

Distr.: General
21 January 2014
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الندوة الدولية حول الشراكات
بين القطاعين العام والخاص
فيينا، ٣-٤ آذار/مارس ٢٠١٤

الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال الشراكات
بين القطاعين العام والخاص
ورقة مناقشة - الجزء الأول

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	١	أولاً - مقدمة
٢	٦-٢	ألف - الخلفية
		باء - الدراسات والمشاورات التي أجريت في الفترة ما بين دورة اللجنة لعام ٢٠١٣ وتاريخ انعقاد هذه الندوة
٤	٧	ثانياً - التوصيات المقدمة إلى هذه الندوة نتيجة للدراسات والمشاورات التي أجريت منذ ندوة ٢٠١٣
٤	٢٣-٨	ثالثاً - المسائل الرئيسية لأي عمل آخر بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص
١٠	٩٢-٢٤	ألف - نطاق أي نص تشريعي مقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص
١٠	٤٢-٢٤	باء - المسائل الرئيسية المراد إدراجها في نص تشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص
١٥	٩٢-٤٣	١ - البيئة القانونية والتنظيمية
١٦	٩٢-٤٧	١' الإطار المؤسسي
١٦	٥٢-٤٧	٢' الشراكات بين القطاعين العام والخاص عبر الحدود
١٨	٥٦-٥٣	٣' الحوكمة والمسؤولية الاجتماعية
٢٠	٦٣-٥٧	٤' مسائل التمويل والاستثمار
٢٢	٧٠-٦٤	٥' الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي تدار بواسطة مشغلين صغار
٢٤	٧٦-٧١	٦' الاتساق بين قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص وغيره من القوانين
٢٥	٩٢-٧٧	(أ) تدابير مكافحة الفساد وتعزيز النزاهة
٢٧	٨٦-٨١	(ب) تضارب المصالح
٢٨	٩٢-٨٧	



أولاً - مقدمة

١ - تُعقد هذه الندوة حول الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال الشراكات بين القطاعين العام والخاص عملاً باقتراح قدّمته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اختصاراً: "اللجنة" أو "الأونسيترال")، في دورتها السادسة والأربعين، عام ٢٠١٣.^(١) والغرض منها تقديم توصيات إلى اللجنة بشأن الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال الشراكات بين القطاعين العام والخاص لتتخذها أثناء دورتها القادمة. وتُعرض هذه الورقة على الندوة لكي تساعد في مداولاتها.

ألف - الخلفية

٢ - نظرت اللجنة أثناء دورتها المعقودة في عام ٢٠١٣ في تقرير ندوة سابقة حول الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال الشراكات بين القطاعين العام والخاص (اختصاراً: "ندوة ٢٠١٣").^(٢)

٣ - وأفاد تقرير ندوة ٢٠١٣ بأنه لا يمكن اعتبار نصوص الأونسيترال المتعلقة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (اختصاراً: "صكوك مشاريع البنية التحتية")،^(٣) ولا سائر النصوص الدولية المتعلقة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص، "معيّاراً أو نموذجاً فعلياً للدول يمكن أن تستند إليه في إجراء الإصلاح القانوني الخاص بالشراكات بين القطاعين العام والخاص". واستمعت اللجنة إلى إفادات عن استخدام "صكوك مشاريع البنية التحتية" على نطاق واسع وإلى عروض للتطورات التي شهدتها الشراكات بين القطاعين العام والخاص منذ إصدار تلك الصكوك، وخلصت اللجنة إلى أن موضوع الشراكات قابل للمناقشة، وأنه يمكن إعداد نص تشريعي توافقي بشأنه. غير أن اللجنة أشارت إلى أن صكوك مشاريع البنية التحتية قد تكون في حاجة إلى بعض التحديث والتنقيح بالنظر إلى

(1) انظر الفقرة ٣٣١ من تقرير اللجنة A/68/17.

(2) تقرير عن ندوة الأونسيترال حول الشراكات بين القطاعين العام والخاص (فيينا ٢-٣ أيار/مايو ٢٠١٣)، الوثيقة A/CN.9/779: الاستنتاجات ملخصة في الفقرات ٣٣-٨٥ (متاح في الموقع www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html). ولأسباب تتعلق بالحيز، لا تشير هذه الورقة إلى فقرات معينة من ذلك التقرير.

(3) دليل الأونسيترال التشريعي (المحتوي على توصيات تشريعية) وأحكام الأونسيترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص متاحان في الموقع www.uncitral.org/uncitral/_texts/procurement_infrastructure.html.

التطورات التي شهدتها سوق تلك الشراكات، وأنَّ هناك اتفاقاً على العناصر الأساسية لنص تشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، والتي تستند، في جزء كبير منها، إلى تلك الصكوك.^(٤)

٤- غير أنَّ اللجنة رأت أنه سيلزم القيام بمزيد من العمل التحضيري لتحديد نطاق أيّ ولاية تُسند إلى الفريق العامل لإعداد نص تشريعي. ولاحظت اللجنة على وجه الخصوص:

(أ) أنَّ النصوص الموجودة على الصعيد الوطني تنطوي على تباين واسع في المصطلحات والنطاق والمحتويات؛

(ب) أنَّ هناك بعض التباعد في الآراء بشأن ما إذا كان ينبغي وضع قانون نموذجي أم نص تشريعي آخر بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٥- ولذلك، فإنَّ من المسائل الرئيسية في هذه الندوة توضيح نطاق أيّ ولاية يوصى بها لإعداد نص تشريعي مُقبل. فهذا الوضوح لازم لكي يُبين للجنة أنَّ العمل الهادف إلى إعداد نص تشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص سيكون جاهزاً للعرض على فريق عامل.^(٥)

٦- ولعلَّ الندوة تؤدُّ أن تحيط علماً بأنَّ اللجنة لن تنظر فيما إذا كانت ستسند تلك الولاية إلى فريق عامل بمفرده؛ إذ إنَّ جميع الاقتراحات المتعلقة بما يُعتمَد إعداد من نصوص تشريعية وما يحتمل إعداد من مستقبلاً سوف يُنظر فيها معاً، لكي يتسنى للجنة أن تُبت في هذا الشأن تبعاً لأولوياتها. ولذلك، لعلَّ الندوة تؤدُّ أن تُعلِّق على ما يكتسبه العمل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص من أهمية للأونسيترال. ويرد في الجزء الثاني من هذه الورقة عرض لبعض الاعتبارات ذات الصلة بهذا الموضوع.

(4) انظر الفقرة ٣٢٩ من تقرير اللجنة المشار إليه أعلاه.

(5) يجب أن يكون واضحاً ما هو نطاق النص المقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، وما هي المسائل السياسية التي يراد التناول بشأنها. واللجنة على اقتناع بأنَّ مسائل الشراكة بين القطاعين العام والخاص يُرجَّح أن تكون قابلة للمناقشة ومن ثمَّ لإعداد نص تشريعي توافقي بشأنها، وأنَّ وجود نص تشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص سوف يعزز قانون التجارة الدولية، وأنَّ العمل المقترح لن يشكل ازدواجاً مع العمل الذي تقوم به هيئات أخرى معنية بإصلاح القوانين. المرجع نفسه، الفقرتان ٣٢٨ و ٣٢٩.

باء- الدراسات والمشاورات التي أجريت في الفترة ما بين دورة اللجنة لعام ٢٠١٣ وتاريخ انعقاد هذه الندوة

٧- أوعزت اللجنة إلى الأمانة بأن تنظم العمل التحضيري المشار إليه أعلاه من خلال إجراء دراسات ومشاورات مع الخبراء وعقد ندوة. وقد اتُّبع العمل التحضيري ما أوعزت به اللجنة بأن يكون جامعاً وشفافاً ومتعدد اللغات قدر الإمكان وأن يأخذ في الاعتبار تجارب جميع المناطق، بما فيها تجارب القطاعين العام والخاص.^(٦) ويرد أدناه عرض لنتائج هذه الأنشطة.

ثانياً- التوصيات المقدّمة إلى هذه الندوة نتيجةً للدراسات والمشاورات التي أُجريت منذ ندوة ٢٠١٣

٨- كانت الإفادات التي قُدِّمت إلى ندوة ٢٠١٣ عن وجود تباينات في التشريعات الموجودة بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص^(٧) تستند إلى بحوث وإلى تجارب المشاركين. ومع أنه كان هناك اتفاق واسع على صحة هذا الرأي، فقد اتُّفق في المراحل المبكرة من المشاورات على ضرورة إجراء استقصاء منهجي من أجل توفير مزيد من التفاصيل عن القوانين الوطنية المتعلقة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص. وبذلك، ستكون التوصيات المتعلقة بنطاق أي نص تشريعي بشأن تلك الشراكات مبنية على أسس عملية كافية.

٩- ومن ثم، أجرت الأمانة والخبراء المتطوعون والخبراء الاستشاريون استقصاءات مستفيضة للقوانين الموجودة بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص من أجل تقدير مدى تجسيد تلك القوانين للمسائل الرئيسية الواردة في صكوك مشاريع البنية التحتية. وشملت الاستقصاءات استعراضات لما يوجد على الصعيد الوطني ودون الوطني من قوانين ولوائح تتعلق بالشراكات بين القطاعين العام والخاص (سواء أكانت تشريعات خاصة بتلك الشراكات أم تشريعات أخرى ذات صلة)، في ٥٨ بلداً. وقد اختيرت البلدان المستقصاة بحيث توفر تنوعاً جغرافياً، وتنوعاً في درجات التطور الاقتصادي وفي التقاليد القانونية. ومن

(6) انظر الفقرة ٣٣٠ من تقرير اللجنة المشار إليه أعلاه.

(7) انظر مثلاً، الفقرة ١٣ من ورقة المناقشة التي عُرضت على ندوة ٢٠١٣، في الوثيقة A/CN.9/782، والمتاحة في الموقع www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html، وما ذُكر فيها من تقارير ووثائق.

ثم، فإنَّ هذه الاستعراضات، التي يُرى أنَّها تشمل نسبة كبيرة من التشريعات المتعلقة بتلك الشراكات على نطاق العالم، يمكن اعتبارها ممثلةً للواقع.

١٠- وقد أُبلغت ندوة ٢٠١٣ بأنَّ نطاق الأحكام التشريعية النموذجية والتوصيات التشريعية كان أضيق من نطاق الدليل التشريعي.^(٨) ولذلك، بيَّنت الاستقصاءات ما يوجد من تشريعات بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص تتضمن بنوداً تتجاوز نطاق الأحكام التشريعية النموذجية والتوصيات التشريعية، وكذلك ما يوجد من أحكام تتجاوز إجمالاً نطاق صكوك مشاريع البنية التحتية برمتها.

