

Distr.: General
18 September 2018
Arabic
Original: English



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

الشركات بين القطاعين العام والخاص: تحديثات مقترحة لدليل
الأونسيترال التشريعي بشأن الشركات بين القطاعين
العام والخاص (الفصل الرابع المنقح)
مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

٢	رابعاً- تنفيذ الشركات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة
٢	ألف- أحكام عامة بشأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص
٦	باء- الهيكل المؤسسي للشريك الخاص
٨	جيم- موقع المشروع وموجوداته وحقوق الاتفاق الخاصة به
١٣	دال- الترتيبات المالية
٢٢	هاء- المصالح الضمانية
٢٥	واو- تنازل الشريك الخاص عن الحقوق
٢٦	زاي- نقل حصة غالبية في شركة المشروع
٢٨	حاء- أشغال التشييد
٣١	طاء- تشغيل البنية التحتية
٣٧	ياء- ترتيبات تعاقدية عامة



رابعاً - تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقود الشراكة

ألف - أحكام عامة بشأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

١ - إن "عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص" (يشار إليه أحياناً باسم "عقد الامتياز"، انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرة ...) الذي يرم بين السلطة المتعاقدة وشريك من القطاع الخاص ("شريك خاص") هو الوثيقة التعاقدية الأساسية في شراكة بين القطاعين العام والخاص أو في مشروع للبنية التحتية. ويحدد ذلك العقد نطاق المشروع والغرض منه وحقوق طرفيه والتزاماتهما ويبين تفاصيل تنفيذ المشروع ويحدد شروط تشغيل البنية التحتية أو تقديم الخدمات ذات الصلة. وفي إطار الشراكات الامتيازية بين القطاعين العام والخاص، سوف يشمل العقد أيضاً الشروط التي بمقتضاها سوف يوفر الشريك الخاص الخدمة للجمهور ويتقاضى مدفوعات من مستعمليها ومن السلطة العمومية، أما في الشراكات غير الامتيازية بين القطاعين العام والخاص، فسوف يكفل العقد إقامة البنية التحتية أو توفير الخدمة لقاء سداد السلطة العمومية لمقابل مادي متفق عليه. ويجوز أن يتألف العقد من وثيقة واحدة أو من اتفاقات منفصلة متعددة (مثل الاتفاقات المتعلقة بإدارة المرافق والمعدات والاتفاقات المباشرة مع المقرضين واتفاقات التعاقد من الباطن) مبرمة بين السلطة المتعاقدة والشريك الخاص أو أي كيانات وثيقة الصلة تشارك في المشروع. ويمكن أن توفر الأحكام التشريعية مبادئ توجيهية لتجنب التضارب بين الوثائق التعاقدية المختلفة، مثل مبادئ النظام العام وقواعد التفسير. ويتناول هذا القسم العلاقة بين عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص واللوائح المحلية أو الوطنية المتعلقة بتلك الشراكات، كما يتناول الإجراءات والشكليات المتعلقة بإبرام تلك العقود وبدء سريانها.

١ - النهج التشريعية

٢ - كثيراً ما يتضمن التشريع الوطني أحكاماً تعالج محتوى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وفي بعض البلدان يكتفي القانون بالإشارة إلى الحاجة إلى اتفاق بين الشريك الخاص والسلطة المتعاقدة، في حين تتضمن قوانين بلدان أخرى أحكاماً إلزامية واسعة النطاق تتعلق بمحتوى البنود التي يجب أن يتضمنها الاتفاق. وهناك نهج وسط تتبعه قوانين تدرج عدة مسائل يجب معالجتها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دون تنظيم لمحتوى بنوده بالتفصيل.

٣ - وقد تفي الأحكام التشريعية المتعلقة بعناصر أساسية معينة من عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بغرض إنشاء إطار عام لتحديد حقوق الأطراف والتزاماتهم من أجل تفعيل عملية توزيع المخاطر التي يستند إليها في تصميم المشروع (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرة ...). ويمكن أن يكون الغرض من الأحكام التشريعية هو ضمان اتساق معالجة بعض المسائل التعاقدية وتوفير إرشادات للسلطات العمومية المعنية بالتفاوض بشأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على مستويات مختلفة من الحكومة (على المستوى الوطني أو على مستوى المقاطعة أو المستوى المحلي). وقد تجد السلطات المتعاقدة، التي تفتقر إلى الخبرة في مجال

التفاوض بشأن عقود الشراكة، هذه الإرشادات مفيدة بصفة خاصة. وأخيراً، قد تكون هناك حاجة أحياناً إلى تشريع لإعطاء السلطة المتعاقدة صلاحية الموافقة على أنواع معينة من الأحكام.

٤- غير أن النصوص التشريعية العامة التي تتناول بالتفصيل حقوق والتزامات الأطراف قد تحرم السلطة المتعاقدة والشريك الخاص من المرونة اللازمة للتفاوض على إبرام اتفاق يراعي احتياجات مشروع معين وخصائصه. ولذا كان من المستصوب قصر نطاق الأحكام التشريعية العامة المتعلقة بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على الأحكام التي لا بد منها، مثل الأحكام المتعلقة بالمسائل التي يحتاج الطرفان بشأنها إذناً تشريعياً مسبقاً أو التي قد تؤثر في مصالح الغير أو الأحكام المتعلقة بأمور سياسية أساسية لا تقبل التغيير بناء على اتفاق.

٢- القانون الناظم لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

٥- لا توجد في كثير من الأحيان في التشريعات الوطنية المتعلقة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص أحكام قانونية بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. والعملة في ذلك أن قوانين الكثير من البلدان تتعامل مع ذلك النوع من الشراكات باعتباره فئة من فئات المشتريات العمومية يحكمها بالتالي قانون البلد الذي ينفذ فيه المشروع (انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرة ...). وتشريعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تعالج هذه المسألة، عادة ما تفضي إلى تطبيق قوانين البلد المضيف من خلال إشارة عامة إلى القانون الوطني أو بذكر نصوص قانونية أو تنظيمية خاصة تنطبق على عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ويمكن أن توجد في بعض النظم القانونية إشارة ضمنية إلى الخضوع لقانون البلد المضيف، حتى إذا لم يوجد حكم قانوني يفيد بذلك. غير أنه قد يلزم تحديد القوانين النازمة للعقود في حال الشراكات العابرة للحدود، مثل إقامة مشاريع للبنية التحتية أو خدمات تشمل أكثر من ولاية قضائية واحدة.

٦- ويشتمل القانون الناظم لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على القواعد الواردة في قوانين ولوائح البلد المضيف ذات الصلة المباشرة بذلك النوع من الشراكة، حيثما وجدت تشريعات محددة بشأن هذه المسألة. وفي بعض البلدان يمكن أن يكون عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص خاضعاً للقانون الإداري، في حين يمكن في بلدان أخرى أن يكون القانون الخاص هو الذي يحكم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة" الفقرات ٢٤-٢٧). ويشتمل القانون الناظم أيضاً على قواعد قانونية من مجالات قانونية أخرى تنطبق على المسائل المختلفة التي تنشأ في أثناء تنفيذ مشاريع البنية التحتية (انظر بوجه عام الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، القسم باء). ويمكن أن تكون لبعض تلك القواعد طبيعة إدارية أو طبيعة قانون عام أخرى، ويمكن أن يكون تطبيقها في البلد المضيف إلزامياً، مثل القواعد التي تتناول تدابير حماية البيئة والمعايير الخاصة بالأحوال الصحية ومعايير العمالة. وينص بعض القوانين الوطنية صراحة على المسائل الخاضعة لقواعد إلزامية التطبيق. غير أن بعض المسائل المختلفة الناشئة عن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو عن تشغيل المرفق ربما لا تخضع لقواعد إلزامية لها طبيعة القانون العام. وهذا هو الحال عادة في معظم المسائل التعاقدية التي تنشأ في

إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (مثل صوغ العقد وصحته والإخلال به، بما في ذلك المسؤولية والتعويض عن الإخلال بالعقد وعن إنتهائه إنهاء تعسفياً).

٧- والبلدان المضيفة، التي لا توجد بها تشريعات بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص وتود اعتماد مثل تلك التشريعات، قد تحتاج إلى تناول مختلف المسائل التي تثيرها تلك المشاريع في أكثر من صك قانوني واحد. وقد ترغب بلدان أخرى في استحداث تشريعات لا تتناول إلا مسائل معينة لم تتطرق إليها بالفعل القوانين واللوائح التنظيمية السارية بطريقة مرضية. مثال ذلك أن تشريعا محددًا بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص يمكن أن يحدد السمات الخاصة لإجراءات اختيار الشريك الخاص ويحيل حسب الاقتضاء إلى تشريعات سارية بشأن إسناد العقود الحكومية لمعرفة التفاصيل المتعلقة بإدارة تلك العملية. وعلى نفس المنوال، قد تحتاج البلدان المضيفة، عند اعتمادها تشريعات بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، إلى إلغاء تطبيق قوانين ولوائح معينة ترتبي السلطة التشريعية أنها تشكل عقبة في سبيل تنفيذ التشريعات المعتمدها.

٨- وقد يكون من المفيد لأغراض الوضوح تزويد المستثمرين المحتملين بمعلومات عن النصوص القانونية والتنظيمية التي تنطبق على نحو مباشر على تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص، وعند الاقتضاء، معلومات عن النصوص التي ألغت السلطة التشريعية تطبيقها. غير أنه نظرا لعدم إمكان تضمين القانون قائمة شاملة بجميع القوانين واللوائح التنظيمية ذات الصلة المباشرة أو الفرعية بالشراكات بين القطاعين العام والخاص فقد يكون من الأفضل إدراج قائمة كهذه في وثيقة غير تشريعية - كتيب ترويجي مثلا تعدّه وحدة الشراكات بين القطاعين العام والخاص، إن وجدت مثل هذه الوحدة (انظر الفصل الأول، "الإطار القانوني والمؤسسي العام"، الفقرة ٦٠...) أو هيئة مكلفة بتعزيز الاستثمار. كما يمكن تزويد مقدمي العروض باللوائح ذات الصلة وقت توجيه طلبات تقديم العروض (انظر الفصل الثالث، "اختيار الشريك الخاص"، الفقرة ٦٠).

٣- إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

٩- ليس من النادر في حال المشاريع المعقدة، مثل مشاريع البنية التحتية، أن تنقضي عدة أشهر بين إسناد العقد والانتها من تجهيز جميع الوثائق التعاقدية وتوقيعها (انظر الفصل الثالث، "اختيار الشريك الخاص"، الفقرتين ٨٣ و ٨٤). ومما له أهمية بالغة في تيسير إبرام العقد والحد من التأخير بلا ضرورة جودة دراسات الجدوى وغيرها من الدراسات التي تُجرى خلال مرحلة التخطيط وكذلك وجود نماذج ومبادئ توجيهية مفصلة ومناسبة بشأن العقود (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ١٠٠...). وليس من المعقول مع هذا توقع أن يبدي المقترضون وغيرهم من مقدمي رؤوس الأموال التزامات قاطعة ونهائية قبل الإسناد النهائي لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وسوف يظل الطرفان بحاجة إلى مراعاة أحكام وشروط التمويل وهما يضعان عقد الشراكة في صيغته النهائية. كما قد تدعو الحاجة إلى وقت إضافي لإتمام تشكيلات معينة كثيرا ما ينص عليها القانون، مثل موافقة سلطة عليا على عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وفي بعض البلدان، يكون بدء نفاذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أو فئات معينة من تلك العقود، مرهونا بصدور مرسوم برلماني، بل حتى باعتماد تشريع خاص. وكثيرا ما يحدث هذا في

الشراكات الامتيازية بين القطاعين العام والخاص المتعلقة بتوفير خدمات عمومية. وبالنظر إلى التكاليف التي تترتب على التأخير في تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من المستصوب إيجاد السبل الكفيلة بتسريع المفاوضات النهائية بغية تجنب تأخير لا لزوم له في إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

١٠- ويمكن للطرفين الحد من خطر التأخير هذا بأن يضعوا خلال مرحلة التخطيط جدولاً زمنياً يحدد الخطوات والمعايير الهامة، مثل الإجراءات الملزمة بالحصول على موافقة السلطة العمومية (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرة ١٠٠). وقد تبنت خلال المرحلة النهائية نفسها عدة عوامل تتسبب في تأخر المفاوضات، من بينها افتقار الأطراف إلى الخبرة، وضعف التنسيق بين مختلف السلطات العمومية، والشكوك حول مدى الدعم الحكومي، والصعوبات التي تكتنف وضع ترتيبات ضمانية يقبلها المقرضون. ويمكن أن تسهم الحكومة بقسط هام بتوفيرها إرشادات ملائمة يسترشد بها المتفاوضون نيابة عن السلطة المتعاقدة في البلد. ودور الوحدات المعنية بالشراكات بين القطاعين العام والخاص أو وكالات التنسيق المماثلة في هذا الصدد بالغ الأهمية في المحافظة على المسار الصحيح للمفاوضات وتيسير المضي قدماً بخطوات سريعة (انظر الفصل الأول، "الإطار القانوني والمؤسسي العام"، الفقرة ١٠٠). وكلما ازداد وضوحاً فهم الأطراف لما ينبغي إدراجه من أحكام في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ازدادت فرص نجاح المفاوضات بشأنه. أما إذا ظلت بعض المسائل الهامة مفتوحة بعد إسناد العقد وقلّت الإرشادات الموجهة إلى المتفاوضين حول مضمونه، فقد يغدو من المحتمل بشدة أن تطول فترة التفاوض وترتفع تكلفتها وأن تثار شكاوى مبررة حول القصور في الشفافية والمنافسة في عملية الاختيار.

١١- وتوفر منظمات دولية مختلفة، مثل البنك الدولي^(١) والاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين^(٢)، إرشادات بشأن التفاوض على عقود الشراكات بين القطاعين العام والخاص أو تضع بنوداً معيارية لهذه العقود أو تضع عقوداً نموذجية لمثل تلك الشراكات، بما يوفر مادة يمكن استخدامها كمنطلق في صوغ تلك العقود أو بعض عناصرها. وهذه النماذج مقبولة على نطاق واسع وتستخدم في شتى أرجاء العالم وتحرص المؤسسات التي تضعها على تحديثها بانتظام، كما توفر إرشادات حول معناها وكيفية تفسيرها، بما يضمن الوحدة ويحد من المخاطر.

١٢- وينبغي أيضاً إعادة النظر في إجراءات إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ودخوله حيز النفاذ، بهدف التعجيل بالأمر وتجنب العواقب السيئة للتأخيرات في الجدول الزمني للمشروع. ففي بعض البلدان، تُفوض التشريعات ذات الصلة إلى مسؤولين معينين صلاحية إلزام السلطة المتعاقدة أو الحكومة، حسبما يكون الحال، بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بحيث يبدأ نفاذه فور التوقيع عليه أو عقب إتمام شكليات معينة كالنشر في الجريدة الرسمية مثلاً. ويجدر بالبلدان، التي لا يتسنى فيها الأخذ بإجراء كهذا أو التي يلزم فيها الحصول على موافقات

(١) انظر طبعة عام ٢٠١٧ من منشور البنك الدولي للإنشاء والتعمير/البنك الدولي المعنون بالإنكليزية "Guidance on PPP contractual provisions".

(٢) انظر الصفحة المخصصة للأشكال النموذجية لعقود مشاريع التشييد الدولية بالموقع الشبكي للاتحاد: <http://fidic.org/bookshop/about-bookshop/which-fidic-contract-should-i-use>

نهائية من كيان آخر بعد ذلك، أن تنظر في تبسيط إجراءات الموافقة. وحيثما رُئي أن تلك الإجراءات تعسفية أو شاقة، قد يُطلب من الحكومة أن تقدم إلى الشريك الخاص وإلى المقرضين ضمانات كافية ضد هذه المخاطرة (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ٤٥-٥٠). ففي بعض البلدان، التي تحدد اشتراطات للموافقة، يؤذن للسلطات المتعاقدة أحيانا بتعويض مقدم العرض المختار عما يتكبده من تكاليف أثناء عملية الاختيار والتحصير للمشروع في حالة ما إذا أُرجئت الموافقة النهائية لأسباب لا يمكن نسبتها إليه.

باء- الهيكل المؤسسي للشريك الخاص

١٣- كثيرا ما تحدد التشريعات الوطنية اشتراطات معينة بشأن الهيكل المؤسسي للشريك الخاص تعالجها بنود مفصلة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ومن بين المسائل التي تتناولها في العادة اشتراط أن يأخذ الشريك الخاص صورة كيان اعتباري والأمور المتعلقة بحجم رأسماله ونطاق أنشطته ونظمه الأساسية والإدارية. وغالبا ما ينشئ مقدم العرض المختار شركة خاصة بالمشروع ("شركة المشروع") ذات كيان اعتباري مستقل ولها شخصيتها القانونية الذاتية ويشار إليها في كثير من الأحيان بتعبير "شركة خاصة الغرض" أو "كيان خاص الغرض"، وتصبح تلك الشركة عندئذ هي الشريك الخاص بموجب عقد الشراكة. وإنشاء شركة خاصة بالمشروع ككيان اعتباري مستقل هو الوسيلة المستخدمة عادة لجمع الأموال اللازمة وفقا للأسلوب المتبع في تمويل المشروع (انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرة ٥٤). ويسر إنشاء مثل هذه الشركة المنفصلة التنسيق في تنفيذ المشروع ويوفر آلية لحماية مصالح المشروع ومصالح الشركة الأم للشريك الخاص، التي قد لا تتطابق بالضرورة مع مصالح كل شخص من مروجي المشروع. وقد تغدو أهمية هذا الجانب بالغة عندما يضطلع أعضاء من كونسورتيوم المشروع بتوفير أجزاء هامة من الخدمات أو الإمدادات التي يحتاجها المشروع.

١٤- ويلزم في العادة إنشاء شركة المشروع في غضون فترة قصيرة بقدر معقول بعد إسناد العقد. وحيث إنه يتفق عادة في مرحلة مبكرة على جزء كبير من تبعات والتزامات الشريك الخاص، بما في ذلك التبعات والالتزامات الطويلة الأجل (عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص واتفاقات القروض والضمان وعقود التشييد)، فإن المشروع قد يستفيد من تمثيله بصورة مستقلة وقت التفاوض على هذه الصكوك. وقد وجدت بعض البلدان، التي تخضع الاستثمارات الأجنبية لقواعد محددة وتشترط موافقة السلطات المختصة على كل مشروع على حدة، أن من المفيد دمج شروط تسجيل الاستثمارات والإذن بتنفيذ مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إجراء واحد من أجل توفير الوقت والنفقات.

١٥- وكثيرا ما يشترط أن تكون الكيانات التي توفر خدمات عمومية كيانات اعتبارية منشأة بموجب قوانين البلد المضيف. ويعكس هذا الإلزام اهتمام المشرع بأن يضمن، في جملة أمور، أن يمثل موفرو الخدمات العمومية لأحكام المحاسبة والعلانية الوطنية (مثل نشر البيانات المالية، ومقتضيات الإعلان عن تصرفات معينة للشركات). غير أن ذلك يؤكد على ضرورة أن توجد لدى البلد المضيف قوانين شركات وافية (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات

الصلة"، الفقرات ٣٠-٣٣). ومن شأن الحرص على يسر إجراءات إنشاء شركة المشروع، مع إيلاء الاعتبار الواجب للمقتضيات المعقولة التي يرى أنها للمصلحة العامة، تلافي أي تأخير لا داعي له في تنفيذ المشروع.

١٦- وثمة مسألة هامة أخرى تتعلق بالاستثمار السهمي في رأس المال اللازم لإنشاء شركة المشروع، وهي أن السلطة المتعاقدة لها مصلحة مشروعة في التماس مستوى من رأس المال المملوك يكفل أساساً مالياً سليماً لشركة المشروع ويضمن قدرتها على الوفاء بالتزاماتها. غير أنه بالنظر إلى أن مجموع الاستثمارات اللازمة والنسبة المثلّية بين رأس المال المقترض ورأس المال السهمي أمران يختلفان بين مشروع وآخر، فقد لا يستصوب أن يشترط التشريع مبلغاً معيناً كحد أدنى لرأس المال لجميع الشركات التي تنفذ مشاريع بنية تحتية في البلد. وقد يلجأ عوضاً عن ذلك إلى منح السلطة المتعاقدة قدراً أكبر من المرونة للتوصل إلى مبلغ مستصوب للاستثمار السهمي يتناسب مع الاحتياجات المالية للمشروع. فمثلاً، يمكن أن تبين طلبات تقديم العروض الحجم المتوقع للاستثمار السهمي في صورة نسبة مستصوبة بين الديون ورأس المال المملوك ويمكن إدراج تلك النسبة في عداد معايير التقييم للعروض المالية والتجارية بغية حفز المنافسة بين مقدمي العروض (انظر الفصل الثالث، "إسناد العقد"، الفقرتين ٧٥ و ٧٧).

١٧- وأياً كان الأمر، فمن المستصوب أن يعاد النظر في الأحكام التشريعية أو الشروط التنظيمية المتعلقة بتنظيم الشريك الخاص، وذلك للتحقق من أنها تتسق مع الالتزامات الدولية التي يأخذها البلد المضيف على عاتقه. فالأحكام التي تقيد أو تشترط أنواعاً محددة من الكيانات القانونية أو مشاريع مشتركة يقدم من خلالها مورد خدمات معينة، أو التي تفرض قيوداً على مشاركة رأس المال الأجنبي فتحدد نسبة مئوية قصوى الأسهم التي يحملها أجنبياً أو تحدد القيمة الإجمالية للاستثمار الأجنبي الفردي أو الكلي المجموع، قد لا تكون متسقة مع الالتزامات المحددة التي ترتبط بها الدول الموقعة على اتفاقات دولية معينة بشأن التكامل الاقتصادي أو بشأن تحرير التجارة في الخدمات.

١٨- ويمكن للاعتبارات المذكورة أعلاه بشأن الهيكل المؤسسي للشريك الخاص أن تنطبق أيضاً على إسناد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى كيان اعتباري قائم أو إلى كيان فرعي تابع له يدير مشاريع أخرى للشراكة بين القطاعين العام والخاص في البلد أو على إسناد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى منشأة مملوكة للدولة، وهو ما يحدث كثيراً لدى بعض البلدان. ومن المهم، عندما تضطلع منشآت مملوكة للدولة بمشاريع للشراكة بين القطاعين العام والخاص، أن تُراعى بدقة - حبذا منذ مرحلة التخطيط - اتخاذ تدابير لتخفيف التضارب المحتمل في المصالح بين الدولة، باعتبارها المساهم المسيطر في شركة المشروع، ومصالح شركة المشروع، باعتبارها الشريك الخاص في مشروع الشراكة ذلك. ومن المهم أيضاً مراعاة شواغل المقرضين بشأن المخاطر السياسية الناجمة عن علاقة الوكالة القائمة بين الدولة وشركة المشروع. وينبغي أن تؤخذ كذلك في الاعتبار كيفية المعاملة المحاسبية لديون الشركة التي تملكها الدولة وتأثيرها المحتمل على الميزانية العمومية للدولة في حال تقييدها في بند الإعانات المحتملة أو الخصومات غير المباشرة (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ...؛ وانظر أيضاً الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات ...).

١٩- وتتضمن القوانين الوطنية في بعض الأحيان أحكاماً بشأن نطاق أنشطة شركة المشروع تقضي مثلاً بأن تكون قاصرة على إنشاء وتشغيل مشروع معين. وقد تحقق هذه القيود الهدف المتمثل في كفالة شفافية حسابات المشروع والمحافظة على سلامة موجوداته، بفصل موجودات وإيرادات وخصوم هذا المشروع عن موجودات وإيرادات وخصوم المشاريع أو الأنشطة الأخرى التي لا تتعلق بهذا المشروع. كما أن هذا الشرط قد ييسر تقييم أداء كل مشروع نظراً لأن أوجه العجز أو الأرباح لا يمكن أن تغطي أو تعوض بديون أو إيرادات من مشاريع أو أنشطة أخرى. غير أن تمكين الشريك الخاص من توسيع نطاق أنشطته لتشمل مشاريع مصاحبة أو أنشطة تبعية (مثل إنشاء سوق تجارية أو مشروع عقاري بالقرب من محطة مترو بالاقتران بتشييد خط مترو أنفاق) يمكن أن يوفر حافزاً قوياً للشريك الخاص وأعضاء الكونسورتيوم الذين يملكون الخبرات الفنية اللازمة لهذه المشاريع المصاحبة (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ...).

٢٠- وقد تود السلطة المتعاقدة أيضاً التأكد من أن النظم الأساسية والإدارية لشركة المشروع تعكس على نحو وافي ما تعهدت به الشركة من التزامات في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ولذلك تنص عقود هذه الشراكات أحياناً على أن سريان أي تغييرات في النظم الأساسية والإدارية لشركة المشروع يبدأ عند موافقة السلطة المتعاقدة عليها. وعندما تشارك السلطة المتعاقدة أو أي سلطة عمومية أخرى في شركة المشروع، تنص العقود أحياناً على أن قرارات معينة تقتضي تصويت السلطة المتعاقدة لصالحها في اجتماع المساهمين أو اجتماع مجلس الإدارة. ومن المهم على أي حال الموازنة بين المصالح العامة التي تمثلها السلطة المتعاقدة والحاجة إلى منح شركة المشروع ما يكفيها من مرونة لتسيير أعمالها. ومن المستصوب، حيثما يرى وجوب اشتراط موافقة السلطة المتعاقدة على ما يقترح من تعديلات على النظم الأساسية والإدارية لشركة المشروع، أن يكون هذا الاشتراط قاصراً على الحالات المتعلقة بالأحكام التي تعتبر ذات أهمية أساسية (مثل حجم رأس المال، وفئات الأسهم ومزاياها، وإجراءات التصفية) والتي ينبغي تحديدها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

جيم- موقع المشروع وموجوداته وحقوق الاتفاق الخاصة به

٢١- إن الأحكام المتعلقة بموقع المشروع جزء أساسي من معظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وهي تتناول عادة مسائل من بينها حق ملكية الأرض وموجودات المشروع، واحتياز الأرض، وحقوق الارتفاق اللازمة للشريك الخاص من أجل تنفيذ الأشغال أو تشغيل البنية التحتية. وحيثما توخى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص نقل ممتلكات عمومية إلى الشريك الخاص أو إنشاء حق في استعمالها، قد يلزم استصدار إذن تشريعي مسبق. وقد تدعو الحاجة أيضاً إلى استصدار تشريع لتيسير احتياز الممتلكات المطلوبة أو الحصول على حقوق الارتفاق اللازمة عندما لا يكون موقع المشروع كائناً على ملك عمومي.

١- ملكية موجودات المشروع

٢٢- كما سبق بيانه، يمكن أن تأخذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص طائفة متنوعة من الأشكال تتراوح بين بنية تحتية يملكها ويشغلها القطاع العام ومشاريع مملوكة بالكامل للقطاع

الخاص (انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرات ٤٧-٥٣). ومن المهم، بصرف النظر عن السياسة العامة أو القطاعية للبلد المضيف، أن يكون النظام القانوني للملكية الموجودات المعنية واضح المعالم ويستند إلى إذن تشريعي كاف. غير أنه قد لا تكون هناك حاجة ماسة إلى أحكام تشريعية مفصلة بشأن هذا الأمر، حيث تكفي بعض البلدان المختلفة بتوفير إطار تشريعي يحدد المسائل التي يلزم معالجتها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

٢٣- وفي بعض النظم القانونية، تعد البنى التحتية المادية المطلوبة لتوفير خدمات عمومية في إطار شراكة امتيازية بين القطاعين العام والخاص (انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرات ...) بوجه عام ممتلكات عمومية حتى عندما تكون قد اقتنيت أو أنشئت أصلاً بأموال خاصة. ويشمل ذلك عادةً أي ممتلكات تقتني خصيصاً لتشديد المرفق إضافةً إلى أي ممتلكات تكون السلطة المتعاقدة قد أتاحتها للشريك الخاص. غير أن الشريك الخاص قد يدخل أثناء حياة المشروع تحسينات أو إضافات واسعة النطاق على المرفق. وقد لا يكون من السهل دائماً التحقق في إطار القانون الواجب التطبيق مما إذا كانت تلك التحسينات أو الإضافات باتت جزءاً لا يتجزأ من الموجودات العمومية الموضوعة في حوزة الشريك الخاص أو إذا كان بعضها قابلاً للفصل عن الممتلكات العمومية التي يجوزها الشريك الخاص ويمكن أن يصبح ملكاً خاصاً له. لذلك فمن المستصوب أن يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حسب الاقتضاء، الموجودات التي ستصبح عمومية والموجودات التي ستؤول ملكيتها للشريك الخاص.

٢٤- وليست الحاجة إلى الوضوح فيما يتعلق بملكية موجودات المشروع غير مقصورة على النظم القانونية التي تعد فيها البنى التحتية المادية المطلوبة لتوفير خدمات عمومية ملكاً عمومياً. فمن المستصوب بوجه عام، حينما تقدم السلطة المتعاقدة الأرض أو المرفق المطلوب لتنفيذ المشروع، أن يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حسب الاقتضاء، الموجودات التي ستظل عمومية والموجودات ستؤول ملكيتها للشريك الخاص. وقد يعطى الشريك الخاص حق ملكية تلك الأرض أو المرافق أو لا يمنح إلا الحق في إيجار أو استعمال الأرض أو المرافق أو البناء عليها، ولا سيما إذا كانت الأرض ستظل ملكاً عمومياً. وفي أي من الحالتين، ينبغي أن تُحدد بوضوح طبيعة حقوق الشريك الخاص نظراً لأن ذلك سيؤثر تأثيراً مباشراً في قدرته على إنشاء مصالح ضمانية في موجودات المشروع بغرض جمع الأموال اللازمة لتمويل المشروع (انظر الفقرتين ٥٤ و ٥٥).

