الأمم المتحدة

A/CN.9/533/Add.1

الجمعية العامة

Distr.: General
2 May 2003
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة السادسة والثلاثون

فيينا، ٣٠ حزيران/يونيه-١١ تموز/يوليه ٢٠٠٣*

مشروع إضافة إلى دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص

مذكرة من الأمانة

مجموعة تعليقات الحكومات والمنظمات الدولية

إضافة

المحتويات

		الصفحة
ثانيا-	مجموعة التعليقات	٢
ألف-	الدول	٢
	إيطاليا	٢
	ماليزيا	٥
	تركيا	٩
باء-	المنظمات الدولية-الحكومية	٩
	مصرف التنمية الآسيوي	٩
	المصرف الأوروبي للانشاء والتعمير	١٢
	المؤسسة المالية الدولية	١٣

* الموعد منقح.

120503 V.03-83622 (A)

ثانيا- مجموعة التعليقات

ألف- الدول

إيطاليا

١- تؤكد الحكومة الايطالية تقديرها للعمل المنجز في مهمة صوغ أحكام تشريعية نموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية المموّلة من القطاع الخاص لكي تُعرض على لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في دورتها القادمة. فالأحكام النموذجية تجسّد حقا معظم الاقتراحات والآراء التي أبداها الوفد الايطالي الذي يرغب مع ذلك في إبداء بعض التعليقات على أحكام منفردة، وذلك دائما بهدف زيادة الشفافية والنزاهة في الاجراءات التنافسية.

٢- ففيما يخص العلاقة بين مشاريع الأحكام النموذجية والتوصيات التشريعية الواردة في الدليل التشريعي، يقترح الوفد الايطالي اعتماد الخيار الثالث الوارد في الفقرة ٢ من مذكرة الأمانة المؤرخة ١٩ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٢ (A/CN.9/522/Add.1). وبما أنه يتعذّر في الحقيقة الاستعاضة عن التوصيات التشريعية بكاملها بالأحكام التشريعية النموذجية (الخيار الثاني)، فقد يكون من المستحبّ الاقتصار على الاستعاضة عن التوصيات التشريعية التي تعتمد اللجنة بشأنها أحكاما تشريعية نموذجية.

الحكم النموذجي ٥- القواعد المنظمة لاجراءات الاختيار

٣- من الواضح أن الأحكام النموذجية لا تتناول عددا من الاجراءات أو الخطوات العملية التي يُفترض أن توجد عادة في نظام عام ملائم بشأن الاشتراء (ومنها مثلا ضمان العرض واستعراض الاجراءات، والحق في إعلام الجمهور، وطريقة نشر الاشعارات، الخ). ولكن، اذا لم يكن بعض هذه الأحكام الاجرائية العملية بل والأساسية مدرجا في الاطار العام للدولة المشترعة، فقد يكون من المفضّل أن تتضمن الأحكام النموذجية إشارة إلى أحكام تكميلية (على سبيل المثال، إلى أحكام قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاشتراء) تنص على اجراءات تنافسية شفافة وكفؤة.

الحكم النموذجي ٦- الغرض من الاختيار الأولي واجراءاته

٤- ينبغي أن تتضمن الدعوة إلى المشاركة في اجراءات الاختيار معلومات كافية لمقدمي العروض لكي يتمكنوا من التأكد مما إذا كانت الأشغال والخدمات التي ينطوي عليها

المشروع يمكن أن يوفرها مقدّم العرض المهتمّ (على سبيل المثال، فيما يخص المعايير السابقة للاختيار الممكنة، ومنها مثلا استعمال سلع وطنية أو استخدام اليد العاملة المحلية).

٥- وبالتالي، يمكن التفكير في إضافة عبارة ختامية إلى نص الحكم يكون نصها، مثلا، كما يلي: "أي معلومات أخرى عن العناصر الأساسية للمشروع".

الحكم النموذجي ١٥- تقييم الاقتراحات والمقارنة بينها

٦- يمكن تضمين هذا الحكم النموذجي إشارة إلى عمليات تقييم بديلة كعملية التقييم على خطوتين أو نظام المظروفين (الوارد وصفهما في الفصل الثالث، اختيار صاحب الامتياز، الفقرات ٧٩-٨٢ من دليل الأونسيترال التشريعي).

الحكم النموذجي ١٧- المفاوضات النهائية

٧- قد يكون لهذه المفاوضات عدد من العيوب حيث انها تتطلب موظفين ذوي مهارة عالية ويتمتعون بخبرة كافية وهي تنطوي على احتمالات كبيرة أن تحصل ممارسات تعسفية أو فاسدة. لذلك، من الأفضل أن يُذكر تحديدا في الحكم النموذجي أن استعمال اجراءات الاختيار التنافسية هو قاعدة لاسناد مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وجعل منح الامتيازات دون اجراءات تنافسية مقصورا على الحالات الاستثنائية فقط.

الحكم النموذجي ١٩- اجراءات التفاوض بشأن عقد امتياز

٨- سعيا إلى تعزيز الشفافية، يمكن أن يحدد الحكم عددا أدنى من مقدمي العروض الذين ينبغي للسلطة المتعاقدة أن تتفاوض معهم، عند الامكان، أو الذين يمكن أن تلتمس السلطة اقتراحاتهم (الفقرة الفرعية (ب)).

