالة الامتياز الى طرف ثالث. ويحرِّم عدد قليل من القوانين أي حوالة للامتياز تحريما تاما، في حين أن قوانين أخرى ترخص بتلك الحوالة رهنا بموافقة الحكومة المضيفة التي قد يتعين الحصول عليها أيضا لنقل ملكية الحق في السيطرة على شركة المشروع. وقد يكون للمقرضين - الذين يتمثل حق الرجوع الرئيسي أو الوحيد العائد إليهم في الدخل الذي يدره المشروع - مصلحة في التحقق من أن الأشغال لن تهجر قبل إتمامها، ومن أن المرفق سوف يشغل على نحو مربح في حالة عجز شركة المشروع عن تحقيق ذلك. وفي بعض الحالات يعترف القانون بهذه المصلحة وينص على أن المقرضين يحق لهم في ظل ظروف معينة، خيار تعيين شركة مشروع جديدة لتحل محل شركة المشروع الأصلية، وذلك رهنا بموافقة الحكومة المضيفة.

٣٨ - ومن العوامل الجوهرية بالنسبة للحصول على تمويل للمشروع، قدرة شركة المشروع على عرض مصالح ضمانية مقبولة على المقرضين، مثل الرهون العقارية أو حوالة المستحقات التي يدرها المشروع. وتعترف بعض القوانين صراحة بهذه المصلحة بالسماح لشركة المشروع بإنشاء مصلحة ضمانية على الامتياز، أو على الحقوق الناشئة عن الامتياز، أو على الممتلكات الداخلة فيه، وذلك بموافقة الحكومة المضيفة. وترخص بعض القوانين تحديداً بإنشاء رهون عقارية أو مصالح ضمانية أخرى على ممتلكات المشروع شريطة أن يستمر استخدام تلك الممتلكات لأغراض الامتياز. ومن جهة أخرى، تمنع بعض القوانين منعا باتا إنشاء أي أعباء على الامتياز أو على الحقوق المتعلقة به، أو تنص على تضمين اتفاق الامتياز هذا المنع. ويقترح أن تناقش المتضمنات الممكنة لتلك النهوج.

سابعا – الدعم الحكومي

ألف – الدعم المالي
١ – الضمانات الحكومية
٢ – تأمينات القروض والدخل
باء – الحوافز والتيسيرات والفوائد
١ – فرض الضرائب ورسوم الجمارك
٢ – مصادر الدخل الإضافية
٣ – التأمينات والتيسيرات الأخرى

ملاحظات

ألف – الدعم المالي

٣٩ – يتعلق الموضوع المقترح للفرع الافتتاحي من الفصل السابع بما قد تتخذه الحكومة المضيفة من تدابير مالية لغرض الحد من المخاطر التجارية والمالية والسياسية وغيرها التي تواجهها شركة المشروع والمقرضون. وكثيراً ما يتمثل أحد دوافع الحكومة المضيفة الى اتباع نهج مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص في تقليل ارتباطها بأموال عامة، الأمر الذي تشهد به القوانين التي تنص على أن صاحب الامتياز هو وحده المسؤول عن السلامة المالية للمشروع بدون أن تقدم الحكومة المضيفة أي ضمانات. ومن جهة أخرى، هناك من القوانين ما يعمد، بهدف تشجيع الاستثمار الخاص، الى الترخيص للحكومة المضيفة بتشاطر مخاطر المشروع، وذلك بالنظر في شكل من أشكال الدعم المالي من جانب الحكومة المضيفة بتقديم ضمانات أو قروض لا يمكن للمشروع أن يتحقق بدونها. ويقترح النظر في استصواب السماح للحكومة المضيفة بقدر من المرونة في تقدير مستوى الدعم الذي يجوز لها تقديمه لتنفيذ المشروع. ويقترح لهذه الغاية دراسة أنواع الدعم التي تتطرق إليها التشريعات الوطنية أحيانا، والتي قد تقتضي في بعض البلدان استصدار ترخيص قانوني خاص.

٤٠ – ومما قد تشمله الضمانات التي تتناولها القوانين الوطنية ما يلي: ضمانات العملات الأجنبية، كضمان أن الدخل الذي يدره المرفق يمكن تحويله الى عملات أجنبية لأغراض تسديد رؤوس أموال القروض وفوائدها، أو دفع المصروفات التي تتطلب عملة أجنبية، أو إعطاء المستثمرين الأجانب نصيبهم في الأرباح؛ وضمانات دفع ثمن السلع والخدمات التي تقدمها شركة المشروع عندما تقدَّم تلك السلع والخدمات الى الحكومة المضيفة أو الى كيان عام؛ وضمانات القروض فيما يتعلق بتسديد القروض التي منحت لشركة المشروع. وبالنظر الى أن قدرة شركة المشروع على تسديد القروض تنبني أساسا على الدخل الذي يدره المشروع، فإن ضمانا حكوميا بتسديد القروض قد يطمئن المقرضين وشركة المشروع على أنهم لن يتعرضوا لمخاطر غير معقولة في حالة الإنهاء المبكر للاتفاق أو حدوث أي تغيّر غير متوقع في الظروف أو نشوء أوضاع طارئة خارجة عن إرادة شركة المشروع تجعل شركة المشروع عاجزة مؤقتا عن تشغيل المشروع أو عن الوفاء بالتزاماتها المالية. ومن الممكن أن تدعَّم بعض أشكال الضمانات التي تقدمها الحكومة المضيفة بضمانات تصدرها مؤسسات مالية دولية مثل البنك الدولي. وقد يعطي بعض هذه المؤسسات ضمانات أو يقدم تغطية تأمينية ضد عدد من المخاطر مباشرة لصالح القطاع الخاص.

٤١ – وفي بعض الحالات، تقدم الحكومة المضيفة ذاتها – فضلا عن الضمانات وبطريق مباشر أو من خلال هيئة حكومية – قروضا معينة الى شركة المشروع لأغراض محددة، كأن يكون للتعويض عن خسارة أو ضرر تسببت فيه الحكومة المضيفة أو على أثر أحداث قوة قاهرة، أو لتمويل تعديلات تُجرى على اتفاق المشروع. وقد تقتضي مثل هذه القروض من شركة المشروع تقديم بعض الضمانات، كرهن لعقار قدم لشركة المشروع من أجل إنشاء المشروع. وتقديم هذه القروض، شأنه شأن ضمانات القروض، قد يكون وسيلة تستخدمها الحكومة لتشاطر مخاطر المشروع دون ارتباط مباشر من جانبها بأموال عامة. وقد يتسم تشاطر المخاطر على هذا النحو، من وجهة نظر المقرضين ورعاة المشروع، بالأهمية من حيث إسهامه في الإقلال أو الحد من تعرضهم للخسارة الناجمة عن تصرفات تأتيها الحكومة من جانب واحد، أو عن أحداث أخرى خارجة عن إرادة شركة المشروع.

