

Distr.
GENERAL

A/CN.9/458/Add.5
17 February 1999
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الثانية والثلاثون

فيينا ، ١٧ أيار/مايو - ٤ حزيران/يونيه ١٩٩٩

مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص

مشاريع فصول لدليل تشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية
التمولة من القطاع الخاص

تقرير الأمين العام

إضافة

الفصل الرابع - اتفاق المشروع

الصفحة	الفقرات
٢	التوصيات التشريعية -
٥	ملاحظات على التوصيات التشريعية ١ - ٦٧
٥	ألف - اعتبارات عامة ١ - ٨
٥	١ - النهج التشريعية ٢ - ٤
٦	٢ - إبرام اتفاق المشروع ٥ - ٨
٧	باء - الشروط الأساسية لاتفاق المشروع ٩ - ٦٧
٧	١ - الترتيبات المالية ١٠ - ٢١
١٢	٢ - موقع المشروع ٢٢ - ٢٧
١٤	٣ - الارتفاقات ٢٨ - ٣١
١٥	٤ - الضمانات ٣٢ - ٤٠
١٨	٥ - تنظيم صاحب الامتياز ٤١ - ٥١
٢١	٦ - التنازل عن الامتياز للغير ٥٢ - ٥٥
٢٢	٧ - إمكانية نقل ملكية أسهم شركة المشروع ٥٦ - ٦٣
٢٤	٨ - مدة اتفاق المشروع ٦٤ - ٦٧

التوصيات التشريعية

إبرام اتفاق المشروع (أنظر الفقرات ٥ - ٨)

(١) قد يرغب البلد المضيف أن يقر أحكاما يكون من شأنها أن تُبسّط إجراءات إبرام اتفاق المشروع وأن تحدد مسبقا المكاتب أو الهيئات المختصة بالموافقة على اتفاق المشروع والتوقيع عليه .

الترتيبات المالية (أنظر الفقرات ١٠ - ٢١)

(٢) قد يرغب البلد المضيف أن يشترط ما يلي :

(أ) أن يكون أي تمويل لمرفق البنية التحتية بالمبالغ وبالأحكام والشروط التي يحددها صاحب الامتياز ، وأنه يجوز له ، على وجه التخصيص ولهذا الغرض أن يصدر سندات الاقتراض وأسهم في رأس المال وخلاف ذلك من ضمانات أو التزامات وأن يضمن أي تمويل برهن أي جزء من ملكيته ؛

(ب) أن ينص اتفاق المشروع على التعريفات أو رسوم الانتفاع التي يجوز لصاحب الامتياز أن يتقاضاها مقابل الانتفاع بالمرفق الذي يوفره أو بالخدمات التي يوفرها ، وأن يبين أسلوب وصيغ تعديل تلك التعريفات أو رسوم الانتفاع هذه ؛

(ج) أن ينص اتفاق المشروع على تعريفات أو رسوم انتفاع تسمح باستعادة رأس المال المستثمر وتكاليف التشغيل والصيانة بنسبة عائد معقولة ؛

(٣) قد يرغب البلد المضيف أن يشترط ما يلي أيضا :

(أ) أن يرخص للهيئة المتعاقدة ، عند الاقتضاء ، بأن توافق على تسديد دفعات مباشرة لصاحب الامتياز كبديل لرسوم الخدمات الادارية الواجبة الدفع على المنتفعين ؛

(ب) أن يرخص للسلطة المتعاقدة ، عند الاقتضاء ، أن تلتزم بشراء سلع أو خدمات بمبالغ محددة .

موقع المشروع (أنظر الفقرات ٢٢ - ٢٧)

(٤) قد يرغب البلد المضيف أن يشترط ما يلي :

(أ) أن ينص اتفاق المشروع ، حسب الاقتضاء ، على الأصول التي تظل ملكا للهيئة المتعاقدة أو لغيرها من الهيئات الحكومية وعلى فئات الأصول التي تظل ملكا خاصا لصاحب الامتياز ؛

(ب) أن يجري نزع ملكية أي أراضي لازمة لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وفقا لأنجع الإجراءات المتاحة بمقتضى قوانين البلد المضيف .

الارتفاقات (أنظر الفقرات ٢٨ - ٣١)

(٥) قد يرغب البلد المضيف أن يعتمد أحكاما تشريعية تحدد الارتفاقات التي قد يحتاج إليها صاحب الامتياز .

الضمانات (أنظر الفقرات ٣٢ - ٤٠)

(٦) قد يرغب البلد المضيف أن يشترط ما يلي :

(أ) أن ينشئ صاحب الامتياز ضمانا باستخدام أي من حصصه في ملكية مرفق البنية التحتية ؛

(ب) أنه يجوز لصاحب الامتياز أن يضمن أي تمويل برهن عائدات الامتياز أو مستحقاته .

تنظيم صاحب الامتياز (أنظر الفقرات ٤١ - ٥١)

(٧) قد يرغب البلد المضيف أن يشترط أن ينشئ مقدمو العروض الذين وقع عليهم الاختيار كيانا قانونيا مستقلا لها مقر في البلد ، باستثناء الحالات التي تنازلت فيها الهيئة المتعاقدة عن هذا الاقتضاء .

(٨) في حالة إلزام مقدمي العروض الذين وقع عليهم الاختيار بإنشاء كيان قانوني مستقل ، قد يرغب البلد المضيف أن يشترط أن ينص اتفاق المشروع على ما يلي :

(أ) شكل الكيان القانوني والحد الأدنى لرأس مالها ؛

(ب) إجراءات الحصول على موافقة الجهة المتعاقدة على تغييرات جوهرية في أنظمة الشركة صاحبة الامتياز ولوائحها ، وهي موافقة لا ينبغي الامتناع عنها دون سبب معقول .

التنازل عن الامتياز (أنظر الفقرات ٥٢ - ٥٥)

(٩) قد يرغب البلد المضيف أن يشترط أن يبين اتفاق المشروع الشروط التي يمكن بموجبها للجهة المتعاقدة أن توافق على التنازل عن الامتياز ، ومن بينها ما يلي :

(أ) قبول صاحب الامتياز الجديد جميع الالتزامات الواردة في اتفاق المشروع ؛

(ب) إثبات القدرة التقنية والمالية لصاحب الامتياز الجديد باعتبارها لازمة لتوفير الخدمة .

إمكانية نقل ملكية أسهم شركة المشروع (أنظر الفقرات ٥٦ - ٦٣)

(١٠) قد يرغب البلد المضيف أن يشترط حاجة نقل المشاركة في رأس مال الشركة صاحبة الامتياز إلى موافقة الهيئة المتعاقدة إذا :

(أ) كانت في حياة صاحب الامتياز أصول عامة أو أصول يلزم صاحب الامتياز بتسليمها إلى الهيئة المتعاقدة عند انتهاء الامتياز ؛ أو :

(ب) كان صاحب الامتياز قد حصل على قروض أو دعم أو رأس مال أو أي شكل آخر من الدعم المالي المباشر من جانب الحكومة .

مدة اتفاق المشروع (أنظر الفقرات ٦٤ - ٦٧)

(١١) قد يرغب البلد المضيف أن يشترط أن تكون جميع الامتيازات لمدة محدودة يجب النص عليها في اتفاق المشروع ، مع مراعاة طابع الاستثمار المطلوب من صاحب الامتياز ومبلغه .

ملاحظات على التوصيات التشريعية

ألف - اعتبارات عامة

١ - "اتفاق المشروع" المبرم بين الحكومة وصاحب الامتياز هو الوثيقة الأساسية في مشروع البنية التحتية . ويحدد اتفاق المشروع نطاق المشروع والغرض منه وكذلك حقوق الأطراف والتزاماتهم ؛ فهو يحدد تفاصيل تنفيذ المشروع ويبين شروط تشغيل البنية التحتية أو تقديم الخدمات ذات الصلة . ويجوز أن تضم وثيقة واحدة اتفاقات المشاريع أو يجوز أن تتألف من أكثر من اتفاق منفصل بين الهيئة المتعاقدة وصاحب الامتياز . ويتناول هذا الجزء العلاقة بين اتفاق المشروع وتشريع البلد المضيف بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، كما يتناول الإجراءات والشكليات المتعلقة بإبرام اتفاق المشروع وبدء سريانه .

١ - النهج التشريعية

٢ - اتفاق المشروع هو الصك الذي تمارس الحكومة من خلاله سلطتها بأن تعهد لصاحب الامتياز بمسؤولية الاضطلاع بمشروع للبنية التحتية (أنظر الفصل الأول ، "اعتبارات تشريعية عامة" ، —) . وهناك من ثم ارتباط جوهري بين اتفاق المشروع وقوانين البلد المضيف التي تحكم تنفيذ مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، أو بصورة أكثر شمولاً توفير الخدمات العمومية . وكثيراً ما يتضمن التشريع المحلي أحكاماً تعالج محتوى اتفاق المشروع . وقد اتبعت في هذا الصدد ثلاثة نهج رئيسية . فبينما تكتفي قوانين بعض البلدان بالإشارة إلى الحاجة إلى اتفاق بين صاحب الامتياز والهيئة المتعاقدة ، تتضمن قوانين بلدان أخرى أحكاماً إلزامية واسعة النطاق تتعلق بمحتوى البنود التي يجب أن يتضمنها الاتفاق . وهناك نهج وسط تتبعه قوانين تدرج عدداً من المسائل التي يجب معالجتها في اتفاق المشروع ، دون تحديد محتوى بنوده بالتفصيل .

٣ - وقد تفي الأحكام التشريعية المتعلقة بعناصر أساسية معينة من اتفاق المشروع بغرض إنشاء إطار عام لتحديد حقوق الأطراف والتزاماتهم . ويمكن أن يكون الغرض منها هو ضمان اتساق معالجة بعض المسائل التعاقدية وتوفير توجيهات للسلطات العامة المعنية بالتفاوض بشأن اتفاقات المشاريع على مستويات مختلفة من الحكومة (على المستوى الوطني أو على مستوى المقاطعة أو المستوى المحلي) . وقد تجد الهيئات المتعاقدة التي تفتقر إلى الخبرة في مجال التفاوض بشأن اتفاقات المشاريع هذه التوجيهات مفيدة بصفة خاصة . وقد يرى بعض البلدان كذلك أن النصوص التشريعية المتعلقة بعناصر معينة من اتفاق المشروع قد تعزز قدرة الوضع التفاوضي للهيئة المتعاقدة إزاء صاحب الامتياز . وأخيراً ، قد تكون هناك حاجة أحياناً إلى تشريع لإعطاء الهيئة المتعاقدة سلطة الموافقة على أنواع معينة من الأحكام .

٤ - وقد يكمن العيب المحتمل للنصوص التشريعية التي تتناول بالتفصيل حقوق والتزامات الأطراف في أنها قد تحرم الهيئة المتعاقدة وصاحب الامتياز من المرونة اللازمة للتفاوض بشأن اتفاق يراعي احتياجات مشروع معين وخصائصه . ولذا فإنه من المستصوب قصر نطاق الأحكام التشريعية المتعلقة باتفاق المشروع على الأحكام التي لا بد منها ، مثل الأحكام المتعلقة بمسائل قد تستلزم إذنا تشريعيا مسبقا أو التي قد تؤثر في مصالح الغير أو الأحكام المتعلقة بأمور السياسة الأساسية التي لا يسمح بالحيد عنها بالاتفاق .