الحكم النموذجي ٢٦- سجل إجراءات الاختيار والاسناد

٩- إن سجل اجراءات الاختيار والاسناد ضروري بهدف ضمان الشفافية والمساءلة وتيسير ممارسة مقدمي العروض حقهم في أن يطلبوا مراجعة القرارات الصادرة عن السلطة المتعاقدة.

١٠- ومن ثم، من المستصوب تأكيد هذا الحق أيضا إذا كانت قوانين الدولة المشترعة لا تتناول هذه المسائل على نحو واف وذلك، مثلا، باضافة العبارة "إن وجدت" أو صيغة مماثلة فيما يتعلق بالأحكام ذات الصلة لدى الدولة المشترعة.

الحكم النموذجي ٣٠- تنظيم صاحب الامتياز

١١- مثلما نوقش في الدليل التشريعي، من المستصوب أن يشير الحكم النموذجي إلى الأحكام التشريعية أو يشترط اتساق المتطلبات اللائحية مع الالتزامات الدولية التي يتحملها البلد المضيف.

الحكم النموذجي ٣٣- حقوق الارتفاق

١٢- في العادة، لا يحصل صاحب الامتياز على حقوق الارتفاق فورا أو بسهولة مباشرة من أصحاب الممتلكات المعنية؛ ولهذا السبب، كثيرا ما تكتسب السلطة المتعاقدة حقوق الارتفاق الضرورية قسرا في الوقت ذاته الذي تحصل فيه على موقع المشروع. لذلك، من المستصوب استعمال عبارة "يُمنح صاحب الامتياز".

الحكم النموذجي ٣٤- الترتيبات المالية

١٣- يبين هذا الحكم حق صاحب الامتياز في فرض وتحصيل تعريفات ورسوم، حيث انها مصدر الدخل الرئيسي، إن لم يكن الوحيد، لصاحب الامتياز.

١٤- ويجب أن ينص عقد الامتياز على الطرائق والصيغ المتعلقة بإرساء تلك التعريفات والرسوم وتعديلها؛ ومن المفترض أن تأخذ السلطة المتعاقدة في الاعتبار، لدى صوغ عقد الامتياز، البارامترات اللازمة لتحديد أسعار السلع أو الخدمات على أساس مبادئ معياري النزاهة والعدل. ولهذه الأسباب، من المستصوب إلغاء العبارة الواردة بين معقوفتين.

الحكم النموذجي ٤٣- مدة عقد الامتياز وتمديده

١٥- لقد سبق للفريق العامل أن بحث إمكانية اتفاق السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز على تمديد فترة الامتياز المحددة في عقد الامتياز. وفي هذا الخصوص، اتفق الفريق العامل على الحفاظ على متن نص الحكم، واقترح إضافة حاشية. وبالرغم مما ذكر أعلاه، وحيث انه من غير المستصوب عموما استبعاد خيار التفاوض على تمديد فترة الامتياز استبعادا تاما، فانه

يمكن تعديل الحاشية بالاستعاضة عن العبارة "لأسباب قاهرة تتعلق بالمصلحة العامة" بالعبارة "في بعض الظروف المحددة (على النحو المبين في عقد الامتياز)".

الحكم النموذجي ٤٤- انهاء عقد الامتياز من جانب السلطة المتعاقدة

١٦- اعتبارا للعواقب الجسيمة المترتبة على تطبيق انهاء عقد الامتياز، ينبغي اعتبار هذا الانهاء تدبيرا يتخذ في الحالات القصوى. وبالتالي، ينبغي أن تكون الظروف التي يمارس فيها هذا الحق من جانب أي من الطرفين محدودة، وذلك مثلا بالابقاء على الكلمة "قاهرة" عند ذكر الأسباب المتعلقة بالمصلحة العامة.

١٧- كذلك، قد يكون من المستحب أن يفيد الحكم النموذجي ضمنا إمكانية الانهاء لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، شريطة أن يكون ذلك قد ذكر صراحة في مشروع عقد الامتياز الموزّع مع طلب الاقتراحات.

١٨- وعلاوة على ذلك، وحيث ان من غير الملائم استعمال حق الانهاء لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة كبديل لسبل انتصاف تعاقدية أخرى في حال الاستياء من أداء صاحب الامتياز، يمكن أن تتضمن الأحكام النموذجية عبارة مثل "إذا لم يحدد غير ذلك في عقد الامتياز".

١٩- ومن أجل الحد من الصلاحية التقديرية للسلطة المتعاقدة فيما يتعلق بانهاء العقد من جانب واحد، يمكن أن ينص الحكم النموذجي على ضرورة صدور قرار من محكمة أو هيئة لتسوية المنازعات.

ماليزيا

١- تلاحظ ماليزيا أن الهدف من أحكام الأونسيترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص هو توفير أحكام نموذجية بغية القيام بما يلي:

(أ) ايجاد اطار تشريعي مؤات لترويج مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وتيسير تنفيذها بزيادة الشفافية والنزاهة والاستدامة الطويلة وإزاحة القيود غير المرغوبة المفروضة على مشاركة القطاع الخاص في تطوير البنية التحتية وتشغيلها؛

(ب) وضع مبادئ عامة بشأن الشفافية والاقتصاد والنزاهة في إسناد العقود من جانب السلطات العمومية، من خلال وضع اجراءات محددة لاسناد مشاريع البنية التحتية.

