

Distr.: General
11 September 2018
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الثانية والخمسون
فيينا، ٨-٢٦ تموز/يوليه ٢٠١٩

الشراكات بين القطاعين العام والخاص: تحديثات مقترحة لدليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (الفصل الخامس المنقح)

مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

٢	خامساً - مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديدته وإنهاؤه
٢	ألف - ملاحظات عامة
٢	باء - مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص
٤	جيم - تمديد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص
٥	دال - الإنهاء
١٤	هـ - تبعات انقضاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه



الرجاء إعادة استعمال الورق



خامساً - مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديدته وإنهاؤه

ألف - ملاحظات عامة

١ - معظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي عقود محددة المدة. وفي نهاية تلك المدة، وتبعاً لنوع المشروع، يقوم الشريك الخاص بنقل مسؤولية تشغيل الخدمة أو مرفق البنية التحتية إلى السلطة المتعاقدة، أو تختار السلطة المتعاقدة إعادة طرح العقد للمناقصة. ويتناول القسم باء العناصر التي ينبغي النظر فيها عند تحديد مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ويتناول القسم جيم مسألة ما إذا كان يجوز تمديد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفي أي ظروف يكون ذلك. ويبحث القسم دال الظروف التي قد تجيز إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص قبل انتهاء فترته. وأخيراً، يتناول القسم هاء نتائج انقضاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه، بما في ذلك نقل ملكية موجودات المشروع والتعويض الذي قد يستحقه أي من الطرفين عند الإنهاء، وتصفية المشروع، ولا سيما وقف تشغيل البنية التحتية.

باء - مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

٢ - تتضمن قوانين بعض البلدان أحكاماً تقيد مدة امتيازات البنية التحتية أو الشراكات بين القطاعين العام والخاص بعدد محدد من السنين. وتضع بعض القوانين حداً عاماً لمعظم مشاريع البنية التحتية أو مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وحدوداً خاصة للمشاريع في قطاعات معينة من البنية التحتية. وفي بعض البلدان لا توجد مدد قصوى إلا بالنسبة لبعض قطاعات البنية التحتية.

٣ - ومن منظور الشريك الخاص، ينبغي أن تكون مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص طويلة بما يكفي لتمكين الشريك الخاص من استرداد استثماره وتحقيق ربح معقول. ومن وجهة نظر السلطة المتعاقدة، ينبغي للعقد من حيث المبدأ أن يمتد طالما يرجح أن تكون الخدمة مطلوبة، ولكنه ينبغي أن يكون متسقاً أيضاً مع الاستراتيجية الاستثمارية وسياسة المنافسة المعتمدتين في البلد فيما يخص القطاع المعني، مع مراعاة الاستبعاد المحتمل من الأسواق نتيجة مشاريع الشراكة طويلة والحصرية بين القطاعين العام والخاص. وبالإضافة إلى هذين الاعتبارين الرئيسيين، قد تتوقف المدة المستصوبة لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على عوامل مختلفة تشمل أساساً:

(أ) العوامل المتعلقة بالأشغال الهندسية - تؤدي العوامل المتعلقة بالأشغال الهندسية وغيرها من العوامل التقنية دوراً هاماً في تحديد المدة المثالية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. فمرحلة التشييد - التي تقابل في العادة التمويل الأولي - تنطوي عادة على أكبر المخاطر من حيث الأحداث المعطلة (مثل مخاطر إكمال المشروع وتجاوز التكاليف المقدرة وغيرها من المخاطر التي نوقشت في الفصل الثاني، "تخطيط المشروع وإعداده"، الفقرات ...)، ويجب أن تؤخذ في الاعتبار عند تحديد مدة المشروع الإجمالية. كما ينبغي أن تجسّد مدة المرحلة التشغيلية، بدورها، التوقعات المتعلقة بأداء المعدات أو الموجودات الرئيسية أو البالغة الأهمية من خلال تقدير عدد السنوات التي يرجح أن تظل فيها تلك المعدات أو الموجودات قيد الخدمة لأغراض توليد إيرادات فعالة من حيث التكلفة، بما في ذلك احتمال تغير التكنولوجيا اللازمة للمشروع؛

(ب) العوامل المالية - من وجهة النظر المالية، تحدد مدة المشروع المثلى باستخدام عدة أساليب لميزنة الاستثمارات، مثل فترة استرجاع رأس المال وصافي القيمة الحالية ومعدل العائد الداخلي والقيمة الزمنية للاستثمار. وتشكل الفترة التي يحتاجها الشريك الخاص لتسديد ديونه واستهلاك استثماره الأولي عاملاً رئيسياً في هذا الصدد. وتشير فكرة "الاستهلاك" الاقتصادي في هذا السياق إلى القيد التدريجي للمبالغ المستثمرة في مقابل عائدات المشروع على افتراض أن المرفق لن تكون له قيمة متبقية في نهاية فترة المشروع.

٤- وبالنظر إلى صعوبة تقرير حد قانوني واحد لمدة مشاريع البنية التحتية، يوصى بإتاحة قدر من المرونة للسلطة المتعاقدة للتفاوض، في كل حالة من الحالات، بشأن المدة الملائمة للمشروع قيد البحث. وفي بعض الحالات، تكون مدة العقد أحد العوامل المدرجة في الصيغة ("القيمة الدنيا الحالية للعائدات") المستخدمة كأساس لتحديد الفائز بالمناقصة أثناء عملية الاختيار (انظر الفصل الثالث، "إرساء العقد"، الفقرات...). وعند استخدام هذا النظام، تتفق الأطراف على مدة العقد التي تسمح للشريك الخاص بتحقيق المستوى العام من العائدات المتوقع في العرض الذي قدمه. وتتطلب جميع هذه الخيارات نهجاً تشريعياً مرناً فيما يتعلق بمدة العقد. وقد تقوم البلدان التي أنشأت آليات مؤسسية لرصد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وبناء القدرات في مجال التفاوض بشأن تلك الشراكات وإدارتها (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشروع وإعداده"، الفقرات...) بوضع مبادئ توجيهية أو إساءة المشورة للسلطات المتعاقدة بشأن مدة العقد المستصوبة أو المناسبة تبعاً لطبيعة المشروع ومع وضع التجارب السابقة في الاعتبار.

٥- وتحقق بعض النظم القانونية المرونة المنشودة عن طريق القوانين التي تقتضي أن تخضع كل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لمدة قصوى، دون تحديد أي عدد من السنين. وفي بعض الأحيان، يقتصر القانون على بيان العناصر التي ينبغي النظر فيها عند تحديد مدة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتي قد تتضمن طبيعة ومقدار الاستثمار اللازم من جانب الشريك الخاص وفترة الاستهلاك العادية بالنسبة للمرافق والمنشآت المعنية. وتنص بعض القوانين الخاصة بمشروع أو قطاع معين على نظام مركب يحدد المدة القصوى لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص سواء في نهاية مدة معينة أو عند تسديد ديون الشريك الخاص بالكامل وتحقيق مستوى معين من العائد أو الإنتاج أو الاستخدام؛ أيهم أسبق. ويمكن للنهج التشريعي المرن بشأن مدة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن يسمح بوضع حلول مصممة خصيصاً لتلبية احتياجات المشروع المعنية والبارامترات الاقتصادية الخاصة به، كما في الحالات التي تتفق فيها السلطة المتعاقدة والشريك الخاص على مدة متغيرة أو مرنة للمشروع تتيح التمديد التلقائي في ظروف محددة (انظر الفقرة ٩، أدناه).

٦- ولكن إذا تبين أن من الضروري اعتماد حدود قانونية، فالفترة القصوى ينبغي أن تكون من الطول بحيث تسمح للشريك الخاص بسداد ديونه كاملة وتحقيق ربح معقول. وقد يكون من المفيد أيضاً الترخيص للسلطة المتعاقدة، في حالات استثنائية، بأن توافق على مدد أطول للعقد، نظراً لمقدار الاستثمار والفترة اللازمة لاسترداده، وذلك رهناً ببعض إجراءات الموافقة.

جيم - تمديد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

٧- في الممارسة التعاقدية لبعض البلدان، يجوز للسلطة المتعاقدة والشريك الخاص الاتفاق على تمديد مدة الشراكة بين القطاعين العام والخاص لمرة واحدة أو أكثر. ولكن في أغلب الأحيان لا تسمح القوانين المحلية بتمديد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلا في ظروف استثنائية. وفي هذه الحالة، يطلب عادة من السلطة المتعاقدة، عند انقضاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أن تختار شريكا خاصا جديدا، مستخدمة في العادة نفس الإجراءات التي طبقت عند اختيار الشريك الخاص الحالي (للاطلاع على مناقشة إجراءات الاختيار، انظر الفصل الثالث "إرساء العقد").

٨- وقد وجد عدد من البلدان أن من المفيد اشتراط إعادة طرح عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وبخاصة تلك التي تتضمن امتيازات حصريّة لتقديم خدمة عمومية، للمناقصة من وقت إلى آخر بدلا من تمديدها بشكل حر من جانب الطرفين. وإعادة طرح المشروع للمناقصة من وقت إلى آخر قد يعطي الشريك الخاص حوافز قوية للأداء. وينبغي أن ينظر عند تحديد الفترة الفاصلة بين الإسناد الأولي للمشروع وإعادة طرحه للمناقصة في المرة الأولى (والمرة اللاحقة) في مستوى المخاطر الاستثمارية والمخاطر الأخرى التي يواجهها الشريك الخاص. فعلى سبيل المثال، بالنسبة للشراكات بين القطاعين العام والخاص في مجال جمع النفايات الصلبة التي لا تتطلب استثمارات كبيرة ثابتة، يمكن أن تكون الفترة الفاصلة قصيرة نسبيا (كل ثلاث إلى خمس سنوات، مثلا)؛ في حين أن الفترات الأطول قد تكون مستصوبة بالنسبة للشراكات التي تتطلب مستويات عالية من الاستثمار، مثل الشراكات في مجال توزيع الكهرباء أو المياه التي يبين فيها الشريك الخاص مرافق أو شبكات جديدة، أو يضطلع فيها بأعمال مكثفة لتوسيع المرافق أو الشبكات القائمة أو تجديدها. وفي معظم البلدان، تتوافق إعادة طرح المشروع للمناقصة مع انتهاء مدة المشروع، ولكن في بلدان أخرى يمكن منح العقد لفترة أطول (مثلا ٩٩ عاما)، مع إعادة طرحه دوريا للمناقصة (كل ١٠ سنوات أو ١٥ سنة مثلا). وفي الآلية الأخيرة، التي اعتمدها عدد من البلدان، يعاد طرح المشروع للمناقصة في المرة الأولى قبل أن يستعيد الشريك الخاص استثماراته بالكامل. وكحافز للمتعهد الحالي، تنص بعض القوانين على أنه يجوز إعطاء الأفضلية للشريك الخاص على مقدمي العروض الآخرين عند إرساء العقود اللاحقة للشراكة بين القطاعين العام والخاص فيما يتعلق بنفس النشاط. غير أنه يمكن أن يكون للشريك الخاص حق في التعويض إذا لم يتمكن من الفوز بالمنافسة في الجولة اللاحقة. وإلزام الفائز بالمنافسة بتعويض الشريك الخاص الحالي عن أي حقوق ملكية توجد لديه وعن الاستثمارات التي لم يستردها بعد يقلل من المخاطر الطويلة الأجل التي يواجهها المستثمرون والمقرضون ويتيح لهم خيارا مفيدا للخروج من الشراكة (انظر الفقرتين ٤١ و ٤٢).

٩- وبرغم ما تقدّم، فمن المستصوب ألا يستبعد تماماً خيار التفاوض بشأن تمديد فترة الشراكة بين القطاعين العام والخاص تحت ظروف استثنائية. وتعد مدة مشروع البنية التحتية من العناصر الرئيسية فيما يتعلق بجدوى المشروع وتقييم "مردود المال المنفق" (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشروع وإعداده"، الفقرات ...). وتعد المدة أيضا أحد العوامل الرئيسية التي تراعى عند التفاوض بشأن الترتيبات المالية كما أن لها أثرا مباشرا على أسعار الخدمات التي يقدمها

الشريك الخاص. وقد يجد الطرفان أنَّ تمديد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (كبديل لآليات التعويض الأخرى، أو بالاقتران معها) يمكن أن يكون خياراً مفيداً لمواجهة العوائق غير المتوقعة أو غيرها من التغيرات غير المنتظرة في الظروف التي تظهر أثناء مدة المشروع. ويمكن أن تتضمن هذه الظروف أياً من الاحتمالات التالية: التمديد للتعويض عن تعليق المشروع أو خسائر الأرباح الناتجة عن وقوع أحداث معوقة (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ١٣١-١٣٩)؛ أو التمديد للتعويض عن الانخفاض غير المتوقع في تدفق العائدات، بما في ذلك الانخفاض بسبب التدابير التنظيمية المتعلقة بمراقبة الأسعار والتعريفات التي تزيد عن الهامش الوارد في العقد (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ١٤٠-١٤١)؛ أو التمديد للسماح للشريك الخاص باستعادة تكلفة تأخر عملية التشييد أو تجاوز التكاليف بسبب ظروف غير مؤاتية وغير متوقعة في موقع التشييد (على سبيل المثال، ظروف جيولوجية أو متعلقة بالأرصاء الجوية) أو تكلفة أعمال إضافية تُطلب إنجازها في المرفق المعني ولن يتمكن الشريك الخاص من استردادها خلال الفترة العادية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص دون زيادات غير معقولة في التعريفات (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ٧٣-٧٦).