٢٥- وبالإضافة إلى تحديد ملكية الموجودات أثناء فترة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من المهم النظر في نظام الملكية بعد انتهاء عقد الشراكة أو إنهائه. ففي حالة الشراكة الامتيازية بين القطاعين العام والخاص، تسعى السلطة المتعاقدة إلى مواصلة الخدمة، ومن ثم تكون لها مصلحة في الموجودات المادية المتصلة بالمشروع، مما يتطلب تسليم موجودات المشروع لدى انتهاء العقد. أما في الشراكات غير الامتيازية بين القطاعين العام والخاص، بدورها، فيعتبر عقد الشراكة في المقام الأول وسيلة لاقتراء خدمات لمدة محددة، وليس بناء مرافق مادية. وبناءً على ذلك، يمكن للقانون، في حالة الشراكات غير الامتيازية، أن يقصر التزامات الشريك الخاص على تسليم الموجودات والممتلكات العمومية التي تسلمها من السلطة المتعاقدة أو من الهيئات العمومية الأخرى أو موجودات معينة أخرى تعتبر ضرورية لكفالة توفير الخدمة. وفي حال تسمية شريك

خاص جديد، تنقل ملكية تلك الأملاك مباشرة من الشريك الخاص إلى ذلك الشريك الخاص الآخر الذي سيخلفه في تقديم الخدمة (انظر الفصل الخامس، "مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديدته وإنهاؤه"، الفقرات ...).

٢٦- وكثيراً ما تجسد فروق النهج التشريعية اختلاف دور القطاعين العام والخاص في إطار النظم القانونية والاقتصادية المختلفة، ولكنها قد تأتي أيضاً نتيجة لاعتبارات عملية من جانب السلطة المتعاقدة. ومن الأسباب العملية لسماح السلطة المتعاقدة للشريك الخاص بأن يحتفظ بموجودات معينة عند انتهاء مدة المشروع، الرغبة في خفض التكلفة التي تقدم بها الخدمات. فإذا كان من المرجح أن تكون لموجودات المشروع قيمة متبقية للشريك الخاص وإذا كان من الممكن أن تؤخذ هذه القيمة في الاعتبار أثناء عملية الاختيار، فيمكن للسلطة المتعاقدة أن تتوقع أن تكون التعريفات المتقاضاة عن الخدمة أقل. والحق أنه إذ كان الشريك الخاص لا يتوقع الاضطرار إلى تغطية كامل تكلفة الموجودات أثناء عمر المشروع، بل يمكنه أن يسترد جزءاً منها بيعها أو باستخدامها في أغراض أخرى بعد انتهاء عقد الشراكة، فمن المحتمل أن يقدم الخدمة بتكلفة أقل مما لو كان يتعين عليه استهلاك جميع التكاليف أثناء عمر المشروع. وفضلاً عن ذلك، قد تقتضي موجودات معينة تجديداً واسع النطاق أو رفع كفاءتها التكنولوجية في نهاية مدة المشروع، بحيث لا تكون مطالبة السلطة المتعاقدة بتلك الموجودات أمراً مجدياً من حيث التكلفة. وقد تكون هناك أيضاً التزامات متبقية أو تكاليف تبعية بسبب المسؤولية عن أضرار بيئية أو بسبب تكاليف الهدم.

٢٧- ولهذه الأسباب فإن قوانين بعض البلدان لا تنص على نقل غير مشروط للملكية جميع الموجودات إلى السلطة المتعاقدة في جميع أنواع الشراكات بين القطاعين العام والخاص، بل تسمح بالتمييز بين ثلاث فئات رئيسية من الموجودات:

(أ) موجودات يجب أن تنقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة. وتشمل هذه الفئة عادة الأملاك العمومية التي استخدمها الشريك الخاص في تقديم الخدمة المعنية. وقد تشمل هذه الموجودات المرافق التي تتيحها السلطة المتعاقدة للشريك الخاص والمرافق الجديدة التي يبنها الشريك الخاص تنفيذاً لعقد الشراكة، مع ملاحظة أن المصلحة العامة قد لا تتطلب دائماً الاحتفاظ بتلك الموجودات في حال الشراكة غير الامتيازية بين القطاعين العام والخاص. ويقضي بعض القوانين أيضاً بنقل ملكية الموجودات والأشياء والممتلكات التي يحصل عليها الشريك الخاص لاحقاً لأغراض تشغيل المرفق، لا سيما عندما تصبح جزءاً من مرفق البنية التحتية المقرر تسليمه إلى السلطة المتعاقدة، أو تغدو متصلة به بصفة دائمة؛

(ب) موجودات يجوز للسلطة المتعاقدة أن تشتريها باختيارها. وتشمل هذه الفئة عادة الموجودات المملوكة أصلاً للشريك الخاص، أو التي يحصل عليها بعد ذلك، والتي قد تزيد من سهولة أو كفاءة تشغيل المرفق أو جودة الخدمة، دون أن تكون موجودات لا غنى عنها أو ذات ضرورة حتمية لتقديم الخدمة؛

(ج) موجودات يظل الشريك الخاص محتفظاً بملكيتها، وهذه الموجودات هي ممتلكاته التي لا تندرج في إطار الفقرة (ب) أعلاه. وليس للسلطة المتعاقدة عادة الحق فيها ويجوز للشريك الخاص أن ينقل ملكيتها أو يتصرف فيها كيفما شاء.

٢٨- ومن المفيد على ضوء ما تقدم أن يقضي القانون بأن يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حسب الاقتضاء، الموجودات التي ستصبح ممتلكات عمومية والموجودات التي ستؤول ملكيتها للشريك الخاص. وينبغي لذلك العقد أن يحدد الموجودات التي يلزم أن ينقل الشريك الخاص ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة أو إلى شريك خاص جديد عند انتهاء عقد الشراكة أو إنهائه؛ وتحديد الموجودات التي يمكن للسلطة المتعاقدة، باختيارها، أن تشتريها من الشريك الخاص؛ والموجودات التي تكون للشريك الخاص حرية نقل ملكيتها أو التصرف فيها عند انتهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه. وينبغي لهذه الأحكام أن تستكمل بمعايير تعاقدية يمكن بموجبها، حسب الاقتضاء، تحديد التعويض الذي يستحقه الشريك الخاص عن الموجودات التي تنقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة أو إلى شريك خاص جديد أو التي تشتريها السلطة المتعاقدة عند انتهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه (انظر الفصل الخامس، "مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديده وإنهاؤه"، الفقرات ٣٧-٤٠).

٢- احتياز الأرض اللازمة لتنفيذ المشروع

٢٩- عندما يتقرر بناء مرفق جديد للبنية التحتية على أرض عمومية (أي على أرض تملكها السلطة المتعاقدة أو سلطة عمومية أخرى)، أو تحديث أو إصلاح مرفق بنية تحتية قائم بالفعل، سيعود إلى صاحب تلك الأرض أو ذلك المرفق عادة أمر إتاحتها للشريك الخاص. ويصبح الوضع أكثر تعقدا عندما لا تكون السلطة المتعاقدة مالكة للأرض فعلا ويلزم شراؤها من مالكيها. وفي معظم الحالات لا يكون الشريك الخاص هو الأقدر على تولي مسؤولية شراء الأرض اللازمة للمشروع، بالنظر إلى أن التفاوض مع عدد قد يكون كبيرا من الملاك المنفردين يمكن أن يتسبب في تأخير المشروع ويزيد من التكلفة، ولا على الاضطلاع بعمليات معقدة للبحث عن سندات أو حجج الملكية ومراجعة تسلسل عمليات نقل الملكية السابقة للتأكد من سلامة حجج ملكية الملاك، وهو أمر قد يكون ضروريا في بعض الولايات القضائية. ولذلك عادة ما تتولى السلطة المتعاقدة مسؤولية توفير الأرض اللازمة لتنفيذ المشروع، بغية تجنب التأخير أو زيادة تكلفة المشروع نتيجة لاقتناء الأرض. ومن المفترض أن تكون الدراسات التي أجريت عن الأثر البيئي والاجتماعي أثناء مرحلة إعداد المشروع قد قدرت تكلفة احتياز الأرض اللازمة وكذلك الإجراءات المطلوب اتباعها والوقت اللازم وجميع العقبات أو مصادر التأخير المحتملة (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرة ...). وقد تشتري السلطة المتعاقدة الأرض اللازمة من ملاكها أو قد تحصل عليها بالقوة الجبرية إذا اقتضى الأمر ذلك.

٣٠- والإجراءات التي تحتاز بها الحكومات الممتلكات الخاصة بالقوة الجبرية مقابل دفع تعويض مناسب إلى ملاكها، والتي يشار إليها في النظم القانونية المحلية بمصطلحات تقنية مختلفة من بينها "نزع الملكية"، يشار إليها في هذا الدليل بمصطلح "الاحتياز الجبري". وفي البلدان التي يتوخى فيها القانون أكثر من نوع واحد من إجراءات الاحتياز الجبري، قد يكون من المستصوب الإذن للسلطات العمومية المختصة بتنفيذ جميع عمليات الاحتياز اللازمة للشراكات بين القطاعين العام والخاص وفقا لأكثر تلك الإجراءات كفاءة، مثل الإجراءات الخاصة التي تطبق في بعض البلدان لدواعي الضرورة العمومية القهرية (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرتين ٢٢ و ٢٣).

٣١- والحكومة هي التي تملك في العادة صلاحية الاحتياز الجبري للممتلكات، لكن قوانين عدد من البلدان تأذن أيضاً، في حالة الشراكات الامتيازية بين القطاعين العام والخاص، لمتعهد تشغيل مرافق البنى التحتية أو لمقدمي الخدمات العمومية (مثل شركات السكك الحديدية وهيئات الكهرباء) باتخاذ إجراءات معينة للاحتياز الجبري للأموال الخاصة اللازمة لتوفير الخدمات للجمهور أو توسيع نطاقها. وقد تبين أنه من المفيد بخاصة في البلدان، التي يحدد فيها التعويض المدفوع للمالكي العقار المحتاز بالقوة الجبرية في دعوى قضائية، أن تفوض إلى الشريك الخاص سلطة تنفيذ بعض الإجراءات المعينة المتصلة بالاحتياز الجبري في حين تظل الحكومة مسؤولة عن تنفيذ الإجراءات التي تعتبرها التشريعات ذات الصلة إجراءات أساسية لبدء إجراءات الاحتياز. وكثيراً ما تصبح الأرض بعد احتيازها ملكاً عمومياً، وإن كان القانون قد يأذن في بعض الحالات للسلطة المتعاقدة والشريك الخاص بالاتفاق على ترتيب مختلف، مع مراعاة حصة كل منهما في تكاليف احتياز العقار.

٣- حقوق الارتفاق

٣٢- قد يقتضي الأمر اتخاذ ترتيبات خاصة في الحالات التي يحتاج فيها الشريك الخاص إلى المرور فوق أو عبر عقار يملكه الغير للوصول إلى موقع المشروع أو لتنفيذ أو مواصلة أي أعمال يقتضيها توفير الخدمة المطلوبة (مثلاً لوضع علامات مرور في الأراضي المتاخمة؛ أو لإقامة أعمدة أو لمد أسلاك لنقل الكهرباء فوق ممتلكات الغير؛ أو لتركيب وصيانة معدات تبديل وتحويل؛ أو لتشذيب الأشجار التي تتداخل مع خطوط الهاتف الموضوعة على العقار الملاصق؛ أو لمد أنابيب النفط أو الغاز أو المياه).

٣٣- وكثيراً ما يشار إلى الحق في استخدام عقار شخص آخر لغرض محدد أو لتنفيذ أشغال عليه بعبارة "ارتفاق". ويتطلب الارتفاق عادة موافقة مالك العقار محل الارتفاق ما لم ينص القانون على تلك الحقوق. وترك مسألة الحصول على حقوق الارتفاق مباشرة من مالكي العقارات ذات الصلة إلى الشريك الخاص لا يمثل عادة حلاً سريعاً أو فعالاً من حيث التكلفة. وبدلاً من ذلك تعتمد السلطة المتعاقدة في أكثر الحالات إلى احتياز حقوق الارتفاق تلك بالقوة الجبرية بالتزامن مع احتياز موقع المشروع.

٣٤- وثمة بديل مختلف إلى حد ما، وهو أن يخول القانون ذاته مقدمي الخدمات العمومية حق دخول عقار يملكه الغير أو المرور عبره أو تنفيذ أشغال أو تثبيت تركيبات فيه حسبما يقتضيه تشييد البنية التحتية العمومية أو تشغيلها أو صيانتها. وهذا النهج، الذي قد يغني عن الحاجة إلى احتياز حقوق ارتفاق فيفرادى العقارات، يمكن استخدامه في تشريعات خاصة بقطاعات معينة حيثما رُئي أنَّ من الممكن أن تحدد مسبقاً بعض حقوق الارتفاق الدنيا التي قد يحتاجها الشريك الخاص. وعلى سبيل المثال، قد يضع قانون خاص بقطاع توليد الكهرباء الشروط التي يحصل الشريك الخاص بموجبها على الحق في أن يمد عبر ممتلكات الغير كبلات بغرض إقامة وتشغيل شبكات أساسية وشبكات توزيع. وقد تدعو الحاجة إلى ذلك الحق في عدة تدابير مثل مد كبلات علوية أو تحت سطح الأرض (سفلية) وكذلك لإقامة هياكل داعمة وتركيب معدات تحويل أو تبديل؛ أو صيانة أو إصلاح أو إزالة أي من تلك الإنشاءات؛ أو إنشاء منطقة أمان على طول

الكيانات العلوية أو السفلية؛ أو إزالة العوائق التي تعترض الأسلاك أو تتخطى منطقة الأمان. وتُحيز بعض النظم القانونية لمالك العقار الحق في الحصول على تعويض إذا كانت الحقوق الممنوحة للشريك الخاص تعيق إلى حد كبير قدرة المالك على استعمال عقاره.

دال - الترتيبات المالية

٣٥- تتضمن الترتيبات المالية لمشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص عادة أحكاماً تتعلق بالتزامات الشريك الخاص بتدبير الأموال اللازمة للمشروع، وآليات صرف الأموال والمحاسبة عليها وسداد مستحقات الشريك الخاص وأنواع المصالح الضمانية التي يمكن إنشاؤها لصالح مديني الشريك الخاص. وتحديد الهيكل المالي العام للمشروع ومصادر رأس المال ومرافق الاقتراض المستخدمة، وكذلك المخاطر التجارية وغير التجارية التي قد تنشأ خلال تشغيل المشروع، من العناصر الأساسية في مرحلة التصميم الأولي للمشروع وتقييم "مردود المال المنفق" (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ...). وتختلف كل تلك العناصر اختلافاً بيناً تبعاً لطبيعة المشروع والقطاع المعني. وتوجد علاوة على ذلك، كما أُشير سابقاً، فئتان واسعتان من مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وفقاً للشكل الأساسي لسداد مستحقات الشريك الخاص، أي "الشركات الامتيازية" و"الشراكات غير الامتيازية" (انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرات ...). وقد لا توجد الكثير من الجوانب المشتركة بين الترتيبات المالية لهذين النوعين من الشراكات بين القطاعين العام والخاص، بل قد تختلف الترتيبات المالية المطلوبة في إطار كل فئة من هاتين الفئتين باختلاف القطاعات المستهدفة والمشاريع المنفذة. ومن المهم التأكد من أن قوانين البلد المضيف تراعي هذا التنوع وتيسر الإدارة المالية للمشروع أو على الأقل لا تضع عراقيل في سبيلها.

١ - الالتزامات المالية للشريك الخاص

٣٦- عادة ما يكون الشريك الخاص، في الشراكات بين القطاعين العام والخاص، مسؤولاً عن تدبير الأموال اللازمة لبناء مرفق البنية التحتية وتشغيله. وقد جرت العادة على تضمين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أحكاماً مفصلة بشأن التزامات الشريك الخاص في هذا الصدد. وفي معظم الحالات، تحرص السلطة المتعاقدة أو غيرها من السلطات العمومية على قصر التزاماتها المالية على الالتزامات المنصوص عليها تحديداً في عقد الشراكة أو على أشكال الدعم المباشر التي وافقت الحكومة على منحها من أجل تدبير المال اللازم للمشروع (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرة ...).

٣٧- وعادة ما لا يمثل مبلغ رأس المال الخاص المقدم مباشرة من المساهمين في شركة المشروع إلا جزءاً من مجموع الاستثمار المقترح. ويستمد جزء أكبر من ذلك بكثير من القروض المقدمة إلى الشريك الخاص من المصارف التجارية والمؤسسات المالية الدولية ومن عائدات طرح السندات أو غيرها من الصكوك القابلة للتداول في سوق رأس المال (انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرات ٥٤-٦٧). ولذلك فمن المهم التأكد من أن

القانون لا يفرض قيوداً لا ضرورة لها على قدرة الشريك الخاص على الدخول فيما يراه مناسباً من ترتيبات مالية بغرض تمويل البنية التحتية.

٢- مصادر السداد ووسائله

٣٨- من العناصر الأساسية في المشروع التي ينبغي مراعاتها وهو قيد الإعداد خلال مرحلة التخطيط وتقييم الجدوى تحديد المستحقات المالية للشريك الخاص وكيفية حسابها وضمان سدادها (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ...). وعادة ما يتضمن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص والوثائق المتصلة به بنوداً مفصلة تعالج هذه المسائل، وكذلك تناول، حسب نوع المشروع، التشريعات التي قد تلعب دوراً هاماً في تيسير الترتيبات المالية التي يتوخاها الطرفان أو جعلها حتى في حكم المستطاع.

٣٩- وتختلف مصادر السداد وأساليبه باختلاف نوع المشروع والقطاع المستهدف. ففي الشراكات الامتيازية، يكون الضامن الأساسي للتدفق النقدي في المشروع هو الأموال التي يدفعها المستعمل النهائي لمرفق البنية التحتية الذي يتولى الشريك الخاص تشغيله (مثل سائقي السيارات الذين يسددون الرسوم المحددة لعبور أحد الجسور) أو الزبائن الذين يشترون الخدمات أو السلع التي يوفرها المرفق (مثل الأسر التي تدفع فواتير الكهرباء ومياه الشرب). أما في الشراكات غير الامتيازية، بدورها، فإن السلطة المتعاقدة تدفع مباشرة للشريك الخاص مستحقاته لقاء تشييد البنية التحتية، وتسدد له كذلك، حسب الاقتضاء، مستحقاته لقاء استعمالها لمرفق البنية التحتية أو خدماتها أو لقاء تشغيله لتلك المرافق وتوفيره للخدمات. وهذان النموذجان هما بوضوح نقيضان يستندان إلى الشكل الغالب لسداد المستحقات، أما في الواقع العملي، فإن العمل يجري بهما معاً في كثير من الحالات، عند الضرورة، من أجل ضمان النجاح في تنفيذ المشروع واسترداد الشريك الخاص للأموال المستثمرة مع النسبة المحددة للربح وفق المتفق عليه. ومع مراعاة التمييز العام بين أساليب السداد المختلفة وإمكانية الجمع بينها كذلك، سوف تبين الفقرات التالية الخيارات الرئيسية المتاحة وتشير، حسب الاقتضاء، إلى دور السلطة التشريعية في التمكين من استخدامها أو تسهيله.

(أ) رسوم الاستعمال

٤٠- يمكن أن تكون التعريفات أو رسوم الاستعمال التي يفرضها الشريك الخاص في الشراكات الامتيازية بين القطاعين العام والخاص مصدر الإيرادات الرئيسي (بل والوحيد أحياناً) لاسترداد المبالغ المستثمرة في المشروع في حال عدم تقديم السلطة المتعاقدة (انظر الفقرات ...). أو الحكومة (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ٣٠-٦٠) أي إعانات أو مدفوعات. وعلى ذلك يسعى الشريك الخاص إلى أن يكون قادراً على تحديد التعريفات والرسوم وعلى الإبقاء عليها عند مستوى يكفل للمشروع قدراً كافياً من التدفق النقدي. غير أن بعض النظم القانونية قد تفرض قيوداً على حرية الشريك الخاص في تحديد التعريفات والرسوم. وعادة ما يكون السعر الذي توفر به الخدمات العمومية عنصراً من عناصر سياسة الحكومة إزاء البنى التحتية وموضع اهتمام مباشر من جانب قطاعات كبيرة من الجمهور. لذلك يتضمن الإطار التنظيمي في كثير من

البلدان قواعد خاصة لمراقبة تعريفات ورسوم توفير الخدمات العمومية. وعلاوة على ذلك، تقر أحكام قانونية أو لوائح تنظيمية عامة في بعض النظم القانونية بارامترات لتسعير السلع أو الخدمات، مثلاً باقتضاء وفاء التعريفات بمعايير معينة من "المعقولة" أو "الإنصاف" أو "العدالة".

٦٤ سلطة الشريك الخاص في تقاضي التعريفات

٤١- قد يلزم في عدة بلدان استصدار إذن تشريعي مسبق كي يستطيع الشريك الخاص أن يتقاضى تعريفات مقابل توفير خدمات عمومية أو أن يطلب رسوماً مقابل استعمال مرافق البنية التحتية العمومية. وقد أدى عدم وجود أحكام عامة من هذا القبيل في تشريعات بعض البلدان إلى منازعات قضائية تطعن في سلطة الشريك الخاص في تقاضي تعريفات عن الخدمة.

٤٢- وحيثما رُئي أن من الضروري تضمين التشريعات العامة أحكاماً بشأن مستوى التعريفات والرسوم التي يؤديها المتفعون، ينبغي أن تسعى تلك الأحكام إلى تحقيق توازن بين مصالح المستثمرين والمستعملين الحاليين والقادمين. ويستحسن أن تأخذ المعايير القانونية لتحديد التعريفات والرسوم في الحسبان - إلى جانب العوامل الاجتماعية التي ترى الحكومة أنها ذات صلة - مصلحة الشريك الخاص في تحقيق مستوى من التدفق النقدي يضمن الجدوى الاقتصادية للمشروع ورجحيته التجارية. ومن الممارسات الجيدة في هذا الصدد الدعوة إلى تضمين دراسات الجدوى ووثائق المناقصة حسابات أولية للتعريفات. ويستحسن علاوة على ذلك تخويل الأطراف السلطة اللازمة للتفاوض بشأن ترتيبات ملائمة، بما في ذلك أحكام بشأن التعويض، بغية معالجة الحالات التي قد يؤدي فيها تطبيق قواعد مراقبة التعريفات المتصلة بشكل مباشر أو غير مباشر بتوفير الخدمات العمومية إلى تحديد تعريفات أو رسوم دون المستوى اللازم لتشغيل المشروع على نحو مربح (انظر الفقرة ١٣٣).

٦٥ أساليب مراقبة التعريفات

٤٣- كثيراً ما تخضع القوانين الوطنية للتعريفات أو الرسوم التي يؤديها المستعملون لآلية ضبط ما. وقد آثرت بلدان كثيرة أن تكتفي بالنص في تشريعاتها على مبادئ عامة لتحديد التعريفات، مع ترك تنفيذها الفعلي لهيئة الرقابة التنظيمية المعنية ولشروط التراخيص أو عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ويستصوب الأخذ بهذا النهج نظراً لأن كل قطاع ينفرد بوضع صانع لتحديد تعريفاته المناسبة وقد يتعين مواءمة تلك الصيغ أثناء حياة المشروع. وحيثما تستخدم تدابير مراقبة التعريفات، يوجب القانون عادة الإعلان عن صيغة التعريفات عند توجيه طلبات تقديم العروض وإدراجها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وعادة ما تتألف نظم مراقبة التعريفات من صيغ لتعديل التعريفات ومن أحكام تتعلق بالرصد بغية ضمان الالتزام ببارامترات تعديل التعريفات. وتستند أكثر أساليب مراقبة التعريفات شيوعاً في القوانين الوطنية إلى مبدأي معدل العائد والحد الأقصى للسعر. وثمة أيضاً أنظمة هجينة تتضمن عناصر من كلا المبدأين. ومن الجدير بالذكر أن أي آلية حسنة الأداء لمراقبة التعريفات تتطلب إجراء تحليلات تجارية واقتصادية مفصلة، وأن المناقشة الموجزة التالية لا تقدم سوى لمحة عامة من مسائل مختارة وحلول ممكنة.

أ- أسلوب معدل العائد

٤٤- وفقاً لأسلوب معدل العائد، تصمم آلية تعديل التعريفات بحيث تسمح للشريك الخاص بالحصول على معدل متفق عليه لعائد استثماره. وتحدد التعريفات لأي مدة معينة على أساس إجمالي احتياج الشريك الخاص إلى الإيرادات لتشغيل المرفق، مما ينطوي على تحديد مصروفاته، والاستثمارات التي تتم من أجل توفير الخدمات، ومعدل العائد المسموح به. ويجري استعراض التعريفات دورياً، ويكون ذلك أحياناً كلما ارتأت السلطة المتعاقدة أو غيرها من الأطراف المعنية أن العائد الفعلي أعلى أو أدنى من احتياج المرافق إلى الإيرادات. ولهذا الغرض، تتحقق السلطة المتعاقدة من مصروفات المرفق وتقرر مدى جدارة الاستثمارات التي يقوم بها الشريك الخاص بأن تحتسب في القاعدة السعرية، وتحسب الإيرادات التي يلزم توليدها لتغطية المصروفات المسموح بها ومعدل العائد المتفق عليه من الاستثمار. ويستخدم أسلوب معدل العائد عادة فيما يتعلق بتوفير الخدمات العمومية التي يمكن التنبؤ بطلب مستمر عليها، كإمدادات الكهرباء والغاز والمياه. أما في حالة المرافق أو الخدمات المعرضة لقدر أكبر من مرونة الطلب عليها، مثل الطرق التي يؤدي عنها رسم مرور، فقد يتعذر الإبقاء على معدل عائد الشريك الخاص ثابتاً بإدخال تعديلات منتظمة على التعريفات.

٤٥- وقد ثبت أن أسلوب معدل العائد يعطي قدراً كبيراً من الضمان لمتعهدي تشغيل البنى التحتية، حيث يُطمأن الشريك الخاص إلى أن التعريفات التي تفرض سوف تكون كافية لتغطية مصاريف التشغيل وتسمح بمعدل العائد المتفق عليه. ونظراً لأن التعريفات تعدل بصفة منتظمة، مما يقي على معدل عائد الشريك الخاص ثابتاً في جوهره، فإن الاستثمارات في شركات تقدم خدمات عمومية لا تتعرض إلا لقدر ضئيل من مخاطر السوق. وتكون النتيجة عادة انخفاض تكاليف رأس المال. والعيب المحتمل لأسلوب معدل العائد هو أنه لا يقدم حافزاً كافياً لمتعهدي تشغيل البنى التحتية على تقليل تكاليفهم إلى أدنى حد ممكن نظراً لضمائم استرداد تلك التكاليف من خلال التعديلات التعريفية. بيد أنه قد يوجد مستوى ما من التحفيز إذا كانت التعريفات لا تعدل فوراً أو إذا كان التعديل لا ينطبق بأثر رجعي. ومن الجدير بالملاحظة أن تطبيق أسلوب معدل العائد يقتضي قدراً كبيراً من المعلومات وإجراء مفاوضات واسعة النطاق (حول أوجه الصرف المقبولة وتوزيع التكاليف مثلاً).

ب- أسلوب الحد الأقصى للسعر

٤٦- في أسلوب الحد الأقصى للسعر، تحدد صيغة تعريفية لمدة معينة (مثل أربع أو خمس سنوات) مع مراعاة التضخم في المستقبل وازدياد الكفاءة المتوقع مستقبلاً في المرفق. ويسمح للتعريفات بأن تقلب في الحدود التي تقرها الصيغة. وفي بعض البلدان، تكون الصيغة متوسطاً مرجحاً لمؤشرات مختلفة، وفي بلدان غيرها تكون الصيغة مؤشراً للأسعار الاستهلاكية ناقصاً معامل إنتاجية. وحيثما تكون هناك حاجة إلى استثمارات جديدة كبيرة، يمكن أن تتضمن الصيغة عنصراً إضافياً لتغطية هذه التكاليف الإضافية. ويمكن أن تنطبق الصيغة على جميع خدمات الشركة أو على مجموعات مختارة من الخدمات فحسب، كما يجوز استخدام صيغ مختلفة لمجموعات مختلفة من الخدمات.

بيد أن تعديل الصيغة دورياً يستند إلى حسابات من نوع حسابات معدل العائد تتطلب نفس نوع المعلومات التفصيلية المشار إليها أعلاه وإن يكن على أساس أقل تواتراً.

٤٧- وقد يكون تطبيق أسلوب الحد الأقصى للسعر أقل تعقيداً من أسلوب معدل العائد. وقد وجد أن أسلوب الحد الأقصى للسعر يوفر حوافز أقوى لمقدمي الخدمات العمومية، حيث إن الشريك الخاص يحتفظ، إلى حين فترة التعديل التالية، بمنافع التكاليف الأدنى من التكاليف المتوقعة. غير أنه في الوقت نفسه يتعرض مقدمو الخدمات العمومية عادة، في إطار أسلوب الحد الأقصى للسعر، إلى قدر من المخاطرة أكبر مما يتعرضون له في إطار أسلوب معدل العائد. وعلى وجه الخصوص يواجه الشريك الخاص خطر الخسارة عندما يتضح أن التكاليف تفوق ما كان متوقعاً، حيث إنه لا يستطيع رفع التعريفات إلى أن يحين موعد التعديل التالي للتعريفات. وزيادة التعرض للمخاطرة تزيد تكاليف رأس المال. وإذا لم يسمح بزيادة معدل عائدات شركة المشروع، فقد تنشأ صعوبات في اجتذاب استثمارات جديدة. كذلك فإن الشركة قد تبح إلى تخفيض جودة الخدمة من أجل تقليل التكاليف.