٢- استنادا إلى هذه الأهداف، تشمل الأحكام النموذجية أمورا منها التالية:

(أ) أحكام بشأن سلطة ابرام عقود الامتياز وقواعد تنظم اختيار صاحب الامتياز؛

(ب) اجراءات بشأن الاختيار الأولي لمقدمي العروض؛

(ج) الظروف التي تجيز إسناد عقود امتياز دون إجراءات تنافسية؛

(د) إجراءات للتفاوض بشأن عقد امتياز ومحتوى عقد الامتياز.

٣- وفي الوقت الحالي، لا تملك ماليزيا أي تشريعات محددة تشمل هذه العملية. وثمة وكالة تابعة لادارة رئيس الوزراء منوط بها صلاحيات للاشراف على المسائل ذات الصلة بعملية الخوصصة واجراءاتها ولتنفيذ تلك المسائل. وفيما يتعلق بالنظم اللائحية، سُنت قوانين محددة لتنظيم وانفاذ قواعد تستهدف أصحاب الامتياز والأنشطة المخوصصة. ولغرض هذه التعليقات، يشار مرجعيا إلى الأحكام النموذجية ودليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص.

الأحكام المتعلقة بسلطة ابرام عقود الامتياز

٤- تقترح مشاريع الأحكام التشريعية النموذجية أن تذكر الدولة المشترعة قائمة بالسلطات العمومية ذات الصلة التي يجوز لها أن تبرم عقود امتياز. ومن الموصى به أيضا أن يبين القانون السلطة العمومية التي هي مخوّلة اسناد امتيازات وابرام اتفاقات لتنفيذ مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص.

٥- وتعتبر ماليزيا هذا الاقتراح ذا ضوابط تنظيمية صارمة وقد يكون تقييديا بشكل مفرط. فالسلطة العمومية لا ينبغي أن تكون بالضرورة طرفا في كل عقود الامتياز، ولكن يمكن أن تكون هنالك حالات قد يكون من الضروري فيها أن تكون السلطة العمومية طرفا لغرض ضمان التنفيذ الفعلي لعقد الامتياز. وفي الحالات التي يكون قد تم فيها سن قانون داخلي لتشريع الوظائف المحدّدة للسلطة العمومية، سيكون ذلك القانون كافيا لمنح السلطة العمومية الصلاحيات اللازمة لتنظيم مراقبة الكيان المخوصص وأنشطته. لذلك، ليس من الضروري سرد السلطات العمومية ذات الصلة التي يجوز لها إبرام عقد امتياز.

القواعد التي تنظم اختيار صاحب الامتياز

٦- تقترح مشاريع الأحكام التشريعية النموذجية إجراء عملية اختيار صاحب الامتياز بواسطة اجراءات شفافة وناجعة. وهذا الاقتراح بشير خير ويمكن النظر فيه رهنا بسياسات الدولة وممارساتها. وتلاحظ ماليزيا أن السلطات في بعض البلدان تشجع على حصر عدد العروض المرتقبة لضمان حصول منافسة ذات معنى (ثلاثة أو أربعة، مثلا). كما أن بعض البلدان تمارس نظام ترتيب بشأن مقدمي العروض المرتقبين بغية الحفاظ على النوعية. وهذه الممارسات يمكن أن تعزز الشفافية والفعالية.

الظروف التي تجيز اسناد عقود امتياز دون اجراءات تنافسية

٧- عندما يتعلق المشروع بالدفاع الوطني أو المصالح الوطنية ولا يكون هناك سوى مصدر واحد قادر على توفير الخدمة المطلوبة، توصي الأحكام النموذجية بالحصول على الموافقة من سلطة عليا. وتعتبر ماليزيا هذه التوصية مفيدة بالمعنى العملي ويمكن ايلاؤها الاعتبار الواجب.

٨- وترى ماليزيا أيضا أنه عندما يُسنَد عقد من هذا القبيل إلى مقدّم عروض أجنبي، فلا بد من صوغ أحكام خاصة بشأن السرية والكتمان. وينبغي إلى حد ما توفير قدر من المرونة من أجل مراعاة الظروف المتغيرة، ومن ذلك توسيع الخدمة لتلبية الطلب الاضافي.

إجراءات التفاوض بشأن عقد امتياز

٩- تقترح مشاريع الأحكام التشريعية النموذجية أن يُنشر إشعار عن اعتزام بدء مفاوضات بشأن عقد امتياز، وأن تحدد السلطة أكبر عدد ممكن من الأشخاص المؤهلين تستطيع تحديده، وأن توضع معايير تقييم. ولا يمكن تنفيذ ذلك الاقتراح إلا إذا أنشئت لجنة مستقلة وكفؤة للاشراف على كل هذه المعايير. وينبغي عرض الاقتراحات على هذه اللجنة التي يمكن أن تُدرس فيها صيغة المعايير ويُقيَّم فيها الاقتراح بعناية.

