

Distr.: General
6 December 1999

ARABIC
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الثالثة والثلاثون

نيويورك، ١٢ حزيران/يونيه ٧ تموز/يوليه ٢٠٠٠

مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص: مشاريع فصول لدليل تشريعي
بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص

تقرير الأمين العام

إضافة

الفصل الرابع تشييد البنية التحتية وتشغيلها

المحتويات

| الصفحة | الفقرات | |
|--------|---------|--|
| ٣ | | توصيات تشريعية..... |
| ٦ | ٥٠-١ | ملاحظات بشأن التوصيات التشريعية..... |
| ٦ | ١١-١ | ألف - الأحكام العامة لاتفاق المشروع..... |
| ٦ | ٤-٢ | ١ النهج التشريعية..... |
| ٦ | ٨-٥ | ٢ القانون الناظم لاتفاق المشروع..... |
| ٧ | ١١-٩ | ٣ إبرام اتفاق المشروع..... |
| ٨ | ١٨-١٢ | باء - تنظيم صاحب الامتياز..... |
| ١٠ | ٣٢-١٩ | جيم - موقع المشروع، وأصوله وحقوق الارتفاق الخاصة به..... |
| ١٠ | ٢٢-٢٠ | ١ اقتناء الأرض اللازمة لتنفيذ المشروع..... |
| ١١ | ٢٩-٢٣ | ٢ ملكية أصول المشروع..... |
| ١٢ | ٣٢-٣٠ | ٣ حقوق الارتفاق..... |
| ١٣ | ٥١-٣٣ | دال - الترتيبات المالية..... |
| ١٣ | ٣٥-٣٤ | ١ الالتزامات المالية لصاحب الامتياز..... |
| ١٤ | ٤٦-٣٦ | ٢ تحديد التعريفات ومراقبتها..... |
| ١٧ | ٥١-٤٧ | ٣ الالتزامات المالية للسلطة المتعاقدة..... |

| الصفحة | الفقرات | | |
|--------|---------|-------|--|
| ١٨ | ٦١-٥٢ | | المصالح الضمانية |
| ١٩ | ٥٥-٥٤ | | ١ ضمانة الأصول المادية |
| ١٩ | ٥٧-٥٦ | | ٢ ضمانة الأصول المعنوية |
| ٢٠ | ٦٠-٥٨ | | ٣ ضمانات المستحقات التجارية |
| ٢١ | ٦١ | | ٤ ضمانة أسهم شركة المشروع |
| ٢١ | ٦٣-٦٢ | | التنازل عن الامتياز |
| ٢٢ | ٦٨-٦٤ | | نقل حصة غالبية في شركة المشروع |
| ٢٣ | ٧٩-٦٩ | | أشغال التشييد |
| ٢٤ | ٧٢ | | ١ استعراض خطط التشييد والموافقة عليها |
| ٢٤ | ٧٦-٧٣ | | ٢ التغيير في شروط المشروع |
| ٢٥ | ٧٨-٧٧ | | ٣ صلاحيات الرصد المخولة للسلطة المتعاقدة |
| ٢٦ | ٧٩ | | ٤ فترة الضمان |
| ٢٦ | ٩٧-٨٠ | | تشغيل البنية التحتية |
| ٢٦ | ٨٣-٨٢ | | ١ معايير الأداء |
| ٢٧ | ٨٥-٨٤ | | ٢ توسيع نطاق الخدمة |
| ٢٧ | ٨٧-٨٦ | | ٣ استمرارية الخدمة |
| ٢٨ | ٨٩-٨٨ | | ٤ المساواة في معاملة الزبائن أو المستعملين |
| ٢٨ | ٩٣-٩٠ | | ٥ ترابط شبكات البنية التحتية وإمكانية النفاذ إليها |
| ٢٩ | ٩٥-٩٤ | | ٦ اشتراطات تقديم المعلومات |
| ٣٠ | ٩٧-٩٦ | | ٧ صلاحيات صاحب الامتياز الإنفاذية |
| ٣٠ | ١٥٠-٩٨ | | الترتيبات التعاقدية العامة |
| ٣٠ | ١٠٤-٩٩ | | ١ التعاقد من الباطن |
| ٣٢ | ١٠٧-١٠٥ | | ٢ المسؤولية إزاء المستعملين وإزاء الغير |
| ٣٣ | ١٢٠-١٠٨ | | ٣ ضمانات الأداء والتأمين |
| ٣٦ | ١٣٠-١٢١ | | ٤ التغييرات في الشروط |
| ٣٩ | ١٣٩-١٣١ | | ٥ أحكام الإعفاء |
| ٤١ | ١٥٠-١٤٠ | | ٦ حالة التخلف عن الأداء وسبل الانتصاف |

توصيات تشريعية

توصى البلدان المضيفة الراغبة في ترويج مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بتنفيذ المبادئ التالية بموجب القانون:

أحكام عامة بشأن اتفاق المشروع (انظر الفصل الرابع "تشبيد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ١١-١) **التوصية ٣٩-** من الجائز أن يحدد القانون الشروط الجوهرية التي يجب توفرها في اتفاق المشروع، والتي قد تتضمن تلك الشروط المشار إليها في التوصيات ٤٠ إلى ٥٩ الواردة أدناه.

التوصية ٤٠- يخضع اتفاق المشروع لقانون البلد المضيف، ما لم ينص على خلاف ذلك.

تنظيم صاحب الامتياز (انظر الفصل الرابع "تشبيد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ١٢-١٨) **التوصية ٤١-** ينبغي أن يكون لدى السلطة المتعاقدة الخيار للاشتراط بأن ينشئ مقدمو العروض الذين وقع عليهم الاختيار كيانا قانونيا مستقلا له مقر في البلد.

التوصية ٤٢- ينبغي أن يحدد اتفاق المشروع الحد الأدنى لرأس مال شركة المشروع، وإجراءات الحصول على موافقة السلطة المتعاقدة على النظام الأساسي والنظام الداخلي لشركة المشروع، وكذلك على إدخال أي تغييرات أساسية عليها.

موقع المشروع وحقوق الارتفاق الخاصة به (انظر الفصل الرابع "تشبيد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ١٩-٣٢) **التوصية ٤٣-** ينبغي أن يحدد اتفاق المشروع، حسب الاقتضاء، الموجودات التي ستكون من ضمن الممتلكات العمومية، والموجودات التي ستكون من ضمن الممتلكات الخصوصية لصاحب الامتياز. وينبغي أن يحدد اتفاق المشروع ما هي الموجودات التي يلزم صاحب الامتياز بنقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة أو إلى صاحب امتياز جديد عند انقضاء اتفاق المشروع أو إنهائه؛ وما هي الموجودات التي يجوز للسلطة المتعاقدة أن تشتريها، بناء على اختيارها، من صاحب الامتياز؛ وما هي الموجودات التي يجوز لصاحب الامتياز إذا شاء أن يزيلها أو يتصرف بها عند انقضاء اتفاق المشروع أو إنهائه.

التوصية ٤٤- ينبغي للسلطة المتعاقدة أن تقدم المساعدة إلى صاحب الامتياز في حيازة حقوق الارتفاق اللازمة لتشبيد المرفق وتشغيله وصيانته. ويجوز أن يخول القانون صاحب الامتياز صلاحية دخول ممتلكات أطراف ثالثة أو عبورها أو القيام بأشغال أو تركيب تجهيزات فيها، بحسب ما يلزم لتشبيد المرفق وتشغيله.

الترتيبات المالية (انظر الفصل الرابع "تشبيد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ٣٣-٥١) **التوصية ٤٥-** ينبغي أن يبصر القانون لصاحب الامتياز تحصيل تعرفات أو رسوم انتفاع بشأن استخدام المرفق الذي يوفره أو الخدمات التي يقدمها. وينبغي أن ينص اتفاق المشروع على طرائق وصيغ تعديل تلك التعريفات أو رسوم الانتفاع.

التوصية ٤٦- في الأحوال التي تكون فيها التعريفات أو الرسوم التي يتقاضاها صاحب الامتياز خاضعة لمراقبة خارجية من جانب هيئة رقابة تنظيمية، ينبغي أن يبين القانون آليات التنقيح الدوري والاستثنائي لصيغ تعديل التعريفات.

التوصية ٤٧- ينبغي أن تكون لدى السلطة المتعاقدة الصلاحية، عند الاقتضاء، على الاتفاق على سداد دفعات مباشرة لصاحب الامتياز كبديل عن رسوم الخدمات التي ينبغي أن يدفعها المستعملون، أو إضافة إلى تلك الرسوم، وكذلك على إبرام التزامات بشأن شراء كميات محددة من السلع أو الخدمات.

المصالح الضمانية (انظر الفصل الرابع "تشبيد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ٥٢-٦١)

التوصية ٤٨- ينبغي أن يكون صاحب الامتياز مسؤولاً عن جمع الأموال اللازمة لتشبيد مرفق البنية التحتية وتشغيله، وتحقيقاً لذلك الغرض، ينبغي أيضاً أن يكون له الحق في تأمين أي تمويل لازم للمشروع بمصلحة ضمانية في أي من ممتلكاته، أو برهن أسهم في شركة المشروع، أو برهن العائدات والمستحقات الناشئة عن الامتياز، أو بأي ضمان ملائم آخر، دون الإخلال بأي من القواعد القانونية التي يجوز أن تحظر إنشاء مصالح ضمانية في ممتلكات عمومية تكون في حيازة صاحب الامتياز.

التنازل عن الامتياز (انظر الفصل الرابع "تشبيد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ٦٢ و ٦٣)

التوصية ٤٩- ينبغي أن يبين اتفاق المشروع الشروط التي يجوز بموجبها للسلطة المتعاقدة أن توافق على التنازل عن الامتياز، بما في ذلك قبول صاحب الامتياز الجديد بجميع الالتزامات الواردة في اتفاق المشروع، وإثبات القدرة التقنية والمالية لدى صاحب الامتياز الجديد اللازمة لتقديم الخدمة المعنية. ولا ينبغي التنازل عن الامتياز للغير دون موافقة السلطة المتعاقدة.

نقل حصة غالبية في شركة المشروع (انظر الفصل الرابع "تشبيد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ٦٤-٦٨)

التوصية ٥٠- من الجائز أن يقتضي نقل حصة غالبية في رأسمال الشركة صاحبة الامتياز موافقة السلطة المتعاقدة.

أشغال التشبيد (انظر الفصل الرابع "تشبيد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ٦٩-٧٩)

التوصية ٥١- ينبغي أن يبين اتفاق المشروع إجراءات الاستعراض والموافقة الخاصة بخطط التشبيد ومواصفاته من جانب السلطة المتعاقدة، وحق السلطة المتعاقدة في رصد تشبيد مرفق البنية التحتية أو عمليات تحسينه، والشروط التي بموجبها يجوز للسلطة المتعاقدة أن تأمر بإجراء تغييرات بخصوص مواصفات التشبيد، وإجراءات الاختبار والمعاينة النهائية والموافقة والقبول الخاصة بالمرفق ومعداته وتوابعه.

تشغيل البنية التحتية (انظر الفصل الرابع "تشبيد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ٨٠-٩٧)

التوصية ٥٢- ينبغي أن يبين اتفاق المشروع، حسب الاقتضاء، مدى كل من التزامات صاحب الامتياز بضمان ما يلي:

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

(ب) استمرارية الخدمة؛

(ج) توافر الخدمة بالشروط نفسها أساساً لكافة المستعملين؛

(د) إتاحة سبل الوصول دون تمييز، حسب الاقتضاء، لمقدمي الخدمات الآخرين إلى أي شبكة بنية تحتية عمومية يتولى تشغيلها صاحب الامتياز.

التوصية ٥٣- ينبغي أن يبين اتفاق المشروع ما يلي:

(أ) مدى التزام صاحب الامتياز بأن يقدم إلى السلطة المتعاقدة أو إلى هيئة رقابة تنظيمية، حسب الاقتضاء، تقارير ومعلومات أخرى عن عملياته؛

(ب) إجراءات رصد أداء صاحب الامتياز، والإجراءات اللازمة لاتخاذ السلطة المتعاقدة أو هيئة رقابة تنظيمية ما تراه مناسباً من التدابير المعقولة لضمان تشغيل مرفق البنية التحتية على نحو سليم وتقديم الخدمات وفقاً للمتطلبات القانونية والتعاقدية الواجب تطبيقها.

التوصية ٥٤- ينبغي أن يكون لصاحب الامتياز الحق في إصدار قواعد يخضع لها استعمال المرفق وإنفاذ تلك القواعد، رهناً بموافقة السلطة المتعاقدة أو هيئة رقابة تنظيمية.