٢ - إبرام اتفاق المشروع

٥ - لا يندر في حالة المشاريع المعقدة - مثل مشاريع البنية التحتية - أن يستمر التفاوض عدة أشهر حتى يكون الأطراف جاهزين للتوقيع على اتفاق المشروع . وقد أشير إلى عدد من العوامل التي تتسبب في تأخير المفاوضات ، من بينها قلة خبرة الأطراف ، وسوء التنسيق فيما بين مختلف الهيئات الحكومية ، وعدم التيقن من الدعم الحكومي ، أو مصاعب تتعلق بعمل ترتيبات للضمان تكون مقبولة للمقرضين^(١) . وبغية تجنب التأخير الذي لا داعي له في التوصل إلى إتمام اتفاق المشروع ، يستصوب أن تكون هناك قواعد تحدد بوضوح الأشخاص المفوضين أو المكاتب المفوضة بالالتزام نيابة عن الهيئة المتعاقدة (ونياحة عن هيئات حكومية أخرى ، عند الاقتضاء) في مختلف مراحل التفاوض ، وكذلك بالتوقيع على اتفاق المشروع . أما بالنسبة إلى المشاريع المتعلقة بمكاتب أو هيئات على مستويات مختلفة من الحكومة (مثل المستوى الوطني أو مستوى المقاطعات أو المستوى المحلي) حيث قد لا يتسنى أن تحدد مسبقا كل المكاتب أو الهيئات المعنية ، ربما يلزم اتخاذ تدابير أخرى لضمان التنسيق المناسب فيما بينها (أنظر الفصل الأول ، "اعتبارات تشريعية عامة" ، —) .

٦ - وعلاوة على ذلك ، يمكن للحكومة أن تلعب دورا هاما من خلال تزويد المتفاوضين نيابة عن الهيئة المتعاقدة بتوجيهات وافية . فكلما وضع فهم الأطراف للمسائل التي سوف ينص عليها في اتفاق المشروع تعاضمت احتمالات نجاح التفاوض بشأن اتفاق المشروع . وعلى العكس من ذلك ، حيثما تترك مسائل هامة معلّقة بعد عملية الاختيار ولا يحصل المتفاوضون إلا على قدر ضئيل من التوجيه بخصوص جوهر اتفاق المشروع ، قد يكون هناك خطر كبير خاص بالدخول في مفاوضات مطولة ومكلفة ، إضافة إلى شكاوى لها ما يبررها من أن عملية الاختيار لم تكن متسمة بقدر كاف من الشفافية والمنافسة (أنظر كذلك الفصل الثالث ، "إختيار صاحب الامتياز" ، —) .

(١) للاطلاع على مناقشة للقضايا التي تؤثر في التوصل إلى اتفاق مالي ، أنظر International

. Finance Corporation, *Financing Private Infrastructure*, Washington, D.C., 1996, p. 37

٧ - وإضافة إلى الترتيبات العملية من أجل تيسير التفاوض على اتفاق المشروع ، يتعين النظر في التدابير الكفيلة بتعجيل إبرامه . وتقضي بعض القوانين الوطنية باتباع إجراءات معيّنة لإبرام اتفاق المشروع ولبدء سريانه . وفي بعض البلدان قد تخضع شروط الاتفاق التي تم التفاوض عليها بين الهيئة المتعاقدة ومقدمي العروض الذين وقع عليهم الاختيار لموافقة هيئة أعلى . وفي بعض البلدان يكون بدء سريان اتفاق المشروع أو فئات معيّنة من اتفاقات المشاريع مرهونا بإصدار قانون برلماني أو حتى باعتماد قانون خاص .

٨ - ومن أجل تعجيل الأمور وتجنب النتائج السلبية الناجمة عن تأخيرات في جدول المشروع الزمني ، تفوض في بعض البلدان سلطة الزام الحكومة أو الهيئة المتعاقدة ، حسب الحالة ، في التشريع ذي الصلة إلى مسؤولين معينين ، بحيث يبدأ سريان اتفاق المشروع عند التوقيع أو عند إتمام إجراءات شكلية معيّنة ، مثل النشر في الجريدة الرسمية . وفي البلدان التي قد لا يكون فيها مثل هذا الإجراء ممكناً أو التي يلزم فيها أيضاً موافقة نهائية من كيان آخر ، يستصوب النظر في سبل لتجنب حدوث تأخير لا داعي له . ومن الأهمية التذكّر بأن صاحب الامتياز لن يكون على استعداد لتحمل مخاطرة إحباط المشروع لعدم الموافقة عليه بعد الانتهاء من المفاوضات . وفي الحالات التي يرى فيها أن شروط الموافقة تحكّمية أو مثقلة بالمصاعب ، قد يطلب من الحكومة أن تقدم ضمانات كافية إلى صاحب الامتياز وللمقرضين إزاء تلك المخاطرة (أنظر الفصل الثاني ، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي" ، —) . وفي بعض البلدان التي توجد فيها اقتضاعات الموافقة هذه ، سبق أن وافقت الحكومات أحياناً في اتفاق المشروع على تعويض صاحب الامتياز عن جميع التكاليف المتكبدة في حالة رفض الموافقة النهائية على المشروع لأسباب لا تعزى إلى صاحب الامتياز .

باء - الشروط الأساسية لاتفاق المشروع

٩ - عادة ما تكون اتفاقات المشاريع وثائق طويلة تتناول بإسهاب طائفة واسعة من المسائل العامة وأخرى خاصة بالمشروع بالتحديد . ويتناول هذا الجزء الآثار التشريعية التي يمكن أن تترتب على ما يبدو في القوانين الوطنية أنه الأحكام الأساسية لاتفاقات المشاريع ، أي تلك التي تحدد الالتزامات المالية الضرورية للأطراف ، وطابع الحقوق الممنوحة لصاحب الامتياز ، وموقع المشروع ونظام ملكية أصول المشروع ، وتنظيم صاحب الامتياز ، ومدة المشروع .

١ - الترتيبات المالية

١٠ - تدخل الترتيبات المالية في إطار الشروط الأساسية لاتفاق المشروع . وهي تتضمن عادة أحكاماً تتعلق بالالتزامات صاحب الامتياز بتدبير الأموال اللازمة للمشروع ، كما تبين الخطوط العريضة لآليات صرف الأموال والمحاسبة عليها ، وتوضح أساليب حساب وتصحيح الأسعار التي يطلبها صاحب الامتياز ، وتعالج مختلف أنواع الضمانات التي يمكن إنشاؤها لصالح دائني صاحب الامتياز . وتلزم العناية لدى

صوغ هذه الأحكام لضمان اتساقها مع اتفاقات القروض وغيرها من الالتزامات المالية التي يرتبط بها صاحب الامتياز . ويهم أيضا التأكد من أن قوانين البلد المضيف تساعد الإدارة المالية للمشروع ولا تعرقلها .

(أ) الالتزامات المالية لصاحب الامتياز

١١ - عادة ما يكون صاحب الامتياز مسؤولاً عن تدبير التمويل الكافي للمشروع في حالة مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص . وفي غالبية الحالات ، تحرص الهيئة المتعاقدة أو غيرها من الهيئات الحكومية على قصر التزاماتها المالية على الالتزامات المعرب عنها صراحة في اتفاق المشروع أو على أشكال الدعم المباشر التي وافقت الحكومة على منحها للمشروع (أنظر الفصل الثاني ، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي" ، —) .

١٢ - وعادة ما لا يمثل مبلغ رأس المال المقدم مباشرة من المساهمين في شركة المشروع إلا جزءاً من مجموع الاستثمار المقترح . ويستمد جزء أكبر من ذلك بكثير من القروض المقدمة إلى صاحب الامتياز من المصارف التجارية ومن عائدات توظيف السندات أو غيرها من الصكوك القابلة للتداول في سوق رأس المال (أنظر "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص" ، —) . ولذلك قد يكون من المفيد أن يعترف القانون بسلطة صاحب الامتياز للشروع في ما يراه مناسباً من ترتيبات مالية بغرض تمويل البنية التحتية . ويهم كذلك التأكد من أن قوانين البلد المضيف لن تقيد إلى حد غير معقول قدرة صاحب الامتياز على عمل الترتيبات التمويلية اللازمة ، وذلك مثلاً بالحد من قدرة صاحب الامتياز على تقديم ضمانات كافية لمقرضيه (أنظر الفقرات ٣٢ - ٤٠) .

١٣ - وقد يمثل العائد من توظيف السندات أو غيرها من الصكوك القابلة للتداول مصدراً هاماً لتمويل مشاريع البنية التحتية . ويجوز أن يصدر هذه الصكوك صاحب الامتياز نفسه ، وفي هذه الحالة يصبح المستثمرون الذين يشترون الأوراق المالية دائنيه ، أو يجوز أن يصدرها طرف آخر جرى التنازل له عن مستحقات المشروع (أنظر الفقرة ٣٩) عن طريق آلية تعرف باسم "الإضمان" . وينطوي الإضمان على إنشاء سندات مالية مضمونة بتدفق عائدات المشروع ، وهي مرهونة لسداد أصل هذا الضمان وفوائده . وتنطوي عادة معاملات الإضمان على إنشاء كيان قانوني مستقل عن صاحب الامتياز ، يكون موقوفاً خصيصاً لعملية إضمان الأصول أو المستحقات . وكثيراً ما يشار إلى هذا الكيان القانوني باسم "وسيلة لغرض خاص" . فيتنازل صاحب الامتياز عن مستحقات المشروع لوسيلة الغرض الخاص ، وهي تصدر بدورها للمستثمرين صكوكاً مغلّلة لفائدة تضمنها مستحقات المشروع . ويحصل بذلك حاملو السندات المضمونة على الحق في عائدات معاملات صاحب الامتياز مع عملائه . ويحصل صاحب الامتياز التعريفات من العملاء ويحوّل الأموال إلى وسيلة الغرض الخاص التي تحولها بدورها إلى حاملي السندات المشمولين بضمانات . وفي بعض البلدان ، اعترفت قوانين صدرت مؤخراً اعترافاً صريحاً بسلطة صاحب الامتياز في التنازل عن مستحقات المشروع للوسيلة الخاصة الغرض التي يعهد إليها بالمستحقات وإدارتها لصالح دائني المشروع . وبغية حماية حاملي السندات من خطر إعسار صاحب الامتياز ، قد

يستحسن اعتماد التدابير التشريعية اللازمة ليتسنى الفصل القانوني بين صاحب الامتياز ووسيلة الغرض الخاص .