١٠- وقد يكون تمديد العقد لتغطية تلك الحالات موضوع آلية تلقائية ينص عليها العقد، أو يأتي نتيجة لاتفاق الأطراف، إذا كان العقد ينص على هذا الاحتمال. وقد يكون للاحتمال الأول، وبخاصة إذا كان العقد يربط التمديد بمستوى متفق عليه مسبقاً للقيمة الحالية للإيرادات على مدار دورة حياة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ميزة تقييد نطاق الصلاحية التقديرية أو الحكم الذاتي في تحديد المدة المناسبة للتمديد. وعلى أي حال، تحقيقاً للشفافية وبهدف الحد من فرص ظهور ممارسات فاسدة، ينبغي أن يبين العقد بوضوح الظروف التي قد تخول تمديد العقد، وأن يرصد أداء الشريك الخاص على نحو مناسب (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ٧٧-٧٨). ولنفس الأسباب، يخضع تمديد مدة الشراكة بين القطاعين العام والخاص في بعض البلدان لحد إجمالي عام أو يتطلب موافقة سلطة حكومية تعين خصيصاً لهذا الغرض.

دال - الإنهاء

١١- غالباً ما تتناول التشريعات المحلية أسباب إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص قبل انتهاء مدته، ونتائج هذا الإنهاء. ويأذن القانون للطرفين عادة بإنهاء عقد الشراكة بعد وقوع أنواع معينة من الأحداث. ومصب الاهتمام الرئيسي لجميع الأطراف المشاركة في الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو ضمان اكتمال المرفق وتشغيله على نحو مرضٍ، وفي حال الشراكة الامتيازية، توفير الخدمة العمومية المعنية بطريقة مستمرة ومنتظمة. وفي الممارسة العملية، يكون الإنهاء في كثير من الأحيان سبباً في المنازعات والتقاضى ومن بين الحجج المتكرر ذكرها في دعاوى

الاستثمار الدولية (انظر الفصل السادس "تسوية النزاعات"، الفقرات...، والفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات...). ونظراً للتأثير الخطيرة للإلغاء، حيث إن توفير الخدمات قد يتعطل أو ربما ينقطع، ولتكاليف المنازعات التي تنجم عنه، ينبغي اعتبار الإلغاء في معظم الظروف تدبيراً من التدابير التي يلجأ إليها كملاذ أخير. وينبغي أن تبحث بعناية شروط ممارسة هذا الحق من جانب أي من الطرفين. وبينما لا يلزم أن تكون حقوق وشروط الإلغاء متطابقة، من المستصوب عموماً إيجاد توازن عادل بشأنها فيما يتعلق بكلا الطرفين.

١٢- وبالإضافة إلى تحديد الظروف أو أنواع الأحداث التي يمكن أن تنشئ الحق في إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن من المستصوب للطرفين بحث الإجراءات الملائمة لتقرير ما إذا كانت هناك أسباب وجيهة لإنهاء عقد الشراكة. والمسألة التي تنطوي على أهمية خاصة في هذا الصدد هي ما إذا كان يجوز إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من جانب واحد، أو ما إذا كان الإلغاء يتطلب قراراً من جانب هيئة قضائية أو أي هيئة أخرى لتسوية المنازعات.

١٣- ولا يسمح عادة للشريك الخاص بإنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص دون سبب، وفي بعض النظم القانونية يتطلب الإلغاء من جانب الشريك الخاص قراراً قضائياً نهائياً حتى في حالة إحلال السلطة المتعاقدة بالاتفاق. ولكن في بعض البلدان، يجوز للسلطات العمومية، وفقاً للقواعد الخاصة بالعقود المبرمة مع الهيئات الحكومية، ممارسة مثل هذا الحق، رهناً بدفع التعويض للشريك الخاص. غير أن هناك استثناء في بعض البلدان في حالة امتيازات الخدمات العمومية، التي تبين أن طبيعتها التعاقدية لا تتوافق مع حقوق الإلغاء من جانب واحد. وأخيراً، فبعض النظم القانونية لا تعترف للهيئات الحكومية بحقوق الإلغاء من جانب واحد. غير أن المستثمرين والمقرضين سوف يشعرون بالقلق إزاء خطر الإنهاء السابق لأوانه أو غير المبرر من جانب السلطة المتعاقدة، حتى في الحالات التي قد يخضع فيها قرار الإنهاء للاستعراض عن طريق آلية لتسوية المنازعات. ويجدر بالملاحظة أيضاً أن إعطاء الهيئة المتعاقدة حق إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من جانب واحد لن يكون بديلاً ملائماً للآليات التعاقدية المصممة تصميمًا جيداً لرصد الأداء أو بديلاً للضمانات المناسبة للأداء (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ٨٠-٩٧ و ١٠٨-١٢٠).

١٤- ولهذا، ينبغي ملاءمة الأحكام المتعلقة بالإلغاء مع سبل الإنصاف المتعلقة بالإحلال والمنصوص عليها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ومن المفيد، على وجه الخصوص، التمييز بين شروط الإنهاء وشروط تدخل السلطة المتعاقدة (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ١٤٣-١٤٦). ومن المهم أيضاً بحث حقوق السلطة المتعاقدة في الإنهاء على ضوء اتفاقات التمويل المتفاوض بشأنها من جانب الشريك الخاص ومقرضيه. وفي معظم الأحوال، فالأحداث التي قد تؤدي إلى إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص سوف تشكل أيضاً أحداثاً تقصير بموجب اتفاقات القروض، بحيث ينتج عن ذلك أن الدين المستحق على الشريك الخاص قد يصبح واجب السداد على الفور. ولهذا، سوف يكون من المفيد تفادي خطر الإنهاء وذلك عن طريق إتاحة الفرصة للمقرضين لاقتراح شريك خاص آخر عندما يبدو أن إنهاء عقد الشراكة مع الشريك الخاص الأصلي أصبح

وشيكاً (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ١٠٨-١٢٠).

١٥- وعلى ضوء ما سبق، فمن المستصوب عموماً أن يخضع إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لقرار نهائي من جانب هيئة تسوية المنازعات المنصوص عليها في العقد. ومن شأن هذا الشرط أن يقلل من القلق بشأن اللجوء إلى الإنهاء السابق لأوانه أو غير المبرر. وفي الوقت نفسه، فلن يحول دون اتخاذ التدابير الملائمة لضمان استمرار الخدمة، إلى حين اتخاذ قرار نهائي من جانب هيئة تسوية المنازعات، طالما أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ينص على سبل انتصاف تعاقدية في حالة الإخلال بالاتفاق، مثل حقوق التدخل بالنسبة للسلطة المتعاقدة والمقرضين. وفي البلدان التي لا يتسق فيها هذا الشرط مع المبادئ العامة للقانون الإداري المطبق على العقود الحكومية، قد يكون من المهم التأكد على الأقل من أن حق السلطة المتعاقدة في إنهاء عقد الشراكة لا ينال من حق الشريك الخاص في أن يلجأ فيما بعد إلى القضاء للنظر في قرار السلطة المتعاقدة إنهاء الاتفاق.

١- إنهاء الاتفاق من جانب السلطة المتعاقدة

١٦- تتعلق حقوق السلطة المتعاقدة في الإنهاء عادة بثلاث فئات من الظروف وهي: الإخلال الجسيم من جانب الشريك الخاص؛ وإعسار الشريك الخاص؛ والإنهاء لدواعي المصلحة العامة.

(أ) الإخلال الجسيم من جانب الشريك الخاص

١٧- إذا كان العقد يشمل تقديم الشريك الخاص لخدمات عمومية في إطار نوع من أنواع "الامتياز" (انظر "مقدمة ومعلومات خلفية"، الفقرات...)، فمن واجب السلطة المتعاقدة أن تكفل توفير الخدمات العمومية وفقاً للقوانين واللوائح التنظيمية والأحكام التعاقدية المنطبقة. وهكذا، يعترف في عدد من القوانين المحلية صراحة بحق السلطة المتعاقدة في إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في حالة الإخلال من جانب الشريك الخاص. ونظراً لما يحدثه الإنهاء من تعطيل وبغية المحافظة على استمرار الخدمة، فليس من المستصوب اعتبار الإنهاء عقوبة لكل حالة من حالات الأداء غير المرضي من جانب الشريك الخاص. وعلى العكس من ذلك، من المستصوب عموماً ألا يتم اللجوء إلى مثل هذا الحل الجذري إلا في حالات التقصير في الأداء التي تكون "جسيمة بشكل خاص" أو "متكررة"، خصوصاً في الحالات التي لم يعد من المعقول فيها توقع أن يتمكن الشريك الخاص من الأداء في ظل عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو أن يكون مستعداً لذلك. وتستخدم كثير من النظم القانونية تعبيرات تقنية محددة للإشارة إلى الحالات التي تكون فيها درجة الإخلال من جانب أحد الأطراف المتعاقدة ذات طبيعة تجعل الطرف الآخر ينهي العلاقة التعاقدية قبل انقضاء فترتها (مثل "إخلال أساسي" أو "إخلال جوهري" أو تعبيرات مماثلة). ويشار إلى مثل هذه الحالات في الدليل بعبارة "إخلال جسيم".

١٨- وقصر إمكانية الإنهاء على حالات الإخلال الجسيم يمكن أن يطمئن المقرضين والمستثمرين بأنهم سوف يكونون في مأمن من القرارات غير المعقولة أو السابقة لأوانها من جانب السلطة المتعاقدة. ويجوز أن ينص القانون عموماً على حق السلطة المتعاقدة في إنهاء عقد الشراكة بين

القطاعين العام والخاص عند حدوث إخلال جسيم من جانب الشريك الخاص، ويترك لعقد الشراكة أمر تعريف معنى الإخلال الجسيم بمزيد من التفصيل وتقديم أمثلة توضيحية لذلك، حسب الاقتضاء. وليس من المستصوب من وجهة النظر العملية محاولة تقديم قائمة شاملة، عن طريق القانون أو في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بالأحداث التي تبرر الإنهاء. وعادة ما تتوقف درجة خطورة إخلال الشريك الخاص بالتزاماته وآثار ذلك على المرحلة من المشروع التي حدث فيها الإخلال (انظر الفقرات ٢٠-٢٥، أدناه).

١٩- ومن فئات الإخلال التي تعتبرها القوانين المحلية جسيمة بما يكفي لتبرير إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بصرف النظر عن المرحلة من المشروع التي تكتشف فيها الإخلال الجسيم بالقوانين الجنائية للبلد من جانب الشريك الخاص ووكلائه، أو أي إدانة جنائية أخرى بمقتضى القانون الوطني لبلد الشريك الخاص أو قانون بلد ثالث. ومن الأسباب المسلم بها على نطاق واسع لإنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفساد ورشو الموظفين العموميين فيما يتعلق بإرساء عقد عمومي أو إصدار الرخص أو الإجازات، سواء كان ذلك يتعلق تحديدًا بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أم لا. ومنذ بدء نفاذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد،^(١) باتت الدول تلتزم بمكافحة مثل هذه الممارسات على الصعيد الدولي، وتعاقب الكثير من الدول الفساد والرشوة حتى إذا ارتكبت في الخارج طالما كان مرتكبو هذه الجرائم من مواطنيها أو كانت الممارسات الفاسدة تسبب في الإضرار بمصالحها الداخلية. ومن أمثلة الجرائم الجنائية التي غالباً ما تسوغ الإنهاء بموجب القوانين المحلية ما يلي: (أ) المشاركة في منظمة إجرامية؛ (ب) الاحتيال؛ (ج) جرائم الإرهاب أو الجرائم المرتبطة بالأنشطة الإرهابية؛ (د) غسل الأموال أو تمويل الإرهاب؛ (هـ) غير ذلك من الجرائم الخطيرة بالمعنى الوارد في الفقرة الفرعية (ب) من المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.^(٢) ويكون الإنهاء مسوغاً في هذه الحالات متى كان الشريك الخاص قد ارتكب مثل هذه الجرائم ككيان اعتباري، وأيضاً في الحالات التي يكون فيها الشخص المحكوم عليه بموجب حكم نهائي من أعضاء الهيئة الإدارية أو التنظيمية أو الإشرافية للكيان الشريك الخاص أو له صلاحيات تمثيل ذلك الشريك أو اتخاذ قرارات في إطاره أو التحكم فيه.

٢٠- وإلى جانب الحالة المبينة في الفقرة السابقة، والتي قد تستدعي العقاب الفوري، فمن المستصوب كقاعدة أن تمنح السلطة المتعاقدة الشريك الخاص مدة إضافية للوفاء بالتزاماته وتلافي نتائج إخلاله قبل أن تلجأ إلى سبل الانتصاف. فعلى سبيل المثال، ينبغي أن يرسل إلى الشريك

(١) اعتمدت الاتفاقية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤/٥٨، المؤرخ ٣١ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٣، ودخلت حيز النفاذ في ١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٥.

