

Distr.: General
30 April 2003
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة السادسة والثلاثون

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

مشروع الاضافة لدليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع
البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص

مذكرة من الأمانة

تجميع لتعليقات الحكومات والمنظمات الدولية

المحتويات

الصفحة

٢		أولاً - مقدمة
٢		تجميع التعليقات
٢		المنظمات الدولية
٢		اتحاد المحامون الأوروبيين

* مواعيد منقحة.



أولا - مقدمة

تستنسخ هذه المذكرة ما ورد من تعليقات على مشروع الاضافة لدليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص^(١) عقب التعليقات التي استنسخت في الوثائق A/CN.9/533 و Add.1 و Add.2.

ثانيا - تجميع التعليقات

المنظمات الدولية

اتحاد المحامين الأوروبيين

[الأصل: بالانكليزية]

في الدورة الخامسة للفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، اقترح تعديل مشروع الحكم النموذجي ٤١ حينئذ (الذي أصبح رقمه الآن ٤٢) لكي ينص على أن صاحب الامتياز ينبغي أن يكون طرفا في الاتفاق الذي يبين أحكام وشروط الاستعاضة عن صاحب الامتياز (انظر الوثيقة A/CN.9/521، الفقرة ٢٠٢).

ولم يوافق الفريق العامل على هذا الاقتراح، إذ رأى أنه يخرج على السياسة المحسدة في دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص.

بيد أنه أشير إلى أن الاقتراح الداعي إلى جعل صاحب الامتياز طرفا في اتفاق تنفيذ الاستعاضة، إما بإبرام اتفاق ثلاثي بين السلطة المتعاقدة والمقرضين وصاحب الامتياز وإما إبرام مجموعتين من الاتفاقات، إحداها بين السلطة وصاحب الامتياز، والأخرى بين السلطة والمقرضين، لا يخرج عن السياسة المبينة في دليل الأونسيترال التشريعي، الذي جاء في الفقرة ١٤٨ من فصله الرابع أنه "تضمن عدد من الاتفاقات المبرمة مؤخرا بشأن مشاريع بنية تحتية كبيرة شروطا تسمح للمقرضين بأن يختاروا ... صاحب امتياز جديدا ... وعادة ما تُستكمل هذه الأحكام باتفاق مباشر بين السلطة المتعاقدة والمقرضين ...".

وبما أن هذه الشروط التي تنص على الاستعاضة مدرجة في اتفاق الامتياز/المشروع، فيكون صاحب الامتياز، بالتالي قد وافق عليها. وهذا بالضبط هو جوهر الاقتراح المقدم من اتحاد المحامين الأوروبيين. والواقع أنه سيكون من قبيل التضليل أن يُقترح على الدول الأعضاء/السلطات الوطنية حكم تشريعي نموذجي يمكن من إرساء آلية استعاضة بناء على

اتفاق بين السلطة المتعاقدة والمقرضين فحسب، في حين أن المذكرات والتوصيات الأصلية لا تفضي إلى استنتاج كهذا.

في هذا الخصوص يجب التمييز بين الاتفاق على مبدأ الحق في الاستعاضة، من جهة، وتحديد آليات تنفيذ الاستعاضة، من جهة أخرى. ومما قد يساعد أيضا على فهم اقتراح اتحاد المحامين الأوروبيين توفير معلومات خلفية عن واحد من أكبر مشاريع البنية التحتية المشار إليها في المذكرات، والذي هو، حسب علمنا، أول مشروع ينفذ آلية استعاضة لصالح المقرضين. وهذا هو مشروع تشييد وتشغيل وصلة ثابتة عبر قناة المانش بين المملكة المتحدة وفرنسا، الذي كان موضوع اتفاق امتياز، مؤرخ ١٤ آذار/مارس ١٩٨٦، أبرم بين الدولتين وشركة Eurotunnel، التي تمثل شراكة بين شركة فرنسية هي France Manche S.A.، وشركة انكليزية هي Channel Tunnel Group Ltd.