٤٢ - وقد يتمثل نوع آخر من أنواع الدعم المالي في تأمين تكفله الحكومة المضيفة بمستوى أدنى من الدخل لشركة المشروع. وعندما تكون الحكومة أو كيان حكومي العميل الوحيد للخدمات أو السلع التي يوفرها صاحب الامتياز، ينص القانون أحيانا على إلزام الحكومة أو الكيان الحكومي بشراء تلك السلع أو الخدمات بسعر متفق عليه، حسبما يعرضه صاحب الامتياز. وفيما يتعلق بالخدمات التي توفر مباشرة للجمهور، تتعهد الحكومة أحيانا بإعانة شركة المشروع في حالة ما إذا هبطت الأسعار المقررة رسميا دون المستوى الذي ينص عليه اتفاق المشروع. وفي حالات أخرى، تدفع الحكومة المضيفة لشركة المشروع مباشرة مبلغا موحداً أو متغيراً على أساس عدد مقدر من المنتفعين بالمرفق لقاء أجر أو ثمن، وهو عدد يقدّر أثناء عملية اختيار رعاة المشروع.

باء - الحوافز والتيسيرات والفوائد

٤٣ - يقترح أن يتناول فرع مستقل سائر أشكال الدعم التي كثيرا ما تقدم الى مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص. فقد تقدم الحكومة المضيفة الى شركة المشروع شكلا من أشكال الإعفاء أو التخفيف الضريبي أو الجمركي (من ذلك مثلا تيسير استيراد معدات تستخدمها شركة المشروع، بإعفائها من الرسوم الجمركية)، أو قد تنشئ معاملة ضريبية تفضيلية. ويرخص القانون أحيانا للحكومة المضيفة إما بمنح إعفاء من الرسوم الجمركية أو بضمان عدم بلوغ تلك الرسوم مستوى يلحق الضرر بالمشروع.

٤٤ - وقد يتمثل أحد أشكال الحد من المخاطر التجارية التي قد تتعرض لها شركة المشروع في توفير إمكانية منح امتيازات إضافية لقاء تقديم خدمات إضافية أو استغلال أنشطة أخرى. فعندما تتيح الحكومة المضيفة لشركة المشروع مصادر دخل بديلة، قد تمكّن شركة المشروع من انتهاج سياسة لخفض أسعار الخدمات الرئيسية أو التحكم فيها. وهكذا فإن بعض القوانين ترخص للحكومة المضيفة بأن تنص في التماس العطاءات على أن صاحب الامتياز ستتاح له إمكانية الانتفاع بمصادر دخل أخرى من مشاريع بديلة أو تكميلية أو إضافية، مع قصر أو عدم قصر هذا الامتياز عليه، وذلك قصد خفض أسعار السلع أو الخدمات. وينص القانون أحيانا على أن الحكومة المضيفة لها أن تمنح شركة المشروع حق استخدام ممتلكات تخص الحكومة المضيفة لغرض تنفيذ تلك الأنشطة (مثلا: أرض متاخمة لطريق سريع من أجل إنشاء مناطق خدمة).

٤٥ - وبوسع الحكومة المضيفة أن تمنح شركة المشروع تأمينات وتيسيرات أخرى يذكر منها توفير مختلف أشكال التغطية التأمينية لشركة المشروع أو لموظفيها، أو تأمين تزويد شركة المشروع بما تحتاج إليه من مواد ومعدات وسلع ومرافق لتشغيل المرفق الأساسي، أو تأمين تيسير حصولها على ذلك.

ثامنا - مرحلة البناء

ألف - مقاولو شركة المشروع
١ - إجراءات إرساء المشروع
٢ - النظام التعاقدي
باء - تطوير المشروع
١ - رصد تطوير المشروع
٢ - القبول والموافقة النهائية

ملاحظات

ألف - مقاولو شركة المشروع

٤٦ - بالنظر الى تعقد مشاريع الهياكل الأساسية، يرجح أن توكل شركة المشروع مقاولا أو أكثر لتنفيذ الأشغال بموجب اتفاق المشروع. ويقترح أن يتناول فرعٌ من الفصل الثامن إجراءات اختيار هؤلاء المقاولين والقوانين التي تنظم عقودهم مع شركة المشروع.

٤٧ - وقد استخدم نهجان أساسيان لمعالجة مسألة اختيار مقاولي شركة المشروع. فبعض القوانين تطالب شركة المشروع بأن تحدد في عطاءاتها أو اقتراحاتها هوية المقاولين الذين سيعهد إليهم بالتنفيذ، بما في ذلك معلومات عن قدراتهم التقنية ومركزهم المالي؛ وثمة قوانين أخرى لا تطالب رعاة المشروع المحتملين إلا ببيان النسبة المئوية، إن وجدت، لإجمالي قيمة العمل المزمع إسناده الى أطراف ثالثة. كما توجد قوانين تطالب شركة المشروع بأن تراعي أساساً في اختيار مقاوليها نفس الإجراءات التي اتبعت في اختيار شركة المشروع ذاتها، وهو إلزام قد ينسحب بالمثل على من يستعين بهم المقاولون من مقاولين من الباطن.

٤٨ - وكثيرا ما تضم مجموعة رعاة المشروع شركات هندسية وشركات بناء تشارك في عملية الاختيار على أمل أن تعطى العقود الرئيسية لتنفيذ أشغال البناء وغيرها من الأشغال. وقد لا يكون لدى تلك الشركات استعداد للانضمام الى سائر رعاة المشروع إن هي لم تؤمّن لها تلك العقود. وقد يكمن أحد الحلول في تطبيق قاعدة شبيهة بقواعد بعض المؤسسات المالية الدولية التي تنص على أنه حيث تكون شركة المشروع قد اختيرت بموجب أسلوب تنافسي مقبول لتلك المؤسسات المالية تكون لشركة المشروع حرية اتباع الإجراءات الخاصة بها في اشتراء السلع والأشغال والخدمات المطلوبة للمرفق. ومن جهة أخرى فحيث لا تكون شركة المشروع ذاتها قد اختيرت وفقاً لأسلوب تنافسي تقبله تلك المؤسسات المالية، يتعين اشتراء السلع والأشغال والخدمات المطلوبة للمرفق باتباع أسلوب تنافسي.