الجدول ١: قائمة البلدان المستقصاة

الاتحاد الروسي	تنزانيا	الفلبين	المغرب
الأرجنتين	تونس	فيجي	مقدونيا
الأردن	جامايكا	فييت نام	المكسيك
إسبانيا	جمهورية أفريقيا الوسطى	قيرغيزستان	ملاوي
أستراليا	الجمهورية التشيكية	كازاخستان	منغوليا
ألبانيا	جمهورية كوريا	الكاميرون	موريشيوس
أنغولا	جنوب أفريقيا	كرواتيا	موزامبيق
أوغندا	رومانيا	كمبوديا	النيجر
باراغواي	زامبيا	كوت ديفوار	نيجيريا
البرازيل	سري لانكا	كوسوفو	الولايات المتحدة الأمريكية
بلغاريا	سنغافورة	كولومبيا	
بنن	السنغال	كينيا	
بورتو ريكو	شيلي	لاتفيا	
بوركينافاسو	صربيا	ليتوانيا	
بولندا	غينيا	ماليزيا	
بيرو	فرنسا	مصر	

(٨) انظر التقرير المقدم إلى الدورة الثالثة لفريق الاختصاصيين في الشراكات بين القطاعين العام والخاص (Simmons and Simmons)، وهو متاح باللغة الإنكليزية فقط في الموقع www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013-papers.html.

١١- وجرى تحليل قانون الشراكات بين القطاعين العام والخاص في كل بلد على ثلاثة أصعدة:

(أ) هل الموضوع الرئيسي الوارد في الدليل التشريعي مجسّد في القانون القطري (نعم/لا)؛

(ب) هل أُخذ بالتوصيات التشريعية المرتبطة بهذا الموضوع (نعم/جزئياً/لا)؛

(ج) هل أُخذ بالأحكام التشريعية النموذجية (نعم/جزئياً/لا).

١٢- وطُرح سؤال إضافي، هو ما إذا كانت قوانين البلد تحتوي على أحكام إضافية غير الأحكام الواردة في صكوك مشاريع البنية التحتية.

١٣- وسوف يقدم الخبراء الاستشاريون عرضاً لاستنتاجاتهم المفصّلة أثناء الندوة، ويرد أدناه ملخص لتلك الاستنتاجات.

١٤- ويفيد الخبراء الاستشاريون بأنّ المواضيع الرئيسية للدليل التشريعي كانت مجسّدة بدرجة كبيرة في القوانين القطرية التي جرى تحليلها. أمّا درجة الامتثال فيما يخص التوصيات التشريعية نفسها فكانت أدنى بكثير.

١٥- ويفيد الخبراء الاستشاريون أيضاً، فيما يتعلق بالمواضيع الرئيسية الواردة في الفصول الأول إلى السادس من الدليل التشريعي، بما يلي:

"(أ) على وجه الإجمال، كانت المواضيع الرئيسية الواردة في الفصول الأول إلى السادس من الدليل التشريعي مجسّدة في القوانين القطرية بنسبة وسطية قدرها ٥٩ في المائة من الحالات، متراوحة من ٧٩ في المائة (في حالة الباب الأول - الإطار التشريعي والمؤسسي العام) إلى ٣٣ في المائة (في حالة الباب السادس - تسوية النزاعات)؛

"(ب) فيما يتعلق بالفصل الثالث (اختيار صاحب الامتياز) والفصل الرابع (تشديد البنية التحتية وتشغيلها: الإطار التشريعي واتفاق المشروع)، الذين يرد فيهما ٦٦ في المائة من التوصيات التشريعية، كانت المواضيع الرئيسية مجسّدة في القوانين القطرية بنسبة وسطية قدرها ٦٣ في المائة و ٦٦ في المائة من الحالات على التوالي؛

"(ج) فيما يتعلق بالتوصيات التشريعية، وحيثما كانت المواضيع الرئيسية الواردة في الفصل مجسّدة في قانون البلد، أخذ ٥٨ في المائة بالتوصيات التشريعية ذات الصلة. وإضافة إلى ذلك، أخذ ٣٨ في المائة بتلك التوصيات جزئياً، ولم يأخذ بها بتاتاً ٦ في المائة من العينة التي أدرجت المواضيع الرئيسية في قوانينها؛

"(د) بأخذ عينة البلدان الـ ٥٨ على وجه الإجمال:

١٤ "أخذ ما متوسطه ٣٦ في المائة منها بالتوصيات التشريعية؛

٢٤ "أخذ ٢٣ في المائة منها بالتوصيات التشريعية جزئياً؛

٣٤ "لم يأخذ ٤١ في المائة منها بالتوصيات التشريعية؛

"(هـ) فيما يتعلق بالفصل الثالث (اختيار صاحب الامتياز) والفصل الرابع (تشديد البنية التحتية وتشغيلها: الإطار التشريعي واتفاق المشروع)، اللذين يتضمنان ٦٦ في المائة من التوصيات التشريعية:

"١٤" الفصل الثالث، أُخذ بـ ٣٣ في المائة من التوصيات التشريعية، كما أُخذ جزئياً بـ ٢٧ في المائة أخرى منها، ولكن ٤٠ في المائة من العينة لم تأخذ كلياً بالتوصيات التشريعية؛

"٢٤" الفصل الرابع، أُخذ بـ ٢٧ في المائة من التوصيات التشريعية، كما أُخذ جزئياً بـ ٣٤ في المائة أخرى منها، ولكن ٣٨ في المائة من العينة لم تأخذ كلياً بالتوصيات التشريعية؛

"(و) فيما يتعلق بالفصل السادس (تسوية النزاعات)، أُخذ بـ ٢٥ في المائة من التوصيات التشريعية، كما أُخذ جزئياً بـ ٧ في المائة أخرى منها، ولكن ٦٨ في المائة من العينة لم تأخذ كلياً بالتوصيات التشريعية."

١٦ - والمواضيع الرئيسية التي أفاد الخبراء الاستشاريون بشأنها عن غلبة عدم الامتثال للتوصيات التشريعية على الامتثال لها هي:

(أ) الإطار التشريعي والمؤسسي العام: ثلثا البلدان المستقصاة لم تُجسّد التوصيات التشريعية المتعلقة بصلاحيّة تنظيم خدمات البنية التحتية؛

(ب) مخاطر المشاريع والدعم الحكومي: قام أكثر من نصف البلدان المستقصاة بتجسيد مجمل التوصيات التشريعية كلياً أو جزئياً، أمّا بشأن الكفالات التي تقدمها المؤسسات المالية الدولية والوكالات المعنية بائتمانات التصدير وتشجيع الاستثمار، والتي لا توجد بشأنها توصيات تشريعية، بل إرشادات واردة في الدليل التشريعي، فلم يُدرج أحكاماً قانونية في القانون الوطني المتعلق بالشراكات بين القطاعين العام والخاص سوى ٢٨ في المائة من البلدان؛

(ج) اختيار صاحب الامتياز (٣٧ في المائة من المجموع الإجمالي للتوصيات التشريعية): في حين أن الأحكام الرئيسية المتعلقة بطريقة الاختيار الواردة في التوصيات التشريعية قد جُسِّدت كلياً أو جزئياً في نسبة عالية من البلدان المستقصاة، لم تجسّد أغلبية البلدان التوصيات التشريعية المتعلقة بسجل إجراءات الاختيار وإرساء المشروع وبإجراءات إعادة النظر. كما أن نصف البلدان تماماً لم يُجسّد أحكام التوصيات التشريعية المتعلقة بإرساء المشروع بدون إجراءات شراكة بين القطاعين العام والخاص، أمّا التوصيات المتعلقة بالاقترحات غير الملتزمة فلم يُجسّدها كلياً أو جزئياً سوى ٥٢ في المائة من البلدان؛

(د) التشييد والتشغيل: الإطار التشريعي واتفاق المشروع: لم تجسّد أغلبية البلدان التوصيات التشريعية المتعلقة بالمصالح الضمانية والتنازل ونقل الحصة الغالبة في شركة المشروع وأشغال التشييد؛

(هـ) مدة اتفاق المشروع وتمديدته وإنهاؤه: كانت هناك درجة عالية من الامتثال في هذا المجال، مع أن ٤٥ في المائة من البلدان المستقصاة لم تجسّد التوصيات التشريعية المتعلقة بتبعات انقضاء مدة اتفاق المشروع أو إنهائه؛

(و) تسوية النزاعات: كان هذا الفصل هو الأسوأ من حيث تجسيده في البلدان المستقصاة، وخصوصاً فيما يتعلق بالنزاعات الأخرى غير النزاعات بين الجهة المتعاقدة وصاحب الامتياز.

١٧- وهذا النمط المبلغ عنه تَبَدَّى أيضاً بصفة عامة في مجال تجسيد الأحكام التشريعية النموذجية في قوانين البلدان. ومرة أخرى، كانت درجة الامتثال الدنيا تتعلق بالأحكام الخاصة بتسوية النزاعات.

١٨- وقد سبق إبراز هذا الموضوع بصفته يتطلب تنقيحاً لصكوك مشاريع البنية التحتية؛ ولذلك، نظر الخبراء الاستشاريون أيضاً في الأحكام المتعلقة بتسوية النزاعات وبصورة منفصلة، فاستعرضوا القوانين الوطنية في قبرغيزستان ومصر وكينيا ومنغوليا، والأبواب القطرية الأربعة عشر التي أعدها شركة Practical Law بشأن إجراءات إعادة النظر وسبل الانتصاف،^(٩) ومبادئ ماليزيا التوجيهية بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذلك ما عُثِر عليه في أستراليا والهند واليابان والاتحاد الروسي وتركيا والمغرب من وثائق تتعلق بالشراكات بين القطاعين العام والخاص. وكان ملخص الاستنتاجات كما يلي:

(٩) <http://us.practicallaw.com/>

(أ) أن معالجة إجراءات إعادة النظر وسبل الانتصاف في السياق الخاص لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي معالجة محدودة، لكن القواعد المنطبقة على الجوانب المتعلقة بالاشتراء العمومي من تلك الشراكة تنطبق عموماً. وفي هذا النطاق، تُعتبر قوانين البلدان الأربعة عشر التالية متسقةً بوجه عام مع إجراءات إعادة النظر المدرجة في إطار الفصل الثالث من الدليل التشريعي: البرازيل، كندا (حيث يجوز، إلى جانب ذلك، الاتفاق على أن يكون التحكيم هو طريقة تسوية المنازعات)، الصين، (حيث لا ينطبق قانون الاشتراء عادةً على الشراكات بين القطاعين العام والخاص ولا على عقود الامتياز)، الجمهورية التشيكية، المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية، فرنسا، ألمانيا، إيطاليا، هولندا، بولندا، جنوب أفريقيا، سويسرا، أوكرانيا، الولايات المتحدة الأمريكية؛

(ب) أن هذه القوانين القطرية لا تتناول النزاعات بين مقدمي الخدمات أو غيرها من النزاعات التجارية (كالنزاعات فيما بين مُروّجي المشروع، والنزاعات بين صاحب الامتياز ومقرضيه والمقاولين والموردين، والنزاعات التي ينخرط فيها زبائن مرافق البنية التحتية أو مستعملوها).