مبدأ الاستعاضة

تقضي المادة ٣٢ من اتفاق الامتياز المذكور (الذي ليس المقرضون طرفا فيه)، عند وقوع أحداث محددة، يستعاض عن أصحاب الامتياز الأوليين بأصحاب امتياز جدد حسب اختيار المقرضين. وتتاح للحكومتين عندئذ فترة شهرين للتأكد من قدرة المرشحين المالية والتقنية اللازمة لإنجاز المشروع، ولدى انتهاء هذه الفترة، يُفترض أن موافقة الحكومتين قد مُنحت.

وكان اعتماد مثل هذه الآلية، حسبما سيأتي شرحه، ظرفيا تماما، بمعنى أنه كان نتيجة لخصائص معينة يتسم بها ذلك المشروع: فهو مشروع بين اقليمي دولتين مستقلتين، وبالتالي فهو خاضع لنظامين قانونيين مختلفين، مما استلزم استنباط مجموعة ضمانات - لا يمكن بدونها حشد أي تمويل - أفضت إلى تضيق الاختلافات بين دينك النظامين إلى أبعد حد ممكن.

ففي النظام القانوني الفرنسي، حيث توجد مجموعة قوانين إدارية راسخة منذ عهد طويل وشائعة التطبيق تحكم نوع العقد الذي اختير لمشروع نفق القناة، والذي يُعرف بامتياز خدمة عمومية، يتعذر على صاحب الامتياز أن ينشئ ضمانا على اتفاق الامتياز (بما في ذلك الأراضي والموجودات الثابتة القائمة عليه)، أما في القانون الانكليزي، فيمكن إخضاع اتفاق الامتياز والحقوق الناشئة عنه لضمان رسمي. ومن خلال مفهوم الرهن العائم، على وجه الخصوص، الذي يمكن بمقتضاه جعل جميع الموجودات الحالية والمقبلة خاضعة للضمان، فضلا

عن امكانية تعيين متسلّم، يمكن، عند وقوع أي حدث تقصيري، ادارة المنشأة واستكمال المشروع.

ونظرا لأن جدوى إنفاذ الضمان على نصف المرفق فحسب (أي الجزء الخاضع للقانون الانكليزي) محدودة بداهة، كان لا بد من إيجاد نظام يمكن بواسطته نقل عوائد اتفاق الامتياز، وكذلك الأراضي والموجودات الثابتة والممتلكات المنقولة وحقوق الملكية الفكرية، إلخ، إلى المقرضين من أجل ضمان إتمام المشروع واستمراره. وقد وجد ذلك الحل في انشاء هذه الآلية تعاقدية.

ولذلك، أدرج في اتفاق الامتياز حكم يقضي باجراء هذا النقل في ظروف معينة. ومن ثم، وافق صاحب الامتياز على أعمال هذه الآلية في ظروف معينة، ولكن كان لا بد من تجسيد هذه الموافقة في القانون، في فرنسا لأن هذا يتعارض مع قانون الإفلاس القائم، ومن البديهي أنه لا يمكن لعقد أن يحل محل القانون، وفي انكلترا لأنه كان من الضروري تفويض السلطة المتعاقدة بتنفيذ الاستعاضة.

آليات تنفيذ الاستعاضة

يتباين الوضع، مرة أخرى، تبعا للقانون الانكليزي أو القانون الفرنسي. ففي انكلترا، تُنفذ الاستعاضة باتفاق بين الحكومتين والمقرضين، لا باتفاق بين أصحاب الامتياز والمقرضين، وكذلك وفقا للصلاحيات الممنوحة للسلطة المتعاقدة في ذلك الخصوص. والمقرضون ليسوا طرفا في اتفاق الامتياز ولا يحق لهم بالتالي، فيما يخص القانون الانكليزي، انفاذ أي حكم يرد في ذلك الاتفاق، من قبيل الحكم الذي يمنحهم خيار طلب الاستعاضة. أما حق المقرضين فينشأ عن اتفاق يبرم مباشرة مع الحكومتين، ويعطيهم الحق في السعي إلى ممارسة حقهم في الاستعاضة على نحو مباشر تجاه الحكومتين، دون حاجة إلى التصرف من خلال أصحاب الامتياز.