٤٩ - ومن الشائع أن تختار شركة المشروع ومقاولوها القانون الذي يألفونه والذي ينظم في نظرهم المسائل التي تتناولها عقودهم. وفي العادة، لا يميل رعاة المشروع المحتملون الى إخضاع عقودهم لنظام قانوني لا يعرفونه ومن ثم قد يمانعون في المشاركة في المشروع إذا كان البلد المضيف يُخضع جميع عقودهم للقانون الوطني أو يقتضي موافقة الحكومة المضيفة على تطبيق قانون أجنبي. غير أنه في معظم الحالات لا تجد الحكومة المضيفة سببا قاهرا لوضع أحكام بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود بين شركة المشروع وبين مقاوليها بل تفضل ترك الأمر لشرط اختيار القانون أو للقواعد المتعلقة بتنازع القوانين. وفي بعض الحالات تدرج أحكام يتثمل هدفها في أن توضح، حسب الاقتضاء، أن العقود المبرمة بين شركة المشروع وبين مقاوليها لا تخضع إلا للقانون الخاص، وأن المقاولين ليسوا موظفين لدى الحكومة المضيفة وبالتالي فإن الحكومة المضيفة لا تتحمل أي مسؤولية عن أفعال المقاولين ولا أي التزام بأن تدفع لموظفي أولئك المقاولين تعويضا عن مرض أو إصابة أو وفاة تتصل بالعمل.

باء - تطوير المشروع

٥٠ - يقترح أن تناقش في الفرع باء من الفصل الثامن المسائل القانونية المتعلقة بتطوير المشروع، بما في ذلك إجراءات رصد التقدم في أشغال البناء وإجراءات القبول النهائي للمرفق الأساسي.

٥١ - كثيراً ما تضم القوانين الوطنية أحكاما تتعلق بتطوير المشروع وإجراءات التحقق من امتثال شركة المشروع للتصميم الهندسي والمواصفات التقنية. وقد يخضع المشروع الأولي للبناء لمراجعة تجريها الحكومة المضيفة من أجل التحقق من مطابقته للمواصفات وللشروط التقنية لتطوير المشروع. وبغية تجنب التأخر في بدء عملية البناء قد يقر القانون مواعيد قصوى للموافقة على مشروع البناء من جانب الحكومة المضيفة وينص على اعتبار أن الموافقة قد أعطيت إذا لم تثر الحكومة المضيفة أي اعتراضات في غضون فترة معينة. وأحيانا، ينص القانون صراحة، في حالة ما إذا رأت الحكومة المضيفة أن مشروع البناء يحيد عن المواصفات، على أن يكون للحكومة المضيفة حق طلب إجراء تعديلات على المشروع، وعلى أن الحكومة المضيفة لن تكون مسؤولة عن التأخير الناجم عن ضرورة إدخال تلك التعديلات. وفي بعض الحالات قد يعمد القانون، بالإضافة الى تحديده موعداً أقصى لمراجعة مشروع البناء من جانب الحكومة المضيفة، الى وضع حدود للأسباب التي تستند إليها الحكومة المضيفة في إثارة الاعتراضات على المشروع، والى إقرار قواعد لحل الخلافات.

٥٢ - وفي أحيان كثيرة ينص القانون على أنه بعد أن توافق الحكومة المضيفة على مشروع البناء، تواصل رصدها له طوال مرحلة البناء. وقد يعرض القانون لموضوع تنفيذ المشروع على عدة مراحل وفقا لجدول زمني يدرج في اتفاق المشروع ويقتضي موافقة الحكومة على إتمام كل مرحلة. وبهدف تيسير الاتصال بين الحكومة المضيفة وبين شركة المشروع، يقضي القانون

أحيانا بأن تعين الحكومة المضيفة مسؤولا يمارس جميع مهام الرصد التي ينص عليها القانون أو بأن تبين أي الأجهزة الحكومية ستتولى أمر هذه المهام. وقد وجد في بعض المشاريع أن من المفيد مطالبة شركة المشروع بتعيين مدير مستقل للمشروع تنتقل عبره جميع الاتصالات مع الكيان الحكومي المعني.

٥٣ - وينص القانون أحيانا على أنه، عندما يتبين أن الأشغال التي نفذتها شركة المشروع غير مرضية أو غير متسقة مع المواصفات، يمكن فرض عقوبات أو تعويضات مقطوعة على شركة المشروع وفقا لما ينص عليه اتفاق المشروع. ويقترح مناقشة هذا الأمر في الفصل العاشر "مسائل الأداء".

٥٤ - وينص بعض القوانين على أنه بعد أن يتم البناء تجري الحكومة المضيفة عملية تفتيش وتصدر موافقتها على الأشغال كشرط للترخيص لشركة المشروع بتشغيل المرفق. وقد يرخص القانون أيضا بتشغيل المرفق بصفة مؤقتة ريثما يتم القبول النهائي من جانب الحكومة المضيفة. ويتضمن التفتيش النهائي للمرفق أحيانا إجراء عمليات اختبار، حسب الاقتضاء، لأي معدات ركّبتها شركة المشروع من أجل التحقق من أنها في حالة تشغيل سليمة وإعطاء شركة المشروع فرصة تدارك ما قد يكتشف من عيوب عند هذه النقطة. وفيما يتعلق بالمرافق التي يعتزم انتفاع الجمهور بها، قد تتسم تلك الإجراءات بأهمية بالغة بالنسبة للحكومة المضيفة، ولا سيما في تلك البلدان التي تضطلع فيها الدولة بمسؤولية متبقية مباشرة أمام الجمهور عما قد يحدث من أضرار أو إصابات من جراء عيوب في بناء المرفق. أما فيما يتعلق بالمرافق الأخرى المغلقة أمام الجمهور ولا يجوز ارتيادها عادة إلا لشركة المشروع وموظفيها، فقد تكون مصلحة الجمهور فيها أقل وضوحا وقد ترى الحكومة المضيفة الاكتفاء بمطالبة شركة المشروع بإجراء تلك الاختبارات مع ممارسة الحكومة المضيفة حقوق الرصد العامة العائدة إليها.

تاسعا - مرحلة التشغيل

ألف - اعتبارات تنظيمية عامة
باء - شروط التشغيل
١ - نطاق الخدمات ونوعيتها
٢ - الأسعار وزيادة الأسعار
٣ - العلاقات مع المنتفعين
جيم - عمليات التفتيش والرصد
١ - تدابير التفتيش العامة
٢ - سلطات الرصد الخاصة

ملاحظات

ألف - اعتبارات تنظيمية عامة

٥٥ - يقترح أن يتناول الفرع الافتتاحي من الفصل التاسع مسائل تنظيمية عامة تتعلق بتشغيل شركة المشروع للمرفق الأساسي. وعندما تسعى الحكومات الى الحصول على مشاركة القطاع الخاص في الهياكل الأساسية، فهي تتوقع عادة تحقيق مكاسب تتعلق بالكفاءة وبلوغ مستويات خدمة رفيعة قد لا توفرها أحيانا احتكارات الدولة ذاتية التنظيم. وحيث تكون قد منحت امتيازات متعددة في نفس القطاع، قد تتوقع الحكومة المضيفة أن التنافس فيما بين أصحاب الامتيازات سيكون له قدر من التأثير التنظيمي كما سيفضي الى تحقيق أهداف تتعلق بالكفاءة والنوعية. ومن جهة أخرى قد تجد الحكومات أنها لا تستطيع دائما أن تعول على السوق في حل المسائل المتصلة بتشغيل المرفق الأساسي على نحو يلبي مصالح الجمهور بحيث يظل من الضروري إحداث شكل ما من أشكال التنظيم الخارجي. بل قد تشتد الحاجة الى ذلك التنظيم الخارجي في حالة الامتيازات القاصرة حيث يحل الاحتكار الطبيعي محل احتكار الدولة.