الترتيبات التعاقدية العامة (انظر الفصل الرابع "تشبيد البنية التحتية وتشغيلها"، الفقرات ٩٨-١٥٠)

التوصية ٥٥- يجوز للسلطة المتعاقدة أن تحتفظ بحقها في مراجعة العقود الرئيسية التي تبرم مع صاحب الامتياز والموافقة عليها، وخصوصاً العقود مع مساهمي صاحب الامتياز أو الأشخاص ذوي الصلة به. ولا ينبغي في الأحوال العادية حجب موافقة السلطة المتعاقدة، ما عدا في الحالات التي تحتوي فيها العقود على أحكام تكون غير متسقة مع اتفاق المشروع أو تكون منافية على نحو يبيّن للمصلحة العامة أو لقواعد إلزامية ذات طابع قانوني عام.

التوصية ٥٦- ينبغي لصاحب الامتياز ومقرضيه والمؤمنين عليه وغيرهم من الشركاء المتعاقدين، أن يتمتعوا بالحرية في اختيار القانون الواجب تطبيقه في تنظيم علاقاتهم التعاقدية، ما عدا في الحالات التي يكون فيها من شأن هذا الاختيار الإخلال بالسياسة العامة للبلد المضيف.

التوصية ٥٧- ينبغي أن يبين اتفاق المشروع ما يلي:

(أ) أشكال ضمانات الأداء التي قد يلزم صاحب الامتياز بتقديمها فيما يتعلق بتشبيد المرفق وتشغيله ومدة هذه الضمانات ومبالغها؛

(ب) وثائق التأمين التي قد يلزم صاحب الامتياز بحفظها؛

(ج) التعويض الذي يجوز أن يكون من حق صاحب الامتياز عقب حدوث تغييرات تشريعية أو غيرها من التغييرات في الشروط الاقتصادية أو المالية من شأنها أن تجعل أداء الالتزام أعلى تكلفة بكثير مما كان متوقفاً أصلاً. كذلك ينبغي أن يوفر اتفاق المشروع الآليات اللازمة لإعادة النظر في شروط اتفاق المشروع عقب حدوث أي من تلك التغييرات؛

(د) مدى جواز إعفاء أي من الطرفين من المسؤولية عن التخلف أو التأخر في الوفاء بأي التزام بموجب اتفاق المشروع من جراء ظروف تتجاوز نطاق سلطتهما المعقول؛

(هـ) سبل الانتصاف المتاحة للسلطة المتعاقدة ولصاحب الامتياز في حال حدوث تقصير من جانب الطرف الآخر.

التوصية ٥٨- ينبغي أن يبين اتفاق المشروع الظروف التي يجوز بمقتضاها للسلطة المتعاقدة أن تتولى مؤقتاً تشغيل المرفق لغرض ضمان توفير الخدمة على نحو فعال ودون انقطاع في حال حدوث تخلف خطير من جانب صاحب الامتياز عن الوفاء بالتزاماته.

التوصية ٥٩- ينبغي أن يكون مأذوناً للسلطة المتعاقدة بإبرام اتفاقات مع المقرضين تسمح لهم بتعيين صاحب امتياز جديد، بموافقة السلطة المتعاقدة، يقوم بالأداء بموجب اتفاق المشروع القائم إذا قصر صاحب الامتياز تقصيراً جسيماً في توفير الخدمة اللازمة، أو إذا وقعت أحداث أخرى محددة يمكن أن تسوغ إنهاء اتفاق المشروع.

ملاحظات بشأن التوصيات التشريعية

ألف الأحكام العامة لاتفاق المشروع

١ - "اتفاق المشروع" المبرم بين السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز هو الوثيقة الأساسية في مشروع البنية التحتية. ويحدد اتفاق المشروع نطاق المشروع والغرض منه وكذلك حقوق الأطراف والتزاماتهم؛ فهو يحدد تفاصيل تنفيذ المشروع ويبين شروط تشغيل البنية التحتية أو تقديم الخدمات ذات الصلة. ويجوز أن تضم وثيقة وحيدة اتفاقات المشاريع أو يجوز أن تتألف من أكثر من اتفاق منفصل بين السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز. ويتناول هذا الجزء العلاقة بين اتفاق المشروع وتشريع البلد المضيف بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، كما يتناول الإجراءات والشكليات المتعلقة بإبرام اتفاق المشروع وبدء سريانه.

١ - النهج التشريعية

٢ - كثيرا ما يتضمن التشريع المحلي أحكاما تعالج محتوى اتفاق المشروع. وفي بعض البلدان يكتفي القانون بالإشارة إلى الحاجة إلى اتفاق بين صاحب الامتياز والسلطة المتعاقدة، في حين تتضمن قوانين بلدان أخرى أحكاما إلزامية واسعة النطاق تتعلق بمحتوى البنود التي يجب أن يتضمنها الاتفاق. وهناك نهج وسط تتبعه قوانين تدرج عددا من المسائل التي يجب معالجتها في اتفاق المشروع، دون تحديد محتوى بنوده بالتفصيل.

٣ - وقد تفي الأحكام التشريعية العامة المتعلقة بعناصر أساسية معينة من اتفاق المشروع بغرض إنشاء إطار عام لتحديد حقوق الأطراف والتزاماتهم. ويمكن أن يكون الغرض منها هو ضمان اتساق معالجة بعض المسائل التعاقدية وتوفير توجيهات للسلطات العامة المعنية بالتفاوض بشأن اتفاقات المشاريع 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 اتفاقات المشاريع هذه التوجيهات مفيدة بصفة خاصة. وأخيرا، قد تكون هناك حاجة أحيانا إلى تشريع لإعطاء السلطة المتعاقدة سلطة الموافقة على أنواع معينة من الأحكام.

٤ - ومن جهة أخرى، فإن النصوص التشريعية العامة التي تتناول بالتفصيل حقوق والتزامات الأطراف قد تحرم السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز من المرونة اللازمة للتفاوض بشأن اتفاق يراعي احتياجات مشروع معين وخصائصه. ولذا فإنه من المستصوب قصر نطاق الأحكام التشريعية العام المتعلقة باتفاق المشروع على الأحكام التي لا بد منها، مثل الأحكام المتعلقة بمسائل قد تستلزم إذنا تشريعا مسبقا أو التي قد تؤثر في مصالح الغير أو الأحكام المتعلقة بأمور السياسة الأساسية التي لا يسمح بالحيد عنها بموجب اتفاق.

٢ - القانون الناظم لاتفاق المشروع

٥ - لا توجد في كثير من الأحيان في التشريعات الداخلية المتعلقة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص أحكام قانونية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق المشروع. وعندما توجد تلك الأحكام بالفعل فإنها عادة ما تنص على تطبيق قوانين البلد المضيف من خلال إشارة عامة إلى القانون المحلي أو بذكر نصوص قانونية أو تنظيمية خاصة تنطبق على اتفاق المشروع. ويمكن أن توجد في بعض النظم القانونية إشارة ضمنية إلى قانون البلد المضيف، حتى إن لم يوجد حكم قانوني يفيد بذلك.

٦ - يشتمل القانون الناظم لاتفاق المشروع على القواعد الواردة في قوانين ولوائح البلد المضيف ذات الصلة المباشرة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، حيثما وجدت تشريعات محددة بشأن هذه

المسألة. وقد بحث العناصر الرئيسية لتلك القوانين في الفصول السابقة من الدليل (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، (ـ))، ففي بعض البلدان يمكن أن يكون اتفاق المشروع خاضعا للقانون الإداري، في حين يمكن في بلدان أخرى أن يكون القانون الخاص هو الذي يحكم اتفاق المشروع. ويشتمل القانون الناظم أيضا على قواعد قانونية من مجالات قانونية أخرى تنطبق على المسائل المختلفة التي تنشأ في أثناء تنفيذ مشروع من مشاريع البنية التحتية (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، (ـ)). ويمكن أن تكون لبعض تلك القواعد طبيعة إدارية أو طبيعة قانون عام أخرى، ويمكن أن يكون تطبيقها في البلد المضيف إلزاميا، مثل القواعد التي تتناول تدابير حماية البيئة والقواعد الخاصة بالأحوال الصحية وأحوال العمالة. وينص بعض القوانين المحلية صراحة على المسائل الخاضعة لقواعد إلزامية التطبيق. غير أن عددا من المسائل الناشئة عن اتفاق المشروع أو عن تشغيل المرفق ربما لا يكون خاضعا لقواعد إلزامية لها طبيعة القانون العام. وهذا هو الحال عادة في معظم المسائل التعاقدية التي تنشأ في إطار اتفاق المشروع (مثل صوغ العقد وصحته والإخلال به، بما في ذلك المسؤولية والتعويض عن الإخلال بالعقد وعن إنهائه إنهاء تعسفيا).

٧ - والبلدان المضيفة الراغبة في اعتماد تشريعات بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص حيث لا توجد بها 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 تنطرق إليها القوانين واللوائح التنظيمية السارية بطريقة مرضية. مثال ذلك أن تشريعا محددا بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص يمكن أن يرسى السمات الخاصة لإجراءات اختيار صاحب الامتياز ويحيل حسب الاقتضاء إلى تشريعات سارية بشأن إرساء العقود الحكومية لمعرفة التفاصيل المتعلقة بإدارة تلك العملية. وعلى نفس المنوال، قد تحتاج البلدان المضيفة، عند اعتمادها تشريعات بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، إلى إلغاء تطبيق قوانين وتشريعات معينة ترتئي الهيئة التشريعية أنها تشكل عقبة في سبيل تنفيذ التشريعات المعتمز اعتمادها.

٨ - وقد يكون من المفيد لأغراض الوضوح تزويد المستثمرين المحتملين بمعلومات عن النصوص القانونية والتنظيمية التي تنطبق على نحو مباشر على تنفيذ مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، وعند الاقتضاء، عن النصوص التي ألغت الهيئة التشريعية تطبيقها. غير أنه قد لا يكون من الممكن تضمين القانون قائمة شاملة بجميع القوانين واللوائح التنظيمية ذات الصلة المباشرة أو غير المباشرة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص إذ أن من الأفضل إدراج قائمة كهذه في وثيقة غير تشريعية كتيب ترويجي مثلا، أو معلومات عامة يزود بها مقدمو العروض مع طلب الاقتراحات (انظر الفصل الثالث، "اختيار صاحب الامتياز"، الفقرة ٦٠).

٣ - إبرام اتفاق المشروع

٩ - في حالة مشاريع بدرجة تعقيد مشاريع البنية التحتية، ليس من النادر أن تستغرق المفاوضات النهائية (انظر الفصل الثالث، "اختيار صاحب الامتياز"، الفقرتين ٨٣ و ٨٤) عدة أشهر قبل أن تكون الأطراف مستعدة لتوقيع اتفاق المشروع. كما قد تدعو الحاجة إلى وقت إضافي لإتمام شكلية معينة كثيرا ما ينص عليها القانون، مثل موافقة سلطة عليا على اتفاق المشروع. وفي بعض البلدان، يكون دخول اتفاق المشروع، أو فئات معينة من اتفاقات المشاريع، حيز النفاذ، رهنا بصدور مرسوم برلماني بل باعتماد تشريع خاص. وبالنظر إلى التكاليف التي تترتب على التأخير في تنفيذ اتفاق المشروع، من المستصوب إيجاد السبل الكفيلة بتسريع المفاوضات النهائية بغية تجنب تأخير لا لزوم له في إبرام اتفاق المشروع.

١٠ - وقد تبين أن عددا من العوامل يتسبب 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 ضمان يقبلها المقرضون. ويمكن أن تسهم الحكومة بقسط هام بتوفيرها توجيهات ملائمة يسترشد بها المتفاوضون نيابة عن السلطة المتعاقدة. وكلما ازداد وضوحا فهم الأطراف لما ينبغي إدراجه من أحكام في اتفاق المشروع، ازدادت فرص النجاح في تسيير المفاوضات حول اتفاق المشروع. وفي المقابل، حيث يظل عدد من المسائل الهامة مفتوحا بعد عملية الاختيار وتشح التوجيهات التي يزود بها المتفاوضون عما يكونه جوهر اتفاق المشروع، قد تكون هناك مخاطرة كبيرة بالتورط في مفاوضات طويلة ومكلفة والتعرض لشكاوى مبررة من أن عملية الاختيار لم تكن بالدرجة المنشودة من الشفافية والتنافسية (انظر أيضا الفصل الثالث، "اختيار صاحب الامتياز"، الفقرتين ٨٣ و ٨٤).