١٩ - والمسائل الرئيسية التي أفاد الخبراء الاستشاريون بأنها واردة في قوانين البلدان، ولكنها إما غير موجودة في الصكين المتعلقين بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وإما متناولة فيهما بتفصيل أقل أو بأشكال مغايرة لطريقة معالجتها في تلك القوانين، تؤكد إجمالاً استنتاجات ندوة ٢٠١٣. وكان الاستنتاج الأول هو أنه على الرغم من أن الصكين المذكورين يشكلان أساساً سليماً لإصلاح القوانين المتعلقة بالشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن فيهما جوانب معينة تحتاج إلى بعض التحديث والتنقيح. ومن أمثلة تلك الجوانب تقديم الخدمات، والاقتراحات غير الملتزمة، وبعض الجوانب المتعلقة بمخاطر المشاريع والدعم الحكومي، وبعض الجوانب المتعلقة بإجراءات الاختيار، وبعض الجوانب المتعلقة بإدارة العقود وتشغيل المشاريع، وآليات تسوية النزاعات.

٢٠ - وثانياً، يبدو أن هناك توافقاً متزايداً في الآراء بشأن مسائل لم تكن لها في السابق حلول سياسية مقبولة. ومن أمثلة تلك المسائل الحوكمة والمسؤولية الاجتماعية، وتفادي الاحتيال والفساد، ومعالجة تضارب المصالح، والتفاعل بين القوانين المتعلقة بالشراكة بين القطاعين العام والخاص وغيرها من القوانين.

٢١ - وثالثاً، يدل الانقسام القائم بين صكوك مشاريع البنية التحتية، وكذلك كون بعض المسائل متناولة في أكثر من موضع في تلك الصكوك، على أن من شأن إعادة عرض

الإرشادات والأحكام أن يعزّز مقروئيتها. ومن أمثلة ذلك الإشارات إلى سائر القوانين ذات الصلة وإلى المسائل المالية والاستثمارية.

٢٢- ومنذ دورة اللجنة، أجرت الأمانة أيضاً مشاورات مع خبراء وهيئات عاملة في مجال إصلاح قوانين الشراكة بين القطاعين العام والخاص، عن طريق تبادل الوثائق وعقد مؤتمرات بُعديّة ولقاءات شخصية، من أجل تكميل الاستقصاء المذكور أعلاه بآراء أولئك الخبراء وتلك الهيئات.

٢٣- وقد أفضت المشاورات في مجملها إلى استبانة مجموعة مسائل تستدعي دراسة خاصة باعتبارها هي المسائل المحورية الدالة على الحاجة إلى تنقيح نصوص صكوك مشاريع البنية التحتية. ومن ثم، فسوف يبحث الباب التالي في كلٍّ من المسائل المعنية.

ثالثاً- المسائل الرئيسية لأيّ عمل آخر بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص

ألف- نطاق أيّ نص تشريعي مقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص

٢٤- ثمة مسألة أولية تناولتها المشاورات، هي نطاق أيّ نص تشريعي مقبل، إذ يتضمن الدليل التشريعي خيارات لأنواع عقود الامتياز التي يراد تنظيمها،^(١٠) ولكنّ أيّاً من صكوك مشاريع البنية التحتية لا يتناول نطاق أيّ قانون تمكيني على وجه التحديد.

٢٥- وهذه المسألة أكثر تعقيداً مما قد يبدو لأول وهلة، ويعزى هذا جزئياً إلى عدم وجود تعريف موحد للشراكة بين القطاعين العام والخاص. وقد ذُكر في ندوة ٢٠١٣ أنّ النوع الأشيع تاريخياً لهذه الشراكة هو مشروع بنية تحتية مقترن بتولي كيانٍ من القطاع الخاص تقديم الخدمات المرتبطة به إلى الناس (أي "شراكة بنية تحتية مقترنة بتقديم خدمات")، ويتقاضى فيه المشغل حقوقه المالية في إطار آلية امتياز. وهذا هو موضع التركيز في صكوك مشاريع البنية التحتية. غير أنّ الشراكات بين القطاعين العام والخاص تشمل الآن، حسبما ذُكر أيضاً، إنشاء بنية تحتية غير ملموسة، مقترناً بتقديم خدمات، وترتيبات تعاقدية أخرى (كالتشارك، والتحالف، وبعض الشراكات المؤسسية بين القطاعين العام والخاص، وعقود التأجير الشرائي الطويلة الأمد، والتأجير الشرائي، وعقود الإدارة).^(١١) ويتراوح نطاق

(10) انظر الفصل الأول، الباب جيم-٢، وخصوصاً الفقرة ١٩.

(11) انظر ورقة المناقشة التي أعدت لندوة ٢٠١٣، المذكورة في الفقرات ١١-١٢ و ١٧-١٨ أعلاه، والتقارير والوثائق المشار إليها في تلك الفقرات، وتقرير ندوة ٢٠١٣.

الخدمات المعنية في الوقت الحاضر من الخدمات البسيطة إلى المعقدة؛ فهي تتراوح في الشراكات الخاصة بقطاع الصحة، مثلاً، من الخدمات الإكلينيكية إلى خدمات المرفق الأكثر شيوعاً وخدمات التنظيف وتوفير الطعام.

٢٦- وثمة نوع آخر من هذه الشراكات ينشأ عندما تقوم جهة من القطاع الخاص بتقديم خدمات تُعتبر عموماً خدمات عمومية، ولكنها لم تكن متاحة في السابق. وفي هذه الحالة، يمكن للسلطات أن تسعى لاحقاً إلى فرض ضوابط تنظيمية وإلى التعاون في تقديم الخدمات. ومن الأمثلة التي سيجت لحالات من هذا القبيل خدمات إدارة المياه والنفايات في بلدان أفريقيا الناطقة بالفرنسية، والخدمات الصحية المذكورة أعلاه.

٢٧- وقد أُبلغت الأمانة أيضاً بأن تمويل القطاع الخاص لإنشاء بنية تحتية (دون تقديم الخدمات المرتبطة بذلك) يتزايد في بلدان مثل الإمارات العربية المتحدة وتونس وتركيا وفرنسا وقطر والمغرب.

٢٨- وتبين الاستقصاءات، كما هو متوقع، أن الخارطة التشريعية متباينة جداً، من حيث الشكل والنطاق معاً. فلدى بعض الدول قوانين خاصة بالاشتراء العمومي وعقود الامتياز، ولكن ليس لديها قانون يتناول أشكالاً أخرى من الشراكات بين القطاعين العام والخاص؛ ويُذكر أن هناك دولاً أخرى تعالج أشكالاً عدة من تلك الشراكات وتأجير الموجودات الحكومية وبيعها والتجريد من الحقوق في قوانين الاشتراء، وإن كانت عمليات الخصخصة تُعالج عادة من خلال تشريعات تمكينية خاصة بكل مشروع على حدة.

٢٩- وإضافة إلى ذلك، يتباين نطاق النصوص الدولية الموجودة التي تخص الشراكات بين القطاعين العام والخاص، أو التي قد تكون لها صلة بتلك الشراكات: فوثيقة "العناصر الأساسية" الصادرة عن منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي،^(١٢) تشمل عقود الامتياز الخاصة بالموارد الطبيعية (التي هي مُستبعدة من نطاق صكوك مشاريع البنية التحتية). ويُفيد الخبراء الاستشاريون بأن القوانين في قبرغيزستان وكوسوفو وكينيا تستبعد كلها مشاريع الموارد الطبيعية.

٣٠- وقد رئي في ندوة ٢٠١٣ أنه ينبغي للأونسيرال أن تنظر في أنواع جديدة من الشراكات بين القطاعين العام والخاص لا تدرج ضمن النطاق الحالي للصكوك المذكورة. لكن غالبية الخبراء الذين استشارهم الأمانة أفادوا بأن الغالبية الساحقة للشراكات بين

(12) متاحة في الموقع <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/oecd-basic-elements-law-concession-agreements>.

القطاعين العام والخاص، لدى الجهات التي يرجَّح أن تستعمل النص التشريعي - أي البلدان النامية والبلدان ذات الاقتصادات الانتقالية - ستكون في شكل شراكات بنية تحتية زائداً خدمات، وأنه ربما يكون ٢٠ في المائة من المسائل الناشئة في إطار هذه المشاريع يطرح ٨٠ في المائة من المشاكل التي تبيّن أنها تعيق قيام شراكات فعالة بين القطاعين العام والخاص.

٣١- والسماح الرئيسية لشراكات البنية التحتية المقترنة بتقديم خدمات هي تشييد البنية التحتية وتشغيلها، وتقديم الخدمات العمومية المرتبطة بها من جانب القطاع الخاص. وهذه العناصر تنطوي على قيام القطاع الخاص بتقديم الخدمات وكذلك بتوفير التمويل؛ وهذا يعني بدوره تحولاً في موضع تركيز الصكوك المذكورة آنفاً، التي لم تتناول تقديم الخدمات على نحو مفصل.^(١٣)

٣٢- غير أن فكرة شراكات البنية التحتية زائداً الخدمات تترك مجالات واسعة للتشكك. فأولاً، يمكن في الممارسة العملية تناول مشاريع البنية التحتية غير المنطوية على تقديم الخدمات المرتبطة بها بأن يُشار فحسب إلى الأبواب ذات الصلة بالبنية التحتية. ولكن هناك اختلافات كبيرة عن المشاريع التي تتناولها الصكوك المذكورة آنفاً، التي تركز على تمويل المشاريع بصفتها آلية التمويل الرئيسية. وتُسترد استثمارات القطاع الخاص من خلال تدفق الإيرادات المتأتية بمقتضى عقد امتياز لتشغيل مرفق البنية التحتية.^(١٤) فبدون تقديم الخدمات، يجب أن يأتي استرداد استثمارات القطاع الخاص من السلطة المتعاقدة، لا من المستعملين. وكثيراً ما يُشار إلى هذا النوع من الشراكة بتعبير "public payment PPP" (الشراكة التي تُسدد استثماراتها من القطاع العام) أو بتعبير "PFI/PPP".^(١٥) كما قد تكون هناك عقود مختلطة.

٣٣- وإذا رأت الندوة أنه ينبغي إدراج بعض الشراكات التي تسدد استثماراتها من القطاع العام أو كلها في نص تشريعي مقبل، فلعلها تود أن تشير إلى مسائل إضافية قد تتعلق بذلك. ومن أمثلة تلك المسائل ماهية القانون الذي سيحكم تلك المعاملات - هل ستندرج ضمن نطاق قانون الاشتراء العمومي؟^(١٦) ويتناول الباب المتعلق بمسائل التمويل والاستثمار، الوارد

(13) انظر، مثلاً، الفصل الرابع من الدليل التشريعي، الفقرة ١٢٩، التوصية ٥٣؛ والحكم التشريعي النموذجي ٢٨ (د).

