

Distr.: General  
13 May 2003  
Arabic  
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة السادسة والثلاثون

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

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

مذكرة من الأمانة\*\*

تجميع للتعليقات المقدمة من الحكومات والمنظمات الدولية

إضافة

المحتويات

الصفحة

٢	..... ثانيا- تجميع التعليقات
٢	..... ألف- الدول
٢	..... ١- الولايات المتحدة الأمريكية

\* موعده منقح.

\*\* تأخر تقديم هذه الإضافة من جانب أمانة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بسبب تأخر ورود التعليق الأصلي.

200503 V.03-84074 (A)



## ثانياً - تجميع التعليقات

## ألف - الدول

## ١ - الولايات المتحدة الأمريكية

[الأصل: بالإنكليزية]

١ - ترد أدناه تعليقات اللجنة المعنية بتمويل المشاريع التابعة لرابطة المحامين بمدينة نيويورك على مشروع الإضافة إلى دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص. وقد وافقت رابطة المحامين بمدينة نيويورك على هذا التقرير.

## تعليقات تمهيدية

٢ - الغرض المعلن من الدليل التشريعي هو "المساعدة في وضع إطار قانوني مؤات لإنشاء البنية التحتية العمومية من خلال الاستثمار من القطاع الخاص" (المقدمة، الفقرة ٤). وقد سلّطنا الضوء عمداً على كلمة مؤات للتشديد على أن الدليل التشريعي حسماً ارثي أصلاً يُراد منه أن يوصي، على نحو متوازن، بإطارات قانونية تجتذب رأس المال الأجنبي الخاص إلى البلدان النامية.

٣ - وبصفة عامة، فقد روعي التوازن المرغوب فيه في مشروع الإضافة ولكن في بعض المواضع يبدو لنا أن الصيغة المحددة قد ابتعدت عن هدف تقديم توصيات إيجابية لاجتذاب رأس المال الأجنبي الخاص متجهة إلى سرد خيارات، أو تدابير قد ترغب الحكومة المضيفة في اعتمادها أو قد لا ترغب في ذلك، كأنما المسألة هي مسألة اختيار حر. وفي بعض النواحي التي تجري مناقشتها أدناه، فإن التوصيات الإيجابية الواردة في الدليل التشريعي، والتي نعتقد أنها مؤاتية لاجتذاب رأس المال الأجنبي، قد خُفّفت صيغتها، وأضيفت أحكام أخرى معينة نرى أنها غير مؤاتية لذلك الهدف.

٤ - ستتناول تعليقاتنا في الجزء الأول من هذه المذكرة تلك الأحكام من مشروع الإضافة إلى الدليل التشريعي المتعلقة "بتشييد البنية التحتية وتشغيلها"، وهي الجزء الثالث من مشروع الإضافة. وذلك هو الموضوع الذي ترد فيه الأحكام الرئيسية من الدليل التشريعي المتعلقة بالتمويل. بيد أننا نلاحظ أن الحكم النموذجي ١، أي في الديباجة، لا يذكر اجتذاب رأس المال الأجنبي الخاص إلا في سياق الشفافية والإنصاف والاستدامة واستبعاد القيود "غير المرغوب فيها" المفروضة على الاستثمار من جانب القطاع الأجنبي الخاص. ونعتقد أن الحكم

النموذجي ١ يمكن أن يُحسّن إذا جُعِلَ البند الشرطيّ الأول من الديباجة أكثر اتساقاً مع الجملة الثانية من "التمهيد" والفقرة ٤ من مقدمة الدليل التشريعي، ووفقاً لذلك نوصي بأن يوسّع البند الشرطيّ الأول من الديباجة على النحو التالي:

"لما كانت [حكومة] [برلمان] ... ترى أن من المستصوب إيجاد إطار تشريعي مؤات للاستثمار من القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية العمومية؛

ولما كانت [حكومة] [برلمان] ... ترى أن من المستصوب ترويج وتيسير تنفيذ مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بتعزيز الشفافية والإنصاف والاستدامة الطويلة الأجل وإزالة جميع القيود غير المرغوب فيها على مشاركة القطاع الخاص في الاستثمار في البنى التحتية وتطويرها وتشغيلها؛"

٥- وأما تعليقاتنا الواردة في الجزء الثاني من هذه المذكرة فنتناول تلك الأحكام من مشروع الإضافة إلى الدليل التشريعي المتعلقة "باختيار صاحب الامتياز"، وهي الجزء الثاني من مشروع الإضافة.