٥٦ - وفي بعض الحالات، قد تحاول الحكومة المضيفة معالجة جميع المسائل التنظيمية (نوعية الخدمات ومستوى الأسعار على سبيل المثال) في اتفاق المشروع أو بالاستناد الى التشريع المناسب، وهو نهج قد لا يكون دائما ملائما للطابع طويل الأجل الذي تتسم به مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص. وفي حالات أخرى، قد تمنح شركة المشروع قدراً كبيراً من الحرية في إقرار سياساتها التجارية والتسعيرية الخاصة، وهو حل قد لا تكون جميع الحكومات على استعداد للأخذ به. وأحيانا تعمد الحكومات الراغبة في الاحتفاظ لنفسها بإمكانية تنظيم تشغيل المرفق الأساسي، الى إسناد تلك السلطة الى نفس الهيئة التي منحت الامتيازات. غير أن حكومات أخرى قد تفضل إنشاء هيئة أخرى لهذا الغرض بالذات ومنحها قدراً من الحرية في ممارسة مهامها. وأيا كانت الآلية التي تأخذ بها الحكومات، فقد تجد من المفيد توفير مستوى معين من التوجيه التشريعي لممارسة تلك المهام التنظيمية.

باء - شروط التشغيل

٥٧ - يقترح، بعد النظر في الاعتبارات التنظيمية العامة المبينة أعلاه، تخصيص فرع لمعالجة المسائل الأساسية الثلاث المتعلقة بشروط تشغيل المرفق الأساسي: نطاق ونوعية الخدمات التي تقدمها شركة المشروع، وإقرار وتسوية الأسعار التي تتقاضاها شركة المشروع، وعلاقات شركة المشروع مع مشتري سلعها أو خدماتها أو المنتفعين بالمرفق.

٥٨ - وقد يورد القانون أحيانا في عبارات عامة نطاق الخدمات التي ينتظر من شركة المشروع أن تقدمها، ويصدق ذلك بنوع خاص على القوانين التي تنظم قطاعا معينا أو خدمات معينة. وفي بعض الأحيان، قد يكون نطاق الخدمات والطريقة التي ينبغي تقديمها بها موضوع قواعد تصدرها هيئة تنظيمية مختصة أو قواعد تصدرها شركة المشروع بموافقة تلك الهيئة. وتنص بعض القوانين، بالإضافة الى القواعد العامة بشأن نطاق الخدمات، على معايير لتقييم نوعية الخدمات التي تقدمها شركة المشروع وعلى تعريف عام لمستويات النوعية الواجبة التطبيق. ويتمثل نهج آخر في ترك الأمر لاتفاق المشروع.

٥٩ - وعلى الرغم من التسليم بأن شروط الامتياز إنما تتوقف على ما يتفق عليه الأطراف، تمنح الحكومة المضيفة في بعض النظم القانونية حق تغيير نطاق وخصائص الخدمات التي تقدمها شركة المشروع لأسباب تتعلق بالصالح العام، رهنا بتقديم تعويض عن الخسائر المالية أو التكاليف الإضافية التي تتكبدها شركة المشروع من جراء التغييرات التي تجريها الحكومة المضيفة من طرف واحد.

٦٠ - وفيما يتعلق بالأسعار التي تتقاضاها شركة المشروع، شوهد نهجان أساسيان هما: في بعض الأحيان، تترك لشركة المشروع حرية إقرار سياستها التسعيرية والتجارية، في حين يُخضع القانون في حالات أخرى الأسعار التي تتقاضاها شركة المشروع في البداية لآلية للمراقبة (قد تكون مثلا موافقة الهيئة التنظيمية المختصة أو اشتراط النص على الأسعار في اتفاق المشروع). وقد تطالب الهيئة التنظيمية المختصة بالموافقة على معايير وبارامترات تطبق لتحديد مستويات سعرية معقولة تتيح لشركة المشروع استرداد استثماراتها وتحقيق معدل عائد معقول. وفي بعض الحالات، قد ينص القانون نفسه على أسلوب لتحديد الأسعار التي تتقاضاها شركة المشروع.

٦١ - وبالإضافة الى إيراد نصوص بشأن تحديد الأسعار الأولية، قد تنص القوانين الوطنية على قواعد لتنظيم تسوية هذه الأسعار أثناء مدة الاتفاق. وكثيراً ما يكون مستوى الأسعار المقترح عاملاً هاماً، إن لم يكن حاسماً، في اختيار رعاة المشروع. لذلك قد يكون من صالح الحكومة المضيفة أن تقر حدوداً معقولة لإحداث زيادات في الأسعار لكي تثني رعاة المشروع المحتملين عن تقديم اقتراحات بأسعار مفرطة الانخفاض على أمل أنها ستستطيع رفعها في مرحلة لاحقة. وأحيانا يورد القانون معايير وبارامترات لتسوية الأسعار على غرار ما تفعله مؤشرات الأسعار الرسمية. وعلاوة على ما يطرأ من تغيرات على مؤشرات الأسعار الرسمية، تنص بعض القوانين على أن ترخص الهيئة التنظيمية المختصة بتسوية الأسعار عندما ترتفع تكاليف شركة المشروع نتيجة لإجراء تتخذه الحكومة، بما في ذلك التغييرات التي تطرأ على الضرائب بعد إبرام اتفاق المشروع. ولأغراض استحداث آليات مناسبة لتسوية الأسعار، من المستصوب أن تضع الحكومة المضيفة نصب عينيها توقعات سائر الأطراف المعنية. فعلى سبيل المثال، قد يحتاج المقرضون، من أجل تقدير دخل المشروع، الى صيغة معدّة سلفا لتسوية الأسعار. وقد يرغب المقرضون، بناء على ذلك، في أن يرد ذكر تلك الصيغة في اتفاق المشروع أو في وثيقة أخرى عامة التطبيق، بدلا من أن يكونوا خاضعين للسلطة التقديرية لهيئة تنظيمية وحسب. وعلى ذلك فعندما تخول هيئة تنظيمية

سلطة الموافقة على بارامترات أو شروط زيادة الأسعار، قد يشعر المقرضون بشيء من الارتياح عندما يرون أن المبادئ التوجيهية لممارسة تلك السلطة منصوص عليها في القانون. وثمة مسألة متصلة بذلك هي المدى الذي يمكن أن يذهب إليه القانون، مراعاةً لصالح المشروع، في إعفاء شركة المشروع من تشريعات محددة تتعلق بمراقبة الأسعار والتعريفات أو تنص على معاملة خاصة لصالح فئات معينة من المنتفعين.