(14) انظر، مثلاً، الفصل الثاني من الدليل التشريعي، "مخاطر المشاريع والدعم الحكومي"، الفقرات ٣٧-٥٩.

(15) يشير تعبير "PFI" عموماً إلى "Public Finance Initiative" (مبادرة التمويل من القطاع الخاص) في المملكة المتحدة.

(16) انظر، كذلك، الفقرتين ٤١ و ٧٩.

أدناه، والباب المتعلق بالتشريع مقابل التعاقد، الوارد في الجزء الثاني من هذه الورقة، بعض الآثار التعاقدية وغير التعاقدية المترتبة على ذلك.

٣٤- وشراكات البنية التحتية غير المقترنة بتقديم خدمات، التي تشمل عادة عقود الامتياز الخاصة بالموارد الطبيعية والزراعة، هي مشاريع بنية تحتية (بتعريفها الواسع). وقد أبدى تقرير ندوة ٢٠١٣ تفضيلاً لاستبعاد تلك المشاريع، لأنها تنطوي على طائفة واسعة من المسائل، ليس لكثير منها صلة خارج نطاق مشاريع معينة أو نطاق هذه القطاعات، ولأن هناك إرشادات دولية تتعلق، مثلاً، بالنفط والغاز والتعدين.^(١٧) ولعلّ الندوة تؤدّ تناول هذه المسألة في تقريرها.

٣٥- وعلى نحو مماثل، يمكن لدى تناول شراكات البنية التحتية المقترنة بتقديم خدمات أن تستوعب مشاريع الخدمات العمومية غير المقترنة بإنشاء بنية تحتية، ما دامت الأحكام المتعلقة بالبنية التحتية لا تطبق على تلك المشاريع. ومن ثم، فإنّ هذا النهج يستوعب التوصية الصادرة عن ندوة ٢٠١٣ بألا يعتبر تشييد البنية التحتية المادية أمراً لا غنى عنه في أيّ نص مقبل، كما يستوعب التطورات الأخيرة في السوق. غير أنّ الزيادة المبلغ عنها في نطاق الخدمات في المشاريع الخدمية - مثل تلك التي ذكرت أعلاه بشأن قطاع الصحة، يمكن أن تدل على الحاجة إلى أحكام تعاقدية أكثر تعقيداً، مثل إتاحة مزيد من المرونة في أحكام العقد من أجل التعامل مع التغيرات الحاصلة وغيرها من المسائل المستجدة الناشئة عن مختلف العوامل التكنولوجية. ولعلّ الندوة تؤدّ أن تتناول في تقريرها المسائل الإضافية التي يمكن أن تنطوي عليها تلك الشراكات إذا رغبت في إدراجها في النطاق الموصى به لأيّ نص مقبل.

٣٦- وثمة نوع آخر من الشراكات بين القطاعين العام والخاص، هو "الشراكة المؤسسية"، التي تكون فيها أداة تنفيذ المشروع اتفاق مشروع مشترك يبرم بين السلطة المتعاقدة ومقدم خدمات. وشملت الأمثلة التي ذكرت للأمانة شراكات مؤسسية في قطاعي الكهرباء والصحة. وثمة هياكل شراكات جديدة أخرى، منها تلك التي يكون فيها الطرف المتعاقد من القطاع الخاص هو في الواقع منشأة تملكها الدولة. ولعلّ الندوة تؤدّ النظر فيما إذا كانت

(17) انظر، مثلاً، (أ) منشورات "مبادرة الشفافية في الصناعات الاستخراجية (EITI)"، في الموقع <http://eiti.org/>.

وهذه المبادرة هي معيار دولي يكفل الشفافية في محيط الموارد الطبيعية للبلدان، وقد استحدثها ويشرف عليهما تحالف يضم حكومات وشركات وجمعيات أهلية ومستثمرين ومنظمات دولية؛ و(ب) المنشور

المعنون "Sector-specific toolkits" الصادر عن البنك الدولي، وهو متاح في الموقع

<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector>

هناك أي أحكام إضافية يمكن أن تُلزَم إذا ما أُريد إدراج تلك الشراكات في نص تشريعي مقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٣٧- وتلخيصاً لما سبق، بيّنت المشاورات ما يلي:

(أ) أن مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص ينبغي أن يظل مرناً، مما يفضي إلى تكوين مفهوم جامع يمكن تقسيمه إلى فئات فرعية، بدلاً من وضع تعريف صارم لتلك الشراكة. وبذلك تكون المفاهيم الرئيسية المستبانة بهذا الشأن بمثابة وصف لأنواع تلك الشراكة؛

(ب) أن قيام القطاع الخاص بتوفير خدمات عمومية هو عنصر أساسي في أي تنظيم إضافي؛

(ج) أن الحاجة هي إلى مبادئ قابلة للتطبيق لتنظيم العناصر المشتركة لجميع الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٣٨- غير أن المشاورات لم تتوصل إلى موقف موحد بشأن نطاق الشراكات المراد تناوله على وجه الدقة. وربما كان نطاق العمل ومدى "شهية" الدول الأعضاء في اللجنة لمشروع شراكة من هذا القبيل أمرين مهمين في هذه الحالة. وقد أبدت في ندوة ٢٠١٣ ملاحظة مفادها أنه ينبغي للأونسيترال أن تنخرط في عمل يكون مُمكنًا لإنجازه ضمن إطار زمني يتيح للمشروع أن يلي ما كان يعتبر "حاجة عاجلة إلى معيار أعم، تضعه الأونسيترال بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص".

٣٩- وعلى ضوء هذه الملاحظة، وضرورة تقديم توصية إلى اللجنة بنطاق عمل معين بدرجة معقولة، ووجود تنازع بين محاولة تناول جميع أشكال الشراكات بين القطاعين العام والخاص وإلى إنتاج نص في إطار زمني قصير نسبياً، أوصى غالبية الخبراء الذين استشارتهم الأمانة بأن تركز الأونسيترال جهودها على إعداد تشريع بشأن شراكات البنية التحتية المقترنة بتقديم خدمات. وللإطلاع على مثال عملي لنوع الخيار الذي تنطوي عليه هذه المسائل المتصلة بالموارد، انظر أيضاً الفقرتين ٥٥-٥٦ في الباب المتعلق بالشراكات بين القطاعين العام والخاص عبر الحدود، الوارد أدناه.

٤٠- ولعلّ الندوة تودّ أن تُبيّن في تقريرها إلى اللجنة أنواع الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي يُراد إدراجها في أي نص تشريعي مقبل، والأنواع التي يُراد استبعادها، والأنواع التي لم يتخذ قرار بشأنها بعد. ولعلّها تلاحظ أيضاً أنه يمكن لمنظمي الأشكال المستبعدة أن

يستندوا إلى المسائل الأساسية المرتبطة بتلك الشراكات والإرشادات المتعلقة بها في نص تعدده الأونسيترال مستقبلاً (كما يمكن للأونسيترال أن تقرر في الوقت المناسب تناول أشكال أخرى لتلك الشراكات كمواضيع مقبلة منفصلة).

٤١ - وثمة مسألة ثانية تتصل بمسألة النطاق، هي تقرير الحد الفاصل بين قانون الاشتراء العمومي وقانون عقود الامتياز وقانون الشراكات بين القطاعين العام والخاص. وقد سبق للجنة أن استمعت إلى رأي مفاده أن مشاريع البنية التحتية تشكل طيفاً واسعاً يمتد من الاشتراء العمومي إلى الخصوصية، مروراً بالشراكات بين القطاعين العام والخاص.^(١٨) وأكدت مشاورات الخبراء على أن وضوح النطاق هو أمر بالغ الأهمية لتمكين الدول من ضمان وضوح القانون المنطبق (القوانين المنطبقة) على كل مشروع. والخياران المتاحان هما أن تُنظَّم جميع الأجزاء المتعلقة بالاشتراء من تلك المعاملات في إطار قانون الاشتراء العمومي، أو أن تُسنَّ قوانين منفصلة تنظم مختلف أنواع المشاريع، من البداية إلى النهاية، مع إدراج أحكام متطابقة عند الاقتضاء (تتعلق مثلاً بعناصر التخطيط والاشتراء وتقديم الخدمات الأساسية)، ضماناً للاتساق. ومن شأن وجود مؤشر أولي بشأن هذه المسألة أن يساعد اللجنة على تقدير مدة ونطاق ما قد تسنده من ولاية.

٤٢ - ولعلَّ الندوة تؤدُّ أن توضح في تقريرها إلى اللجنة أن الأنشطة الأولية في مجال التطوير التشريعي سوف تتمثل في رسم خارطة للمسائل الرئيسية التي يرجح أن تكون قابلة للحل من خلال تشريع خاص بنوع الشراكة المعني (بما في ذلك أيُّ الخيارين المذكورين أعلاه سوف تخلص الندوة إلى تمييز تناوله)، وذلك بالاستناد إلى الدراسات المشار إليها أعلاه والصكوك الدولية ذات الصلة، لكي ينظر فيها فريق عامل. وسوف تُستمد الحلول السياسية لهذه المسائل من البحوث التي اضطلع بها حتى الآن ومن الدراسات الجارية.

باء- المسائل الرئيسية المراد إدراجها في نص تشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص

٤٣ - حسبما ذكر في ندوة عام ٢٠١٣، هناك أربعة مجالات رئيسية ذات صلة بتنظيم الشراكات بين القطاعين العام والخاص، هي: البيئة القانونية والتنظيمية، وتخطيط المشروع، بما في ذلك توزيع مخاطره والدعم المقدم من الحكومة والجهات المانحة؛ واختيار الشريك في

(18) انظر الفقرة ٣٢ من ورقة المناقشة التي أُعدت لندوة ٢٠١٣. وانظر أيضاً الفقرة ٧٩ من هذه الورقة، التي تتناول احتمال تداخل القوانين.

المشروع (المورّد أو صاحب الامتياز)؛ واتفاق المشروع وتشغيل المشروع وإدارته. وهذه المجالات الأربعة لا ترسم حدوداً دقيقة بين مختلف جوانب الشراكات بين القطاعين العام والخاص، بل هي تجميع إجمالي لتيسير الرجوع والمناقشة في هذا الندوة. (إذا ما قرّرت الأونسيترال تناول موضوع الشراكات بين القطاعين العام والخاص، فربما ترى عندئذ أن من المناسب تناول الكيفية الفضلى للجمع بين هذه المجالات في نص تشريعي واحد).

٤٤ - وتفيد الأبواب التالية من هذه الوثيقة عن أهم المسائل الناشئة عن هذه الندوة والتي تؤكد مشاورات الخبراء أنه ينبغي تنقيحها أو إعادة عرضها، قياساً إلى كيفية معالجتها في صكوك مشاريع البنية التحتية بصيغتها الحالية، أو التي ينبغي استحداثها كمواضيع جديدة في نص تشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص. وهي مقسمة إلى المجالات المواضيعية الأربعة المشار إليها في الفقرة السابقة. وتؤكد المشاورات على أن هذه هي أهم المسائل، ولا يُقصد منها أن تُوفّر قائمة حصرية بالمواضيع التي يُراد تنقيحها.