٦- ردّاً على الاستفسار الذي طرحته الأمانة في مذكرة الإحالة، فإننا نفضّل الاحتفاظ بنص الإضافة كوثيقة منفصلة، بسبب قلقنا من أن الجمع بين الوثيقتين قد يؤدي إلى استقصاء أقل استفاضة واتساقاً في هذا الميدان بالنسبة للحكومات المضيفة ومستشاريها مما هو وارد في الدليل التشريعي الأولي. ويمكن أن يضيع قدر كبير من المضمون الجوهرى لدى الجمع بين الوثيقتين. وعلى أي حال، فقد يتطلب الأمر بعض الوقت لإعداد الوثيقة الجامعة المقترحة، وينبغي إتاحة وقت كاف للاستعراض والتعليق.

### تعليقات على مشاريع الأحكام التشريعية النموذجية

تحيل الإشارات المرجعية إلى أرقام الأحكام النموذجية الواردة في مشروع الإضافة.

#### الجزء الأول

٧- الحكم النموذجي ٢٨، محتويات عقد الامتياز. يمكن أن يُحسّن هذا الحكم بأن تُدرج فيه إشارات مرجعية إلى كل حكم من الأحكام النموذجية المتعلقة بمحتويات عقد الامتياز، وإلا فإن بعض الأحكام النموذجية الهامة قد تبدو في موقع أدنى.

٨- يغفل الحكم النموذجي ٣٤، الترتيبات المالية، بعض الأجزاء المفيدة من التوصيتين التشريعتين ٤٧ و ٤٨ والتي ينبغي، حسبما نرى، استرجاعها إلى موضعها. فقد دعت التوصيات التشريعية ٤٦ و ٤٧ و ٤٨ إلى أن يكون بمسئطاع صاحب الامتياز تحصيل

تعريفات أو رسوم انتفاع (٤٦)، وأن يبيّن القانون آليات للتنقيح الدوري والاستثنائي لتعديل هذه التعريفات أو الرسوم (٤٧)، وأن تُحوّل السلطة المتعاقدة بالصلاحيّة لتسديد دفعات مباشرة إلى صاحب الامتياز كبديل عن رسوم الخدمات التي يدفعها المستعملون النهائيون، أو إضافة إلى تلك الرسوم (٤٨). ومن بين هذه التوصيات الثلاث لم تُستبق إلا التوصية ٤٦. ولكن التوصيتين ٤٧ و ٤٨ لهما أيضا أهمية تجارية كبيرة وينبغي إبقاؤهما.

٩- هذا، وتحوض الحاشية ٤٠ ذات الصلة في مناقشة للطرق التي تعالج بها بعض البلدان المسائل المتعلقة بضوابط التعريفات. بيد أن النص يُخفق في اقتراح ما هو أفضل لاجتذاب رأس المال الأجنبي الخاص. ونحن نوصي بإسقاط هذه الحاشية.

١٠- يبدو أن الحكم النموذجي ٣٥، المصالح الضمانية، يضعف التوصيات الإيجابية الواردة في التوصية التشريعية ٤٩ من نواحي هامة، بما في ذلك ما إذا كان ينبغي، أم لا ينبغي، أن يكون لصاحب الامتياز الحق في إنشاء مصالح ضمانية على موجودات المشروع التي يملكها، وأسهم شركة المشروع، والمستحقات، دون الإخلال بأي قانون يحظر ذلك، بالنص على أنه يمكن أن تدرج قيود حسب الاقتضاء في اتفاق المشروع (انظر الحاشية ٤١). ويمكن أن تُعالج هذه المسألة بإسقاط الشرط "رهنا ب" والحاشية ٤١.