٦٢ - وحيث تقدم شركة المشروع خدمة معينة الى الجمهور مباشرة، يضم القانون أحياناً أحكاماً تنظم العلاقات بينهما أو توضح حقوق والتزامات المنتفعين بتلك الخدمة. وكثيراً ما تطالَب شركة المشروع بتقديم الخدمة الى جميع فئات الجمهور دون تمييز ضد أي منها باستثناء الفروق المبنية على اعتبارات موضوعية مثل الخصائص التقنية والتكاليف المحددة الناشئة عن تقديم الخدمة لفئات مختلفة من المنتفعين. وفي بعض الحالات، قد تطالَب شركة المشروع بإبرام عقود مع المنتفعين بالخدمة أو عملاء السلع التي تورّدها شركة المشروع (كالغاز أو الماء أو الكهرباء مثلاً). وتبعاً لطبيعة السلع أو الخدمات، قد يقر القانون سلسلة من الترتيبات القانونية التي ينظم كلاً منها عقد مختلف يبرم مثلا بين منتج الطاقة وناقلها، أو بين ناقل الطاقة وموزعها، أو بين موزع الطاقة ومستهلكها.

٦٣ - وفي بعض الحالات، تطالَب شركة المشروع بإقرار إجراءات للنظر في الشكاوى والمطالبات التي يقدمها المنتفعون بالخدمة. وفي حالات أخرى، يعهد القانون الى الهيئة التنظيمية المختصة أو الى جهاز حكومي آخر بمسؤولية حماية مصالح المنتفعين بالخدمة وضمان حقهم في إرسال شكاوى الى ذلك الجهاز.

جيم - عمليات التفتيش والرصد

٦٤ - بالنظر الى أهمية مشاريع الهياكل الأساسية بالنسبة للحكومة المضيفة والى تعرض هذه الحكومة للمساءلة في نهاية المطاف عن نوعية الخدمات المقدمة الى الجمهور، يرجح أن تحتفظ الحكومة المضيفة بحق رصد تشغيل المرفق. وتتراوح النهوج التشريعية الممكنة بين قوانين تقضي بتعيين موظفين يضطلعون بعمليات التفتيش وتحدد السلطات المخولة لهم وتنص بالتفصيل على إجراءات هذا التفتيش، وقوانين تكتفي بالإشارة الى سلطات إجراء ذلك التفتيش والرصد في عبارات عامة وتقضي بأن ينص اتفاق المشروع على ما يتخذ من إجراءات. وعلاوة على ذلك، يمكن أن تطالَب شركة المشروع بأن تقدم الى الهيئة التنظيمية المختصة تقارير منتظمة عن تشغيل المرفق أو بأن تقدم تقارير خاصة بناء على طلبها. وقد تشمل عواقب إخلال شركة المشروع بالتزاماتها التعاقدية أو القانونية فرض غرامات أو عقوبات مالية أخرى وفقا لما ينص عليه القانون. وتلك مسألة تقترح مناقشتها في الفصل العاشر، "مسائل الأداء". غير أنه يمكن القول عموما بأن ممارسة الحكومة المضيفة لمهام الرصد هذه لا تعفي شركة المشروع من المساءلة عما يلحق بالحكومة المضيفة أو بالمنتفعين أو بأطراف ثالثة من أضرار من جراء إخلال الشركة بالتزاماتها.

٦٥ - ومن المستصوب عموماً أن تنفذ تدابير التفتيش والمراقبة على نحو لا يتسبب إلا في أدنى حد ممكن من تعطيل تشغيل المرفق وأن يتفادى التدخل غير المعقول في ذلك التشغيل. وفيما يتعلق بتكاليف التفتيش وما يتصل به من تدابير، تنص بعض القوانين على أن شركة المشروع يمكن أن تطالَب بتحمل تلك التكاليف كما تحددها الحكومة المضيفة في حين أن قوانين أخرى تحيل هذا الأمر الى اتفاق المشروع.

٦٦ - وبالإضافة الى سلطات التفتيش العامة، ترخص بعض القوانين الوطنية للحكومة المضيفة، لدواعي المصلحة العامة، بأن تمارس السيطرة على المرفق وبأن تديره بصفة مؤقتة. وفي بعض البلدان ينص القانون على السلطات التي تخول للموظف المكلف بتلك الإدارة المؤقتة، وبوجه عام لا تتضمن تلك السلطات سلطة التصرف في أصول الشركة أو المطالبة بإنهاء الامتياز. وبغية طمأنة رعاة المشروع والمقرضين المحتملين على أن هذه السلطات لن تمارس على نحو تعسفي أو غير معقول، قد ينص القانون صراحة على الظروف الاستثنائية التي قد تبرر الترخيص للحكومة المضيفة بتعيين مدير مؤقت (انظر أيضا الفقرة ٣٧ أعلاه).

عاشرا - مسائل الأداء

ألف - حالات تأخر الأداء وعيوب الأداء وغير ذلك من تقصير في الأداء
١ - تعريف التقصير في الأداء
٢ - التقصير أثناء مرحلة البناء وأثناء مرحلة التشغيل
باء - الأحكام المتعلقة بالإعفاء
١ - تعريف الأحداث الداعية الى الإعفاء
٢ - العواقب بالنسبة للأطراف
جيم - تغير الظروف
١ - تصرفات الحكومة
٢ - الأحكام المتعلقة بالظروف الطارئة

ملاحظات

ألف - حالات تأخر الأداء وعيوب الأداء وغير ذلك من تقصير في الأداء

٦٧ - يقترح أن يتناول فرع تقصير شركة المشروع في الأداء على نحو أو آخر، وهي مسألة تأخذ القوانين الوطنية بنهوج مختلفة إزاءها. ففي بعض البلدان، لا تتضمن التشريعات أحكاما محددة بهذا الشأن بل يُترك الأمر لاتفاق المشروع. غير أن هناك من القوانين ما يتضمن أحكاما عامة الصياغة تعرِّف إخلال شركة المشروع بالعقد وتنص على سبل إنصاف، مما يوفر إطارا عاما لأحكام أكثر تفصيلا ترد في اتفاق المشروع أو في لوائح محددة. وقد يكون من المستصوب، عند صياغة أحكام بشأن هذه المسألة، أن يُميِّز، كما تفعل بعض القوانين، بين حالات التقصير التي تحدث أثناء مرحلة بناء المرفق، وحالات التقصير التي تحدث أثناء تشغيل شركة المشروع للمرفق.