ج- الأساليب الهجينة

٤٨- الكثير من الأساليب المتبعة حالياً لتعديل التعريفات يجمع بين عناصر من كلا أسلوبَي معدل العائد والحد الأقصى للسعر، وذلك بغية تقليل المخاطرة التي يتحملها مقدمو الخدمات وكذلك توفير حوافز كافية لتحقيق الكفاءة في تشغيل البنية التحتية. ويستخدم أحد هذه الأساليب الهجينة مقاييس متحركة لتعديل التعريفات تكفل إجراء تعديلات صاعدة عندما ينخفض العائد دون عتبة معينة وإجراء تعديلات هابطة عندما يتجاوز العائد حداً أقصى معيناً، مع عدم إجراء تعديلات في حالة معدلات العائد الواقعة بين هذين المستويين. ومن النهج الأخرى الممكنة لموازنة أسلوبَي معدل العائد والحد الأقصى للسعر قيام السلطة المتعاقدة باستعراض استثمارات الشريك الخاص للتأكد من أنها تفي بمعايير المنفعة كي توضع في الاعتبار عند حساب احتياج الشريك الخاص من الإيرادات. والتسعير القياسي هو أسلوب آخر لتعديل التعريفات يمكن استخدامه في تحديد التعريفات أو بوجه أعم في رصد مستويات التعريفات. فبمقارنة مختلف عناصر التكلفة لمقدم خدمة عمومية ونظائرها لدى آخر، وكذلك مقارنتها بالمعايير الدولية، قد تستطيع السلطة المتعاقدة أن تقرر ما إذا كانت التعديلات التعريفية التي يطلبها مقدم الخدمة العمومية تعديلات معقولة.

٣٤- الاعتبارات المتعلقة بسياسات مراقبة التعريفات

٤٩- لكل من الأساليب الرئيسية المعروضة فيما تقدم لتعديل التعريفات مزاياه ومساوئه وتأثيره المختلف على قرارات الاستثمار في القطاع الخاص. وعلى المشرع أن يضع تلك المسائل في الاعتبار لدى النظر في مدى ملاءمة أساليب مراقبة التعريفات للظروف المحلية. ويمكن أيضاً اتباع أساليب مختلفة لقطاعات مختلفة من البنية التحتية. ويأذن بعض القوانين بالفعل للهيئة المتعاقدة بأن تطبق أيّاً من أسلوبَي الحد الأقصى للسعر أو معدل العائد لدى اختيار الشريك الخاص، تبعاً لنطاق الاستثمارات والخدمات وطابعها. ومن المهم في اختيار أسلوب لمراقبة التعريفات، أن يوضع في

الاعتبار تأثير مختلف الخيارات السياسية على قرارات الاستثمار في القطاع الخاص. وأيا كانت الآلية التي يقع عليها الاختيار، ينبغي النظر بعناية في قدرة السلطة المتعاقدة أو الهيئة التنظيمية على رصد أداء الشريك الخاص رسداً وافياً، وعلى تطبيق أسلوب التعديل تطبيقاً مرضياً (انظر أيضاً الفصل الأول، "الإطار القانوني والمؤسسي العام"، الفقرات ٣٠-٥٣). وبغض النظر عن مصلحة الشريك الخاص، ينبغي للهيئة العمومية أيضاً أن تكفل مستوى مناسباً من الشفافية إزاء المستعملين النهائيين في الشراكات الامتيازية بين القطاعين العام والخاص. وينبغي أن ينص بوضوح على أسلوب مراقبة التعريفات المختار في دراسات الجدوى، كما ينبغي للسلطة المتعاقدة أو الهيئة التنظيمية أن تتيح الاطلاع العام على عمليات حساب التعريفات والبت فيها.

٥٠- ومن المهم أيضاً تذكر أنه لا يمكن وضع صيغ تعديل التعريفات بصورة نهائية، وذلك نظراً لأن التكنولوجيا وأسعار الصرف ومستويات الأجور والإنتاجية وغير ذلك من العوامل لا بد أن تسجل أثناء الفترات المعنية تغيرات كبرى، بل وغير متوقعة. وإضافة إلى ذلك، فإن صيغ تعديل التعريفات توضع عادة بافتراض مستوى معين من الإنتاج أو الطلب ويمكن أن تؤدي إلى نتائج غير مرضية إذا طرأت تغيرات كبيرة على حجم الإنتاج أو الطلب. لذلك أنشأت بلدان كثيرة آليات لمراجعة الصيغ التعريفية، من بينها مراجعات دورية للصيغ (كل أربع أو خمس سنوات مثلاً) أو مراجعات بحسب الحاجة عندما يتبين أن الصيغة المتبعة قصرت دون ضمان تعويض مناسب للشريك الخاص (انظر أيضاً الفقرة ١٣٣). ويحتاج نظام التعريفات أيضاً إلى قدر كاف من الاستقرار ومن إمكانية التنبؤ به لكي يتسنى لمقدمي الخدمات العمومية والمنتفعين بها أن يخططوا على أساسه، ولكي يتسنى التمويل على أساس إيراد يمكن التنبؤ به. ومن الممكن أن يشعر المستثمرون والمقرضون بقلق خاص إزاء احتمالات حدوث تغييرات تنظيمية تؤثر في أسلوب تعديل التعريفات. ولذلك فهم يشترطون عادة إدخال صيغة تعديل التعريفات في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(ب) مدفوعات السلطة المتعاقدة

٥١- تختلف وظيفة وطبيعة مدفوعات السلطة المتعاقدة وفقاً لنوع ترتيبات الشراكة بين القطاعين العام والخاص. فقد تكون مدفوعاتها المباشرة هي مصدر الإيرادات الوحيد للشريك الخاص في الشراكات غير الامتيازية بين القطاعين العام والخاص، حيث إن الشريك الخاص لا يفرض رسوماً على المستعمل النهائي للبنية التحتية أو الخدمات (مثلاً هو الحال عندما يدير الشريك الخاص مرفقاً لتقديم الخدمات للجمهور العام). كما أن السلطة المتعاقدة قد تتعهد بشراء السلع التي يوفرها الشريك الخاصة جملةً بسعر متفق عليه وشروط متفق عليها في حال ما إذا كان ينتج تلك السلع من أجل أن ينقلها أو يوزعها مقدم خدمات آخر. أما في الشراكات الامتيازية، فلا تكون المدفوعات المباشرة المصدر الرئيسي لتمويل المشروع، بل كثيراً ما تستخدم عندما لا يستطيع الشريك الخاص فرض رسوم على مستعملي الخدمات (مثلاً هو الحال في المرافق الإصلاحية أو مراكز الاحتجاز) أو عندما يكون مستوى طلب المستعملين عليها غير موثوق بشكل مفرط أو منخفض بصورة مفرطة عن المستوى الذي وافق عليه المقرضون والكيانات الأخرى التي توفر التمويل للمشروع. وفي الشراكات الامتيازية بين القطاعين العام والخاص، التي يقدم فيها صاحب الامتياز الخدمات مباشرة

إلى الجمهور، قد تتكفل السلطة المتعاقدة أو سلطة عمومية أخرى بأداء مدفوعات مباشرة إلى صاحب الامتياز كبديل لرسوم الخدمة التي يتعين على المتنفعين دفعها أو بالإضافة إلى تلك الرسوم. ومن المهم في كلتا الحالتين، من أجل تأمين الحصول على تمويل بتكلفة مناسبة، سلامة الوضع المالي للسلطة المتعاقدة وتصنيفها لدى المؤسسات المالية، إن وجد.

٥٢- وقد لا يتأتى تنفيذ العديد من مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص دون مدفوعات مباشرة لأنه لا يوجد طلب سُوقي مباشرة على تلك الخدمات أو المرافق القائمة خارج القطاع العام (مثل جمع القمامة والمرافق الإصلاحية ومحطات معالجة مياه الصرف الصحي)، أو لأن الطلب قد لا يكون كافياً لتغطية تكاليف المشروع (مثل الجسور أو الأنفاق القائمة في المناطق ذات الكثافة المرورية المنخفضة) أو لأن السلطة المتعاقدة هي الزبون الفعلي للقطاع الخاص (مثلما هو الحال عندما تستخدم هيئة حكومية مبنية إدارياً بينه وبينه ويديره الشريك الخاص أو عندما يتولى الشريك الخاص بناء وصيانة مستشفى يشغلها نظام التأمين الصحي والاجتماعي في البلد). ومن المحتمل، تبعاً لنوع المشروع ونظام الدفع المختار، أن تنتقل إلى السلطة المتعاقدة من خلال الدفع المباشر بعض مخاطر المشروع (مثل مخاطر الطلب) التي عادة ما يُتَظَر أن يتحملها الشريك الخاص في إطار ترتيبات الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ومن ثم، فإن اختيار نمط الدفع ومقدار المدفوعات وطرائق حسابها ينبغي أن يستند إلى الأداء وأن يتسق مع النموذج المالي المعد خلال عملية تقييم المشروع وفي وقت إسناد العقد (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ...؛ والفصل الثالث، "إسناد العقد"، الفقرة ...). وسوف تناقش الفقرات التالية مثالين رئيسيين لهذه الترتيبات.

١٠٤ الدفع مقدماً والمدفوعات الإيجارية

٥٣- كثيراً ما تُستخدم نظم الدفع مقدماً والمدفوعات الإيجارية في الشراكات غير الامتيازية التي لا تتوخى الحصول على مدفوعات من المستعملين النهائيين. وتدفع السلطة المتعاقدة في تلك الحالات للشريك الخاص لقاء الإنشاءات أو التجديدات أو غيرها من الأعمال المنفذة بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذلك، حسب الاقتضاء، من أجل تشغيل وإدارة مرافق وخدمات البنية التحتية وفقاً للصيغ المتفق عليها في العقد. وأشيع أسلوب مستخدم في هذا الشأن هو ربط مدفوعات شهرية أو سنوية بمجدول متفق عليه لإقامة البنية التحتية، وبمجرد انتهاء العمل في إقامة المرفق وبدء تشغيله، تقدم وفقاً للعقد مدفوعات من أجل إتاحة الانتفاع من المرفق أو استعماله بالفعل وفقاً لجدول لتحديد الرسوم بناء على المساحة المكانية أو على بارامترات مادية مماثلة.

٥٤- وبغض النظر عن نوع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن نظم الدفع مقدماً والمدفوعات الإيجارية توفر حافزاً مهماً يشجع الشريك الخاص على إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وقد يدرج العديد من المستثمرين المحتملين هذه المدفوعات في عمليات المحاكاة المالية الأولية التي يقومون بها. وينبغي للسلطة المتعاقدة أن تدرس بدقة مدى الحاجة لهذه المدفوعات، فقد لا تستغني عنها بعض أنواع الشراكات غير الامتيازية (مثلما هو الحال عندما يتيح الشريك الخاص المرافق لاستعمال السلطة المتعاقدة)، بيد أنها قد تتعارض في مشاريع أخرى، مثل الكثير من الشراكات الامتيازية، تعارضاً تاماً مع الغرض الفعلي لترتيبات الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتبديد الحافز على السعي إلى الكفاءة في تشييد المرفق وفي تشغيله. ومن المستصوب

أن تربط بآليات رصد الأداء المنصوص عليها في العقد (انظر أدناه، الفقرتين ... و...). كأن تقدم مثلاً من خلال منح تخفيضات ومكافآت استثنائية لتشجيع على زيادة الكفاءة في الأداء. كما أن هذه المدفوعات قد تتطلب اعتمادات مسبقة في الميزانية وقد تخضع لأشكال من مراجعة الحسابات وغيرها من أشكال المراقبة العمومية، ولذا فمن المهم ضمان أن تكون الصيغ المستخدمة بشأنها واضحة لا لبس فيها مع إمكانية التحقق من سلامة الآليات التعاقدية وبارامترات رصد الأداء وقياسات الأداء والحرص على موضوعيتها.

٢٦ المدفوعات لقاء توفير القدرات الخدمية واستعمالها

٥٥ - تتوخى بعض المشاريع إلزام السلطة المتعاقدة بتقديم مدفوعات لتعويض الشريك الخاص عن إتاحة بعض القدرات الخدمية والتمكين من استعمالها. وعادة ما تستخدم نظم الدفع لقاء توفير القدرات الخدمية واستعمالها صيغاً تستند إلى عدد وحدات الخدمة المقدمة مضروباً في السعر المتفق عليه للوحدة. وتوفر هذه المدفوعات في الشراكات غير الامتيازية بين القطاعين العام والخاص المصدر الوحيد لسداد مستحقات الشريك الخاص أو تقتصر بأشكال أخرى للدفع المباشر من جانب السلطة المتعاقدة (مثل الدفع مقدماً أو المدفوعات الإيجارية). وعادة ما تقدم هذه المدفوعات في الشراكات الامتيازية بين القطاعين العام والخاص كمبالغ تكميلية لرفع المستوى الفعلي للمدفوعات المقدمة من المستعملين النهائيين إلى المستوى المقدر لها في التعاقدات المبرمة عندما تنخفض عنه.

٥٦ - ومن الأمثلة الشهيرة للمدفوعات لقاء استعمال الخدمات في قطاع النقل الآلية المعروفة باسم "التمكيس المحاسبي". والمكوس المحاسبية هي عبارة عن ترتيبات يلتزم بموجبها الشريك الخاص بإنشاء وبناء وتمويل وتشغيل طريق أو مرفق آخر للنقل لعدد محدد من السنوات مقابل تلقيه مدفوعات دورية بدلاً من مكوس حقيقية أو صريحة يؤديها المستعملون أو بالإضافة إليها. وقد تستخدم مخططات المكوس المحاسبية تحسباً لمخاطر تتعرض لها مشاريع النقل على وجه التحديد، وبخاصة خطر تدني مستويات حركة المرور عما كان متوقعاً (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرة ...). وعلاوة على ذلك، قد تكون مخططات المكوس المحاسبية أيسر تقبلاً من المكوس المباشرة من الناحية السياسية، وذلك مثلاً حيثما يخشى أن يؤدي استحداث رسوم المرور بالطرق العامة إلى احتجاجات من جانب مستعملي تلك الطرق. ومن جهة أخرى، فحيث تتضمن تلك الترتيبات تقديم شكل من أشكال الإعانة إلى شركة المشروع، ينبغي أن يدرس بعناية توافيقها مع التزامات معينة للبلد المضيف بموجب اتفاقات دولية بشأن التكامل الاقتصادي الإقليمي أو تحرير التجارة (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات ٤-٦).

٥٧ - وقد تنطوي المكوس المحاسبية (وأي مدفوعات تكميلية مماثلة تستند إلى تقدير للاستعمال) على إنفاق مبالغ كبيرة من جانب السلطة المتعاقدة وتتطلب منها أنشطة رصد دقيقة وواسعة النطاق. وفي البلدان التي تستخدم المكوس المحاسبية لتنفيذ مشاريع جديدة لإنشاء الطرق، تُحسب المبالغ التي تدفعها السلطة المتعاقدة إلى الشريك الخاص في المقام الأول على أساس مستويات حركة المرور الفعلية التي تقاس بعدد المركبات والمسافات التي تقطعها (مركبة/كيلومتر). ويرى أن من المستصوب أن ينص على عدم البدء في أداء المدفوعات إلى حين يبدأ المرور على الطريق، وذلك لكي يكون أمام الشريك الخاص حافز على فتح الطريق بأسرع وقت ممكن. وفي الوقت نفسه وجد أن من المفيد أن

تحسب المدفوعات على أساس حركة المرور الفعلية على الطريق لمدة السريان الامتياز، ويجعل ذلك النظام الشريك الخاص حريصا على ألا تتعطل حركة المرور على الطريق نتيجة لأعمال الإصلاح إلا إلى أدنى حد ممكن. وعوضا عن ذلك، يمكن أن يتضمن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص شرطا جزائيا أو حكما بتعويضات مقطوعة عن الأضرار الناجمة عن تعذر المرور بسبب أعمال إصلاح جارية. ويلزم الشريك الخاص في العادة بعد المركبات المارة بصورة مستمرة من أجل قياس حركة المرور وفقا لعدد المركبات والمسافات التي تقطعها سنويا، وتراجع السلطة المتعاقدة هذه الأرقام دوريا. وثمة نظام معدل نوعا ما يمكن أن يجمع بين المكوس المحاسبية والرسوم المباشرة التي يؤديها مستعملو الطريق. وفي ذلك النظام لا تدفع السلطة المتعاقدة تلك المكوس المحاسبية إلا في حال انخفاض مستوى حركة المرور على مدى فترة معينة عن الحد الأدنى المتفق عليه واللازم لتمكين الشريك الخاص من تشغيل الطريق على نحو مربح.

٣٤ التزامات الشراء

٥٨- في حالة تشغيل الشريك الخاص لمرفق من المرافق التي تنتج سلعا أو خدمات يمكن توفيرها على مدى طويل لمشتري محدد (مثل محطة مستقلة لتوليد الكهرباء)، كثيرا ما تلتزم السلطة المتعاقدة أو سلطات عمومية أخرى بشراء تلك السلع والخدمات بسعر يتفق عليه حسبما يعرضها الشريك الخاص. ويشار عادة إلى هذا النوع من العقود باسم "اتفاقات شراء كامل الإنتاج". وكثيرا ما تتضمن اتفاقات شراء كامل الإنتاج نوعين من المدفوعات: مدفوعات مقابل توافر الطاقة الإنتاجية ومدفوعات مقابل وحدات الاستهلاك الفعلي. ففي مشروع لتوليد الكهرباء، مثلا، قد يشتمل اتفاق شراء الكهرباء على الرسوم التالية:

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

(ب) رسوم الاستهلاك. لا يقصد بهذه الرسوم أن تغطي جميع تكاليف الشريك الخاص الثابتة، وإنما هي لدفع التكاليف المتغيرة أو الحدية التي يتعين على الشريك الخاص أن يتحملها لتوليد وتوفير وحدة معينة من الخدمة أو السلعة (مثلا، كيلوواط/ساعة من الكهرباء). وتحسب رسوم الاستهلاك عادة بحيث تغطي تكاليف الشريك الخاص التشغيلية المتغيرة، مثل تكاليف الوقود الذي يستهلك أثناء تشغيل المرفق، وتكاليف معالجة المياه، وتكاليف السلع القابلة للاستهلاك. وكثيرا ما تكون المدفوعات المتغيرة مربوطة بتكاليف التشغيل المتغيرة التي يتحملها الشريك الخاص أو بمؤشر يبين على نحو معقول ما يطرأ من تغييرات على تكاليف التشغيل.

٥٩- ومن وجهة نظر الشريك الخاص ينطوي المخطط الذي يجمع بين رسوم الطاقة الإنتاجية ورسوم الاستهلاك، على فائدة خاصة لضمان استرداد التكلفة حيثما تكون وظيفة نقل أو توزيع السلع أو الخدمات التي ينتجها الشريك الخاص خاضعة لاحتكار. غير أنه ينبغي لرسوم الطاقة

الإنتاجية المنصوص عليها في اتفاق شراء كامل الإنتاج أن تكون متكافئة مع سائر مصادر الطاقة الإنتاجية المتاحة للسلطة المتعاقدة أو التي تستخدمها فعلا. ومن أجل ضمان توافر الأموال اللازمة للمدفوعات من جانب السلطة المتعاقدة بمقتضى اتفاق شراء كامل الإنتاج، يستحسن النظر فيما إذا كان ذلك يتطلب ترتيبات ميزنة مسبقا. ويمكن أن تكون المدفوعات بمقتضى اتفاق شراء كامل الإنتاج مكفولة بضمان صادر عن الحكومة المضيفة أو عن هيئة ضامنة وطنية أو دولية (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ...).

هـ- المصالح الضمانية

٦٠- بصفة عامة، تعطي المصالح الضمانية في الملكية الخاصة الدائن المضمون نوعين من الحقوق، هما: حق في الملكية يسمح للدائن المضمون، من حيث المبدأ، بأن يحجز على الممتلكات أو بأن يجعل طرفا آخر يحجز عليها ويبيعها، وحق أولوية في الحصول على مدفوعات من حصيلة بيع الممتلكات في حالة تخلف المدين عن الدفع (بالإضافة إلى هذا الجانب الاقتصادي والقانوني العام، انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات ...). وبوجه عام، تلعب ترتيبات الضمان في تمويل المشاريع دورا دفاعيا أو وقائيا من خلال ضمان أنه في حالة احتياز طرف ثالث عمليات المدين (مثلا بحبس الرهن أو نتيجة للإفلاس أو من المدين مباشرة) تخصص جميع عائدات بيع تلك الموجودات أولا لسداد القروض المستحقة. ومع ذلك، يسعى المقرضون عموما إلى الحصول على مصالح ضمانية تسمح لهم بحبس الرهن وحيازة المشروع وتشغيله، إما لاستعادة عافيته الاقتصادية بهدف إعادة بيعه في الوقت المناسب أو الاحتفاظ بالمشروع إلى أجل غير مسمى وتحصيل دخل مستمر منه.

٦١- وتؤدي ترتيبات الضمان دورا حاسما في تمويل مشاريع البنية التحتية، وعلى الأخص حيث يكون التمويل منظما وفقا لطريقة "تمويل المشروع". ومن المعهود أن تشتمل وثائق تمويل الشراكات بين القطاعين العام والخاص على ضمانات للموجودات المادية المتصلة بالمشروع وضمائنات للموجودات المعنوية (غير الملموسة) التي يحوزها الشريك الخاص. ويرد فيما يلي بيان موجز لبعض من المتطلبات الرئيسية لنجاح إنهاء العمل بترتيبات الضمان. غير أن من الجدير بالذكر أنه في بعض النظم القانونية لا يسمح بإعطاء المقرضين أي ضمانات تمكنهم من تولي أمر المشروع إلا في ظروف استثنائية وبشروط معينة ومحددة هي أن إنشاء ضمان كهذا يقتضي موافقة السلطة المتعاقدة؛ وأن الضمان ينبغي أن يمنح لغرض محدد هو تيسير تمويل المشروع أو تشغيله؛ وأن الحقوق الضمانية ينبغي ألا تؤثر في الالتزامات التي يأخذها الشريك الخاص على عاتقه. وكثيرا ما تكون تلك الشروط مشتقة من المبادئ القانونية العامة أو من أحكام قانونية وليس بوسع السلطة التعاقدية أن تتخلى عنها بموجب ترتيبات تعاقدية.

١- المصالح الضمانية في الموجودات المادية

٦٢- قد يصطدم التفاوض حول ترتيبات الضمان اللازمة للحصول على تمويل للمشروع بعقبات قانونية عندما تكون الموجودات ممتلكات عمومية. فإذا لم يكن الشريك الخاص مالكا

للعقار، فلن تكون له، في نظم قانونية كثيرة، أي سلطة (أو ستكون سلطته محدودة) لرهن ذلك العقار. وحيث توجد قيود من هذا النوع، قد ييسر القانون رغم ذلك التفاوض حول ترتيبات للضمان، وذلك مثلاً بأن يشير إلى أنواع الموجودات التي يمكن استخدامها لإنشاء تلك المصالح الضمانية أو نوع المصالح الضمانية المسموح بها. وفي بعض النظم القانونية يجوز للشريك الخاص الذي يُمنح حيازة إيجارية أو حق الانتفاع بممتلكات معينة، أن ينشئ مصلحة ضمانية باستخدام الحيازة الإيجارية أو حق الانتفاع.

٦٣- وإضافة إلى ذلك، يمكن أيضاً إنشاء مصالح ضمانية حيثما اشتمل عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنواع مختلفة من الملكية العمومية، وذلك مثلاً عندما تمنح ملكية الأرض المجاورة (وليس مجرد حق الانتفاع بها) لشركة سكك حديدية، إضافة إلى حق استخدام البنية التحتية العمومية. وحيثما تسنى إنشاء أي شكل من أشكال المصالح الضمانية باستخدام موجودات تمتلكها السلطة المتعاقدة أو يلزم تسليمها إليها أو موجودات يكون للسلطة المتعاقدة خيار تعاقد لشرائها (انظر الفقرة ٢٨)، قد يقضي القانون بموافقة السلطة المتعاقدة كي يتسنى للشريك الخاص أن ينشئ تلك المصالح الضمانية.

٢- المصالح الضمانية في الموجودات المعنوية

٦٤- الموجود المعنوي الرئيسي في المشاريع الامتيازية للبنية التحتية هو الامتياز ذاته، أي حق صاحب الامتياز في تشغيل البنية التحتية أو توفير الخدمة ذات الصلة وفرض رسوم على الجمهور نظير استخدام خدماته. وفي معظم النظم القانونية، يعطي الامتياز الملحق بعقد الشراكة صاحبه سلطة التحكم في المشروع بأسره كما يمنح الشريك الخاص حق كسب الدخل الذي يولده المشروع. وبذلك تتجاوز قيمة الامتياز بكثير مجموع قيمة الموجودات المادية التي يشتمل عليها المشروع. ونظراً إلى أن الشريك الخاص يكون له عادة حق حيازة جميع موجودات المشروع وحق التصرف فيها (مع احتمال استثناء الموجودات التي تمتلكها أطراف أخرى، مثل الأملاك العمومية التي تكون في حوزة الشريك الخاص)، يشتمل الامتياز عادة على موجودات حالية ومستقبلية ذات طابع مادي أو معنوي على حد سواء. ولذلك قد ينظر المقرضون إلى الامتياز على أنه عنصر أساسي من ترتيبات الضمان المتفق عليها مع الشريك الخاص. ويمكن أن يكون لرهن الامتياز نفسه مزايا عملية مختلفة لكل من الشريك الخاص والمقرضين، بالأخص في النظم القانونية التي لا تسمح خلافاً لذلك باستخدام كل موجودات الشركة لإنشاء ضمانات، أو التي لا تعترف عموماً بالمصالح الضمانية غير الحيازية (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات ١٠-١٦). وقد تتضمن هذه المزايا: تجنب الحاجة إلى إنشاء مصالح ضمانية منفصلة لكل من موجودات المشروع، بما يسمح للشريك الخاص بأن يواصل التعامل مع تلك الموجودات في أثناء سير الأعمال الاعتيادي، ومما يسمح برهن موجودات معينة دون نقل الحيازة الفعلية للموجودات إلى الدائنين. وعلاوة على ذلك، فقد يجيز رهن الامتياز للمقرضين، في حالة إخلال الشريك الخاص بالتزاماته، تفادي إنهاء المشروع من خلال تولي أمر الامتياز وعمل ترتيبات لاستمرار المشروع تحت شريك خاص آخر. وبذلك قد يشكل رهن الامتياز تكملة مفيدة، أو بديلاً، في ظروف معينة، لاتفاق مباشر بين المقرضين والسلطة المتعاقدة بخصوص حقوق المقرضين في التدخل (انظر الفقرات ١٦٢-١٦٥).

٦٥- غير أنه قد تكون هناك عقبات في بعض النظم القانونية أمام رهن الامتياز في غيبة إذن تشريعي صريح. فلا يجوز في نظم قانونية مختلفة إنشاء مصالح ضمانية إلا باستخدام الموجودات التي يمكن لمالك الضمان نقل ملكيتها دون قيد. وحيث أنه لا يجوز في معظم الحالات نقل حق تشغيل البنية التحتية دون موافقة السلطة المتعاقدة (انظر الفقرتين ٧٠ و ٧١)، قد لا يتسنى في بعض النظم القانونية للشريك الخاص أن ينشئ مصالح ضمانية باستخدام الامتياز ذاته. وقد أزلت هذه العقبة تشريعات صدرت مؤخرا في بعض ولايات القانون المدني من خلال إنشاء فئة خاصة من المصالح الضمانية، يشار إليها أحيانا بعبارات مثل "*hipoteca de concesión de obra pública*" أو "*prenda de concesión de obra pública*" ("رهن عقاري لامتياز أشغال عمومية" أو "رهن حيازي لامتياز أشغال عمومية")، وهي عموما تمنح المقرضين حق ضمان واجب النفاذ يشمل جميع الحقوق الممنوحة للشريك الخاص. بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. غير أنه من أجل حماية المصلحة العامة يشترط القانون موافقة السلطة المتعاقدة على أي تدبير من جانب المقرضين لإنفاذ ذلك الحق، وفقا لشروط ينص عليها في اتفاق بين السلطة المتعاقدة والمقرضين. وقد أمكن التوصل إلى حل أبسط في بعض ولايات القانون الأنغلو سكسوني، حيث جرى التمييز بين الحق غير القابل للنقل للاضطلاع بنشاط معين بترخيص من الحكومة (أي "الحقوق العامة" الناشئة بموجب الترخيص) وحق المطالبة بالعائدات التي يحصل عليها المرخص له (أي "الحقوق الخاصة" للمرخص له بموجب الترخيص).

٣- المصالح الضمانية في المستحقات التجارية

٦٦- عادة ما يتمثل شكل آخر من أشكال الضمان، الذي يعطى بصدد معظم الشراكات بين القطاعين العام والخاص، في أن تحول إلى المقرضين عائدات العقود المبرمة مع زبائن الشريك الخاص. ويمكن أن تتألف تلك العائدات من عائدات عقد واحد (كالترام شركة توزيع للكهرباء بشراء الكهرباء أو مدفوعات إيجارية تسدها السلطة المتعاقدة في الشراكات غير الامتيازية بين القطاعين العام والخاص)، أو من عائدات عدد كبير من الصفقات الفردية (كمدفوعات شهرية لفواتير الغاز أو المياه). وعادة ما تشتمل تلك العائدات في الشراكات الامتيازية على التعريفات التي تنقضى من الجمهور لقاء استعمال البنية التحتية (كالرسوم المتقاضاة عن المرور بطريق تفرض فيه رسوم)، أو الثمن الذي يدفعه الزبائن لقاء سلع أو خدمات يقدمها الشريك الخاص (رسوم الكهرباء مثلا). وقد تشتمل أيضا على إيرادات عقود تبعية لشراكة بين القطاعين العام والخاص. وهذا النوع من الضمان عنصر مألوف في ترتيبات التمويل التي يتفاوض بشأنها مع المقرضين وكثيرا ما تقضي اتفاقات القروض بإيداع عائدات مشاريع البنية التحتية في حساب معلق على شرط يديره أمين يعينه المقرضون. كما يمكن أن تلعب آلية كهذه دورا أساسيا في إصدار الشريك الخاص سندات وغير ذلك من الصكوك القابلة للتداول.