(ب) سلطة صاحب الامتياز لتقاضي ثمن مقابل خدمات عمومية

١٤ - في عدد من البلدان قد يلزم إنن تشريعي مسبق كي يستطيع صاحب الامتياز أن يتقاضى ثمنًا مقابل توفير خدمات عمومية أو الانتفاع بمرافق بنية تحتية عمومية . ولذلك يستصوب أن يتضمن القانون أحكامًا عامة تأذن للهيئة المتعاقدة وصاحب الامتياز بالاتفاق على شكل السداد المناسب لصاحب الامتياز ، بما في ذلك حق تقاضي ثمن مقابل الانتفاع بالبنية التحتية أو السلع أو الخدمات التي توفرها . وقد أدى عدم وجود مثل هذا الحكم العام في التشريع في بعض البلدان إلى نزاعات قضائية تطعن في سلطة صاحب الامتياز لتقاضي ثمن الخدمة .

١٥ - وعلاوة على اعتراف عام بسلطة صاحب الامتياز لتقاضي ثمن مقابل توفير خدمات عامة أو الانتفاع بمرافق البنية التحتية ، من الأهمية النظر في مستوى التعريفات والأسعار التي يجوز لصاحب الامتياز أن يتقاضاها . فقد تكون التعريفات والأسعار التي يتقاضاها صاحب الامتياز هي مصدر الدخل الرئيسي (بل المصدر الوحيد أحيانًا) لسداد الاستثمار في المشروع في غيبة دعم أو دفعات من الهيئة المتعاقدة (أنظر الفقرات ١٧ - ٢١) أو من الحكومة (أنظر الفصل الثاني ، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي" ، —) . ومن ثم يسعى صاحب الامتياز إلى تحديد تلك التعريفات والمحافظة عليها على مستوى يضمن تدفقا نقديا كافيا للمشروع . غير أنه قد توجد في بعض النظم القانونية حدود على مدى حرية صاحب الامتياز في وضع التعريفات والأسعار . وعادة ما يكون ثمن توفير الخدمات العمومية من بين عناصر سياسة الحكومة الخاصة بالبنية التحتية ، وهي مسألة تهم شرائح كبيرة من الجمهور بشكل مباشر . وعلى ذلك يتضمن إطار اللوائح التنظيمية في العديد من البلدان قواعد خاصة لضبط تعريفات وأسعار توفير الخدمات العمومية (أنظر الفصل الخامس ، "تنمية البنية التحتية وتشغيلها" ، —) . وإضافة إلى ذلك تحدد أحكام تشريعية أو قواعد قانونية عامة في بعض النظم القانونية ثوابت لتحديد أسعار السلع أو الخدمات ، وذلك مثلا بأن تشترط أن تفي الأسعار بمعايير معينة من "الاعتدال" أو "الإنصاف" أو "العدل" .

١٦ - وحيث تعتبر الأحكام الخاصة بمستوى التعريفات والأسعار التي يمكن أن يتقاضاها صاحب الامتياز ضرورية ، ينبغي لها أن تسعى إلى تحقيق توازن بين مصالح المستثمرين والمستفيدين الحاليين والقادمين . ويستحسن أن تأخذ المعايير القانونية لتحديد الأسعار في اعتبارها - إلى جانب العوامل الاجتماعية التي تراها الحكومة ذات صلة - مصلحة صاحب الامتياز في تحقيق مستوى من التدفق النقدي يضمن جدوى المشروع اقتصاديا وربحيته التجارية . وعلى ذلك ، قد يكون من المفيد أن يعترف القانون بأن استرداد رأس المال وتكلفة التشغيل والصيانة بنسبة عائد معقولة من العناصر الأساسية لنظام تعريفات منصف . وعلاوة على ذلك ، يستحسن منح الأطراف الهيئة اللازمة للتفاوض بشأن ترتيبات ملائمة ، من بينها أحكام خاصة بالتعويض ، بغية معالجة الحالات التي قد يؤدي فيها تطبيق قواعد

تحديد الأسعار المتصلة بشكل مباشر أو غير مباشر بتوفير الخدمات العمومية إلى تحديد أسعار تكون دون المستوى اللازم لتشغيل المشروع على نحو مربح (أنظر الفصل الخامس ، "تنمية البنية التحتية وتشغيلها" ، —) .

(ج) الالتزامات المالية للهيئة المتعاقدة

١٧ - حيثما يعرض صاحب الامتياز خدمات على الجمهور مباشرة ، قد تتكفل الهيئة المتعاقدة أو غيرها من الهيئات الحكومية بسداد دَفَعَات مباشرة لصاحب الامتياز نظير رسوم الخدمة التي يتعين على المستفيدين دفعها ، أو بالإضافة إلى تلك الرسوم . وحيث ينتج صاحب الامتياز سلعة سوف ينقلها أو يوزعها متعهد خدمات آخر ، قد تتكفل الهيئة المتعاقدة بأن تشتري تلك السلعة بالجملة بسعر وبشروط يتفق عليها . ويرد فيما يلي وصف موجز للأمثلة الرئيسية لتلك الترتيبات .

١٧ ' الدَفَعَات المباشرة

١٨ - استخدمت الدَفَعَات المباشرة من جانب الهيئة المتعاقدة في بعض البلدان كبديل للمبالغ التي يسدها المستفيدون النهائيون أو كتكملة لها ، وعلى الأخص في مشاريع الطرق ذات المكوس ، من خلال آلية تعرف باسم "التمكيس المحاسبي" . والمكوس المحاسبية هي عبارة عن ترتيبات بموجبها يلزم صاحب الامتياز بأن يطور وينشئ ويمول ويشغل طريقا أو مرفقا آخر للنقل لعدد محدد من السنوات مقابل تقاضي دَفَعَات منتظمة بدلا من أو إضافة إلى مكوس حقيقية أو صريحة يدفعها المستفيدون . وقد تستخدم نظم المكوس المحاسبية لمعالجة مخاطر تخص مشاريع النقل على وجه التحديد ، وبخاصة خطر تدنّي مستويات السير عمّا كان متوقعا (أنظر الفصل الثاني ، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي" ، —) . وعلاوة على ذلك ، قد تكون نظم المكوس المحاسبية مقبولة أكثر من المكوس المباشرة من الناحية السياسية ، وذلك مثلا حيثما يخشى أن يؤدي فرض المكوس على الطرق العامة إلى احتجاجات من جانب مستخدمي الطرق .

١٩ - قد تنطوي المكوس المحاسبية على إنفاق مبالغ كبيرة من جانب الهيئة المتعاقدة وتتطلب مراقبة دقيقة وشاملة منها . وفي البلدان التي استخدمت المكوس المحاسبية لتنفيذ مشاريع الطرق الجديدة تحسب المبالغ التي تدفعها الهيئة المتعاقدة إلى صاحب الامتياز أساسا على مستويات السير الفعلية التي تقاس بالكيلومترات/مركبات . ويرى أنه من المستحسن أن ينص على عدم بدء الدفع إلى حين يبدأ السير على الطريق ، وذلك لتحفيز صاحب الامتياز على فتح الطريق بأسرع ما يمكن . وفي الوقت نفسه وجد أنه من المفيد أن تحسب المبالغ المدفوعة على أساس السير الفعلي على الطريق لمدة سريان الامتياز ، وذلك كي يضمن صاحب الامتياز أن الطريق لن يحتاج إلا إلى الحد الأدنى من أعمال الإصلاح المعطلة أثناء تلك المدة . وعوضا عن ذلك ، يمكن أن يتضمن اتفاق المشروع شرطا جزائيا أو بندا ينص على التعويض عن الأضرار الناتجة من نقص ممرات السير بسبب أعمال إصلاح الطريق . وهناك في بعض البلدان نظم أكثر تطورا للدفع تستند إلى تقسيم السير إلى عدد من "النطاقات" وفقا لتباين مستويات

حجم السير سنويا والمبلغ المدفوع عن كل مركبة . وفي هذا النظام ترتفع المدفوعات عن كل مركبة في مستويات السير الأقل بينما يؤدي ارتفاع مستويات السير إلى خفض المدفوعات عن كل سيارة . ويمكن زيادة هذه النطاقات مع مرور الوقت كي تواكب الزيادة المتوقعة في السير . ويمكن أيضا تحديد نطاقات منفصلة وفقا لطول المركبات . وعادة يلزم صاحب الامتياز بعد المركبات بصورة مستديمة من أجل حساب الأميال/مركبات سنويا ، وتراجع الهيئة المتعاقدة هذه الأرقام دوريا . وثمة نظام معدل نوعا ما يجمع بين كل من المكوس المحاسبية والمكوس المباشرة التي يدفعها مستخدمو الطريق . وفي هذا النظام لا تدفع الهيئة المتعاقدة المكوس المحاسبية إلا في حالة انخفاض مستوى السير على مدى فترة معينة عن الحد الأدنى المتفق عليه اللازم لتمكين صاحب الامتياز من تشغيل الطريق على نحو مربح .

٢٠ التزامات الشراء

٢٠ - في حالة المرافق الممولة من القطاع الخاص التي تنتج سلعا أو خدمات يمكن توفيرها على مدى طويل لمشتري محدد قد يخفف تعرض صاحب الامتياز لطلب السوق ومخاطر الأسعار بواسطة ترتيبات تعاقدية تضمن شراء جملة ناتج المرفق أو حد أدنى منه يتفق عليه . وعندما تكون الهيئة المتعاقدة أو غيرها من الكيانات الحكومية هي العميل الوحيد للخدمات أو السلع التي يوفرها صاحب الامتياز ، ينص القانون أحيانا على أن تكون تلك الكيانات ملزمة بشراء هذه السلع والخدمات بسعر يتفق عليه حسبما يعرضها صاحب الامتياز . ويشار عادة إلى هذا النوع من العقود باسم "اتفاقات تصريف" ، وتستخدم كثيرا - ولكن ليس قصرا - لدعم تنمية محطات توليد الطاقة الكهربائية التي يضطلع بها منتجو الطاقة المستقلون . وكثيرا ما تتضمن اتفاقات التصريف نوعين من المدفوعات ، هما مدفوعات مقابل توافر الطاقة الإنتاجية ومدفوعات مقابل وحدات الاستهلاك الفعلي . ففي مشروع لتوليد الطاقة الكهربائية ، مثلا ، قد يشتمل اتفاق شراء الطاقة الكهربائية على الرسوم التالية :

(أ) رسوم الطاقة الإنتاجية - وتكون هذه الرسوم واجبة الدفع بصرف النظر عن الناتج الفعلي خلال فترة محاسبة معينة وهي محسوبة بحيث تكفي لسداد جميع تكاليف صاحب الامتياز الثابتة المتكبدة من أجل تمويل المشروع وصيانته ، بما في ذلك خدمة الديون وخلاف ذلك من مصروفات التمويل المستمرة ، ومصروفات التشغيل والصيانة الثابتة ، ونسبة عائد معينة . وكثيرا ما يكون دفع رسوم الطاقة الإنتاجية رهنا بالالتزام بمعايير معينة للأداء أو التوافر ؛

(ب) رسوم الاستهلاك - لا يقصد من هذه الرسوم تغطية جميع تكاليف صاحب الامتياز الثابتة ، وإنما لدفع التكاليف المتغيرة أو الحدية التي يتعين على صاحب الامتياز أن يتحملها لتوليد وتوفير وحدة محددة من الخدمة أو السلعة (أي مثلا كيلواط/ساعة من الكهرباء) . وتحسب رسوم الاستهلاك عادة بحيث تغطي تكاليف صاحب الامتياز المتغيرة ، مثل تكاليف الوقود الذي يستهلك أثناء تشغيل المرفق ، وتكاليف معالجة المياه ، وتكاليف السلع القابلة للاستهلاك . وكثيرا ما تكون

المدفوعات المتغيرة مربوطة بتكاليف التشغيل المتغيرة التي يتحملها صاحب الامتياز أو بمؤشر يبين على نحو معقول التغيرات التي تطرأ على تكاليف التشغيل .