وفي فرنسا، تُنفذ الاستعاضة بإعمال القانون لا بالاتفاق. وهذا شبيه بممارسة الدولة حقاً غير معروف في العقود الخاصة، ألا وهو ممارسة الصلاحيات المستمدة من السلطة التعاقدية للدولة. وفي هذا السياق، يلزم ألا يُبرم أي اتفاق بين المقرضين وأصحاب الامتياز فيما يتعلق بممارسة الحق في الاستعاضة، من أجل الحفاظ على الاستعاضة كآلية منبثقة من القانون العام. والواقع أن من شأن إبرام اتفاق كهذا أن يقوّض صميم أسس التحليل القانوني القائل بأن الاستعاضة تظل صالحة من الناحية القانونية على الرغم من وقوع تقصير من

جانب صاحب الامتياز. كما ان من شأنه أن يستجلب تبعات ضريبية ثقيلة تترتب على انتقال الموجودات إلى المقرضين.

الخلاصة

إن آلية الاستعاضة التي أنشئت بخصوص مشروع نفق القناة جاءت، في المقام الأول، نتيجة لظروف معيّنة، ولا سيما ضرورة التخفيف بعض الشيء من صرامة القانون الفرنسي المتعلق بالضمان. وما كانت تلك الآلية ضرورية من الناحية القانونية لو أن المشروع نُفذ في انكلترا وحدها، وإن كانت قد وُفّرت (لو كانت الحال كذلك) قدراً من المرونة أكبر مما يوفره القانون الانكليزي القائم. وهذا هو السبب في أنها أصبحت سمة نمطية في استثمارات مبادرة التمويل الخاص والشراكة بين القطاعين العام والخاص في السنوات العشر الأخيرة في المملكة المتحدة. ووفقاً للمبادئ التوجيهية الخاصة بالعقد النمطي لمبادرة التمويل الخاص، تُنفذ آلية الاستعاضة من خلال اتفاق ثلاثي بين السلطة المتعاقدة والمقرضين وصاحب الامتياز أو شركة المشروع.

ومن الخطأ الإيحاء بأن حق الاستعاضة يمكن أن يُرسى دون موافقة شركة المشروع. وإذا ظل تنفيذ مثل هذا الحق خياراً متاحاً للمقرضين، بمقتضى عقد مباشر مع السلطة المتعاقدة، فإن وجود هذا الحق أصلاً يجب أن يخضع لموافقة صاحب الامتياز.

أما الإيحاء بعدم امكانية إرساء ذلك الحق على النحو الوارد أعلاه، ولكن يمكن الاتفاق عليه، حسبما يشير إليه النص الحالي لمشروع الحكم التشريعي النموذجي ٤٢، بين السلطة المتعاقدة والمقرضين فحسب، مما يعني أن حقوق المرء المنصوص عليها في العقد يمكن أن تؤخذ منه دون موافقته، فمن شأنه أن يلحق الضرر بأحد المبادئ الأساسية لقانون العقود في معظم الولايات القضائية، وهذا أمر له عواقب بعيدة المدى في تشريعات تلك الولايات القضائية.

وأخيراً، ثمة أمر أكثر أهمية هو أن هذا الإيحاء يتنافى كلياً مع الغرض الذي تستهدفه اللجنة، ألا وهو ترويج الاستثمار الخاص في البنية التحتية العمومية، إذ إن احتمال حرمان المستثمر من حقوقه دون رضاه سيؤدي حتماً إلى ثنيه عن الالتزام بتمويل أي مشروع.

الحواشي

(١) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.01.V.4.