٦٨ - ومن الممكن أن تطالَب شركة المشروع بأن تتخذ قبل تنفيذ المشروع عدداً من التدبير (مثل التحقق من توافر الموارد المالية اللازمة؛ وإعداد الوثائق التقنية؛ وتوقيع اتفاق المشروع في غضون فترة معينة من إرساء الامتياز عليها؛ وإنشاء شركة المشروع. وفي تلك الحالات، قد يكون من المستصوب النص على أن تخطر الحكومة المضيفة - قبل إنهاء اتفاق المشروع - شركة المشروع بضرورة وفائها بشروط معلقة. وفيما يتعلق خاصة بإنهاء اتفاق المشروع نتيجة لتقصير شركة المشروع في الحصول على التراخيص اللازمة، قد يكون من المستصوب النص أيضا على أن اتفاق المشروع لن ينهى عندما لا يعزى التقصير الى خطأ شركة المشروع. ومن شأن حكم كهذا أن يطمئن المقرضين ورعاة المشروع على أنهم - مثلا - لن يتحملوا مغبة تقصير أو خطأ ترتكبه الحكومة المضيفة أو وكلاؤها.

٦٩ - وفي أثناء مرحلة البناء، قد يندرج التقصير في الأداء في واحدة من فئتين رئيسيتين: تأخر البناء، أو البناء المعيب. وقد تتضمن سبل الإنصاف المتوافرة في هذه المرحلة الدفع بموجب ضمانات توفرها شركة المشروع أو دفع تعويضات مقطوعة أو عقوبات مالية أو غرامات. وبوجه عام، قد يكفي أن يقتضي القانون تضمين اتفاق المشروع أحكاماً بهذا الشأن بدلا من إقرار مخطط لسبل الإنصاف الواجبة التطبيق على جميع أنواع المشاريع. وقد يكون من المستصوب في معظم المواقف معاملة إنهاء اتفاق المشروع وسحب الامتياز على أنهما آخر التدابير التي لا يلجأ إليها إلا في حالة التقصير البالغ الخطورة أو المتكرر أو عندما لا يكون من المتوقع في حدود المعقول أن يكون لدى شركة المشروع قدرة أو استعداد لاستكمال العمل أو تدارك العيوب. وفي بعض البلدان، تطبق إجراءات خاصة لإثبات تقصير شركة المشروع قبل اللجوء الى سبل الإنصاف التعاقدية. وسيكون من مصلحة الحكومة المضيفة والمقرضين على السواء كفالة استكمال بناء المرفق. لذلك، فثمة من الحالات ما قد ترغب الحكومة فيها، بدلا من إنهاء الاتفاق وتحمل مسؤولية وتكاليف استكمال المرفق، في إعطاء المقرضين فرصة تعيين شركة بديلة تقبلها الحكومة المضيفة، لاستكمال المرفق الأساسي غير المكتمل وإدخاله حيز التشغيل (انظر الفقرة ٣٧ أعلاه).

٧٠ - وقد يكون من المستصوب أيضا أثناء تشغيل المرفق أن يتيح القانون للأطراف فرصة إقرار ترتيب تدرُّجي لسبل الإنصاف المتاحة للحكومة المضيفة تبعا لخطورة وعواقب تقصير شركة المشروع، قد يشفع بأحكام تقرر إجراءات إثبات قصور الأداء واللجوء الى سبل الإنصاف المتاحة. وفي بعض النظم القانونية تخوّل الحكومات المضيفة الحق في أن تتولى مؤقتا أمر تشغيل المرفق، ويكون ذلك عادة في حالة تقصير خطير في الأداء من جانب شركة المشروع. وقد تنص بعض القوانين على أن أحداثا معينة تبرر سحب الامتياز. وهنا أيضا قد يكون من المستصوب قصر سحب الامتياز أثناء مرحلة التشغيل على ظروف تتسم بخطورة بالغة.

باء - الأحكام المتعلقة بالإعفاء

٧١ - يحسن عند صياغة التشريع الوطني، مراعاة الأحداث التي قد تحول، بصفة مؤقتة أو دائمة، دون قيام شركة المشروع بأداء التزاماتها التعاقدية، والتي يشار إليها عادة بعبارة "القوة القاهرة" أو بعبارات أخرى تحمل نفس المعنى. وقد تأتي هذه العوائق نتيجة لظواهر طبيعية مثل الحرائق أو العواصف أو الفيضانات، أو من جراء تصرفات البشر مثل حوادث الشغب وحركات العصيان أو التمرد. وأحيانا قد يبرر وقوع الحدث المُعْفي تعليق امتياز تنفيذ المشروع أو تشغيله طوال بقاء العائق رهنا بمدة تعليق قصوى. ومن الأسئلة التي تقدم عنها القوانين الوطنية إجابات مختلفة مسألة ما إذا كان يحق لشركة المشروع أن تطالب الحكومة المضيفة بتعويض أو ما إذا كانت الحكومة المضيفة تتقاسم بعض التكاليف الناشئة عن تعليق المشروع. وينص القانون صراحة في بعض الأحيان على إجراء للبت، في حالة بعينها، فيما إذا كان حدث ما يندرج في فئة أحداث القوة القاهرة.

جيم - تغير الظروف

٧٢ - تتناول بعض القوانين حقوق شركة المشروع في حالة ما إذا حال دون تنفيذ المشروع تصرف صدر عن الحكومة المضيفة. وفي بعض الحالات تتضمن القواعد المقررة في هذا الصدد تعهداً عاماً من جانب الحكومة بأن لا تتدخل في تنفيذ المشروع إلا في ظل ظروف خاصة. وفي نظم قانونية أخرى، تخوّل الحكومة المضيفة عادة حق تغيير شروط الامتياز عندما يقتضي ذلك الصالح العام، رهنا بتعويض يقدم الى صاحب الامتياز. وإذا توقف المشروع نتيجة لتصرف الحكومة، جاز تخويل شركة المشروع الحق في مد فترة الامتياز وفي الحصول على تعويض عما تكبدته من خسارة. وفي حالات أخرى يكون من المفهوم ضمنا أن الحكومة المضيفة ستكون مسؤولة عن دفع هذا التعويض ولكن قد يستصوب إدراج حكم محدد بهذا المعنى في التشريع بهدف طمأنة شركة المشروع على أنها لن تضطر الى تكبد تكاليف إضافية نتيجة لتصرفات الحكومة التي لم تترتب على أي تقصير من جانب شركة المشروع.

٧٣ - ويتعلق بذلك الأمر ما يطرأ من تغيرات على عوامل قد لا تحول دون الوفاء بالالتزامات التعاقدية ولكنها تجعل الأداء أشد تكلفة بكثير على شركة المشروع مما كان متوقعا عندما قبلت تلك الالتزامات. ولدى بعض النظم القانونية قواعد خاصة تعالج مثل هذه المواقف بإتاحتها إعادة النظر في شروط اتفاق المشروع على نحو يعيد إليه ما كان له من توازن اقتصادي. وفي بعض الحالات، تكون إمكانية إعادة النظر في شروط الاتفاق مفهومة ضمنا بوجه عام في جميع العقود الحكومية أو منصوصا عليها في التشريع. وبعض القوانين الصادرة بشأن مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص تعترف عموما بإمكانية وقوع مثل هذه التغيرات في الظروف ولكنها تحيل الأمر الى اتفاق المشروع لإيجاد حلول عملية لها.

