

Distr.
GENERAL

A/CN.9/438/Add.3
23 December 1996
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الجمعية العامة



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

مشاريع البنية التحتية الممولة ذاتيا

مشاريع فصول دليل تشريعي بشأن مشاريع
البنية التحتية الممولة ذاتيا

تقرير من الأمين العام

إضافة

الفصل الخامس - التدابير التمهيدية

المحتويات

الصفحة	الفقرات	الباب
٢	٢٣ - ١	ألف - موقع المشروع
٢	١٥ - ١	١ - احتياز الأرض اللازمة لتشديد المرفق
٦	٢٣ - ١٦	٢ - حق المرور وغيره من الارتفاقات
٨	٣٧ - ٢٤	باء - انشاء الهيئة صاحبة الامتياز
٨	٢٨ - ٢٤	١ - صاحب الامتياز في صورة كونسورتيوم
١١	٣٧ - ٢٩	٢ - صاحب الامتياز ككيان قانوني مستقل
١٤	٤٤ - ٣٨	جيم - الموافقات والتراخيص

ألف - موقع المشروع

١ - احتياز الأرض اللازمة لتشبيد المرفق

١ - من التدابير التمهيديّة الأساسيّة لتنفيذ أي مشروع بنية تحتية احتياز الأرض والعقارات الأخرى اللازمة لتشبيد مرفق البنية التحتية . وكثيرا ما تقوم الحكومة المضيفة بتوفير هذه الأرض ، ولكن في بعض الأحيان يقوم متعهدو المشروع بشرائها . وفي كلتا الحالتين ، يمكن أن يكون لتشريعات البلد المضيف دور هام في تسهيل احتياز الأرض اللازمة ، مما يساعد على تعجيل تنفيذ المشروع .

٢ - وحيثما كان يراد بناء مرفق بنية تحتية جديد على أرض تملكها الحكومة المضيفة أو يراد تحديث أو استصلاح مرفق بنية تحتية قائم (كما في مشاريع "التحديث فالتشغيل فالنقل" أو "الاستصلاح فالتشغيل فالنقل") ، تقوم الحكومة عادة ، بصفتها مالكة تلك الأرض أو ذلك المرفق ، بتوفير الأرض لشركة المشروع . ويمكن للحكومة المضيفة اما أن تنقل ملكية الأرض أو المرافق الى شركة المشروع ، واما أن تحتفظ بتلك الملكية مع منح شركة المشروع حق استعمال الأرض أو المرافق والبناء فوقها ، وهي مسألة يجري تناولها أدناه في الفصل السادس "اتفاق المشروع" [سيجري اعداده لاحقا] .

٣ - وتوجد لدى عدد من البلدان أحكام مستفيضة بشأن صون عقارات الدولة وحمايتها ، تشمل الاجراءات والأذون الخاصة اللازمة لنقل ملكية تلك الأملاك الى الهيئات الخاصة أو منح الهيئات الخاصة حق استعمال العقارات الحكومية . وأيا كان الخيار الذي تتخذه الحكومة بشأن ملكية مرفق البنية التحتية المراد بناؤه أو تحديثه أو استصلاحه ، قد يكون من المستصوب أن يتضمن القانون تفويضا للحكومة المضيفة بأن تنقل الى شركة المشروع ، أو توفر لها ، ما يلزم لتنفيذ المشروع من أرض أو بنية تحتية موجودة .

٤ - وسواء أكان مرفق البنية التحتية سيعاد نقله الى الحكومة المضيفة أم سيظل مملوكا لشركة المشروع بصفة دائمة ، قد يكون من مصلحة الطرفين تحديد قيمة وحالة تلك الأرض والمرافق وقت تسليمها الى شركة المشروع . ولذلك ، فالى جانب المسائل التي تعالج عادة في اتفاق المشروع (مثل اجراءات تسليم الأرض أو المرافق ، والمستندات اللازمة أو رسوم الطوابيع (الدمغة)) ، قد يكون من المفيد أن يقضي القانون بمعاينة تلك الأرض والمرافق القائمة وقياسها وتعيين حدودها قبل نقل ملكيتها الى شركة المشروع أو اتاحتها لها . وعلى سبيل المثال ، يمكن صياغة حكم بهذا الفحوى ، مقترنا بتفويض للحكومة المضيفة بنقل ملكية الأرض الى شركة المشروع ، على النحو التالي :

- ١ - يؤذن للحكومة بأن تتيح لصاحب الامتياز ما يلزم لتنفيذ المشروع من أرض أو مبان أو عقارات أخرى طوال فترة الامتياز .
- ٢ - يتعين أن يتضمن اتفاق المشروع اجراءات لمعاينة الأرض أو المباني أو العقارات الأخرى وتعيين حدودها وتثمينها ، وكذلك لاثبات الحالة التي هي عليها قبل اتاحتها لصاحب الامتياز .
- ٥ - وقد يصبح الوضع أكثر تعقدا عندما يراد تشييد مرافق بنية تحتية جديدة على أرض ليست مملوكة بعد للحكومة المضيفة ويلزم شراؤها من مالكيها . وكثيرا ما ينص التشريع الوطني على أن تحتاز الحكومة المضيفة الأرض وتتيحها لأغراض المشروع ، وان كان يجوز في بعض الحالات أن يقوم متعهدو المشروع بشراء الأرض اللازمة .
- ٦ - واحتياز الأرض من جانب شركة المشروع يمكن أن يستخدم لاقامة مشاريع ناشئة أصلا عن عرض غير مستدرج من القطاع الخاص . وعلى وجه الخصوص ، في حالة مرافق البنية التحتية ذات الامكانيات التجارية العالية نسبيا والتي لا تعتبر أولوية وطنية ، قد لا ترى الحكومة المضيفة سببا موجبا للقيام باحتياز الأرض واتاحتها لشركة المشروع . بيد أنه قد يظل للحكومة المضيفة دور هام يتمثل في مساعدة شركة المشروع على الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة لامتلاك تلك الأرض أو ازالة أي تقييدات أو محظورات ، ربما تكون ذات طابع تشريعي ، تحول دون امتلاكها من جانب شركة المشروع .
- ٧ - بيد أن شركة المشروع غالبا ما تتلكأ في تولي مسؤولية اشتراء الأرض اللازمة للمشروع . اذ تخشى التأخيرات والنفقات التي تتأتى من اضطرارها للتفاوض مع عدد ، ربما يكون كبيرا ، من المالكين المنفردين ، ولاجراء تمحيصات معقدة لسندات الملكية ، ولاستعراض سلاسل انتقالات الملكية السابقة بغية التأكد من صحة ملكية كل من المالكين . وعلاوة على ذلك ، قد تؤدي الدعاية الناشئة عن اعتزام تشييد المرفق المعني الى رفع سعر الأرض ، مما قد يجعل المبلغ الذي تدفعه شركة المشروع في نهاية المطاف يزيد كثيرا على الثمن الأصلي المقدر . وفي حالة المشاريع المقررة من جانب الحكومة المضيفة ، قد تكون هناك أيضا مصلحة وطنية في تفادي أي تأخير غير مسوغ أو زيادة لا مبرر لها في تكلفة المشروع نتيجة لاحتياز الأرض من أجل تشييد المرفق المعني .
- ٨ - وبغية تذليل الصعوبات الأنفة الذكر ، ربما تود الحكومة المضيفة أن تتولى هي مسؤولية توفير الأرض اللازمة لتنفيذ المشروع ، اما باشترائها من مالكيها أو باحتيازها عن طريق الاستيلاء . وتوجد لدى عدد من البلدان تشريعات خاصة تحكم اجراءات الاستيلاء ، قد تصلح للتطبيق على عمليات الاستيلاء اللازمة لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص . وفي بعض البلدان ، قد تكون هناك أنواع من اجراءات الاستيلاء تختلف تبعا لغرضها . ومع أن شروط واجراءات الاستيلاء على العقارات الخاصة