١١- يبدو أن الحكمين النموذجيين ٣٩ و ٤٠، التعويض عن تغييرات تشريعية معيّنة وتنقيح عقد الامتياز، قد خُفّفت صيغتهما عن التوصية التشريعية ٥٨، حيث يقيد الحكم النموذجي ٣٩ الظروف التي يكون صاحب الامتياز مستحقا بمقتضاها للتعويض عن أي تغييرات قانونية للقوانين المطبّقة تحديدا على مرفق البنية التحتية، ولم يعد يشير إلى احتمال تغيير في التعويض بسبب تغييرات في الشروط المالية أو الاقتصادية. ونحن نفضّل صيغة التوصية التشريعية ٥٨ في هذا المجال لأنها تتيح قدرا أكبر من المرونة للتفاوض بين الأطراف.

١٢- الحكم النموذجي ٤٢، الاستعاضة عن صاحب الامتياز، هو أقلّ عونا من التوصية التشريعية ٥٠، حيث يرد في هذا المشروع أنه "يجوز"، بدلا عن "ينبغي"، للسلطة المتعاقدة أن تتفق مع الأطراف الممولة على معايير للاستعاضة عن صاحب الامتياز. ونحن نفضل استرجاع الصيغة السابقة.

١٣- يبدو أن الحكم النموذجي ٤٥، إنهاء عقد الامتياز من جانب صاحب الامتياز، يقلّل حقوق صاحب الامتياز في الإنهاء بسبب أفعال أو إغفال أفعال، من جانب السلطة المتعاقدة، مثل تلك المشار إليها في الحكم النموذجي ٢٨ (ح) و(ط) بصفة عامة. وخلافا لذلك، تسمح الفقرة (ب) من التوصية التشريعية ٦٤ على نحو مفيد بالإنهاء من جانب صاحب

الامتياز بسبب أوامر أو تصرفات من جانب السلطة المتعاقدة، أو لما هو غير متوقع من تغييرات في الشروط، أو تصرفات من جانب سلطات عمومية أخرى. وينبغي أن تسترجع هذه الصيغة.

١٤- يخفض الحكم النموذجي ٤٨، تدابير التصفية الختامية وتدابير النقل، مفعول التوصية التشريعية ٦٦، التي تشترط معايير لتحديد تعويض لصاحب الامتياز عن الموجودات التي تُحوّل عند انتهاء اتفاق المشروع أو إنهائه، بإسقاط شرط التعويض. ونحن نرى أن هذا الحكم النموذجي يمكن أن يُحسّن إذا استرجع هذا الشرط.

#### الجزء الثاني

١٥- يمكن أن يُحسّن الحكم النموذجي ٦، الغرض من الاختيار الأولي وإجراءاته، إذا أضيفت عبارة "أو تشغيله" بعد عبارة "المрад تشييده أو تجديده" في الفقرة الفرعية ٣ (ب).

١٦- يمكن أن يُحسّن الحكم النموذجي ٨، اشتراك اتحاد الشركات، إذا لم يمنع على نحو افتراضي عضواً في مجموعة مقدّمة عرضاً وغير فائزة من الانضمام إلى مجموعة أخرى مقدّمة عرضاً، طالما أن هذا الانضمام مفصح عنه لجميع الأطراف، وأنه يكون خلاف ذلك مقبولاً، وطالما أنه لا يمكن لمقدّم عرض أن يكون، في أي وقت بعينه، عضواً في أكثر من مجموعة واحدة مقدّمة عرضاً. وعلى سبيل المثال، يمكن أن يكون مقدّم عرض قد انضم إلى مجموعة لا تستطيع الحصول على التمويل المطلوب - ولكنه يرغب الآن في الانضمام إلى مجموعة أخرى مقدّمة عرضاً. فقد يكون ذلك مفيداً لجميع الأطراف المعنية. ونحن نعتقد أن هذه التوصية لا تخالف التوصية التشريعية ١٦، بل توسّع نطاقها على نحو مفيد.