٦٧- ويلعب استخدام المستحقات التجارية كضمان دورا مركزيا في ترتيبات التمويل التي تتضمن توظيف السندات وغيرها من الصكوك القابلة للتداول. ويجوز أن يصدر هذه الصكوك الشريك الخاص نفسه، وفي هذه الحالة يصبح المستثمرون الذين يشترون الضمان دائنيه، أو يجوز أن يصدرها طرف آخر جرى التنازل له عن مستحقات المشروع عن طريق آلية تعرف باسم

"تسنيده". وينطوي التسنيده على إنشاء سندات مالية مضمونة بتدفق عائدات المشروع، وهي مرهونة لسداد أصل هذا الضمان وفوائده. وتنطوي معاملات التسنيده عادة على إنشاء كيان اعتباري مستقل عن الشريك الخاص، يكون موقوفا خصيصا لعملية تسنيده الموجودات أو المستحقات. وكثيرا ما يشار إلى هذا الكيان الاعتباري باسم "كيان خاص الغرض". فيتنازل الشريك الخاص عن مستحقات المشروع لذلك الكيان، الذي يصدر بدوره للمستثمرين صكوكا مُغَلَّة لفائدة تضمنها مستحقات المشروع. ويحصل بذلك حاملو تلك السندات المضمونة على الحق في عائدات معاملات الشريك الخاص مع زبائنه. ويحصل الشريك الخاص التعريفات من الزبائن ويحول الأموال إلى الكيان الخاص الغرض الذي يحولها بدوره إلى حاملي السندات المشمولين بضمانات. وفي بعض البلدان، اعترفت قوانين حديثة العهد صراحة بسلطة الشريك الخاص في التنازل عن مستحقات المشروع لكيان خاص الغرض يتعهد المستحقات ويديرها لصالح دائني المشروع. وبغية حماية حاملي السندات من خطر إعسار الشريك الخاص، قد يستحسن اعتماد التدابير التشريعية اللازمة ليتسنى الفصل القانوني بين الشريك الخاص والكيان الخاص الغرض.

٦٨- وقد لا يكون من العملي في معظم الحالات أن يحدد الشريك الخاص المستحقات التي تحول إلى الدائنين كلا منها على حدة. وعلى ذلك فعادة ما تتخذ إحالة المستحقات في تمويل المشاريع شكل إحالة بالجملة للمستحقات الآجلة. وفي نظم قانونية مختلفة، أدرجت في تشريعات محلية حديثة العهد أحكام قانونية تعترف بسلطة الشريك الخاص في رهن عائدات مشاريع البنية التحتية. غير أنه قد ينشأ في نظم قانونية مختلفة قدر كبير من انعدام اليقين فيما يتعلق بصحة الإحالة بالجملة لمستحقات راهنة أو آجلة. لذلك فمن المهم التأكد من أن القوانين الوطنية بشأن المصالح الضمانية لا تعيق قدرة الأطراف الفعلية على إحالة المستحقات التجارية من أجل الحصول على تمويل المشروع (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات ١٠-١٦).

٤- المصالح الضمانية في شركة المشروع

٦٩- في الحالات التي لا يجوز فيها التنازل عن الامتياز أو نقله دون موافقة السلطة المتعاقدة (انظر الفقرتين ٧٠ و ٧١)، يحظر القانون أحيانا استخدام أسهم شركة المشروع كضمان. بيد أنه يجدر ذكر أن المقرضين عادة ما يطلبون استخدام أسهم شركة المشروع كضمان في معاملات تمويل المشاريع، وأن الحظر العام على إنشاء مثل هذا الضمان قد يحد من قدرة شركة المشروع على تدبير تمويل للمشروع. وكما هو الحال في الأشكال الأخرى من الضمانات، قد يكون من المفيد لذلك أن يأذن القانون لحاملي أسهم شركة الشريك الخاص بإنشاء هذا النوع من الضمان، بشرط الحصول على موافقة مسبقة من السلطة المتعاقدة حيثما تلزم الموافقة على نقل المشاركة في رأس مال شركة المشروع (انظر الفقرات ٧٢-٧٦).

واو- تنازل الشريك الخاص عن الحقوق

٧٠- تُمنح الامتيازات الواردة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في ضوء مؤهلات الشريك الخاص الخاصة ومدى إمكانية الاعتماد عليه، وهي ليست قابلة للتحويل بحرية ودون قيد

في معظم النظم القانونية. وفي الواقع، كثيراً ما تحظر القوانين الوطنية تنازل الشريك الخاص عن الحقوق التي يحصل عليها بعد إسناد العقد دون موافقة السلطة المتعاقدة. والغرض من هذه القيود هو عادة ضمان سيطرة السلطة المتعاقدة على مؤهلات متعهدي تشغيل مرافق البنية التحتية أو مقدمي الخدمات العمومية. وتمنع بعض البلدان أيضاً هذا التنازل قبل اكتمال مرفق المشروع.

٧١- وقد وجدت بعض البلدان من المفيد أن تذكر في التشريع الشروط التي يمكن بمقتضاها الموافقة على نقل امتياز قبل انقضاء مدته مثل قبول الشريك الخاص الجديد جميع الالتزامات الواردة في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتقديم أدلة على أن الشريك الخاص الجديد يملك القدرة التقنية والمالية اللازمة لتقديم الخدمة. والأحكام التشريعية العامة التي من هذا النوع قد تستكمل بأحكام محددة في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص تبين نطاق تلك القيود وكذلك الشروط التي يمكن بمقتضاها منح موافقة السلطة المتعاقدة. غير أنه يجدر ذكر أن هذه القيود عادة ما تنطبق على تنازل الشريك الخاص طوعاً عن حقوقه، وهي لا تحول دون نقل الامتياز إجبارياً إلى كيان يعينه المقرضون، بموافقة السلطة المتعاقدة، بغرض تجنب الإنهاء بسبب إخلال خطير من جانب الشريك الخاص بالتزاماته (انظر أيضاً الفقرات ...).

زاي- نقل حصة غالبية في شركة المشروع

٧٢- قد تكون السلطة المتعاقدة مهتمة بأن يستمر التزام الأعضاء الأصليين في كونسورتيوم مقدمي العروض بالمشروع طوال مدته وبألا تحول السيطرة الفعلية على شركة المشروع إلى كيانات ليست معروفة للسلطة المتعاقدة. ويجري اختيار الشركاء الخاصين لتنفيذ مشاريع البنى التحتية استناداً جزئياً على الأقل إلى خبرتهم وقدرتهم على تنفيذ ذلك النوع من المشاريع (انظر الفصل الثالث، "إسناد العقد"، الفقرات ٣٨-٤٠). ولذلك تكون السلطات المتعاقدة قلقة من أنه لو كان للمساهمين في الشريك الخاص حرية تامة لتحويل استثمارهم في مشروع معين، فلن يكون هناك أي ضمان بخصوص من سوف يقدم فعلاً الخدمات المعنية. ولكن من الناحية العملية، لا يكون لهذا التعهد من جانب الشريك الخاص وكونسورتيوم مقدمي العروض مغزى ما لم يكن في قدرتهم الوفاء بالتزاماتهم.

٧٣- وقد تتراح السلطات المتعاقدة إلى الخبرة التي أثبتتها كونسورتيوم مقدمي العروض الذي وقع عليه الاختيار في المرحلة السابقة للاختيار وكذلك إلى ضمانات الأداء المقدمة من المنظمات الأم لكونسورتيوم الأصلي ومقاوليه من الباطن. إلا أنه ينبغي من الناحية العملية عدم المغالاة في الارتياح إلى الخبرة الظاهرية للمساهمين في شركة الشريك الخاص. وفي حالة إنشاء كيان اعتباري مستقل لتنفيذ عقد الشراكة، وهو ما يحدث في كثير من الأحيان (انظر الفقرة ...)، قد تكون مساندة المساهمين في شركة الشريك الخاص قاصرة على الحد الأقصى من تبعاتهم في حالة تعثر المشروع. وعلى ذلك، فإن القيود المفروضة على إمكانية تحويل الاستثمار، في حد ذاتها ووحدها، قد لا تشكل حماية كافية من خطر تخلف الشريك الخاص عن الأداء. وليست هذه القيود بالأخص بديلاً عن التدابير العلاجية المناسبة المنصوص عليها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مثل رصد مستوى الخدمة المقدمة (انظر الفقرات ...)، والإنهاء دون تعويض كامل في حالة سوء الأداء (انظر الفصل الخامس، "مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديدته وإنهاؤه"، الفقرتين ٤٤ و ٤٥).

٧٤- وإضافة إلى ما سبق، قد تمثل القيود على إمكانية نقل ملكية أسهم الشركات التي توفر خدمات عمومية بعض المساوئ بالنسبة إلى السلطة المتعاقدة. وكما ذكر فيما تقدم (انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرات ٥٤-٦٧)، هناك أنواع عديدة من التمويل المتاح من مختلف المستثمرين تختلف باختلاف أشكال المخاطرة والعائد. فالمستثمرون الأول، مثل شركات التشييد وموردي المعدات، يسعون إلى الحصول على عائد أعلى مقابل ارتفاع مستوى المخاطر التي يتعرضون لها، في حين أن المستثمرين اللاحقين قد يطلبون عائداً أدنى من ذلك يتكافأ مع انخفاض المخاطر التي يتعرضون لها. وموارد غالبية المستثمرين الأول محدودة وهم يحتاجون إلى إعادة تدوير رأس المال من أجل التمكن من المشاركة في مشاريع جديدة. لذلك، قد لا يكون هؤلاء المستثمرون على استعداد لربط رأس المال في مشاريع طويلة الأجل. وعند انتهاء مرحلة التشييد، قد يفضل المستثمرون الأول بيع نصيبهم إلى مساهم ثانوي يكون عائده المطلوب أقل. وعندما تصبح هذه العادة عرفاً مؤكداً، يمكن أن تجرى إعادة تمويل أخرى. أما إذا كانت قدرة المستثمرين على استثمار رأس المال وإعادة استثماره من أجل تنفيذ المشاريع محدودة بقيود مفروضة على إمكانية نقل ملكية الأسهم في مشاريع البنية التحتية، فمن المحتمل أن ترتفع تكلفة التمويل. وفي بعض الظروف قد لا يتسنى تمويل مشروع على الإطلاق، نظراً لأن بعض المستثمرين الذين قد تكون مشاركتهم ذات أهمية حاسمة لتنفيذ المشروع قد لا يكونون على استعداد للمشاركة فيه. ومن المحتمل على الأمد البعيد أن تنشأ عقبات أمام تنمية سوق للاستثمار في البنى التحتية العمومية إذا فرضت قيود لا ضرورة لها على حرية المستثمرين في نقل مصالحهم في الشراكات بين القطاعين العام والخاص.

٧٥- وللأسباب السالفة الذكر، قد يستحسن أن يقصر القانون القيود المفروضة على نقل ملكية الحصة الغالبة في شركة المشروع على فترة معينة من الزمن (مثلاً، على عدد معين من السنين بعد إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو بعد إتمام مرحلة التشييد)، أو على الحالات التي تبرر فيها تلك القيود أسباب تتعلق بالمصلحة العامة. وقد يكون من بين هذه الأوضاع الحالة التي يكون فيها في حوزة الشريك الخاص ممتلكات عمومية، أو عندما يحصل الشريك الخاص على قروض أو إعانات أو مساهمة في رأس المال أو على أشكال أخرى من الدعم الحكومي المباشر. وفي هذه الحالات تقتضي مساءلة السلطة المتعاقدة عن سلامة استخدام الأموال العامة ضمانات بأن الأموال والموجودات قد عهد بها إلى شركة راسخة يظل المستثمرون الأول ملتزمين بها لمدة معقولة. وقد يكون هناك وضع آخر يبرر فرض قيود على نقل ملكية أسهم شركات الشريك الخاص، وهو عندما تكون للسلطة المتعاقدة مصلحة في منع تحويل الأسهم إلى مستثمرين معينين. فمثلاً، قد ترغب السلطة المتعاقدة في أن تتحكم في عمليات اقتناء حصص غالبية في الشركات التي توفر خدمات عمومية لتجنب تشكيل احتكارات أو تكتلات احتكارية في القطاعات المحررة، أو قد لا يرى من الملائم أن تستخدم جهة حكومية شركة سبق أن احتالت على إحدى الجهات الحكومية الأخرى. وذلك من خلال شركة فرعية امتلكتها تلك الشركة مؤخراً.

٧٦- وفي هذه الحالات الاستثنائية قد يكون من المستصوب أن يحصل المستثمرون الأول على موافقة مسبقة من السلطة المتعاقدة قبل نقل ملكية أسهمهم في رأس المال. وينبغي التوضيح في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أنه يجب عدم الامتناع لأسباب غير معقولة عن منح تلك

الموافقة أو تأخير منحها دون داع. وقد يكون من المستصوب أيضا لدواعي الشفافية أن ينص في القانون على الأسباب التي تجيز سحب الموافقة وإلزام السلطة المتعاقدة بأن تحدد أسباب الرفض في كل حالة من الحالات. وقد يلزم النظر في المدة المناسبة لتلك القيود (أي مثلا لمرحلة معينة من المشروع أو لمدة الامتياز بأسرها) على أساس كل حالة على حدة. وقد يمكن تخفيف القيود في بعض المشاريع بعد استكمال المرفق. ومن المستصوب أيضا أن يوضح في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ما إذا كان يجب أن تنطبق هذه القيود أيضا - إن وجدت - على نقل ملكية أي أسهم في شركة الشريك الخاص، أو إذا كان اهتمام السلطة المتعاقدة سوف يركز على مستثمر واحد معين (مثل شركة تشييد أو مصمم المرفق) طوال مرحلة التشييد أو لوقت طويل بعد ذلك.

حاء - أشغال التشييد

٧٧- عادة ما تكون السلطات المتعاقدة المشترية لأشغال التشييد بمثابة صاحب العمل بموجب عقد التشييد وتحفظ لنفسها بحقوق واسعة النطاق في الرصد والمعاينة، بما في ذلك الحق في مراجعة مشروع التشييد وطلب إدخال تعديلات عليه، والحق في متابعة أشغال التشييد وجدولها الزمني عن كثب، والحق في معاينة الأشغال بعد إتمامها وقبولها رسميا وإعطاء الإذن النهائي لبدء تشغيل المرفق.

٧٨- ومن جهة أخرى، في كثير من الشراكات بين القطاعين العام والخاص، قد لا تؤثر السلطة المتعاقدة أن تتولى المسؤولية المباشرة عن إدارة تفاصيل المشروع، وتفضل بدلا من ذلك تحويل هذه المسؤولية إلى الشريك الخاص بإلزامه بتولي المسؤولية الكاملة عن إتمام التشييد في موعده (انظر الفصل الثاني "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ...). ويهم الشريك الخاص أيضا ضمان إتمام المشروع في الموعد المحدد وعدم تجاوز التكلفة المقدرة، وهو يتفاوض عادة على إبرام عقود تسليم مفتاح محددة السعر ومحددة الوقت تشمل ضمانات تنفيذ من جانب مقاولي التشييد. وعلى ذلك ففي الشراكات بين القطاعين العام والخاص يكون الشريك الخاص هو الذي يؤدي في معظم الأوقات الدور الذي يؤديه رب العمل عادة بموجب عقود التشييد.

٧٩- ولهذا الأسباب، تقتصر الأحكام التشريعية بخصوص تشييد مرافق البنية التحتية في شكل شراكات بين القطاعين العام والخاص في بعض البلدان على تعريف عام لالتزام الشريك الخاص بتنفيذ أشغال عامة وفقا لشروط عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتُمنح السلطة المتعاقدة حقا عاما في رصد التقدم المحرز في العمل بغية ضمان مطابقتها لشروط الاتفاق. وفي تلك البلدان تترك الشروط الأكثر تفصيلا لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

١ - استعراض خطط التشييد والموافقة عليها

٨٠- في الحالات التي يرى فيها أنه يلزم تناول أعمال التشييد والمسائل ذات الصلة بها في التشريع، من المستصوب وضع إجراءات تساعد على إبقاء مواعيد إتمام العمل وتكاليف التشييد في حدود التقديرات وعلى تقليل احتمال حدوث نزاعات بين الشريك الخاص والسلطات العمومية المعنية. فعلى سبيل المثال، عندما تقضي الأحكام القانونية بأن تستعرض السلطة المتعاقدة مشروع التشييد وأن توافق عليه، ينبغي أن يحدد في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الموعد النهائي

لإجراء الاستعراض وأن ينص الاتفاق على اعتبار أن الموافقة قد منحت ما لم تبد السلطة المتعاقدة أي اعتراضات خلال الفترة المعنية. وقد يكون من المفيد أيضا أن تبين في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأسباب التي تجيز للسلطة المتعاقدة إبداء اعتراضات أو طلب إجراء تعديلات في المشروع مثل مراعاة دواعي السلامة أو الدفاع أو الأمن أو الاعتبارات البيئية أو عند عدم الالتزام بالموصفات.

٢- التغيير في شروط المشروع

٨١- كثيرا ما تعرّض أوضاع أثناء تشييد مرافق البنية التحتية تجعل من الضروري أو المستحسن إجراء تعديلات في جوانب معينة من عملية الإنشاء. ولذلك قد ترغب السلطة المتعاقدة في أن تحتفظ بحق طلب تعديلات تتعلق بجوانب مثل نطاق التشييد، والخصائص التقنية للمعدات أو المواد التي سوف تستخدم في الأشغال أو خدمات التشييد المطلوبة وفقا للمواصفات. ويشار إلى هذه التعديلات في الدليل بتعبير "تغييرات". وتعبير "تغييرات"، بمعناه المستخدم في الدليل، لا يتضمن إجراء تعديلات في التعريفات أو مراجعة لها بسبب حدوث تغييرات في التكاليف أو تقلبات في سعر العملة (انظر الفقرات ...). وبالمثل، لا تعتبر في الدليل إعادة التفاوض على عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في حالة حدوث تغييرات جوهرية في الظروف تغييرا (انظر الفقرات ...).

٨٢- ونظرا لمدى التعقد الذي تتسم به غالبية مشاريع البنية التحتية، لا يمكن استبعاد الحاجة إلى تغييرات في مواصفات التشييد أو خلاف ذلك من احتياجات المشروع. بيد أن هذه التغييرات كثيرا ما تؤدي إلى تأخير في تنفيذ المشروع أو في توفير الخدمة العمومية، كما أنها قد تجعل التنفيذ بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أكثر تكلفة للشريك الخاص. وعلاوة على ذلك، قد تتجاوز تكلفة تنفيذ طلبات لتغييرات واسعة النطاق موارد الشريك الخاص المالية، مما يستلزم قدرا كبيرا من التمويل الإضافي قد لا يكون متاحا بتكلفة مقبولة. ولذلك يستحسن أن تنظر السلطة المتعاقدة في تدابير للتحكم في احتمال الحاجة إلى التغييرات. وجودة دراسات الجدوى التي تطلبها السلطة المتعاقدة والمواصفات المقدمة أثناء عملية الاختيار تؤدي دورا هاما في تجنب التغييرات اللاحقة في المشروع (انظر الفصل الثالث، "إسناد العقد"، الفقرات ٦١ و ٦٤-٦٦).

٨٣- وينبغي أن يبين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الظروف المحددة التي يجوز فيها للسلطة المتعاقدة أن تطلب إجراء تغييرات تتعلق بمواصفات التشييد وأن يبين التعويض الذي قد يكون مستحقا للشريك الخاص - حسب الاقتضاء - لتغطية التكلفة الإضافية للتغييرات وما ينجم عنها من تأخير. وينبغي أيضا أن يوضح عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص مدى التزام الشريك الخاص بتنفيذ تلك التغييرات وما إذا كان يجوز له أن يعترض على التغييرات وعلى أي أساس يجوز له الاعتراض في هذه الحالة. وعملا بالممارسات التعاقدية لبعض النظم القانونية، يمكن أن يعفى الشريك الخاص من التزاماته عندما يتجاوز مبلغ التكاليف الإضافية الناجمة عن التغييرات حدا أقصى معيناً.

٨٤- وقد اتبعت في عقود التشييد الكبيرة نهج تعاقدية مختلفة بشأن التغييرات وذلك لبيان مدى التزام المفاوض بتنفيذ التغييرات والتعديلات الواجبة في سعر العقد أو مدته. ويمكن استخدام تلك

الحلول أيضاً، مع إجراء التغييرات الضرورية، لمعالجة التغييرات التي تطلبها السلطة المتعاقدة بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.^(٣) إلا أنه تجدر ملاحظة أنه في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المتعلقة بالبنية التحتية تكون المبالغ المدفوعة لشركة المشروع في شكل رسوم أو أسعار يدفعها المستعملون مقابل ناتج المرفق، وليست في شكل ثمن إجمالي لأعمال التشييد، ولهذا فإن أساليب التعويض المتعلقة بعقود الشراكة تلك تتضمن أحياناً مزيجاً من أساليب مختلفة تشمل دفع مبلغ إجمالي أو زيادة التعريفات أو مد فترة عقد الشراكة. فقد تكون هناك، مثلاً، تغييرات تؤدي إلى زيادة في التكلفة قد يستطيع الشريك الخاص أن يستوعبها أو أن يمولها بنفسه وأن يستهلكها بواسطة تعديل في آلية التعريفات أو آلية الدفع، حسب الحالة. وفي حالة عدم استطاعة الشريك الخاص تمويل أو إعادة تمويل التغييرات بمفرده، قد يرغب الطرفان في أن ينظرا في دفع مبالغ إجمالية بدلاً من الالتجاء إلى صيغة معقدة ومكلفة لإعادة التمويل.

٣- صلاحيات الرصد المخولة للسلطة المتعاقدة

٨٥- جرت العادة في بعض النظم القانونية على أن تحتفظ السلطات العمومية التي تشتري أعمال التشييد بصلاحيات الأمر بتعليق أو وقف الأشغال لدواعي المصلحة العامة. ومع ذلك، وبغية طمأنة المستثمرين المحتملين، قد يكون من المفيد الحد من إمكانية هذا التدخل والنص على ألا تكون مدة الانقطاع أو مداه أكثر مما تدعو إليه الضرورة، مع مراعاة الظروف التي أدت إلى طلب التعليق أو الوقف. ومما قد يطمئن المستثمرين المحتملين في ذلك الشأن أن يتضمن التشريع تعريفاً للحالات التي يعتبرها أسباباً تختمها المصلحة العامة، مثل المشاكل البيئية الواسعة النطاق أو الأخطار التي تهدد السكان في موقع تشييد المشروع. وقد يكون من المفيد أيضاً أن يتم الاتفاق على مدة قصوى للتعليق والنص على تعويض الشريك الخاص تعويضاً مناسباً. وعلاوة على ذلك، يمكن تقديم ضمانات تكفل دفع تعويض للشريك الخاص عن الخسائر الناجمة عن تعليق المشروع واستعادة التوازن المالي والاقتصادي في عقد الشراكة بعد إلغاء أمر التعليق (انظر أيضاً الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ٤٨-٥٠).

٨٦- وفي بعض النظم القانونية، تصبح المرافق التي تبنى لكي تستخدم في توفير خدمات عمومية معينة ملكاً عمومياً حال الانتهاء من عملية التشييد (انظر الفقرة ...). وفي تلك الحالة، كثيراً ما يشترط القانون أن تقبل رسمياً السلطة المتعاقدة أو هيئة عمومية أخرى المرفق المكتمل. وعادة ما لا يعطى ذلك القبول الرسمي إلا بعد تفقد المرفق المكتمل والتوصل إلى نتيجة مرضية لما يجري من اختبارات للتحقق من أن المرفق قابل للتشغيل ويطابق المواصفات وبقي بالمتطلبات التقنية وبمقتضيات السلامة. وحتى في الحالات التي لا يشترط فيها قبول رسمي من جانب السلطة المتعاقدة (مثلاً، عندما يظل المرفق ملكاً للشريك الخاص)، كثيراً ما يشترط أن تقوم السلطة المتعاقدة بتفقد نهائي لأشغال التشييد للتحقق من امتثالها للوائح التنظيمية للصحة أو السلامة أو البناء أو العمل والموافقة عليها في النهاية. وينبغي أن يبين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتفصيل طبيعة اختبارات إنجاز التشييد أو معاينة المرفق بعد

(٣) للاطلاع على مناقشة للنهج وللحلول الممكنة في عقود التشييد الخاصة بتشيد المنشآت الصناعية، انظر دليل الأونسيترال القانوني بشأن صياغة العقود الدولية لتشيد المنشآت الصناعية (منشورات الأمم المتحدة، رقم البيع A.87.V.10)، الفصل الثالث والعشرون، "شروط التغيير".

اكتماله، والجدول الزمني للاختبارات (قد يكون من المناسب، مثلاً، إجراء اختبارات جزئية على امتداد فترة معينة، بدلاً من إجراء معاينة واحدة في النهاية)؛ وتبعات عدم احتياز الاختبار؛ والمسؤولية عن تدبير الموارد اللازمة للمعاينة وتغطية التكاليف المناظرة. وقد وجد في بعض البلدان أن من المفيد أن يؤذن بتشغيل المرفق على أساس مؤقت في انتظار الموافقة النهائية من جانب السلطة المتعاقدة، وإتاحة الفرصة للشريك الخاص لتصحيح ما قد يظهر من عيوب في ذلك الوقت.

٤ - فترة الضمان

٨٧ - عادة ما تنص عقود التشييد التي يتفاوض بشأنها الشريك الخاص على ضمان للجودة يتعهد بموجبه المقاولون بتحمل المسؤولية عما يكون هناك من عيوب في الأشغال أو من افتقار إلى الدقة أو أوجه قصور في الوثائق التقنية المقدمة مع الأشغال، مع بعض الاستثناءات المعقولة (ومن بينها البلى الناجم عن الاستعمال العادي وخطأ الصيانة أو التشغيل من جانب الشريك الخاص). ويمكن أيضاً كفالة مزيد من المسؤولية بمقتضى أحكام قانونية أو مبادئ قانونية عامة في إطار القانون الواجب التطبيق، كالتمديد الخاص لفترة سريان المسؤولية عن العيوب البنوية في الأشغال، مما تنص عليه بعض النظم القانونية. وينبغي أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن الموافقة النهائية على المرفق أو قبوله بصفة نهائية من جانب السلطة المتعاقدة لا يعفيان مقاولي التشييد من أي مسؤولية عن عيوب في الأشغال أو عن افتقار إلى الدقة أو أوجه قصور في الوثائق التقنية التي قد تقدم بموجب عقود التشييد أو بمقتضى القانون الواجب التطبيق.

طاء - تشغيل البنية التحتية

٨٨ - بمجرد انتهاء مرحلة التشييد يزول أحد أهم المخاطر المرتبطة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص، وهو عدم إتمام المشروع (انظر الفقرة ٧٥ والفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرة ...). وليس من النادر لذلك أن تسمح عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لشركات التشييد بأن تغادر المشروع مع انتهاء المرحلة الأولى (انظر الفقرة ...). غير أن التغييرات المسموح بها في مرحلة التشغيل قد تكون أكثر أهمية من التغييرات المسموح بها في مرحلة التشييد.

٨٩ - وشروط تشغيل المرفق وصيانته وكذلك معايير الجودة والسلامة كثيراً ما يرد ذكرها في القانون وتبين بالتفصيل في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وإضافة إلى ذلك، وبالأخص في ميادين الكهرباء والمياه والصرف الصحي والنقل العام، قد تمارس السلطة المتعاقدة أو هيئة رقابة تنظيمية مستقلة وظيفة إشرافية على تشغيل المرفق. والمناقشة الشاملة للمسائل القانونية المتصلة بشروط تشغيل مرافق البنية التحتية تتجاوز نطاق هذا الدليل. ولذلك لا تتضمن الفقرات التالية إلا عرضاً موجزاً لبعض من المسائل الرئيسية.

٩٠ - والمقصود من مختلف أحكام الرقابة التنظيمية بشأن تشغيل البنية التحتية والاقتضاءات القانونية لتوفير الخدمات العمومية تحقيق أغراض مختلفة ذات صلة بالمصلحة العامة. ونظراً لطول أمد مشاريع البنية التحتية عادة، هناك احتمال بأن يلزم تعديل تلك الشروط والاقتضاءات أثناء فترة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وتكون هذه الشروط والاقتضاءات مهمة ومعقدة

بشكل خاص في المشاريع حينما يوفر الشريك الخاص الخدمات أو السلع إلى المستعمل النهائي في إطار شراكة امتيازية بين القطاعين العام والخاص مثلاً. بيد أنه من المهم تذكر حاجة القطاع الخاص إلى إطار تنظيمي مستقر ويمكن التنبؤ به. فقد تؤدي التغييرات في اللوائح التنظيمية أو كثرة إضافة قواعد جديدة وأكثر صرامة إلى اضطراب تنفيذ المشروع وتعرض جدواه المالية للخطر. لذلك يمكن للطرفين أن يتفقا على ترتيبات تعاقدية لمواجهة الآثار السلبية لأي تغييرات لاحقة في اللوائح التنظيمية (انظر الفقرات ١٣١-١٣٤)، ولكن يستحسن أن تتجنب أجهزة الرقابة التنظيمية الإفراط في التنظيم أو الشطط في معدل تغيير القواعد القائمة.