تتباين تباينا شديدا في النظم القانونية المختلفة فكثيرا ما تنطوي الاجراءات على مرحلتين متميزتين على الأقل .

٩ - وقد تتبين ضرورة الاستيلاء على العقار في مرحلة أولية ، عندما يجري أيضا اعلام المالكين أو المالكين المفترضين باعترام الحكومة الاستيلاء على العقار المعني . وفي بعض البلدان ، قد يتعين على الحكومة أن تحاول شراء الأملاك من مالكيها قبل اللجوء الى تدابير قسرية . أما في بلدان أخرى فقد لا توجد مثل هذه القيود . ويتعين على الحكومة في عدد من البلدان أن توجه الى المالك أو الى عامة الشعب لخطارا باعترامها الاستيلاء على العقار باصدار مرسوم حكومي خاص . ويعرف المرسوم الذي يتضمن ذلك الاخطار في النظم القانونية المختلفة بتعايير مختلفة ، مثل "مرسوم نزع ملكية" أو "اعلان تخصيص لمنفعة عامة" . ولأغراض التيسير ، يشار الى مثل هذا المرسوم من هنا فصاعدا بـ "مرسوم الاستيلاء" .

١٠ - وكثيرا ما تتبع اصدار هذا المرسوم مرحلة ثانية يجري أثناءها تقدير ودفع التعويض المستحق للمالك . وفي بعض البلدان ، تتولى الحكومة تنفيذ اجراءات الاستيلاء برمتها ، بينما تتخذ المرحلة الثانية من اجراءات الاستيلاء في بلدان أخرى شكل دعوى قضائية . وفي كثير من الأحيان ، لا تصبح الحكومة مالكة للعقار ولا يؤذن لها باحتيازه الا بعد دفع تعويض مناسب الى مالكيه . ولكن في ظروف معينة ، مثل حالات الطوارئ أو وجود حاجة عامة ماسة ، تأذن بعض القوانين للمحكمة ، أو لأي هيئة أخرى تشرف على عملية الاستيلاء ، بأن تخول الحكومة سلطة احتياز العقار فور بدء اجراءات الدعوى ، وكثيرا ما يكون هذا مشروطا بايداع مبلغ يتناسب مع قيمة العقار .

١١ - وعادة ما يكون حق الاستيلاء على العقارات الخاصة حقا أصيلا من حقوق الحكومة ، ولكن القوانين في عدد من البلدان تمد ذلك الحق أيضا الى هيئات أخرى ، اضافة الى الحكومة . وفي عدد من البلدان ، تأذن القوانين للهيئات غير الحكومية التي تقوم بأنشطة معينة ، مثل مشاريع المنفعة العامة أو امتيازات الخدمات العامة (مثل شركات السكك الحديدية وهيئات الكهرباء وشركات الهاتف) ، بأن تتخذ تدابير معينة للاستيلاء على العقارات الخاصة اللازمة لتوفير أو توسيع خدماتها للناس . ومع ذلك ، تظل هناك حاجة لقيام الحكومة بدور ما في هذا الصدد . فعلى سبيل المثال ، قد ينص القانون على أن تتولى الحكومة اصدار مرسوم الاستيلاء بينما يظل صاحب الامتياز مسؤولا عن جميع الخطوات اللاحقة من اجراءات الاستيلاء ، بما في ذلك دفع التعويضات الى المالكين .

١٢ - واجراءات الاستيلاء هي في العادة مطولة ومعقدة . وقد تشمل أيضا عددا من المسؤولين في مختلف الوزارات أو مستويات الحكومة . وقد يحدث تأخر شديد في بعض البلدان ، حيث تتخذ عملية الاستيلاء شكل دعوى قضائية . ومن ثم ، ربما تود الحكومة المضيفة أن تعيد النظر في الأحكام الموجودة بشأن الاستيلاء لدواعي المصلحة العامة من أجل تقييم مدى تلبيتها لاحتياجات مشاريع البنية التحتية

الكبيرة ، وتقرير ما اذا كانت تلك الأحكام تتيح اجراءات سريعة وناجعة من حيث التكلفة ، مع ايلاء المراعاة الواجبة لحقوق المالكين .