٤٥ - ونظراً إلى ما خلصت إليه ندوة ٢٠١٣ من استنتاجات وما قدّمه الخبراء لاحقاً من مشورة مفادها أن صكوك مشاريع البنية التحتية ينبغي أن تكون هي نقطة الانطلاق، يُورد عرض ملخص لطريقة المعالجة الحالية في تلك الصكوك حيثما كان هذا مناسباً، وتُقدّم توصيات بشأن المدى الذي ينبغي الذهاب إليه في تنقيح تلك الصكوك وإعادة عرضها.

٤٦ - وهذا الباب يسلط الضوء أيضاً على بضعة مواضيع أخرى في الصكوك المذكورة آنفاً قد يستدعي الأمر إجراء تنقيحات طفيفة بشأنها.

١ - البيئة القانونية والتنظيمية

٦، الإطار المؤسسي

التوصيات التشريعية ذات الصلة: ١ و ٦ إلى ٨

الأحكام التشريعية النموذجية: لا مراجع

الدليل التشريعي: "التنسيق الإداري"، الباب دال من الفصل الأول ("الإطار التشريعي والمؤسسي العام")

٤٧ - من المسلّم به أن وجود إطار مؤسسي متين وما يتصل به من إجراءات هو أمر حيوي لنشوء شراكات فعّالة بين القطاعين العام والخاص، ولاجتذاب المستثمرين في تلك الشراكات. ويفيد الخبراء بأن المسائل المعنية ليست جديدة على معظم البلدان فحسب بل

هي أيضاً تختلف كثيراً في جوانب عديدة عن مشاريع الاشتراء العمومي التقليدية. فهي تتضمن صوغ نطاق الخدمات وتقييم ميسورية تكاليفها، وكيفية استخدام الأراضي (بما ينطوي الأمر على نزع ملكية الأراضي وإعادة توطين أصحابها، إلخ)، وإبرام عقود أكثر تعقيداً تجسّد طابع المشروع الطويل الأمد وكذلك المسائل المالية والعملية. وهذا يتطلب تنسيقاً بين عدة وزارات؛ إذ يلزم تقييم الجوانب المالية والضريبية والمحاسبية لمعظم المشاريع (مثل الالتزامات الطارئة وغيرها من المسائل التي تناقش في الباب الفرعي المعنون "مسائل التمويل والاستثمار"، الوارد أدناه)؛ كما أنّ المسائل المتعلقة بالمدفوعات العمومية أو الإعانات أو الكفالات الحكومية سوف تستلزم تنسيقاً على الأقل، بل وتستلزم في معظم الحالات مصادقة من الوزارة المسؤولة عن الشؤون المالية و/أو الميزانية.

٤٨- ومن ثم، يلزم وجود إطار مؤسسي مناسب وشامل يتولى تخطيط المشاريع وتصميمها وإنشائها وإدارتها، بالارتكاز على الممارسات الفضلى الدولية. وقد نُشرت في الآونة الأخيرة نصوص مرجعية كثيرة بشأن هذا الموضوع، ولكنها لا تزال ناقصة؛^(١٩) إذ إنّ كثيراً منها يركّز، مثلاً، على تخطيط الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحضير لها، وعلى الشفافية، وإلى حدٍّ ما على الاشتراء.^(٢٠)

٤٩- وقد أثبتت الوحدات المعنية بالشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي أوصى بها الدليل التشريعي، نجاحها في بعض البلدان المتقدمة (مثلاً في المملكة المتحدة وأستراليا وفرنسا، خصوصاً فيما يتعلق بعقود البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص والقائمة على الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والمشاريع المنفذة على الصعيد الوطني). أمّا في البلدان النامية فكانت النتائج أقل إيجابية. ويرد في أحد منشورات منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي أنه ينبغي للوحدة المعنية بالشراكة بين القطاعين العام والخاص أن تُمكن السلطات (مثل الوزارات المعنية) من إقامة تلك الشراكة وإدارتها وتقييمها على نحو ناجع

(19) انظر المنشور المعنون "Reference Guide on PPPs"، الصادر عن المرفق الاستشاري للبنية التحتية العمومية الممولة بمشاركة القطاع الخاص، وهو متاح في الموقع <http://wbi.worldbank.org/wbi/Data/wbi/wbicms/files/drupal-acquia/wbi/WBIPPIAFPPPReferenceGuideV11.0.pdf>

(20) انظر، مثلاً، مذكرة PPIAF رقم ٤، المعنونة "Developing a PPP framework: policies on PPP unit" (أيار/مايو ٢٠١٢)، وهي متاحة في الموقع www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-Four-Developing-a-PPP-Framework.pdf

وفعّال. ويتطلب أداء هذا الدور أن تتوافر للوحدة المعنية بالشراكة بين القطاعين العام والخاص ما يلزم من الخبرات المالية والقانونية والاقتصادية ومن مهارات إدارة المشاريع.^(٢١)

٥٠- وإلى جانب ذلك، وخصوصاً في الاقتصادات الناهضة، من شأن وجود إطار مؤسسي ناجع للشراكة بين القطاعين العام والخاص أن يتجاوز كثيراً نطاق تنظيم ودعم الوحدة المركزية المعنية بتلك الشراكة. ومرة أخرى، تفيد منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي بأن الأدوار والمسؤوليات المؤسسية الرئيسية ينبغي أن تُوضَّح من أجل معالجة المسائل الضريبية والميزانية والجوانب المتعلقة بالاشتراء وتدقيق الحسابات الخاصة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص ورصد القواعد والإنفاذ.^(٢٢) ومن ثم، يلزم اتباع نهج شمولي بشأن المؤسسات.

٥١- وسوف يتعين على المؤسسات أن تحسّد مبدأي الاستقلالية والشفافية الأساسيين في سياق التنظيم والحوكمة؛ ويفيد الخبراء بأن هذين المبدئين لم يحظيا بعناية كافية في التشريعات الموجودة، ومن ثم ينبغي تجسيدهما في أي نص تشريعي مقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٥٢- ولذلك، يقترح الخبراء إجراء تنقيحات للدليل التشريعي تأخذ بعين الاعتبار ما شهدته المؤسسات المعنية بالشراكة بين القطاعين العام والخاص من تطورات، وتوسيع نطاق التوصيات التشريعية والأحكام التشريعية النموذجية. وسوف يُقدّم في الندوة مزيد من المعلومات المفصلة عن هاتين المسألتين وتعليقاً على الآثار المترتبة على استنتاج الخبراء المتمثل في أن قوانين البلدان لا تتّبع عموماً التوصيات المتعلقة بالسلطة المعنية بتنظيم خدمات البنية التحتية.

٦٦ الشراكات بين القطاعين العام والخاص عبر الحدود

ليست هناك إشارات بهذا الشأن في صكوك مشاريع البنية التحتية

٥٣- ترجع بداية وجود المشاريع العابرة للحدود إلى بداية عهد مشاريع البنية التحتية أو مشاريع الخدمات. ولكن عندما أُعدّت الصكوك المذكورة أعلاه، لم يكن يولى كثير اهتمام للمسائل التي تطرحها المشاريع العابرة للحدود، ومن ثم فإن تلك الصكوك لم تتناول هذا الموضوع. ويفيد الخبراء أيضاً بأنه لا يوجد في البلدان المشمولة بالاستقصاء حكم تمكيني

(21) انظر المنشور المعنون "Principles for the public governance of Public-Private Partnerships"، الصادر عن

منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، وهو متاح في الموقع www.oecd.org/governance/oecdprinciplesforpublicgovernanceofpublic-privatepartnerships.htm

، section 2.

(22) المرجع نفسه.

بشأن المشاريع العابرة للحدود. وفي عصر العولمة والتطور التقني وازدياد التعاون الإقليمي، سوف تشهد أعداد الترتيبات التعاونية عبر الحدود زيادة كبيرة. وثمة دراسات شتى تشير إلى أنَّ للمشاريع العابرة للحدود آثاراً إيجابية معيّنة هامة؛ فهي، باختصار، تزيد من حجم التبادل التجاري وتعزز الانفتاح التجاري وتدعم توسُّع النمو الاقتصادي. ويمكن العثور بالفعل على أمثلة للمشاريع العابرة للحدود في جميع القارات وجميع المناطق، تتراوح من البنية التحتية إلى المشاريع السياحية والمشاريع الفضائية. وثمة سبب رئيسي آخر لاستهلال مشاريع عابرة للحدود، هو أنَّ بعض التحديات يتعذر التصدي لها من جانب بلد واحد بمفرده (مثلاً، عندما يتعذر الحصول على التمويل بسبل أخرى).

٥٤- ورغم وجود اعتراف واسع بما للمشاريع العابرة للحدود من آثار إيجابية جداً، يمكن ملاحظة تلوُّك الكثير من الدول في استهلال مشاريع عابرة للحدود. ويُذكر أنَّ العقبة الأهم أمام المشاريع العابرة للحدود هي عدم توافر إرشادات لمعالجة ما يقترن بالمشاريع العابرة للحدود من مشاكل قانونية خاصة معالجة مناسبة، وهذا يُعتبر عقبة كبرى أمام استغلال ما تنطوي عليه من إمكانات إيجابية عظيمة معترف بها. ويرى الخبراء أنَّ الأونسيترال، بصفتها منصة دولية، هي الجهة الأنسب لتولي معالجة هذا النقص في الإرشادات. كما يمكن للأونسيترال أن تعالج الجوانب القانونية المتعلقة بالمشاريع العابرة للحدود على نحو مناسب، ويفيد الخبراء بأنَّ التجربة المكتسبة بشأن صكوك مشاريع البنية التحتية تدل أيضاً على ضرورة تناول المشاريع العابرة للحدود في أيِّ نص مقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٥٥- ويقترح الخبراء ثلاثة خيارات بشأن كيفية إدراج أحكام من هذا القبيل بشأن المشاريع العابرة للحدود، هي:

(أ) الخيار الأول هو أنه يمكن معالجة هذه المسألة باستحداث نظام قانوني جديد ("النظام سين") على الصعيد الدولي يُنشئ لوائح/أحكاماً جديدة وإضافية. وينبغي لهذه الأحكام أن توفر قدرًا كافيًا من التفصيل مع ضمان ما يلزم من المرونة وقابلية التواءم، وأن تكون متوافقة مع سائر الصكوك الدولية الموجودة (بما فيها نصوص الأونسيترال الأخرى)، وأن تُنسّق مع منظمات دولية مثل الأونكتاد ومنظمة التجارة العالمية ومنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي. وهذا الخيار يتطلب بذل جهود تحضيرية وصياغية كبيرة؛

(ب) الخيار الثاني هو صوغ أحكام خاصة بشأن بعض الجوانب الأساسية الضرورية للمشاريع العابرة للحدود، مع إعداد إرشادات بشأن كيفية استخدام ما يوجد من أحكام نافذة بالفعل واعتماد تلك الأحكام ومواءمتها مع السياق الدولي والجوانب الدولية.