١١ - وينبغي أيضا إعادة النظر في إجراءات إبرام اتفاق المشروع ودخوله حيز النفاذ، بهدف التعجيل بالأمور وتجنب العواقب المعاكسة للتأخيرات في الجدول الزمني للمشروع. ففي بعض البلدان، تفوض صلاحية الارتباط من جانب السلطة المتعاقدة أو من جانب الحكومة، حسبما يكون الحال، في التشريعات ذات الصلة، إلى مسؤولين معينين بحيث يقع دخول اتفاق المشروع حيز النفاذ فور التوقيع عليه أو عقب إتمام شكلية معينة كالنشر في الجريدة الرسمية مثلا. وفي البلدان التي لا يتسنى فيها الأخذ بإجراء كهذا أو التي يلزم فيها الحصول على موافقات نهائية من كيان آخر، قد يستحسن النظر في ترشيد إجراءات الموافقة. وحيث ترى تلك الإجراءات على أنها تعسفية أو مربكة، قد يطلب إلى الحكومة أن تقدم إلى صاحب الامتياز وإلى المقرضين ضمانات كافية ضد هذه المخاطرة (انظر الفصل الثاني، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي"، الفقرات ٤٥-٥٠). ففي بعض البلدان، حيث توجد اشتراطات للموافقة، يؤذن للسلطات المتعاقدة أحيانا بتعويض مقدم العرض الذي يقع عليه الاختيار عن التكاليف التي يتكبدها أثناء عملية الاختيار وأثناء أعمال التحضير للمشروع في حالة ما إذا أرجئت الموافقة النهائية لأسباب لا يمكن نسبتها إلى مقدم العرض الذي وقع عليه الاختيار.

باء تنظيم صاحب الامتياز

١٢ - كثيرا ما توجد اشتراطات معينة بشأن تنظيم صاحب الامتياز في التشريعات المحلية ثم تزداد تفصيلا في أحكام ترد في اتفاقات المشاريع. وهي تتناول عادة مسائل من بينها رسوخ صاحب الامتياز بوصفه كيانا قانونيا، ورأسماله، ونطاق أنشطته، ونظمه الأساسية والإدارية. وفي معظم الحالات، ينشئ مقدمو العروض الذين يقع عليهم الاختيار شركة مشروع ذات كيان قانوني مستقل ولها شخصيتها القانونية الذاتية، وعندئذ تصبح هي صاحبة الامتياز بموجب اتفاق المشروع. وشركة المشروع التي تُنشأ ككيان قانوني مستقل هي الوسيلة المستخدمة عادة لجمع الأموال وفقا للأسلوب المتبع في تمويل المشروع (انظر "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، الفقرة ٥٤). وييسر إنشاء شركة المشروع تنسيق تنفيذ المشروع ويوفر آلية لحماية مصالح المشروع التي قد لا تتطابق بالضرورة مع المصالح الفردية لكل من مروجي المشروع. وقد يتسم هذا الجانب بأهمية بالغة حيث يقدم أعضاء من كونسورتيوم المشروع أجزاء هامة من الخدمات أو الإمدادات التي يتطلبها المشروع.

١٣ - ويتعين عادة أن تُنشأ شركة المشروع في غضون فترة قصيرة نسبيا بعد إسناد المشروع. وحيث أنه يتفق عادة في مرحلة مبكرة على جزء كبير من تبعات والتزامات صاحب الامتياز، بما في ذلك التبعات والالتزامات الطويلة الأجل (اتفاق المشروع واتفاقات القروض والضمان وعقود التشييد)، فإن المشروع قد يستفيد من تمثيله بصورة مستقلة وقت التفاوض على هذه الصكوك. غير أنه ليس من المعقول أن نتوقع من المقرضين وغيرهم من مقدمي رؤوس الأموال التزامات ثابتة ونهائية قبل الإرساء النهائي للامتياز.

١٤- وكثيرا ما تلزم الكيانات التي توفر خدمات عمومية بأن تنشأ بصفة كيانات قانونية بموجب قوانين البلد المضيف. ويعكس هذا الإلزام اهتمام المشرع بأن يضمن، في جملة أمور أن يمتثل موفرو الخدمات العمومية لأحكام المحاسبة والدعاية الوطنية (مثل نشر البيانات المالية، والاقتضات المتعلقة بإذاعة أنشطة معينة للشركة). غير أن ذلك يؤكد على ضرورة أن توجد لدى البلد المضيف قوانين شركات وافية (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، ___). وقد يعمل مدى السهولة التي يمكن أن يتم بها إنشاء شركة المشروع، مع إيلاء الاعتبار الواجب للاقتضات المعقولة التي يرى أنها للمصلحة العامة، على تجنب أي تأخير لا داعي له في تنفيذ المشروع.

١٥- وثمة مسألة هامة أخرى تتعلق بالاستثمار السهمي في رأس المال اللازم لإنشاء شركة المشروع. والسلطة المتعاقدة لها مصلحة مشروعة في طلب مستوى من رأس المال يكفل أساسا ماليا سليما لشركة المشروع ويضمن قدرته على الوفاء بالتزاماته. غير أنه بالنظر إلى أن مجموع الاستثمار اللازم وكذلك النسبة المثلى بين رأس المال المقرض ورأس المال السهمي، يختلفان بين مشروع وآخر، فقد لا يستصوب أن يشترط التشريع مبلغا معيناً كحد أدنى لرأس المال لجميع الشركات التي تنفذ مشاريع بنية تحتية في البلد. وقد يُلجأ عوضاً عن ذلك إلى منح السلطة المتعاقدة قدراً أكبر من المرونة للتوصل إلى مبلغ مستحب للاستثمار في رأس المال يتناسب مع الاحتياجات المالية للمشروع. فمثلاً، يمكن التعبير في طلب الاقتراحات عن المبلغ المتوقع للاستثمار في رأس المال كنسبة مستحبة بين المبلغ المقرض ورأس المال ويمكن إدراجه في عداد معايير التقييم للأغراض المالية والتجارية بغية حفز المنافسة بين مقدمي العطاءات (انظر الفصل الثالث، "اختيار صاحب العطاء"، الفقرتين ٧٥ و ٧٦).

١٦- وأياً كان الأمر، فمن المستصوب أن يعاد النظر في الأحكام التشريعية أو الشروط التنظيمية المتعلقة بتنظيم صاحب الامتياز، وذلك للتحقق من أنها تتسق مع الالتزامات الدولية التي يأخذها البلد المضيف على عاتقه. فالأحكام التي تقتضي أنواعاً محددة من الكيانات القانونية أو مشاريع مشتركة يقدم من خلالها مورد خدمات خدمة معينة، أو التي تفرض قيوداً على مشاركة رأس المال الأجنبي فتحدد نسبة مئوية قصوى على الأسهم التي يحملها أجنبان أو تحدد القيمة الإجمالية للاستثمار الأجنبي الفردي أو الكلي، 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.

١٧- وتتضمن القوانين المحلية في بعض الأحيان أحكاماً بشأن نطاق أنشطة شركة المشروع تقتضي مثلاً أن تكون قاصرة على إنشاء وتشغيل مشروع معين. وقد تحقق هذه القيود الهدف المتمثل في كفالة شفافية حسابات المشروع والمحافظة على سلامة أصوله، بفصل أصول وإيرادات وخصوم هذا المشروع عن أصول وإيرادات وخصوم المشاريع أو الأنشطة الأخرى التي لا تتعلق بهذا المشروع. كما أن هذا الشرط قد ييسر تقييم أداء كل مشروع نظراً لأن العجز أو الأرباح لا يمكن أن تغطي أو تعوض بديون أو إيرادات من مشاريع أو أنشطة أخرى.

١٨- وقد ترغب السلطة المتعاقدة أيضاً في أن تطمأن بأن النظم الأساسية والإدارية لشركة المشروع تعكس على نحو وافي ما تعهدت به الشركة من التزامات في اتفاق المشروع. ولذلك تنص اتفاقات المشاريع أحياناً على أن سريان أي تغييرات في النظم الأساسية والإدارية لشركة المشروع يبدأ عند موافقة السلطة المتعاقدة عليها. وحيث تشارك السلطة المتعاقدة أو أي سلطة عمومية أخرى في شركة المشروع، ينص أحياناً على أحكام مؤداها 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. وحيث يرى أن وجوب اشتراط موافقة السلطة المتعاقدة على ما يقترح من تعديلات على النظم الأساسية والإدارية لشركة المشروع، يستحسن أن يكون هذا

الاشتراط قاصرا على الحالات المتعلقة بالأحكام التي تعتبر ذات أهمية أساسية (مثل مبلغ رأس المال، وفئات الأسهم ومزاياها، وإجراءات التصفية) والتي ينبغي تحديدها في اتفاق المشروع.

جيم موقع المشروع وأصوله وحقوق الارتفاق الخاصة به

١٩- تعد الأحكام المتعلقة بموقع المشروع جزءا أساسيا في اتفاقات معظم المشاريع. وهي تتناول عادة مسائل من بينها اقتناء الأرض المطلوبة، وحق ملكية الأرض وأصول المشروع، وحقوق الارتفاق اللازمة لصاحب الامتياز من أجل تنفيذ الأشغال أو تشغيل البنية التحتية. وإلى المدى الذي يتوقع فيه اتفاق المشروع نقل ملك عام إلى صاحب الامتياز أو إنشاء حق استعمال فيما يتعلق بملك عام، قد يقتضي الأمر استصدار إذن تشريعي سابق. وقد تدعو الحاجة أيضا إلى تشريع لتيسير اقتناء الملك المطلوب أو الحصول على حقوق الارتفاق اللازمة عندما لا يكون موقع المشروع كائنا على ملك عام.

١ - اقتناء الأرض اللازمة لتنفيذ المشروع

٢٠- وعندما يتقرر بناء مرفق البنية 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 لصاحب الامتياز. ويصبح الوضع أكثر تعقدا عندما لا تكون السلطة المتعاقدة مالكة للأرض فعلا ويلزم شراؤها من مالكيها. وفي معظم الحالات لا يكون صاحب الامتياز في أفضل الأوضاع لتولي مسؤولية شراء الأرض اللازمة للمشروع بالنظر إلى ما قد تنطوي عليه من تأخيرات وتكاليف محتملة ومفاوضات مع عدد قد يكون كبيرا من ملاك منفردين، وكذلك الاضطلاع بعمليات معقدة للبحث عن سندات أو حجج الملكية ومتابعة تسلسل عمليات نقل الملكية السابقة للتأكد من سلامة حجج ملكية الملاك منفردين، 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. وقد تشتري السلطة المتعاقدة الأرض اللازمة من ملاكها أو قد تقتنيها إجباريا إذا اقتضى الأمر ذلك.

٢١- وإجراءات اقتناء الملكية الخاصة إجباريا من جانب الحكومة مقابل دفع تعويض مناسب إلى ملاكها، والتي يشار إليها في القوانين الوطنية بمصطلحات تقنية مختلفة من بينها "نزع الملكية"، يشار إليها في هذا الدليل بمصطلح "الاقتناء الإجباري". وفي البلدان التي يتوخى فيها القانون أكثر من نوع واحد من إجراءات الاقتناء الإجباري قد يكون من المستصوب الإذن للسلطات العمومية المختصة بتنفيذ جميع عمليات الاقتناء اللازمة لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وفقا لأكثر تلك الإجراءات كفاءة، مثل الإجراءات الخاصة التي تطبق في بعض البلدان لأسباب تتعلق بالضرورة العمومية القهرية (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، ____).

٢٢- وتملك الحكومة في العادة سلطة نزع ملكية الممتلكات الخاصة، لكن قوانين عدد من البلدان تأذن أيضا لمتعهد تشييد مرافق البنى التحتية أو لمقدمي الخدمات العمومية (مثل شركات السكك الحديدية وهيئات الكهرباء وشركات الهاتف) باتخاذ إجراءات معينة للاقتناء الإجباري للأماكن الخاصة اللازمة لتوفير أو توسيع الخدمات التي تقدمها للجمهور. وعلى وجه الخصوص، في البلدان التي يحدد فيها التعويض المدفوع لمالكي العقار المقتنى إجباريا في دعوى قضائية، وجد أنه من المفيد أن تفوض إلى أصحاب الامتياز سلطة تنفيذ إجراءات معينة ذات صلة بالاقتناء الإجباري في حين تظل الحكومة مسؤولة عن تنفيذ الإجراءات التي تعتبر بموجب التشريع ذي الصلة شروطا مسبقة لبدء إجراءات الاقتناء. وعقب الاقتناء كثيرا ما تصبح

الأرض ملكا عموميا، وإن كان القانون قد يأذن في بعض الحالات للسلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز بالاتفاق على ترتيب مختلف، مع مراعاة حصة كل منهما في تكاليف اقتناء العقار.