١٣ - وفي البلدان التي يتيح فيها القانون أكثر من نوع واحد من اجراءات الاستيلاء رثي أن من المستصوب أن ينص على أن تنفذ جميع عمليات الاستيلاء اللازمة لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص تبعا لأسرع تلك الاجراءات ، مثل الاجراءات الخاصة التي تطبق في بعض البلدان في حالات الطوارئ أو لدواعي الحاجة العامة الماسة . وفي بعض البلدان ، وجد أن من المفيد أيضا استغلال ما تتيحه قوانينها من امكانية تخويل صاحب الامتياز سلطة تنفيذ الاستيلاء ، بينما تظل الحكومة المضيفة مسؤولة عن اصدار المراسيم التي تمثل ، بمقتضى التشريعات ذات الصلة ، مستلزمات قانونية لبدء اجراءات المصادرة (أنظر الفقرة ٩ أعلاه) . واستغلال تلك الامكانية قد يكون مفيدا لكل من الحكومة المضيفة وشركة المشروع ، خصوصا في البلدان التي يجري فيها النظر في منح التعويضات لمالكي العقار المستولى عليه في دعوى قضائية ، عندما يتوقع الطرفان أن يكون صاحب الامتياز قادرا على التعامل مع تلك الدعاوى بصورة أسرع من الحكومة المضيفة . وقد يتفق الطرفان على أن تتحمل شركة المشروع كل تكاليف الاستيلاء أو على أن تتحمل الحكومة المضيفة جانبا من تلك التكاليف .

١٤ - ومن شأن تدابير كتلك المذكورة في الفقرة السابقة أن يتيح البدء في تنفيذ المشروع فور اسناده ، بدلا من الاضطرار لانتظار تسوية نهائية لمسألة التعويض المستحق للمالكين . ولهذا الغرض ، فان القوانين الخاصة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، في البلدان التي تكون فيها تلك التدابير ممكنة بمقتضى التشريعات ذات الصلة ، قد تتضمن أحكاما أساسية فحسب مع الاحالة الى تشريع آخر ، كما يتجلى مثلا في مجموعة الأحكام التالية :

١ - لدى الاستيلاء على العقارات الخاصة اللازمة لتشييد مرفق بنية تحتية بمقتضى هذا القانون ، تتبع الاجراءات المنصوص عليها في ... [تبين هنا القوانين التي تحكم اجراءات الاستيلاء] ما لم ينص في هذا القانون على خلاف ذلك .

٢ - تتولى الحكومة مسؤولية اصدار [مرسوم الاستيلاء] [واتخاذ التدابير الأخرى التي يقضي بها القانون للاستيلاء على العقارات] .

٣ - يجوز للحكومة أن تأذن لصاحب الامتياز بتنفيذ عملية الاستيلاء ، وفي هذه الحالة [الخيار ١ : يتحمل صاحب الامتياز كل التكاليف المرتبطة باجراءات الاستيلاء] [الخيار ٢ : يحدد اتفاق المشروع التزامات كل من الحكومة وصاحب الامتياز فيما يتعلق بالتكاليف المرتبطة باجراءات

الاستيلاء] ، بما في ذلك دفع التعويض المترتب على ذلك الاستيلاء وأتعاب المحامي والتكاليف القضائية .

٤ - يجوز للمحكمة أو أي هيئة مختصة أخرى أن تأذن لصاحب الامتياز باحتياز العقار عند بدء دعوى الاستيلاء [وبإيداع قيمة العقار] .

١٥ - واثرا للاستيلاء ، تصبح الحكومة المضيفة في كثير من الأحيان هي مالكة الأرض ، مع أن القانون في بعض الحالات يأنن للحكومة المضيفة ولشركة المشروع بأن تتفقا على ترتيب آخر يأخذ في الاعتبار حصة كل منهما في تكاليف الاستيلاء على العقار (أنظر الفصل السادس ، "اتفاق المشروع" [سيجري اعداؤه لاحقا]) .

٢ - حق المرور وغيره من الارتفاقات

١٦ - الى جانب احتياز العقار اللازم لتشييد المرفق ، قد يلزم أن تكفل لشركة المشروع امكانية الوصول الى ذلك العقار في الحالات التي يكون فيها المشروع واقعا في مكان يتطلب الوصول اليه المرور فوق أو عبر ممتلكات الغير . ويشار الى هذا الحق في القوانين الوطنية بتعابير مثل "حق المرور" . كما أن طبيعة المشروع قد تجعله يتطلب من شركة المشروع أن تدخل ممتلكات تعود الى الغير (مثلا ، من أجل تركيب تجهيزات ثابتة أو مد أسلاك أو تقديم خدمات مباشرة الى الزبائن ، كما في حالة توزيع الغاز أو الماء أو الكهرباء) . ويشار الى هذه الحقوق في استعمال ممتلكات شخص آخر أو القيام بأشغال عليها بتعابير مثل "الارتفاقات" أو بتعابير ذات معنى مشابه . ومن هنا فصاعدا ، سيشار الى حقوق المرور والارتفاقات والحقوق المشابهة عموما بكلمة "ارتفاق" .

١٧ - وتتطلب الارتفاقات عادة موافقة مالك العقار الذي تتعلق به ، ما لم تكن تلك الحقوق منصوصا عليها في القانون . وعلى وجه العموم ، ثمة ثلاث سبل ممكنة أمام شركة المشروع للحصول على الارتفاقات : يمكن لشركة المشروع أن تحصل عليها مباشرة من مالكي العقارات المعنية ؛ أو قد تحصل عليها الحكومة المضيفة ثم تنقلها الى شركة المشروع ؛ أو قد يمنح القانون تلك الحقوق مباشرة لشركة المشروع .

١٨ - وقد تفضل الحكومة المضيفة في بعض الحالات أن تترك لشركة المشروع شأن التفاوض على الارتفاقات مع مالكي العقار . وفي تلك الحالة ، قد لا تكون هناك حاجة الى حكم تشريعي يتناول هذه المسألة ، ويجوز للطرفين أن ينصا في اتفاق المشروع على أن تكون شركة المشروع هي وحدها المسؤولة عن اكتساب تلك الحقوق . وقد يجد الطرفان هذا الاجراء مجديا بالنسبة للمشاريع التي يكون

فيها نطاق الارتفاقات محصورا في عدد معين من العقارات المجاورة لموقع المشروع والمحددة مسبقا . أما في حالات أخرى فقد لا يكون هذا الاجراء بديلا سريعا أو ناجعا من حيث التكلفة ، خصوصا عندما تضطر الشركة للحصول على ارتفاقات من مالكيين متعددين . ومن ثم ، قد تفضل الحكومة المضيفة الحصول على الارتفاقات اللازمة ومنحها بعدئذ الى شركة المشروع .