١٠- وتلاحظ ماليزيا أن التوصيات، وان كانت جديرة بالثناء، فهي من الناحية العملية يمكن أن تعوق سرعة سير العملية. ومن شأن وضع قواعد لاجراءات التفاوض أن تجعل العملية بكاملها صلبة ومرهقة. وهذا قد لا يفضي إلى بيئة مؤاتية للأعمال التجارية.

محتوى عقد الامتياز

١١- تسرد مشاريع الأحكام التشريعية النموذجية توصيات بشأن محتوى عقد الامتياز تشمل فيما تشمل طبيعة ونطاق العمل، ومدى الاستثناء والتزامات صاحب الامتياز وسبل الانتصاف المتاحة والانهاء.

١٢- وتلاحظ ماليزيا أن كل التوصيات مفيدة ووضعت موضع التنفيذ العملي.

١٣- لكن ماليزيا تلاحظ أن الحكم النموذجي ٤٠ ينص على أن أصحاب الامتياز يحق لهم الحصول على تنقيح لعقد الامتياز في حال حصول تغيرات في الظروف الاقتصادية أو المالية أو تغييرات في التشريعات. وترى ماليزيا أن من شأن هذا الحكم أن يكون عبئا على كاهل الدولة المتعاقدة. فلا ينبغي منح أصحاب الامتياز أي تعويض في حال حصول تغير في الظروف الاقتصادية أو المالية، حيث ان هذه الظروف جزء من المجازفات الاقتصادية التي على أصحاب الامتياز خوضها. كذلك، لا ينبغي منح أصحاب الامتياز أي تعويض في حال حصول تغييرات في التشريعات، حيث ان ذلك سيقيّد عملية اتخاذ القرارات من جانب الحكومة.

١٤- وتلاحظ ماليزيا أيضا أن الفقرة الفرعية (أ) من الحكم النموذجي ٤٤، التي تتناول انهاء عقد الامتياز، تنص على أنه يجوز انهاء العقد عندما لا يعود من الممكن التوقّع بشكل معقول من صاحب الامتياز أن يكون قادرا على أداء التزاماته أو مستعدا لتنفيذها. ومع أن اختبار المعقولية يبدو اختبارا موضوعيا، فانه إلى حد بعيد مسألة حقائق ويمكن الطعن فيه. وقد أوردت حالات منها الإعسار والاخلال الجسيم وما إلى ذلك كأمثلة يكون فيها أحد الطرفين عاجزا عن أداء التزاماته أو غير مستعد لأدائها. والاخلال "الجسيم" كثيرا ما يكون سبب النزاع، وتجنبا للريبة، يقترح أن يحدد العقد ويبيّن الأحكام التي هي هامة فيما يتعلق بالاخلال وتفضي إلى الانهاء. كذلك، فان العبارة "أو غير ذلك" غامضة وغير محددة.

١٥- ويمكن أن يزداد الحكم النموذجي ٤٩، الذي يتناول تسوية المنازعات، وضوحا إذا تضمن خيارات لتسوية المنازعات حتى تتمكن الدولة المشترعة من تحديد الأسلوب الذي ستعتمده في تشريعاتها.

مسألة ما إذا كان نصا الأحكام النموذجية والدليل يتصلان ببعضهما البعض ولكنهما مستقلان أو ما إذا كان ينبغي دمجهما معا في نص واحد

١٦- بالرغم من أن الدليل مرجع مفيد للدول الراغبة في وضع إطار قانوني مؤات لاستثمار القطاع الخاص في البنية التحتية العمومية، فقد ارتُئي من المستحب أن يكون هناك دليل إرشادي ملموس أكثر في شكل أحكام تشريعية نموذجية أو قانون نموذجي يتناول مسائل محددة. ولذلك الغرض، صيغت الأحكام النموذجية. كما تلاحظ ماليزيا أن الدليل التشريعي يكمّل الأحكام النموذجية أيضا. والأحكام النموذجية ليست حصرية ولا تنص إلا على الأحكام الجوهرية. وربما كان المقصود منها أن تكون كذلك، حيث انها تتيح للطرفين المرونة اللازمة ومجالا أكثر للمناورة. وترى ماليزيا أن نصي الأحكام النموذجية والدليل ينبغي قراءتهما معا كنص واحد.

١٧- ومن شأن كلتا الوثيقتين أن توفرا نصا أكمل وأشمل. غير ان هذه المسألة ما هي إلا ثانوية، حيث ان المسألة الرئيسية ما زالت تتمثل فيما إذا كان من الضروري أن تُسن هذه الأحكام كتشريعات. وما زال يمكن تحقيق الشفافية والنزاهة والمساءلة بواسطة دليل توجيهي أو كتيب.

تركيا

ترى تركيا أنه من أجل ضمان استعمال مشاريع أحكام الأونسيترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص على أحسن وجه من قِبل الدول الراغبة في استعمالها، فانه ينبغي تفسير نص وروح تلك الأحكام على النحو الواجب مع مراعاة التوصيات التشريعية الواردة في دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص. وعلاوة على ذلك، تعتقد تركيا أن نصي مشاريع الأحكام النموذجية والتوصيات التشريعية ينبغي دمجهما معا في نص واحد يتضمن كل الأحكام التشريعية النموذجية والتوصيات التشريعية التي لم يصغ بشأنها أي حكم نموذجي، وذلك قصد القيام بتجميع شامل لكل النصوص ذات الصلة بغية ضمان سهولة استعمالها.