٢ - ملكية أصول المشروع

٢٣- كما سبق بيانه، يمكن أن تعدّ مشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية في طائفة متنوعة من الأشكال تتراوح من بنية تحتية يملكها ويشغلها القطاع العام إلى مشاريع تحول برمتها إلى القطاع الخاص (انظر "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، الفقرات ٤٧-٥٣). ومن المهم، بصرف النظر عن السياسة العامة أو القطاعية للبلد المضيف، أن تكون مجموعة الأحكام والقواعد الناظمة لمختلف الأصول المعنية واضحة المعالم وتستند إلى تفويض تشريعي كاف. غير أنه قد لا تكون هناك حاجة ماسة إلى أحكام تشريعية مفصلة بشأن هذا الأمر. ففي بلدان مختلفة، تبين أنه يكفي توفير توجيهات تشريعية بشأن المسائل التي يتعين التطرق إليها في اتفاق المشروع.

٢٤- وفي بعض النظم القانونية، تعدّ البنى التحتية المادية المطلوبة لتوفير خدمات عمومية، بوجه عام ملكا عاما حتى عندما تكون قد اقتنيت أو أنشئت أصلا بأموال خاصة. ويشمل ذلك عادة أي ملك يقننى خصيصا لتشديد المرفق إضافة إلى أي ملك تكون السلطة المتعاقدة قد أتاحتها لصاحب الامتياز. غير أن صاحب الامتياز قد يدخل أثناء حياة المشروع تحسينات أو إضافات واسعة النطاق على المرفق. وقد لا يكون من السهل دائما التحقق بموجب القانون الواجب التطبيق مما إذا كانت تلك التحسينات أو التطبيقات تصبح جزءا لا يتجزأ من الأصول العمومية الموضوعة في حوزة صاحب الامتياز أو إذا كان بعضها قد يمكن فصله من الملك العام الذي يحتازه صاحب الامتياز فيصبح ملكا خاصا لصاحب الامتياز. لذلك فمن المستصوب أن يحدد اتفاق المشروع، حسب الاقتضاء، أي الأصول سيكون ملكا عاما وأيها سيصبح ملكا خاصا لصاحب الامتياز.

٢٥- وليست الحاجة إلى الوضوح فيما يتعلق بملكية أصول المشروع مقصورة على النظم القانونية التي تعدّ فيها البنى التحتية المادية المطلوبة لتوفير خدمات عمومية ملكا عاما. فيوجه عام، حيث تقدم السلطة المتعاقدة الأرض أو المرفق المطلوب لتنفيذ المشروع، من المستصوب أن يحدد اتفاق المشروع، حسب الاقتضاء، أي الأصول سيظل ملكا عاما وأيها سيصبح ملكا خاصا لصاحب الامتياز. وقد يعطى صاحب الامتياز حق ملكية تلك الأرض أو المرافق أو لا يمنح إلا حق إجارة أو استعمال الأرض أو المرافق أو البناء عليها، ولا سيما حيث تظل الأرض ملكا عاما. وفي أي من الحالتين، ينبغي أن ترسى بوضوح طبيعة حقوق صاحب الامتياز نظرا لأن ذلك سيؤثر تأثيرا مباشرا في قدرة صاحب الامتياز على إنشاء مصالح ضمانية في أصول المشروع بغرض جمع الأموال اللازمة لتمويل المشروع. (انظر الفقرتين ٥٤ و ٥٥).

٢٦- وبالإضافة إلى النظر في ملكية الأصول أثناء فترة الامتياز، من المهم أن ينظر في أحكام وقواعد الملكية بعد انتهاء اتفاق المشروع أو إنهائه. ففي بعض البلدان، يركز القانون تركيزا خاصا على مصلحة السلطة المتعاقدة في الأصول المادية للمشروع، ويقضي عموما بأن تسلم إلى السلطة المتعاقدة جميع الأصول، في حين أنه في بلدان أخرى نجد أن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص تعتبر في المقام الأول وسيلة لا اشتراء الخدمات لمدة محدودة، وليس لتشديد الأصول. وعلى ذلك فإن قوانين البلدان الأخيرة تقصر التزامات صاحب الامتياز بالتسليم على الأصول والممتلكات العامة التي أتاحت أصلا لصاحب الامتياز أو على أصول أخرى معينة تعتبر ضرورية لكفالة توفير الخدمة. وفي بعض الأحيان، تنقل تلك الأملاك مباشرة من صاحب الامتياز إلى صاحب امتياز آخر يخلفه في تقديم الخدمة.

٢٧- وكثيرا ما تعكس فروق النظم التشريعية اختلاف دور القطاعين العام والخاص في إطار النظم القانونية والاقتصادية المختلفة، ولكنها قد تأتي أيضا نتيجة لاعتبارات عملية من جانب السلطة المتعاقدة. ومن

الأسباب العملية لسماح السلطة المتعاقدة لصاحب الامتياز بأن يحتفظ بأصول معينة عند انتهاء مدة المشروع، الرغبة في خفض التكلفة التي تقدم بها الخدمات. فإذا كان من المرجح أن تكون لأصول المشروع قيمة متبقية لصاحب الامتياز وأنه يمكن أن تؤخذ هذه القيمة في الاعتبار أثناء عملية الاختيار، أمكن للسلطة المتعاقدة أن تتوقع أن تكون التعريفات المتقاضاة عن الخدمة أقل. والواقع أنه إذا كان صاحب الامتياز لا يتوقع أن يتعين عليه تغطية كامل تكلفة الأصول أثناء عمر المشروع، بل يمكنه أن يغطي جزءاً منها ببيعها أو باستخدامها في أغراض أخرى بعد انتهاء اتفاق المشروع، فهناك احتمال بأن تقدم الخدمة بتكلفة أقل مما لو كان يتعين على صاحب الامتياز أن يغطي جميع التكاليف أثناء عمر المشروع. وفضلاً عن ذلك، قد تقتضي أصول معينة تجديداً واسع النطاق أو رفع كفاءتها التكنولوجية في نهاية مدة المشروع، بحيث لا تكون مطالبة السلطة المتعاقدة بتلك الأصول أمراً مجدياً من حيث التكلفة. وقد تكون هناك أيضاً التزامات متبقية أو تكاليف تبعية بسبب المسؤولية عن أضرار بيئية أو بسبب تكاليف الهدم.

٢٨- ولهذه الأسباب فإن قوانين بعض البلدان لا تنص على نقل غير مشروع لجميع الأصول إلى السلطة المتعاقدة، بل تسمح بالتمييز بين ثلاث فئات رئيسية من الأصول:

(أ) أصول يجب أن تنتقل إلى السلطة المتعاقدة. وتشمل هذه الفئة عادة الأملاك العمومية التي استخدمها صاحب الامتياز في تقديم الخدمة المعنية. وقد تشمل هذه الفئة المرافق التي تتيحها السلطة المتعاقدة لصاحب الامتياز والمرافق الجديدة التي يبنها صاحب الامتياز تنفيذاً لاتفاق المشروع. ويقضي بعض القوانين أيضاً بنقل الأصول والسلع والممتلكات التي يحصل عليها صاحب الامتياز لاحقاً لأغراض تشغيل المرفق، لا سيما عندما تصبح جزءاً من مرفق البنية التحتية المقرر تسليمه إلى السلطة المتعاقدة، أو تكون متصلة بصفة دائمة بذلك المرفق.

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

(ج) أصول تظل ملكية خاصة لصاحب الامتياز. وهذه أصول يملكها صاحب الامتياز ولا تندرج في إطار الفقرة (ب) أعلاه. وليس للسلطة المتعاقدة عادة الحق في مثل هذه الأصول ويجوز لصاحب الامتياز أن ينقلها أو يتصرف فيها حسبما شاء.

٢٩- ومن المفيد على ضوء ما تقدم أن يقضي القانون بأن يحدد اتفاق المشروع، حسب الاقتضاء، أي الأصول سيكون ملكاً عمومياً وأيها سيكون ملكاً خاصاً لصاحب الامتياز. وينبغي لاتفاق المشروع أن يحدد أي الأصول يطالب صاحب الامتياز بنقلها إلى السلطة المتعاقدة أو إلى صاحب امتياز جديد عند انتهاء اتفاق المشروع أو إنهائه؛ وأي الأصول تستطيع السلطة المتعاقدة، باختيارها، أن تشتريها من صاحب الامتياز؛ وأي الأصول تكون لصاحب الامتياز حرية نقلها أو التصرف فيها عند انتهاء اتفاق المشروع أو إنهائه. وينبغي لهذه الأحكام أن تستكمل بمعايير تعاقدية يمكن بموجبها، حسب الاقتضاء، تحديد التعويض الذي يستحقه صاحب الامتياز عن الأصول التي تنتقل إلى السلطة المتعاقدة أو إلى صاحب امتياز جديد أو التي تشتريها السلطة المتعاقدة عند انتهاء اتفاق المشروع أو إنهائه (انظر الفصل الخامس، "مدة اتفاق المشروع وتمديده وإنهاؤه"، —).

حقوق الارتفاق

٣ -

٣٠- قد يقتضي الأمر اتخاذ ترتيبات خاصة في الحالات التي يحتاج فيها صاحب الامتياز إلى المرور فوق أو عبر عقار يملكه الغير للوصول إلى موقع المشروع أو لتنفيذ أو صيانة يقتضيها توفير الخدمة المطلوبة (مثلاً

لوضع علامات لمرور السيارات في الأراضي المتاخمة؛ أو لإقامة أعمدة أو لمد أسلاك لنقل الكهرباء فوق ملك الغير؛ أو لتركيب وصيانة معدات تبديل وتحويل؛ أو لتثذيب الأشجار التي تتداخل مع خطوط الهاتف الموضوع على العقار الملاصق؛ أو لمد أنابيب النفط أو الغاز أو المياه).

٣١- وكثيرا 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. وعادة ما لا يكون ترك مسألة الحصول على حقوق الارتفاق مباشرة من مالكي العقارات ذات الصلة لصاحب الامتياز حلا سريعا أو فعالا من حيث التكلفة. وبدلا من ذلك تعتمد السلطة المتعاقدة في أكثر الحالات إلى اقتناء تلك الارتفاقات إجباريا بالتزامن مع اقتناء موقع المشروع.

٣٢- وثمة بديل مختلف إلى حد ما هو أن يخول القانون ذاته مقدمي الخدمات العمومية حق دخول عقار يملكه الغير أو المرور عبره أو تنفيذ أشغال أو تركيب معدات عليه حسبما يقتضيه بناء البنية التحتية العمومية أو تشغيلها أو صيانتها. وهذا النهج، الذي قد يغني عن الحاجة إلى اقتناء ارتفاقات فيما يتعلق بعقارات فردية في حالة تشريع خاص بقطاع معين يرى أن من الممكن أن تحدد فيه مسبقا ارتفاقات دنيا معينة قد يحتاجها صاحب الامتياز. وعلى سبيل المثال، قد يضع قانون خاص بقطاع توليد القدرة الكهربائية الشروط التي يحصل صاحب الامتياز بموجبها على الحق في أن يمد عبر ملك الغير كبلات بغرض إقامة وتشغيل شبكات أساسية وشبكات توزيع. وقد تدعو الحاجة إلى ذلك الحق لعدد من التدابير مثل إقامة كبلات علوية أو وضع كبلات تحت سطح الأرض وكذلك لإقامة هياكل داعمة وتركيب معدات تحويل أو تبديل؛ أو صيانة أو إصلاح أو إزالة أي من تلك الإنشاءات؛ أو إنشاء منطقة سلامة على طول الكبلات العلوية أو الموضوعة تحت سطح الأرض؛ أو إزالة العوائق التي تعترض الأسلاك أو تتخطى منطقة السلامة. وفي بعض النظم يكون لمالك العقار حق الحصول على تعويض إذا كانت الحقوق الممنوحة لصاحب الامتياز تشكل عائقا كبيرا في سبيل استعمال المالك للعقار.

دال الترتيبات المالية

٣٣- تتضمن الترتيبات المالية عادة أحكاما تتعلق بالتزامات صاحب الامتياز بتدبير الأموال اللازمة للمشروع، كما تبين الخطوط العريضة لآليات صرف الأموال والمحاسبة عليها، وتقر أساليب حساب وتصحيح الرسوم التي يفرضها صاحب الامتياز، وتعالج مختلف أنواع الضمانات التي يمكن إنشاؤها لصالح دائني صاحب الامتياز. ومن المهم التأكيد من أن قوانين البلد المضيف تيسر الإدارة المالية للمشروع أو على الأقل من أنها لا تضع العراقيل في سبيلها.

١ - الالتزامات المالية لصاحب الامتياز

٣٤- في مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، عادة ما يكون صاحب الامتياز مسؤولا عن تدبير الأموال اللازمة لبناء مرفق البنية التحتية وتشغيله. وقد جرت العادة بتضمين اتفاق المشروع أحكاما متصلة بشأن التزامات صاحب الامتياز في هذا الصدد. وفي معظم الحالات، تحرص السلطة المتعاقدة أو غيرها من السلطات العمومية على قصر التزاماتها المالية على الالتزامات المنصوص عليها تحديدا في اتفاق المشروع أو على أشكال الدعم المباشر التي وافقت الحكومة على منحها للمشروع.