١٩ - وفي الحالات التي يجري فيها احتياز موقع المشروع من جانب الحكومة المضيفة أو شركة المشروع عن طريق الاستيلاء ، يمكن معالجة مسألة الارتفاقات بالاقتران مع عملية الاستيلاء على موقع المشروع . ومن ثم ، يمكن تحديد نطاق الاستيلاء بأنه يشمل ، اضافة الى موقع المشروع ، ارتفاقات في أراض أخرى بالقدر اللازم لتنفيذ المشروع .

٢٠ - وكثيرا ما يتوقف التحديد الدقيق لطبيعة الارتفاقات اللازمة لشركة المشروع على طبيعة المشروع ذاته . فقد تشمل هذه الارتفاقات الحق في وضع علامات فوق الأراضي المجاورة في حالة مشاريع الطرق والسكك الحديدية ؛ والحق في ركز أعمدة أو خطوط نقل كهرباء فوق ممتلكات الغير في حالة شبكات توزيع الكهرباء ؛ والحق في اقتطاع أجزاء من الأشجار التي تتداخل مع خطوط الهاتف الممدودة فوق العقارات المتاخمة . ونظرا لتنوع الارتفاقات التي يحتمل أن تلزم في المشاريع المختلفة ، ربما ترى الحكومة المضيفة أن من الأفضل عدم تحديد نطاق تلك الارتفاقات بصورة أدق ، وترك هذا الأمر للبت فيه تبعا لطبيعة كل مشروع .

٢١ - ويمكن تضمين اذن تشريعي عام بانشاء الارتفاقات ، حسبما يتطلبه المشروع من خلال الاستيلاء ، ودون تحديد لنطاقها ، في حكم على غرار ما يلي :

اضافة الى العقار اللازم لتشييد المرفق ، يجوز للحكومة [لصاحب الامتياز] أن تنشئ [ينشئ] ارتفاقات في أراضي الغير حسبما يلزم لضمان قدرة صاحب الامتياز على الوصول الى المرفق ، ولتمكينه من أن ينصب أو يضع على تلك الأراضي أو فوقها ما يلزم من تجهيزات أو تركيبات لتشغيل المرفق وتوصيل خدماته ، وكذلك صيانة تلك التجهيزات والتركيبات .

٢٢ - وثمة بديل مختلف نوعا ما هو أن ينص القانون ذاته على نوع الارتفاقات الممنوحة لشركة المشروع ، دون أن يشترط بالضرورة الاستيلاء على الأراضي التي تتعلق بها تلك الارتفاقات . ويمكن اتباع مثل هذا النهج فيما يتعلق بالتشريعات الخاصة بقطاع معين ، حيث ترى الحكومة المضيفة أنه يمكن مسبقا تقرير ما قد تحتاج اليه شركة المشروع من ارتفاقات . فعلى سبيل المثال ، يمكن لقانون خاص بقطاع توليد الكهرباء أن يمنح الارتفاقات التالية :

يكون لصاحب الامتياز الحق في مد أسلاك ، بغرض نصب وتشغيل الشبكات الأساسية وشبكات التوزيع ، على أراض تعود للغير ، مما يعطي صاحب الامتياز الحق في ما يلي :

(أ) أن ينصب أو يمد كابلات أرضية أو أسلاكاً علوية ، وكذلك أن يقيم فوقها هياكل حاملة ويركب عليها معدات تحويل وتبديل ؛

(ب) أن يقوم بصيانة واصلاح وازالة أي من التجهيزات المذكورة ؛

(ج) أن ينشئ منطقة أمان على امتداد الكابلات الأرضية أو الأسلاك العلوية ؛

(د) أن يزيل أي عوائق توجد على امتداد الأسلاك أو تتعدى منطقة الأمان .

٢٣ - بيد أن بعض النظم القانونية قد تلزم شركة المشروع بدفع تعويضات للمالك ، مثلما كان سيتوجب في حالة الاستيلاء ، اذا كانت طبيعة الارتفاق تحد كثيراً من قدرة المالك على استعمال أرضه .

باء - انشاء الهيئة صاحبة الامتياز

١ - صاحب الامتياز في صورة كونسورتيوم

٢٤ - كثيراً ما تتضمن التشريعات الوطنية المتعلقة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص أحكاماً بشأن الوضعية القانونية لصاحب الامتياز ، وتتناول مسألة ما اذا كان يتعين انشاء الهيئة صاحبة الامتياز ككيان قانوني مستقل أو ما اذا كان يجوز اسناد المشروع جماعياً الى متعهدي المشروع المختارين ليشكلوا معاً كونسورتيوم المشروع . ففي عدد من البلدان ، يقضي القانون بأن تنشأ شركة المشروع ككيان قانوني مستقل (أنظر الباب الفرعي ٢ أدناه) ، بينما يجيز القانون في بضعة بلدان أخرى باسناد المشروع الى كونسورتيوم يشكله متعهدو المشروع .

٢٥ - وحسبما هو مفهوم في الأعراف التجارية ، يمثل الكونسورتيوم ترتيباً تعاقدياً تتعهد فيه مجموعة من الشركات بالتعاون معاً على تنفيذ مشروع دون الاندماج في كيان قانوني مستقل . وقد استخدمت ترتيبات الكونسورتيوم على نطاق واسع في صناعة التشييد من أجل اقامة المشاريع الضخمة الكثيفة الاستيعاب لرأس المال ، التي تتطلب خبرات تقنية في ميادين مختلفة . ويعتبر الكونسورتيوم عادة ترتيباً تعاقدياً محضاً ليست له شخصية قانونية خاصة به . بيد أنه لا توجد قواعد قانونية موحدة تحكم

الكونسورتيومات ، التي يمكن أن تندرج ضمن فئات تعاقدية متباينة في القوانين الوطنية . ومن ثم ، فإن الوضعية القانونية للكونسورتيوم وحقوق وواجبات أعضائه تتباين في النظم القانونية المختلفة .