٢١ - ومن وجهة نظر صاحب الامتياز هناك فائدة خاصة في نظام يجمع بين رسوم الطاقة الإنتاجية والاستهلاك ، لضمان استرداد التكلفة حيث تكون وظيفة نقل أو توزيع السلع أو الخدمات التي يولدها صاحب الامتياز خاضعة لاحتكار . غير أنه ينبغي لرسوم الطاقة الإنتاجية المنصوص عليها في اتفاق التصريف أن تكون متكافئة مع مصادر الطاقة الأخرى المولدة المتاحة للهيئة المتعاقدة أو التي تستخدمها فعلا . فتحمّل رسوم الطاقة الإنتاجية المرتفعة أعباء على القدرة الشرائية للهيئة المتعاقدة وتزيد من خطر التخلف عن الدفع أو فسخ الاتفاق ، لدواعي المصلحة العامة ، مثلا . ومن أجل ضمان توافر الأموال اللازمة للمدفوعات من جانب الهيئة المتعاقدة بمقتضى اتفاق التصريف ، يستحسن النظر في ما إذا كان يلزم عمل ترتيبات لوضع موازنة مسبقا . ويمكن أن تكون المدفوعات بمقتضى اتفاق التصريف مكفولة بضمان صادر عن الحكومة المضيفة أو عن هيئة ضامنة وطنية أو دولية (أنظر الفصل الثاني ، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي" ، —) .

٢ - موقع المشروع

٢٢ - عندما يعتزم بناء مرفق جديد لبنية تحتية على أرض تملكها الهيئة المتعاقدة أو تحديث أو إصلاح مرفق بنية تحتية قائم (كما يحدث في مشاريع "التحديث فالتشغيل فنقل الملكية" أو مشاريع "الإصلاح والتشغيل ونقل الملكية" ، يكون عادة على الهيئة المتعاقدة ، بوصفها مالكة الأرض أو المرفق ، أن تتيحها لصاحب الامتياز . ويجوز للهيئة المتعاقدة إما أن تنقل ملكية الأرض أو المرفق إلى صاحب الامتياز أو أن تحتفظ بها ، مع منح صاحب الامتياز حق استخدام الأرض أو المرافق أو البناء فوقها . وإضافة إلى الهيئة التشريعية العامة التي قد تكون لازمة لكي تنقل الهيئة المتعاقدة ملكية عامة إلى صاحب الامتياز أو لكي تمنحه حق استخدام تلك الملكية العامة (أنظر الفصل الأول ، "اعتبارات تشريعية عامة" ، —) ، من الأهمية النظر في نظام ملكية مختلف فئات الأصول اللازمة لتطوير وتشغيل مرافق البنية التحتية وإجراءات اقتناء الملكية حيثما لا تكون بالفعل في حيازة الهيئة المتعاقدة .

(أ) ملكية أصول المشروع

٢٣ - ينص القانون في بعض البلدان على أن تظل البنية التحتية المادية ملكا للهيئة المتعاقدة ، إلا أنه يجوز لصاحب الامتياز أن يدخل تحسينات أو إضافات أثناء مدة سريان المشروع على البنية التحتية المادية التي استلمها أصلا من الهيئة المتعاقدة أو التي أقامها صاحب الامتياز نفسه . ويجوز أيضا لصاحب الامتياز أن يقتني أصولا مختلفة أخرى من شأنها أن تحسن كفاءة تشغيل المرفق أو أن ترفع مستوى ملاءمته أو جودته ، دون أن تكون ضرورية أو لازمة لتوفير الخدمة . وفي أي من الحالتين قد يكون هناك ترتيبات بشأن ملكية تلك الأصول . ويلزم الوضوح في هذا الصدد من أجل تحديد نوع الضمان

الذي يمكن أن ينشئه صاحب الامتياز باستخدام أصول المشروع من أجل تدبير التمويل للمشروع (أنظر الفقرات ٣٤ - ٣٦) . ويلزم الوضوح كذلك بغية ضمان تسليم الأصول على نحو منظم ومرتب للهيئة المتعاقدة أو لصاحب امتياز آخر عند انتهاء مدة المشروع في حالة مشاريع "البناء فالتشغيل فنقل الملكية" أو ما شابهها (أنظر الفصل السادس ، "انتهاء مدة المشروع ومدة وإنهاؤه" ، —) . وفي حين أن القانون قد ينص على تعريف عام لمختلف فئات الأصول التي ينبغي لها عادة أن تظل ملكا للهيئة المتعاقدة أو غيرها من الهيئات الحكومية أو التي يلزم قانونا تسليمها إلى الهيئة المتعاقدة ، قد لا تكون هناك حاجة قهرية إلى وجود أحكام تشريعية تفصيلية في هذا الشأن . وقد وجد في الواقع في بلدان مختلفة أنه يكفي أن يقضي القانون بأن يحدد اتفاق المشروع - حسب الاقتضاء - أيًا من الأصول تظل ملكا للهيئة المتعاقدة أو غيرها من الهيئات الحكومية وفئات الأصول التي تظل ملكا خاصا لصاحب الامتياز .

(ج) اقتناء الأرض اللازمة لتنفيذ المشروع

٢٤ - سواء أعيدت ملكية مرفق البنية التحتية إلى الهيئة المتعاقدة أو ظلت ملكا لصاحب الامتياز بصفة دائمة يكون من المستصوب أن يثبت الطرفان حالة الأرض أو المرفق وقت التسليم إلى صاحب الامتياز . وهذا الإثبات قد يقلل من الخلافات عند إعادة مرفق البنية التحتية إلى الهيئة المتعاقدة . ولذا يجب أن ينص اتفاق المشروع على معاينة وقياس وتعيين حدود الأرض والمرفق القائم قبل نقل ملكيته إلى صاحب الامتياز أو إتاحت له . والأمور الأخرى التي يتناولها اتفاق المشروع في العادة تتضمن إجراءات نقل ملكية الأرض أو المرافق وتقديم الوثائق اللازمة .

٢٥ - وقد يصبح الوضع أكثر تعقدا عندما لا تكون الهيئة المتعاقدة مالكة للأرض فعلا ويلزم شراؤها من مالكيها . وفي معظم الحالات لا يكون صاحب الامتياز في أفضل الأوضاع لتولي مسؤولية شراء الأرض اللازمة للمشروع . فقد يخشى صاحب الامتياز ما قد تنطوي عليه من تأخيرات وتكاليف محتملة مفاوضات مع عدد قد يكون كبيرا من ملاك منفردين ، وكذلك الاضطلاع بعمليات معقدة للبحث عن سندات أو حجج الملكية ومتابعة تسلسل عمليات نقل الملكية السابقة للتأكد من سلامة حجج ملكية الملاك منفردين ، وهو أمر ضروري في بعض أنحاء العالم . ولذلك عادة ما تتولى الهيئة المتعاقدة مسؤولية توفير الأرض اللازمة لتنفيذ المشروع ، بغية تجنب التأخير أو زيادة تكلفة المشروع نتيجة لاقتناء الأرض . وقد تشتري الهيئة المتعاقدة الأرض من ملاكها أو تقتنيها إجباريا ، إذا اقتضى الأمر ذلك . ويشار في القوانين الوطنية إلى عملية اقتناء الملكية الخاصة إجباريا مقابل دفع تعويض مناسب إلى ملاكها بمصطلحات تقنية مختلفة ، ويشار إليها في الدليل بمصطلح "نزع الملكية" .

٢٦ - وعندما تلزم إجراءات نزع الملكية ، قد يتعين اتخاذ عدة تدابير تمهيدية لضمان عدم تأخر أشغال التشييد . وفي البلدان التي يتوخى فيها القانون أكثر من نوع واحد من إجراءات نزع الملكية قد يكون من المستصوب النص على تنفيذ جميع عمليات نزع الملكية اللازمة لمشاريع البنية التحتية الممولة من

القطاع الخاص باتخاذ أكثر تلك الإجراءات كفاءة ، مثل الإجراءات الخاصة التي تطبق في بعض البلدان بسبب الحاجة العامة القهرية (أنظر الفصل السابع ، "القانون الناظم" ، —) .

٢٧ - وتملك الحكومة في العادة الحق في نزع ملكية الممتلكات الخاصة ، لكن قوانين عدد من البلدان تأذن أيضا للمرافق العامة أو لمقدمي الخدمات العامة (مثل شركات السكك الحديدية وهيئات الكهرباء وشركات الهاتف) باتخاذ إجراءات معينة لنزع ملكية الأملاك الخاصة اللازمة لتوسيع خدماتها أو توفيرها للجمهور . وفي البلدان التي يحدد فيها التعويض المدفوع لمالكي العقار المنزوعة ملكيته في دعوى قضائية ، على وجه الخصوص ، وجد أنه من المفيد أن تفوض إلى صاحب الامتياز سلطة تنفيذ إجراءات معينة متعلقة بنزع الملكية في حين تظل الحكومة مسؤولة عن تنفيذ الإجراءات التي تعتبر بموجب التشريع ذي الصلة شروطا سابقة لبدء إجراءات نزع الملكية . وعقب نزع الملكية كثيرا ما تكون حجة الأرض في حوزة الحكومة ، إلا أن القانون قد يأذن لصاحب الامتياز والهيئة المتعاقدة في بعض الحالات بالاتفاق على ترتيب مختلف ، مع مراعاة حصة كل منهما في تكاليف نزع ملكية العقار .

٣ - الارتفاقات

٢٨ - إلى جانب اقتناء العقار لتشبيد المرفق قد يلزم ضمان إمكانية وصول صاحب الامتياز إلى هذا العقار ، في الحالات التي يستلزم فيها الوصول إلى موقع المشروع عبور ملك للغير . كما أن طبيعة المشروع قد تفرض على صاحب الامتياز أن يدخل ملكا للغير (مثلا لوضع علامات لمرور السيارات في الأراضي المتاخمة ؛ ولإقامة أعمدة أو لمد أسلاك لنقل الكهرباء فوق ملك للغير ؛ ولتركيب وصيانة معدات تبديل وتحويل ؛ ولتشذيب الأشجار التي تتداخل مع خطوط الهاتف الموضوعة على العقار الملاصق) . وفي "الدليل" يطلق عموما على الحق في استخدام ملك شخص آخر لغرض محدد أو لأداء عمل عليه اسم "ارتفاق" .