٣٥- وعادة ما لا يمثل مبلغ رأس المال الخاص المقدم مباشرة من المساهمين في شركة المشروع إلا جزءا من مجموع الاستثمار المقترح. ويستمد جزء أكبر من ذلك بكثير من القروض المقدمة إلى صاحب الامتياز من المصارف التجارية والمؤسسات المالية الدولية ومن عائدات توظيف السندات أو غيرها من الصكوك القابلة

للتداول في سوق رأس المال (انظر "مقدمة ومعلومات خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، الفقرات ٥٤-٦٧). لذلك فمن المهم التأكد من أن القانون لا يفرض قيودا لا ضرورة لها على قدرة صاحب الامتياز على الدخول فيما يراه مناسباً من ترتيبات مالية بغرض تمويل البنية التحتية.

٢ - تحديد التعريفات ومراقبتها

٣٦- يمكن أن تكون التعريفات أو الرسوم التي يفرضها صاحب الامتياز مصدر الدخل الرئيسي (بل والوحيد أحياناً) لاسترداد مبالغ الاستثمار في المشروع في حالة عدم تقديم السلطة المتعاقدة (انظر الفقرات ٤٧-٥١) أو الحكومة (انظر الفصل الثاني، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي"، الفقرات ٣٠-٦٠) أي إعانات أو مدفوعات. وعلى ذلك يسعى صاحب الامتياز 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 صاحب الامتياز 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، تقرر أحكام قانونية أو قواعد قانونية عامة في بعض النظم القانونية بارامترات لتسعير السلع أو الخدمات، مثلاً باقتضاء وفاء التعريفات بمعايير معينة من "المعقولة" أو "الإنصاف" أو "العدالة".

(أ) سلطة صاحب الامتياز لتقاضي التعريفات

٣٧- في عدد من البلدان قد يلزم إذن تشريعي مسبق كي يستطيع صاحب الامتياز أن يتقاضى تعريفات مقابل توفير خدمات عمومية أو أن يطلب رسوماً مقابل الانتفاع بمرافق البنية التحتية العمومية. وقد أدى عدم وجود مثل هذا الحكم العام في تشريعات بعض البلدان إلى نزاعات قضائية تطعن في سلطة صاحب الامتياز لتقاضي تعريفات عن الخدمة.

٣٨- وحيث يعتبر ضرورياً تضمين التشريعات العامة أحكاماً بشأن مستوى التعريفات والرسوم التي يؤديها المنتفعون، 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 صاحب الامتياز في تحقيق مستوى من التدفق النقدي يضمن الجدوى الاقتصادية للمشروع وربحيته التجارية. 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 مريح (انظر الفقرة ١٢٤).

(ب) أساليب مراقبة التعريفات

٣٩- كثيراً ما تخضع القوانين المحلية 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 الامتيازات. ويستصوب الأخذ بهذا النهج نظراً لأن كل قطاع ينفرد بصنع تعريفاته التي قد يتعين مواءمتها أثناء حياة المشروع. وحيثما تستخدم تدابير مراقبة التعريفات، يقضي القانون عادة بوجوب الإعلان عن صيغة التعريفات مع طلب الاقتراحات، وبوجوب إدخالها ضمن اتفاق المشروع. وعادة ما تتألف نظم مراقبة التعريفات من صيغ لتعديل التعريفات ومن أحكام

تتعلق بالرصد بغية ضمان الالتزام بضوابط تعديل التعريفات. وتستند أكثر أساليب مراقبة التعريفات شيوعاً في القوانين المحلية إلى مبدأي معدل العائد والحد الأقصى للسعر. وثمة أيضاً أنظمة هجين 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.

١ أسلوب معدل العائد

٤٠- وفقاً لأسلوب معدل العائد تصمم آلية تعديل التعريفات بحيث تسمح لصاحب الامتياز بالحصول على معدل متفق عليه لعائد استثماره. يعبر عنه عادة بالنسب المئوية ويمثل متوسطاً مرجحاً لتكلفة الدين وتكلفة رأس المال السهمي. وتحدد التعريفات لأي مدة معينة على أساس إجمالي احتياج صاحب الامتياز 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 صاحب الامتياز بأن تحتسب في القاعدة السعرية، وتحسب الإيرادات التي يلزم توليدها لتغطية المصروفات المسموح بها ومعدل العائد المتفق عليها من الاستثمار. ويستخدم أسلوب معدل العائد عادة فيما يتعلق بتوفير الخدمات العمومية التي يمكن التنبؤ بطلب مستمر عليها، كإمدادات القدرة الكهربائية والغاز والمياه. أما في حالة المرافق أو الخدمات المعرضة لخطر أكبر من مرونة الطلب عليها، مثل الطرق التي يؤدي عنها رسم مرور، فقد يتعذر الإبقاء على معدل عائد صاحب الامتياز ثابتاً بإدخال تعديلات منتظمة على التعريفات.

٤١- وقد ثبت أن أسلوب معدل العائد يعطي قدراً كبيراً من الضمان لمتعهد تشغيل البنى التحتية، حيث يُطمأن صاحب الامتياز إلى أن التعريفات التي تفرض سوف تكون كافية لتغطية مصاريف التشغيل وتسمح بمعدل العائد المتفق عليه. ونظراً لأن التعريفات تعدل بصفة منتظمة، مما يبقي على معدل عائد صاحب الامتياز ثابتاً في جوهره، فإن الاستثمار في شركات تقدم خدمات عمومية لا تتعرض إلا لخطر ضئيل من مخاطر السوق. وتكون النتيجة عادة انخفاض تكاليف رأس المال. والعييب المحتمل لأسلوب معدل العائد هو أنه لا يقدم حافزاً كافياً لمتعهد تشغيل البنى التحتية على تقليل تكاليفهم نظراً لضمانهم 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 وتخصيص التكاليف، مثلاً).

٢ أسلوب الحد الأقصى للسعر

٤٢- 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 تتقلب 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 تكراراً.

٤٣- وقد يكون تطبيق أسلوب الحد الأقصى للسعر أقل تعقيدا من أسلوب معدل العائد. وقد وجد أن أسلوب الحد الأقصى للسعر يوفر حوافز أقوى لمقدمي الخدمات العمومية، حيث أن صاحب الامتياز 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 صاحب الامتياز خطر الخسارة عندما يتضح أن التكاليف أكثر مما كان متوقعا، حيث أنه 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 تجنح إلى تخفيض جودة الخدمة من أجل تقليل التكاليف.

الأساليب الهجينة

٣

٤٤- الكثير من الأساليب المتبعة حاليا 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 حدا 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 صاحب الامتياز للتأكد من أنها تفي بمعايير المنفعة كي توضع في الاعتبار عند حساب احتياج صاحب الامتياز من الإيرادات. ويتمثل أسلوب آخر لتعديل التعريفات يمكن استخدامه في تحديد التعريفات أو بوجه أعم في رصد مستويات التعريفات، في التسعير المقارن. فبمقارنة 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.

الاعتبارات المتعلقة بسياسات مراقبة التعريفات

(ج)

٤٥- لكل من الأساليب الرئيسية المعروضة فيما تقدم لتعديل التعريفات مزاياه ومساوئه وتأثيره المختلف على قرارات الاستثمار في القطاع الخاص (انظر الفقرتين ٤١ و ٤٣) وعلى المشرع أن يضع ذلك في الاعتبار لدى النظر في مدى ملاءمة أساليب مراقبة التعريفات للظروف المحلية. ويمكن أيضا اتباع أساليب مختلفة لقطاعات مختلفة من البنية التحتية. ويأذن بعض القوانين بالفعل للهيئة المتعاقدة بأن تطبق أيضا من أسلوبَي الحد الأقصى للسعر المحدد أو معدل العائد لدى اختيار أصحاب الامتيازات، تبعا لنطاق الاستثمارات أو الخدمات وطابعها. ومن المهم في اختيار أسلوب لمراقبة التعريفات، أن يوضع في الاعتبار تأثير مختلف خيارات السياسة على قرارات الاستثمار في القطاع الخاص. وأيضا كانت الآلية التي يقع عليها الاختيار، ينبغي النظر بعناية في قدرة السلطة المتعاقدة أو الهيئة التنظيمية على رصد أداء صاحب الامتياز رسدا وافيا، وعلى تطبيق أسلوب التعديل تطبيقا مرضيا (انظر أيضا الفصل الأول، "الإطار التشريعي والمؤسسي العام"، الفقرات ٣٠-٥٣).

٤٦- ومن المهم أيضا التذكر بأنه لا يمكن وضع صيغ الأسعار بصورة نهائية بالنظر إلى أن التكنولوجيا وأسعار الصرف ومستويات الأجور والإنتاجية وغير ذلك من العوامل لا بد أن تسجل أثناء الفترات المعنية تغييرات كبرى، بل وغير متوقعة. وإضافة إلى ذلك، فإن صيغ تعديل التعريفات توضع عادة مع افتراض مستوى معيناً من الإنتاج أو الطلب ويمكن أن تؤدي إلى نتائج غير مرضية إذا طرأت تغييرات كبيرة على حجم

الإنتاج أو الطلب. لذلك أنشأت بلدان كثيرة آليات لمراجعة الصيغ التعريفية، من بينها مراجعات دورية للصيغ (كل أربع أو خمس سنوات مثلا) أو مراجعات بحسب الحاجة عندما يتبين أن الصيغة المتبعة قصرت دون ضمان تعويض مناسب لصاحب الامتياز (انظر أيضا الفقرات ٥٩-٦٨). ويحتاج نظام التعريفات أيضا 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 اتفاق المشروع.

٣ - الالتزامات المالية للسلطة المتعاقدة

٤٧- حيثما يقدم صاحب الامتياز الخدمات مباشرة إلى الجمهور، قد تتكفل السلطة المتعاقدة أو سلطة عمومية أخرى بأداء مدفوعات مباشرة لصاحب الامتياز كبديل لرسوم الخدمة التي يتعين على المنتفعين دفعها أو بالإضافة إلى تلك الرسوم. وحيث ينتج صاحب الامتياز سلعة يتولى إرسالها أو توزيعها مقدم خدمات آخر، قد تتكفل السلطة المتعاقدة بشراء تلك السلعة بالجملة بسعر وبشروط يتفق عليهما. ويرد فيما يلي وصف موجز للأمثلة الرئيسية لتلك الترتيبات.

(أ) المدفوعات المباشرة

٤٨- استخدمت المدفوعات المباشرة من جانب السلطة المتعاقدة في بعض البلدان كبديل للمدفوعات التي يؤديها المنتفعون النهائيون أو كتكملة لها، وعلى الأخص في مشاريع الطرق التي تؤدي عنها رسوم مرور، من خلال آلية تعرف باسم "التمكيس المحاسبي". والمكوس المحاسبية هي عبارة عن ترتيبات يلتزم بموجبها صاحب الامتياز بأن يطور وينشئ ويمول ويشغل طريقا أو مرفقا آخر للنقل لعدد محدد من السنوات مقابل تلقيه مدفوعات دورية بدلا من أو إضافة إلى مكوس حقيقية أو صريحة يؤديها المستعملون. وقد تستخدم مخططات المكوس المحاسبية تحسبا لمخاطر تتعرض لها مشاريع النقل على وجه التحديد، وبخاصة خطر تدني مستويات حركة المرور عما كان متوقعا (انظر الفصل الثاني، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي"، الفقرة ١٨). وعلاوة على ذلك، قد تكون مخططات المكوس المحاسبية أيسر تقبلا من المكوس المباشرة من الناحية السياسية، وذلك مثلا 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 توافقها مع التزامات معينة للبلد المضيف بموجب اتفاقات دولية بشأن التكامل الاقتصادي الإقليمي أو تحرير التجارة.