١ - معايير الأداء

٩١ - يتعين عموماً على مقدمي الخدمات العمومية أن يفوا بمجموعة من المعايير التقنية والخدمية. وفي معظم الحالات تكون تلك المعايير تفصيلية إلى حد يحول دون النص عليها في التشريعات، ويمكن أن ترد في المراسيم التنفيذية أو في اللوائح التنظيمية أو غير ذلك من الصكوك. وكثيراً ما ينص على معايير الخدمة بتفاصيل كبيرة في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وهي تتضمن معايير الجودة، مثل المتطلبات المتعلقة بقاء المياه وضغطها؛ والحد الزمني الأقصى لتنفيذ الإصلاحات؛ والحد الأقصى لعدد العيوب أو الشكاوى؛ ودقة التوقيت في خدمات النقل؛ واستمرارية توفير الخدمة؛ إضافة إلى المعايير المتعلقة بالصحة والسلامة والبيئة. غير أن التشريع ينبغي أن يفرض مبادئ أساسية يسترشد بها في صوغ المعايير التفصيلية أو تقضي بالالتزام بالمعايير الدولية.

٩٢ - وتحتفظ السلطة المتعاقدة عادةً بصلاحيات رصد التزام شركة المشروع بمعايير الأداء المنصوص عليها. ويهتم الشريك الخاص بأن يتجنب قدر الإمكان أي انقطاع في تشغيل المرفق وبحماية نفسه من عواقب أي انقطاع. ويسعى إلى الحصول على تأكيدات بأن ممارسة السلطة المتعاقدة لصلاحياتها في الرصد أو الرقابة لن تؤدي إلى اضطراب أو انقطاع لا داعي له في تشغيل المرفق وأنها لن تؤدي إلى تحمل الشريك الخاص تكاليف إضافية لا داعي لها.

٢ - توسيع نطاق الخدمات

٩٣ - تعتبر بعض النظم القانونية الهيئية، التي تعمل بموجب عقد شراكة بين القطاعين العام والخاص لتقديم خدمات أساسية معينة كالكهرباء أو مياه الشرب لمجتمع محلي أو لمنطقة وسكانها، ملزمة بتوفير نظام خدمات يفي على نحو معقول بتلبية طلب ذلك المجتمع أو تلك المنطقة. وكثيراً ما لا يكون ذلك الالتزام متعلقاً بالطلب الذي كان سائداً وقت إسناد عقد الشراكة وحسب، بل يعني ضمناً أيضاً التزاماً بمواكبة نمو المجتمع المحلي المخدم أو المنطقة المخدمة وتوسيع نطاق النظام تدريجياً حسبما يقتضيه الطلب المعقول من المجتمع أو المنطقة. ويتسم هذا الالتزام في بعض النظم القانونية بطابع الواجب العام الذي يمكن أن يستظهر به أي من سكان المنطقة المعنية أو المجتمع المعني، وفي نظم قانونية أخرى يأخذ شكل الالتزام القانوني أو التعاقدية الذي يمكن للسلطة المتعاقدة أو جهاز رقابة تنظيمية، حسب الحالة، إنفاذه.

٩٤- وفي بعض النظم القانونية، لا يكون هذا الالتزام مطلقاً وغير مقيد. فواجب الشريك الخاص في أن يوسع مرافقه الخدمية قد يتوقف في الواقع على عوامل مختلفة، مثل الحاجة إلى التوسيع وتكلفته والعائد الذي يمكن توقعه نتيجة للتوسع؛ والوضع المالي للشريك الخاص؛ والمصلحة العامة التي يؤدي إليها تنفيذ التوسع؛ ونطاق الالتزامات التي يتولاها الشريك الخاص في هذا الصدد. بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وفي بعض النظم القانونية، قد يكون الشريك الخاص ملزماً بتوسيع مرافقه الخدمية حتى إذا لم يكن ذلك التوسيع مربحاً على الفور، أو حتى إذا أمكن أن تشتمل منطقة نشاط الشريك الخاص فيما بعد على أجزاء غير مربحة نتيجة لتنفيذ التوسع. غير أن هذا الالتزام يكون خاضعاً لقيود معينة، حيث إن الشريك الخاص ليس ملزماً بتنفيذ توسيعات تضع عبئاً غير معقول عليه أو على زبائنه. وحسب الظروف المعينة، يمكن أن يستوعب الشريك الخاص تكلفة تنفيذ التوسيعات في المرافق الخدمية، أو أن ينقلها إلى الزبائن أو المستعملين النهائيين في شكل زيادات في التعريفات أو رسوم استثنائية، أو يمكن أن تستوعبها كلياً أو جزئياً السلطة المتعاقدة أو سلطة عمومية أخرى بواسطة تقديم إعانات أو منح. ونظراً لتنوع العوامل التي قد يلزم أخذها في الحسبان من أجل تقدير معقولية أي توسيع معين، ينبغي أن يبين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الظروف التي يجوز فيها إلزام الشريك الخاص بتنفيذ توسيعات في مرافقه الخدمية، والطرق الملائمة لتمويل تكاليف تلك التوسيعات.

٣- استمرارية الخدمة

٩٥- هناك التزام آخر على مقدمي الخدمات العمومية وهو ضمان استمرار تقديم الخدمة في معظم الظروف، إلا عند وقوع أحداث محددة تحديداً ضيقاً تعفيهم من ذلك (انظر أيضاً الفقرات ...). وفي بعض النظم القانونية، يتسم هذا الالتزام بطابع واجب قانوني يلزم القيام به حتى إذا لم يكن منصوباً عليه صراحة في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. والنتيجة الطبيعية لهذه القاعدة في النظم القانونية التي توجد فيها هي أنه لا يجوز للشريك الخاص أن يتذرّع بظروف مختلفة قد تأذن، بموجب المبادئ العامة لقانون العقود، لأحد طرفي العقد بأن يعلق الوفاء بالتزاماته أو أن يتوقف عن ذلك، ومنها المشقة الاقتصادية أو الإخلال من جانب الطرف الآخر بالتزاماته كأسباب لتعليق توفير خدمة عمومية أو التوقف عن ذلك جزئياً أو كلياً، بل قد تكون للسلطة المتعاقدة في بعض النظم القانونية، صلاحيات إنفاذية خاصة لإرغام الشريك الخاص على استئناف الخدمة في حالة التوقف غير المشروع.

٩٦- ويخضع هذا الالتزام هو الآخر لقاعدة عامة هي المعقولة. فثمة نظم قانونية مختلفة تعترف بحق الشريك الخاص في تعويض عادل عن اضطرابه إلى تقديم الخدمة في ظروف شاقة (انظر الفقرات ...). وعلاوة على ذلك، لا تجيز بعض النظم القانونية إرغام مقدم الخدمات العمومية على العمل عندما يؤدي التشغيل العام لمرافقه إلى خسارة. وعندما لا تعود الخدمة العمومية بأسرها مربحة، وليس مجرد فرع أو أكثر أو منطقة أو أكثر من فروعها أو مناطقها، فقد يكون للشريك الخاص الحق في تعويض مباشر من السلطة المتعاقدة، أو بدلاً من ذلك، الحق في إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وإن كان الإنهاء يحتاج عادة إلى موافقة السلطة المتعاقدة أو إلى حكم قضائي. وفي النظم القانونية، التي تسمح بحل كهذا، من المستصوب أن يوضح عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ماهية الظروف

الاستثنائية التي يمكن أن تبرر تعليق الخدمة أو حتى إبراء الشريك الخاص من التزاماته بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (انظر الفقرات ...؛ وانظر أيضا الفصل الخامس، "مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديده وإنهاؤه"، الفقرة ٣٤).

٤ - المساواة في معاملة الزبائن أو المستعملين

٩٧- في بعض الولايات القضائية تخضع الكيانات التي تقدم خدمات معينة للجمهور العام لالتزام محدد بضمان توافر هذه الخدمة - بشروط واحدة أساسا - لجميع المستعملين والزبائن الذين يندرجون في نفس الفئة. غير أن أي تمييز مستند إلى تصنيف معقول وموضوعي للزبائن والمستعملين مقبول في هذه النظم القانونية، بشرط التماثل في توفير خدمات متزامنة للمستهلكين والمستعملين المشتغلين بأعمال متماثلة في ظروف متماثلة. لذلك قد لا يكون تقاضي أسعار مختلفة أو عرض شروط مختلفة لتقديم الخدمة إلى فئات مختلفة من المستعملين (كالمستهلكين المنزليين من جهة والمستهلكين التجاريين والصناعيين من جهة أخرى) متناقضا مع مبدأ المساواة في المعاملة، شريطة استناد التمييز إلى معايير موضوعية ومطابقته لفوارق حقيقية بين أوضاع المستهلكين أو ظروف تزويدهم بالخدمة. وأما إذا كان الفارق في الرسوم أو شروط الخدمة الأخرى قائما على فوارق حقيقية في الخدمة (مثل زيادة رسوم الخدمات الموفرة في ساعات ذروة الاستهلاك)، فينبغي عادة أن يكون متناسبا مع مقدار تلك الفوارق.

٩٨- وعلاوة على ذلك التمييز الذي يحدده الشريك الخاص نفسه، قد يكون تباين معاملة مستعملين أو زبائن معينين ناجما عن إجراء تشريعي. ففي بلدان كثيرة يقضي القانون بتوفير خدمات معينة بشروط ميسرة بشكل خاص إلى فئات معينة من المستعملين والزبائن، مثل تخفيض أسعار النقل لتلاميذ المدارس أو المسنين، أو تخفيض أسعار المياه أو الكهرباء لمحدودي الدخل أو سكان الريف. ويمكن لمقدمي الخدمات العمومية تعويض أعباء أو تكاليف الخدمة هذه بعدة طرق، من بينها الدعم الحكومي، أو بواسطة صناديق أو غير ذلك من آليات رسمية تنشأ من أجل تقسيم الأعباء المالية لهذه الالتزامات على جميع مقدمي الخدمات العمومية، أو من خلال إعانات بينية داخلية مستمدة من خدمات تدر أرباحا أعلى (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ٤٢-٤٤)، والفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات ...).

٥ - ترابط شبكات البنية التحتية والوصول إليها

٩٩- تكون الشركات التي تشغل شبكات البنية التحتية في قطاعات مثل النقل بالسكك الحديدية أو الاتصالات السلكية واللاسلكية أو الإمداد بالكهرباء أو بالغاز ملزمة أحيانا بأن تتيح لشركات أخرى إمكانية النفاذ إلى الشبكة. وقد يرد هذا الاقتضاء في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو قد ينص عليه في قوانين أو لوائح تخص القطاع بالتحديد. وقد استحدثت في قطاعات معينة من البنية التحتية شروط بشأن الترابط وإمكانية النفاذ تكملة لإصلاحات أدخلت على بنية قطاع معين، بينما اعتمدت تلك الشروط في قطاعات أخرى من أجل تشجيع التنافس في القطاعات التي ظلت

متكاملة كلياً أو جزئياً (للاطلاع على مناقشة موجزة للمسائل المتصلة ببنية السوق، انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرات ٢١-٤٦).

١٠٠- وكثيراً ما يجري إلزام متعهدي تشغيل الشبكات بإتاحة النفاذ إليها بشروط عادلة وغير تمييزية من الناحيتين المالية والتقنية. وعدم التمييز يعني ضمناً أنه ينبغي أن تتمكن أي شركة جديدة أو مقدم خدمات جديد من استخدام البنية التحتية الخاصة بمتعهد تشغيل الشبكة بشروط لا تكون أقل مؤاتاة من الشروط التي يمنحها متعهد تشغيل الشبكة لخدماته الخاصة أو لموفري الخدمات المنافسين. ولكن تجدر ملاحظة أن كثيراً من الأنظمة التي تحكم إمكانية النفاذ إلى خطوط الأنابيب، مثلاً، لا تقضي بمنح شروط مساوية تماماً للمستعملين الناقلين أو المنافسين، وقد يكون الإلزام بإتاحة النفاذ مشروطاً بطريقة ما، فيمكن أن يكون قاصراً، مثلاً، على السعة الفائضة وحدها أو قد يشترط أن تكون إتاحة النفاذ بشروط معقولة لا مساوية.

١٠١- وفي حين أن تحديد أسعار النفاذ يكون عادة على أساس التكلفة، فكثيراً ما تحتفظ أجهزة الرقابة التنظيمية بحق رصد تعريفات النفاذ لكي تضمن أن تكون مرتفعة بقدر يكفي لإعطاء حافز ملائم للاستثمار في البنية التحتية المطلوبة ومنخفضة إلى حد كاف للسماح للمستعملين الجدد بالتنافس بشروط عادلة. وفي الحالات التي يوفر فيها متعهد تشغيل الشبكة خدمات بالتنافس مع غيره من مقدمي الخدمات، يمكن أن تكون هناك شروط بأن تكون أنشطته مفصولة من الناحية المحاسبية وذلك بغية تحديد التكلفة الفعلية لاستخدام الغير للشبكة أو لأجزاء منها.

١٠٢- وقد تكون للشروط التقنية لإمكانية النفاذ نفس الأهمية، وقد يلزم متعهدو تشغيل الشبكات بتكييف شبكاتهم كي تفي باحتياجات المستعملين الجدد. وقد تكون إمكانية النفاذ إلى الشبكة بأسرها أو إلى أجزاء أو شرائح احتكارية منها (يشار إليها أيضاً أحياناً بعبارة مرافق احتكارية أو أساسية). وتسمح حكومات كثيرة لمقدمي الخدمات بتشديد بنى تحتية خاصة بهم أو باستخدام بنى تحتية بديلة إذا كانت متاحة. وفي هذه الحالات، قد لا يحتاج مقدم الخدمة إلا إلى النفاذ إلى جزء صغير من الشبكة، ولا يجوز، بموجب الكثير من اللوائح التنظيمية، إرغامه على أن يدفع أكثر من تكلفة استخدام المرفق المعين الذي يحتاج إليه، مثل الحلقة المحلية في نظام الاتصالات، أو قدرة النقل اللازمة للتزود بالكهرباء، أو استخدام جزء من خطوط شبكة السكك الحديدية.

٦- اشتراطات الإفصاح والتزامات الشفافية

١٠٣- تفرض قوانين محلية كثيرة التزاماً على مقدمي الخدمات العمومية بأن يزودوا جهاز الرقابة التنظيمية بمعلومات دقيقة في وقت مناسب عن عملياتهم، وتمنح هذه الأجهزة الرقابية التنظيمية حقوقاً محددة لإنفاذ القانون. وقد تتضمن هذه الحقوق توجيه الاستفسارات أو مراجعة الحسابات، بما في ذلك إجراء مراجعات تفصيلية للأداء والامتثال، وفرض جزاءات على الشركات غير المتعاونة، وإصدار أوامر قضائية أو اتخاذ إجراءات جزائية لإجبارها على الإفصاح عن المعلومات.

١٠٤- وعادة ما تلزم الشركات التي تقدم خدمات عمومية بأن تحتفظ بحساباتها وبياناتها المالية وبأن تكشفها لجهاز الرقابة التنظيمية وكذلك بأن تحتفظ بدفاتر محاسبية تفصيلية تقيد فيها التكاليف بما يسمح لجهاز الرقابة التنظيمية بأن يتعقب مختلف جوانب أنشطة الشركة كلاً منها

على حدة. وقد يلزم أيضا فحص المعاملات المالية التي تجري بين الشريك الخاص والشركات التابعة لها إذ قد يحاول الشريك الخاص بتحويل الأرباح إلى أعمال أخرى غير خاضعة لضوابط أو إلى شركات تابعة أجنبية. وقد تُفرض أيضا على متعهدي تشغيل البنية التحتية شروط خاصة بتقديم تقارير تفصيلية عن النواحي المالية وعن الأداء. بيد أنه من المهم كقاعدة عامة وضع حدود معقولة لمدى ونوع المعلومات التي يطلب من متعهدي تشغيل البنية التحتية تقديمها. وينبغي علاوة على ذلك اتخاذ تدابير مناسبة لحماية سرية أي معلومات مشمولة بحقوق الملكية قد يقدمها الشريك الخاص أو الشركات التابعة له إلى جهاز الرقابة التنظيمية.

٧- صلاحيات الشريك الخاص الإنفاذية

١٠٥- في البلدان التي يكون فيها إسناد عقود شراكة بين القطاعين العام والخاص لتوفير الخدمات العمومية تقليدا راسخا، يمكن أن يخول الشريك الخاص الصلاحيات اللازمة لإقرار قواعد تستهدف تيسير تقديم الخدمة (ومنها التعليمات الموجهة إلى المستعملين أو قواعد السلامة)، ولاتخاذ تدابير معقولة لضمان الامتثال لتلك القواعد، ولتعلق تلك الخدمة لأسباب طارئة أو أسباب تتعلق بالسلامة. ولهذا الغرض قد تدعو الحاجة في معظم النظم القانونية إلى سند تشريعي عام أو حتى إلى إذن يصدر من السلطة التشريعية لكل حالة على حدة. وعادة ما يكون مدى الصلاحيات التي تخول الشريك الخاص محددا في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وقد لا يلزم النص عليه بالتفصيل في التشريع. وقد يستحسن النص على أن القواعد التي يصدرها الشريك الخاص تصبح سارية بعد أن يوافق عليها جهاز الرقابة التنظيمية أو السلطة المتعاقدة، حسب الاقتضاء. غير أنه لا ينبغي لحق الموافقة على قواعد التشغيل التي يقترحها الشريك الخاص أن يكون خاضعا لحرية التقدير، وينبغي أن يكون للشريك الخاص الحق في استئناف قرار رفض الموافقة على القواعد المقترحة (انظر أيضا الفصل الأول، "الاطار القانوني والمؤسسي العام"، الفقرتين ٤٩ و ٥٠).

١٠٦- ومما له أهمية خاصة بالنسبة للشريك الخاص مسألة ما إذا كان يجوز وقف توفير الخدمة بسبب التقصير من جانب المتفعين أو عدم التزام من جانبهم على الرغم من التزام الشريك الخاص التزاما عاما بضمان استمرار تقديم الخدمة (انظر الفقرتين ... و ...)، ويعترف الكثير من النظم القانونية بأنه يجوز للكيانات التي توفر خدمات عمومية أن تصدر وأن تنفذ قواعد تقضي بقطع الخدمة عن المستهلك أو المستعمل الذي يتخلف عن السداد أو الذي يخالف شروط الانتفاع من الخدمة مخالفة جسيمة. وكثيرا ما تعتبر هذه الصلاحية لازمة من أجل منع إساءة الاستخدام وضمان الجدوى الاقتصادية للخدمة. ومع ذلك، نظرا للضرورة الأساسية لخدمات عمومية معينة، قد تتطلب هذه الصلاحية في بعض النظم القانونية إذنا تشريعيًا. وعلاوة على ذلك، قد تكون هناك عدة قيود أو شروط صريحة أو ضمنية لممارسة هذه الصلاحية، مثل الشروط الخاصة بالإشعار وبسبل الانتصاف المحددة للمستهلك. وقد تنشأ قيود أو شروط إضافية من تطبيق القواعد العامة لحماية المستهلكين (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرتين ٤٥ و ٤٦).

ياء- ترتيبات تعاقدية عامة

١٠٧- يناقش هذا الباب ترتيبات تعاقدية مختارة ترد عادة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تنفذ في مختلف القطاعات وكثيرا ما تنعكس في شروط تعاقدية موحدة تستخدمها السلطات المتعاقدة المحلية. وعلى الرغم من أن الترتيبات التي يناقشها هذا الباب ترتيبات تعاقدية في جوهرها، فقد تكون لها تأثيرات هامة بالنسبة للتشريع في البلد المضيف وفقا للنظام القانوني الخاص بذلك البلد.

١- التعاقد من الباطن

١٠٨- نظرا لمدى تعقد مشاريع البنية التحتية، عادة ما يرتبط الشريك الخاص بواحد أو أكثر من مقاولي التشييد لتنفيذ بعض أعمال التشييد المنصوص عليها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو الجزء الأكبر منها. وقد يرغب الشريك الخاص في أن يرتبط بمقاولين من ذوي الخبرة في تشغيل وصيانة البنية التحتية أثناء مرحلة تشغيل المشروع. وتعترف قوانين بعض البلدان عموما بحق الشريك الخاص في إبرام عقود حسبما يقتضيه تنفيذ أشغال التشييد. وقد يكون وجود حكم تشريعي يعترف بسلطة الشريك الخاص في التعاقد من الباطن مفيدا بشكل خاص في البلدان التي توجد بها قيود على قدرة المقاولين العاملين مع الحكومة على التعاقد من الباطن. وقد تود السلطة المتعاقدة، تبعا لنوع المرفق قيد البناء أو الإدارة بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، معرفة ماهية الجهات المتواجدة في مواقع البناء التي تؤدي فيها أشغالها، أو التي يوفر فيها المتعاقدون الخدمات، أو في المباني أو البنى التحتية أو الأماكن (مثل مجالس المدن والمدارس المحلية والمرافق الرياضية والموانئ وطرق السيارات) التي تتحمل مسؤوليتها أو التي تشرف عليها.

(أ) اختيار المتعاقدين من الباطن

١٠٩- في بعض البلدان تقيّد حرية الشريك الخاص في التعاقد مع مقاولين من الباطن قواعد تنص على إجراءات مناقصة أو إجراءات مماثلة يخضع لها منح عقود من الباطن من مقدمي الخدمات العمومية. وكثيرا ما تطبق قواعد قانونية من هذا النوع حيثما كان تشغيل مرافق البنية التحتية قاصرا على الحكومات أساسا أو كليا، ولا يوجد به سوى قدر ضئيل أو هامشي من الاستثمار من القطاع الخاص. والغرض من تلك القواعد القانونية هو ضمان الاقتصاد والكفاءة والنزاهة والشفافية في استخدام الأموال العامة. أما في حالة الشراكات بين القطاعين العام والخاص، فقد يكون من شأن هذه الأحكام أن تثني المستثمرين المحتملين عن المشاركة، حيث إن شركات الهندسة والتشييد عادة ما تكون من بين رعاة المشروع المراد تنفيذه وهي تشارك فيه على أمل الحصول على عقود رئيسية لتنفيذ أعمال التشييد وغيرها من الأعمال.

١١٠- غير أن حرية الشريك الخاص في اختيار المتعاقدين من الباطن ليست مطلقة، فالتعاقد الرئيسي ملزم دائما بأن يفصح عن المعلومات المتعلقة بالمقاولين الذين يتعاقد معهم من الباطن، سواء أكان هذا أثناء مرحلة المناقصة أو في مرحلة التشييد. وفي بعض البلدان يجب على الشريك الخاص أن يحدد في العرض الذي يقدمه هوية المقاولين الذين سوف يجري التعاقد معهم، وأن يقدم

معلومات عن قدرتهم التقنية ووضعهم المالي والحوكمة المؤسسية لشركاتهم (انظر الفصل الثالث، "إسناد العقود"، الفقرة ...). وتشترط بلدان أخرى تقديم تلك المعلومات في وقت إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إخضاع تلك العقود لاستعراض من جانب السلطة المتعاقدة وموافقتها مسبقاً. وتخدم الشفافية في سلسلة التعاقدات من الباطن أغراضاً مختلفة. فقد يكون للسلطة المتعاقدة مصلحة في معرفة المقاولين من الباطن والحصول على تأكيدات بأنهم ممثلون للالتزامات الواجبة في مجالات القوانين المتعلقة بالبيئية والشؤون الاجتماعية والعمل والتدابير التنظيمية التي تأمر بها مفتشيات العمل ووكالات الحماية البيئية. كما أن الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بالمقاولين من الباطن يسمح للسلطة المتعاقدة بالتحقق من أن هؤلاء المقاولين أنفسهم ليسوا ممن تنطبق عليهم حالات المنع من الاشتراك في المناقصة على عقد الشراكة التي كان من الممكن أن تمنح الشريك الخاص من المشاركة فيها لو انطبقت عليه. وهذا كفيل بضمان أن الشركات الممنوعة من المشاركة في مناقصات العقود العمومية (لأسباب مثل انتهاك قوانين مكافحة الفساد أو غسل الأموال، انظر الفصل الثالث، "إسناد العقود"، الفقرات ...) لن تلتف حول تلك القيود القانونية وتستفيد على نحو غير مشروع من عقد عمومي. ومن شأن الشفافية في سلسلة العقود من الباطن أن تساعد أيضاً على منع نشوء تضارب في المصالح بين السلطة المتعاقدة والمقاولين من الباطن، حينما توجد مثلاً أسهم أو مصالح في الشركة المتعاقدة من الباطن مملوكة لشخصيات أو شركات على علاقة وكالة غير مستصوبة بمسؤولين في السلطة المتعاقدة. ومن الممكن أيضاً أن تنشأ حالات تضارب في المصالح بين شركة المشروع من جهة والمساهمين فيها من جهة أخرى وهي نقطة عادة ما تهم المقرضين أيضاً، حيث قد يريدون ضمان عدم المغالاة فيما يدفع لمقاولي شركة المشروع. وعلى أي حال، إذا ارتثيت ضرورة احتفاظ السلطة المتعاقدة بحق استعراض العقود من الباطن التي تمنحها شركة المشروع والموافقة عليها، فينبغي أن يحدد بوضوح في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الغرض من إجراءات الاستعراض والموافقة، والظروف التي يجوز فيها للسلطة المتعاقدة عدم الموافقة. وكقاعدة عامة، ينبغي أن يكون مستوى سلطة التمحيص محدوداً ولا ينبغي الامتناع عن الموافقة ما لم يتبين أن العقود من الباطن تتضمن أحكاماً مخالفة للمصلحة العامة مخالفة واضحة (مثال ذلك أحكام تقضي بمدفوعات مبالغ فيها للمقاولين من الباطن أو تحد مسؤوليتهم على نحو غير معقول أو وجود دليل على الفساد)، أو عدم امتثال المتعاقد من الباطن لقواعد إلزامية لها طابع القانون العام المنطبق على الشراكات بين القطاعين العام والخاص في البلد المضيف (مثل القوانين الدولية والوطنية المتعلقة بالبيئة والشؤون الاجتماعية والعمل). وبعبارة أخرى، فإن من المهم أن أي قيود تفرضها السلطة العمومية على اختيار الشريك الخاص تكون منطبقة أيضاً على اختيار الشريك الخاص للمقاولين من الباطن.

(ب) القانون الناظم

١١١- من الشائع أن يختار الشريك الخاص ومقاولوه قانوناً مألوفاً لديهم يرون أنه ينظم المسائل التي تتناولها عقودهم تنظيمياً كافياً. وتبعاً لنوع العقد، تنشأ مسائل متباينة تتصل بالبند المتعلق بالقانون الناظم. فمثلاً يمكن إبرام عقود توريد المعدات وغيرها من العقود مع شركات أجنبية، ويمكن أن يرغب الأطراف في اختيار قانون يعلمون، مثلاً، أنه يوفر نظاماً كافياً للضمان في حالة

تعطل المعدات أو عدم مطابقتها للمواصفات. ويمكن أن يوافق الشريك الخاص، بدوره، على تطبيق قوانين البلد المضيف فيما يتعلق بالعقود المبرمة مع الزبائن المحليين.

١١٢- وقبلما تحتوي القوانين الوطنية التي تخص الشراكات بين القطاعين العام والخاص على أحكام بشأن القانون الناظم للعقود التي يبرمها الشريك الخاص. فالواقع أن معظم البلدان لم يجد أسباباً قاهرة لسن أحكام تتعلق على وجه التحديد بالقانون الناظم للعقود المبرمة بين الشريك الخاص ومقاوليه، وعليه، فإن تلك العقود محكومة في معظم البلدان بالقانون الذي يحدد الطرفان أنه واجب التطبيق بموجب البند الوارد في عقودهم بشأن اختيار القانون أو قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق. غير أنه من الجدير بالذكر أن حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود وغيرها من العلاقات القانونية تخضع في بعض النظم القانونية لشروط وقيود عملاً بقواعد القانون الدولي الخاص أو بقواعد معينة من القانون العام في البلد المضيف. ومن ذلك مثلاً أن الدول الأطراف في بعض اتفاقات التكامل الاقتصادي الإقليمي مضطرة إلى اشتراط أحكام متناسقة من القانون الدولي الخاص بشأن مسائل من بينها العقود بين مقدمي الخدمات العمومية ومقاوليهم. وفي حين أن قواعد القانون الدولي الخاص كثيراً ما تسمح بقدر كبير من الحرية في اختيار القانون الناظم للعقود التجارية، فإن تلك الحرية مقيدة في بعض البلدان في حالة العقود والعلاقات القانونية التي لا توصف بأنها تجارية، ومن بينها مثلاً عقود معينة تبرمها السلطات العمومية للبلد المضيف (مثلاً، الضمانات والتأمينات التي تصدرها الحكومة، والتزامات سلطة عمومية بشراء الطاقة الكهربائية أو بتوفير إمدادات الوقود) أو العقود التي تبرم مع المستهلكين. واختيار قانون أجنبي في العقود المبرمة بين الشريك الخاص ومقاوليه من الباطن لا يعفيهم من واجب الامتثال للقوانين الإلزامية التي تحكم تشييد المرفق أو تشغيله في البلد (مثل القوانين واللوائح المتعلقة بالبيئة والعمل والسلامة والأمن).

١١٣- وفي بعض الحالات، أدرجت أحكام في التشريعات الوطنية لكي توضح، بحسب الاقتضاء، أن العقود المبرمة بين الشريك الخاص ومقاوليه يحكمها القانون الخاص وأن المقاولين ليسوا وكلاء للسلطة المتعاقدة. ويمكن أن يكون لحكم من هذا القبيل في بعض البلدان عدد من النتائج العملية، مثل عدم وجود مسؤولية فرعية على السلطة المتعاقدة عن تصرفات المقاولين من الباطن أو عدم وجود التزام من جانب الهيئة العمومية المسؤولة بدفع تعويضات عمالية عن الأمراض أو الإصابات أو الوفيات المتصلة بالعمل إلى العاملين مع المقاولين من الباطن.