٢٩ - يتطلب الارتفاق عادة موافقة مالك العقار محل الارتفاق ما لم ينص القانون على هذا الحق . وباستثناء الحالات التي لا تؤثر فيها الارتفاقات اللازمة إلا في عدد صغير من الممتلكات الملاصقة فإن ترك مسألة الحصول على الارتفاقات مباشرة من مالكي العقارات ذات الصلة لصاحب الامتياز لا يكون عادة حلا سريعا أو فعالا من حيث التكلفة . وبدلا من ذلك تحصل الحكومة على هذه الارتفاقات بإجراءات تنفذ في آن واحد مع نزع ملكية موقع المشروع ، وهذا هو المتبع في الغالب . ويخضع عادة اقتناء الارتفاقات إجباريا لنفس الشروط التي تنطبق على اقتناء العقار إجباريا ، أي وجود أسباب أو دعاوى المصلحة العامة ودفع تعويض مناسب وفقا للقواعد السارية في البلد المضيف وقواعد القانون الدولي ذات الصلة .

٣٠ - وثمة بديل مختلف إلى حد ما هو أن ينص القانون ذاته على نوع الارتفاقات الممنوحة لصاحب الامتياز دون أن يستلزم بالضرورة نزع ملكية العقار محل الارتفاقات . وقد يؤخذ بهذا النهج فيما يتعلق بالقانون الخاص بقطاع معين ترى الحكومة أنه من الممكن أن تحدد فيه مسبقا ارتفاقات دنيا معينة

قد يحتاجها صاحب الامتياز . وعلى سبيل المثال ، قد يضع قانون خاص بقطاع توليد الطاقة الكهربائية الشروط التي يحق لصاحب الامتياز على أساسها أن يمد كبلات عبر ملك الغير بغرض إقامة وتشغيل شبكات أساسية وشبكات توزيع . وقد يلزم هذا الحق لعدد من التدابير مثل إقامة كبلات علوية أو وضع كبلات تحت سطح الأرض وكذلك لإقامة هياكل داعمة ووضع معدات التحويل أو التبديل ؛ وصيانة أو إصلاح أو إزالة أي من تلك الإنشاءات ؛ وإنشاء منطقة سلامة على طول الكبلات العلوية أو الواقعة تحت سطح الأرض ؛ وإزالة العوائق التي تعترض الأسلاك أو تدخل منطقة السلامة .

٣١ - وفي بعض النظم القانونية قد يلزم صاحب الامتياز بأن يدفع للمالك تعويضا مثل التعويض الذي يستحق في حالة نزع الملكية لو كانت طبيعة الارتفاق ستعوق إلى حد كبير استعمال المالك للعقار .

٤ - حقوق الضمان

٣٢ - بصفة عامة تعطي حقوق الضمان في الملكية الخاصة الدائن المؤمن نوعين من الحقوق ، هما : حق في الملكية يسمح للدائن المؤمن ، من حيث المبدأ ، بأن يسترد الملكية أو بأن يجعل طرفا آخر يستردها ويبيعهها ، وحق أولوية في الحصول على مدفوعات من حصيلة بيع الملكية في حالة تخلف المدين عن الدفع . والمتبع عامة في التمويل هو أن يتفاوض المقرضون حل حقوق الضمان التي تسمح لهم بحبس الرهن وتملك المشروع وتشغيله ، إما لاستعادة جدواه الاقتصادية بهدف إعادة بيعه في الوقت المناسب أو الاحتفاظ به إلى أجل غير مسمى وتحصيل دخل مستمر منه . وإضافة إلى ذلك ، قد يلعب الضمان دورا دفاعيا أو وقائيا من خلال ضمان أنه في حالة اقتناء طرف آخر عمليات المدين (أي مثلا بحبس الرهن أو عن طريق الإفلاس أو من المدين مباشرة) تخصص جميع عائدات بيع تلك الأصول أولا لسداد القروض المستحقة .

٣٣ - وتؤدي ترتيبات الضمان دورا رئيسيا في تمويل مشاريع البنية التحتية ؛ وعلى الأخص حيث يكون التمويل منظما وفقا لطريقة "تمويل المشروع" . ومن المعهود أن وثائق تمويل مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص تتضمن ترتيبات ضمان واسعة النطاق ، وهي تتألف في معظم الحالات من ضمانات الأصول المادية المتصلة بالمشروع و ضمانات الأصول المعنوية التي يحوزها صاحب الامتياز . ويرد فيما يلي بيان موجز لبعض من المتطلبات الرئيسية لنجاح عمل ترتيبات الضمان .

(أ) ضمانات الأصول المادية

٣٤ - يمكن عموما تيسير التفاوض حول ترتيبات الضمان اللازمة لكي تحصل شركة المشروع على تمويل للمشروع إذا نصت قوانين البلد المضيف صراحة على إنشاء حقوق ضمان في الأصول المادية المشمولة في البنية التحتية . غير أنه قد تكون هناك عقبات قانونية تحول دون إنشاء تلك الضمانات ، وبالأخص عندما تظل الأصول ملكا للهيئة المتعاقدة أو غيرها من الهيئات الحكومية طوال مدة المشروع ،

. وما لم يكن صاحب الامتياز مالكا للعقار ، تكون سلطته لرهن هذا العقار منعومة (أو محدودة فقط) في كثير من النظم القانونية .

٣٥ - وحيثما توجد قيود من هذا النوع ، قد ييسر القانون رغم ذلك التفاوض حول ترتيبات للضمان ، وذلك مثلا بأن يشير إلى أنواع الأصول التي يمكن استخدامها لإنشاء تلك الضمانات أو نوع حقوق الضمان المسموح بها . وفي بعض النظم القانونية يجوز لصاحب الامتياز الذي يُمنح حيازة إيجارية أو حق الانتفاع بملكية معينة ، أن ينشئ حق ضمان باستخدام الحيازة الإيجارية أو حق الانتفاع . وإضافة إلى ذلك ، يمكن إنشاء حقوق ضمان حيثما يشتمل الامتياز على أنواع مختلفة من الملكية العامة ، وذلك مثلا عندما تمنح ملكية الأرض المجاورة (وليس مجرد حق الانتفاع بها) لشركة سكك حديدية ، إضافة إلى حق استخدام البنية التحتية العامة .

٣٦ - وحيثما يتسنى إنشاء أي شكل من حقوق الضمان باستخدام أصول تمتلكها الهيئة المتعاقدة أو يلزم تسليمها إليها أو أصول يكون للهيئة المتعاقدة خيار تعاقدى لشرائها (أنظر الفصل السادس ، "انتهاء مدة المشروع وتمديدتها وإنهاؤها" ، —) ، قد يقضي القانون بموافقة الهيئة المتعاقدة كي يتسنى لصاحب الامتياز أن ينشئ مثل هذه الضمانات . وبغية تيسير إنشاء الضمان في مثل هذا الوضع ، قد يكون من المفيد أن يؤذن للهيئة المتعاقدة بأن تُعبر عن موافقتها في حكم عام في اتفاق المشروع بدلا من اقتضاء موافقة صريحة بخصوص كل من الأصول المراد استخدامها لإنشاء حقوق ضمان .

(ب) استخدام الأصول المعنوية كضمان

٣٧ - الأصل المعنوي الرئيسي في مشروع بنية تحتية هو الامتياز ذاته ، أي حق صاحب الامتياز في تشغيل البنية التحتية أو توفير الخدمة ذات الصلة . وفي معظم النظم القانونية يعطي الامتياز صاحبه سلطة التحكم في المشروع بأسره كما يمنحه حق كسب الدخل الذي يولده المشروع . وبذلك تتجاوز قيمة الامتياز بكثير مجموع قيمة الأصول المادية التي يشتمل عليها المشروع . ونظرا إلى أن صاحب الامتياز يكون له عادة حق امتلاك جميع أصول المشروع وحق التصرف فيها (مع احتمال استثناء تلك الأصول التي يمتلكها أغيار ، مثل الأصول التي تمتلكها الهيئة المتعاقدة أو غيرها من الهيئات الحكومية) ، يشتمل الامتياز عادة على أصول حالية ومستقبلية ذات طابع مادي أو معنوي على حد سواء . ولذلك قد ينظر المقرضون إلى الامتياز على أنه عنصر أساسي من ترتيبات الضمان المتفق عليها مع صاحب الامتياز . ويمكن أن يكون لرهن الامتياز نفسه مزايا عملية مختلفة لكل من صاحب الامتياز والمقرضين ، بالأخص في النظم القانونية التي لا تسمح خلافا لذلك باستخدام كل أصول الشركة لإنشاء ضمانات ، أو التي لا تعترف عموما بحقوق ضمانات عينية غير حيازية (أنظر الفصل السابع ، "القانون الناظم" ، —) . وقد تتضمن هذه المزايا : تجنب الحاجة إلى إنشاء ضمانات عينية منفصلة لكل من أصول المشروع ، بما يسمح لصاحب الامتياز بأن يواصل التعامل مع تلك الأصول في أثناء سير الأعمال الاعتيادي ، ومما يسمح برهن أصول معينة دون نقل الملكية الفعلية للأصول إلى الدائنين . وعلاوة على ذلك ، قد يجيز رهن الامتياز للمقرضين ، في حالة تخلف صاحب الامتياز عن السداد ،

تفادي إنهاء المشروع من خلال تولي أمر الامتياز وعمل ترتيبات لاستمرار المشروع تحت صاحب امتياز آخر . وبذلك قد يشكل رهن الامتياز تكملة مفيدة ، أو بديلا في ظروف معينة ، لاتفاق مباشر بين المقرضين والهيئة المتعاقدة بخصوص حقوق المقرضين في التدخل (انظر الفصل الخامس ، "تنمية البنية التحتية وتشغيلها" ، —) .

٣٨ - غير أنه قد تكون هناك عقبات في بعض النظم القانونية أمام رهن الامتياز في غيبة إذن تشريعي صريح . فبمقتضى مختلف النظم القانونية ، لا يجوز إنشاء حقوق ضمان إلا باستخدام الأصول التي يمكن لمناخ الضمان نقلها دون قيد . وحيث أنه لا يجوز في معظم الحالات نقل حق تشغيل البنية التحتية دون موافقة الهيئة المتعاقدة (انظر الفقرات ٥٢ - ٥٥) قد لا يتسنى في بعض النظم القانونية لصاحب الامتياز أن ينشئ حقوق ضمان باستخدام الامتياز ذاته . وقد أزيلت هذه العقبة تشريعات صدرت مؤخرا في بعض ولايات القانون المدني من خلال إنشاء فئة خاصة من حقوق الضمان ، يشار إليها أحيانا بعبارات مثل "hipoteca de concesión de obra pública" أو "prenda de concesión de obra pública" ("رهن الامتياز" أو "رهن امتيازات الأشغال العمومية") ، وهي عموما تمنح المقرضين حق ضمان واجب النفاذ يشمل جميع الحقوق الممنوحة لصاحب الامتياز بموجب اتفاق المشروع . غير أنه من أجل حماية المصلحة العامة يقتضي القانون موافقة الهيئة المتعاقدة على أي تدبير من جانب المقرضين لإنفاذ ذلك الحق ، وفقا لشروط ينص عليها في اتفاق بين الهيئة المتعاقدة والمقرضين . وقد أمكن التوصل إلى حل أكثر قصرا في بعض ولايات القانون المدني ، حيث جرى التمييز بين الحق غير القابل للنقل للاضطلاع بنشاط معين بترخيص من الحكومة (أي "الحقوق العامة" الناشئة بموجب الترخيص) وحق المطالبة بالعائدات التي يحصل عليها المرخص له (أي "الحقوق الخاصة" للمرخص له بموجب الترخيص) .