ومن ثم، فسوف يقتصر دور الأونسيترال في حقيقة الأمر على توفير إرشادات بشأن الاعتبارات التي يتعين مراعاتها عند اعتماد الأحكام ذات الصلة بالمشاريع العابرة للحدود. غير أن هذا الخيار أيضاً، حسبما ذكر آنفاً، سوف يتطلب بذل جهود صياغية (تتعلق بما يلزم توافره من شروط قانونية مسبقة لدى تنفيذ هذا الخيار، وخصوصاً فيما يتعلق بإنشاء نظام ما بشأن تضارب المصالح وسبل الانتصاف)؛

(ج) الخيار الثالث هو توليفة تجمع بين الخيار ١ ("النظام سين") والخيار ٢. ويترتب على الأخذ بهذا الخيار ضرورة البت بشأن ماهية المجالات التي ستُنظَّم كلياً (من جديد) على الصعيد الدولي، وما هي المجالات التي ستطبق فيها إحالة إلى النظم القانونية الموجودة.

٥٦- ونظراً لشدة تنوع الاعتبارات والمجالات القانونية المرتبطة بالمشاريع العابرة للحدود، ولقلة موارد الأونسيترال وما لها من معايير خاصة بأعمالها المقبلة وأسلوب عملها، يُفيد الخبراء بأن تنفيذ الخيارين السياساتيين الأول والثالث يقترن بأعباء ثقيلة ويتطلب كثيراً من الموارد. كما أن عملية البت بشأن ماهية المجالات التي ينبغي تنظيمها (من جديد) والمجالات لا تندرج ضمن نطاق الخيار السياساتي الثالث قد يثبت أنها تتطلب الكثير من الوقت والجهد. ومن ثم، يوصي الخبراء بالخيار السياساتي الثاني.

٣٦ الحوكمة والمسؤولية الاجتماعية

ليست هناك إشارات بهذا الشأن في صكوك مشاريع البنية التحتية

٥٧- أهاب إعلان ريو+٢٠ "بالقطاع الخاص اتباع ممارسات مسؤولة في مجال الأعمال، كالممارسات التي يشجعها الاتفاق العالمي للأمم المتحدة".^(٢٣) ومبادئ حوكمة الشركات تتمحور حول فكرة ضمان مزيد من الشفافية والمساءلة في أوساط الشركات. فمن الواضح أن للناس مصلحة في ضمان وجود معايير مناسبة لسلوك الشركات (بعض التكتيكات التنافسية، التي هي معتادة في القطاع الخاص، ليست ملائمة في سياق الشراكات بين القطاعين العام والخاص)، ولكن ليس هناك تيقن بشأن كيفية انسحاب هذه الفكرة.

٥٨- وبما أن الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي تعاون بينهما، فيلزم وجود توازن سليم بين حوكمة الشركات وما يعادلها من معايير عمومية بشأن التزامات المساءلة والشفافية. فعلى سبيل المثال، كيف ينبغي معالجة الحاجة إلى توخي الحرص الواجب، بالنظر

(23) الفقرة ٤٦ من الإعلان المعنون "المستقبل الذي نصبو إليه".

إلى أن شركة المشروع ليست مسؤولة تجاه المساهمين فقط بل أمام مجموعة أوسع من الجهات ذات المصلحة، وتقع على عاتقها التزامات مستمرة بتقديم الخدمات إلى الناس؟ فمبدأ توحي الحرص الواجب في الاشتراء العمومي يعمل في ظل قواعد مفهومة جيداً، لكن حالة الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي أكثر تعقيداً وليست متناولة بنفس القدر. ثم ما هي كيانات القطاع الخاص التي يراد شمولها؟

٥٩- كما أن امتداد العلاقات بين الشركاء (الذين كثيراً ما يتعددون ويتغيرون) والخصوصيات المتعلقة بتوزيع المخاطر تتطلب أطراً واضحة ووافية للحوكمة في جميع مراحل المشروع القائم على الشراكة بين القطاعين العام والخاص (اتخاذ القرار، الاشتراء، التشغيل، الإنهاء). وقد تكون هناك حاجة إلى قواعد بشأن التغيرات في هيكل الشركة تفادياً لاحتمال أن تُترك كل الالتزامات لتقع على عاتق شركة وهمية، ضماناً لوجود كيان اعتباري يتولى مسؤولية كل الالتزامات طوال مدة المشروع، كما قد يلزم وجود قواعد بشأن بيع الأسهم الرأسمالية (فشركات التشييد، مثلاً، لن تكون في العادة راغبة في أن تظل أسيرة مساهمين طويلي الأمد). ونظراً لأن الشريك من القطاع الخاص عادة ما يكون ذا هيكل تنظيمي معقد ويضم شركات فرعية مختلفة أو شركات منتسبة أو شركات قائمة على مشاريع مشتركة، يفيد الخبراء بأن من المهم أيضاً التأكد من أن أي اشتراطات سارية على المقاول الرئيسي تسري أيضاً على هذه الكيانات، وأن هناك حاجة إلى قواعد أعم بشأن التعاقد من الباطن.

٦٠- ومع أن صكوك مشاريع البنية التحتية تنطرق إلى بعض المسائل المرتبطة بإرساء حقوق واضحة للمساهمين والجهات ذات المصلحة (كالدائنين والمستخدمين والزبائن) أو بتنظيم مجالس الإدارة ووظائفها ومسؤولياتها (جماعياً وفردياً)، فيلزم زيادة توضيح هذه المسائل واستكمالها. فثمة حاجة إلى حماية مصلحة السلطة العمومية في استمرارية تقديم الخدمات (قد تتوافر لذلك طائفة من الأدوات الواسعة التباين، مما يطرح مسائل سياسية معقدة). وينبغي للعمل المقبل أن يتناول الخلافات المحتملة في مجال منع الفساد ومواجهته، وتضارب المصالح، واستقلالية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين التنفيذيين ومراجعي الحسابات، ووضع مدونة قواعد سلوك تشجع على سلوك أخلاقي رفيع المستوى. وتدل المساءلة والتحلي بالمسؤولية في اتخاذ القرارات على وجود آليات رقابية محسنة (مثل لجان، أو وحدات، أو هيئات لمراجعة الحسابات، أو هيئات أخرى) ونظم داخلية لمراقبة عمل مجالس الإدارة وعمليات مراجعة البيانات المالية.

٦١- أمّا المسائل الخاصة بوجود معايير بشأن الكشف الدقيق والدوري عن المعلومات، وبسبب توافر شفافية كافية في التقارير المالية والبيانات المحاسبية ذات الصلة بالحوكمة، فيجري تناولها في الباب المتعلق بالشفافية، الوارد في الجزء الثاني من هذه الورقة.

٦٢- وأخيراً، يتزايد أيضاً انخراط المجتمع الدولي في تعزيز قيم أساسية جديدة تسري على أي بيئة أعمال وتشمل حقوق الإنسان، وحماية البيئة، وضمان الاستدامة الطويلة الأمد، وتدابير مكافحة الفساد، ودور مجلس الإدارة في إدارة المخاطر وممارسة الرقابة وعلاقته بالمديرين الفنيين ومسؤولته أمام المساهمين. كما وضعت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي ١٢ مبدأً، تتمركز حول ثلاثة أهداف يمكن أن توفر منطلقاً لإعداد الأحكام، هي:

(أ) إنشاء إطار مؤسسي واضح وقابل للتنبؤ ومشروع، مدعوم بسلطات مختصة تمتلك موارد وافية؛

(ب) بناء اختيار الشراكات بين القطاعين العام والخاص على أساس مردود التكلفة؛

(ج) استخدام عملية الميزنة استخداماً شفافاً من أجل تقليل المخاطر المالية وضمان نزاهة إجراءات الاشتراء.

٦٣- ويوصي الخبراء بأن تُفرض الاشتراطات اللازمة من خلال الإطار التشريعي و/أو من خلال آليات تعاقدية أو غير تعاقدية، ويرى بعضهم أنّ هذه الاشتراطات لا ينبغي أن تتجاوز ما هو مفروض على الشركات الأخرى في القطاعات ذات الصلة من أجل حماية استمرار المشاركة في السوق. ولعل الندوة تؤدّ النظر في كيفية وضع توصية توجّه إلى اللجنة بهذا الشأن.

٤٤. مسائل التمويل والاستثمار

التوصية التشريعية ذات الصلة: التوصية ١٣ "الدعم الحكومي"

الأحكام التشريعية النموذجية: لا شيء

الدليل التشريعي: الباب باء-٤، "هياكل ومصادر تمويل مشاريع البنية التحتية"، في "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"؛ الباب ألف، "ملاحظات عامة"، والباب جيم، "الدعم الحكومي"، في الفصل الثاني، "مخاطر المشاريع والدعم الحكومي"

٦٤- تركز صكوك مشاريع البنية التحتية على فكرة تمويل المشاريع (أي الإقراض بدون حق الرجوع، بمعنى أنّ المبلغ المستثمر في المشروع يُسترد من موجوداته وعائداته، لا من المقرضين). غير أنّ الدليل التشريعي يشير إلى أنه كثيراً ما يلزم توفير ضمانات احتياطية وائتمان

إضافي، بما في ذلك دعم حكومي، ومن ثم فإن التمويل هو في الواقع مَورَد محدود. ويرد في الدليل عرض للمصادر الشائعة للاستدانة والتمويل السهمي. وقد أفاد الخبراء عن زيادة في التمويل الأولي من شركات التشييد وغيره من أشكال التمويل من القطاع الخاص، مثل صناديق المعاشات التقاعدية. وبعض الاستثمارات مصمَّم ليكون قصير الأمد؛ والبعض الآخر مصمَّم ليكون طويل الأمد.

٦٥- ويتطلب تقدير مدى الاستدامة المالية للمشروع تحليلاً لمسائل عدة، منها ما يلي:

(أ) هل حجم مشروع الشراكة بين القطاعين العام والخاص المحتمل كاف لتسوية تكاليف المعاملة؟

(ب) من الذي سيرد المبلغ المستثمر: السلطة المتعاقدة أم المستعملون النهائيون أم مزيج منهما؟

(ج) في حال تقاضي رسوم من المستعملين النهائيين، هل سيكون حجم الطلب كافياً على امتداد عُمر المشروع؟

٦٦- وقد أثارت الإجابة عن السؤال الأول من هذه الأسئلة، إلى جانب صلته بما إذا كان ينبغي تسيير المشروع كعملية اشتراء أم كشراكة بين القطاعين العام والخاص، كثيراً من المسائل في الممارسة العملية. إذ إن نماذج الشراكة بين القطاعين العام والخاص الموجودة تعرّضت لانتقادات كثيرة بسبب فرط ارتفاع تكاليف معاملاتها، مما يجعل هذا السؤال في غير موضعه. فهذه النماذج تنطوي على رسوم كونسورتيومات عالية وتكاليف عطاءات مرتفعة، يفاقهما تطاؤل إجراءات الاختيار وتعذر التنبؤ بالأرباح. كما يُفاد أحياناً بأن التمويل السهمي هو أبهظ تكلفة من التمويل الاقتراضي، ولكن قد تكون له منافع أخرى، كما في حال وجود مشاركة واسعة النطاق وطويلة الأمد في رأس المال السهمي.