٢٦ - وفي حالة المشاريع الصغيرة أو القصيرة الأمد التي تضم بضعة متعهدين ، قد يكون لتكوين كونسورتيوم للمشروع بعض الفوائد ، مثل اتاحة مرونة أكبر في التعاملات فيما بين متعهدي المشروع ، وبين هؤلاء وشركائهم التجاريين ، مما في حالة المشروع المشترك المسجل كشركة . كما قد يكون تفادي ازدواجية الضرائب سببا لاختيار عدم انشاء كيان قانوني مستقل في البلد المضيف ، في حال عدم وجود اتفاق ثنائي بشأن ازدواجية الضرائب بين البلد المضيف والبلد أو البلدان التي تقع فيها مقار المستثمرين الخارجيين . أما في حالة المشاريع الكبيرة الطويلة الأمد ، الممولة من قروض مقدمة بدون حق الرجوع ، فان انشاء كونسورتيوم للمشروع لا يمثل في العادة بديلا صالحا . فالكونسورتيوم ليس أداة مناسبة لاقتراض الأموال ، لأن كثيرا من النظم القانونية تلقي على أعضاء الكونسورتيوم مسؤولية تبعية وغير محدودة عن التزامات الكونسورتيوم . كما أنه قد لا يتيسر للكونسورتيوم الوصول الى الأسواق المالية لأغراض تدبير التمويل حيثما كان القانون يأذن للشركات وحدها باصدار الصكوك والأوراق المالية القابلة للتداول ، مثل الأسهم والسندات العادية وسندات القروض .

٢٧ - كما أنه يفضل عادة ، من منظور البلد المضيف ، أن ينشئ متعهدو المشروع كيانا قانونيا مستقلا في البلد (أنظر الباب الفرعي ٢ أدناه) . بيد أنه قد تكون هناك حالات تكون فيها الحكومة المضيفة راغبة في الاحتفاظ بإمكانية اسناد مشاريع البنية التحتية الى كونسورتيومات ، تبعا لحجم المشروع وطبيعته ، أو بغية جعل كل متعهدي المشروع مسؤولين جماعيا عن المشروع برمته . وبالنسبة لتلك البلدان ، قد يلزم اتخاذ القرار المتعلق بالشكل المرغوب للترتيبات على ضوء خصائص كل مشروع أو نوع مرفق البنية التحتية المعني . ولهذا الغرض ، قد يعطي القانون الجهة المشترية خيار اسناد المشروع الى كونسورتيوم أو اشتراط قيام مجموعة المتعهدين المختارة بانشاء كيان قانوني مستقل ، تبعا لاحتياجات المشروع . واذا ما رأته الجهة المشترية أنه لا داعي لاشتراط تأسيس شركة المشروع ككيان قانوني مستقل ، فيمكن للقانون أن يعالج الصعوبات التنسيقية التي يمكن أن تنشأ في التعامل مع كونسورتيوم ، وأن يوضح مسؤوليات أعضائه . فعلى سبيل المثال ، يمكن للقانون أن يشترط تعيين أحد أعضاء الكونسورتيوم ليكون مسؤولا عن المشروع تجاه الحكومة المضيفة ، مع النص على أن يظل سائر أعضاء الكونسورتيوم ، جماعيا وفرديا ، مسؤولين تجاه الحكومة المضيفة عن تنفيذ المشروع . ويمكن ، مثلا ، صوغ حكم بهذا الفحوى على النحو التالي :

١ - حيثما يسمح للكونسورتيومات بأن تقدم عطاءات [عروضا] ، يجوز أن ينص اعلان استدراج العطاءات [طلب تقديم العروض] على أن يكون للجهة المشترية خيار أن تشترط على

الكونسورتيوم ، اذا وقع الاختيار عليه ، أن ينشئ كيانا قانونيا مستقلا قبل التوقيع على اتفاق المشروع .

٢ - اذا لم تشترط الجهة المشترية انشاء كيان قانوني مستقل ، فعليها أن تشترط ما يلي :

(أ) تقديم مستند خطي يثبت أن جميع أعضاء الكونسورتيوم قد أبرموا اتفاق تأسيسه ؛

(ب) تعيين أحد أعضاء الكونسورتيوم قائدا له ، كي يكون مسؤولا أمام الحكومة عن تنفيذ المشروع .

٣ - لا يكون لتعيين قائد للكونسورتيوم أي مساس بمسؤولية سائر أعضاء الكونسورتيوم الجماعية والفردية تجاه الحكومة عن تنفيذ المشروع وتشغيله . ويتعين أن يوقع على اتفاق المشروع جميع أعضاء الكونسورتيوم .

٢٨ - ومن شأن حكم كالحكم الوارد أعلاه أن يساعد على ايضاح بعض العيوب الجلية لاسناد تنفيذ مشروع ما الى كونسورتيوم . بيد أنه تظل هناك عدة مسائل يلزم تناولها في اتفاق المشروع ، وقد يلزم اجراء مفاوضات مستفيضة ووضع أحكام مفصلة لضمان التنسيق بين أعضاء الكونسورتيوم والتواصل الوافي مع الحكومة المضيفة ، وكذلك لايضاح نطاق مسؤوليات والتزامات كل عضو من أعضاء الكونسورتيوم فيما يتعلق بتنفيذ المشروع .(١)

(١) ترد في الدليل القانون لأعمال التشييد (الفصل الثاني "اختيار النهج التعاقدية" ، الفقرات ٩ - ١٦) مناقشة موجزة للمسائل الناشئة عن التعاقد على أعمال تشييد مع مجموعة شركات غير مندمجة . وبعض المسائل المذكورة في ذلك الدليل ينطبق أيضا ، مع التعديلات اللازمة ، على المفاوضات المتعلقة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص . ومن هذه المسائل : كيفية التغلب على المصاعب المرتبطة بجلب مطالبة ضد متعهدي المشروع من بلدان مختلفة ؛ وكيف يمكن صوغ البند المتعلق بتسوية النزاعات بحيث يتسنى تسوية أي نزاع بين الحكومة المضيفة وبعض أو كل أعضاء الكونسورتيوم في الاجراءات التحكيمية أو القضائية ذاتها ؛ وكيف يتعين هيكلة الكفالات التي يقدمها الغير كضمان للتنفيذ ، وكفالات الجودة التي يقدمها أعضاء الكونسورتيوم ؛ وما هي الاتفاقات التبعية التي قد يتعين أن تبرمها الحكومة ؛ وما اذا كانت هناك أي قواعد الزامية في القانون المنطبق تحكم أي اتفاق مع مشروع مشترك غير مسجل كشركة .