حادي عشر - انقضاء مدة اتفاق المشروع وتجديدها وإنهاؤها المبكر

ألف - انقضاء مدة اتفاق المشروع

١ - مدة اتفاق المشروع

٢ - نقل ملكية المرفق والتدابير ذات الصلة

باء - تجديد مدة اتفاق المشروع

جيم – الإنهاء المبكر لاتفاق المشروع
١ – دواعي الإنهاء المبكر
٢ – عواقبه بالنسبة للأطراف

ملاحظات

ألف – انقضاء مدة اتفاق المشروع

٧٤ – تقترح مناقشة انقضاء مدة اتفاق المشروع وتجديدها وإنهائها المبكر، مع البدء بالنظر في عواقب انقضاء مدة اتفاق المشروع ونقل ملكية المشروع الى الحكومة المضيفة في نهاية مدة المشروع.

٧٥ – ينص كثير من القوانين الوطنية على تحديد مدة الامتياز بعدد أقصى من السنوات يشمل صراحة أحيانا فترة البناء وما يمنح من تجديد لأسباب القوة القاهرة. والمنطق الماثل وراء شمول فترة البناء في مجمل مدة الامتياز هو تشجيع شركة المشروع على استكمال أشغال البناء قبل الموعد المقرر لها لكي تستفيد من الامتياز مدة أطول. غير أنه في بعض الحالات تفضل الحكومات إقرار نظام جامع يقضي بانتهاء اتفاق المشروع حالما يتم دفع ديون شركة المشروع بالكامل وبلوغ مستوى دخل أو إنتاج أو استعمال معين، رهنا بحد أقصى لعدد ثابت من السنوات.

٧٦ – وفي مشروع نموذجي لـ"البناء والتشغيل ونقل الملكية"، تنتقل ملكية المرفق الأساسي عادة الى الحكومة المضيفة في نهاية مدة الامتياز. وتنص بعض القوانين صراحة على أن يشمل نقل ملكية الأصول، فضلا عن الأصول التي قدمت الى شركة المشروع في البداية، تلك الأصول والسلع والممتلكات التي حصلت عليها في وقت لاحق لأغراض تشغيل المرفق، في حين تترك قوانين أخرى تلك المسألة لكي يستوضحها التماس العطاءات أو اتفاق المشروع. وتنص بعض القوانين تحديداً على أنه حال انتهاء مدة الامتياز، تعوض الحكومة المضيفة شركة المشروع عن نفقات التحسينات التي أدخلت على الممتلكات الأصلية لأغراض كفالة مواصلة الخدمات، والتي لم تكن شركة المشروع قد استردتها في ذلك التاريخ. وفي هذه الحالات، قد يكون للحكومة المضيفة حق تسلم الأصول والممتلكات المتعلقة بالامتياز في حالة تشغيل جيدة. ولهذه الغاية قد تطالب شركة المشروع بتقديم ضمان مالي من نوع أو آخر. وفي بعض الحالات، تُجرى قبل انتهاء الامتياز عملية تفتيش خاصة للمرفق قد تطالب الحكومة المضيفة على أثرها شركة المشروع باتخاذ تدابير صيانة إضافية لكي تطمئن الى أن المرفق سيكون وقت نقل ملكيته في حالة ملائمة. وينص القانون في بعض الحالات على أن الضمانات التي تقدمها شركة المشروع سيتعين تجديدها الى أن تتسلم الحكومة المضيفة المرفق في حالة ترضاها، وعلى أن للحكومة المضيفة حق استخدام تلك الضمانات في دفع تكاليف إصلاح الأصول أو الممتلكات التي لحقت بها أضرار.

باء – تجديد مدة اتفاق المشروع

٧٧ – وفي الفرع الثاني من الفصل الحادي عشر، يقترح النظر في إمكانية تجديد مدة اتفاق المشروع، وهي مسألة توجد لها في القوانين الوطنية حلول مختلفة. ففي حين أن بعض القوانين ترخص بتجديد مدة الامتياز لفترة أو أكثر متساوية أو أقصر، تحرم قوانين أخرى تلك التجديدات بوجه عام إلا لظروف استثنائية يذكر منها إتاحة الفرصة لكي تسترد شركة المشروع تكاليف أشغال استثنائية تعين إجراؤها للمرفق.

٧٨ – ويُنص أحيانا على فرض قيود على تجديد مدة الامتياز كوسيلة لحماية الحكومة المضيفة من مطالبات شركة المشروع. وفي بعض الحالات، يطالب القانون – بهدف تشجيع المنافسة في القطاع المعني – بأن تطرح الحكومة المضيفة الامتياز على أثر انقضاء مدته في مناقصة عامة، وعندئذ يمكن إعطاء شركة المشروع هامش تفضيل على مرشحين آخرين متساوين معها في المؤهلات.

جيم - الإنهاء المبكر لاتفاق المشروع

٧٩ - يقترح أن تناقش في فرع مستقل الأحداث أو الظروف التي تتسبب في الإنهاء المبكر لاتفاق المشروع أو تبرره، وعواقب ذلك بالنسبة الى الأطراف.

٨٠ - وتشمل الأسباب الرئيسية للإنهاء المبكر عادة أيا مما يلي: الدخول في أنواع معينة من إجراءات الإعسار فيما يتعلق بشركة المشروع؛ أو نزع حيازة المشروع؛ أو الإنهاء لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة؛ أو العجز أو التقصير الخطير من جانب شركة المشروع في الوفاء بالتزاماتها؛ أو تقصير الحكومة المضيفة في الوفاء بالتزاماتها.

٨١ - ونزع ملكية الامتياز أو انتقالها الى الحكومة المضيفة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة يخضع نموذجياً لإجراء خاص ويقتضي دفع تعويض مناسب. وقليلة هي القوانين التي تخول شركة المشروع حق إنهاء الاتفاق في حالة إعسار الحكومة المضيفة أو تقصيرها في أداء التزاماتها.

٨٢ - وفي حالة إعسار شركة المشروع أو تقصيرها أو عجزها عن توفير الخدمة، قد يكون في مصلحة الحكومة المضيفة أن تتخذ من التدابير ما يجنبها توقف تقديم الخدمة. وقد ينص القانون في مثل هذه الحالات على أن الحكومة المضيفة يجوز لها أن تعين مديراً مؤقتاً لضمان استمرار توفير الخدمة المعنية، أو قد يخول المقرضين الحق في الحلول محل شركة المشروع أو في إحلال شركة بديلة محلها. وتنص بعض القوانين على استمرار هذه الإدارة المؤقتة الى أن يقرر المقرضون المسموح لهم بالدخول في إجراءات الإعسار، بناء على توصية مدير الإعسار، ما إذا كان النشاط سيواصل أو كان حق استغلال الامتياز سيطرح في مزاد. وفي بعض الحالات يستبعد القانون الأصول والممتلكات المتعلقة بالامتياز من التصفية أو إجراءات الإعسار أو قد يطالب بموافقة حكومية مسبقة على أي تصرف في الأصول من جانب مأمور التصفية أو مدير الإعسار (انظر أيضا الفقرة ٦٦ أعلاه).