٢- المسؤولية إزاء المستعملين وإزاء الغير

١١٤- إن التشييد أو التشغيل المعيب لمرفق بنية تحتية قد تنجم عنه وفاة أو أذى شخصي يلحق بموظفي الشريك الخاص أو بمسؤولي المرفق أو لأشخاص من الغير، أو قد تنجم عنه أضرار لممتلكاتهم. والمسائل المتعلقة بالتعويضات التي تدفع للغير في تلك الحالات معقدة وقد لا تنظمها قواعد القانون الواجب التطبيق على عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص والناظم للمسؤولية التعاقدية، بل تنظمها بالأحرى قواعد قانونية واجبة التطبيق وناظمة للمسؤولية خارج نطاق العقود، وهي عادة مبادئ إلزامية. كما أن بعض النظم القانونية تتضمن أحكاماً إلزامية خاصة تنظم خارج نطاق العقود مسؤولية السلطات العمومية التي قد تخضع لها السلطة المتعاقدة ولا سيما عندما تنتمي الشراكة بين

القطاعين العام والخاص إلى مجال الخدمات العمومية. وعلاوة على ذلك فإن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لا يمكن أن يحد من مسؤولية الشريك الخاص أو السلطة المتعاقدة عن تعويض الأشخاص من الغير الذين ليسوا أطرافاً في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. لذلك فمن المستصوب أن تورد السلطة المتعاقدة والشريك الخاص أحكاماً عن التوزيع الداخلي للمخاطر فيما بينهما فيما يتعلق بما يدفع للأشخاص من الغير من تعويضات عن الوفاة أو الأذى الشخصي أو عن الأضرار التي تلحق بممتلكاتهم، حيثما لم تنظم هذا التوزيع قواعد إلزامية. ومن المستصوب أيضاً أن ينص الأطراف على التأمين من تلك المخاطر (انظر الفقرتين ١٢٨ و ١٢٩).

١١٥- وعندما يصاب شخص من الغير بأذى شخصي أو بأضرار في ممتلكاته من جراء تشييد المرفق أو تشغيله ويطالب السلطة المتعاقدة بالتعويض، قد ينص القانون على أن الشريك الخاص هو الذي ينبغي أن يتحمل وحده أي مسؤولية في هذا الصدد، وأنه لا ينبغي أن تتحمل السلطة المتعاقدة أي مسؤولية إزاء مطالبات الغير إلا إذا كان الضرر قد وقع نتيجة لإخلال فادح أو إهمال جسيم من جانب السلطة المتعاقدة. وقد يكون من المفيد النص بوجه خاص على أن مجرد موافقة السلطة المتعاقدة على تصميم المرفق أو مواصفاته أو قبولها لأشغال التشييد أو إعطائها إذناً نهائياً بتشغيل المرفق أو استعماله من قبل الجمهور لا يترتب عليه تعهد السلطة المتعاقدة بتحمل أي مسؤولية عن الضرر الذي يلحق بمستعملي المرفق أو بالغير من جراء تشييد المرفق أو تشغيله أو عدم ملائمة المواصفات أو التصميم الذي وافقت عليه. ويلاحظ علاوة على ذلك أن الأحكام بشأن توزيع المسؤولية قد لا تكون واجبة الإنفاذ حيال الغير بمقتضى القانون الواجب التطبيق، لذا قد يكون من المستصوب أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه ينبغي أن تكون السلطة المتعاقدة محمية ومؤمنة فيما يتعلق بأي مطالبات بالتعويض عما قد يلحق الأشخاص من الغير من أذى أو ضرر بممتلكاتهم من جراء تشييد مرفق البنية التحتية أو تشغيله.

١١٦- كما ينبغي أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن الأطراف ينبغي أن يحيط كل منهم الآخر علماً بأي مطالبة أو دعوى أو أي مطالبات أو دعاوى مرتقبة ضدهم ويكون للسلطة المتعاقدة بصدها حق في التعويض، وأن يتبادلوا قدراً معقولاً من المساعدة في الترافع بشأن تلك المطالبات أو الدعاوى إلى المدى المسموح به بمقتضى قانون البلد الذي تقام فيه تلك الدعاوى.

٣- ضمانات الأداء والتأمين

١١٧- عادة ما تستكمل التزامات الشريك الخاص بتقديم شكل من أشكال ضمان الأداء في حالة الإخلال بالالتزامات وتغطية تأمينية لعدد من المخاطر المرتبطة بالتشييد (انظر الفقرات ...). ومرحلة التشغيل (انظر الفقرات ...). وفي بعض البلدان يقضي القانون عموماً بأن يقدم الشريك الخاص ضمانات وافية للأداء، ويترك التفاصيل إلى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وفي بلدان أخرى يتضمن القانون أحكاماً أكثر تفصيلاً، فيقضي مثلاً بتقديم نوع معين من الضمان لا يزيد على نسبة مئوية معينة من حجم الاستثمار الأساسي.

(أ) أنواع ضمانات الأداء ووظائفها وطبيعتها

١١٨- يوجد على وجه العموم نوعان من ضمانات الأداء. ففي أحدهما، وهو الضمان النقدي للأداء، لا يتعهد الضامن فيه إلا بأن يدفع للسلطة المتعاقدة مبلغا لا يتجاوز حداً منصوباً عليه للوفاء بالتزامات الشريك الخاص في حالة تقصيره في الأداء. وقد تأخذ ضمانات الأداء النقدية شكل تعهد بتنفيذ العقد، أو خطاب اعتماد ضامن، أو ضمان يستحق عند الطلب. وفي النوع الآخر للضمان، وهو تعهد الأداء، يختار الضامن بين أمرين: (أ) أن يصح البناء المغيّب أو غير الكامل بنفسه؛ أو (ب) أن يأتي بمقاول آخر لإصلاح البناء أو إكماله وأن يعوض السلطة المتعاقدة عن الخسائر الناجمة عن التخلف عن الأداء. وتكون قيمة هذه التعهدات في حدود مبلغ معين أو نسبة مئوية معينة من قيمة العقد. وكثيراً ما يحتفظ الضامن أيضاً، بموجب تعهد الأداء، بالحق في إبراء ذمته من التزاماته بأن يدفع للسلطة المتعاقدة قدراً من المال. وتصدر تعهدات الأداء عادة مؤسسات ضمان متخصصة، مثل شركات الضمان وشركات التأمين. وهناك نوع خاص من تعهد الأداء هو تعهد الصيانة، الذي يحمي السلطة المتعاقدة من أوجه القصور التي قد تظهر في المستقبل أثناء فترة بدء التشغيل أو فترة الصيانة، ويكون ضماناً بأن ينفذ الشريك الخاص أيّ أشغال إصلاح أو صيانة أثناء فترة الضمان اللاحقة لإكمال العمل.

١١٩- أما من حيث طبيعة الضمانات، فيمكن عموماً تقسيم ضمانات الأداء إلى ضمانات مستقلة وضمائن ملحقة، ويقال إنَّ الضمان "مستقل" إذا كان التزام الضامن مستقلاً عن التزامات الشريك الخاص. بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وبمقتضى الضمان المستقل (الذي كثيراً ما يسمى ضماناً مستحقاً عند أول طلب)، أو خطاب اعتماد ضامن، يكون الضامن أو مُصدر الضمان ملزماً بالدفع عند طلب المستفيد، ويحق للمستفيد أن يحصل على تعويض عند تقديم الصك أو الصكوك المنصوص عليها في شروط الضمان أو خطاب الاعتماد الضامن. وقد يكون ذلك الصك مجرد إفادة بأنَّ المقاول قصر في التنفيذ. ولا يحق للضامن أو للمُصدر أن يرفض الدفع بحجة أنه لم يحدث تقصير فعلاً. بموجب العقد الرئيسي، إلا أنه يجوز بموجب القانون المنطبق على الصك، رفض أو تقييد الدفع في ظروف استثنائية للغاية ودقيقة التعريف (مثلاً عندما يكون جلياً أنَّ مطالبة المستفيد احتيالية). وعلى خلاف ذلك، يكون الضمان ملحقة عندما ينطوي التزام الضامن على أكثر من مجرد فحص طلب دفع مستندي، من حيث إنه قد يتعين على الضامن أن يقيم الأدلة على مسؤولية المقاول عن التقصير في التنفيذ. بموجب عقد الأشغال. وقد يختلف طابع الصلة تبعاً لاختلاف الضمانات، وقد تتضمن وجوب إثبات مسؤولية المقاول في إجراءات تحكيمية. وتكون لتعهدات الأداء، بحكم طبيعتها، سمة التبعية للعقد الأساسي.

(ب) مزايا ومساوئ مختلف أنواع ضمانات الأداء

١٢٠- يمكن أن تكون ضمانات الأداء النقدية مفيدة بشكل خاص من وجهة نظر السلطة المتعاقدة من حيث تغطية التكاليف الإضافية التي قد تتكبدها نتيجة للتأخير أو الإخلال بالتزامات من جانب الشريك الخاص. ويمكن أن يكون هذا النوع من الضمانات أيضاً أداة للضغط على الشريك الخاص لإتمام التشييد في حينه ولتأدية التزاماته الأخرى وفقاً لمقتضيات عقد الشراكة بين القطاعين العام

والخاص، بيد أن مبلغ هذه الضمانات عادة ما لا يكون إلا جزءاً صغيراً للغاية من قيمة الالتزام المكفول بالضمان ولا يكفي لتغطية تكليف طرف ثالث بالتنفيذ بدلا من الشريك الخاص أو مقاوليه.

١٢١- ومزية الضمان المستحق عند أول طلب، من وجهة نظر السلطة المتعاقدة، هي أنه يكفل الاسترداد الفوري للمبالغ التي يشملها الضمان، دون تقديم دليل على تقصير المقاول في التنفيذ أو على مدى خسارة المستفيد. وعلاوة على ذلك، يفضل الضامنون الذين يقدمون ضمانات الأداء النقدي، ولا سيما المصارف، الضمان المستحق لدى أول طلب، وذلك لوضوح الشروط التي يتحدد بمقتضاها وقت حلول مسؤوليتهم عن دفع المستحقات، ومن ثم لا يتورط الضامنون فيما ينشأ من نزاعات بين السلطة المتعاقدة والشريك الخاص حول ما إذا كان قد حدث تقصير في الأداء بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وهناك ميزة أخرى بالنسبة للمصرف الذي يصدر ضمانا مستحقا لدى أول طلب، وهي إمكانية استرداد المبالغ المدفوعة بمقتضى هذا الضمان بسرعة وكفاءة من خلال إمكانية الوصول المباشر إلى موجودات الشريك الخاص.

١٢٢- ومن مساوئ الضمان المستحق عند أول طلب أو خطاب الاعتماد الضامن، بالنسبة إلى السلطة المتعاقدة، أن هذا النوع من الصكوك قد يؤدي إلى زيادة في تكاليف المشروع الإجمالية، إذ يلزم الشريك الخاص عادة بالحصول على ضمانات مقابلة كبيرة ووضعها تحت تصرف المؤسسات التي تصدر الضمان المستحق لدى أول طلب أو خطاب الاعتماد الضامن. وكذلك قد يرغب الشريك الخاص الذي يصدر مثل هذا الضمان في أن يحصل على تأمين ضد خطر استرداد السلطة المتعاقدة المبلغ المشروط بمقتضى الضمان أو خطاب الاعتماد الضامن حين لا يكون هناك في الواقع تقصير في الأداء من جانبه، وتدخل تكلفة هذا التأمين ضمن تكلفة المشروع. كذلك قد يدخل الشريك الخاص في تكاليف المشروع التكلفة المحتملة لأي دعوى يضطر إلى إقامتها ضد السلطة المتعاقدة من أجل استرداد المبلغ الذي طالبت به بغير وجه حق.

١٢٣- ومن مساوئ الضمان المستحق عند أول طلب أو خطاب الاعتماد الضامن، بالنسبة إلى الشريك الخاص، أنه إذا استردت السلطة المتعاقدة المبلغ المستحق دون وجود تقصير في الأداء من جانبه، فقد يتكبّد خسارة فورية إذا قام الضامن أو مصدر خطاب الاعتماد بتعويض نفسه من موجوداته بعد دفع قيمة الضمان إلى السلطة المتعاقدة. وقد يواجه الشريك الخاص أيضا صعوبات وتأخيرات في استرجاع المبلغ المطالب به دون وجه حق من جانب السلطة المتعاقدة.

١٢٤- وعادة ما تقضي شروط الضمان الملحق بأن يثبت المستفيد تقصير المقاول في الأداء ومدى الخسارة التي تكبدها المستفيد. وعلاوة على ذلك، تكون الدفعات المتاحة للمدين في حالة مقاضاته بدعوى التقصير في الأداء متاحة أيضا للضامن. وبالتالي، يكون هناك احتمال بأن تواجه السلطة المتعاقدة نزاعا مطولا عندما تقدم مطالبة بمقتضى الضمان. وفي واقع الممارسة، يمكن الحد من هذه المخاطرة، مثلا، إذا كان تقديم المطالبات بمقتضى شروط الضمان خاضعا لإجراء مثل الإجراء المنصوص عليه في المادة ٧ (ي) '١' من القواعد الموحدة بشأن ضمانات العقود التي أعدتها غرفة التجارة الدولية.^(٤) وتنص المادة ٧ (ي) '١' من القواعد الموحدة على أنه بغض النظر عن أي نزاع أو خلاف

(٤) يرد نص القواعد الموحدة بشأن ضمانات العقود في الوثيقة A/CN.9/459/Add.1.

بين الموكل والمستفيد فيما يتعلق بتنفيذ العقد أو أي التزام تعاقدي، يعتبر أن وجود تقصير لأغراض دفع مطالبة قد ثبت عند صدور شهادة بالتقصير من جانب طرف ثالث (يمكن أن يكون، على سبيل المثال لا الحصر، معماريا أو مهندسا أو حكما) إذا كان الضمان ينص على ذلك، وتسليم تلك الشهادة أو نسخة مصدقة منها إلى الضامن. وعندما يتبع إجراء كهذا، يحق للسلطة المتعاقدة تقاضي المبلغ المستحق لها بموجب ضمان العقد حتى وإن نازع الشريك الخاص في استحقاقها ذلك المبلغ.

١٢٥- وكانعكاس للمخاطرة الأدنى التي يتحملها الضامن في هذه الحالة، قد يكون الحد النقدي لمسؤولية الضامن أعلى بكثير منه في حالة الضمان المستحق لدى أول طلب، مغطيا بذلك نسبة مئوية أكبر من الأشغال التي ينبغي أداؤها. بمقتضى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وقد يكون تعهد الأداء مفيدا عندما لا يتسنى للسلطة المتعاقدة أن تتخذ بنفسها ترتيبات لتصحيح العيوب أو لاستكمال التشييد وتحتاج إلى مساعدة طرف ثالث لاتخاذ ترتيبات لتصحيح أو الاستكمال. أما حيثما ينطوي التشييد على استخدام تكنولوجيا لا يعرفها إلا الشريك الخاص، فقد يتعذر التصحيح أو الاستكمال بواسطة طرف ثالث، وقد لا تعود لتعهد الأداء المزية الأخيرة المذكورة مقارنة بضمان الأداء النقدي. وبالنسبة إلى الشريك الخاص، تتميز الضمانات الملحقمة بأنها تحافظ على قدرته على الاقتراض نظرا لأن الضمانات الملحقمة لا تؤثر في الاعتماد المتاح له عند المقرضين، وذلك على خلاف الضمانات المستحقة لدى أول طلب وخطابات الاعتماد الضامنة.

١٢٦- ويتضح من الاعتبارات السالفة الذكر أن نوع الضمان المفيد يختلف باختلاف الالتزامات التي يتعهد بها الشريك الخاص. ورغم أن من المفيد إلزام الشريك الخاص بأن يقدم ضمانات وافية للتنفيذ، فمن المستصوب أن تترك للطرفين مسألة تحديد مدى الحاجة إلى ضمانات وأي الضمانات ينبغي تقديمها فيما يتعلق بمختلف الالتزامات التي يتعهد بها الشريك الخاص، بدلا من النص في القانون على شكل واحد من أشكال الضمان دون غيره. وتجدر ملاحظة أن شركة المشروع نفسها سوف تشترط أن يقدم مقاولوها مجموعة من ضمانات التنفيذ (انظر الفقرتين ١٠٩ و ١١٠) وأن الضمانات الإضافية لصالح السلطة المتعاقدة تزيد عادة تكلفة المشروع الإجمالية ومدى تعقيده. وفي بعض البلدان، تنصح الإرشادات العملية الموجهة إلى السلطات المتعاقدة المحلية بأن تنظر تلك السلطات بعناية فيما إذا كانت تلك الضمانات ضرورية وفي أي الظروف، وماهية المخاطر أو الخسائر المحددة التي ينبغي تغطيتها، ونوع الضمانة الأكثر ملاءمة في كل حالة. وقد تتعرض للخطر قدرة شركة المشروع على تدبير التمويل اللازم للمشروع إذا حددت شروط الضمانات المطلوبة عند مستوى مبالغ فيه.

(ج) مدة الضمان

١٢٧- تتعلق إحدى المشاكل الخاصة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص بمدة الضمان. فقد تكون للسلطة المتعاقدة مصلحة في الحصول على ضمانات للتنفيذ تظل سارية طوال مدة المشروع، وتغطي مرحلتَي التشييد والتشغيل كليهما. غير أنه نظرا لطول مدة مشاريع البنية التحتية وصعوبة تقدير مختلف المخاطر التي قد تنشأ، فقد يصعب على الضامن أن يصدر تعهد أداء لمدة المشروع بأسرها أو أن يعيد التأمين على التزاماته بمقتضى تعهد الأداء. ومن الناحية العملية، تتفاقم هذه المشكلة من جراء الاشتراطات التي تقضي بأن عدم تجديد تعهد الأداء يشكل سببا للمطالبة بدفع

قيمة التعهد، وبذلك قد لا يكون مجرد السماح لشركة المشروع بتقديم تعهدات لمدد أقصر من ذلك حلاً مرضياً. وثمة حل ممكن يستخدم في بعض البلدان، وهو اشتراط تقديم تعهدات منفصلة لكل من مرحلتى التشييد والتشغيل، مما يتيح إمكانية تقدير المخاطر تقديرًا أفضل ويحسن آفاق إعادة التأمين. ويمكن تعزيز هذا النظام بتحديد دقيق للمخاطرة المراد تغطيتها أثناء فترة التشغيل، بما يسمح بإجراء تقدير أفضل للمخاطر وبتخفيض إجمالي مقدار التعهد. وهناك إمكانية أخرى يمكن أن تنظر فيها السلطة المتعاقدة، وهي اشتراط تقديم ضمانات الأداء أثناء فترات حاسمة معينة بدلاً من مدة المشروع بأسرها. فمثلاً، قد يُشترط أن يكون هناك تعهد أثناء مرحلة التشييد يستمر لمدة مناسبة بعد اكتمال التشييد، من أجل تغطية أي عيوب قد تتبين في وقت متأخر. ويمكن بعد ذلك أن يحل محل هذا التعهد تعهد أداء لعدد معين من سنوات التشغيل، حسب الاقتضاء، كي تثبت شركة المشروع قدرتها على تشغيل المرفق وفقاً للمعايير المطلوبة. وإذا ثبت أن أداء شركة المشروع مُرضٍ، أمكن التنازل عن اشتراط التعهد لما يتبقى من مرحلة التشغيل، حتى مدة معينة قبل انتهاء مدة عقد الشراكة حيث قد تطالب شركة المشروع في ذلك الحين بتقديم تعهد آخر يضمن التزامها بصدد تسليم الموجودات وغير ذلك من تدابير تصفية المشروع على نحو منظم، حسب الاقتضاء (انظر الفصل الخامس، "مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديده وإنهاؤه"، الفقرات ٥٠-٦٢).

(د) ترتيبات التأمين

١٢٨- عادة ما تتباين ترتيبات التأمين المتعلقة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص تبعاً للمرحلة التي تنطبق عليها، بحيث لا تشتري أنواع معينة من التأمين إلا أثناء مرحلة معينة من مراحل المشروع. ويمكن أن يشترى الشريك الخاص أشكالاً معينة من التأمين لمصلحته الخاصة، مثل التأمين ضد التوقف المؤقت للأعمال، بينما قد تكون أشكال أخرى من التأمين إلزامية بموجب قوانين البلد المضيف. ومن أشكال التأمين التي كثيراً ما يشترطها القانون التأمين على المرفق ضد الأضرار، والتأمين على المسؤولية حيال الغير، والمسؤولية عن تعويضات العاملين وعن التلوث والإضرار بالبيئة.

١٢٩- وكثيراً ما يتعين الحصول على وثائق التأمين الإلزامية بموجب قوانين البلد المضيف من شركة تأمين محلية أو من مؤسسة أخرى يسمح لها بالعمل في البلد، وقد يثير ذلك عدة صعوبات عملية في بعض الحالات. ففي بعض البلدان، قد يكون نوع التغطية المتاحة عادةً محدوداً بالمقارنة بالتغطية المتاحة في السوق الدولية، وفي هذه الحالة قد يظل الشريك الخاص معرضاً لأخطار مختلفة قد تتجاوز قدرته على التأمين الذاتي. وقد يكون هذا الخطر جسيماً بشكل خاص فيما يتعلق بالتأمين ضد الإضرار بالبيئة. وقد تنشأ مشاكل أخرى في بعض البلدان نتيجة للقيود المفروضة على قدرة شركات التأمين المحلية على إعادة التأمين ضد الأخطار في أسواق التأمين وإعادة التأمين الدولية. ونتيجة لذلك، قد تحتاج شركة المشروع في حالات كثيرة إلى تدبير تأمين إضافي من خارج البلد، مما يزيد من التكاليف الإجمالية لتمويل المشروع.

٤- التغييرات في الشروط

١٣٠- الشراكات بين القطاعين العام والخاص تستمر عادةً لمدة طويلة من الزمن قد تتغير خلالها ظروف كثيرة ذات صلة بالمشروع. وقد يغطي عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص تلقائياً أثر

الكثير من التغييرات إما من خلال ترتيبات مالية مثل هيكل تعريفات يتضمن أحكاما خاصة بربط التعريفات بمؤشر أسعار (انظر الفقرات ٤٣-٥٠)، أو من خلال تحمل أحد الطرفين - صراحة أو بالاستثناء - مخاطر معينة (فمثلا، في حالة عدم أخذ سعر الوقود أو الكهرباء في الحسبان في آليات ربط التعريفات بمؤشر أسعار، يتحمل الشريك الخاص خطر أن تكون الأسعار أعلى مما كان متوقعا). بيد أنه قد تكون هناك تغيرات يتعذر عمليا إدخالها ضمن آلية تلقائية للتعديل، أو قد يفضل الطرفان استبعاد إمكانية التعديل التلقائي. ومن وجهة النظر التشريعية، تحتاج فئتان معينتان إلى عناية خاصة، وهما التغييرات التشريعية أو التنظيمية والتغيرات غير المتوقعة في الظروف الاقتصادية.

(أ) التغييرات التشريعية والتنظيمية

١٣١- نظرا لطول مدة الشراكات بين القطاعين العام والخاص، قد يواجه الشريك الخاص تكاليف إضافية في الوفاء بالتزاماته بمقتضى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص تنجم عن تغييرات لاحقة لم تكن متوقعة في التشريع المنطبق على أنشطته. وفي الحالات القصوى قد يكون من شأن التشريع أن يحول دون استطاعة الشريك الخاص ماليا وماديا مواصلة تنفيذ المشروع. وبهدف النظر في الحل المناسب لمعالجة التغييرات التشريعية، قد يكون من المفيد التمييز بين التغييرات التشريعية التي لها تأثير خاص على الشراكات بين القطاعين العام والخاص أو على مشروع واحد معين، من ناحية، والتغييرات التشريعية العامة التي تؤثر أيضا في أنشطة اقتصادية أخرى لا في تشغيل البنية التحتية وحده، من ناحية أخرى.

١٣٢- وجميع مؤسسات الأعمال التجارية، في القطاعين العام والخاص على السواء، عرضة لتغييرات في القانون ويتعين عليها عموما أن تتعامل مع ما قد يكون لتلك التغييرات من عواقب على أعمالها، بما في ذلك أثر التغييرات على أسعار منتجاتها أو على الطلب عليها. ويمكن أن يكون من الأمثلة على ذلك حدوث: تغييرات في هيكل التخفيضات الضريبية على الاستثمارات تنطبق على فئات كاملة من الموجودات، سواء أكانت مملوكة للقطاع العام أو الخاص وسواء أكانت تتعلق بمشاريع البنية التحتية أم لا؛ وصدور لوائح ذات صلة بصحة وسلامة عمال البناء في جميع مشاريع التشييد، لا في مشاريع البنية التحتية وحدها؛ وتغييرات في اللوائح التي تنظم التخلص من المواد الخطرة. ويمكن أن تعتبر التغييرات العامة في القانون مخاطرة عادية تتعرض لها الأعمال التجارية، لا مخاطرة تخص أنشطة الشريك الخاص بالتحديد، وقد يصعب على الحكومة أن تتعهد بحماية مشغلي مشاريع البنية التحتية من العواقب الاقتصادية والمالية للتغييرات التشريعية التي لها تأثير مماثل على سائر مؤسسات الأعمال التجارية. ويصدق هذا بوجه خاص حينما تضطلع بالشراكة بين القطاعين العام والخاص سلطة محلية لا تخضع لإشراف مباشر من الحكومة المركزية التي تحتفظ بصلاحيات تنظيم القطاع المعني. وعلى ذلك، قد لا يكون هناك سبب ظاهر لعدم وجوب تحمل الشريك الخاص عواقب المخاطر التشريعية العامة، بما فيها خطر ارتفاع التكاليف الناجم عن إجراء تغييرات في القانون المنطبق على قطاع الأعمال التجارية بأسره.

١٣٣- ومع ذلك، فمن المهم أن تؤخذ في الحسبان الحدود المحتملة لقدرة الشريك الخاص على التعامل مع الزيادات في التكلفة الناجمة عن تغييرات تشريعية عامة، أو قدرته على استيعابها. فكثيرا ما

يكون مشغلو مشاريع البنية التحتية خاضعين لمعايير للخدمة ولآليات لمراقبة التعريفات تجعل من الصعب عليهم التعامل مع التغييرات التي تحدث في القانون بنفس الطريقة التي تتعامل بها الشركات الخاصة الأخرى (أي مثلاً بزيادة التعريفات أو تقليل الخدمات). وفي الحالات التي ينص فيها عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على آليات لمراقبة التعريفات، سوف يسعى الشريك الخاص إلى أن يحصل على تأكيدات من السلطة المتعاقدة وجهاز الرقابة التنظيمية، حسب الاقتضاء، بأنه سيسمح له باسترداد التكاليف الإضافية المترتبة على التغييرات التي تحدث في التشريع بأن يزيد التعريفات. وإذا تعذر إعطاء هذا التأكيد فيستحسن تفويض السلطة المتعاقدة صلاحية التفاوض مع الشريك الخاص بخصوص التعويض الذي قد يكون مستحقاً له في حالة عدم سماح تدابير مراقبة التعريفات باسترداد التكاليف الإضافية الناتجة عن تغييرات تشريعية عامة استردادا كاملاً. ومن المستصوب تضمين هذا السيناريو الاقتصادي والمالي في وثائق التحضير التي تصدر في مرحلة التخطيط (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ...) وفي وثيقة العقد.

١٣٤- وينشأ وضع مختلف عندما يواجه الشريك الخاص زيادات في التكلفة نتيجة لتغييرات تشريعية محددة تستهدف المشروع المعين أو فئة من المشاريع المماثلة أو الشراكات بين القطاعين العام والخاص عموماً، ولا يمكن أن تعتبر هذه التغييرات مخاطرة عادية في مجال الأعمال التجارية، وقد تعدل الافتراضات الاقتصادية والمالية التي جرى التفاوض على عقد الشراكة في ضوءها تعديلاً كبيراً. وعلى ذلك، فكثيراً ما توافق السلطة المتعاقدة على أن تتحمل التكلفة الإضافية الناتجة عن تشريع محدد يستهدف المشروع المعين أو فئة من المشاريع المماثلة أو الشراكات بين القطاعين العام والخاص عموماً. ففي مشاريع الطرق العامة مثلاً، قد يؤدي تشريع يستهدف مشروعاً معيناً لإنشاء طريق أو شركة معينة لتشغيل الطرق أو تلك الفئة من مشاريع الطرق، التي يشغلها القطاع الخاص، إلى تعديل في التعريفات وفقاً للبنود ذات الصلة في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وإذا كانت الشراكة بين القطاعين العام والخاص تنطوي على استثمار أجنبي، فقد يمكن للشريك الخاص أن يستظهر أيضاً باليات تسوية المنازعات المحددة في أي معاهدة منطبقة في مجال تعزيز الاستثمار وحمايته (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرة ...).

(ب) التغيرات في الظروف الاقتصادية

١٣٥- توجد في بعض النظم القانونية قواعد تسمح بإعادة النظر في شروط عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بعد حدوث تغيرات في الظروف الاقتصادية أو المالية تجعل الوفاء بالتزامات أحد الطرفين مخاطرة مالية أكبر بكثير مما كان متوقعاً أصلاً وقت الاتفاق عليها، دون أن تحول دون الوفاء بها. وفي بعض النظم القانونية، يكون مفهوماً ضمناً بوجه عام في جميع العقود الحكومية أن ثمة إمكانية لإعادة النظر في شروط الاتفاق، أو ينص على ذلك صراحة في التشريع ذي الصلة. ومن المهم في الوقت نفسه الحرص على ألا تؤدي هذه النظريات القانونية العامة إلى تحميل السلطة المتعاقدة بالتزامات مفتوحة.