(٢) "سلوك يمثل جرماً يعاقب عليه بالحرمان التام من الحرية لمدة لا تقل عن أربع سنوات أو يعقوبة أشد" (اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة ٢٥/٥٥ المؤرخ ١٥ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٠، والتي دخلت حيز النفاذ في ٢٩ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٣). ومن الأمثلة الشائعة على الجرائم الخطيرة بموجب القوانين المحلية القتل والاعتصاب والاختطاف والسرقة والسلب والسطو وتداول الممتلكات المسروقة والابتزاز والاتجار بالمخدرات والاختلاس والرشوة والاحتيال وتزوير العملة وغسل الأموال وتهريب الأسلحة النارية وعمل الأطفال وغير ذلك من أشكال الاتجار بالبشر.

الخاص بإخطار يحدد طبيعة الظروف ذات الصلة ويطلبه بتصحيح تلك الظروف في غضون مدة معينة. كذلك ينبغي إعطاء الإمكانية للمقرضين والضامنين، حسب الحالة، لتلافي نتائج إخلال الشريك الخاص مثلاً عن طريق تكليف طرف ثالث بصورة مؤقتة بتصحيح الخلل الذي تسبب فيه الشريك الخاص، وفقاً لشروط تعهدات الأداء المقدمة إلى السلطة المتعاقدة أو شروط اتفاق مباشر بين المقرضين والسلطة المتعاقدة، وذلك (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ١٠٨-١٢٠ و ١٤٧-١٥٠). كما يمكن أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه إذا لم يتم تصحيح الظروف قبل انقضاء الفترة ذات الصلة، يجوز للسلطة المتعاقدة عندئذ إنهاء عقد الشراكة، رهنا بإخطار المقرضين أولاً وإعطائهم فرصة القيام، خلال مدة معينة، بممارسة ما قد يكون لهم من حق استبدال الشريك الخاص وفقاً لاتفاق مباشر بينهم وبين السلطة المتعاقدة. غير أنه يلزم تحديد مواعيد نهائية معقولة، نظراً لأنه لا يمكن توقع أن تتحمل السلطة المتعاقدة إلى أجل غير مسمى التكلفة المستمرة لحالة إخلال بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من جانب الشريك الخاص. وفضلاً عن هذا، ينبغي ألاّ تفسد هذه الإجراءات بحق الهيئة المتعاقدة في التدخل لتفادي خطر تعطل تقديم الخدمات من جانب الشريك الخاص (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرتان ١٤٥ و ١٤٦).

١' الإخلال الجسيم قبل بدء التشييد

٢١- يحتاج الشريك الخاص عادة إلى إنجاز سلسلة من الخطوات قبل القيام بأعمال التشييد؛ بل غالباً ما ينظر إلى مثل هذه المتطلبات على أنها شروط سابقة لبدء نفاذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ويمكن أن تشمل أمثلة الأحداث التي غالباً ما تسوّغ إلغاء إرساء العقد في مرحلة مبكرة ما يلي:

(أ) عدم تأمين الوسائل المالية اللازمة، أو التوقيع على عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أو إنشاء شركة المشروع خلال الأجل الزمني المحدد؛

(ب) عدم الحصول على الرخص أو الإجازات المطلوبة للاضطلاع بالنشاط موضوع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص؛

(ج) عدم القيام بتشديد المرفق، أو بدء إعداد المشروع، أو تقديم المخططات والتصاميم المطلوبة لذلك في غضون الفترة المحددة بعد إرساء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

٢٢- وينبغي أن يقتصر الإنهاء، من حيث المبدأ، على الحالات التي لم يعد فيها من المعقول أن تتوقع السلطة المتعاقدة أن يقوم الشريك الخاص الذي وقع عليه الاختيار باتخاذ التدابير الضرورية لبدء تنفيذ المشروع. ومن المهم للسلطة المتعاقدة، في هذا الصدد، أن تنظر في أي ظروف يمكن أن تسوّغ تأخر الشريك الخاص في الوفاء بالتزاماته. وفضلاً عن ذلك، لا ينبغي أن يتضرر الشريك الخاص من نتائج تقاعس أو أخطاء السلطة المتعاقدة أو أي سلطات عمومية أخرى. وعلى سبيل المثال، لن يكون هناك عادة مسوّغ لإنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إذا كان عدم

حصول الشريك الخاص على الرخص والإجازات الحكومية في حدود الجدول الزمني المتفق عليه لا يرجع إلى خطأ من جانب ذلك الشريك.

٢' الإخلال الجسيم أثناء مرحلة التشييد

٢٣- يمكن أن تشمل أمثلة الأحداث التي قد تسوِّغ إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أثناء مرحلة التشييد ما يلي:

- (أ) عدم مراعاة لوائح البناء أو المواصفات أو الحد الأدنى لمعايير التصميم والأداء وعدم إكمال الأعمال، دون عذر، في حدود الجدول الزمني المتفق عليه؛
- (ب) عدم مراعاة قوانين العمل الإلزامية ومعايير الضمان الاجتماعي والسياسات العامة ذات الصلة؛

(ج) عدم تقديم أو تجديد الضمانات المطلوبة وفقاً للشروط المتفق عليها؛

(د) انتهاك غير ذلك من الالتزامات القانونية أو التعاقدية الأساسية.

٢٤- وينبغي أن يكون الإنهاء متناسباً مع درجة الإخلال من جانب الشريك الخاص ونتائج الإخلال بالنسبة للسلطة المتعاقدة. وعلى سبيل المثال، يمكن أن تكون للسلطة المتعاقدة مصلحة مشروعة في تحديد موعد يجب أن يستكمل فيه التشييد، وبالتالي يصبح من حقها اعتبار أي تأخير في الإنجاز حالة من حالات الإخلال، ومن ثم سبباً للإنهاء. غير أن التأخير وحده، خاصة إذا لم يكن مفرطاً مقارنة بما هو منصوص عليه في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، قد لا يكون سبباً كافياً للإنهاء عندما تكون السلطة المتعاقدة مقتنعة، فيما عدا ذلك، بقدرة الشريك الخاص على إنجاز التشييد وفقاً للمعايير النوعية المطلوبة والتزامه بذلك.

٣' الإخلال الجسيم أثناء مرحلة التشغيل

٢٥- تشمل أمثلة حالات الإخلال التي تسوِّغ عادة إنهاء العقد أثناء مرحلة التشغيل أيًا من الحالات التالية، حسب الاقتضاء:

(أ) العجز الجسيم عن تقديم الخدمات وفقاً للمعايير القانونية والتعاقدية الخاصة بالنوعية، بما في ذلك تجاهل تدابير مراقبة الأسعار التي تنطبق على الشراكات الامتيازية بين القطاعين العام والخاص؛

(ب) تعليق أو وقف تقديم الخدمات المطلوبة وفقاً للعقد بغير عذر ودون موافقة مسبقة من جانب السلطة المتعاقدة؛

(ج) العجز الجسيم من جانب الشريك الخاص عن صيانة المرفق ومعداته وامتلاكاته وفقاً للمعايير النوعية المتفق عليها أو التأخير بغير عذر في القيام بأعمال الصيانة وفقاً للخطط والبرامج والجدول الزمني المتفق عليها؛

(د) عدم الامتثال للجزاءات التي تفرضها السلطة المتعاقدة أو هيئة الرقابة التنظيمية، حسب الاقتضاء، بسبب انتهاك واجبات الشريك الخاص.

٢٦- وتبرز إمكانية إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إذا لم يمثل الشريك الخاص للقرارات التنظيمية أو الجزاءات التي تفرضها السلطة المتعاقدة الحاجة إلى وضع آليات فعالة لتجنب المنازعات وتسويتها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (انظر الفصل السادس "تسوية النزاعات"، الفقرات...). وينطبق الشيء ذاته على إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إذ أدین الشريك الخاص بالاحتياال الضريبي أو بأي أنواع أخرى من أعمال الاحتياال، أو إذا تورط وكلاؤه أو موظفوه في رشو الموظفين العموميين وممارسات الفساد الأخرى (انظر الفقرة ١٨، أعلاه). وتبرز هذه الحالة الأخيرة أيضا أهمية وضع آليات فعالة لمكافحة الفساد والرشوة وإتاحة إمكانية أمام الشريك الخاص لرفع الشكاوى في مواجهة المطالبات بمدفوعات غير مشروعة أو التهديدات غير القانونية من جانب المسؤولين في البلد المضيف (انظر أيضا الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة، الفقرات ٥٠-٥٢).

(ب) إعسار الشريك الخاص

٢٧- يلزم تقديم خدمات البنية التحتية عادة بطريقة مستمرة، ولهذا السبب تشترط معظم القوانين المحلية إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إذا تم الإعلان عن إعسار الشريك الخاص أو إفلاسه. ومن أجل ضمان استمرار الخدمة، يجوز أن تستبعد من إجراءات الإعسار الموجودات والممتلكات التي يلزم تسليمها إلى السلطة المتعاقدة، ويمكن أن يشترط القانون موافقة حكومية مسبقة على أي إجراء من إجراءات التصرف من جانب المصفي أو مدير الإعسار في أي من فئات الموجودات المملوكة للشريك الخاص في إطار مشروع الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

٢٨- وفي النظم القانونية التي تسمح بإنشاء مصالح ضمانية في الامتياز ذاته (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرة ٥٧)، ينص القانون على أنه يجوز للسلطة المتعاقدة، بالتشاور مع الدائنين المضمونين، تعيين مدير مؤقت لضمان استمرار تقديم الخدمة ذات الصلة، إلى أن يتخذ الدائنون المضمونون المشاركون في إجراءات الإعسار قرارا، بناء على توصية من مدير الإعسار، بشأن ما إذا كان ينبغي مواصلة النشاط أو طرح حق استغلال الامتياز في مزاد علني.

(ج) الإنهاء لدواعي المصلحة العامة

٢٩- في الممارسات التعاقدية لبعض البلدان، جرى التقليد على أن تحتفظ السلطات العمومية التي تشتري أعمال التشييد بحق إنهاء عقد التشييد لدواعي المصلحة العامة (أي دون أن تكون ملزمة بتقديم أي مسوغ سوى أن الإنهاء في صالح الحكومة). وفي بعض الولايات القضائية التي تطبق القانون الأنغلوسكسوني، لا يمكن ممارسة هذا الحق، الذي يشار إليه أحيانا بعبارة "الإنهاء لدواعي الملازمة"، إلا إذا كان منصوبا عليه صراحة في القانون أو في العقد ذي الصلة. وهناك عدة نظم قانونية تنتمي إلى تقاليد القانون المدني تعترف أيضا للهيئات الحكومية بسلطة مماثلة في إنهاء العقود لأسباب تتعلق "بالمصلحة العامة" أو "بالصالح العام". وفي بعض البلدان، قد يوجد مثل هذا الحق ضمنا لدى السلطة الحكومية التعاقدية، حتى إذا لم يكن هناك حكم قانوني أو تعاقدية واضح بهذا المعنى. ويعتبر حق الحكومة في الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، في النظم القانونية التي

تعترف بذلك الحق، ضروريا للمحافظة على قدرة الحكومة غير المحدودة على ممارسة وظائفها التي تؤثر على الصالح العام.

٣٠- ومع هذا، ينبغي أن تدرس بعناية شروط ممارسة هذا الحق والنتائج المترتبة على ممارسته. وقد تقع سلطة تحديد ما يعد مصلحة عامة ضمن نطاق تقدير الحكومة، وبذلك لا يمكن الاعتراض على قرار السلطة المتعاقدة إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلا في ظروف محددة (مثل الدافع غير المشروع أو 'تجاوز حدود السلطة' "détournement de pouvoir"). إلا أن الحق العام والمطلق في إنهاء عقد لدواعي المصلحة العامة قد يشكل مخاطرة غير محسوبة ربما لا يكون الشريك الخاص أو المقرضون على استعداد لقبولها دون ضمانات كافية بأنهم سوف يحصلون على تعويض سريع عما يلحق بهم من خسائر. ولهذا، ينبغي الإبلاغ عن إمكانية الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، إذا كانت واردة، للمستثمرين المحتملين في أقرب فرصة ممكنة، وينبغي أن تذكر صراحة في مسودة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تعمم مع طلب تقديم المقترحات (انظر الفصل الثالث، "إرساء العقد"، الفقرة ٦٧). ويمكن أن يشمل التعويض المستحق عن الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، في الممارسة، البنود التي ينظر فيها عند حساب التعويض المستحق عن الإنهاء بسبب الإخلال الجسيم من جانب السلطة المتعاقدة (انظر الفقرة ٤٩). وفضلا عن هذا، من المستصوب عموماً قصر ممارسة حق الإنهاء لدواعي المصلحة العامة على الحالات التي يتطلب فيها سبب قاهر يتعلق بالصالح العام إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (كأن تحدث تغييرات لاحقة في خطط الحكومة وسياساتها تقتضي إدماج مشروع ما في شبكة أوسع أو عندما تحدث تغييرات في خطط السلطة المتعاقدة تقتضي إجراء تنقيحات كبيرة للمشروع من شأنها أن تؤثر تأثيراً جوهرياً في التصميم الأصلي أو الجدوى التجارية للمشروع في ظل تولي القطاع الخاص تشغيله). وليس من المستصوب، على وجه الخصوص، اعتبار حق الإنهاء لدواعي المصلحة العامة بديلاً لسبل الانتصاف التعاقدية الأخرى في حالة عدم الاقتناع بأداء الشريك الخاص (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ١٤٠-١٥٠).