٢ - صاحب الامتياز ككيان قانوني مستقل

٢٩ - في معظم الحالات ، يقضي القانون بأن يكون صاحب الامتياز كيانا قانونيا مستقلا يتعين أن يسجل كشركة قبل اسناد المشروع أو بعده مباشرة . وفي بعض الأحيان ، يتضمن القانون أحكاما أكثر تفصيلا بشأن مسائل مثل الحد الأدنى لرأس مال الشركة وشكلها المؤسسي وغرضها .

٣٠ - والهيكل المستخدم عادة في مشاريع البنية التحتية ، لأسباب عدة ، هو شركة مشروع تؤسس ككيان قانوني مستقل في البلد المضيف . فمن السهل نسبيا اسناد جميع الحقوق والموجودات والالتزامات المتعلقة بالمشروع الى كيان قانوني مستقل واحد . ففي هذا النموذج يمكن الحد من الضلوع المباشر لأطراف أخرى مثل متعهدي المشروع ، وتتولى شركة المشروع ابرام اتفاق المشروع وسائر الصكوك باسمها هي ، ويكون لها موظفوها وادارتها الخاصين بها . ويمكن للكيان القانوني المستقل أيضا أن يمثل آلية لحماية مصالح المشروع التي قد لا تتطابق بالضرورة مع المصالح المنفردة لجميع متعهدي المشروع . وقد يكون لهذا الجانب أهمية خاصة بالنسبة للمشاريع التي يتعين فيها على متعهدي المشروع توفير أجزاء هامة من الخدمات أو اللوازم المطلوبة . وبما أن جزءا كبيرا من مسؤوليات والتزامات شركة المشروع ، بما في ذلك الالتزامات والواجبات الطويلة الأمد (اتفاق المشروع ، واتفاقات القرض والضمان ، وعقود التشييد) ، يتفق عليه عادة في مرحلة مبكرة فيمكن للمشروع أن يستفيد من كونه ممثلا بصفة مستقلة عند التفاوض على تلك الصكوك . كما أن من شأن شركة مشروع تنشأ ككيان قانوني مستقل أن تسمح بفصل واضح بين موجودات وايرادات والتزامات المشروع وموجودات وايرادات والتزامات متعهدي المشروع ، مما ييسر اجراءات المحاسبة وتدقيق الحسابات .

٣١ - وثمة مسألة كثيرا ما يجري تناولها في التشريعات المتعلقة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، وهي تتعلق بالاستثمار الرأسمالي السهمي اللازم لانشاء شركة المشروع . وللحكومة المضيفة مصلحة مشروعة في أن تطلب مستوى لرأس المال السهمي يكفل أساسا ماليا سليما لشركة المشروع ويضمن قدرتها على الوفاء بالتزاماتها . ويمكن تلبية هذه المصلحة باشتراط تأسيس شركة المشروع بحد أدنى معين لرأس المال . وفي بعض البلدان ، يجري تناول تلك المسألة في القانون ذاته ، بالنص على مبلغ محدد أو بتقرير نسبة معينة من التكلفة الاجمالية للمشروع كحد أدنى لرأس مال شركة المشروع . وفي بلدان أخرى ، لا يجري تناول هذه المسائل في القوانين ، بل يترك فيها للجهة المشتري ، وبعد التفاوض مع متعهدي المشروع في بعض الأحيان .

٣٢ - ويختلف مبلغ الاستثمارات الكلية اللازمة ، وكذلك التناسب الأمثل بين القروض ورأس المال السهمي ، من مشروع الى آخر ، مما يصعب معه تحديد مبلغ معين أو نسبة معينة تلائم كل الحالات . ومن ثم ، فإن أي اشتراط تشريعي ينص على مبلغ معين كحد أدنى لرأس مال جميع الشركات التي تتولى

مشاريع البنية التحتية في البلد قد يكون مفرط التشدد . وربما كان من الأمان اقرار اشتراطات منفردة تراعي الظروف الخاصة لكل مشروع أو لكل نوع من البنى التحتية . ومتى تعذر على الجهة المشترية تقدير التكلفة المتوقعة الاجمالية للمشروع مسبقا ، فيمكن بيان الحد الأدنى المشترط لرأس مال شركة المشروع في اعلان استدراج العطاءات أو طلب تقديم العروض . واذا ما تعذر تقدير تكلفة المشروع مسبقا ، أو اذا كانت الحكومة المضيفة تفضل التفاوض على مقدار أو نسبة الاستثمار الرأسمالي السهمي المعروضين من متعهدي المشروع ، فقد تفضل الجهة المشترية أن تتاح لها حرية التوصل الى حد أدنى مناسب لرأس المال أثناء عملية الاختيار . أما في البلدان التي يسند فيها المشروع بمقتضى صك رسمي صادر عن الحكومة المضيفة (مثل مرسوم أو اخطار بالاسناد) (أنظر الفصل الرابع ، " اختيار متعهدي المشروع " [سيجري اعداده لاحقا]) ، فيمكن ذكر الحد الأدنى المشترط لرأس مال شركة المشروع في ذلك الصك .

٣٣ - وبالإضافة الى مسألة الحد الأدنى لرأس المال ، قد تتضمن قوانين البلدان أحكاما تتعلق بالشكل الذي يتعين به تنظيم شركة المشروع . فثمة قوانين تشترط على وجه التحديد أن تكون شركة المشروع مسجلة كشركة من نوع معين ، بينما لا تفرض قوانين أخرى أي اشتراطات بهذا الشأن . وفي الحالات التي يكون فيها مهما تحديد الشكل الذي يتعين به تأسيس شركة المشروع ، يستحسن أن توضع في الاعتبار مصلحة متعهدي المشروع في ضمان انحصار مسؤوليتهم في حدود مبلغ استثماراتهم . وتفاديا لأي مسؤولية تبعية عن سداد ديون شركة المشروع ، يفضل متعهدو المشروع عادة تأسيس شركة المشروع كشركة ذات مسؤولية محدودة ، مثل شركة مساهمة . إذ ان متعهدي المشروع سيتكأون في الاضطلاع بمشروع يقتضي منهم تحمل مسؤولية غير محدودة عن ديون شركة المشروع .