١٤ الظروف المؤدية إلى إعادة التفاوض على العقد

١٣٦- يجري التفاوض على الاعتبارات المالية والاقتصادية لاستثمار الشريك الخاص في ضوء افتراضات تستند إلى الظروف السائدة وقت التفاوض وتوقعات الطرفين المعقولة لكيفية تطور تلك الظروف أثناء مدة المشروع. وإلى حد ما، تُدرج عادة إسقاطات البارامترات الاقتصادية والمالية، بل وأحياناً هامش مخاطرة معين، في السيناريو الاقتصادي والمالي الوارد في وثائق المناقصة التي تصدرها السلطة المتعاقدة وفي الافتراضات، التي تنهض عليها العروض المالية المقدمة في المناقصة (انظر الفصل الثالث، "إسناد العقد"، الفقرة ٦٨)، غير أن أحداثاً معينة قد تقع وترى الأطراف أنه لم تكن هناك أسباب معقولة لتوقعها وقت التفاوض بشأن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأنها لو كانت قد أخذت في الحسبان لترتب عليها تخصيص مبلغ مخاطرة مختلف أو مراعاة مختلفة لاستثمار الشريك الخاص. فمن المهم، بالنظر إلى طول مدة مشاريع البنية التحتية، ابتداءً آليات للتصدي للتأثير المالي والاقتصادي لتلك الأحداث. وقد طبقت في عدد من البلدان قواعد لإعادة النظر، ووجد أنها مفيدة من حيث مساعدة الطرفين على التوصل إلى حلول عادلة لضمان استمرار الجدوى الاقتصادية والمالية لمشاريع البنية التحتية، مما يمنع حدوث تقصير من جانب الشريك الخاص يعطل التنفيذ. بيد أنه قد يكون للقواعد التي تحكم إعادة النظر بعض المساوئ، وبخاصة من وجهة نظر الحكومة.

١٣٧- والتغيرات في الظروف الاقتصادية، شأنها شأن التغيرات التشريعية العامة، هي مخاطر تتعرض لها غالبية مؤسسات الأعمال التجارية، دون سبيل للرجوع إلى ضمان عام من الحكومة يحمي تلك المؤسسات من الآثار الاقتصادية والمالية المترتبة على تلك التغيرات. وقد يؤدي الالتزام غير المشروط من جانب السلطة المتعاقدة بتعويض الشريك الخاص عن التغيرات في الظروف الاقتصادية إلى إلقاء جزء كبير من المخاطر التجارية التي كان من المفروض أصلاً أن يتحملها الشريك الخاص، على عاتق القطاع العام، ويمثل ذلك مسؤولية مالية غير محددة. وعلاوة على ذلك، تجدر ملاحظة أن مستوى التعريف المقترح والعناصر الأساسية لتوزيع المخاطرة هي عوامل هامة - إن لم تكن حاسمة - في اختيار الشريك الخاص (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ...). وقد يؤدي الإفراط في اللجوء إلى إعادة التفاوض بخصوص المشروع إلى تقديم عروض منخفضة إلى حد غير واقعي أثناء عملية الاختيار، أملاً في إدخال زيادات على التعريفات بعد إسناد المشروع. ولذلك فقد تكون للسلطة المتعاقدة مصلحة في وضع حدود معقولة للأحكام القانونية أو الشروط التعاقدية التي تأذن بإعادة النظر في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عند حدوث تغيرات في الظروف الاقتصادية.

١٣٨- وقد يستصوب أن ينص في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن التغير في الظروف الذي يبرر إعادة النظر في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يجب أن يكون خارجاً عن سيطرة الشريك الخاص، وأن يكون ذا طابع لم يكن من المعقول أن يتوقع من الشريك الخاص أن يأخذه في الحسبان وقت التفاوض على عقد الشراكة أو أن يتجنبه أو أن يتغلب على عواقبه. فعلى سبيل المثال، ربما لا يمكن أن يتوقع من مشغل طريق خاضع لرسم مرور حاصل على امتياز حصري أن يأخذ في حسابه وأن يتحمل مخاطرة نقص الحركة على الطريق نتيجة لقيام

كيان آخر غير السلطة المتعاقدة بفتح طريق بديل غير خاضع لرسم مرور في وقت لاحق. غير أنه يتوقع عادة من الشريك الخاص أن يأخذ في الحسبان احتمال حدوث زيادات معقولة في تكاليف اليد العاملة أثناء مدة المشروع. وعلى ذلك، لا يكون ارتفاع الأجور بأكثر مما كان متوقعا سببا كافيا، في الأحوال العادية، لإعادة النظر في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

١٣٩- وقد يُستصوب أيضا النص في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه يلزم لطلب إعادة النظر في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن تبلغ التغيرات المزعومة في الظروف الاقتصادية أو المالية حدا أدنى معينا بالنسبة إلى إجمالي تكلفة المشروع أو إلى عائد الشريك الخاص. وقد تكون قاعدة كهذه تستند إلى عتبة معينة مفيدة من أجل تجنب إجراء مفاوضات مضنية لإدخال تعديلات لمواجهة تغيرات ضئيلة، إلى أن تتراكم تلك التغيرات وتشكل رقما يستحق النظر فيه. وفي بعض البلدان، توجد قواعد تضع حدا أعلى (سقفًا) للمبلغ التراكمي للتقيحات الدورية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. والغرض من تلك القواعد هو تجنب إساءة استخدام آلية التغيير على أنها وسيلة لتحقيق توازن مالي شامل لا علاقة له بالتوازن المالي الذي توخاه عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأصلي. بيد أن تلك الحدود قد تشكل من وجهة نظر الشريك الخاص والمقرضين تعرضا كبيرا للمخاطرة، وذلك مثلا في حالة حدوث زيادات هائلة في التكلفة ناجمة عن تغير جذري استثنائي في الظروف. لذلك يتعين أن يدرس بعناية في آن واحد استصواب وضع حد أقصى والمبلغ المناسب لذلك الحد الأقصى.

٢٠ نطاق التعديلات المقبولة في العقد

١٤٠- ينبغي تمكين السلطات المتعاقدة من إدراج بنود تسمح بتعديل عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في نطاق بعض الحدود المعقولة. وخير سبيل لذلك هو أن يضع طرفا العقد بنودا محددة تتيح إعادة النظر فيه أو توفر خيارات معينة، مثل تحديد آليات واضحة لتعديل الأسعار أو لربط التعريف بمؤشر أسعار (انظر الفقرات ... أعلاه)، أو تحدد بدقة نطاق التعديلات الأخرى للعقد التي تصبح ضرورية بسبب ظهور صعوبات تقنية خلال تشغيل المرافق، مثل أعمال الصيانة الاستثنائية التي قد تصبح ضرورية من أجل ضمان مواصلة تقديم الخدمات العمومية (انظر الفقرات ... أدناه).

١٤١- وبالإضافة إلى التغييرات المشمولة بالآلية المتفق عليها في العقود لإدخال تغييرات أو تعديلات أو لربط التعريف بمؤشر أسعار، يمكن للسلطات المتعاقدة أن تواجه أيضا ظروفًا خارجية لم تكن متوقعة أصلا في وقت إسناد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وقد يكون من المستصوب السماح بإدخال تغييرات وتعديلات على العقد من أجل ضمان مواصلة الاستدامة الاقتصادية والعملية للمشروع متى أصبح تنفيذه باهظا بشدة في إطار العقد القائم بسبب أحداث أو تطورات لم تستطع السلطة المتعاقدة التنبؤ بها رغم مراعاتها لمقتضيات الحرص الواجب بشكل معقول في إعداد إجراءات إسناد العقد الأولي، وذلك مع مراعاة طابع المشروع المحدد وخصائصه والممارسات الجيدة المتبعة في المجال ذي الصلة. غير أنه ينبغي في الوقت نفسه فرض قيود على حقوق الطرفين في تعديل العقد حتى لا ينتهي الأمر بإحداث تعديلات تغير تغييرا أساسيا من طبيعة العقد برمته، كأن يستعيز الطرفان مثلا عن الأشغال المراد تنفيذها أو الخدمات المراد تقديمها بشيء مختلف أو كأن يغيرا تغييرا أساسيا من نوع

ترتيبات الشراكة بين القطاعين العام والخاص (أي من شراكة امتيازية إلى ترتيب لتشاطير المخاطر من شأنه أن تسدد السلطة المتعاقدة مدفوعات مباشرة كبيرة).

١٤٢- والسبب في الحرص على تجنب التعديلات الواسعة النطاق في العقود هو توطيد الشفافية وتدعيم النزاهة وتحقيق الوفر في التكلفة في عمليات إسناد وإدارة عقود الشراكات بين القطاعين العام والخاص، فالواقع أن نتيجة عملية إسناد العقد كان من الممكن، ولو على سبيل الافتراض على الأقل، أن تتغير لو كانت الشروط المعدلة معروفة أو متوقعة وقت تقديم العروض، ومن ثم كان من المحتمل اجتذاب عرض أفضل من شأنه تحسين مردود المال الذي تنفقه السلطة المتعاقدة بالمقارنة بالعرض الذي وقع عليه الاختيار بالفعل. وينبغي، من حيث المبدأ، أن يشترط القانون تنظيم إجراءات جديدة لإرساء العقد في حال وجود تغييرات جوهرية على العقد الأولي، ولا سيما فيما يتعلق بنطاق وفحوى حقوق والتزامات الطرفين، وخاصة إذا ما تعلق التغيير بتوزيع المخاطر المتوخى في الأصل.

١٤٣- غير أن إجراء تعديلات على عقد الشراكة تفضي إلى تغييرات بسيطة فيه لا تتجاوز حداً معيناً من القيمة ينبغي أن يظل ممكناً دون حاجة إلى إجراءات جديدة لإرساء العقد. وسعيًا لتحقيق ذلك وحرصاً على اليقين القانوني، يمكن للقانون أن يحدد عتبة قصوى لا يجوز لأي تعديل في عقد الشراكة أن يتجاوزها إلا في حالات استثنائية معينة، مثل التعديلات التي قد تصبح ضرورية استجابة لطلبات السلطة المتعاقدة بشأن مراعاة المقتضيات البيئية أو الدواعي الأمنية أو المتطلبات الأخرى المحددة في التشريعات التي قد تتطور مع الزمن.

١٤٤- وفيما يتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من المستصوب ألا تتجاوز أي زيادة في القيمة لا تتطلب إجراءات جديدة لإرساء العقد نسبة ٥٠ في المائة من قيمة الامتياز الأصلي. وفي حال إجراء عدة تعديلات متتالية، فإن هذا الحد ينبغي تطبيقه على قيمة كل تعديل. وبخلاف تلك الحالات الاستثنائية، ينبغي أن ينص القانون على إجراء مناقصة لإسناد العقد من أجل إدخال أي تعديل يتجاوز العتبة التي يحددها في هذا الشأن.

٥- العوائق التي تسوّغ الإعفاء

١٤٥- قد تقع أحداث أثناء عمر مشروع من مشاريع البنية التحتية تعوق تنفيذ أحد الطرفين التزاماته التعاقدية. وعادة ما تكون الأحداث المسببة لمثل هذا العائق خارجة عن إرادة أي من الطرفين، وقد تكون ذات طابع مادي، مثل الكوارث الطبيعية، أو قد تكون نتيجة لفعل الإنسان، مثل الحرب أو الشغب أو الهجوم الإرهابي. وتعترف نظم قانونية كثيرة بوجه عام بأن الطرف الذي لا ينفذ التزاماً تعاقدياً نتيجة لوقوع أنواع معينة من الأحداث يجوز إعفاؤه من عواقب عدم التنفيذ هذا. وهذا المفهوم، الذي يعرف أحياناً بمفهوم "القوة القاهرة" قائم منذ وقت طويل وله تعريف واضح، وله عواقب هامة على طرفي عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(أ) تعريف العوائق التي تسوّغ الإعفاء

١٤٦- تنطوي العوائق التي تسوّغ الإعفاء على شقين: فهي في العادة تشمل أحداثاً خارجة عن سيطرة أحد الطرفين تتسبب في عدم استطاعته تنفيذ التزامه من ناحية ويعجز هو عن التغلب عليها

بالاجتهاد اللازم من ناحية أخرى. ومن بين الأمثلة الشائعة ما يلي: الكوارث الطبيعية (مثل الأعاصير والفيضانات والجفاف والزلازل والعواصف والحرائق والصواعق)؛ والحرب (سواء أكانت معلنة أم غير معلنة) أو أي نشاط عسكري آخر، بما في ذلك الشعب والاضطرابات المدنية؛ وتعطل المرافق أو تخريبها، والأفعال الإرهابية، والإتلاف الإجرامي أو التهديد به؛ والتلوث الإشعاعي أو الكيميائي أو الإشعاع المؤين؛ وآثار العوامل الطبيعية، بما فيها الظروف الجيولوجية التي لا يمكن التنبؤ بها ومقاومتها؛ والإضرابات عن العمل ذات الأبعاد الاستثنائية.

١٤٧- وبعض القوانين لا يشير إلى العوائق التي تسوّغ الإعفاء إلا بشكل عام، بينما تتضمن قوانين أخرى قوائم مسهبة للظروف التي تعفي الطرفين من التنفيذ. بمقتضى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وقد يخدم هذا الأسلوب الأخير أغراض ضمان معاملة هذه المسألة معاملة متسقة لجميع المشاريع التي تنفذ بموجب التشريع ذي الصلة، حتى لا تنشأ مواقف يحصل فيها شريك خاص على شروط لتوزيع المخاطر أفضل مما تنص عليه عقود الشراكة الأخرى. غير أنه من المهم النظر في المساوئ المحتملة لإدراج قائمة في الأحكام التشريعية أو التنظيمية بالأحداث التي تعتبر عوائق تؤدي إلى الإعفاء في جميع الحالات. وثمة خطر من أن تكون القائمة ناقصة وتغفل عوائق هامة. وإضافة إلى ذلك، قد تكون كوارث طبيعية معينة، مثل العواصف والأعاصير والفيضانات، أحوالا عادية في وقت معين من السنة عند موقع المشروع. بما يجعلها، بهذا الوصف، مخاطر يتوقع من أي كيان يقدم خدمات عمومية في المنطقة أن يتحملها.

١٤٨- وهناك جانب آخر قد يلزم النظر فيه بعناية، وهو ما إذا كان يجوز أن تشكل أفعال معينة من جانب سلطات عمومية غير السلطة المتعاقدة عوائق تستدعي الإعفاء وإلى أي مدى. فقد يلزم الشريك الخاص بالحصول على ترخيص أو على شكل آخر من الموافقة الرسمية لتنفيذ بعض من التزاماته. لذلك يمكن أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه في حالة رفض الترخيص أو الموافقة، أو إذا منحا ثم سحب في وقت لاحق، بسبب عجز الشريك الخاص نفسه عن الوفاء بالمعايير ذات الصلة اللازمة لإصدار الترخيص أو الموافقة، فإن الشريك الخاص لا يستطيع أن يعتمد على الرفض كعائق يؤدي إلى الإعفاء. أما في حالة رفض الترخيص أو الموافقة بسبب دوافع خارجية أو غير سليمة، فإن من العدل أن ينص على أن الشريك الخاص يستطيع أن يعتمد على الرفض كعائق يسوّغ الإعفاء. وقد ينشأ عائق محتمل آخر عن توقف للمشروع يتسبب فيه جهاز حكومي أو سلطة عمومية غير السلطة المتعاقدة، مثلاً نتيجة لحدوث تغييرات في الخطط والسياسات الحكومية تستلزم إيقاف المشروع أو إجراء تعديلات كبيرة فيه، مما يؤثر إلى حد كبير على الخطط الأصلية. وفي هذه الأوضاع، قد يكون من المهم النظر في العلاقة المؤسسية التي تربط بين السلطة المتعاقدة والسلطة العمومية التي تتسبب في نشوء العائق وكذلك مدى استقلالهما إحداهما عن الأخرى. فالحدث الذي يصنف على أنه عائق معفٍ يمكن أن يعد في بعض الحالات إخلالاً صريحاً بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من جانب السلطة المتعاقدة، بحسب ما إذا كان من المعقول أن يعتبر أنه كان في وسع السلطة المتعاقدة أن تتحكم في أفعال السلطة العمومية الأخرى أو أن تؤثر عليها.

(ب) العواقب بالنسبة إلى الطرفين

١٤٩- عادة ما يكون نشوء عوائق تسوُّغ الإعفاء أثناء مرحلة التشييد مبرراً لمد الفترة المسموح بها لإكمال المرفق. ومن المهم في هذا الصدد النظر في الآثار المترتبة على هذا المد بالنسبة إلى مدة المشروع الكلية، خاصة عندما تؤخذ مرحلة التشييد في الاعتبار في حساب المدة الإجمالية لعقد الشراكة. فالتأخير في استكمال المرفق يؤدي إلى تقليل مدة التشغيل وقد يؤثر سلباً على تقديرات الشريك الخاص والمقرضين الإجمالية للإيرادات. لذلك فقد يستحسن النظر في ماهية الظروف التي تبرر تمديد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص كي توضع في الاعتبار التمديدات المحتملة أثناء مرحلة التشييد. وأخيراً، يستحسن النص على أنه إذا كان الحدث المعني ذا طابع دائم، فيجوز أن يكون للطرفين خيار إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (انظر الفصل الخامس، "مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديده وإنهاؤه"، الفقرة ٣٤).

١٥٠- وهناك مسألة مهمة أخرى هي ما إذا كان يحق للشريك الخاص أن يحصل على تعويض عن أيّ خسارة في الإيرادات أو عن أيّ تلف ناجم عن نشوء عوائق تسوُّغ الإعفاء. وترد الإجابة عن هذا السؤال في توزيع المخاطر المنصوص عليه في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وباستثناء الحالات التي توفر فيها الحكومة شكلاً ما من الدعم المباشر، عادة ما يتحمل الشريك الخاص المخاطرة في الشراكات بين القطاعين العام والخاص، بما في ذلك مخاطر الخسائر التي قد تنجم عن الكوارث الطبيعية وغير ذلك من العوائق المسوَّغة للإعفاء، وهي ظروف يكون على الشريك الخاص عادة أن يحصل على تغطية تأمينية كافية لها. وعلى ذلك، قد يستبعد بعض القوانين صراحة أي شكل من التعويض للشريك الخاص في حالة حدوث خسارة أو تلف بسبب عوائق تسوُّغ الإعفاء. غير أن ذلك لا يستتبع بالضرورة أن الحدث الذي يعتبر عاملاً يسوِّغ الإعفاء لا يجوز أن يسوِّغ، في الوقت نفسه، إعادة النظر في شروط عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أجل استعادة توازنه الاقتصادي والمالي (انظر أيضاً الفقرات ١٣٥-١٤٤).

١٥١- بيد أنه يوجد نوع آخر من توزيع المخاطر يتوخى أحياناً للمشاريع المتعلقة بتشبيد مرافق تملكها السلطة المتعاقدة ملكية دائمة أو ينص على نقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة عند انتهاء مدة المشروع. ففي بعض البلدان يؤذن للسلطة المتعاقدة بأن تتخذ ترتيبات لمساعدة الشريك الخاص في إصلاح أو إعادة تشييد مرافق البنية التحتية التي تصاب بتلف نتيجة الكوارث الطبيعية أو ما شابه ذلك من أحداث محددة في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، شريطة أن تكون إمكانية هذه المساعدة متوخاة في طلبات تقديم العروض. ويؤذن أحياناً للسلطة المتعاقدة بأن توافق على دفع تعويض للشريك الخاص في حالة انقطاع العمل بما يتجاوز عدداً معيناً من الأيام حتى حد أقصى من الزمن، إذا كان الانقطاع ناتجاً عن حدث لا يكون الشريك الخاص مسؤولاً عنه.

١٥٢- وفي حالة عجز الشريك الخاص عن التنفيذ بسبب أي عائق من هذا النوع، وإذا عجز الطرفان عن الوصول إلى تنقيح مقبول للعقد، فإن بعض القوانين الوطنية تأذن للشريك الخاص بإنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دون إحلال بما قد يستحق من تعويض في هذه الظروف (انظر الفصل الخامس، "مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديده وإنهاؤه"، الفقرة ٣٤).

١٥٣- والأحكام القانونية والشروط التعاقدية بشأن العوائق التي تسوّغ الإعفاء يجب أن ينظر فيها أيضاً في ضوء القواعد الأخرى التي تنظم تقديم الخدمة المعنية. فالقانون في بعض النظم القانونية يلزم مقدمي الخدمات العمومية بأن يبذلوا قصارى جهودهم لمواصلة توفير الخدمة حتى في ظل الظروف المعروفة بأنّها عوائق تعاقدية (انظر الفقرتين ٩٥ و ٩٦). وفي تلك الحالات يستحسن النظر في مدى معقولة فرض التزام على الشريك الخاص، وفي التعويض الذي قد يكون مستحقاً عن التكاليف الإضافية التي يتكبدها وعمّا يواجهه من مشقة.

١٥٤- وبالإضافة إلى الآليات الموصوفة أدناه، يمكن للمؤسسات المالية الدولية، مثل البنك الدولي، من خلال وكالة ضمان الاستثمار المتعدد الأطراف، أن تغطي جزئياً بعض المخاطر (لاسيما النزاعات المسلحة وأعمال الشغب الأهلية)، بشرط أن يكون البلد مؤهلاً للحصول على تغطية من تلك الوكالة واستيفاء الشروط الواجبة التطبيق بخلاف ذلك (انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرة ١٠٠).

٦- الإخلال بالالتزامات وسبل العلاج

١٥٥- هناك عموماً طائفة واسعة من سبل العلاج يمكن للطرفين أن يتفقا عليها لمعالجة عواقب الإخلال بالالتزامات، التي قد تصل إلى إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وتتناول الفقرات التالية اعتبارات عامة بشأن الإخلال بالالتزامات وسبل العلاج من جانب أيٍّ من الطرفين (انظر الفقرتين ١٥٦ و ١٥٧). وهي تتناول الآثار التشريعية لأنواع معينة من سبل العلاج التي يقصد بها تصحيح أسباب الإخلال بالالتزامات والمحافظة على استمرارية المشروع، وعلى الأخص تدخل السلطة المتعاقدة (انظر الفقرات ١٥٨-١٦١) أو استبدال الشريك الخاص (انظر الفقرات ١٦٢-١٦٥). وترد في مكان آخر من الدليل مناقشة لآخر سبل العلاج، وهو إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وعواقب الإنهاء (انظر الفصل الخامس، "مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديده وإنهاؤه"، القسمين دال وهاء).

(أ) اعتبارات عامة

١٥٦- إنّ سبل علاج إخلال الشريك الخاص بالتزامات تشمل عادة سبل العلاج التي ترد عادة في عقود التشييد أو عقود الخدمات الطويلة الأجل، مثل مصادرة الضمان، والجزاءات التعاقدية، والتعويضات المقطوعة.^(٥) وفي غالبية الحالات تكون سبل العلاج هذه تعاقدية ولا تثير اعتبارات تشريعية ذات شأن. ومع ذلك، فمن المهم وضع إجراءات ملائمة للتحقق من أوجه التقصير ولمنح فرص لتدارك هذا التقصير. وفي بعض البلدان، يلزم لفرض جزاءات تعاقدية صدور نتائج معايير رسمية واتخاذ خطوات إجرائية أخرى، من بينها المراجعة التي يجريها كبار المسؤولين بالسلطة المتعاقدة قبل فرض جزاءات أكثر شدة. ويمكن استكمال تلك الإجراءات بأحكام تميز بين العيوب التي يمكن

(٥) للاطلاع على مناقشة لسبل العلاج المستخدمة في عقود تشييد المنشآت الصناعية المعقدة، انظر الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، الفصل الثامن عشر، "التأخير والعيوب وغير ذلك من أوجه الإخلال بالتنفيذ".

إصلاحها والعيوب التي يتعذر إصلاحها، وتحديد ما يقابل ذلك من إجراءات وسبل علاج. ويستحسن عادة النص على ضرورة توجيه إنذار إلى الشريك الخاص بإصلاح الخلل في غضون فترة معقولة. وقد يستحسن أيضاً النص على دفع الشريك الخاص غرامات جزائية أو تعويضات مقطوعة في حالة الإخلال بتنفيذ التزامات أساسية معينة، وتوضيح عدم انطباق أي جزاءات في حالة الإخلال بالتزامات ثانوية أو تبعية يمكن الحصول على سبل علاج لها بموجب القانون الوطني. وعلاوة على ذلك، فإن نظام رصد التنفيذ الذي يتضمن فرض جزاءات أو تعويضات مقطوعة يمكن استكماله بنظام مكافآت استثنائية تدفع إلى الشريك الخاص إذا فاق أداؤه الشروط المتفق عليها.

١٥٧- وفي حين أن السلطة المتعاقدة تستطيع أن تحمي نفسها من عواقب الإخلال بالتزامات من جانب الشريك الخاص بواسطة أشكال متنوعة من الترتيبات التعاقدية التي يمكن إنفاذها قضائياً، فقد تكون سبل العلاج المتاحة للشريك الخاص، في حال حصول إخلال من جانب السلطة المتعاقدة، خاضعة بموجب القانون المنطبق لعدد من القيود. وقد تكون هناك قيود هامة تنبثق من اللوائح الوطنية والدولية التي تعترف بمحاصرة السلطات العمومية من المقاضاة ومن إجراءات الإنفاذ. وتبعا للطابع القانوني للسلطة المتعاقدة أو غيرها من السلطات العمومية التي تتعهد بالتزامات تجاه الشريك الخاص، قد يحرم الشريك الخاص من إمكانية إنفاذ إجراءات لحمل تلك السلطات العمومية على الوفاء بالتزامات التي تتعهد بها (انظر أيضاً الفصل السادس، "تسوية النزاعات"، الفقرات ٣٣-٣٥). ويزيد هذا الوضع من أهمية توفير آليات لحماية الشريك الخاص من عواقب الإخلال بالتزامات من جانب السلطة المتعاقدة، وذلك مثلاً من خلال ضمانات حكومية تغطي حالات محددة من الإخلال بالتزامات، أو ضمانات من الغير، مثل مؤسسات الإقراض المتعددة الأطراف (انظر أيضاً الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ٦١-٧١).

(ب) حقوق السلطة المتعاقدة في التدخل

١٥٨- يأذن بعض القوانين الوطنية صراحة للسلطة المتعاقدة بأن تتولى تشغيل المرفق مؤقتاً، ويكون ذلك عادة في حالة حدوث تقصير من جانب الشريك الخاص، وعلى الأخص حينما يلزم القانون السلطة المتعاقدة بأن تكفل توفير الخدمة المعنية على نحو فعال في جميع الأوقات. وفي بعض النظم القانونية يعتبر هذا الواجب القانوني ركناً أصيلاً في غالبية العقود الحكومية ويمكن افتراض وجوده دون أن يكون منصوباً عليه صراحة في التشريع أو في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

١٥٩- وتجدر ملاحظة أن حق السلطة المتعاقدة في التدخل هو أقصى الإجراءات. وقد يخشى المستثمرون من القطاع الخاص أن تلجأ إليه السلطة المتعاقدة أو أن تهدد باللجوء إليه لفرض رغباتها بخصوص طريقة توفير الخدمة أو حتى للسيطرة على موجودات المشروع. ولذلك يستحسن تحديد الظروف، التي يمكن فيها ممارسة حقوق التدخل، بأوضح شكل ممكن. ومن المهم قصر حق السلطة المتعاقدة في التدخل على حالات التقصير الجسيم في الخدمة من جانب الشريك الخاص فلا يتجاوزها إلى حالات الاستياء من أدائه فحسب. وقد يكون من المفيد أن يوضح القانون أن تدخل السلطة المتعاقدة في المشروع مؤقت ويقصد منه علاج مشكلة عاجلة محددة تخلف الشريك الخاص عن علاجها. وينبغي أن يعود الشريك الخاص إلى تولي مسؤولية توفير الخدمة فور إصلاح الوضع الطارئ.

١٦٠- وقد تكون قدرة السلطة المتعاقدة على التدخل محدودة من حيث إنه قد يصعب التعرف فوراً على مقاول من الباطن والتعاقد معه على تنفيذ الأعمال التي تتدخل السلطة المتعاقدة من أجل الاضطلاع بها. وعلاوة على ذلك فإن كثرة التدخلات تحمل معها احتمالاً أن المخاطر التي نقلت إلى الشريك الخاص بمقتضى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يمكن أن تترد إلى السلطة المتعاقدة. وينبغي للشريك الخاص ألا يعتمد على تدخل السلطة المتعاقدة لمواجهة مخاطر معينة بدلاً من مواجهتها بنفسه على النحو الذي يشترطه عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

١٦١- ويستحسن أن يوضح عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أي الطرفين يتحمل تكلفة التدخل من جانب السلطة المتعاقدة، وفي غالبية الحالات، يكون على الشريك الخاص أن يتحمل التكاليف التي تتكبدها السلطة المتعاقدة عندما يكون التدخل ناجماً عن تقصير في الأداء يعزى إلى خطأ من جانبه. وفي بعض الحالات، قد يأذن الاتفاق للسلطة المتعاقدة بأن تتخذ إجراءات لعلاج المشكلة بنفسها ثم تطالب الشريك الخاص بالتكلفة الفعلية لهذه الإجراءات (بما فيها التكاليف الإدارية التي تتكبدها السلطة المتعاقدة)، وذلك لتجنب نزاعات بخصوص المسؤولية ومستوى التكاليف المناسب. بيد أنه عندما يتم مثل هذا التدخل بعد حدوث عائق يسوّغ الإغفاء (انظر الفقرات ١٣١-١٣٩) فقد يتفق الطرفان على حل مختلف، وفقاً لكيفية توزيع المخاطر المتعلقة بذلك العائق في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(ج) حقوق المقرضين في التدخل

١٦٢- قد تنشأ أوضاع أثناء عمر المشروع يكون فيها من مصلحة الطرفين برغم نشوئها أن يسمح باستمرار المشروع تحت مسؤولية شريك خاص آخر، من أجل تجنب إنهاء المشروع نتيجة لإخلال الشريك الخاص بالتزاماته أو وقوع حدث استثنائي خارج عن إرادة الشريك الخاص. أما المقرضون، الذين يمثل العائد الذي يولده المشروع ضمانهم الرئيسي، فيقلقهم على نحو خاص خطر توقف المشروع أو إنهائه قبل سداد القروض. وفي حالة حدوث إخلال أو عائق يؤثر في الشريك الخاص، يهتم المقرضين ضمان عدم ترك العمل ناقصاً وأن يظل تنفيذ عقد الشراكة مربحاً. وقد تكون السلطة المتعاقدة مهتمة هي الأخرى بأن تسمح بأن ينفذ المشروع شريك خاص جديد، كبديل لاضطرارها توليه ومواصلة التنفيذ تحت مسؤوليتها الخاصة.