٢- الإنهاء من جانب الشريك الخاص

٣١- بينما قد تحتفظ الهيئة المتعاقدة في بعض النظم القانونية بحق مطلق في إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن أسباب الإنهاء من جانب الشريك الخاص تقتصر عادة على الإخلال الجسيم من جانب السلطة المتعاقدة أو حالات استثنائية أخرى، ولا تتضمن في الأحوال العادية حقاً عاماً في إنهاء عقد الشراكة بمحض الاختيار. يضاف إلى ذلك أن بعض النظم القانونية لا تعترف بحق الشريك الخاص في إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من جانب واحد، ولا تعترف إلا بحقه في أن يطلب إلى طرف ثالث، مثل المحكمة المختصة، البت في إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(أ) الإخلال الجسيم من جانب السلطة المتعاقدة

٣٢- بصفة عامة، يقتصر حق الشريك الخاص في إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على حالات يتبين فيها أن السلطة المتعاقدة قد أحلت بجزء كبير من التزاماتها (مثل التقصير

في دفع مبالغ متفق عليها للشريك من القطاع الخاص أو التقصير في إصدار رخص لازمة لتشغيل المرفق لأسباب أخرى غير الخطأ من جانب الشريك الخاص). وفي النظم القانونية التي يكون فيها للسلطات المتعاقدة الحق في طلب إدخال تغييرات أو تعديلات على المشروع، قد يكون للشريك الخاص الحق في إنهاء اتفاق المشروع إذا قامت السلطة المتعاقدة بتغيير أو تعديل المشروع الأصلي بطريقة تتسبب في زيادة كبيرة في حجم الاستثمار اللازم وعجز الطرفان عن التوصل إلى اتفاق بشأن مقدار التعويض الملائم (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ٧٣-٧٦).

٣٣- وبالإضافة إلى الإخلال الجسيم من جانب الهيئة المتعاقدة ذاتها، قد يكون من الإنصاف الإذن للشريك الخاص بإنهاء عقد الشراكة إذا عجز عن تنفيذ التزاماته بسبب تصرفات سلطات عمومية غير السلطة المتعاقدة، مثل عدم اتخاذ تدابير داعمة معينة لازمة لتنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشروع وإعداده"، الفقرات ٣٥-٦٠).

٣٤- ورغم أن الإنهاء من جانب الشريك الخاص قد لا يتطلب دائما قرارا نهائيا من هيئة قضائية أو هيئة أخرى لتسوية المنازعات، فقد تكون هناك حدود لسبل الانتصاف المتاحة للشريك الخاص في حالة الإخلال من جانب السلطة المتعاقدة. وعملا بإحدى القواعد القانونية المتبعة في كثير من النظم القانونية، يجوز لأي من طرفي العقد الامتناع عن الوفاء بالتزاماته إذا أحل الطرف الآخر بجزء كبير من التزاماته. غير أن هذه القاعدة لا تطبق على العقود الحكومية في بعض النظم القانونية، وينص القانون بدلا من ذلك على أن المتعاقدين مع الحكومة لا يعفون من الوفاء بالتزاماتهم فقط بسبب حدوث إخلال من جانب السلطة المتعاقدة إلا في حالة إلغاء العقد عن طريق حكم قضائي أو قرار صادر عن هيئة تحكيم.

٣٥- والقيود التي تحد من حق الشريك الخاص في الامتناع عن الوفاء بالتزاماته يقصد بها عادة ضمان استمرار الخدمات العمومية (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرتان ٨٦ و ٨٧). غير أنه تجدر ملاحظة أنه بينما يجوز للسلطة المتعاقدة أن تخفف من نتائج إخلال الشريك الخاص عن طريق استخدام حقها في التدخل، فإنه لا يوجد لدى الشريك الخاص عادة سبيل مماثل للانتصاف. وفي حالة حدوث إخلال جسيم من جانب السلطة المتعاقدة، قد تلحق بالشريك الخاص أضرار كبيرة، بل ربما أضرار لا يمكن إصلاحها، وهذا يتوقف على الوقت اللازم للحصول على قرار نهائي بإعفاء الشريك الخاص من التزاماته بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وتؤكد هذه الظروف أهمية الضمانات الحكومية فيما يتعلق بالالتزامات التي تتحملها السلطات المتعاقدة (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشروع وإعداده"، الفقرات ٤٥-٥٠)، والحاجة إلى السماح للطرفين باختيار آليات سريعة وفعالة لتسوية المنازعات (انظر الفصل السادس، "تسوية المنازعات"، الفقرات ٣-٤٢).

(ب) تغيير الظروف

٣٦- كثيرا ما تسمح القوانين المحلية للشريك الخاص بإنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إذا أصبح أداء الشريك الخاص أكثر صعوبة بسبب حدوث تغيير غير متوقع في الظروف

ولم يتمكن الطرفان من الاتفاق على إجراء التنقيح اللازم لمواءمة عقد الشراكة مع الظروف المتغيرة (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ١٢٦-١٣٠). ويكون للشريك الخاص أيضا الحق في إنهاء العقد إذا لم تمثل السلطة المتعاقدة للأحكام التعاقدية التي تهدف إلى الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد (الأحكام المتعلقة بتعديل التعريفات أو ربطها بمؤشر للأسعار، على سبيل المثال).

٣- الإنهاء من جانب أي من الطرفين

(أ) عرقلة الأداء

٣٧- تنص بعض القوانين على أنه يجوز للطرفين إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إذا أصبح الوفاء بالتزاماتهما مستحيلا على نحو دائم بسبب ظرف مبيّن في عقد الشراكة على أنه عائق يسوّغ الإعفاء (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ١٣٢-١٣٩). ومن المستصوب، في هذا الصدد، أن ينصّ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه يجوز لأي من الطرفين إنهاء العقد إذا استمر العائق الذي يستدعي الإعفاء لفترة محددة من الزمن أو تجاوزت المدة الإجمالية لعائقي أو أكثر من العوائق التي تستدعي الإعفاء مدة محددة من الزمن. كما أنه إذا أصبح تنفيذ المشروع مستحيلا لأسباب قانونية بسبب حدوث تغييرات في التشريع أو بسبب أحكام قضائية تمس صلاحية عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص مثلا، فقد لا يتطلب حق الإنهاء هذا انقضاء أي مدة محددة، ويمكن أن يمارس هذا الحق على الفور عند تغيير التشريع أو بدء نفاذ أي عقبة قانونية أخرى.

(ب) التراضي

٣٨- تأذن بعض القوانين المحلية للطرفين بإنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن طريق التراضي، ويخضع ذلك عادة لموافقة سلطة حكومية عليا. وقد تحتاج السلطة المتعاقدة إلى صلاحيات تشريعية خاصة في النظم القانونية التي يعد فيها الإنهاء بالتراضي انقطاعا في الخدمة العامة يمكن أن تكون السلطة المتعاقدة مسؤولة عنه.

هـ- تبعات انقضاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه

٣٩- تختلف تبعات انقضاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه حسب نوع الشراكة وهيكلها (الشراكات الامتيازية والشراكات غير الامتيازية بين القطاعين العام والخاص، على سبيل المثال) وطبيعة المشروع (للاطلاع على لمحة عامة عن الأنواع المختلفة من ترتيبات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرات ...). فبالنسبة للشراكات الامتيازية بين القطاعين العام والخاص، ينقضي حق صاحب الامتياز عادة في تشغيل المرفق وتقديم الخدمات ذات الصلة وتحصيل المدفوعات المتعلقة بها عند انقضاء العقد أو إنهائه. وفي تلك الحالات، ما لم يكن لصاحب الامتياز الحق في امتلاك البنية التحتية بصفة دائمة، فإن انقضاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه يستوجب في كثير من الأحوال نقل ملكية الموجودات إلى السلطة المتعاقدة أو إلى صاحب

امتياز آخر يتولى تشغيل المرفق. وقد يختلف الحال بالنسبة للشراكات غير الامتيازية بين القطاعين العام والخاص، وبخاصة إذا احتفظ الشريك الخاص بملكية موجودات المشروع. ويمكن أن تكون هناك تبعات مالية هامة يلزم للطرفين تناولها بالتفصيل في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولا سيما في حالة الإنهاء من جانب أي من الطرفين. وسوف يحتاج الطرفان أيضا إلى الاتفاق على مختلف تدابير التصفية لضمان انتقال مسؤولية تشغيل المرفق وتقديم الخدمات انتقالاً منتظماً.

١- نقل ملكية الموجودات المتعلقة بالمشروع

٤٠- في معظم الحالات، يتعين عند انقضاء أو إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن تعاد إلى السلطة المتعاقدة الموجودات والممتلكات التي أتيحت في الأصل للشريك الخاص وغيرها من السلع المرتبطة بالشراكة (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ٢٣-٢٩). وفي حالة المشاريع النمطية من نوع "البناء والتشغيل فنقل الملكية"، يكون الشريك الخاص ملزماً أيضاً بأن ينقل إلى السلطة المتعاقدة ملكية البنية التحتية المادية وغير ذلك من الموجودات المرتبطة بالمشروع عند انقضاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه. وكثير ما تتضمن الموجودات التي يتعين نقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة موجودات غير ملموسة كالأموال المستحقة وغير ذلك من الحقوق القائمة عند حدوث النقل. وقد يحدث بحسب المشروع أن تتضمن الموجودات التي يتعين نقلها نوعاً معيناً من التكنولوجيا أو الدراية العملية (انظر الفقرات ٥١-٥٥). وتجدر الإشارة إلى أنه في بعض الشراكات بين القطاعين العام والخاص، تنقل ملكية الموجودات مباشرة وتلقائياً إلى الشريك الخاص الجديد المختار الذي يخلف الشريك الحالي في تقديم الخدمات.

(أ) نقل ملكية الموجودات إلى السلطة المتعاقدة

٤١- قد يقتضي الأمر ترتيبات مختلفة بحسب نوع الموجودات التي ستنتقل ملكيتها (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرة ٢٨):

(أ) الموجودات التي يجب نقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة. في التقاليد القانونية لبعض البلدان يتعين على الشريك الخاص، في نهاية مشروع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أن ينقل ملكية هذه الموجودات خالية من أي رهون أو ديون ودون تكلفة إلى السلطة المتعاقدة، باستثناء التعويض عن التحسينات أو التجديدات التي أدخلت على الممتلكات ضماناً لاستمرار الخدمات والتي لم يكن الشريك الخاص قد استعاد تكلفتها بعد. وفي الممارسة العملية، تفترض هذه القاعدة التفاوض بشأن مدة عقد طويلة بما فيه الكفاية ومستوى عائدات بالقدر الذي يكفي لكي يتمكن الشريك الخاص من استهلاك استثماره وتسديد ديونه بالكامل. وتسمح قوانين أخرى بمزيد من المرونة عن طريق الإذن للسلطة المتعاقدة بأن تعوض الشريك الخاص عن القيمة المتبقية، إن وجدت، للموجودات التي بناها الشريك أو غير ذلك من الاستثمارات التي قام بها في المرافق المادية أو النظم؛

(ب) موجودات يجوز للسلطة المتعاقدة أن تشتريها باختيارها. إذا قررت السلطة المتعاقدة أن تمارس خيار شراء تلك الموجودات، فمن حق الشريك الخاص عادة أن يحصل على تعويض يقابل قيمتها السوقية العادلة في ذلك الوقت. أما إذا كان من المتوقع أن تستهلك تلك الموجودات بصورة كاملة (أي أن الترتيبات المالية للشريك الخاص لا تتضمن أي توقع بشأن القيمة المتبقية للموجودات)، فالأطراف تتفق في العادة على أن يكون السعر المدفوع اسمياً. وفي الممارسة التعاقدية لبعض البلدان، جرت العادة على أن تحتفظ السلطات المتعاقدة ببعض المصالح الضمانية في هذه الموجودات ضماناً لنقلها الفعلي؛

(ج) موجودات تظل ملكية خاصة للشريك الخاص. جرت العادة على أن للشريك الخاص أن ينقل هذه الموجودات أو يتصرف فيها بحرية.

(ب) نقل ملكية الموجودات إلى شريك خاص جديد

٤٢- قد تود السلطة المتعاقدة، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، أن تعيد طرح عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص للمناقشة عند انتهاء مدته، بدلاً من إدارة المرفق بنفسها (انظر الفقرة ٧). ولهذا الغرض، قد يكون من المفيد أن يشترط القانون على الشريك الخاص إتاحة الموجودات لشريك خاص جديد. ولضمان الانتقال المنتظم واستمرار الخدمة، ينبغي مطالبة الشريك الخاص بالتعاون مع الشريك الخاص الجديد في عملية التسليم. وقد يتطلب نقل ملكية الموجودات بين الكيانات الشريكة الخاصة المتعاقبة دفع تعويض ما إلى الشريك الخاص الحالي، وهذا يتوقف على ما إذا كانت قيمة الموجودات قد استهلكت أو لم تستهلك.