١٧- يبدو لنا أن الحكم النموذجي ١٢-٢ (أ) و(ب) و(ج)، ضمانات العروض، يزيد سبل الانتصاف الموصى بها للسلطة المتعاقدة فيما يتعلق بفقدان ضمان العرض، مقارنة بالفقرة ٦٢ من الفصل الثالث من الدليل التشريعي. فالفقرة ٦٢ لا تنص إلا على أنه من المستصوب أن يشير طلب الاقتراحات إلى أي شروط لضمانات العروض. ونحن نرى أن الأحكام الموسعة في هذا الحكم النموذجي فيما يتعلق بفقدان ضمانات العروض لم ينظر فيها جيداً. فعلى سبيل المثال، يوجد الآن حكم يأذن بأن يخسر مقدّم العرض الضمان إذا تخلّف عن الدخول في مفاوضات نهائية (الفقرة الفرعية ٢ (ب)) أو إذا تخلّف عن تقديم أفضل عرض نهائي (الفقرة الفرعية ٢ (ج)). ونحن نعتقد أنه من المناسب تماماً أن يُفرض على مقدّم عرض فقدان ضمانه إذا انسحب من صفقة تمت الموافقة عليها (وهو ما تعالجه الفقرتان الفرعيتان (د) و(ه))، ولكن إذا لم يرغب مقدّم عرض في تقديم "أفضل عرض نهائي"، فلا ينبغي أن يضطر إلى القيام بذلك مقابل مخاطرة فقدان ضمان عرضه، كما لا ينبغي أن يضطر

إلى الدخول في "مفاوضات نهائية". ونحن نرى أن هذه المعايير تفتقر إلى أي قدر كاف من الموضوعية في سياق المفاوضات التي تكون غالباً مطوّلة ومعقّدة لهذه المشاريع، وربما تؤثر بإضعاف رغبة مقدّمي العروض في تقديم عروض.

١٨- الحكم النموذجي ١٧، المفاوضات النهائية، في الجملة الأخيرة، يتجاوز نطاق التوصية التشريعية ٢٧ (ولكن يرد حكم مشابه في الفقرة ٨٤ من الدليل التشريعي) وهذا غير مستصوب، في رأينا. ولا نكاد نرى سبباً يسيّج للسلطة المتعاقدة أن تمنع نفسها من معاودة بدء المناقشات مع مقدّم عرض كان قد رُفض عرضه سابقاً. فرمما يكون مقدّم العرض هذا قد قدّم اقتراحات كانت السلطة المتعاقدة ترى (في البداية) أنّها "لا سوق لها". ولكن، ولأسباب مختلفة، فقد يتّضح أن السلطة المتعاقدة لا يمكنها إكمال المفاوضات مع مقدّم عرض آخر، وقد ترغب في أن تحاول مرة أخرى مع مقدّم العروض أنفسهم الذين كانت قد رفضتهم سابقاً. ومرة أخرى، نرى أن تعقّد المفاوضات بشأن هذه المشاريع وطبيعتها المطوّلة تجعل الأحكام التي هي أكثر مرونة مرغوباً فيها.

١٩- يتجاوز الحكم النموذجي ٢٤، سرية المفاوضات، نطاق التوصية التشريعية ٣٦ بالنص على أن تكون جميع "الاتصالات" مع مقدّم العروض سرّية. ويمكن أن تُعالج هذه المشكلة على نحو مناسب بإضافة عبارة "باستثناءات مناسبة" في نهاية الجملة الثانية.

٢٠- ونرى أن الحكم النموذجي ٢٨، محتويات عقد الامتياز، ينبغي أن يعالج أيضاً: (١) آليات الإنفاذ المتاحة إذا لم يسدّد مستعمل عمومي لمرفق البنية التحتية مدفوعات مقابل السلع/الخدمات المقدّمة؛ (٢) توزيع المخاطر بشأن العيوب غير المفصح عنها في المرافق المراد إعادة تأهيلها؛ (٣) توزيع المخاطر بشأن الظروف البيئية غير المفصح عنها بالنسبة للمرافق التي سيقوم صاحب الامتياز بتشغيلها أو تجديدها. هذا، وقد لاحظ الممارسون المهنيون أهمية هذه المواضيع.

## الاستنتاج

٢١- إن الدليل التشريعي والإضافة من شأنهما أن يُستخدما كأداتين مفيدتين للحكومات المحلية ومستشاريها في اجتذاب رأس المال الأجنبي الخاص في مشاريع البنية التحتية. فإذا كان من الممكن الاضطلاع بمرحلة أخرى من هذا العمل، فإننا نعتقد أنّها ستكون بالغة الفائدة في التركيز على قطاع البنية التحتية أو نوعها، بحيث يمكن جعل التوصيات أكثر موضوعية، وأقل إجرائية وشكلية، في طبيعتها.