٦٧- وثمة حكومات مختلفة تشجّع حلولاً مصممة لمعالجة هذه المسائل بتعزيز الاستثمار السهمي الطويل الأمد، سوف تعرض تفاصيلها في هذه الندوة. ويُرى أنها تنطوي على حلول حوكمية مصممة خصيصاً (مثل إطار تشريعي يحدد الهياكل التنظيمية وضمان للشفافية وإجراءات خاصة بالإبلاغ، بدلاً من الاعتماد على أحكام تعاقدية)؛ وإمكانية تقديم كفالات حكومية لنسب العائد المتحصل لمستثمري الصناديق التقاعدية؛ وإعادة التنافس دورياً على إدارة الأموال أثناء فترة الاستثمار.

٦٨- وفي أستراليا، ثمة حل مُقترح يتمثل في إجراءات اشتراء "مقلوبة" في حالة الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتكون من مرحلتين: فهناك عملية تنافس أولى بخصوص التمويل السهمي من أجل التعرف على مدى تقبُّل السوق وتحديد نسب دنيا للعائد، قبل مرحلة إعداد دراسة الجدوى الأولية وبدء عملية الاشتراء. ويمكن وضع إجراءات مماثلة للتمويل الاقتراضي.

٦٩- غير أنه أفيد بأنّ الصناديق التقاعدية وشبائنها قد لا تكون قادرة على الاستثمار في أيّ مشروع إلّا إذا كانت غاياته الاجتماعية-الاقتصادية مُعلّنة وقابلة للرصد.^(٢٤) كما أنّها قد لا تكون راغبة في الاستثمار إلّا إذا أُجريت إصلاحات في إجراءات الاشتراء وعُززت الشفافية في كل جوانب المشروع وحُسنت إدارة العقود وتدابير الحوكمة في مرحلة التشغيل (التي تناقش في موضع آخر من هذا الباب).

٧٠- ولعلّ الندوة تؤدّي أن تنظر في المدى الذي ينبغي أن يذهب إليه أيّ نص تشريعي مقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص في تناول هذه المسائل، بما في ذلك تناولها كموضوع منفصل أو ضمن إطار مواضيع أخرى ذات صلة.

٥' الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي تدار بواسطة مشغلين صغار

ليست هناك إشارات بهذا الشأن في صكوك مشاريع البنية التحتية

٧١- لقد أبرمت عقود المشاريع المتعلقة بخدمات إدارة المياه والنفايات في بلدان أفريقيا الفرانكوفونية، والتي أشير إليها في الفقرة ٢٦ أعلاه، مع مشغلين صغار من القطاع الخاص. وكانت هذه المشاريع تعتبر تقليدياً خارج دائرة الشراكات بين القطاعين العام والخاص. ولكنّ الوضع تغيّر مع بدء السلطات العمومية بتنظيم هذه الخدمات وضبط شؤونها بالتعاون مع أولئك المشغلين. ونظراً لأنّ كثيراً من تلك الشراكات يعمل في بيئة حضرية، فإنّ تكاليف الخدمات المعنية يمكن أن تُسدّد من خلال امتيازات (ذكر للأمانة في هذا السياق مثال المغرب).

٧٢- وهذه الشراكات تفيد في تحقيق أهداف إنمائية-خلق فرص عمل محلية ونشوء سوق خاصة محلية، وتيسير حصول الناس على خدمات أساسية (مثل جمع النفايات واستجماع المياه، والنقل، والصرف الصحي والكهرباء). وفي سياق الاشتراء العمومي، تعتبر السياسات الهادفة إلى دعم المنشآت الصغيرة والمتوسطة أمراً شائعاً (تتراوح من تبسيط الإجراءات إلى

(24) بشأن الغايات والأهداف، انظر الباب المتعلق بمسائل التنمية المستدامة؛ أما مسائل الإفصاح والشفافية فهي متناولة في الباب المتعلق بالشفافية، وكلاهما يرد في الجزء الثاني من هذه الورقة.

تقديم الدعم المالي). كما أن المشاريع التي تُدار بواسطة مشغلين صغار من القطاع الخاص يمكن أن تعمل كأدوات لبناء القدرات.

٧٣- ولعلّ الندوة تؤدّ النظر في ما قد يجدر إدراجه من تلك المشاريع ضمن نطاق الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي يمكن أن تتناولها الأونسيترال من منظور سياسي. فعلى سبيل المثال، من البديهي أن المشاريع الممولة من القطاع العام يمكن أن تكون أدوات لدعم المنشآت الصغيرة والمتوسطة أبسط من المشاريع الخاضعة لامتيازات، لأنّ التمويل مضمون نسبياً ولا ينشأ إلا في إطار عقود طويلة الأمد.

٧٤- وإذا كان يُراد تناول هذه المشاريع فهناك مسألة ثانوية، هي ما إذا كان ينبغي تخفيف صرامة اللوائح (إجراءات الاختيار، مثلاً) لتشجيع صغار المشغلين من القطاع الخاص. وقد تباينت آراء الخبراء بشأن هذه المسألة.

٧٥- وثمة مسائل أخرى ذات صلة، منها كيفية تحديد المشغلين ذوي الصلة، وضمان الاستثمار السهمي في أولئك المشغلين، وتصميم نظم دفع مناسبة، وتنمية القدرات من خلال التنظيم و/أو الإرشاد، وتقديم الدعم المؤسسي الملّئم، وكيفية السماح بإجراء تغييرات أثناء مدة المشروع يمكن أن يكون لها تأثير شديد جدّاً على صغار المشغلين.

٧٦- ولعلّ الندوة تؤدّ أن تحيط علماً بأنّ مجلس الدولة الفرنسي ووكالة التنمية الفرنسية والبنك الدولي تقود جماعة ممارسين في مجال الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي تدار بواسطة مشغلين صغار من القطاع الخاص. وسوف يُوفّر للندوة مزيد من المعلومات عن تلك الشراكات.

٦٠٠٠ الاتساق بين قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص وغيره من القوانين

التوصيات التشريعية/الأحكام التشريعية النموذجية ذات الصلة: لا شيء

الدليل التشريعي: الباب باء-١ (أ)، "سياسات التنافس والاحتكارات" في "مقدمة معلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، والفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"

٧٧- أُشير في ندوة ٢٠١٣ إلى أهمية ضمان أن يتناول الإطار التشريعي على نحو واف القوانين الأخرى ذات الصلة. ويتناول الدليل التشريعي الحالي قانون التنافس وسياساته، وطائفة من القوانين الأخرى ذات الصلة، تتراوح من قوانين وطنية تتعلق بتشجيع الاستثمار وحمايته إلى تدابير مكافحة الفساد، والاتفاقات الدولية ذات الصلة. وقد أفاد الخبراء بأنّ

الإرشادات الموجودة تحتاج إلى تحديث، وإلى بعض التنقيح، استناداً إلى الدليل التشريعي الحالي، بشأن أمور مثل تشجيع الاستثمار وحمايته (كما في ذلك التطورات الحاصلة في قانون السوابق القضائية ومخاطر العمل التجاري والتصورات المتعلقة به)؛ وقانون التنافس؛ وقانون الترخيص؛ وقانون حماية البيانات وإفشاء المعلومات (انظر أيضاً الباب المتعلق بالشفافية في الجزء الثاني من هذه الورقة). وإلى جانب ذلك، أُشير إلى ضرورة مراجعة التطورات في مسائل دستورية، مثل المدى الذي ينبغي الذهاب إليه في الارتقاء بمكانة اتفاق المشروع إلى مصاف التشريع، بحيث تصبح له الغلبة على القوانين السابقة المتضاربة معه، وفي قانون السوابق القضائية.^(٢٥)

٧٨- وشدد تقرير تلك الندوة على أنّ هذه المسائل ليست جميعها قابلة للحل من الناحية القانونية، وأنه ينبغي لأيّ نص تشريعي مقبل أن يركز على إيجاد حلول تشريعية.

٧٩- ولعلّ الندوة تؤدّ النظر في كيفية توفير إرشادات مناسبة لدعم أيّ نص تشريعي مقبل. فعلى سبيل المثال، يُشار في دليل الاشتراع المصاحب للقانون النموذجي للاشتراء العمومي إلى قوانين أخرى ذات صلة، دعماً لتنفيذ القانون النموذجي واستخدامه؛^(٢٦) كما أنّ الأونسيتال نشرت ورقة بشأن لوائح الاشتراء، تُوضح الكيفية التي يمكن بها استكمال القانون النموذجي بلوائح من هذا القبيل.^(٢٧) أمّا في سياق الشراكات بين القطاعين العام والخاص، فيمكن اتباع نهج مكافئ يتمثل في لفت الانتباه إلى القوانين التي يحتمل أن تكون متداخلة، تفادياً للنزاعات (مثل القوانين الموجودة بشأن الاشتراء و/أو الامتيازات؛ وقوانين الخصوصية، والقوانين المشار إليها في الدليل التشريعي الحالي، واللوائح الخاصة بكل قطاع).^(٢٨)

٨٠- ولعلّ الندوة تؤدّ أيضاً النظر في مسألتين ذاتيّ صلة، ناشتتين عن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد،^(٢٩) ويفيد الخبراء بأنّ كيفية تناولهما في صكوك مشاريع البنية التحتية قد تجاوزها الزمن.

(25) أشار الخبراء إلى قضايا نُظرت في المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية (<https://icsid.worldbank.org/ICSID/>)

FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home) وإلى القضايا العديدة المتعلقة بمشروع النفق الأوروبي ("the Eurotunnel").

(26) الفقرة ٦١، في الباب جيم، "تنفيذ القانون النموذجي واستخدامه...".

(27) الوثيقة A/CN.9/770، وهي متاحة على الموقع http://uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html

(28) انظر أيضاً الفقرة ٤١ المتعلقة باحتمال تداخل القوانين.