١٦٣- وقد تضمن عدد من الاتفاقات المبرمة مؤخراً بشأن مشاريع بنية تحتية كبيرة أحكاماً تسمح للمقرضين، بموافقة السلطة المتعاقدة، بأن يختاروا شريكاً خاصاً جديداً لتنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص القائم. وعادة ما تستكمل مثل هذه الأحكام باتفاق مباشر بين السلطة المتعاقدة والمقرضين الذين يوفرون التمويل للشريك الخاص. والغرض الرئيسي من هذا الاتفاق المباشر هو أن يسمح للمقرضين بأن يتجنبوا إنهاء المشروع من جانب السلطة المتعاقدة في حالة إخلال الشريك الخاص بالتزاماته، وذلك بأن يحل محله شريك خاص آخر يواصل التنفيذ بمقتضى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وتختلف حقوق المقرضين في التدخل عند تقصير الشريك الخاص في تقديم الخدمة عن حق السلطة المتعاقدة في التدخل - الذي يتعلق بإخلال محدد ومؤقت وعاجل في الخدمة - في أنها تخص الحالات التي يكون فيها إخفاق الشريك الخاص في توفير الخدمة متكرراً أو يمكن في

حدود المعقول اعتباره غير قابل للعلاج. وقد ثبت من تجربة البلدان التي استخدمت مؤخرًا هذا النوع من الاتفاقات المباشرة أنَّ القدرة على تجنب الإنهاء واستقدام شريك خاص بديل من شأنها أن تعطي المقرضين ضمانات إضافية ضد إخلال الشريك الخاص بالتزاماته. وفي الوقت نفسه يتيح ذلك للسلطة المتعاقدة فرصة لتجنب التعطيل الناجم عن إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن ثم المحافظة على استمرارية الخدمة.

١٦٤- بيد أن تنفيذ هذه الأحكام قد يواجه صعوبات في بعض البلدان إذا لم يوجد إذن تشريعي بها. وعادة ما يكون عجز الشريك الخاص عن تنفيذ التزاماته مبررًا مشروعًا لتولي السلطة المتعاقدة تشغيل المرفق أو إنهاء الاتفاق (انظر الفصل الخامس، "مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتمديده وإنهاؤه"، الفقرات ١٥-٢٣). وكثيرًا ما يلزم أن تتبع السلطة المتعاقدة نفس إجراءات اختيار الشريك الخاص الأصلي المخل عند اختيار شريك خاص جديد يخلفه، وقد لا تتمكن السلطة المتعاقدة من أن توافق بالتشاور مع المقرضين على الارتباط بشريك خاص جديد ما لم يتم اختياره وفقًا لتلك الإجراءات. ومن ناحية أخرى فحتى عندما يكون مأذونًا للسلطة المتعاقدة بأن تتفاوض مع شريك خاص جديد في ظروف الطوارئ، قد يلزم إبرام عقد شراكة جديد مع الشريك الخاص الجديد، وقد تكون هناك قيود على قدرته على تولي التزامات سلفه.

١٦٥- لذلك، فقد يكون من المفيد الاعتراف في القانون بحق السلطة المتعاقدة في إبرام اتفاقات مع المقرضين تنص على أن يعين بموافقة السلطة المتعاقدة شريك خاص جديد يعمل في إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص القائم، في حالة حدوث تقصير جسيم من جانب الشريك الخاص في توفير الخدمة المطلوبة بمقتضى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أو بعد وقوع أحداث أخرى محددة يمكن أن تبرر إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وينبغي أن يحدد الاتفاق المبرم بين السلطة المتعاقدة والمقرضين، فيما يحدده، ما يلي: الظروف التي يسمح فيها للمقرضين بأن يستعصوا عن الشريك الخاص بشريك خاص جديد؛ وإجراءات استبدال الشريك الخاص؛ والأَسباب التي يمكن أن تستند إليها السلطة المتعاقدة لرفض بديل مقترح؛ والتزامات المقرضين بمواصلة توفير الخدمة على نفس المستويات وبنفس الشروط المنصوص عليها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

ثالثاً - محتويات عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتنفيذه

الحكم النموذجي ٣٣ - محتويات عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتنفيذه

يتعين أن ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على ما يراه الطرفان مناسباً من المسائل،^(٣٧) ومنها مثلاً المسائل التالية:

(أ) طبيعة ونطاق الأعمال المراد تنفيذها والخدمات المراد تقديمها من جانب الشريك الخاص (انظر الفقرة ١ من الفصل الرابع)؛

(ب) الشروط اللازمة لتوفير تلك الخدمات ومدى حصرية حقوق الشريك الخاص، إن كانت حصرية، بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص؛

(ج) المساعدة التي يجوز أن تقدمها السلطة المتعاقدة إلى الشريك الخاص في الحصول على ما قد يلزم من رخص وتصاريح لتنفيذ مشروع البنية التحتية؛

(د) أي متطلبات تتعلق بإنشاء كيان اعتباري في هيئة شركة والحد الأدنى لرأسماله وفقاً للحكم النموذجي ٣٠ (انظر الحكم النموذجي ٣٠)؛

(هـ) ملكية الموجودات المتعلقة بالمشروع والتزامات الطرفين، حسب الاقتضاء، فيما يتعلق بالحصول على موقع المشروع وأي حقوق ارتفاق لازمة وفقاً للأحكام النموذجية ٣١ إلى ٣٣ (انظر الأحكام النموذجية ٣١ إلى ٣٣)؛

(و) ما يتقاضاه الشريك الخاص، سواء أكان في شكل تعريفات أو رسوم لقاء استخدام المرفق أو توفير الخدمات؛ وأساليب وصيغ وضع أي من هذه التعريفات أو الرسوم أو تعديلها؛ والمدفوعات، إن وجدت، التي يجوز أن تسدها السلطة المتعاقدة أو أي سلطة عمومية أخرى؛

(ز) إجراءات استعراض وإقرار التصميم الهندسية وخطط التشييد والمواصفات من جانب السلطة المتعاقدة، وإجراءات اختبار مرفق البنية التحتية ومعاينته النهائية والموافقة عليه وقبوله بصفة نهائية؛

(ح) مدى التزامات الشريك الخاص، حسب الاقتضاء، بضمان تعديل الخدمة بما يتوافق مع تلبية الطلب الفعلي عليها واستمراريتها وتوفيرها بالشروط نفسها أساساً لكافة المستعملين (انظر الحكم النموذجي ٣٨)؛

(ط) حق السلطة المتعاقدة أو أي سلطة عمومية أخرى في رصد الأعمال المراد من الشريك الخاص تنفيذها والخدمات المراد منه تقديمها والشروط والحدود التي بمقتضاها يجوز للسلطة المتعاقدة أو هيئة رقابية أن تطلب إدخال تعديلات فيما يتعلق بالأعمال وشروط الخدمة، أو تتخذ ما قد تراه مناسباً من التدابير المعقولة الأخرى لضمان تشغيل مرفق البنية التحتية على نحو سليم وتقديم الخدمات وفقاً للمتطلبات القانونية والتعاقدية الواجب تطبيقها؛

(٣٧) لعلّ الدول المشترعة تود أن تحيط علماً بأن تضمين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أحكاماً تتناول بعض المسائل المذكورة في هذا الحكم النموذجي إلزامي عملاً بأحكام نموذجية أخرى.

(ي) مدى التزام الشريك الخاص بأن يقدم إلى السلطة المتعاقدة أو إلى هيئة رقابية، حسب الاقتضاء، تقارير ومعلومات أخرى عن عملياته؛

(ك) الآليات الخاصة بمعالجة التكاليف الإضافية والتبعات الأخرى التي قد تنشأ عن أي طلب تصدره السلطة المتعاقدة أو أي سلطة عمومية أخرى فيما يتعلق بالفقرتين الفرعيتين (ح) و(ط) أعلاه، بما في ذلك أي تعويض قد يستحقه الشريك الخاص؛

(ل) أي حقوق للسلطة المتعاقدة في مراجعة العقود الرئيسية التي يعتزم الشريك الخاص إبرامها والموافقة عليها، وخصوصاً العقود مع المساهمين في شركته أو الأشخاص الآخرين المتسبين إليها؛

(م) ضمانات الأداء المراد تقديمها وسندات التأمين التي يحتفظ بها الشريك الخاص فيما يتعلق بتنفيذ مشروع البنية التحتية؛

(ن) سبل الانتصاف المتاحة في حال حدوث تقصير من جانب أي من الطرفين؛

(س) مدى جواز إعفاء أي من الطرفين من المسؤولية عن التخلف أو التأخر في الوفاء بأي التزام بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من جراء ظروف تتجاوز نطاق سيطرتهما المعقولة؛

(ع) مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وحقوق والتزامات الطرفين عند انقضائها أو إنهائها؛

(ف) أسلوب حساب التعويض بموجب الحكم النموذجي ٤٧؛

(ص) القانون الناظم والآليات الخاصة بتسوية ما قد ينشأ من منازعات بين السلطة المتعاقدة والشريك الخاص (انظر الحكمين النموذجيين ٢٩ و ٤٩).

(ق) حقوق الطرفين والتزاماتهما فيما يتعلق بالمعلومات السرية (انظر الحكم النموذجي ٢٤).

الحكم النموذجي ٣٤ - القانون الناظم

ينظم قانون [الدولة المشترعة] عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ما لم ينص العقد المذكور على خلاف ذلك.^(٣٨)

(٣٨) توفر النظم القانونية إجابات مختلفة عن التساؤل عما إذا كان يجوز للطرفين في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص اختيار قانون غير قوانين البلد المضيف كقانون منظم للعقد. كما أنه، مثلما نوقش في الدليل التشريعي (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار القانوني وعقد الشراكة"، الفقرات ٥-٨)، قد يخضع عقد الشراكة، في بعض البلدان، للقانون الإداري، بينما قد يكون هذا العقد منظمًا، في بلدان أخرى، بموجب القانون الخاص (انظر أيضًا الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، الفقرات ٢٤-٢٧). كما يشمل القانون الناظم قواعد قانونية لميادين قانونية أخرى تنطبق على مختلف المسائل التي قد تنشأ خلال تنفيذ مشروع البنية التحتية (انظر بوجه عام الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، القسم باء).

الحكم النموذجي ٣٥ - الهيكل المؤسسي للشريك الخاص

قد تشترط السلطة المتعاقدة على صاحب العرض الفائز أن ينشئ كيانا اعتباريا في هيئة شركة بموجب قوانين [الدولة المشترعة]، شريطة تضمين وثائق الاختيار الأولي أو طلب تقديم الاقتراحات، حسب الاقتضاء، ما يفيد بذلك. ويجب أن يبين في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، على نحو يتوافق مع شروط طلب الاقتراحات، أي اشتراط يتعلق بالحد الأدنى لرأس مال هذا الكيان الاعتباري وإجراءات الحصول على موافقة السلطة المتعاقدة على نظامه الأساسي ونظامه الداخلي وأي تغييرات أساسية عليهما.

الحكم النموذجي ٣٦ - ملكية الموجودات^(٣٩)

يتعين أن يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حسب الاقتضاء، الموجودات التي تكون أو يجب أن تكون ممتلكات عمومية، والموجودات التي تكون أو يجب أن تكون ممتلكات خاصة للشريك الخاص. ويتعين أن يحدد العقد المذكور، بصفة خاصة، الموجودات التي تنتمي للفئات التالية:

(أ) الموجودات التي يلزم الشريك الخاص بإعادتها أو نقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة أو إلى أي كيان آخر تحدده السلطة المتعاقدة وفقا لأحكام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إن توفرت تلك الموجودات؛

(ب) الموجودات التي يجوز للسلطة المتعاقدة أن تشتريها، بناء على اختيارها، من الشريك الخاص، إن توفرت تلك الموجودات؛

(ج) الموجودات التي يجوز للشريك الخاص أن يستبقها أو يتصرف فيها عند انقضاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه، إن توفرت تلك الموجودات.

الحكم النموذجي ٣٧ - احتياز الحقوق المتصلة بموقع المشروع

١ - على السلطة المتعاقدة أو أي سلطة عمومية أخرى، بموجب أحكام القانون وعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أن توفر للشريك الخاص الحقوق المتصلة بموقع المشروع، بما في ذلك حق ملكيته، حسبما قد يلزم لتنفيذ المشروع، أو أن تساعد، حسب الاقتضاء، في الحصول على تلك الحقوق.

(٣٩) يمكن تدبير مشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية بأشكال مختلفة تتراوح ما بين البن التحتية التي يملكها القطاع العام ويشغلها، والمشاريع المملوكة تماما للقطاع الخاص (انظر "مقدمة ومعلومات أساسية عن الشراكات بين القطاعين العام والخاص"، الفقرات ٤٧-٥٣). وهذه الخيارات السياسية العامة هي التي تحدد عادة النهج التشريعي الخاص بملكية الموجودات المتعلقة بالمشروع. وبصرف النظر عن السياسة العامة أو القطاعية للبلد المضيف، فإن نظام ملكية مختلف الموجودات المعنية ينبغي أن يكون محددًا بوضوح ومستندًا إلى إذن تشريعي كاف. والوضوح مهم في هذا الصدد لأنه سيؤثر مباشرة على قدرة الشريك الخاص على إيجاد مصالح ضمانية في موجودات المشروع لتدبير التمويل اللازم للمشروع. واتساقا مع النهج المرن الذي تتخذه مختلف النظم القانونية، فإن هذا الحكم النموذجي لا يتوخى نقلا مطلقا للملكية كل الموجودات إلى السلطة المتعاقدة، ولكنه يساعد على التمييز بين الموجودات الواجب نقل ملكيتها إلى هذه السلطة، والموجودات التي تشتريها باختيارها، والموجودات التي تبقى من الممتلكات الخاصة للشريك الخاص، عند انقضاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إنهائه، أو في أي وقت آخر.

٢- يُنفذ أي احتياز جبري للأرض التي قد يلزم الحصول عليها لتنفيذ المشروع وفقاً لـ[تبيين الدولة المشترعة أحكام قوانينها النازمة للاحتياز الجبري للممتلكات الخاصة من قبل السلطات العمومية لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة].

الحكم النموذجي ٣٨- حقوق الارتفاق^(٤٠)

البديل ألف

١- على السلطة المتعاقدة أو أي سلطة عمومية أخرى، بموجب أحكام القانون وعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أن توفر للشريك الخاص الحق في دخول ممتلكات الغير أو عبورها أو القيام بأشغال أو تركيب تجهيزات فيها، بحسب ما هو مناسب ولازم لتنفيذ المشروع، أو أن تساعد، حسب الاقتضاء، على التمتع بذلك الحق، وفقاً لـ[تحدد الدولة المشترعة أحكام قوانينها التي تنظم حقوق الارتفاق والحقوق المماثلة الأخرى التي تتمتع بها شركات المنافع العمومية ومشغلو البنية التحتية بموجب قوانينها].

البديل باء

١- يكون للشريك الخاص الحق في دخول ممتلكات الغير أو عبورها أو القيام بأشغال أو تركيب تجهيزات فيها، بحسب ما هو مناسب ولازم لتنفيذ المشروع وفقاً لـ[تحدد الدولة المشترعة أحكام قوانينها التي تنظم حقوق الارتفاق والحقوق المماثلة الأخرى التي تكفلها قوانينها لشركات المنافع العمومية ومشغلي البنية التحتية].

٢- تُنشأ أي حقوق ارتفاق قد يلزم الحصول عليها لتنفيذ المشروع وفقاً لـ[تحدد الدولة المشترعة أحكام قوانينها التي تنظم إنشاء حقوق الارتفاق لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة].

الحكم النموذجي ٣٩- الترتيبات المالية

١- يحق للشريك الخاص، الذي يشغل مرفقاً يستخدمه الجمهور أو يوفر خدمة للجمهور بمقتضى عقد شراكة بين القطاعين العام والخاص، أن يفرض أو يتقاضى أو يحصل تعريفات أو رسوماً على الانتفاع بالمرفق أو خدماته وفقاً للعقد المذكور، الذي يجب أن ينص على طرائق وصيغ لإرساء تلك التعريفات أو الرسوم وتعديلها [وفقاً للقواعد التي تضعها الهيئة الرقابية المختصة].^(٤١)

(٤٠) يمكن للشريك الخاص الحصول على حق المرور أو العبور خلال ممتلكات مجاورة لأغراض تتعلق بالمشروع أو للقيام بأشغال فيها بصورة مباشرة أو قد تقوم السلطة العمومية بالحصول عليه جبراً بالتزامن مع تخصيص موقع المشروع. ويوفر البديل باء خياراً يختلف عن ذلك قليلاً، وهو أن يحول القانون نفسه لمقدمي الخدمات العمومية حق دخول ممتلكات الغير أو عبورها أو القيام بأشغال أو تركيب تجهيزات فيها، حسبما يتطلبه تشييد البنية التحتية العمومية وتشغيلها وصيانتها.

(٤١) قد تكون المكوس أو الرسوم أو الأسعار أو غيرها من الجبايات المستحقة للشريك الخاص، والمشار إليها في الدليل التشريعي بكلمة "تعريفات" مصدر العائدات الرئيسي (بل والوحيد في بعض الأحيان) لاسترداد الاستثمار الموظف في المشروع في غياب أي إعانات أو مدفوعات من السلطة المتعاقدة أو السلطات العمومية الأخرى (انظر الفصل الثاني، "تخطيط المشاريع وإعدادها"، الفقرات ٣٠-٦٠). وتكون التكلفة التي تقدم بها الخدمات العمومية عادة أحد عناصر سياسة الحكومة المتعلقة بالبنية التحتية ومصدر انشغال مباشر لقطاعات كبيرة من الجمهور. ولذلك فإن الإطار التنظيمي لتقديم الخدمات العمومية في الكثير من البلدان يشمل قواعد خاصة لمراقبة التعريفات. كما أن الأحكام القانونية أو القواعد العامة للقانون في بعض النظم القانونية تضع بارامترات لتسعير السلع أو الخدمات، مثل اشتراط أن تستوفي الرسوم معايير معينة من "المعقولة" أو "الإنصاف" أو "العدالة".

٢- تكون للسلطة المتعاقدة صلاحية الاتفاق على تسديد دفعات مباشرة إلى الشريك الخاص كبديل عن فرض تعريفات أو رسوم للانتفاع بالمرفق أو خدماته أو بالإضافة إليها. بمقتضى الفقرة السابقة.

٣- يحق للشريك الخاص، الذي يدير مرفقا يستخدمه الجمهور أو يقدم خدمة للسلطة المتعاقدة أو أي هيئة عمومية أخرى وفق عقد شراكة بين القطاعين العام والخاص، أن يتقاضى ما يحدده العقد من إيجارات أو رسوم استعمال أو مدفوعات أخرى من أجل الاستعمال الفعلي للمرفق أو خدماته أو من أجل إتاحة الاستفادة الفعلية من المرفق أو خدماته وفقا للعقد المذكور، الذي يجب أن ينص على طرائق وصيغ لإرساء تلك التعريفات أو الرسوم وتعديلها.

الحكم النموذجي ٤٠ - المصالح الضمانية

١- رهنا بأيّ تقييد يجوز أن يتضمنه عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص،^(٢٦) يحق للشريك الخاص إنشاء مصالح ضمانية في أي من موجوداته أو حقوقه أو مصالحه، بما فيها تلك المتعلقة بمشروع البنية التحتية، على النحو الذي يتطلبه ضمان أي تمويل لازم للمشروع، بما في ذلك على وجه الخصوص ما يلي:

(أ) ضمان بالممتلكات المنقولة أو غير المنقولة التي يمتلكها الشريك الخاص أو مصالحه في موجودات المشروع؛

(ب) رهن للعائدات والمستحقات المدينة للشريك الخاص فيما يتعلق باستخدام المرفق أو الخدمات التي يقدمها.

٢- يحق للمساهمين في شركة الشريك الخاص رهن أو إنشاء أي مصالح ضمانية أخرى في أسهمهم فيها.

٣- لا يجوز تقديم ضمان، في إطار الفقرة ١، بالممتلكات العمومية أو غير العمومية أو الموجودات أو الحقوق اللازمة لتقديم خدمة عمومية، متى كان تقديم الضمان من هذا القبيل محظورا بموجب قانون [الدولة المشترعة].

الحكم النموذجي ٤١ - التنازل عن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

باستثناء ما هو منصوص عليه خلافا لذلك في الحكم النموذجي ٣٥، لا يجوز التنازل عن حقوق الشريك الخاص والتزاماته بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص للغير دون موافقة السلطة المتعاقدة. ويتعين أن يبين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الشروط التي تعطي السلطة المتعاقدة بموجبها موافقتها على التنازل عن حقوق الشريك الخاص والتزاماته بمقتضى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بما في ذلك قبول الشريك الخاص الجديد بجميع الالتزامات الواردة فيه وإثبات القدرة التقنية والمالية لدى الشريك الخاص الجديد اللازمة لتقديم الخدمة المعنية.

(٤٢) قد تتعلق هذه القيود، على وجه الخصوص، بإنفاذ الحقوق أو المصالح المتصلة بموجودات مشروع البنية التحتية.

الحكم النموذجي ٤٢ - نقل ملكية حصة غالبية^(٤٣) في شركة الشريك الخاص

باستثناء ما هو منصوص عليه خلافاً لذلك في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لا يجوز نقل ملكية حصة غالبية في شركة الشريك الخاص إلى الغير دون موافقة السلطة المتعاقدة. ويتعين أن يبين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الشروط التي تعطي السلطة المتعاقدة هذه الموافقة بموجبها.

الحكم النموذجي ٤٣ - تشغيل البنية التحتية

١ - يبين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حسب الاقتضاء، مدى التزامات الشريك الخاص بضمان ما يلي:

(أ) تعديل الخدمة بما يتوافق مع تلبية الطلب الفعلي عليها؛

(ب) استمرارية الخدمة؛

(ج) توفير الخدمة بشروط واحدة أساساً لجميع المستعملين؛

(د) توفير سبل وصول مقدمي الخدمات الآخرين، دون تمييز وحسب الاقتضاء، إلى أي شبكة من شبكات البنية التحتية العمومية التي يشغلها الشريك الخاص.

٢ - يحق للشريك الخاص إصدار وإنفاذ قواعد تنظم استخدام المرفق، رهنا بموافقة السلطة المتعاقدة أو هيئة رقابية.

الحكم النموذجي ٤٤ - التعويض عن تغييرات تشريعية معينة

يتعين أن يبين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى أي مدى يحق للشريك الخاص الحصول على تعويض في حال ازدياد تكلفة تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ازدياداً كبيراً أو تناقص قيمة ما يتلقاه الشريك الخاص من هذا التنفيذ تناقصاً كبيراً مقارنة بتكاليف التنفيذ وقيمتها المتوقعة أصلاً، نتيجة للتغييرات في التشريعات واللوائح التنظيمية المنطبقة تحديداً على مرفق البنية التحتية أو الخدمات التي يقدمها.

الحكم النموذجي ٤٥ - تنقيح عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

١ - دون المساس بالحكم النموذجي ٤٤، يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أيضاً إلى أي مدى يحق للشريك الخاص أن ينقحه بهدف تضمينه حكماً بالتعويض في حال ازدياد تكلفة تنفيذ الشريك الخاص العقد ازدياداً كبيراً أو تناقص قيمة ما يتلقاه من هذا التنفيذ تناقصاً كبيراً مقارنة بتكاليف التنفيذ وقيمتها المتوقعة أصلاً، وذلك نتيجة لما يلي:

(٤٣) يشير مفهوم "الحصة الغالبة" عموماً إلى سلطة تعيين هيئة إدارية لشركة معينة والتأثير على أعمالها أو تحديدها. وقد تختلف المعايير المستخدمة في هذا الشأن باختلاف النظم القانونية بل حتى باختلاف مجموعات القوانين داخل النظام القانوني الواحد، وهي تتراوح ما بين معايير شكلية تنسب الحصة الغالبة إلى ملكية مقدار معين (عادة ما يزيد على خمسين في المائة) من إجمالي القوة التصويتية مجتمعة لكافة فئات أسهم الشركة ومعايير أكثر تعقيداً تأخذ في الحسبان الهيكل الإداري الفعلي للشركة. وقد تحتاج الدول المشترعة التي ليس لديها تعريف قانوني لـ "الحصة الغالبة" إلى تعريف هذه العبارة ضمن ما تصدره من لوائح تنظيمية لتنفيذ هذا الحكم النموذجي.

- (أ) تغيرات في الظروف الاقتصادية أو المالية، أو
- (ب) تغييرات في التشريعات واللوائح التنظيمية التي لا تنطبق تحديداً على مرفق البنية التحتية أو الخدمات التي يقدمها؛
- شرط أن تكون التغيرات الاقتصادية أو المالية أو التشريعية أو التنظيمية:
- (أ) قد حدثت بعد إبرام العقد؛
- (ب) تقع خارج نطاق سيطرة الشريك الخاص؛
- (ج) ذات طابع لا يمكن معه التوقع بصورة معقولة أن يكون الشريك الخاص قد أخذها في الحسبان أثناء التفاوض على عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تفادى نتائجها أو تغلب عليها.
- ٢- يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص القواعد الإجرائية المتعلقة بتنقيح أحكامه بعد حدوث أي تغييرات كهذه.
- ٣- تشترط السلطة المتعاقدة موافقة [تحدد الدولة المشترعة الجهاز أو الكيان العمومي] على أي تعديل للعقد:
- (أ) يزيد على نسبة [تحدد الدولة المشترعة النسبة المئوية] من قيمة العقد الأصلي؛ أو
- (ب) ينص على أشغال أو خدمات إضافية يوفرها الشريك الخاص لم تكن متضمنة في العقد الأصلي لكنها باتت بعد ذلك ضرورية وليس من المفيد للمصلحة العامة اختيار شريك خاص آخر للقيام بها بالنظر لما يلي:
- ١- أنه توجد دواع اقتصادية أو تقنية مثل متطلبات القابلية للتبديل أو التشغيل البيني مع المعدات أو الخدمات أو التجهيزات المقتناة في إطار العقد الأولي؛
- ٢- أن اختيار شريك خاص آخر سوف يسبب مشاقاً جسيمة أو ازدواجية ضخمة في التكاليف لدى السلطة المتعاقدة.
- ٤- لا يجوز للسلطة المتعاقدة الموافقة على أي تغيير أو تعديل في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من شأنه أن يحدث تغييراً جوهرياً في طابع العقد عما كان عليه حال إبرامه في الأصل ولا يجوز [للجهاز أو الكيان الذي تحدده الدولة المشترعة] إقرار مثل هذا التغيير أو التعديل. ويعتبر التعديل جوهرياً حيثما توفر شرط واحد أو أكثر من الشروط التالية:
- (أ) أن يدخل التعديل شروطاً لم تكن جزءاً من الإجراءات الأولية لإسناد العقد كان من شأنها أن تسمح بتقديم عروض من أشخاص آخرين بخلاف مقدمي العروض الذين وقع عليهم الاختيار المبدئي أو أن تسمح بقبول عرض آخر غير العرض الذي قبل أصلاً أو أن تحتذب مشاركين إضافيين في إجراءات إسناد العقد؛
- (ب) أن يغير التعديل من التوازن الاقتصادي في العقد لصالح الشريك الخاص على نحو لم يكن منصوصاً عليه في العقد الأصلي؛
- (ج) أن يوسع التغيير نطاق العقد توسعة كبيرة؛

(د) أن يحل شريك خاص جديد محل الشريك الذي أسندت إليه سلطة التعاقد أصلاً العقد في غير الحالات المنصوص عليها في الحكم النموذجي ٤٧.

الحكم النموذجي ٤٦ - تولي السلطة المتعاقدة تشغيل مشروع البنية التحتية

يجوز للسلطة المتعاقدة، في الأحوال المبينة في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أن تتولى مؤقتاً تشغيل المرفق لغرض ضمان توفير الخدمة على نحو فعال ودون انقطاع في حال حدوث تقصير حسيماً من جانب الشريك الخاص في الوفاء بالتزاماته وعجزه عن تدارك ذلك التقصير في غضون فترة زمنية معقولة من تلقيه إشعاراً من السلطة المتعاقدة للقيام بذلك.

الحكم النموذجي ٤٧ - تبديل الشريك الخاص

يجوز للسلطة المتعاقدة أن تتفق مع الكيانات التي تمول مشروع البنية التحتية ومع الشريك الخاص على جواز الاستعاضة عن الشريك الخاص بكيان أو شخص جديد يعين لأداء الأعمال المطلوبة في إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص القائم إذا ما أحل به الشريك الخاص إخلالاً جسيماً أو وقعت أحداث أخرى يمكن أن تبرر إنهائه أو ظروف أخرى مماثلة.^(٤٤)

(٤٤) القصد من الاستعاضة عن الشريك الخاص بكيان آخر يقترحه المقرضون وتقبل به السلطة المتعاقدة. بموجب شروط يتفقون عليها هو إتاحة الفرصة للأطراف لتفادي الآثار العكسية لإنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (انظر الفصل الرابع، "تنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص: الإطار التشريعي واتفاق المشروع" الفقرات ١٤٧-١٥٠). وقد ترغب الأطراف في اللجوء أولاً إلى تدابير عملية أخرى، ربما على نحو تعاقبي، كتولي المقرضين المشروع مؤقتاً أو قيامهم بتعيين شخص لإدارته بصورة مؤقتة، أو إنفاذ المقرضين الضمان المقدم إليهم بأسهم شركة الشريك الخاص ببيعهم تلك الأسهم إلى طرف من الغير يكون مقبولا لدى السلطة المتعاقدة.