باء- المنظمات الدولية-الحكومية

مصرف التنمية الآسيوي

١- إن مشاريع الأحكام النموذجية هي ثمرة أعمال الأونسيترال السابقة في هذا المجال المتعلق بدليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص

الذي نُشر في عام ٢٠٠١. ومع أن الأونسيترال عملت من خلال فريق كبير من الخبراء معني بمشاريع الأحكام النموذجية، مما يمثل أحجام عمل ضخمة، فان هذه هي المرة الأولى التي يتاح فيها المجال لابداء تعليقات على مشاريع الأحكام النموذجية. فقد جاء في الرسالة التي بعثت بها الأمانة طلب "إبداء تعليقات محددة ... على الأحكام المنفردة بغية تيسير إعداد التعليق التحليلي الذي سيقدّم إلى اللجنة". ونظرا لضيق الوقت المتاح لمصرف التنمية الآسيوي للتعليق على هذه الوثيقة الهامة من النصوص التشريعية، لا يسع المصرف أن يقوم باستعراض شامل لكنه يودّ ابداء الملاحظات التالية.

الامتيازات

٢- كما هو واضح من مقدمة مشاريع الأحكام النموذجية، بدأ الفريق العامل التابع للأونسيترال بالعمل بشأن مرحلة محدّدة من مشاريع البنية التحتية، وهي اختيار صاحب الامتياز. لكنه وسّع نطاق ولايته لكي تشمل مجالات هامة أخرى، وهي التشييد والتشغيل، وانهاء العقد، وحلّ النزاعات.

تعليقات على أحكام محدّدة

الحكم النموذجي ١٨- الظروف التي تجيز منح امتياز بدون اجراءات تنافسية

الفقرة الفرعية (أ)

٣- سيكون هذا الحكم مرغوبا فيه جدا لتيسير الانشاء السريع للبنية التحتية التي هناك حاجة ماسة إليها والتي أهملت طويلا. فعلى سبيل المثال، قد يحتاج بلد أهمل توليد القدرة الكهربائية لسنين عديدة إلى أن ينشئ بسرعة عددا كبيرا من محطات القدرة الكهربائية الصغيرة لأغراض أوقات الذروة بواسطة الاجراء المختصر الموصوف هنا، بينما هو يحتاج إلى إسناد مشاريع إنشاء محطات أكبر حجما بواسطة المناقصة التنافسية الموصوفة في موضع سابق من مشاريع الأحكام النموذجية.

الاقتراحات غير الملتمسة

٤- توفر هذه الأحكام بشكل عام إرشادات ضرورية جدا للهيئات التشريعية التي ترغب في إرساء بعض القواعد الأساسية بشأن هذا المجال الذي هو موضع جدل.

الحكم النموذجي ٢٣- الاقتراحات غير الملتمسة التي تنطوي على حق من حقوق الملكية الفكرية أو الأسرار التجارية أو غير ذلك من الحقوق الحصرية

٥- هذا الحكم ينص تحديدا على أنه يجوز للسلطة المتعاقدة أن تنشر وصفا للعناصر الأساسية التي ينبغي أن يتضمنها الاقتراح غير الملتمس لكي تلتمس اقتراحات أخرى بشأن المشروع. وتخلص الفقرة ٤ إلى أنه، في حال ورود اقتراحات عديدة، يجب على السلطة المتعاقدة عندئذ أن تلتمس اخضاع الاقتراحات لعملية العروض التنافسية الكاملة المنصوص عليها في مشاريع الأحكام النموذجية ١٠-١٧.

٦- ومن غير المرجّح أن يسلك مقدّم الاقتراح المسلك الذي ينطوي على جهد وتكلفة والذي تنص عليه الفقرة ٢ من مشروع الحكم النموذجي ٢١ إذا كان هناك احتمال أن يخسر المشروع أمام مقدمي اقتراحات آخرين، وذلك بالذات بسبب العمل الشاق الذي يبذله في اعداد دراسة جدوى. وهذا سيكون مخالفا للسبب المذكور بكثرة بشأن إرساء عملية اجرائية لقبول الاقتراحات غير الملتمسة أصلا، وهو أنه قد تكون هناك حاجة إلى السرعة بشأن نوع معيّن من المشاريع (مثلا، المشاريع الصغيرة لمعالجة المياه أو تصريفها). ويوصي المصرف بأن ينظر الفريق العامل في أن يذكر تحديدا أن الاقتراحات غير الملتمسة التي هي دون حجم معين هي وحدها التي يمكن النظر فيها، وربما كان ذلك بقياسها بواسطة رقم تكلفة اجمالية للمشروع. ويمكن أن تقوم السلطة المتعاقدة أو وكالة أخرى بتحديد ذلك الرقم دوريا. عندئذ يمكن للسلطة المتعاقدة أن تقوم بمقارنات مختصرة للتكلفة والقيمة للتأكد من جدارة الاقتراح، ثم تلي ذلك جلسات استماع علنية ملائمة حسبما يقتضيه القانون.