٣٤ - ويمكن تناول المسائل التي نوقشت في الفقرات السابقة بحكم على غرار ما يلي :

١ - يتعين على صاحب العطاء [مقدم العرض] الفائز أن يقوم ، في غضون [...] يوما من منح الامتياز ، بتأسيس الشركة التي سيجري ابرام اتفاق المشروع معها .

٢ - يكون الحد الأدنى لرأس مال شركة المشروع وشكلها ومدتها حسبا هو منصوص عليه في اعلان استدراج العطاءات [طلب تقديم العروض] [اخطار منح الامتياز] .

٣٥ - وتتضمن بعض القوانين أحكاما تتعلق بنطاق أنشطة شركة المشروع ، وتقتضي مثلا بأن تكون أنشطة تلك الشركة محصورة في انشاء وتشغيل مشروع معين . وقد تفيد هذه التقييدات في ضمان شفافية حسابات المشروع وصون سلامة موجودات المشروع ، إذ تفصل موجودات وعائدات والتزامات كل مشروع عن موجودات وعائدات والتزامات مشاريع أخرى أو أنشطة أخرى لا صلة لها بالمشروع . كما أن

هذا الاشتراط قد يبسر تقييم أداء كل مشروع ، لأنه لا يسمح بتغطية أي عجز أو ربح أو معاوضته بديون أو أرباح متأتية من مشاريع أو أنشطة أخرى . ولكن في الوقت ذاته ، قد تكون الحكومة المضيفة مهتمة بالاحتفاظ بإمكانية ائماج مشاريع أخرى تحت ادارة مشتركة ، اذا ما أسند الى شركة المشروع ذاتها مشروع تكميلي في عملية اختيار منفصلة . ويمكن صوغ حكم يرسى مثل هذا الشرط ، مع فسخ المجال للاستثناءات ، على النحو التالي :

يكون غرض شركة المشروع محصورا في تنفيذ وتشغيل المشروع الذي أعطي الامتياز من أجله . ويتعين تأسيس شركة منفصلة للاضطلاع بكل مشروع ، ما لم ينص على خلاف ذلك في اعلان استدراج العطاءات [طلب تقديم العروض] .

٣٦ - وقد تكون الحكومة المضيفة أيضا مهتمة بضمان كون النظام الأساسي لشركة المشروع ولوائحها الادارية مجسدة للالتزامات التي تتحملها بمقتضى اتفاق المشروع ، أو بضمان عدم تسببها في اعاقة تنفيذ المشروع . ولذلك ، قد ينص القانون على أن تخضع أي تغييرات في النظام الأساسي لشركة المشروع ولوائحها الادارية لانن مسبق من الحكومة المضيفة . ولدى اشتراط موافقة الحكومة على تعديلات النظام الأساسي واللوائح الادارية لشركة المشروع ، يستحسن المراجعة بين المصالح العامة الممثلة بالدولة وضرورة اعطاء شركة المشروع المرونة اللازمة لتسيير أعمالها . فقد تعطل الادارة اليومية للمشروع اذا كانت هناك أمور تتعلق بالشؤون الداخلية للشركة ويلزم دائما الحصول على انن حكومي مسبق بشأنها . ومن الحلول الممكنة لهذه المشكلة جعل امكانية اعتراض الحكومة على أي تعديل مقترح محصورة في الحالات المتعلقة بأحكام تعتبر ذات أهمية جوهرية (مثل مقدار رأس المال ، وفئات الأسهم وامتيازاتها ، واجراءات التصفية) والتي يمكن تحديدها في اتفاق المشروع . وفيما يلي مثال لحكم بهذا المعنى :

يتطلب النظام الأساسي واللوائح الادارية لشركة المشروع ، وأي تعديل عليهما ، موافقة الحكومة ، التي تعتبر ممنوحة ما لم ترفض الحكومة الموافقة في غضون [...] يوما . ويجوز للحكومة أن ترفض الموافقة على التعديلات المتعلقة بأحكام جوهرية في النظام الأساسي واللوائح الادارية [حسبما هو منصوص عليه في اتفاق المشروع] ، عندما ترى الحكومة أن تلك التعديلات تنافي المصلحة العامة .

٣٧ - قد تكون للحكومة المضيفة مصلحة في أن يظل متعهدو المشروع الأصليون ملتزمين بالمشروع طوال مدته ، وفي ألا تحل محلهم جهات غير معروفة لدى الحكومة . ومن ثم يمكن للقانون أن ينص ، اضافة الى النقاط المذكورة أعلاه ، على أن يكون نقل الأسهم المقترعة لشركة المشروع خاضعا لانن مسبق من جانب الحكومة المضيفة .

جيم - الموافقات والتراخيص

٣٨ - في بعض البلدان ، قد يكون دخول اتفاق المشروع حيز النفاذ مرهونا في بعض الأحيان بموافقة الحكومة المضيفة أو بصور مرسوم برلماني ، أو حتى بسن قانون خاص . وبالنسبة لبعض المشاريع ، قد يلزم الحصول على موافقات من جهات حكومية مختلفة المستويات . ويتفاوت الوقت اللازم للحصول على تلك الموافقات تفاوتاً كبيراً من بلد إلى آخر ، وقد يكون في بعض الحالات طويلاً جداً ، خصوصاً عندما لا تكون الجهات المصدرة للموافقة ضالعة في صوغ المشروع أو في التفاوض على شروطه .