٤٣- ومن العناصر الهامة التي ينبغي النظر فيها بهذا الصدد هيكل الاقتراح المالي الذي يقدمه الشريك الخاص أثناء عملية الاختيار (انظر أيضاً الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرة ٢٧). فمن الافتراضات الأساسية التي تركز عليها الاقتراحات المالية لمقدمي العروض، في الشراكات بين القطاعين العام والخاص في مجال البنية التحتية العمومية، أن كل الموجودات التي تستدعي الشراكة بنائها أو اقتنائها ستكون قد استهلكت (أي استعيدت تكاليفها كاملة) خلال عمر الشراكة. وبناءً على ذلك، لا تتضمن الاقتراحات المالية عادة توقعات بشأن القيمة المتبقية للموجودات بعد انتهاء مدة الشراكة. وفي تلك الحالات، قد لا يوجد سبب مبدئي لمطالبة الشريك الخاص الجديد بأن يدفع أي تعويض للشريك الخاص الأصلي الذي قد يتعين عليه أن يتيح كل الموجودات لخلفه بدون تكلفة أو بضمن اسمي فقط. وإذا كان الشريك الخاص قد حقق ما توقع من عائد، فإذا دفع الشريك الجديد مبلغاً مقابل انتقال الموجودات إليه فسيمثل ذلك في الواقع تكلفة إضافية لا بد من التعويض عنها في نهاية المطاف من خلال الأسعار التي يطبقها الشريك الجديد بموجب العقد الثاني. ولكن إذا كان مستوى الأسعار المتوخى في الاقتراح الأصلي للشريك الخاص يفترض وجود قيمة متبقية للموجودات في نهاية مدة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أو كان الاقتراح المالي يفترض الحصول على عائد كبير من أطراف ثالثة، فإن الشريك الخاص قد يحق له الحصول على تعويض عن الموجودات المنقولة إلى الشريك الجديد.

(ج) حالة الموجودات وقت نقل الملكية

٤٤ - في حالة تسليم الموجودات إلى السلطة المتعاقدة أو نقل ملكيتها مباشرة إلى الشريك الخاص الجديد عند انتهاء مدة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يلتزم الشريك الخاص عادة بنقلها خالية من الرهون أو الديون، وفي الحالة اللازمة للتشغيل العادي لمرفق البنية التحتية مع مراعاة احتياجات الخدمة. وفي بعض القوانين، يدعم حق السلطة المتعاقدة في الحصول على تلك الموجودات في حالة تشغيل بفرض التزام على الشريك الخاص بأن يحافظ على الموجودات وأن ينقلها في حالة سليمة كما تقتضي الصيانة الملائمة، وأن يقدم نوعاً من الضمان بهذا المعنى (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرة ١١٨). وفي الأحوال التي تشترط فيها السلطة المتعاقدة إعادة الموجودات في حالة محددة، ينبغي أن تكون الحالة المطلوبة معقولة. وبينما قد يكون من المعقول بالنسبة لسلطة متعاقدة أن تطلب أن تكون للموجودات مدة معينة من العمر المتبقي، فإنه لن يكون من المعقول أن تتوقع أن تكون هذه الموجودات مثل الجديدة. يضاف إلى ذلك أن هذه المتطلبات قد لا تكون ممكنة التطبيق في حالة إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وخاصة الإنهاء قبل الإنجاز الناجح لمرحلة التشييد.

٤٥ - ومن المستصوب وضع إجراءات واضحة لتقييم حالة الموجودات التي يلزم نقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة والتأكد منها. فقد يكون من المفيد مثلاً إنشاء لجنة تتألف من ممثلي السلطة المتعاقدة والشريك الخاص لتقرير ما إذا كانت حالة المرافق مطابقة للحالة المطلوبة وتفي بالمتطلبات ذات الصلة المنصوص عليها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ويجوز أن ينص عقد الشراكة هذا أيضاً على تعيين هذه اللجنة وتحديد صلاحياتها، ويجوز تحويل اللجنة سلطة طلب اتخاذ تدابير معقولة من جانب الشريك الخاص لإصلاح أو إزالة أي عيوب أو أوجه قصور توجد في المرافق. وقد يكون من المستصوب النص على إجراء تفتيش خاص في مرحلة مناسبة قبل وقت كافٍ من إنهاء العقد (قبل سنة واحدة على الأقل، أو حتى قبل ذلك في بعض الحالات)، يجوز بعده أن تطلب السلطة المتعاقدة اتخاذ تدابير صيانة إضافية من جانب الشريك الخاص لضمان أن تكون الموجودات في حالة سليمة وقت نقل ملكيتها. وقد تود السلطة المتعاقدة أن تشترط على الشريك الخاص في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص تقديم ضمانات خاصة لتسليم المرافق في حالة مرضية (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرة ١١٨). ويمكن للسلطة المتعاقدة أن تستخدم قيمة هذه الضمانات لدفع تكلفة إصلاح الموجودات أو الممتلكات النافقة.

٢ - الترتيبات المالية عند الإنهاء

٤٦ - يمكن إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص قبل أن يتمكن الشريك الخاص من استرداد قيمة استثماراته وسداد ديونه والحصول على المكاسب المتوقعة، مما قد يسبب خسائر كبيرة لذلك الشريك. ويمكن أن تتحمل الخسارة أيضاً السلطة المتعاقدة، إذ قد تحتاج إلى القيام باستثمارات إضافية أو تحمل نفقات كبيرة لكي تضمن اكتمال المرفق مثلاً أو استمرار تقديم الخدمات ذات الصلة. وبالنظر إلى هذه الظروف، تتضمن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عادة أحكاماً مفصلة تتعلق بالحقوق والالتزامات المالية للطرفين عند الإنهاء. وقد تكون

الالتزامات الطارئة في أعقاب إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص كبيرة وتحتاج إلى تقييمها على نحو سليم في مصفوفة مخاطر السلطة المتعاقدة في المراحل المبكرة من تخطيط المشروع (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشروع وإعداده"، الفقرات...). وعلاوة على ذلك، فقد يتطلب ما تدفعه السلطة المتعاقدة فعلياً - سواء كتعويض عن الإنهاء أو كمدفوعات عادية مقابل نقل ملكية الموجودات - تخصيص موارد كافية من الميزانية، وربما تحتاج السلطة المتعاقدة إلى التماسها قبل أن تصبح المدفوعات مستحقة السداد بوقت كاف.

٤٧- وتتناول الفقرات التالية العوامل المختلفة التي عادة ما تأخذها السلطات المتعاقدة والكيانات الشريكة الخاصة في الاعتبار عند تحديد معايير التعويض الذي قد يستحقه أي من الطرفين في حال إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وفي هذا السياق، من المهم التمييز تعاقدياً بين معايير التعويض المتفق عليه والتعويضات عن الأضرار بسبب الإنهاء التعسفي. ففي الحالة الأخيرة، تكون المدفوعات بديلاً عن الاسترداد الكامل، وتضع الطرف المتضرر في نفس الوضع تقريباً الذي كان سيجد نفسه فيه لو لم يقر الطرف الآخر بإنهاء العقد إنهاءً تعسفياً.^(٣) أما مدفوعات التعويض المتفق عليه تعاقدياً، فلا يكون الاسترداد عادة هو الهدف منها ولا يكون لها طابع عقابي، وهي تجسد عادة ما ترى الأطراف أنه تعويض عادل عن الاستثمارات المنجزة والأرباح أو العوائد المحتملة غير المتحققة بسبب الإنهاء المبكر للعقد.

٤٨- وهناك أساساً ثلاثة نهج لتحديد مدفوعات التعويض، وهي: (أ) يقيم النهج المستند إلى الدخل المشروع على أساس دخله الحالي والمتوقع باستخدام طريقة التدفقات النقدية المخصومة، أو القيمة الحالية المعدلة أو التدفقات النقدية المرملة؛ (ب) وينطوي النهج المستند إلى السوق على مقارنة بين المشروع المعني والقيمة السوقية لمنشأة تجارية ماثلة أو سند ملكية خاص بها كما هو مبين من السعر الذي يبيع به؛ (ج) وأخيراً، يستخدم النهج المستند إلى الموجودات القيمة الدفترية أو قيمة الاستبدال الخاصة بالموجودات التي يستحق عنها التعويض. ويمكن استخدام أي من النهج الثلاثة لوضع بارامترات لحساب التعويض عن إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهي تختلف عادة تبعاً للمرحلة التي تم الإنهاء أثناءها والأسباب المختلفة للإنهاء. ومع ذلك، فالعوامل التالية يكون لها عادة دور رئيسي في تحديد بارامترات التعويض:

(أ) الدين المستحق والاستثمار السهمي والربح المتوقع. يدرج إنهاء المشروع عادة ضمن أحداث التقصير الواردة في اتفاقات القروض الخاصة بالشريك الخاص. ونظراً لأن اتفاقات القروض تتضمن عادة ما يسمى "بشرط التعجيل"، الذي يقضي بأن الدين يمكن أن يصبح واجب

(٣) تعرف المحكمة الدائمة للعدالة الدولية بوجه عام معيار التعويض عن الأضرار بمقتضى القانون الدولي العرفي على النحو التالي: "إن المبدأ الأساسي الذي ينطوي عليه مفهوم الفعل غير المشروع - وهو مبدأ يبدو أن الممارسة الدولية، ولا سيما قرارات هيئات التحكيم، قد أقرته - يقضي بوجوب أن يمحى الجبر، قدر الإمكان، كل عواقب الفعل غير المشروع وأن يعيد الحالة إلى ما كانت لتكون عليه، وفقاً لأرجح الاحتمالات، لو لم يرتكب هذا الفعل. والمبادئ التي ينبغي استخدامها لتحديد مبلغ التعويض اللازم بسبب فعل مخالف للقانون الدولي هي الرد العيني، وإذا تعذر ذلك، دفع مبلغ مساو لقيمة الرد العيني، والقيام عند اللزوم بدفع تعويضات عن الخسارة المتكبدة التي لم يغطيها الرد العيني أو المبلغ المدفوع بدلاً منه". (مصنع تشورزوف (ألمانيا ضد بولندا)، الأسس الموضوعية، ١٩٢٨ المحكمة الدائمة للعدالة الدولية (السلسلة-ألف) رقم ١٧ (١٣ أيلول/سبتمبر)، صفحة ١٢٥).

السداد بكامله عند وقوع حادث تقصير، فإنَّ الخسارة الفورية التي يتحملها الشريك الخاص عند إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يمكن أن تتضمن مبلغ الدين المستحق في ذلك الوقت. وتقرير ما إذا كان يمكن أن تقوم السلطة المتعاقدة بالتعويض عن مثل هذه الخسارة وإلى أي مدى يمكنها القيام بذلك، يتوقف عادة على أسباب إنهاء الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وقد يقتصر التعويض الجزئي على مبلغ يماثل قيمة الأعمال التي أنجزها الشريك الخاص بصورة مرضية، في حين أنَّ التعويض الكامل سيشمل الدين المستحق بكامله. وهناك فئة أخرى من فئات الخسارة التي ينظر إليها أحياناً في إطار ترتيبات التعويض وهي خسارة الاستثمار السهمي من جانب الشريك الخاص، طالما لم تسترد قيمة هذا الاستثمار وقت الإنهاء. وأخيراً، فإنَّ الإنهاء يحرم الشريك الخاص أيضاً من الأرباح التي سيحققها المرفق في المستقبل. ومع أنَّ الأرباح الضائعة لا تعتبر عادة من بين الأضرار الفعلية، يمكن في حالات استثنائية، مثل الإنهاء التعسفي من جانب السلطة المتعاقدة، إدراج القيمة الحالية للأرباح المتوقعة في المستقبل ضمن التعويض المستحق للشريك الخاص؛

(ب) درجة اكتمال الموجودات وقيمتها المتبقية واستهلاكها. تتضمن مخططات التعويض التعاقدية عن مختلف أسباب الإنهاء عادة تعويضاً يتناسب مع درجة اكتمال الأعمال وقت الإنهاء. وتحدد قيمة الأعمال عادة على أساس الاستثمار المطلوب للتشييد (خصوصاً إذا تم الإنهاء أثناء مرحلة التشييد) أو على أساس تكلفة استبدال المرفق أو قيمته "المتبقية". وتعني القيمة المتبقية القيمة السوقية للبنية التحتية وقت الإنهاء. وقد يكون من الصعب تحديد القيمة السوقية أو ربما لا تكون موجودة بالنسبة لأنواع معينة من البنية التحتية المادية (مثل الجسور أو الطرق) أو بالنسبة للمرافق التي يقترب عمرها التشغيلي من الانتهاء. ويمكن تقدير القيمة المتبقية أحياناً بمراجعة الجدوى المتوقعة للمرفق بالنسبة للسلطة المتعاقدة. غير أنه قد تكون هناك صعوبة في تحديد قيمة الأشغال غير المنتهية، خصوصاً إذا كان حجم الاستثمار الذي لا يزال على السلطة المتعاقدة القيام به لجعل المرفق في حالة تشغيل يتجاوز المبلغ الذي استثمره الشريك الخاص بالفعل. وعلى أي حال، نادراً ما يتم دفع القيمة المتبقية بالكامل، خصوصاً عندما يشكل عائد المشروع المقابل الوحيد لاستثمارات الشريك الخاص. وهكذا فبدلاً من التعويض الكامل عن قيمة المرفق، لا يحصل الشريك الخاص في الغالب إلا على تعويض عن القيمة المتبقية للموجودات التي لم تستهلك بعد بالكامل وقت الإنهاء.