٣٩ - وفي البلدان التي قد لا يتسنى فيها قانونا استخدام الامتياز ذاته لإنشاء حقوق ضمان ، قد يكون من المفيد أن يؤذن القانون صراحة صاحب الامتياز بإنشاء حقوق ضمان باستخدام الحقوق الاقتصادية الناشئة من الامتياز أو من عائداته . وتتضمن هذه العائدات عادة التعريفات التي تحصل من الجمهور مقابل الاستفادة من البنية التحتية (مثل المكوس التي تحصل مقابل استخدام طريق) أو الثمن الذي يدفعه العملاء مقابل السلع أو الخدمات التي يوفرها صاحب الامتياز (مثل رسوم الكهرباء) ، كما أنها قد تتضمن أيضا عائدات امتيازات تبعية . وهذا النوع من الضمان من العناصر النمطية في ترتيبات التمويل التي يتفق عليها مع المقرضين ، كما أنه قد يؤدي دورا أساسيا علاوة على ذلك في إصدار سندات وخلاف ذلك من أوراق تجارية قابلة للتداول من جانب صاحب الامتياز . وقد تضمنت قوانين صدرت مؤخرا في نظم قانونية مختلفة أحكاما تعترف بسلطة صاحب الامتياز لرهن عائدات مشاريع البنية التحتية .

(ج) استخدام أسهم صاحب الامتياز كضمان

٤٠ - يثير استخدام أسهم صاحب الامتياز كحقوق ، من حيث المبدأ ، شواغل مماثلة لما يثيره التنازل عن الامتياز (أنظر الفقرات ٥٢ - ٥٥) . وفي الحالات التي لا يمكن فيها التنازل عن الامتياز أو نقله دون موافقة الهيئة المتعاقدة ، يحظر القانون أحيانا استخدام أسهم صاحب الامتياز كضمان . بيد أنه يجدر ذكر أن استخدام أسهم صاحب الامتياز كضمان عادة ما يطلبه المقرضون في معاملات تمويل المشاريع ، وأن الحظر العام على إنشاء مثل هذا الضمان قد يحد بشكل لا داعي له من قدرة صاحب الامتياز على تدبير تمويل للمشروع . وكما هو الحال في الأشكال الأخرى من الضمانات ، قد يكون من المفيد لذلك أن يأذن القانون لحاملي أسهم صاحب الامتياز بإنشاء هذا النوع من الضمان ، بشرط الحصول على موافقة مسبقة من الهيئة المتعاقدة حيثما تلزم الموافقة على نقل المشاركة في رأس مال شركة المشروع (أنظر الفقرة ٦٢) .

٥ - تنظيم صاحب الامتياز

٤١ - تتضمن اتفاقات المشاريع عادة أحكاما بشأن الوضع القانوني لصاحب الامتياز وتعالج مسألة ما إذا كان من الواجب أن يكون صاحب الامتياز كيانا قانونيا مستقلا أو إذا كان يمكن منح المشروع إلى اتحاد شركات تضطلع بالمشروع (كونسورتيوم) للمشروع . وكثيرا ما ترد الأحكام المتعلقة بهذه الأمور أيضا في تشريع وطني بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص .

٤٢ - وكما هو مفهوم في العرف التجاري ، يكون اتحاد الشركات هو ترتيب تعاقدية تتعهد فيه مجموعة من الشركات بالتعاون في تنفيذ مشروع دون أن تندمج في كيان قانوني مستقل . وقد استخدمت اتحادات الشركات على نطاق واسع في صناعة التشييد لإنشاء مشاريع كبيرة كثيفة الاستخدام لرأس المال تتطلب دراية تقنية في ميادين مختلفة . وتعتبر اتحادات الشركات بوجه عام ترتيبات تعاقدية محضة ليست لها شخصية اعتبارية خاصة بها . بيد أنه لا يوجد نظام قانوني موحد ينظم اتحادات الشركات . وهي قد تندرج في فئات تعاقدية مختلفة منصوص عليها في القوانين الوطنية ، ويختلف الوضع القانوني لاتحادات الشركات وكذلك حقوق والتزامات أعضائها باختلاف النظم القانونية .

٤٣ - قد ينطوي تكوين اتحاد لشركات تضطلع بالمشروع (كونسورتيوم) على بعض المزايا مثل قدر أكبر من المرونة في المعاملات فيما بين أعضاء الاتحاد . وتلافيا للازدواج الضريبي قد يكون أيضا سببا في اختيار عدم إنشاء كيان قانوني مستقل في البلد المضيف في حالة عدم وجود اتفاق ثنائي بشأن الازدواج الضريبي بين البلد المضيف والبلد أو البلدان محل إقامة المستثمرين الأجانب للأغراض الضريبية . وقد توجد أيضا حالات ترغب فيها الهيئة المتعاقدة في الاحتفاظ بإمكانية التعاقد مع اتحادات لشركات تضطلع بمشاريع البنية التحتية ، حسب نطاق وطبيعة المشروع أو بهدف تحميل جميع أعضاء الاتحاد على وجه التضامن مسؤولية المشروع كله .

٤٤ - وبالنسبة إلى البلدان التي ترغب في الاحتفاظ بهذه الإمكانية ، قد يعطي القانون الهيئة مانحة الامتياز خيار منح المشروع لاتحاد شركات أو اشتراط قيام اتحاد المشروع المختار بإنشاء كيان قانوني مستقل ، حسب احتياجات المشروع . بيد أنه يتعين معالجة عدد من المسائل في اتفاق المشروع . وقد تلزم مفاوضات واسعة النطاق وأحكام تفصيلية لضمان التنسيق فيما بين أعضاء الاتحاد ووجود قدر كاف من الاتصال بالهيئة المتعاقدة ، وكذلك توضيح نطاق مسؤوليات وتبعات كل عضو من أعضاء الاتحاد عن تنفيذ المشروع^(٢) .

(٢) ترد في دليل الأونستيرال القانوني للتشديد (الفصل الثاني "اختيار النهج التعاقدية"، الفقرات ٩ إلى ١٦) مناقشة موجزة للمسائل الناشئة عن التعاقد على أعمال تشييد مع مجموعة من الشركات لا يوجد بينها ترابط . وقد ينطبق بعض المسائل المذكورة هناك أيضا ، مع ما يلزم من تغيير ، على المفاوضات المتعلقة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، بما في ذلك ما يلي : الكيفية التي قد يمكن بها التغلب على صعوبة تقديم مطالبة ضد أعضاء الاتحاد الذين ينتمون إلى بلدان مختلفة في حالة نشأة نزاع ؛ وكيفية صياغة الحكم المتعلق بتسوية المنازعات حتى يتسنى تسوية أي نزاع ينشأ بين الهيئة المتعاقدة وعدد من أعضاء الاتحاد أو كلهم بدعوى قضائية أو تحكيمية واحدة ؛ وكيفية تنظيم الضمانات التي يقدمها الغير باعتبارها ضمانا للأداء وضمانات الجودة التي يقدمها أعضاء الاتحاد ؛ وما هي الاتفاقات الفرعية التي قد يلزم إبرامها مع الهيئة المتعاقدة ؛ وما إذا كانت هناك أي قواعد قانونية إلزامية تنظم الاتفاق المبرم مع مجموعة من المتعهدين .

٤٥ - بيد أن الأكثر شيوعا هو أن ينشأ صاحب الامتياز بوصفه كيانا قانونيا مستقلا . ومن وجهة نظر الهيئة المتعاقدة ييسر الكيان القانوني المستقل عملية التنسيق في تنفيذ المشروع ، وقد يوفر آلية لحماية مصالح المشروع ، التي قد لا تتفق بالضرورة مع مصالح كل من أعضاء الاتحاد على حدة . وهذا الجانب قد يكون ذا أهمية خاصة في الحالات التي يقدم فيها أعضاء اتحاد المشروع أجزاء كبيرة من الخدمات أو الإمدادات التي يتطلبها المشروع . وحيث أنه يتفق عادة في مرحلة مبكرة على جزء كبير من تبعات والتزامات صاحب الامتياز ، بما في ذلك التبعات والالتزامات الطويلة الأجل (اتفاق المشروع واتفاقات القروض والضمان وعقود التشييد) ، فإن المشروع قد يستفيد من تمثيله بصورة مستقلة وقت التفاوض على هذه الصكوك .

٤٦ - وكثيرا ما تلزم الكيانات التي تحصل على امتيازات لتوفير خدمات عمومية بأن تنشأ بصفة كيانات قانونية محلية بموجب قوانين البلد المضيف . ونظرا للمصلحة العامة المتعلقة بأنشطة صاحب الامتياز ، قد ترغب الهيئة المتعاقدة أن يمتثل صاحب الامتياز لأحكام المحاسبة والدعاية الوطنية (مثل نشر البيانات المالية ، واقتضاءات الدعاية فيما يتعلق بأنشطة معينة للشركة) . غير أن هذا الاقتضاء يؤكد على ضرورة أن توجد لدى البلد المضيف قوانين شركات وافية (أنظر الفصل السابع ، "القانون الناظم" ، —) . وقد يعمل مدى سهولة إنشاء صاحب الامتياز ، مع إيلاء الاعتبار الواجب للاقتضاءات المعقولة التي يرى أنها للمصلحة العامة ، على تجنب أي تأخير لا داعي له في تنفيذ المشروع .

٤٧ - ويتعين النظر في مسألة الوقت المناسب لإنشاء صاحب الامتياز في ضوء مختلف المصالح التي ينطوي عليها مشروع نمونجي . فبدافع الاهتمام ببدء مرحلة التنفيذ بأسرع ما يمكن ، قد يميل بعض الهيئات المتعاقدة إلى اشتراط أن ينشأ صاحب الامتياز في أبكر مرحلة ممكنة . بيد أنه يجب تذكر أن الارتباطات الأكيدة والنهائية من جانب المقرضين وغيرهم من مقدمي رؤوس الأموال قد لا تتوافر عادة قبل منح الامتياز نهائيا ، ولا سيما حيث يعتبر الكيان القانوني المستقل هو وسيلة تدبير الأموال من أجل المشروع ، كما في عملية "تمويل المشروع" ، (أنظر "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص" ، الفقرات —) . ولذا فمن المستصوب عموما اشتراط أن ينشأ صاحب الامتياز خلال فترة قصيرة إلى حد معقول بعد منح المشروع ، لا قبل ذلك ، في الحالة التي تشترط فيها الهيئة المتعاقدة أن ينشئ أعضاء الاتحاد الذي وقع عليه الاختيار كيانا قانونيا مستقلا .