الحكم النموذجي ٤٥- إنهاء عقد الامتياز من جانب صاحب الامتياز

٧- لقد انسحب عدد من أصحاب الامتياز في الآونة الأخيرة من المشاريع نتيجة للصعوبات التي كانوا يعانون منها أو للتغير في توجه المشروع التجاري. ومن شأن الحكم النموذجي ٤٥ أن يحظر على صاحب الامتياز انهاء العقد في تلك الظروف، وهذا مرغوب فيه جدا. ففي بعض الحالات، تُركت السلطات المتعاقدة دون صاحب امتياز بديل متاح على الفور، وأصبحت تواجه، بالرغم من التخطيط المعقول، وضعا يائسا جدا فيما يتعلق بالبنية التحتية التي كان يقصد بالمشروع توفيرها. ويُوصي المصرف الفريق العامل بالنظر في إضافة فقرة فرعية (د) يكون نصها كالتالي:

"(د) يجب أن يتضمن عقد الامتياز تحديدا للأضرار التي ينبغي لصاحب الامتياز تعويض السلطة المتعاقدة عنها في حال انهاء صاحب الامتياز الامتياز في

ظروف أخرى، منها على سبيل المثال لا الحصر الصعوبة المالية التي يعاني منها صاحب الامتياز، أو التغير في توجه المشروع التجاري أو طبيعة المشروع غير المربحة اقتصاديا."

٨- ويرجى ملاحظة الخطأ الطباعي في الحاشية ١٤.

المصرف الأوروبي للانشاء والتعمير

١- يود المصرف الأوروبي للانشاء والتعمير أن يهنئ الفريق العامل على وضع أحكام تشريعية نموذجية تتناول على نحو بناء العديد من المسائل الأساسية الرامية إلى تيسير تمويل امتيازات البنية التحتية. ويسر المصرف بوجه خاص أن يلاحظ الوضوح والشفافية اللذين تتميز بهما العملية الاجرائية التي وضعت لاختيار أصحاب الامتياز. واضافة إلى ذلك واتساقا مع النهج الذي يتبعه المصرف والمتمثل في التشجيع على المرونة فيما يتعلق بأحكام اتفاقات الامتياز، يسر المصرف أن يلاحظ أن النهج ليس آمرا بشكل مفرط في تحديد ما يجب أن يتضمنه اتفاق الامتياز. وانه يجيز فضلا عن ذلك تطبيق قانون وتحكيم أجنبيين إذا اتفق الطرفان على ذلك.

٢- كما يشيد المصرف بالفريق العامل لادراجه صراحة بابا يتعلق بمنح المقرضين ضمانا وآلية تجيز إبدال صاحب الامتياز، رهنا بموافقة السلطة المتعاقدة.

٣- غير إن هنالك في هذا الصدد ثلاثة مجالات من مشاريع الأحكام التشريعية النموذجية يمكن زيادة توضيحها.

٤- فأولا، وكما ذكر أعلاه، يفيد الحكم النموذجي ٤٢ بأنه يجوز للسلطة المتعاقدة أن تتفق مع مقرضي صاحب الامتياز على إحلال كيان جديد محل صاحب الامتياز لدى إخلاله بالعقد. ولكن ليس واضحا تماما من هذه الصيغة ما إذا كان هذا الاتفاق يمكن أن يحصل مسبقا، كأن يكون ذلك من خلال اتفاق مباشر. وعلاوة على ذلك، قد لا يبدو واضحا تماما من الأحكام التشريعية النموذجية ما إذا كان يجوز للسلطة المتعاقدة أن تبرم اتفاقا مباشرا أعمّ مع المقرضين، وذلك مثلا للاعتراف بمنح الضمان أو النص على أحكام أخرى قد تكون هامة لتأمين التمويل لذلك الامتياز.

٥- وثانيا، وهذا ذو صلة بالمسألة السابقة، فقد لوحظ أن الحكم النموذجي ٣٦ يوحي عموما بأنه ليس من الجائز إحالة أو رهن اتفاق الامتياز دون موافقة السلطة المتعاقدة. فمع أن العديد من شواغل المقرضين بشأن الحصول على ضمان على اتفاق الامتياز يمكن تناولها

على نحو واف من خلال الامكانية المقترحة لابدال الحقوق الآنفة الذكر، فقد تكون هناك حقوق لصاحب الامتياز بموجب اتفاق الامتياز سيكون لدى المقرضين بشأنها حاجة إلى أن تحتل الصدارة في المصلحة الضمانية، ومنها مثلا إنهاء السداد، إن حصل. كما أنها تيسّر التمويل بوجه عام لكي يتمكّن المقرضون من التأكد من أن لهم ضمانا على الموجود الرئيسي في تمويل الامتياز، ألا وهو اتفاق الامتياز، حتى إذا كان ذلك الضمان خاضعا لحقوق السلطة المتعاقدة بموجب اتفاق الامتياز المذكور. ومن ثم، يُقترح أن يُسمح لأصحاب الامتياز بإحالة حقوقهم في اتفاق الامتياز كضمان على القروض من الممولين، ولكن أيضا بإنهاء اتفاق الامتياز إذا لم يستوف الكيان البديل، بموجب أي حبس للرهن من هذا القبيل، المعايير المتفق عليها مع السلطة المتعاقدة.