٣٩ - وقد يؤدي التأخر في انخراط مشروع البنية التحتية حيز التشغيل إلى الانتقاص من جدواه المالية أو إلى الحاق خسارة كبيرة بمتعديه . وإذا تعذر استرجاع التكاليف المالية الإضافية برفع التعريفات أو بفرض أسعار أعلى ، يمكن لشركة المشروع أن تلجأ إلى الحكومة المضيفة التماساً للتعويض أو الإعانة . وفي كلتا الحالتين ، قد تكون النتيجة زيادة في تكلفة المشروع وفي التكلفة التي يتحملها الناس . أما احتمال رفض إعطاء الموافقة النهائية على المشروع ، أو رفض إعطاء ترخيص آخر لا يمكن بدونه تنفيذ المشروع ، فيمكن أن تكون له آثار أشد على متعدي المشروع . فإلى حين التوقيع على اتفاق المشروع ، يكون متعهدو المشروع في العادة قد أنفقوا الكثير من الوقت واستثمروا مبالغ ضخمة في المشروع (مثل أعداد دراسات الجدوى والتصاميم الهندسية وغيرها من الوثائق التقنية ؛ وأعداد مستندات المناقصة والمشاركة في إجراءات المناقصة ؛ أعداد وثائق العقود واتفاقات القروض والتفاوض عليها ؛ وتعيين الخبراء الاستشاريين والمستشارين) .

٤٠ - وبغية تعجيل الأمور وتفادي النتائج الضارة لأي تأخر في الجدول الزمني للمشروع ، تسند التشريعات ذات الصلة في بعض البلدان سلطة الزام الحكومة المضيفة إلى مسؤولين معينين ، بحيث يدخل اتفاق المشروع حيز النفاذ عند التوقيع عليه أو عند استيفاء بعض المتطلبات الشكلية ، مثل نشر الاتفاق في الجريدة الرسمية . أما في البلدان التي قد يتعذر فيها اتباع هذا الإجراء ، أو التي يظل لازماً فيها الحصول على موافقة نهائية من جهة أخرى ، فمن المستصوب النظر في سبل للحيلولة دون أن تصبح اشتراطات الموافقة تلك رادعاً يمنع متعدي المشاريع المحتملين من قبول الاضطلاع بمشاريع في البلد . وقد يجدر أن يوضع في الاعتبار أن مخاطر اجهاض المشروع بسبب عدم الموافقة قد تكون عالية بدرجة غير مقبولة لمتعدي المشروع ، كما قد يجدر الطلب إلى الحكومة بأن توفر لمتعدي المشروع وللمقرضين ضمانات كافية ضد تلك المخاطر . وفي بعض البلدان التي توجد فيها مثل تلك الاشتراطات ، حدث أحياناً أن وافقت الحكومة في اتفاق المشروع على تعويض متعدي المشروع عن كل التكاليف التي تتكبدها ، وعلى سداد أي قروض معلقة ، في حال حجب الموافقة النهائية عن المشروع .

٤١ - وبالإضافة إلى الموافقات اللازمة لدخول اتفاق المشروع حيز النفاذ ، ينطوي إنشاء وتشغيل مشاريع البنية التحتية عادة على إصدار عدة تراخيص وأنون تشترطها قوانين البلد المضيف للقيام بأنشطة معينة مختلفة (مثل التراخيص التي تشترطها اللوائح الخاصة بالنقد الأجنبي ؛ والتراخيص اللازمة لتسجيل شركة المشروع ؛ والأنون اللازمة لتوظيف الأجانب ؛ ورسوم التسجيل ورسوم الطوابع (الدمغة) اللازمة لاستعمال الأراضي أو امتلاكها ؛ وتراخيص استيراد المعدات واللوازم ؛ وتراخيص البناء ؛ وتراخيص مد الأسلاك أو الأنابيب ؛ والتراخيص اللازمة لبدء تشغيل المرفق) . وقد تندرج هذه التراخيص والأنون ضمن اختصاصات هيئات شتى في مختلف مستويات الإدارة الوطنية ، كما أن الوقت اللازم لإصدارها قد يكون طويلا .

٤٢ - ورأى بعض البلدان أن من المفيد تنسيق عملية إصدار التراخيص في مرحلة مبكرة من تنفيذ المشروع ، بأن تحدد مقدما ماهية التراخيص التي ستلزم للاضطلاع بمشاريع في قطاعات معينة ، وبالنص على أن تتفق الجهة المشتريّة والهيئة أو الهيئات المعنية بالتراخيص للنشاط الذي هو موضع الامتياز على شروط منح تلك التراخيص قبل توجيه الدعوة إلى تقديم العطاءات ، كما في المثال التالي :

١ - قبل إصدار إعلان استدراج العطاءات [طلب تقديم العروض] ، تقوم الجهة المشتريّة ، بعد التشاور مع سائر الأجهزة والهيئات المعنية ، بتحديد جميع التراخيص الرئيسية اللازمة لإنشاء المشروع ، والهيئات التي يتعين الحصول على تلك التراخيص منها .

٢ - تدرج القائمة الراهنة لجميع التراخيص اللازمة والهيئات التي يتعين الحصول على تلك التراخيص منها في إعلان استدراج العطاءات [طلب تقديم العروض] .

٤٣ - يمكن تكميل حكم كالوارد أعلاه بحكم يعهد بسلطة مراقبة إصدار تلك التراخيص إلى هيئة واحدة ، كما في المثال التالي :

١ - تتولى [الهيئة المشرفة على القطاع المعني] مسؤولية استلام طلبات التراخيص واحالتها إلى الهيئات المختصة ومراقبة عملية إصدار جميع التراخيص المدرجة في إعلان استدراج العطاءات وسائر التراخيص التي قد تستحدث لاحقا .

٢ - تعتبر التراخيص ممنوحة ما لم ترفض الطلبات الخاصة بها كتابة في غضون [...] يوما من تاريخ استلامها .

٤٤ - ولكن ثمة حالات تكون فيها الحكومة المضيفة ، لأسباب دستورية أو لدواع أخرى تتعلق بتنظيمها الداخلي ، غير قادرة على تولي مسؤولية اصدار جميع التراخيص ، أو على اسناد مثل تلك المهمة التنسيقية الى هيئة واحدة . وفي تلك الحالات ، ربما تود الحكومة المضيفة أن تنظر في تقديم بعض التطمينات بأنها ، رغم ذلك ، ستساعد شركة المشروع قدر الامكان على الحصول على التراخيص التي يقتضيها القانون الوطني ، وذلك بتعيين مسؤول خاص أو هيئة خاصة لتقديم المعلومات والمساعدة الى متعهدي المشروع فيما يتعلق بالتراخيص اللازم الحصول عليها ، وكذلك الاجراءات والشروط ذات الصلة .

— — — — —