٨٣ - وبخلاف الإنهاء المبكر كعقاب لشركة المشروع على تقصيرها في أداء التزاماتها، لا يعزى الإنهاء المبكر لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة عادة الى أفعال أتتها شركة المشروع، وذلك تمييز يمكن للقانون أن يضعه في الاعتبار عند البت في دفع تعويض الى شركة المشروع في أي من الحالين.

ثاني عشر - القانون المنطبق

ملاحظات

٨٤ - يقترح أن يتناول فصل مسألة القانون المنطبق على مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص، والمتضمنات المكنة لمختلف القوانين التي تنطبق على مختلف جوانب المشروع.

٨٥ - تتضمن بعض القوانين الوطنية بشأن مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص أحكاما بشأن القانون الذي ينطبق على اتفاق المشروع المبرم بين الحكومة المضيفة وشركة المشروع، وهي أحكام كثيراً ما تقضي بتطبيق القانون الوطني. وتبعا لما إذا كان النظام القانوني للامتياز ينظر إليه على أنه عقد أو على أنه إجراء حكومي (وتلك مسألة يتناولها الفصل الثالث، "اعتبارات تشريعية عامة"، والفصل السادس، "اتفاق المشروع")، يجوز للقانون أن يعطي الأفضلية إما للقانون الخاص أو للقانون الإداري. وفي الحالة الثانية، تأخذ بنهج مختلف تلك القوانين التي تنص على التطبيق الفرعي للقانون الإداري وحده، أو التي تقر ترتيبا تدرّجياً للأحكام القانونية التي تنطبق على المشروع. وبوجه عام قد يكون من المستصوب أن يوضّح في القانون ما إذا كان يجوز لاتفاق المشروع، والى أي مدى، أن يحيد عن أحكام ذلك التشريع أو يكملها.

٨٦ - وفي بعض البلدان، لا يتضمن القانون الناظم لمشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص أحكاما بشأن المدى الذي يجوز أن يُذهب إليه في إخضاع اتفاق المشروع لقانون آخر غير قانون الحكومة المضيفة. ومن النهوج الأخرى التي اتبعت، وضع قائمة بالمجالات التي يتعين فيها تطبيق قانون البلد المضيف (نقل التكنولوجيا والمحاسبة وعلاقات العمل

ومراقبة النقد الأجنبي على سبيل المثال)، والنص على أنه فيما يتعلق بالمسائل غير الخاضعة لقوانين البلد المضيف، يجوز إخضاع اتفاق المشروع لقانون أجنبي.

٨٧ - ويتنوع القانون المنطبق على العقود التي تبرمها شركة المشروع مع كيانات أخرى غير الحكومة المضيفة. فكثيراً ما تخضع اتفاقات القروض لقوانين ولاية قضائية يختارها الأطراف. كذلك قد تخضع الاتفاقات فيما بين رعاة المشروع لقانون أجنبي. ومن جهة أخرى، كثيراً ما تخضع لقوانين البلد المضيف العقود المبرمة بين شركة المشروع وبين عملائها أو المنتفعين بالمرفق المحليين، أو التي تبرمها مع الموظفين أو الموردين المحليين أو مع غيرهم من الشركاء التجاريين. ومن المهم بالنسبة للأطراف أن تنظر بأناة في مدى الإنفاذية المخوّلة في البلد المضيف لحقوق أنشئت أو لالتزامات قبلت في ولايات قضائية أخرى. وفي الوقت نفسه، قد يكون من المستصوب أن تستعرض الحكومة المضيفة أحكام القانون الوطني ذات الصلة على ضوء الالتزامات التي تطالَب شركة المشروع بالارتباط بها من أجل الحصول على الموارد المالية وغيرها من الموارد اللازمة لتنفيذ المشروع.

ثالث عشر - تسوية النزاعات

ملاحظات

٨٨ - يقترح أن يتناول فصل الإطار التشريعي لتسوية ما قد ينشأ من نزاعات بصدد مشروع الهياكل الأساسية ذي التمويل الخاص.

٨٩ - كثيراً ما يتسم بطابع تجاري ما ينشأ من نزاعات بين شركة المشروع وبين المقاولين الأجانب، أو بين الحكومة المضيفة وشركة المشروع، وكثيراً ما اتفق على إخضاع تلك النزاعات للتحكيم. وربما يتوافر إطار قانوني لتسوية تلك النزاعات بسن تشريع خاص ينهض على معايير مقبولة دولياً، يخضع له التحكيم التجاري الدولي ويراعي الاحتياجات الخاصة للتحكيم الدولي. ومن النماذج الملائمة بوجه خاص لمثل هذا التشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي.

٩٠ - ومن جهة أخرى ينبغي مراعاة أنه قد تكون هناك حدود لتوافر التحكيم في نزاعات بين شركة المشروع وبين الحكومة المضيفة في ظل بعض النظم القانونية كنظم البلدان التي تقضي إلزاميا بإخضاع النزاعات التي تكون الحكومة طرفا فيها للولاية القضائية للمحاكم الوطنية.

٩١ - وبالنظر الى أن النزاعات التي قد تنشأ بصدد مشروع الهياكل الأساسية ذي التمويل الخاص يحتمل أن تجمع بين الخطورة والتعقيد، قد يكون من المستصوب أن يمكّن القانون الأطراف من إحداث آلية لمعالجة الخلافات حال نشوئها وتجنب تصاعدها الى نزاعات مكشوفة. ففي بعض الحالات وجدت الأطراف من المفيد إنشاء أفرقة خبراء يختلف تشكيلها باختلاف طبيعة المسائل موضع النزاع ويُعهَد إليها بإصدار توصيات الى الأطراف لتسوية ما بينها من نزاعات. ذلك أن تنفيذ المشروع قد يشهد صعوبات - حتى نتيجة لنشوء خلافات أو نزاعات واهية حول مسائل تقنية - إذا اضطر الأطراف الى إخضاعها لإجراءات قضائية طويلة نظراً لعدم وجود ترخيص تشريعي صريح باللجوء الى آلية لحسم تلك النزاعات في مرحلة مبكرة من نشوئها.

٩٢ - ومن النزاعات الأخرى التي قد تهم الحكومة المضيفة، فئة النزاعات التي تنشأ بين شركة المشروع وبين عملائها. ويجوز الترخيص لشركة المشروع - وفي بعض الحالات مطالبتها - بإنشاء آليات لتسوية النزاعات. ويتوقف مدى إمكانية حلول تلك الآليات محل الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية على قوانين كل بلد على حدة.

* * *