٦- ثالثا، فقد لوحظ أن أصحاب الأسهم في الشركة صاحبة الامتياز يجوز لهم بموجب الحكم النموذجي ٣٥ رهن مصالحهم في أسهم الشركة صاحبة الامتياز. ولكن، ليس واضحا تماما كيف يتفاعل السماح بهذا الضمان مع الحكم النموذجي ٣٧ الذي يحظر حصول تغيرات في السيطرة.

٧- أخيرا، من دواعي الغبطة ملاحظة أن مكتب المستشار القانوني العام للمصرف الأوروبي للانشاء والتعمير أصبح يرجع رسميا إلى دليل الأونسيترال التشريعي باعتباره مَعْلما لأفضل المعايير المقبولة دوليا. وهذا سيكون الحال في عمليات تقييم قوانين الامتياز في البلدان الـ ٢٧ التي يُمارس فيها المصرف عملياته وكذلك في إعداد صفحة تتعلق بالامتياز على موقع المصرف على شبكة الانترنت.

المؤسسة المالية الدولية

١- إن مشروع الاضافة المقترح إلى دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص عمل هام بالنسبة إلى البلدان الأعضاء في المؤسسة المالية الدولية. ويسرّ المؤسسة أن أُتيحت لها الفرصة للتعليق على ذلك النص. فنظرا لضيق الوقت، أجري استعراض وجيز للتوصيات التشريعية فقط، والتعليقات الواردة أدناه مستندة إلى خبرة المؤسسة.

تمهيد

القوانين الأخرى التي لها تأثير على مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص والنظم القضائية

٢- ينبغي أن تشير الفقرة الأخيرة كذلك إلى القوانين واللوائح التنظيمية المتعلقة بالضرائب والأعمال المصرفية والصرف والافلاس، بصفتها مجالات لا يتناولها الدليل مع أن لها تأثيرا في مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص. وينبغي في التعليق المرافق تشجيع الحكومات على أن تأذن لواضعي اللوائح التنظيمية بتطبيق لوائح تنظيمية واجراءات عملية ومباشرة تنفيذا للقانون. فعلى سبيل المثال، يجب أن يكون نظام صرف العملة الأجنبية وإعادتها إلى البلد بسيطا وسريعا. كما ينبغي أن تذكر الفقرة الأخيرة من الدليل أن خبرة النظم القضائية وشفافيتها وقابليتها للتنبؤ أساسية أيضا. أخيرا، ينبغي أن تشجع الفقرة الحكومات على تسوية مواطن التضارب مع القوانين واللوائح التنظيمية المتنازعة الأخرى. فعلى سبيل المثال، هل يَجُبُّ قانون الامتياز في بلد ما قوانين الضرائب أو القوانين المتعلقة بالعقود الحكومية؟

أحكام محددة

مقدمو العروض الأجانب

٣- ينص الحكم النموذجي ٧ من الدليل على أنه قد تكون هناك حالات يُفضَّل فيها مقدمو العروض المحليون، وهذا مقبول طالما نص التماس الاقتراحات بوضوح على ذلك. وتؤيد المؤسسة التعليق المرافق الذي يصف المسائل المحيطة بهذه الأنواع من التفضيلات وكيفية توفير بدائل للعروض الأجنبية.

الموافقة البرلمانية

٤- مع أن الدليل لا يتناول فيما يبدو الموافقة البرلمانية، ربما ينبغي للأحكام ذات الصلة بصلاحية السلطة المتعاقدة أن تحدد نطاق المسائل التي ستقتضي موافقة برلمانية (وينبغي أن يكون هذا النطاق من الناحية المثالية محدودا).

القانون الناظم وتسوية المنازعات/الحصانات/اللغة

٥- يفيد الحكم النموذجي ٢٩ بأن عقد الامتياز ينظمه قانون الدولة ما لم يرد خلاف ذلك في عقد الامتياز. ومع أن هذا يتيح قدرا من المرونة للنص على قانون ناظم أجنبي، فإن بلدانا كثيرة لها قوانين تحظر أو تقيد القانون الناظم الأجنبي أو، من الناحية العملية، تعترض على القانون الناظم الأجنبي. وهذا يمكن أن يكون له أثر في تعبئة المستثمرين والمقرضين الأجانب، خصوصا إذا ما قُرِن بالتعليقات على تسوية المنازعات في الجملة التالية. وينبغي للتعليق أن يشجّع الحكومات على ضمان أن يجيز قانونها القانون الناظم الأجنبي، حتى في العقود التي يشارك فيها كيان حكومي.

٦- ويفيد الحكم النموذجي ٤٩ بأن الطرفين يجوز لهما تحديد آليات تسوية المنازعات في عقد الامتياز. وهذا يفترض فيه أنه يعني أن بإمكانهما تحديد قواعد تحكيم دولية أو محاكم أجنبية. ولكن، ثمة بلدان عديدة ليست أطرافا في معاهدات مع بلدان عديدة أخرى بشأن إنفاذ الأحكام الأجنبية، ولا هي أطراف في اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها. وينبغي في التعليق حث الحكومات على أن تقبل التحكيم الدولي وأن تعتمد المعاهدات ذات الصلة أو تصبح أطرافا فيها.