٤٨ - وثمة مسألة هامة أخرى تتصل بتنظيم صاحب الامتياز ، وهي الاستثمار السهمي في رأس المال اللازم لإنشاء صاحب الامتياز . والهيئة المتعاقدة لها مصلحة مشروعة في طلب مستوى من رأس المال يكفل أساسا ماليا سليما لصاحب الامتياز ويضمن قدرته على الوفاء بالتزاماته . وهناك تباين بين مجموع الاستثمار اللازم وكذلك النسبة المثلثى بين رأس المال المقترض ورأس المال السهمي من مشروع وآخر ، بحيث يصعب عادة تحديد مبلغ معين أو نسبة مئوية معينة تكون كافية في جميع الحالات . وعلى ذلك ، قد لا يستصوب أن يشترط التشريع مبلغا معيناً كحد أدنى لرأس المال لجميع الشركات القائمة بتنفيذ مشاريع بنية تحتية في البلد . وقد يتمثل نهج أكثر مرونة في الإشارة في طلب العروض إلى الحد الأدنى من رأس المال اللازم لإنشاء صاحب الامتياز ، كنسبة مئوية مثلى من إجمالي تكلفة المشروع . وحيثما تفضل الهيئة المتعاقدة أن تتفاوض على مبلغ الاستثمار أو نسبة الاستثمار في رأس المال التي يعرضها اتحاد الشركات الذي وقع عليه الاختيار ، قد تفضل الهيئة المتعاقدة أن تكون لديها المرونة اللازمة للتوصل إلى حد أدنى كاف لرأس المال في سياق عملية الاختيار .

٤٩ - وعلاوة على مسألة رأس المال الأدنى ، قد تتضمن القوانين الوطنية أحكاما بشأن الشكل الذي يتعين أن يتخذه صاحب الامتياز . فبعض القوانين يشترط إنشاء صاحب الامتياز كنوع معين من الشركات في حين لا تتضمن قوانين أخرى حكما بشأن هذه المسألة . وفي الحالات التي يعتبر فيها أنه من المهم تحديد الشكل الذي يتخذه صاحب الامتياز يكون من المستصوب تذكر اهتمام أعضاء الاتحاد بضمان أن تكون تبعاتهم محصورة في مقدار استثمارهم . وتلافيا للتبعية الفرعية عن دفع ديون صاحب الامتياز ، يفضل المساهمون عادة اتخاذ شكل الشركة ذات الشخصية الاعتبارية ، لكي تكون تبعاتهم محصورة في قيمة أسهمهم ، مثل شركة مساهمة . ولن يكون هؤلاء على استعداد لتنفيذ مشروع يقتضي منهم تحمل تبعة غير محدودة عن ديون صاحب الامتياز.

٥٠ - ويتضمن بعض القوانين أحكاما بشأن نطاق أنشطة صاحب الامتياز تقتضي مثلا أن تكون قاصرة على إنشاء وتشغيل مشروع معين . وقد تحقق هذه القيود الهدف المتمثل في كفالة شفافية حسابات المشروع والمحافظة على سلامة أرصده ، بفصل أرصدة وإيرادات وخصوم هذا المشروع عن أرصدة وإيرادات وخصوم المشاريع أو الأنشطة الأخرى التي لا تتعلق بهذا المشروع . كما أن هذا الشرط ييسر تقييم أداء كل مشروع لأن أوجه العجز أو الأرباح لا يمكن أن تغطي أو تعوض بديون أو إيرادات من مشاريع أو أنشطة أخرى .

٥١ - وقد ترغب الهيئة المتعاقدة أيضا أن تطمأن بأن أنظمة صاحب الامتياز ولوائحه تعكس على نحو واف التزامات الشركة في اتفاق المشروع . ولذلك تقتضي اتفاقات المشاريع أحيانا بأن سريان أي تغييرات في أنظمة صاحب الامتياز ولوائحه يبدأ عند موافقة الهيئة المتعاقدة عليها . وحيث تكون الهيئة المتعاقدة أو هيئة حكومية أخرى مشتركة مع صاحب الامتياز ، ينص أحيانا على شروط مؤداها أن بعض القرارات يحتاج إلى تصويت لصالحها من الهيئة المتعاقدة في اجتماع المساهمين أو مجلس الإدارة . وعلى أي حال ، يهم الموازنة بين المصالح العامة التي تمثلها الحكومة والحاجة إلى منح صاحب الامتياز القدر اللازم من المرونة في إدارة أعماله ، إذ سوف تتعثر الإدارة اليومية للمشروع إذا اشترط الحصول

روتينيا على موافقة حكومية مسبقة حتى على الأمور البسيطة المتعلقة بشؤون الشركة الداخلية . وعلاوة على ذلك ، قد تزيد الاقتضاءات من هذا النوع من خطر تعريض صاحب الامتياز لضغوط غير لائقة . وحينما يرى أنه يلزم اشتراط موافقة الهيئة المتعاقدة على تعديلات مقترحة في أنظمة صاحب الامتياز ولوائحه ، يستحسن أن يكون هذا الاقتضاء قاصرا على الحالات المتعلقة بالأحكام التي تعتبر ضرورية (مثل مبلغ رأس المال ، وفئات الأسهم ومزاياها ، وإجراءات التصفية) التي ينبغي تحديدها في اتفاق المشروع .

٦ - التنازل عن الامتياز للغير

٥٢ - تُمنح الامتيازات في ضوء مؤهلات صاحب الامتياز الخاصة ومدى إمكانية الاعتماد عليه ، وهي ليست قابلة للتحويل بحرية ودون قيد في معظم النظم القانونية . وفي الواقع ، كثير ما تحظر القوانين الوطنية التنازل عن الامتياز إلى الغير دون موافقة الهيئة المتعاقدة . والغرض من هذه القيود هو عادة ضمان سيطرة الهيئة المتعاقدة على مؤهلات مشغلي مرافق البنية التحتية أو مقدمي الخدمات العمومية .

٥٣ - وقد وجد بعض البلدان أنه من المفيد أن تذكر في التشريع الشروط التي يمكن بمقتضاها الموافقة على نقل امتياز قبل انقضاء مدته مثل قبول صاحب الامتياز الجديد جميع الالتزامات الواردة في اتفاق المشروع ، وتقديم أدلة على أن صاحب الامتياز الجديد يملك القدرة التقنية والمالية اللازمة لتقديم الخدمة . والأحكام التشريعية العامة التي من هذا النوع قد تستكمل بأحكام محددة في اتفاق المشروع تبين نطاق تلك القيود وكذلك الشروط التي يمكن بمقتضاها منح موافقة الهيئة المتعاقدة . غير أنه يجدر ذكر أن هذه القيود ، عادة ما تنطبق على تنازل صاحب الامتياز طوعا عن حقوقه ، وهي لا تحول دون تحويل الامتياز إجباريا إلى كيان يعينه المقرضون ، عملا باتفاق مباشر بينهم والهيئة المتعاقدة ، بغرض تجنب الإنهاء بسبب تخلف خطير من جانب صاحب الامتياز (أنظر أيضا الفصل الخامس ، "تنمية البنية التحتية وتشغيلها" ، —) .

٥٤ - وهناك وضع آخر قد يتطلب النظر من وجهة النظر التشريعية ، وهو يتعلق بتحويل مسؤولية الاضطلاع بنشاط معين في إطار المشروع إلى كيان آخر ، لا التنازل كلية عن الامتياز . وفي الحالات التي يمنح فيها صاحب الامتياز الحق في توفير خدمات ثانوية أو التي ينطوي فيها الامتياز على أنشطة متعددة يمكن تنفيذها على حدة ، قد يرغب صاحب الامتياز أن يتعاقد مع كيان آخر لتنفيذ بعض هذه الأنشطة عن طريق التنازل جزئيا عن حقوقه بموجب اتفاق المشروع . ويشار إلى هذا التنازل الجزئي في بعض النظم القانونية باسم "امتياز فرعي" . وفي الحالات التي لا يكون فيها الامتياز قابلا للتحويل قد توجد عقبات أمام التنازل الجزئي دون إذن تشريعي . غير أنه في الظروف العادية لا يكون لدى الهيئة المتعاقدة سبب قهري لاستبعاد إمكانية الامتيازات الفرعية ، بشرط ارتياحها لمؤهلات صاحب الامتياز الفرعي وإمكانية الاعتماد عليه .

٥٥ - وثمة مسألة أخرى ذات صلة تتعلق بطريقة اختيار صاحب الامتياز الفرعي . وتوجد في بعض البلدان قواعد خاصة تنظم منح العقود لمقدمي الخدمات العمومية ، وفي بعض البلدان يشترط القانون صراحة استعمال إجراءات للاختيار على أساس المنافسة لمنح امتيازات فرعية . وكثيرا ما اتبعت قواعد من هذا النوع في الحالات التي كانت تملك فيها الدولة وتشغل كل البنية التحتية تقريبا مع وجود استثمار ضئيل أو هامشي من القطاع الخاص . وكان الهدف من هذه القواعد هو كفالة الوفر الاقتصادي والكفاءة والنزاهة والشفافية في استعمال الأموال العامة . بيد أنه فيما يتعلق بمشاريع البنية التحتية التي تنفذها كيانات يملكها القطاع الخاص ، ربما لم يعد هناك سبب قهري أو مصلحة عامة لأن يفرض على صاحب الامتياز الإجراء الذي يجب اتباعه لمنح امتيازات فرعية .

٧ - إمكانية نقل ملكية أسهم شركة المشروع

٥٦ - قد تكون الهيئة المتعاقدة مهتمة بأن يستمر التزام أعضاء اتحاد الشركات الأصليين للمشروع طوال مدته وبألا تحول السيطرة الفعلية على صاحب الامتياز إلى كيانات ليست معروفة للهيئة المتعاقدة . فيجري اختيار أصحاب الامتيازات لتنفيذ مشاريع البنى التحتية على عدة أسس ، من بينها خبرتهم وقدرتهم على تنفيذ نوع المشروع المعني (أنظر الفصل الثالث ، "اختيار صاحب الامتياز" ، —) . ولذلك تكون الهيئات المتعاقدة قلقة من أنه لو كان للمساهمين في الشركة صاحبة الامتياز حرية تامة لتحويل استثمارهم في مشروع معين ، لن يكون هناك أي ضمان بخصوص من الذي سوف يقدم فعلا الخدمات المعنية .

٥٧ - وقد أدخلت قيود في بعض البلدان على مدى إمكانية نقل ملكية أسهم الشركات التي تقدم خدمات عمومية مراعاة للاهتمام المشروع من جانب الهيئة المتعاقدة بشأن قدرة تلك الشركات على تقديم الخدمة المعنية وفقا للشروط والمعايير المتفق عليها . بيد أنه يتعين من وجهة النظر القانونية النظر في الأضرار المحتملة التي قد تترتب على فرض قيود على إمكانية تحويل الاستثمار في الشركات صاحبة الامتيازات ومدى كفاية هذه القيود لضمان تقديم الخدمات المتعهد بها .