(أ) الإنهاء بسبب إخلال الشريك الخاص

٤٩ - لا يستحق الشريك الخاص التعويض عادة عن الأضرار في حالة الإنهاء بسبب إخلاله هو نفسه، بل يجوز في بعض الأحوال إلزامه بدفع تعويض عن الأضرار للسلطة المتعاقدة، مع أنه من الناحية العملية نادراً ما يتبقى لدى الشركة المقصرة، التي أعلن دوائها أنَّ ديونها أصبحت واجبة السداد، ما يكفي من الإمكانات المالية لدفع تعويض عن مثل هذه الأضرار فعلياً، وهو ما يؤكد على أهمية تعهدات الأداء وغيرها من ضمانات الأداء التي قد يطلب إلى الشريك الخاص تقديمها (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات ...).

٥٠ - وينبغي أن يلاحظ أن الإنهاء بسبب الإخلال، حتى عندما يعتبر عقاباً عن حالات تقصير جسيم في الأداء، لا ينبغي أن يتسبب في إثراء غير عادل لأي من الطرفين. وبالتالي، فإنه حتى في الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي يقوم فيها الشريك الخاص ببناء مرفق البنية التحتية المزمع نقل ملكيته في نهاية المطاف إلى السلطة المتعاقدة، لا ينطوي الإنهاء بالضرورة على حق السلطة المتعاقدة في تسلم الموجودات دون تقديم أي مدفوعات للشريك الخاص. وقد يكون الحل العادل للتعامل مع مثل هذه القضية هو التمييز بين أنواع الموجودات المختلفة، وفقاً للترتيبات المتوخاة بالنسبة لها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (انظر الفقرة ٤٠):

(أ) الموجودات التي يجب نقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة. حيثما يتطلب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص نقل ملكية موجودات المشروع بشكل تلقائي إلى السلطة المتعاقدة في نهاية عقد الشراكة، فإن الإنهاء بسبب الإخلال لا ينطوي عادة على دفع تعويض للشريك الخاص عن تلك الموجودات، باستثناء القيمة المتبقية للأشغال التي أنجزت بصورة مرضية، طالما لم تستهلك بعد من جانب الشريك الخاص؛

(ب) موجودات يجوز للسلطة المتعاقدة أن تشتريها باختيارها. قد يكون التعويض المالي ملائماً في الحالات التي يكون فيها لدى السلطة المتعاقدة خيار شراء الموجودات بالقيمة السوقية عند انقضاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو الحق في طلب توفير هذا الخيار للفائز الذي يسند إليه المشروع الجديد. غير أنه قد يكون من الجائز قانوناً اقتراح تعويض مالي يقل عن القيمة الكاملة للموجودات بغرض حفز الأداء من جانب الشريك الخاص. وعلى نفس المنوال، قد لا يلزم أن يغطي مثل هذا التعويض التكلفة الكاملة لسداد الدين المستحق على الشريك الخاص. ومن المستصوب تحديد تفاصيل الصيغة الخاصة بالتعويض المالي في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (أي ما إذا كانت تغطي القيمة التصفوية للموجودات، أو الدين المستحق أو قيمة الاستخدام البديل أيهما أقل)؛

(ج) موجودات تظل في ملكية الشريك الخاص. الموجودات المملوكة للشريك الخاص والتي لا تندرج في إطار (أ) أو (ب) أعلاه يمكن عادة للشريك من القطاع الخاص أن ينقلها ويتصرف فيها، وبذلك يندر أن تكون هناك حاجة للتعويض. غير أنه قد ينشأ وضع آخر في حالة المشاريع المخصصة بالكامل حيث تكون كل الموجودات، بما فيها الموجودات الضرورية لتقديم الخدمات، مملوكة للشريك الخاص. وفي مثل هذه الحالات قد تجد السلطة المتعاقدة أن من الضروري لضمان استمرار الخدمات أن تتسلم الموجودات حتى ولو لم يكن ذلك وارداً في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وفي هذه الحالات، يكون من المقبول عموماً أن تعوض السلطة المتعاقدة الشريك الخاص عن القيمة السوقية العادلة للموجودات. غير أنه يمكن أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن يخفّض التعويض بما يعادل المبلغ الذي تتحمله السلطة المتعاقدة في تشغيل المرفق أو في إشراك متعهد تشغيل آخر.

(ب) الإنهاء بسبب الإخلال من جانب السلطة المتعاقدة

٥١- يكون للشريك الخاص عادة الحق في التعويض الكامل عن الخسارة التي يتحملها بسبب الإنهاء لأسباب ترجع إلى السلطة المتعاقدة. ويشمل التعويض المستحق للشريك الخاص عادة التعويض عن قيمة الأشغال والمنشآت، طالما لم تستهلك بالفعل، وكذلك عن الأضرار التي لحقت بالشريك الخاص، بما في ذلك ضياع الأرباح. وعادة ما تحسب هذه الأخيرة على أساس عائد الشريك الخاص خلال السنوات المالية السابقة إذا حدث الإنهاء خلال مرحلة التشغيل، أو على أساس الربح المتوقع خلال الفترة المتوخاة أصلاً. وقد يكون للشريك الخاص الحق في التعويض الكامل عن الديون والأسهم، بما في ذلك تكلفة خدمة الدين والأرباح الضائعة.

(ج) الإنهاء لأسباب أخرى

٥٢- عند بحث ترتيبات التعويض عن الإنهاء بسبب ظروف لا علاقة لها بتقصير أي من الطرفين، قد يكون من المفيد التمييز بين العوائق التي تستدعي الإعفاء والإنهاء الذي تعلنه السلطة المتعاقدة لأسباب مثل المصلحة العامة أو أسباب أخرى مماثلة.

١' الإنهاء بسبب عوائق تستدعي الإعفاء

٥٣- تعرّف العوائق التي تستدعي الإعفاء بأنها أحداث خارجة عن إرادة الطرفين، وكقاعدة عامة قد لا يؤدي الإنهاء في مثل هذه الظروف إلى مطالبات من جانب أي من الطرفين بالتعويض عن الأضرار. غير أنه قد تكون هناك ظروف تجعل من الإنصاف النص على نوع من التعويض للشريك الخاص، مثل التعويض العادل عن الأشغال التي أنجزت بالفعل، خصوصاً عندما يتعذر على الشريك الخاص، بسبب الطبيعة المتخصصة للموجودات، نقلها أو استخدامها بطريقة مفيدة، ولكن يمكن استخدامها بطريقة فعالة من جانب السلطة المتعاقدة لغرض تقديم الخدمة ذات الصلة (مثل الجسور). غير أنه نظراً لأنّ الإنهاء في مثل هذه الأحوال لا يمكن أن يعزى إلى السلطة المتعاقدة، فالتعويض المستحق للشريك الخاص قد لا يكون بالضرورة تعويضاً "كاملاً" (أي سداد الديون والأسهم والأرباح الضائعة).

٢' الإنهاء لدواعي المصلحة العامة

٥٤- حيثما يعترف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بحق السلطة المتعاقدة في الإنهاء مراعاة لدواعي المصلحة العامة، فالتعويض المستحق للشريك الخاص يشمل، عادة، التعويض عن نفس العناصر التي يتضمنها التعويض المستحق عند الإنهاء بسبب الإخلال من جانب السلطة المتعاقدة (انظر الفقرة ٤٦)، وإن لم يكن بالضرورة بالقدر الكامل. ولتحديد المبلغ العادل للتعويض المستحق للشريك الخاص، قد يكون من المفيد التمييز بين الإنهاء لدواعي المصلحة العامة أثناء مرحلة التشييد والإنهاء أثناء مرحلة التشغيل:

(أ) الإنهاء أثناء مرحلة التشييد. إذا أنهى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أثناء مرحلة التشييد والاستثمار، يمكن أن تتبع ترتيبات التعويض الممارسة المعتادة المتبعة في عقود التشييد الكبيرة التي تسمح بالإنهاء لدواعي الملاءمة. وفي تلك الحالات، يستحق المقاول عادة الجزء

من الثمن الذي يقابل أعمال التشييد التي أنجزت إنجازاً مرضياً، وكذلك النفقات والخسائر التي تكبدها المفاوض بسبب الإنهاء. ولكن نظراً لأن السلطة المتعاقدة لا تدفع عادة ثمن أعمال التشييد التي يقوم بها الشريك الخاص، فالمعيار الرئيسي لحساب التعويض سوف يتمثل عادة في جملة الاستثمارات التي قام بها الشريك بالفعل حتى وقت الإنهاء، بما في ذلك جميع المبالغ التي صرفت فعلاً في إطار تسهيلات القروض التي قدمت إلى الشريك الخاص بغرض القيام بالتشييد في إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والمصاريف المتعلقة بإلغاء اتفاقات القروض. ويشكّل الإنهاء خلال مرحلة التشييد أحد المخاطر الرئيسية بالنسبة لتمويل مشاريع الشراكات بين القطاعين العام والخاص. وتسعى بعض البلدان إلى التخفيف من هذا الخطر وتعزيز إمكانية الاستفادة من التمويل المصرفي بالنسبة للمشاريع التي تدفع فيها السلطة المتعاقدة للشريك الخاص مقابل ما يضطلع به من أعمال عن طريق القيام بصورة دورية بإصدار شهادات إيداع قابلة للتداول تجسّد قيمة الاستثمار المنجز خلال الفترة المعنية (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة"، الفقرات...). وفي مثل هذه المخططات، في حالة الإنهاء المبكر لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تُدرج أي مبالغ معترف بها لم تسدها بعد السلطة المتعاقدة لتلقائياً ضمن الرصيد المتبقي المستحق على السلطة المتعاقدة باعتبارها مقابلاً للاستثمارات غير المستهلكة. وينبغي النظر بعناية في مرحلة التخطيط للمشروع في التبعات المالية الإجمالية لهذا الشكل من تحمل السلطة المتعاقدة لمخاطر التشييد على نحو غير مباشر، وهو الحال في بعض نماذج الشراكات بين القطاعين العام والخاص (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشروع وإعداده"، الفقرات...). وهناك مسألة أخرى وهي ما إذا كان من حق الشريك الخاص استعادة الأرباح الضائعة ارتباطاً بذلك الجزء من العقد الذي تم إنهاؤه لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وإلى أي مدى يستحق ذلك. فمن ناحية، ربما يكون الشريك الخاص قد تخلى عن فرص استثمارية أخرى من أجل إكمال المرفق وتشغيله خلال الفترة المتوقعة لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ومن الناحية الأخرى، فإن التزام السلطة المتعاقدة بتعويض الشريك الخاص عن أرباحه الضائعة قد يجعل من المتعذر على السلطة المتعاقدة من الناحية المالية أن تمارس حقها في الإنهاء لدواعي الملاءمة. وقد يتمثل أحد النهج في أن يضع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص سلماً للمدفوعات التي تقدمها السلطة المتعاقدة تعويضاً عن الأرباح الضائعة ويحدد حجم المدفوعات تبعاً لمرحلة التشييد التي استكملت عند إنهاء عقد الشراكة لدواعي الملاءمة.

(ب) الإنهاء أثناء مرحلة التشغيل. فيما يتعلق بأعمال التشييد التي أنجزها الشريك الخاص بشكل مرضٍ، قد تكون ترتيبات التعويض هي نفس الترتيبات الخاصة بالإنهاء أثناء مرحلة التشييد. غير أن التعويض العادل عن الإنهاء أثناء مرحلة التشغيل قد يتطلب تعويضاً عادلاً عن الأرباح الضائعة. ويمكن تبرير المعيار الأعلى من التعويض في هذه الحالة بأنه، على عكس الوضع عند الإنهاء أثناء مرحلة التشييد، الذي قد يتعين فيه على السلطة المتعاقدة أن تستكمل العمل على نفقتها الخاصة، فإن السلطة المتعاقدة قد تحصل في حالة الإنهاء أثناء مرحلة التشغيل على مرفق منجز يمكن تشغيله على نحو مربح. وبحسب التعويض عن الأرباح الضائعة عادة على أساس العائدات التي حققها الشريك الخاص خلال عدد معين من السنوات المالية السابقة؛ ولكن قد

يقتضي الأمر في بعض الحالات مراعاة عناصر أخرى مثل الأرباح المتوقعة على أساس الأسعار المتفق عليها، بما أن العائد المتوقع هو أحد العناصر الأساسية في دراسات الجدوى وهيكلية المشروع المالية (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشروع وإعداده"، الفقرات ...). وسبب ذلك أنه في حالة بعض مشاريع البنية التحتية، مثل الطرق الخاضعة لرسم المرور، التي تتميز بتكاليف مالية عالية ودخل منخفض نسبياً في المراحل المبكرة من التشغيل، قد يحدث الإنهاء قبل أن يصبح للمشروع تاريخ في تحقيق الأرباح.