(29) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ٢٣٤٩. وهي متاحة أيضاً في الموقع www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

(أ) تدابير مكافحة الفساد وتعزيز النزاهة

التوصيات التشريعية/الأحكام التشريعية النموذجية ذات الصلة: لا شيء

الدليل التشريعي: "تعزيز نزاهة عملية الاختيار والثقة فيها"، "شفافية القوانين والإجراءات"،
البندان ٢ (ب) و(ج) في الفصل الثالث (في "الأهداف العامة لإجراءات الاختيار")؛ و"تدابير
مكافحة الفساد"، البند باء-١٤ في الفصل السابع (في "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة")

٨١- بدأ نفاذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بعد صدور الصكين المتعلقين بمشاريع
البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، ومن ثم فلم تؤخذ في الحسبان عند إعداد الصكين.
وهي تتضمن في المادة ٩ ("المشتريات العمومية وإدارة الأموال العمومية") والمادة ١٢
("القطاع الخاص") أحكاماً لها صلة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٨٢- ويشير الدليل التشريعي إلى أهمية وجود تدابير لتعزيز النزاهة وقواعد ملائمة بشأن
العقود الحكومية، كما يقدم عرضاً وجيزاً لبعض العناصر الأساسية، ويحيل القارئ إلى
النصوص الدولية السابقة على اتفاقية مكافحة الفساد بصفتها مصادر للأحكام ذات الصلة.
وقد ذكر في ندوة ٢٠١٣ أنه يلزم إيلاء مزيد من الاهتمام للشفافية والمساءلة طوال مدة
المشروع، وللإفصاح العلني عن نقل الموارد من القطاع العام إلى القطاع الخاص والعكس
بالعكس، وللوسائل اللازمة للاتصالات والاجتماعات.

٨٣- ولاحظت ندوة ٢٠١٣ أن القانون النموذجي للاشتراء العمومي قد صيغ خصيصاً من
أجل الامتثال لأحكام اتفاقية مكافحة الفساد، وأبرزت أهمية الاتساق بين القانون النموذجي
وأي نص مقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، فيما يتعلق بتدابير تعزيز النزاهة.

٨٤- وتتضمن متطلبات اتفاقية مكافحة الفساد فيما يخص إدارة الأموال العمومية
إجراءات لاعتماد ميزانيات البلدان؛ وللإبلاغ عن الإيرادات والنفقات في حينها؛
وللمحاسبة ومراجعة الحسابات والرقابة؛ ولإدارة المخاطر ونظم المراقبة الداخلية؛ وتدابير
للحفاظ على سلامة المستندات ذات الصلة. وقد استُكملَت هذه المتطلبات، المبينة في الدليل
التقني لاتفاقية مكافحة الفساد ضمن إطار المادة ٩،^(٣٠) بمتطلبات في المادة ١٠ بشأن إبلاغ
الناس والشفافية (تيسير الحصول على المعلومات عن الإدارة العمومية وإبلاغ الناس دورياً)
وفي المادة ١٢ بشأن تدابير لمنع ضلوع القطاع الخاص في الفساد، مع الإشارة بوجه خاص
إلى الشراكات بين القطاعين العام والخاص وحوكمة الشركات.

(30) متاح في الموقع www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf.

٨٥- وقد أصدرت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي مجموعة منشورات بشأن هذا الموضوع يمكن أن تساعد على صوغ معايير مناسبة. وتُبين مبادئ الحوكمة العمومية للشركات بين القطاعين العام والخاص، المشار إليها أعلاه، أن هناك حاجة إلى إطار مؤسسي واضح وقابل للتنبؤ ومشروع ومزود بموارد ملائمة، ينطوي على توعية الناس، من خلال التشاور، بالتكاليف والمنافع والمخاطر النسبية للشراكة مع القطاع الخاص والاشتراء العمومي؛ وحاجة إلى الحفاظ على أدوار المؤسسات ومسؤولياتها (لضمان حصة عملية الاشتراء ووضوح خطوط المساءلة)؛ وحاجة إلى أن تكون اللوائح التنظيمية واضحة وشفافة وقابلة للإنفاذ وغير مفرطة التشدد. كما تناقش تلك المبادئ ضرورة وجود عملية مِيَزَنَة شفافة لتقليل المخاطر المالية إلى أدنى حد ممكن، ولضمان نزاهة عملية الاشتراء في سياق الشراكات بين القطاعين العام والخاص، مع الإفصاح عن جميع تكاليفها وعمّا قد يترتب عليها من التزامات مالية طارئة، وضرورة ضمان نزاهة عملية الاشتراء، كما تشير إلى ما أعدته المنظمة من أدوات مرجعية أخرى.^(٣١)

٨٦- ومن ثم، فلعلّ الندوة ترى أن صكوك مشاريع البنية التحتية تحتاج إلى تنقيح لكي تكون ممثلة للمعايير الدولية السائدة، وذلك بالاستناد إلى النصوص المذكورة أعلاه.

(ب) تضارب المصالح

التوصيات التشريعية/الأحكام التشريعية النموذجية ذات الصلة: لا شيء

الدليل التشريعي: "الآليات المؤسسية"، البند هاء-٢ في الفصل الأول (في "السلطة المخولة بوضع ضوابط تنظيمية لخدمات البنية التحتية")، (الفقرات ٣٧ و ٣٨ و ٤٧)؛ و"اختيار المتعاقدين من الباطن"، البند ياء-١ (أ) في الفصل الرابع (في "ترتيبات تعاقدية عامة") (الفقرة ١٠١)؛ و"قانون الشركات"، البند باء-٨ في الفصل السابع (في "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة") (الفقرة ٣٢)

٨٧- ثمة مسألة تتصل بالموضوع السابق، هي تضارب المصالح. فالشراكات بين القطاعين العام والخاص كثيراً ما تكون معقدة، إذ تتسم بما يلي: كثرة الجهات ذات المصلحة، وتعدد مخططات التمويل، واختلاف التقاليد والأعراف، وطول الأمد، وعمومية طابع الخدمات التي يوفرها المشروع، وتباين النزاعات وتعددّها.

(31) انظر كذلك ورقة موزعة أثناء المناقشة المتعلقة بإعداد المبادئ، وهي متاحة في الموقع

.www.oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf

٨٨- وتنطوي تلك المشاريع على عديد من الأطراف والكيانات العمومية، هي: الحكومة أو سلطة عمومية، صاحب امتياز أو طرف متعاقد من القطاع الخاص، كيان اعتباري يُنشئه الطرف المتعاقد من القطاع الخاص وتكون له شخصية قانونية منفصلة (كيان مخصّص الغرض)، جهات راعية، جهات مُقرضة (مؤسسية وغير مؤسسية)، أسواق رأسمال، مستشارون، شركات تأمين، مشغل، مقاولون، مورّدون، مستعملون، سلطات مُشرّفة.

٨٩- ولهيكّل الشراكة بين القطاعين العام والخاص سمة ملازمة هي احتمال وجود تضارب في المصالح. إذ تضم تلك الشراكة في العادة أطرافاً تكون لكل منهم في الوقت نفسه صفات مختلفة. فالجهة الراعية عادة ما تكون هي مالكة المشروع، وكثيراً تكون أيضاً هي المقاول فيه أو المورد له. وغالباً ما يكون موضع الاهتمام الأول لدى الجهة الراعية، بصفتها مقاولاً أو مورّداً، هو تشييد البنية التحتية للمشروع أو تزويد المشروع بالسلع أو الخدمات. أمّا بصفتها الجهة الراعية، فهي تتولى السيطرة على الكيان المخصّص الغرض وعلى مقاوليه ومورّديه، مما يمكن أن يستتبع تفضيلاً لموقع المقاول أو المورد. وعادة ما يكون المديرون الإداريون أو الفنيون للكيان المخصص الغرض مستخدمين لدى الجهة الراعية ويخضعون لسلطة موظفي الجهة الراعية. وعندما تصبح الحكومة جزءاً من مجموعة المالكين، يكون موضع اهتمامها الأول هو مصالح الناس، لا مصالح الكيان المخصص الغرض، ويكون دور ممثلي الحكومة المشاركين في إدارة ذلك الكيان هو ضمان مصلحة الحكومة. وقد تكون للحكومة أيضاً أدوار أخرى كثيرة، مثل تحصيل الضرائب، والرقابة التنظيمية، والإشراف على المشروع، والتمويل، وتقديم الخدمات، وملكية الموجودات اللازمة للمشروع، والمنافسة على توريد السلع والخدمات، إلخ. كما سيكون للموّلين دور مسيطر، خصوصاً على التدفقات النقدية للمشروع، وتكون تلك السيطرة شديدة جدّاً في هياكل تمويل المشروع.

٩٠- وسوف تنشأ حالات كثيرة تتصادم فيها مصالح مختلف الجهات المشاركة. فقد تنشأ حالات تضارب مصالح من هذا القبيل بشأن استخدام التدفقات النقدية والأرباح، عندما تكون هناك نزاعات بين اثنتين أو أكثر من الجهات المشاركة فيما يتعلق بنوعية التشييد أو السلع أو الخدمات، إلخ.

٩١- ويبدو الأمر كما لو أنّ المشاكل المرتبطة بتضارب المصالح لم تجتذب كثيراً من الاهتمام، ربما لأنها غير مفهومة، أو لأنّ بعض الجهات المشاركة تنزع إلى الانتفاع من هذه الحالة. وهذه المشاكل لم تُعالج في الدليل التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية المموّلة من القطاع الخاص إلاّ لمأماً، كما لم تُعالج بتاتاً في الأحكام التشريعية النموذجية. فإلى جانب إشارة وجيزة إلى المسائل المتعلقة بالجهات الراعية للكيان المخصص الغرض،

المذكور أعلاه، يكتفي الدليل التشريعي بأن يوصي بأحكام تتعلق بتضارب المصالح موجهة إلى موظفي هيئات الرقابة التنظيمية وإلى موظفي السلطة المتعاقدة أثناء عملية الاختيار، وبأن يُفصح المفاوضون عن هوية المتعاقدين من الباطن المحتملين من أجل استبانة ما يمكن أن ينشأ من تضاربات.

٩٢- ولذلك، يُقترح إدراج مسألة تضارب المصالح في العمل المتعلق بإعداد نص تشريعي مقبل بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، مع الاستفادة، ضمن جملة أمور، من مقتضيات المادة ٨ من اتفاقية مكافحة الفساد فيما يخص مدونات قواعد السلوك، ومقتضيات المادة ٩ (١) (هـ) من تلك الاتفاقية فيما يخص تنظيم الأمور المتعلقة بالعاملين المسؤولين عن المشتريات، ومع تجسيد أحكام المادة ٢٦ من قانون الأونسيرال النموذجي للاشتراء العمومي ودليل الاشتراع المصاحب له، وربما من الأحكام المتعلقة بتضارب المصالح في إجراءات إرساء عقود الامتياز الواردة في إيعاز مقترح بشأن عقود الامتياز في الاتحاد الأوروبي. ويمكن أن تشمل تلك التدابير إصدار إعلانات بشأن المصالح، وإجراءات فرز مع ما يرتبط بها من احتياجات تدريبية، وترتيبات تعاقدية.

[تُتابع هذه الورقة في الوثيقة A/CN.9/820]