٤٩- وقد تنطوي المكوس المحاسبية على إنفاق مبالغ كبيرة من جانب السلطة المتعاقدة وتتطلب منها أنشطة رصد واسعة النطاق. وفي البلدان التي استخدمت المكوس المحاسبية لتنفيذ مشاريع جديدة لإنشاء الطرق تحسب المبالغ التي تدفعها السلطة المتعاقدة إلى صاحب الامتياز في المقام الأول على أساس مستويات حركة المرور الفعلية التي تقاس بالكيلومترات/مركبات. ويرى أن من المستحسن أن ينص على عدم البدء في أداء المدفوعات إلى حين يبدأ المرور على الطريق، وذلك لكي يكون أمام صاحب الامتياز 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 سريان الامتياز، وذلك لكي يضمن صاحب الامتياز أن حركة المرور بالطريق لن تتعطل نتيجة لأعمال الإصلاح إلا إلى أدنى حد ممكن. وعوضا عن ذلك، يمكن أن يتضمن اتفاق المشروع شرطا جزائيا أو حكما بتعويضات مقطوعة عن الأضرار الناجمة عن تعذر المرور بسبب أعمال إصلاح جارية. ويلزم صاحب الامتياز بعد المركبات المارة بصورة مستمرة من أجل حساب الأميال/مركبات سنويا، وتراجع السلطة

المتعاقدة هذه الأرقام دورياً. وثمة نظام معدل نوعاً ما يجمع بين المكوس المحاسبية والرسوم المباشرة التي يؤديها مستعملو الطريق. وفي ذلك النظام لا تدفع السلطة المتعاقدة المكوس المحاسبية إلا في حالة انخفاض مستوى حركة المرور على مدى فترة معينة عن الحد الأدنى المتفق عليه واللازم لتمكين صاحب الامتياز من تشغيل الطريق على نحو مربح.

(ب) التزامات الشراء

٥٠- في حالة الوحدات المستقلة لتوليد القدرة الكهربائية أو غيرها من المرافق التي تنتج سلعا أو خدمات يمكن توفيرها على مدى طويل لمشتري محدد، كثيراً ما تلتزم السلطة المتعاقدة أو غيرها من السلطات العمومية بشراء تلك السلع والخدمات بسعر يتفق عليه حسبما يعرضها صاحب الامتياز. ويشار عادة إلى هذا النوع من العقود باسم "اتفاقات تصريف". وكثيراً ما تتضمن اتفاقات التصريف نوعين من المدفوعات: مدفوعات مقابل توافر الطاقة الإنتاجية ومدفوعات مقابل وحدات الاستهلاك الفعلي. ففي مشروع لتوليد القدرة الكهربائية، مثلاً، قد يشتمل اتفاق شراء القدرة الكهربائية على الرسوم التالية:

(أ) رسوم الطاقة الإنتاجية وتكون هذه الرسوم واجبة الدفع بصرف النظر عن الناتج الفعلي خلال فترة محاسبة معينة وهي محسوبة بحيث تكفي لسداد جميع تكاليف صاحب الامتياز 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. وكثيراً ما يكون دفع رسوم الطاقة الإنتاجية رهناً بالالتزام بمعايير معينة للأداء أو التوافر؛

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

٥١- ومن وجهة نظر صاحب الامتياز ينطوي المخطط الذي يجمع بين رسوم الطاقة الإنتاجية ورسوم الاستهلاك، على فائدة خاصة لضمان استرداد التكلفة حيث تكون وظيفة نقل أو توزيع السلع أو الخدمات التي ينتجها صاحب الامتياز خاضعة لاحتكار. غير أنه ينبغي لرسوم الطاقة الإنتاجية المنصوص عليها في اتفاق التصريف أن تكون متكافئة مع سائر مصادر الطاقة الإنتاجية المتاحة للسلطة المتعاقدة أو التي تستخدمها الهيئة فعلاً. ومن أجل ضمان توافر الأموال اللازمة للمدفوعات من جانب السلطة المتعاقدة بمقتضى اتفاق التصريف، يستحسن النظر فيما إذا كان ذلك يتطلب ترتيبات ميزنة مسبقة. ويمكن أن تكون المدفوعات بمقتضى اتفاق التصريف مكفولة بضمان صادر عن الحكومة المضيفة أو عن هيئة ضامنة وطنية أو دولية (انظر الفصل الثاني، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي"، الفقرتين ٤٦ و ٤٧).

هاء المصالح الضمانية

٥٢- بصفة عامة تعطي المصالح الضمانية في الملكية الخاصة الدائن المؤمن نوعين من الحقوق، هما: حق في الملكية يسمح للدائن المؤمن، من حيث المبدأ، بأن يسترد الملكية أو بأن يجعل طرفاً آخر يستردها ويبيعهها، وحق أولوية في الحصول على مدفوعات من حصيلة بيع الملكية في حالة تخلف المدين عن الدفع. وبوجه عام،

تلعب ترتيبات الضمان في تمويل المشاريع دورا دفاعيا أو وقائيا من خلال ضمان أنه في حالة اقتناء طرف ثالث عمليات المدين (مثلا بحبس الرهن أو نتيجة للإفلاس أو من المدين مباشرة) تخصص جميع عائدات بيع تلك الأصول أولا لسداد القروض المستحقة. ومع ذلك، يسعى المقرضون عموما إلى الحصول على المصالح الضمانية التي تسمح لهم بحبس الرهن وتملك المشروع وتشغيله، إما لاستعادة جدواه الاقتصادية بهدف إعادة بيعه في الوقت المناسب أو الاحتفاظ بـ إلى أجل غير مسمى وتحصيل دخل مستمر منه.

٥٣- 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 مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص تتضمن ترتيبات ضمان واسعة النطاق، وهي تتألف في معظم الحالات من ضمانات للأصول المادية المتصلة بالمشروع و ضمانات للأصول المعنوية التي يحوزها صاحب الامتياز. ويرد فيما يلي بيان موجز لبعض من المتطلبات الرئيسية لنجاح عمل ترتيبات الضمان. غير أن من الجدير بالذكر أنه في بعض النظم القانونية لا يسمح بإعطاء المقرضين أي ضمانات تمكنهم من امتلاك المشروع إلا في ظروف استثنائية وبشروط معينة ومحددة هي أن إنشاء ضمان كهذا تقتضي 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 صاحب الامتياز على عاتقه. وكثيرا ما تكون تلك الشروط مشتقة من المبادئ القانونية العامة أو من أحكام قانونية وليس بوسع الهيئة التعاقدية أن تتخلى عنها بموجب ترتيبات تعاقدية.

١ - ضمانة الأصول المادية

٥٤- قد يصطدم التفاوض حول ترتيبات الضمان اللازمة للحصول على تمويل للمشروع بعقبات قانونية عندما تكون الأصول في عداد الأموال العامة. فإذا لم يكن صاحب الامتياز 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 يبسر القانون رغم ذلك التفاوض حول ترتيبات للضمان، وذلك مثلا بأن يشير إلى أنواع الأصول التي يمكن استخدامها لإنشاء تلك المصالح الضمانية أو نوع المصالح الضمانية المسموح بها. وفي بعض النظم القانونية يجوز لصاحب الامتياز الذي يُمنح حيازة إيجارية أو حق الانتفاع بملكية معينة، أن ينشئ مصلحة ضمانية باستخدام الحيازة الإيجارية أو حق الانتفاع.

٥٥- وإضافة إلى ذلك، يمكن إنشاء مصالح ضمانية حيثما يشتمل الامتياز على أنواع مختلفة من الملكية العامة، وذلك مثلا عندما تمنح ملكية الأرض المجاورة (وليس مجرد حق الانتفاع بها) لشركة سكك حديدية، إضافة إلى حق استخدام البنية التحتية العامة. وحيث يتسنى إنشاء أي شكل من أشكال المصالح الضمانية باستخدام أصول تمتلكها السلطة المتعاقدة أو يلزم تسليمها إليها أو أصول يكون للهيئة المتعاقدة خيار تعاقدى لشرائها (انظر الفقرة ٢٨)، قد يقضي القانون بموافقة السلطة المتعاقدة كي يتسنى لصاحب الامتياز أن ينشئ تلك المصالح الضمانية.

٢ - ضمانة الأصول المعنوية

٥٦- الأصل المعنوي الرئيسي في مشروع بنية تحتية هو الامتياز ذاته، أي حق صاحب الامتياز في تشغيل البنية التحتية أو توفير الخدمة ذات الصلة. وفي معظم النظم القانونية يعطي الامتياز صاحبه سلطة التحكم في مشروع بأسره كما يمنحه حق كسب الدخل الذي يولده المشروع. وبذلك تتجاوز قيمة الامتياز بكثير مجموع قيمة الأصول المادية التي يشتمل عليها المشروع. ونظرا إلى أن صاحب الامتياز يكون له عادة حق امتلاك جميع أصول المشروع وحق التصرف فيها (مع احتمال استثناء تلك الأصول التي تمتلكها أطراف أخرى، مثل الأملاك العامة التي تكون في حوزة صاحب الامتياز)، يشتمل الامتياز عادة على أصول 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 صاحب الامتياز. ويمكن أن يكون لرهن الامتياز نفسه مزايا عملية مختلفة لكل من صاحب الامتياز والمقرضين، بالأخص في النظم القانونية التي لا تسمح خلافاً لذلك باستخدام كل أصول الشركة لإنشاء ضمانات، أو التي لا تعترف عموماً بحقوق ضمانات عينية غير حيازية (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، ___). وقد تتضمن هذه المزايا: تجنب الحاجة إلى إنشاء ضمانات عينية منفصلة لكل من أصول المشروع، بما يسمح لصاحب الامتياز بأن يواصل التعامل مع تلك الأصول في أثناء سير الأعمال الاعتيادي، ومما يسمح برهن أصول معينة دون نقل الملكية الفعلية للأصول إلى الدائنين. وعلاوة على ذلك، فقد يجيز رهن الامتياز للمقرضين، في حالة تخلف صاحب الامتياز عن السداد، تفادي إنهاء المشروع من خلال تولى أمر الامتياز وعمل ترتيبات لاستمرار المشروع تحت صاحب امتياز 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 ١٤٧-١٥٠).

٥٧- غير أنه قد تكون هناك عقبات في بعض النظم القانونية أمام رهن الامتياز في غيبة إذن تشريعي صريح. فبمقتضى مختلف النظم القانونية، لا يجوز إنشاء حقوق ضمان إلا باستخدام الأصول التي يمكن لمنح الضمان نقلها دون قيد. وحيث أنه لا يجوز في معظم الحالات نقل حق تشغيل البنية التحتية دون موافقة السلطة المتعاقدة (انظر الفقرات ٥٢-٥٥) قد لا يتسنى قي بعض النظم القانونية لصاحب الامتياز أن ينشئ حقوق ضمان باستخدام الامتياز ذاته. وقد أزيلت هذه العقبة تشريعات صدرت مؤخراً في بعض ولايات القانون المدني من خلال إنشاء فئة خاصة من حقوق الضمان، يشار إليها أحياناً بعبارات مثل "hipoteca de *concesi n de obra p blica*" أو "*prenda de conce si de obra p blica*" ("رهن امتياز أشغال عمومية" أو "رهينة وفاء امتياز أشغال عمومية")، وهي عموماً تمنح المقرضين حق ضمان واجب النفاذ يشمل جميع الحقوق الممنوحة لصاحب الامتياز بموجب اتفاق المشروع. غير أنه من أجل حماية المصلحة العامة يقتضي القانون موافقة السلطة المتعاقدة على أي تدبير من جانب المقرضين لإنفاذ ذلك الحق، وفقاً لشروط ينص عليها في اتفاق بين السلطة المتعاقدة والمقرضين. وقد أمكن التوصل إلى حل أكثر قصراً في بعض ولايات القانون المدني، 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 - ضمانات المستحقات التجارية

٥٨- عادة ما يتمثل شكل آخر من أشكال الضمان الذي يعطى بصدد معظم مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص في أن تحول إلى المقرضين عائدات العقود المبرمة مع زبائن صاحب الامتياز. ويمكن أن تتألف تلك العائدات من عائدات عقد واحد (كالنظام بشراء القدرة الكهربائية يرتبط به كيان لتوزيع تلك القدرة)، أو من عائدات عدد كبير من الصفقات الفردية (كمدفوعات شهرية لفواتير الغاز أو المياه). وعادة ما تشمل تلك العائدات على التعريفات التي تتقاضى من الجمهور لقاء استعمال البنية التحتية (كالرسوم المتقاضاة عن المرور بطريق تفرض فيه رسوم)، أو الثمن الذي يدفعه الزبائن لقاء سلع أو خدمات يقدمها صاحب الامتياز (تكاليف الكهرباء مثلاً). وقد تشمل أيضاً على إيرادات امتيازات فرعية. وهذا النوع من الضمان عنصر مألوف في ترتيبات التمويل التي يتفاوض بشأنها مع المقرضين وكثيراً ما تقضي اتفاقات القروض بإيداع تلك العائدات في حساب مجمد يديره أمين يعينه المقرضون. كما يمكن أن تلعب آلية كهذه دوراً أساسياً في إصدار صاحب الامتياز سندات وغير ذلك من الصكوك القابلة للتداول.