٣- تدابير النصفية والتدابير الانتقالية

٥٥- عند نقل ملكية المرفق إلى السلطة المتعاقدة في نهاية فترة العقد، قد يحتاج الطرفان إلى اتخاذ سلسلة من الترتيبات تكفل للسلطة المتعاقدة القدرة على تشغيل المرفق بمستويات الكفاءة والسلامة المحددة. ويمكن أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على التزام الشريك الخاص بنقل ملكية عناصر معينة من التكنولوجيا أو الدراية العملية المطلوبة لتشغيل مرفق البنية التحتية. ويمكن أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أيضاً على استمرار التزامات معينة من التزامات الشريك الخاص، لفترة انتقالية معينة، فيما يتعلق بتشغيل وصيانة المرفق. ويمكن أن يتضمن الاتفاق كذلك التزاماً من جانب الشريك الخاص بتوريد أو تيسير توريد قطع الغيار التي قد تحتاجها السلطة المتعاقدة للقيام بإصلاحات في المرفق. بيد أنه ينبغي أن يلاحظ أن الشريك الخاص قد لا يتمكن من القيام هو نفسه ببعض التدابير الانتقالية المشار إليها أدناه، وذلك لأنه في معظم الحالات لا ينشأ ذلك الكيان الشريك الخاص إلا لغرض واحد هو تنفيذ المشروع وأنه سيكون في حاجة إلى الحصول على التكنولوجيا أو قطع الغيار ذات الصلة من أطراف ثالثة.

(أ) نقل التكنولوجيا والدراية العملية

٥٦- في بعض الحالات، سوف ينطوي المرفق الذي نقلت ملكيته إلى السلطة المتعاقدة على عمليات تكنولوجية مختلفة ضرورية لإنتاج سلع معينة، مثل الكهرباء ومياه الشرب، أو تقديم الخدمات ذات الصلة، مثل خدمات الهاتف. وسوف تود السلطة المتعاقدة في أغلب الأحيان اكتساب معرفة بتلك العمليات وتطبيقها. وسوف تود السلطة المتعاقدة أيضاً الحصول على المعلومات والمهارات التقنية اللازمة لتشغيل وصيانة المرفق. وحتى عندما تكون لدى السلطة المتعاقدة القدرة الأساسية على الاضطلاع بعناصر معينة من التشغيل والصيانة (مثل البناء أو الهندسة المدنية)، قد تحتاج السلطة المتعاقدة إلى اكتساب معرفة بعمليات تقنية خاصة تلزم لإجراء التشغيل بطريقة تلائم المرفق المعني. وكثيراً ما يشار إلى توصيل هذه المعرفة والمعلومات والمهارات إلى الهيئة المتعاقدة بعبارة "نقل التكنولوجيا". والالتزامات المتعلقة بنقل التكنولوجيا لا يمكن أن تفرض من جانب واحد على الشريك الخاص، وتخضع هذه الأمور في الواقع العملي لمفاوضات مستفيضة بين الطرفين المعنيين. وفي حين أن للبلد المضيف مصلحة مشروعة في الحصول على التكنولوجيا اللازمة لتشغيل المرفق، فالمصالح والاستراتيجيات التجارية للمستثمرين من الخواص ينبغي أن تراعى على النحو المناسب.

٥٧- ويمكن اعتماد ترتيبات تعاقدية مختلفة لنقل التكنولوجيا وتنفيذ الالتزامات الأخرى الضرورية لتشديد وتشغيل المرفق. ويمكن نقل التكنولوجيا بأساليب مختلفة، على سبيل المثال عن طريق منح ترخيص بالملكية الصناعية، أو عن طريق إنشاء مشروع مشترك بين الطرفين أو عن طريق تقديم الدراية العملية السرية. ولا يحاول الدليل أن يتناول تناولا شاملا المفاوضات المتعلقة بالعقد وعملية الصياغة المتعلقة بمنح ترخيص للملكية الصناعية أو تقديم الدراية العملية، نظراً لأن هذا الموضوع قد تناولته من قبل بالتفصيل منشورات أصدرتها هيئات أخرى تابعة للأمم المتحدة.^(٤) وتكتفي الفقرات التالية بالإشارة إلى قضايا رئيسية معينة تتعلق بتوصيل المهارات اللازمة لتشغيل وصيانة المرفق عن طريق تدريب موظفي السلطة المتعاقدة أو عن طريق توفير الوثائق ذات الصلة.

٥٨- وتدريب موظفي السلطة المتعاقدة هو أهم طريقة لتوصيل المعلومات والمهارات التقنية اللازمة لتشغيل وصيانة المنشآت بصورة صحيحة إلى السلطة المتعاقدة. ولتمكين السلطة المتعاقدة من تحديد احتياجاتها التدريبية، يمكن للسلطة المتعاقدة أن تطلب من الشريك الخاص، أثناء طلب تقديم المقترحات أو أثناء التفاوض بشأن العقد، تقديم مخطط تنظيمي يبين الاحتياجات من الموظفين اللازمين لتشغيل وصيانة المنشأة، بما في ذلك المؤهلات التقنية الأساسية وغيرها من المؤهلات الأخرى التي يجب أن تكون لدى الموظفين. وينبغي أن يكون هذا البيان الخاص بالاحتياجات مفصلاً بما يكفي لتمكين السلطة المتعاقدة من أن تقرر مقدار التدريب المطلوب على ضوء ما يتوفر لديها من موظفين. وسوف تكون لدى الشريك الخاص في كثير من الأحيان القدرة على توفير التدريب. غير أنه، في بعض الحالات، يمكن تقديم التدريب بصورة أكثر فعالية عن طريق مهندس استشاري، أو عن طريق مؤسسة متخصصة في التدريب.

٥٩- ويجوز أيضاً توصيل المعلومات والمهارات التقنية اللازمة لتشغيل وصيانة المرفق على الوجه الصحيح عن طريق تقديم الوثائق التقنية. ويمكن أن تتألف الوثائق المطلوب تقديمها من الخطط والرسومات والمعادلات وكتيبات التشغيل والصيانة وتعليمات السلامة. وقد يكون من المستصوب أن تدرج في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص قائمة بالوثائق المطلوب تقديمها. ويجوز أن يطالب الشريك الخاص بتقديم وثائق تكون شاملة وذات صياغة واضحة وبلغة معينة. وقد يكون

(٤) جرى بالتفصيل تناول التفاوض بشأن العقود المتعلقة بترخيص الملكية الصناعية وتوفير الدراية العملية وصياغة تلك العقود في دليل الإرشادات في مجال التراخيص الصادر عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) لصالح البلدان النامية " (Licensing Guide for Developing Countries" WIPO publication No. 620 (E), 1977). وترد القضايا الرئيسية التي يجب أن تراعى لدى التفاوض بشأن مثل هذه العقود وصياغتها في المبادئ التوجيهية لتقييم اتفاقات نقل التكنولوجيا "Guidelines for Evaluation of Transfer of Technology Agreements"، سلسلة التنمية ونقل التكنولوجيا، العدد ١٢ (ID/233, 1979)، وفي دليل صياغة العقود المتعلقة بالنقل الدولي للدراية العملية في مجال الصناعة الهندسية "Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry" (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع E.70.II.E.15). وهناك منشور آخر ذو صلة وعنوانه اكتساب البلدان النامية للتكنولوجيا: دليل عملي "Handbook on the Acquisition of Technology by Developing Countries" (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع E.78.II.D.15). وبالنسبة لمناقشة نقل التكنولوجيا في سياق عقود تشييد المنشآت الصناعية، انظر الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشديد المنشآت الصناعية، الفصل السادس، "نقل التكنولوجيا" (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.87.V.10).

من المستصوب إلزام الشريك الخاص، بناء على طلب السلطة المتعاقدة، بتقديم إيضاحات عملية للإجراءات الموصوفة في الوثائق إذا كان فهمها صعباً دون إيضاحات عملية.

٦٠- ويجوز تحديد أوقات تقديم الوثائق. ويجوز أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن يستكمل تقديم جميع الوثائق في الوقت المحدد في العقد لاستكمال التشييد. وقد يود الطرفان أيضاً النص على ألا يعتبر نقل ملكية المرفق مكتملاً ما لم تقدم جميع الوثائق المتعلقة بتشغيل المنشآت واللازم تسليمها بموجب العقد قبل الاستكمال. وقد يكون من المستصوب أن ينص عقد الشراكة على تقديم بعض الوثائق، مثل كتيبات التشغيل، أثناء التشييد، حيث إن مثل هذه الوثائق قد تمكن الموظفين أو المهندسين التابعين للسلطة المتعاقدة من فهم طريقة عمل الآلات أو المعدات أثناء تركيبها.

(ب) المساعدة المتصلة بتشغيل وصيانة المرفق بعد نقل ملكيته

٦١- سوف تتوقف درجة المساعدة التي تحتاجها السلطة المتعاقدة من الشريك الخاص على التكنولوجيا الموجودة لدى السلطة المتعاقدة وعلى الموظفين المهرة المتوافرين لديها. فإذا لم يكن لدى السلطة المتعاقدة موظفون مهرة بدرجة تكفي للتشغيل التقني للمرفق، فقد ترغب في الحصول على مساعدة الشريك الخاص في تشغيل المرفق، لفترة أولية على الأقل. وقد تود السلطة المتعاقدة في بعض الحالات أن يزودها الشريك الخاص بموظفين لشغل كثير من الوظائف التقنية في المرفق، بينما قد لا تود في حالات أخرى إلا أن يزودها بخبراء تقنيين للتعاون بصفة استشارية مع موظفي السلطة المتعاقدة في أداء بعض العمليات العالية التخصص.

٦٢- ولمساعدة السلطة المتعاقدة على تشغيل وصيانة المرفق، يجوز أن يلزم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الشريك الخاص بأن يقدم، قبل نقل ملكية المرفق، برنامجاً للتشغيل والصيانة مصمماً بحيث يجعل المرفق في حالة تشغيل طوال الفترة المتبقية من عمره التشغيلي على مستوى الكفاءة المطلوب بموجب عقد الشراكة. ويتضمن برنامج التشغيل والصيانة أموراً مثل مخطط تنظيمي يبين الموظفين الرئيسيين المطلوبين للتشغيل التقني للمرفق والوظائف المطلوب أن يقوم بها كل موظف؛ والتفتيش الدوري للمرفق؛ والتشحيم والتنظيف والضبط؛ واستبدال الأجزاء التالفة أو المستهلكة. وقد تتضمن الصيانة أيضاً عمليات ذات طابع تنظيمي، مثل وضع جدول زمني للصيانة أو سجلات للصيانة. ويجوز أن تطلب السلطة المتعاقدة من الشريك الخاص أيضاً توريد كتيبات التشغيل والصيانة التي تحدد الإجراءات الملائمة للتشغيل والصيانة. وينبغي أن تكون تلك الكتيبات في شكل ولغة يسهل فهمها على موظفي السلطة المتعاقدة.

٦٣- وقد تكون هناك وسيلة فعالة لتدريب موظفي السلطة المتعاقدة على إجراءات التشغيل والصيانة تتمثل في أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على انضمام موظفي السلطة المتعاقدة إلى موظفي الشريك الخاص في القيام بالتشغيل والصيانة لفترة زمنية معينة قبل نقل ملكية المرفق أو بعده. وعند ذلك يمكن تحديد الوظائف التي سوف يشغلها الموظفون التابعون للسلطة المتعاقدة، وكذلك تحديد مؤهلاتهم وخبراتهم. ولتجنب الاحتكاك وعدم الكفاءة، من المستصوب

أن تحدد بوضوح السلطة التي يمارسها موظفو أيٍّ من الطرفين على موظفي الطرف الآخر خلال الفترة ذات الصلة.

(ج) توريد قطع الغيار

٦٤- في المشاريع التي تنص على نقل ملكية المرفق إلى السلطة المتعاقدة، سوف يتعين على السلطة المتعاقدة الحصول على قطع غيار لإحلال القطع المستهلكة أو التالفة ولصيانة المرفق وإصلاحه وتشغيله. وقد لا تكون قطع الغيار متوفرة محلياً، وقد يتعين على السلطة المتعاقدة أن تعتمد على الشريك الخاص في توريدها. وسوف يسهل كثيراً على الطرفين تخطيط توريد قطع الغيار والخدمات بعد نقل ملكية المرفق إذا احتاط الطرفان لذلك ونص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو اتفاق لاحق على احتياجات السلطة المتعاقدة في هذا الشأن. غير أنه نظراً للفترة الطويلة التي تستغرقها معظم الشراكات بين القطاعين العام والخاص، فقد يكون من الصعب على الطرفين توقع احتياجات السلطة المتعاقدة بعد نقل ملكية المرفق والنص على هذه الاحتياجات في عقد الشراكة.