٧- ومن الهام أيضا أن تكون لدى الحكومات قوانين تجيز لها التنازل عن حصاناتها فيما يتعلق باجراءات تسوية المنازعات وقرارات التحكيم أو الأحكام ذات الصلة. وتحظر قوانين بعض البلدان أو تقيّد حالات التنازل عن الحصانة هذه. وهذا يمكن أن يتناوله التعليق.

٨- وينبغي أن يذكر الدليل صراحة أن الانكليزية يمكن أن تكون لغة عقد الامتياز.

ملكية الموجودات والضمانات وإحالتها

٩- يتناول الحكمان النموذجيان ٣١ و٣٥ ملكية الموجودات والضمان الذي يمكن أخذه على تلك الموجودات، وهما يفيدان بأن الضمان على الموجودات العمومية لا يجوز أخذه عندما يحظر القانون إنشاء الضمان. وينبغي للحكومات أن تدرس من جديد العلة المنطقية من وراء ذلك، وأن تعيد النظر في المحظورات الواسعة النطاق التي هي من هذا النوع، وأن تحاول تضييق تلك المحظورات أو توفير مرونة للسلطة المتعاقدة لكي تحيد عن تلك المحظورات.

التعويض عن تغييرات تشريعية معينة وتغييرات في الظروف الاقتصادية

١٠- يفيد الحكمان النموذجيان ٣٩ و٤٠ بأن صاحب الامتياز يمكن أن يستحق التعويض في حال ازدياد تكلفة التنفيذ "ازديادا كبيرا" أو تناقص قيمة ما يتلقاه "تناقصا كبيرا" نتيجة لحصول تغيير في القانون أو في الظروف الاقتصادية الأوسع نطاقا. وهذه الصيغة عامة وغامضة ويمكن أن تفضي إلى منازعات في المستقبل.

تولي المشروع مؤقتا

١١- يفيد الحكم النموذجي ٤١ بأنه قد تكون هناك ظروف يجوز فيها للسلطة المتعاقدة أن تتولى تشغيل المشروع مؤقتا. وقد وجدت المؤسسة أن هناك أحيانا أحكاما في عقود الامتياز تجيز للسلطة المتعاقدة (التي هي حكومية في العادة) أن تتولى التحكم في الموجودات بصفة دائمة وتضع نفسها في موضع صاحب الامتياز فيما يتعلق بمستندات التمويل. وهذا يمكن أن يمثل مشكلة لمؤسسات مثل مؤسسة التمويل الدولية. ومن الناحية المثالية، يجدر بالتوصيات أن تشجع على التولي المؤقت فقط وعلى المرونة في الإلحاح على استحقاق تولي ترتيبات التمويل، وربما كان ذلك مشروطا بموافقة المقرضين.

شرط التوازن

١٢- يفيد الحكم النموذجي ٤٥ بأنه لا يجوز لصاحب الامتياز أن ينهي عقد الامتياز إلا في ظروف ضيقة، خلافا للقول بأنه يجوز لصاحب الامتياز أن ينهي العقد في ظروف معينة. وهذا تقييدي بشكل غير اعتيادي وهو مخالف لروح صاحب الامتياز الذي يباشر المشروع. وعلى أي حال، ينبغي لعقد الامتياز من الناحية المثالية أن يجيز لصاحب الامتياز أيضا إنهاء العقد لظروف قاهرة طال أمدها أو على الأقل لظروف قاهرة حكومية ولحصول تغير في القانون يُبطل العقد.

تعليقات عامة

الامتيازات فقط

١٣- قد يكون من المفيد أن يشمل الدليل بنى غير عقود البنية التحتية القائمة على الامتياز. فعلى سبيل المثال، ينطبق العديد من الأحكام والمبادئ على إسناد مشاريع مستقلة لتوليد القدرة الكهربائية إلى شركات من القطاع الخاص، ولكن دون امتياز.

الفرق المفاوضة

١٤- ينبغي للبلدان أن تتناول المعوقات العملية التي تعترض ممارسة أعمال تجارية فيها، وربما كان ذلك في أهمية تناول الأحكام التشريعية الموصى بها. فعلى سبيل المثال، على الرغم من تناول صلاحيات السلطات المتعاقدة، ينبغي حث البلدان على إنشاء فرق داخل وزاراتها يؤذن لها أن تتفاوض وتتفق على الأحكام الواردة في عقود الامتياز وتخوّل صلاحية القيام بذلك. وكثيرا ما يحدث أن يلح الوزراء أنفسهم على المشاركة في المفاوضات والقرارات، وهذا من شأنه أن يتسبب في تأخير كبير في تنفيذ المشاريع. وهذا أمر هام حتى وإن كان لا يمكن إضافته إلى القانون أو اللوائح التنظيمية.

مستشار في المعاملات الدولية

١٥- تُدعى الحكومات بإلحاح إلى التماس المشورة من مستشار ذي خبرة في المعاملات الدولية لكي يمثل مصالحها في تلك المعاملات. ويمكن أن يتوفر التمويل الخاص بالمساعدة التقنية من مؤسسات مختلفة متعددة الأطراف لتمويل تلك المشورة.