٥٩- ويلعب استخدام مستحقات التجارة كضمان دوراً مركزياً في تمويل الترتيبات التي تتضمن توظيف السندات وغيرها من الصكوك القابلة للتداول. ويجوز أن يصدر هذه الصكوك صاحب الامتياز نفسه، وفي هذه الحالة يصبح المستثمرون الذين يشترون الأوراق المالية دائنيه، أو يجوز أن يصدرها طرف آخر جرى التنازل له عن مستحقات المشروع عن طريق آلية تعرف باسم "الإضمان". وينطوي الإضمان على إنشاء سندات مالية مضمونة بتدفق عائدات المشروع، وهي مرهونة لسداد أصل هذا الضمان وفوائده. وتنطوي معاملات الإضمان عادة على إنشاء كيان قانوني مستقل عن صاحب الامتياز، يكون موقوفاً خصيصاً لعملية إضمان الأصول أو المستحقات. وكثيراً ما يشار إلى هذا الكيان القانوني باسم "وسيلة لغرض خاص". فيتنازل صاحب الامتياز عن مستحقات المشروع لوسيلة الغرض الخاص، وهي تصدر بدورها للمستثمرين صكوكاً مُعَلَّة لفائدة تضمناها مستحقات المشروع. ويحصل بذلك حاملو السندات المضمونة على الحق في عائدات معاملات صاحب الامتياز مع زبائنه. ويحصل صاحب الامتياز التعريفات من الزبائن ويحوّل الأموال إلى وسيلة الغرض الخاص التي تحولها بدورها إلى حاملي السندات المشمولين بضمانات. وفي بعض البلدان، اعترفت قوانين حديثة العهد صراحةً بسلطة صاحب الامتياز في التنازل عن مستحقات المشروع لوسيلة الغرض الخاص التي يعهد إليها بالمستحقات وإدارتها لصالح دائني المشروع. وبغية حماية حاملي السندات من خطر إعسار صاحب الامتياز، قد يستحسن اعتماد التدابير اللازمة ليتسنى الفصل القانوني بين صاحب الامتياز ووسيلة الغرض الخاص.

٦٠- وقد لا يكون من العملي في معظم الحالات أن يحدد صاحب الامتياز المستحقات التي تحول إلى الدائنين كلاً منها على حدة. وعلى ذلك فعادة ما يتخذ تحويل المستحقات في تمويل المشاريع شكل تحويل بالجملة للمستحقات المقبلة. وفي نظم قانونية مختلفة، أدرجت في تشريعات محلية حديثة العهد أحكام قانونية تعترف بسلطة صاحب الامتياز في رهن عائدات مشاريع البنية التحتية. غير أنه قد ينشأ في نظم قانونية مختلفة قدر كبير من انعدام اليقين فيما يتعلق بصحة التحويل بالجملة لمستحقات راهنة أو مقبلة. لذلك فمن المهم التأكد من أن القوانين المحلية بشأن المصالح الضمانية لا تحول دون قدرة الأطراف الفعلية على تحويل مستحقات التجارة من أجل الحصول على تمويل المشروع (انظر الفصل السابع، "المجالات القانونية الأخرى ذات الصلة"، ___).

٤ - ضمانات أسهم شركة المشروع

٦١- في الحالات التي لا يجوز فيها التنازل عن الامتياز أن نقله دون موافقة السلطة المتعاقدة (انظر الفقرات ___)، يحظر القانون أحياناً استخدام أسهم شركة المشروع كضمان. بيد أنه يجدر ذكر أن استخدام أسهم شركة المشروع كضمان عادة ما يطلبه المقرضون في معاملات تمويل المشاريع، وأن الحظر العام على إنشاء مثل هذا الضمان قد يحد من قدرة صاحب الامتياز على تدبير تمويل للمشروع. وكما هو الحال في الأشكال الأخرى من الضمانات، قد يكون من المفيد لذلك أن يأذن القانون لحاملي أسهم صاحب الامتياز 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 ٦٤-٦٨).

واو - التنازل عن الامتياز

٦٢- تُمنح الامتيازات في ضوء مؤهلات صاحب الامتياز الخاصة ومدى إمكانية الاعتماد عليه، وهي ليست قابلة للتحويل بحرية ودون قيد في معظم النظم القانونية. وفي الواقع، كثير ما تحظر القوانين الوطنية التنازل عن الامتياز إلى الغير 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.

٦٣- وقد وجد بعض البلدان أنه من المفيد أن تذكر في التشريع الشروط التي يمكن بمقتضاها الموافقة على نقل امتياز قبل انقضاء مدته مثل قبول صاحب الامتياز الجديد جميع الالتزامات الواردة في اتفاق المشروع، وتقديم أدلة على أن صاحب الامتياز الجديد يملك القدرة التقنية والمالية اللازمة لتقديم الخدمة. والأحكام التشريعية العامة التي من هذا النوع قد تستكمل بأحكام محددة في اتفاق المشروع 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 صاحب الامتياز طوعاً عن حقوقه، وهي لا تحول دون تحويل الامتياز إجبارياً إلى كيان يعينه المقرضون، بموافقة السلطة المتعاقدة، بغرض تجنب الإنهاء بسبب تخلف خطير من جانب صاحب الامتياز (انظر أيضاً الفقرات ١٤٧-١٥٠).

زاي نقل حصة غالبية في شركة المشروع

٦٤- قد تكون السلطة المتعاقدة مهتمة بأن يتسمر التزام أعضاء اتحاد الشركات الأصليين للمشروع طوال مدته وبألا تحول السيطرة الفعلية على شركة المشروع إلى كيانات ليست معروفة للسلطة المتعاقدة. فيجري اختيار أصحاب الامتيازات لتنفيذ مشاريع البنى التحتية على عدة أسس، من بينها خبرتهم وقدرتهم على تنفيذ نوع المشروع المعني (انظر الفصل الثالث، "اختيار صاحب الامتياز"، الفقرات ٣٨-٤٠). ولذلك تكون السلطات المتعاقدة قلقة من أنه لو كان للمساهمين في الشركة صاحبة الامتياز حرية تامة لتحويل استثمارهم في مشروع معين، لن يكون هناك أي ضمان بخصوص من الذي سوف يقدم فعلاً الخدمات المعنية.

٦٥- وقد ترتاح 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 للكونسورتيوم الأصلي ومتعاقديه من الباطن. إلا أنه ينبغي من الناحية العملية عدم المغالاة في الارتياح إلى الخبرة الظاهرية للمساهمين في الشركة صاحبة الامتياز. وفي حالة إنشاء كيان قانوني مستقل لتنفيذ المشروع، وهو يحدث في كثير من الأحيان (انظر الفقرة ١٢)، قد تكون مساندة المساهمين في الشركة صاحبة الامتياز قاصرة على الحد الأدنى من تبعثهم في حالة تعثر المشروع. وعلى ذلك، فإن القيود المفروضة على إمكانية تحويل الاستثمار، في حد ذاتها ووحدتها، قد لا تشكل حماية كافية من خطر تخلف صاحب الامتياز عن الأداء. وليست هذه القيود بالأخص بديلاً عن سبل الانتصاف المناسبة المتعاقد عليها في اتفاق المشروع، مثل رصد مستوى الخدمة المقدمة (انظر الفقرات ١٤٧-١٥٠)، والإنهاء دون تعويض كامل في حالة سوء الأداء (انظر الفصل الخامس، "مدة اتفاق المشروع وتمديده وإنهاؤه"، ___).

٦٦- 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 خلفية عن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، الفقرات ٥٤-٦٧)، هناك أنواع عديدة من التمويل المتاح من مختلف المستثمرين مقابل مختلف أشكال المخاطرة والعائد. فيسعى المستثمرون الأصليون، مثل شركات التشييد وموردي المعدات، 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 المخاطر الدنيا التي يتعرضون لها. وموارد غالبية المستثمرين الأصليين محدودة ويحتاجون إلى إعادة توظيف 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 الأصليون بيع نصيبهم إلى مساهم ثانوي يكون عائده المطلوب أقل. وعندما تكون العادة المتبعة أكثر يقيناً، يمكن أن تجرى عملية أخرى لإعادة التمويل. 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، فيكون هناك خطر ارتفاع

تكالفة التمويل. وفي بعض الظروف قد لا يتسنى تمويل مشروع على الإطلاق، نظرا لأن بعض المستثمرين الذين قد تكون مشاركتهم ذات أهمية حاسمة لتنفيذ المشروع قد لا يكونون على استعداد في المشاركة فيه. ومن منظور بعيد المدى، قد تنشأ عقبات في سبيل تنمية سوق للاستثمار في البنى التحتية العمومية إذا فرضت قيود لا ضرورة لها على حرية المستثمرين في نقل مصالحهم في مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص.

٦٧- وللأسباب السالفة الذكر، قد يستحسن أن تقصر القيود المفروضة على نقل ملكية الحصص الغالبة في شركة المشروع على فترة معينة من الزمن (مثلا، على عدد معين من السنين بعد دخول اتفاق المشروع حيز النفاذ)، أو على الحالات التي تبرر فيها تلك القيود أسباب تتعلق بالمصلحة العامة. وقد يكون من بين هذه الأوضاع الحالة التي يكون فيها في حوزة صاحب الامتياز أموال عامة (انظر الفقرة ٢٣)، أو عندما يحصل صاحب الامتياز على قروض أو دعم 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 والأصول قد عهد بها إلى شركة راسخة يظل المستثمرون الأصليون ملتزمين بها لمدة معقولة. وقد يكون هناك وضع آخر يبرر فرض قيود على نقل ملكية أسهم الشركات صاحبة الامتيازات، وهو عندما تكون للسلطة المتعاقدة مصلحة في منع تحويل الأسهم إلى مستثمرين معينين. فمثلا، قد ترغب السلطة المتعاقدة في أن تسيطر على اقتناء حصص غالبية في الشركات التي توفر خدمات عامة للحيلولة دون تشكيل احتكارات أو احتكارات أقلية في القطاعات المحررة. أو قد لا يرى من الملائم أن تستخدم شركة سبق أن احتالت على إحدى الجهات الحكومية من جانب جهة حكومية أخرى من خلال شركة فرعية امتلكتها تلك الشركة مؤخرا.

٦٨- وفي هذه الحالات الاستثنائية قد يستحسن أن يحصل المستثمرون الأصليون على موافقة مسبقة من السلطة المتعاقدة قبل نقل ملكية مساهمتهم في رأس المال. وينبغي التوضيح في اتفاق المشروع أنه يجب عدم الامتناع لأسباب غير معقولة عن منح تلك الموافقة أو تأخير منحها دون داع. وقد يستحسن أيضا لدواعي الشفافية أن ينص في القانون على الأسباب التي تجيز سحب الموافقة وإلزام السلطة المتعاقدة على أن 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 حالة بعض المشاريع بعد استكمال المرفق. ويستحسن أن يوضح في اتفاق المشروع ما إذا كان يجب أن تنطبق هذه القيود أيضا إن وجدت على نقل ملكية أي مساهمة في الشركة صاحبة الامتياز، 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

٦٩- عادة ما تكون السلطات المتعاقدة المشترية لأعمال التشييد بمثابة صاحب العمل بموجب عقد التشييد وتحتفظ 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، وفي معاينة الأشغال بعد إتمامها وقبولها رسميا وإعطاء الإذن النهائي لبدء تشغيل المرفق.

٧٠- ومن جهة أخرى، ففي كثير من مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، قد تفضل السلطة المتعاقدة تحويل تلك المسؤولية إلى صاحب الامتياز. فبدلا من أن تتولى السلطات المتعاقدة المسؤولية المباشرة عن إدارة تفاصيل المشروع، قد تفضل تحويل هذه المسؤولية إلى صاحب الامتياز بإلزامه بتولي المسؤولية الكاملة عن استكمال التشييد في موعده. وبهم صاحب الامتياز أيضا ضمان استكمال 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 مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص يكون صاحب الامتياز هو الذي يؤدي في معظم الأوقات الدور الذي يؤديه رب العمل عادة بموجب عقود التشييد.

٧١- ولهذه الأسباب، تقتصر الأحكام التشريعية بخصوص تشييد مرافق البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص في بعض البلدان على تعريف عام للالتزام صاحب الامتياز بتنفيذ أشغال عامة وفقا لشروط اتفاق المشروع، وتُمنح السلطة المتعاقدة حقا عاما في رصد سير العمل بغية ضمان مطابقتها لشروط الاتفاق. وفي تلك البلدان تترك الشروط الأكثر تفصيلا لاتفاق المشروع.

١ - استعراض خطط التشييد والموافقة عليها

٧٢- في الحالات التي يرى فيها أنه يلزم تناول أعمال التشييد والمسائل ذات الصلة بها في التشريع، يستحسن وضع إجراءات تساعد على إبقاء مواعيد الإكمال وتكاليف التشييد في حدود التقديرات وعلى تقليل احتمال حدوث نزاعات بين صاحب الامتياز والسلطات العمومية المعنية. فعلى سبيل المثال، عندما تقتضي الأحكام القانونية أن تستعرض السلطة المتعاقدة مشروع التشييد وأن توافق عليه، ينبغي أن يحدد في اتفاق المشروع الموعد النهائي لاستعراض مشروع التشييد 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 اتفاق المشروع الأسباب التي تجيز للسلطة المتعاقدة إبداء اعتراضات أو طلب إجراء تعديلات في المشروع مثل الأسباب المتعلقة بالسلامة والدفاع والأمن والاعتبارات البيئية أو عدم الالتزام بالمواصفات.