٦٥- وهناك نهج محتمل يتمثل في أن يرم الطرفان عقداً مستقلاً ينظم هذه المسائل.^(٥) ويمكن إبرام هذا العقد قبل نقل ملكية المرفق بفترة قصيرة، حيث تكون لدى السلطة المتعاقدة رؤية أوضح لاحتياجاتها. وإذا كان الشريك الخاص لا يصنع قطع الغيار وإنما يصنعها له موردون آخرون، فقد تفضل السلطة المتعاقدة إبرام عقود مع أولئك الموردين بدلاً من الحصول عليها عن طريق الشريك الخاص، أو قد تود السلطة المتعاقدة، كإجراء بديل، أن يقوم الشريك بشرائها بوصفه وكيلاً للسلطة المتعاقدة.

٦٦- ومن المستصوب لموظفي السلطة المتعاقدة تطوير قدراتهم التقنية على تركيب قطع الغيار. ولهذا الغرض، قد يلزم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الشريك الخاص بتوريد كتيبات التعليمات والأدوات والمعدات اللازمة. وينبغي أن تكون كتيبات التعليمات بشكل ولغة يسهل فهمها على موظفي السلطة المتعاقدة. وقد يطلب العقد أيضاً من الشريك الخاص توفير الرسومات المطابقة لأسلوب البناء التي تبين كيف تتصل أجزاء المعدات المختلفة ببعضها البعض وكيفية الوصول إليها حتى يمكن تركيب قطع الغيار والقيام بعمليات الصيانة والإصلاح. وقد يكون من الملائم، في حالات معينة، مطالبة الشريك الخاص بتدريب موظفي السلطة المتعاقدة على تركيب قطع الغيار.

(د) الإصلاحات

٦٧- من مصلحة السلطة المتعاقدة أن ترم ترتيبات تعاقدية تكفل القيام بإصلاح المرفق على وجه السرعة في حالة حدوث عطل. وفي حالات كثيرة، قد يكون الشريك الخاص أفضل تأهيلاً

(٥) أعدت اللجنة الاقتصادية لأوروبا دليلاً بشأن إبرام العقود الدولية للخدمات المتصلة بصيانة وإصلاح وتشغيل المنشآت الصناعية وغيرها من المنشآت (ECE/TRADE/154)، ويمكن لهذا الدليل أن يساعد الطرفين، بعد إدخال التعديلات الملائمة، في صياغة عقود مستقلة أو عقود تتناول صيانة وإصلاح المرفق بعد تسليمه إلى الهيئة المتعاقدة.

من غيره لإجراء الإصلاحات. وفضلا عن هذا، إذا كان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يمنع السلطة المتعاقدة من أن تكشف للغير عما ورده الشريك الخاص من تكنولوجيا، فإن ذلك من شأنه أن يقصر اختيار الأطراف الثالثة لتنفيذ الإصلاحات على من يستطيع أن يقدم ضمانات يقبلها الشريك الخاص فيما يتعلق بعدم الكشف عن التكنولوجيا الخاصة بهذا الشريك. ومن ناحية أخرى، إذا كان موردون قد صنعوا قطع معدات رئيسية للشريك الخاص، فقد ترى السلطة المتعاقدة أن من الأفضل إبرام عقود مستقلة مع أولئك الموردين لإجراء الإصلاحات. ومن المستصوب مراعاة الوضوح لدى تحديد طبيعة ومدة التزامات الإصلاح المفروضة على الشريك الخاص، إن وجدت، والتميز بينها وبين الالتزامات المفروضة عليه بموجب ضمانات النوعية التي تقضي بإصلاح العيوب التي تظهر في المرفق.

(هـ) وقف التشغيل

٦٨- ناقشت الفقرات السابقة مختلف تدابير التصفية والتدابير الانتقالية اللازمة لضمان نقل ملكية الموجودات أو المرافق إلى السلطة المتعاقدة (أو الشريك الخاص الخلف، حسب مقتضى الحال) بشكل منظم. وثمة حاجة إلى نوع مختلف من تدابير التصفية من أجل وقف تشغيل بنية تحتية أو مرفقات أصبحت متقادمة أو غير قادرة على العمل في إطار الأهداف البيئية أو أهداف التنمية المستدامة التي حددها البلد المضيف. وفي هذا السياق، تعني عبارة "وقف التشغيل" تعطيل البنى التحتية بصفة دائمة عن العمل. وقد يستتبع الوقف عن التشغيل تفكيك البنية التحتية ونقلها من المنطقة التي يقع فيها مشروع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولا ينبغي للعملية بأكملها أن تتسبب في إلحاق ضرر شخصي أو أضرار بالملكات أو أن تمثل خطرا بيئيا. وينبغي التخطيط لهذه العملية بعناية؛ كما ينبغي لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن يحدد إجراءات وأساليب وقف تشغيل البنى التحتية. فعلى سبيل المثال، قد تحتاج الأطراف إلى إجراء دراسات مستقلة من أجل تقييم إمكانات تقادم البنية التحتية أو الأخطار البيئية أو تلك المتعلقة بالسلامة التي تنطوي عليها. ومن المستصوب أيضا معالجة مسألة تكاليف وإجراءات وقف التشغيل في إطار دراسات الأثر البيئي والاجتماعي التي تجرى أثناء إعداد المشروع (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشروع وإعداده"، الفقرات ...).

٦٩- وكثيرا ما ينطوي وقف تشغيل البنية التحتية على تكاليف مرتفعة. ولذلك، ينبغي لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن يحدد التزامات كل طرف من الطرفين بشأن مختلف الخطوات التي ينبغي اتخاذها لوقف التشغيل على نحو سليم، بما في ذلك ما يتعلق بتكاليف تلك التدابير وأي التزام محتمل (وما يتصل بها من ترتيبات تتعلق بالتأمين أو ترتيبات أخرى لتخفيف المخاطر) ينجم عن المخاطر البيئية أو الأضرار الأخرى التي تلحق الموقع أو الممتلكات المجاورة للموقع أو أي شكل من أشكال الضرر الشخصي. وبالإضافة إلى أحكام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تجدر الإشارة إلى أن التشريعات العامة المتعلقة بالبيئة أو إدارة النفايات يمكنها إكمال أحكام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لا سيما في حالة وقف تشغيل البنى التحتية بشكل غير مخطط له، أو حتى إلغاؤها، في حال تطور الأحكام التنظيمية المتعلقة بالبيئة بحيث تفرض معايير أكثر صرامة بعد إرساء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو أمر شائع.

رابعاً - مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديده وإنهاؤه

١ - مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديده

الحكم النموذجي ٤٨ - مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يُبين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص مدته، ويراعي في ذلك العوامل التالية:

- (أ) طبيعة ومقدار الاستثمار اللازم من جانب الشريك الخاص؛
- (ب) فترة الاستهلاك العادية بالنسبة للمرافق والمنشآت التي يتوقع بناؤها أو توسيعها أو إعادة تجهيزها أو تجديداتها بموجب العقد؛
- (ج) احتياجات ومتطلبات السلطة المتعاقدة فيما يتعلق بالمرافق أو الخدمات المعنية؛
- (د) أيُّ سياسات ذات صلة تتعلق بشواغل المنافسة وهيكل السوق بالنسبة لقطاع البنية التحتية أو الخدمات، على النحو المنصوص عليه في القوانين واللوائح السارية.

الحكم النموذجي ٤٩ - تمديد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

قد لا توافق السلطة المتعاقدة على تمديد مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلاَّ نتيجة للظروف التالية:

- (أ) التأخر في عملية الإنجاز أو تعطل التشغيل من جراء ظروف تتجاوز النطاق المعقول لسيطرة أيٍّ من الطرفين؛
- (ب) تعليق المشروع نتيجة لأفعال قامت بها السلطة المتعاقدة أو سلطات عمومية أخرى؛
- (ج) حصول زيادة في التكاليف ناجمة عن احتياجات للسلطة المتعاقدة لم تكن متوقعة أصلاً في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إذا لم يكن باستطاعة الشريك الخاص استرداد تلك التكاليف دون ذلك التمديد؛ أو
- (د) [ظروف أخرى، على النحو الذي تحدده الدولة المشترعة].^(٤٥)

(٤٥) لعل الدولة المشترعة تود النظر في إمكانية أن يأذن القانون بالتمديد الرضائي لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عملاً بأحكامه، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، على النحو المبرر في السجل الذي ستمسكه السلطة المتعاقدة عملاً بالحكم النموذجي ٢٦.

٢ - إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

الحكم النموذجي ٥٠ - إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من جانب السلطة المتعاقدة

يجوز للسلطة المتعاقدة إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

- (أ) إذا لم يعد معقولاً التوقع بأن يتمكن الشريك الخاص من تنفيذ التزاماته أو أن يكون مستعداً لتنفيذها، من جراء إعسار أو إخلال جسيم أو غير ذلك؛
- (ب) لأسباب قاهرة^(٦٦) تتعلق بالمصلحة العامة، رهنا بدفع تعويض إلى الشريك الخاص، وتكون شروط التعويض مثلما هو متفق عليه في عقد الشراكة؛
- (ج) [ظروف أخرى ربما ترغب الدولة المشترعة في إضافتها].

الحكم النموذجي ٥١ - إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من جانب الشريك الخاص

لا يجوز للشريك الخاص إنهاء الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلا في الظروف التالية:

- (أ) في حال الإخلال الجسيم من جانب السلطة المتعاقدة أو سلطة عمومية أخرى بالتزاماتها فيما يتعلق بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ورهنا بالقرار النهائي الذي تصدره هيئة تسوية المنازعات التي تتفق عليها الأطراف وفقاً للحكم النموذجي... أو في العقد؛
- (ب) إذا استوفيت الشروط اللازمة لتنقيح عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بموجب الفقرة ١ من الحكم النموذجي ٤٥، ولكن الطرفين لم يتفقا على تنقيحه؛ أو
- (ج) إذا كان من غير المعقول بشكل واضح أن يتوقع من الشريك الخاص الاستمرار في تنفيذ العقد نتيجة لما يلي:

١' عدم تقديم السلطات العمومية الدعم أو عدم قيامها بأعمال أخرى لازمة، حسب مقتضيات عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو القانون، من أجل تنفيذ المشروع؛ أو

٢' ازدياد تكلفة تنفيذ الشريك الخاص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ازدياداً كبيراً أو تناقص قيمة ما يتلقاه من هذا التنفيذ تناقصاً كبيراً نتيجة أفعال أو أوجه تقصير صادرة عن السلطة المتعاقدة أو سلطات عمومية أخرى وذلك، مثلاً، عملاً بالفقرتين الفرعيتين (ج) و(ط) من الحكم النموذجي ٣٣، ولم يتفق الطرفان على تنقيح عقد الشراكة وفقاً للفقرة (ل) من الحكم النموذجي ٣٣.

(٤٦) الحالات التي يمكن أن تشكل سبباً قاهراً يتعلق بالمصلحة العامة مشروحة في الدليل التشريعي، الفصل الخامس، "مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديدته وإنهاؤه"، الفقرة ٢٧.

الحكم النموذجي ٥٢ - إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من جانب أي من الطرفين

يخول عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لأي طرف من الطرفين الحق في إنهائه إذا أصبح وفاؤه بالتزاماته مستحيلا من جراء ظروف تتجاوز النطاق المعقول لسيطرة أي من الطرفين. كما ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على إجراءات هذا الإنهاء، ولا سيما الإشعار المسبق الذي يتعين توجيهه إلى الطرف المتعاقد الآخر. ويكون للطرفين أيضا الحق في إنهاء عقد الشراكة بالتراضي.

٣- الترتيبات عند إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو انقضائه

الحكم النموذجي ٥٣ - التعويض عند إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يتعين أن يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص كيفية حساب التعويض المستحق لأي من الطرفين في حال إنهاء عقد الشراكة، وأن ينص، حسب الاقتضاء، على التعويض عن القيمة العادلة للأشغال التي أنجزت بموجب عقد الشراكة، والتكاليف التي تحملها أو الخسائر التي تكبدها أي من الطرفين بما في ذلك، حسب الاقتضاء، الأرباح الضائعة.

الحكم النموذجي ٥٤ - تدابير التصفية وتدابير نقل الملكية

ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حسب الاقتضاء، على ما يلي:

- (أ) الآليات والإجراءات الخاصة بنقل ملكية الموجودات إلى السلطة المتعاقدة؛
- (ب) التعويض الذي يمكن أن يستحقه الشريك الخاص فيما يتعلق بالموجودات التي تُنقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة أو إلى الشريك الخاص الجديد أو التي تشتريها السلطة المتعاقدة؛
- (ج) نقل التكنولوجيا اللازمة لتشغيل المرفق؛
- (د) تدريب موظفي السلطة المتعاقدة أو موظفي الشريك الخاص الخلف على تشغيل المرفق وصيانته؛
- (هـ) توفير الشريك الخاص بشكل متواصل خدمات الدعم والموارد، بما في ذلك توريد قطع الغيار، إن لزم، لفترة زمنية معقولة بعد نقل ملكية المرفق إلى السلطة المتعاقدة أو إلى الشريك الخاص الخلف؛
- (و) آليات وإجراءات وقف تشغيل البنى التحتية، بما في ذلك إعداد خطة لوقف التشغيل والتزامات كل طرف من الطرفين بشأن إنجازها والتزاماته المالية في هذا الصدد.