٥٨ - وقد تراتح الهيئات المتعاقدة إلى الخبرة التي أثبتتها اتحاد الشركات الذي وقع عليه الاختيار في المرحلة السابقة للاختيار وكذلك إلى ضمانات الأداء المقدمة من المنظمات الأم لاتحاد الشركات الأصلية ومتعاقديه من الباطن . إلا أنه ينبغي من الناحية العملية عدم المغالاة في الارتياح إلى الخبرة الظاهرية للمساهمين في الشركة صاحبة الامتياز . وفي حالة إنشاء كيان قانوني مستقل لتنفيذ المشروع ، وهو يحدث في كثير من الأحوال (أنظر الفقرات ٤١ - ٥١) ، قد تكون مساندة المساهمين في الشركة صاحبة الامتياز قاصرة على الحد الأدنى من تبعاتهم في حالة تعثر المشروع . وعلى ذلك ، فإن القيود المفروضة على إمكانية تحويل الاستثمار ، في حد ذاتها ووحدها ، قد لا تشكل حماية كافية من خطر تخلف صاحب الامتياز عن الأداء . وليست هذه القيود بالأخص بديلا عن سبل الانتصاف المناسبة المتعاقدة عليها في اتفاق المشروع ، مثل رصد مستوى الخدمة المقدمة (أنظر الفصل الخامس ، "تنمية البنية التحتية وتشغيلها" ، —) ، والإنهاء دون تعويض كامل في حالة سوء الأداء (أنظر الفصل السادس ، "انتهاء مدة المشروع وتمديدتها وإنهاؤها" ، —) ، أو لإحلال صاحب امتياز آخر يعينه المقرضون

مباشرة بالاتفاق مباشرة مع الهيئة المتعاقدة محل شركة المشروع (أنظر الفصل الخامس ، "تنمية البنية التحتية وتشغيلها" ، —) .

٥٩ - وتجدر أيضا ملاحظة أن الشواغل المقلقة إزاء قدرة صاحب الامتياز على الأداء على نحو مرض وفقا لاتفاق المشروع ليست قاصرة إلى حد ما على الهيئة المتعاقدة . فيكون شركاء صاحب الامتياز ، ومن بينهم المقرضون ، مهتمين بنفس قدر الهيئة المتعاقدة بضمان وفاء كل من المصمّم ومقاول التشييد والشركة المشغلة بالتزاماتهم وفقا لاتفاق المشروع . ومن الناحية العملية ، قد تكون الكفالات التعاقدية

أو ضمانات الأداء أو بوالص التأمين أكثر فعالية في الحماية من التخلف عن الأداء في وقت لاحق من احتجاز اجباري للاستثمار من جانب شريك مقصر في الأداء (أنظر الفصل الخامس ، "تنمية البنية التحتية وتشغيلها" ، —) .

٦٠ - وإضافة إلى ما سبق ، قد تمثل القيود على إمكانية نقل ملكية أسهم الشركات التي توفر خدمات عمومية بعض المساوئ بالنسبة إلى الهيئة المتعاقدة . وقد تؤدي القيود على حرية القطاع الخاص لنقل مشاركته في رأس مال شركات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص إلى الحد من تنوع أنواع الاستثمار والمستثمرين ، مما يقلل فرص تخفيض تكلفة التمويل . ومن المنظور البعيد المدى ، قد يعاق تطوير سوق للاستثمار في البنية التحتية العامة إذا كان المستثمرون مقيدين دون داعي من حيث حرية تحويل نصيبهم في مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص .

٦١ - وهناك أنواع عديدة من التمويل المتاح من مختلف المستثمرين مقابل مختلف أحجام المخاطرة والعائد ، على النحو الذي سبق ذكره (أنظر "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص" ، —) . فيسعى المستثمرون الأصليون ، مثل شركات التشييد وموردو المعدات ، إلى الحصول على عائد أعلى مقابل ارتفاع مستوى المخاطر التي يتعرضون لها ، في حين أن المستثمرين اللاحقين قد يطلبون عائدا أدنى من ذلك يتكافأ مع المخاطر الدنيا التي يتعرضون لها . وموارد غالبية المستثمرين الأصليين محدودة ويحتاجون إلى إعادة توظيف رأس المال من أجل التمكن من المشاركة في مشاريع جديدة . ولذلك عادة ما يتجنب المستثمرون هؤلاء ربط رأس المال في مشاريع طويلة الأجل . وعند انتهاء مرحلة التشييد ، قد يفضل المستثمرون الأصليون بيع نصيبهم إلى مساهم ثانوي يكون عائده المطلوب أقل . وعندما تكون العادة المتبعة أكثر يقينا ، يمكن أن تجرى عملية أخرى لإعادة التمويل . أما إذا كانت قدرة المستثمرين على استثمار رأس المال وإعادة استثماره من أجل تنفيذ المشاريع محدودة بقيود مفروضة على إمكانية نقل ملكية الأسهم في مشاريع البنية التحتية ، فيكون هناك خطر ارتفاع تكلفة التمويل . وفي بعض الظروف قد لا يتسنى تمويل مشروع على الإطلاق ، بسبب عدم رغبة بعض المستثمرين التي تكون مشاركتهم ذات أهمية حاسمة لتنفيذ المشروع في المشاركة فيه .

٦٢ - وللأسباب السالفة الذكر ، قد يستحسن أن تقصر القيود المفروضة على نقل ملكية أسهم الشركات صاحبات الامتيازات على الحالات التي تبرر فيها تلك القيود أسباب قهرية للمصلحة العامة . وقد يكون من بين هذه الأوضاع الحالة التي تكون فيها الهيئة المتعاقدة أو هيئة حكومية أخرى قد عهت إلى صاحب امتياز بأموال عامة (أنظر الفقرة ٢٣) ، أو عندما يحصل صاحب الامتياز على قروض أو دعم أو مساهمة في رأس المال أو على أشكال أخرى من الدعم الحكومي المباشر (أنظر الفصل الثاني ، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي" ، —) . وفي هذه الحالات تستلزم مساءلة الهيئة المتعاقدة عن سلامة استخدام الأموال العامة ضمانات بأن الأموال والأصول قد عهد بها إلى شركة راسخة يظل المستثمرون الأصليون ملتزمين بها لمدة معقولة . وقد يكون هناك وضع آخر يبرر فرض قيود على نقل ملكية أسهم الشركات صاحبات الامتيازات ، وهو عندما تكون للسلطة المتعاقدة مصلحة في منع تحويل الأسهم إلى مستثمرين معينين . فمثلا ، قد ترغب الهيئة المتعاقدة في أن تسيطر على اقتناء أسهم الشركات التي توفر خدمات عامة للحيلولة دون تشكيل احتكارات أو احتكارات أقلية في القطاعات المحررة (أنظر "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص" ، —) . أو قد لا يرى أنه من الملائم أن يجري التعاقد من جديد مع شركة سبق أن احتالت على إحدى جهات الحكومة من خلال شركة فرعية امتلكتها حديثا .

٦٣ - وفي هذه الحالات الاستثنائية قد يستحسن أن يحصل المستثمرون الأصليون على موافقة مسبقة من الهيئة المتعاقدة قبل نقل ملكية مساهمتهم في رأس المال . وينبغي التوضيح في اتفاق المشروع أنه يجب عدم الامتناع لأسباب غير معقولة عن منح تلك الموافقة أو تأخير منحها دون داع . وقد يستحسن أيضا لدواعي الشفافية أن ينص في القانون على الأسباب التي تجيز سحب الموافقة وإلزام الهيئة المتعاقدة على أن تحدد أسباب الرفض في كل حالة من الحالات . وقد يلزم النظر في المدة المناسبة لتلك القيود (أي مثلا لمرحلة معينة من المشروع أو لمدة الامتياز بأسرها) على أساس كل حالة على انفراد . وقد يمكن تخفيف القيود في حالة بعض المشاريع بعد استكمال المرفق . ويستحسن أن يوضح في اتفاق المشروع ما إذا كان يجب أن تنطبق هذه القيود أيضا - إن وجدت - على نقل ملكية أي مساهمة في الشركة صاحبة الامتياز ، أو إذا كان اهتمام الهيئة المتعاقدة سوف يركز على مستثمر واحد معين (مثل شركة تشييد أو مصمم المرفق) طوال مرحلة التشييد أو لوقت طويل بعد ذلك .

٨ - مدة اتفاق المشروع

٦٤ - تتضمن قوانين بعض البلدان أحكاما تحد من مدة امتيازات البنية التحتية بحيث لا تتجاوز عددا معيناً من السنوات . وينص بعض القوانين على حد عام لغالبية مشاريع البنية التحتية وعلى حدود خاصة لمشاريع في قطاعات محددة من البنية التحتية . وفي بعض البلدان لا توجد حدود قصوى للمدة إلا لقطاعات معينة من البنية التحتية .

٦٥ - وقد تتوقف المدة المستصوبة لاتفاق المشروع على عدد من العوامل ، مثل مدة تشغيل المرفق ، أو المدة التي يحتمل أن الخدمة ستكون مطلوبة طوالها ، والعمر الافتراضي للأصول المتصلة

بالمشروع ، ومدى احتمال تغير التكنولوجيا اللازمة للمشروع ، والوقت الذي يحتاج إليه صاحب الامتياز لتسديد ديونه ولاستهلاك الاستثمار الأصلي . ونظرا لصعوبة وضع حد قانوني واحد لمدة مشاريع البنية التحتية ، يستحسن النظر في اعتماد حلول قانونية تتيح للهيئة المتعاقدة بعض المرونة في التفاوض في كل حالة على حدة على مدة مناسبة للمشروع المعني .

٦٦ - وتتحقق تلك النتيجة في بعض النظم القانونية من خلال أحكام تقضي بأن تكون جميع الامتيازات خاضعة لحد أقصى لمدتها ، دون تحديد عدد السنوات . وفي بعض الأحيان لا يشير القانون إلا للعناصر التي ينبغي أن تؤخذ في الحسبان لتحديد مدة الامتياز (مثل طبيعة الاستثمار المطلوب من صاحب الامتياز وقيمه ، ومدة الاستهلاك العادية للمرافق والانشاءات المعنية) . وينص بعض القوانين الخاصة بمشاريع أو قطاعات محددة على نظام مشترك يقضي بأن ينص اتفاق المشروع على انتهاء الامتياز في نهاية مدة معينة ، أو بعدما يتم سداد ديون صاحب الامتياز بالكامل ويتحقق مستوى معين من الإيراد أو الإنتاج أو الاستخدام ، أيهما كان الأسبق .

٦٧ - غير أنه حيثما يوجد أن هناك ضرورة لاعتماد حدود قانونية ، ينبغي أن تكون المدة القصوى كافية لأن تسمح لصاحب الامتياز بسداد ديونه بالكامل وتحقيق ربح معقول . وعلاوة على ذلك ، قد يكون من المفيد أن يؤخذ للهيئة المتعاقدة ، إلا في الحالات الاستثنائية ، بالموافقة على مدد أطول للامتيازات ، مع مراعاة قيمة الاستثمار والمدة اللازمة للاسترداد ، على أن يكون ذلك خاضعا لإجراءات خاصة للموافقة .

* * *