٢ - التغيير في شروط المشروع

٧٣- كثيرا ما تصادف أوضاع أثناء تشييد أحد مرافق البنية التحتية تجعل من الضروري أو المستحسن إجراء تعديلات في جوانب معينة من التشييد. ولذلك قد ترغب السلطة المتعاقدة أن تحتفظ بحق طلب تعديلات تتعلق بجوانب مثل نطاق التشييد، والصفات التقنية للمعدات أو المواد التي سوف تدخل في الأشغال أو خدمات التشييد المطلوبة وفقا للمواصفات. ويشار إلى هذه التعديلات في "الدليل" بعبارة "تغييرات". وعبارة "تغييرات"، بمعناها المستخدم في "الدليل"، لا تتضمن إجراء تعديلات في التعريفات أو مراجعة لها بسبب حدوث تغييرات في التكاليف أو تقلبات في سعر العملة (انظر الفقرات ٣٩-٤٤). وبالمثل، لا تعتبر في "الدليل" إعادة التفاوض على اتفاق المشروع في حالة حدوث تغييرات جوهرية في الظروف تغييرا (انظر الفقرات ١٢٦-١٣٠).

٧٤- 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 اتفاق المشروع أكثر تكلفة لصاحب الامتياز. وعلاوة على ذلك، قد تتجاوز تكلفة تنفيذ طلبات لتغييرات واسعة النطاق موارد صاحب الامتياز 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 وكذلك المواصفات المقدمة أثناء عملية الاختيار تؤدي دورا هاما في تجنب التغييرات اللاحقة في المشروع (انظر الفصل الثالث، "اختيار صاحب الامتياز"، الفقرات ٦١ و ٦٤-٦٦).

٧٥- ينبغي أن يبين اتفاق المشروع الظروف المحددة التي يجوز فيها للسلطة المتعاقدة أن تطلب إجراء تغييرات تتعلق بمواصفات التشييد وأن يبين التعويض الذي قد يكون مستحقا لصاحب الامتياز حسب

الاقتضاء لتغطية التكلفة الإضافية للتغييرات وما ينجم عنها من تأخير. وينبغي أيضا أن يوضح اتفاق المشروع مدى التزام صاحب الامتياز 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 يعنى صاحب الامتياز من التزاماته عندما يتجاوز مبلغ التكاليف الإضافية الناجمة عن التغييرات حدا أقصى معيناً.

٧٦- وقد اتبعت في عقود التشييد الكبيرة نهج تعاقدية مختلفة بشأن التغييرات وذلك لبيان مدى التزام الما قول بتنفيذ التغييرات والتعديلات الواجبة في سعر العقد أو مدته. ويمكن استخدام تلك الحلول، مع إجراء التغييرات الضرورية، لمعالجة التغييرات التي تطلبها السلطة المتعاقدة بموجب اتفاق المشروع. إلا أنه تجدر ملاحظة أنه في امتيازات البنية 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 بامتيازات البنية التحتية تتضمن أحيانا مزيجا من أساليب مختلفة تشمل دفع مبلغ إجمالي أو زيادة التعريفات أو مد فترة الامتياز. فقد تكون هناك، مثلا، تغييرات تؤدي إلى زيادة في التكلفة قد يستطيع صاحب الامتياز أن يستوعبها أو أن يمولها بنفسه وأن يستهلكها بواسطة تعديل في آلية التعريفات أو آلية الدفع، حسب الحالة. وفي حالة عدم استطاعة صاحب الامتياز تمويل أو إعادة تمويل التغييرات بمفرده، قد يرغب الطرفان في أن ينظرا في دفع مبالغ إجمالية كبديل لعملية معقدة ومكلفة لإعادة التمويل.

٣ - صلاحيات الرصد المخولة للسلطة المتعاقدة

٧٧- 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. وقد يكون من المفيد أيضا أن يتم الاتفاق على مدة قصوى للتعليق والنص على تعويض صاحب الامتياز. وعلاوة على ذلك، يمكن تقديم ضمانات تكفل دفع تعويض لصاحب الامتياز عن الخسائر الناجمة عن تعليق المشروع (انظر أيضا الفصل الثاني، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي"، الفقرات ٤٨-٥٠).

٧٨- وفي بعض النظم القانونية، تصبح المرافق التي تبني لكي تستخدم في توفير خدمات عمومية معينة ملكا عاما حال الانتهاء من عملية التشييد (انظر الفقرة ٢٤). وفي تلك الحالة، كثيرا ما يقضي القانون بأن يقبل المرفق المكتمل رسميا من جانب السلطة المتعاقدة أو سلطة عامة أخرى. 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 ويفي بمقتضيات السلامة. وحتى في الحالات التي لا يقتضى فيها قبول رسمي من جانب السلطة المتعاقدة (مثلا، عندما يظل المرفق ملكا لصاحب الامتياز)، كثيرا ما تدعو الحاجة إلى أحكام تتعلق بتفقد السلطة المتعاقدة أشغال التشييد للتحقق من امتثالها للوائح التنظيمية للصحة أو السلامة أو البناء أو العمل. وينبغي أن يبين اتفاق المشروع بالتفصيل طبيعة اختبارات إنجاز التشييد أو معاينة المرفق بعد اكتماله، والجدول الزمني للاختبارات (قد يكون من المناسب، مثلا، إجراء اختبارات جزئية على امتداد فترة معينة، بدلا من إجراء معاينة واحدة في النهاية)؛ وتبعات عدم اجتياز الاختبار؛ والمسؤولية عن تدبير الموارد اللازمة للمعاينة وتغطية التكاليف المناظرة. وقد وجد في بعض البلدان أنه من المفيد أن يؤذن بتشغيل المرفق على أساس مؤقت في انتظار الموافقة النهائية من جانب السلطة المتعاقدة، وإتاحة الفرصة لصاحب الامتياز لتصحيح ما قد يظهر من عيوب في ذلك الوقت.

٤ - فترة الضمان

٧٩- عادة ما تنص عقود التشييد التي يتفاوض بشأنها صاحب الامتياز على ضمان للنوعية يتعهد بموجبه المقاولون بتحمل المسؤولية عما يكون هناك من عيوب في الأشغال أو من افتقار إلى الدقة أو أوجه قصور في الوثائق المقدمة مع الأشغال، مع بعض الاستثناءات المعقولة (ومن بينها البلى الناجم عن الاستعمال وخطأ الصيانة أو التشغيل من جانب صاحب الامتياز). ويمكن أيضا 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 اتفاق المشروع على أن الموافقة النهائية على المرفق أو قبوله بصفة نهائية من جانب السلطة المتعاقدة لا يعفى 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

٨٠- كثيرا ما ينص في القانون على شروط تشغيل المرفق وصيانتته وكذلك على معايير الجودة والسلامة، وتبيّن بالتفصيل في اتفاق المشروع، 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 "الدليل". ولذلك لا تتضمن الفقرات التالية إلا عرضا موجزا لبعض من المسائل الرئيسية.

٨١- والمقصود من مختلف أحكام الرقابة التنظيمية بشأن تشغيل البنية التحتية والاقتضاءات القانونية لتوفير الخدمات العمومية تحقيق أغراض مختلفة ذات صلة بالمصلحة العامة. ونظرا لطول أمد مشاريع البنية التحتية عادة، هناك احتمال بأن يلزم تعديل تلك الشروط والاقتضاءات أثناء فترة اتفاق المشروع، بيد أنه من المهم تذكّر حاجة القطاع الخاص إلى إطار تنظيمي مستقر ويمكن الاعتماد عليه. فقد تؤدي التغييرات في اللوائح التنظيمية أو كثرة إضافة قواعد جديدة وأكثر صرامة إلى اضطراب تنفيذ المشروع وتعريض جدواه المالية للخطر. لذلك فإنه في حين يمكن للطرفين أن يتفقا على ترتيبات تعاقدية لمواجهة الآثار السلبية لأي تغييرات لاحقة في اللوائح التنظيمية (انظر الفقرات ١٢٢-١٢٥)، يستحسن أن تتجنب أجهزة الرقابة التنظيمية الإفراط في إصدار الأنظمة أو تغيير القواعد القائمة بتواتر غير معقول.

١ - معايير الأداء

٨٢- يتعين عموما على مقدمي الخدمات العامة 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 القرارات التنفيذية أو في اللوائح التنظيمية أو غير ذلك من الصكوك. وكثيرا ما ينص على معايير الخدمة بتفاصيل كبيرة في اتفاق المشروع. وهي تتضمن معايير النوعية، مثل المتطلبات المتعلقة بنقاء 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 قد يفرض مبادئ أساسية توجه صوغ المعايير التفصيلية أو تقضي بالالتزام بالمعايير الدولية.

٨٣- وتحتفظ السلطة المتعاقدة عادة بصلاحيّة رصد التزام شركة المشروع بمعايير الأداء المنصوص عليها. ويهتم صاحب الامتياز بأن يتجنب قدر الإمكان أي انقطاع في تشغيل المرفق وبحمائية نفسه من عواقب أي انقطاع. ويسعى إلى الحصول على تأكيدات بأن ممارسة السلطة المتعاقدة لصلاحيّاتها في الرصد والرقابة لن

تؤدي إلى اضطراب أو انقطاع لا داعي له في تشغيل المرفق وأنها لن تؤدي إلى تحمل صاحب الامتياز تكاليف إضافية لا داعي لها.

٢ - توسيع نطاق الخدمات

٨٤- في بعض النظم القانونية، تعتبر الهيئة التي تعمل بموجب امتياز حكومي لتقديم خدمات أساسية معينة (مثل الكهرباء أو مياه الشرب) لمجتمع محلي أو لمنطقة وسكانها، ملزمة بتوفير نظام خدمي يفي على نحو معقول بتلبية طلب ذلك المجتمع أو تلك المنطقة. وكثيرا ما لا يكون ذلك الالتزام متعلقا بالطلب الذي كان سائدا وقت منح الامتياز وحسب، بل يعني ضمنا أيضا التزاما بمواكبة نمو المجتمع المحلي المخدوم أو المنطقة المخدومة وتوسيع نطاق النظم تدريجيا حسب الطلب المعقول من المجتمع أو المنطقة. ويتسم هذا الالتزام في بعض النظم القانونية بطابع الواجب العام الذي يمكن أن يتمسك به أي من سكان المنطقة المعنية أو المجتمع المعني، وفي نظم قانونية أخرى يأخذ شكل الالتزام القانوني أو التعاقدية الذي يمكن أن تقوم بإنفاذه السلطة المتعاقدة أو جهاز رقابة تنظيمية، حسب الحالة.

٨٥- وفي بعض النظم القانونية، لا يكون هذا الالتزام مطلقا أو غير مقيد. فواجب صاحب الامتياز في أن يوسع مرافق خدماته قد يتوقف في الواقع على عوامل مختلفة، مثل الحاجة إلى التوسيع وتكلفته والعائد الذي يمكن توقعه نتيجة للتوسع؛ والظروف المالية لصاحب الامتياز؛ والمصلحة العامة التي يؤدي إليها تنفيذ التوسيع؛ ونطاق الالتزامات التي يتولاها صاحب الامتياز في هذا الصدد بموجب اتفاق المشروع. وفي بعض النظم القانونية، قد يكون صاحب الامتياز ملزما بتوسيع مرافقه الخدمية حتى إذا لم يكن التوسيع المعني مربحا على الفور، أو حتى إذا أمكن أن تشتمل منطقة نشاط صاحب الامتياز فيما بعد على أجزاء غير مربحة نتيجة لتنفيذ التوسع. غير أن هذا الالتزام يكون خاضعا لقيود معينة، حيث أن صاحب الامتياز ليس ملزما بتنفيذ توسيعات في منطقة تضع عبئا غير معقول عليه أو على زبائنه. وحسب الظروف المعينة، يمكن أن يستوعب صاحب الامتياز 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 كليا أو جزئيا السلطة المتعاقدة أو سلطة عمومية أخرى بواسطة تقديم دعم أو منح. ونظرا لتنوع العوامل التي قد يلزم أخذها في الحسبان من أجل تقدير معقولة أي توسيع معين، ينبغي أن يبين اتفاق المشروع الظروف التي يجوز فيها إلزام صاحب الامتياز بتنفيذ توسيعات في مرافقه الخدمية، والطرق الملائمة لتمويل تلك التوسيعات.

٣ - استمرارية الخدمة

٨٦- هناك التزام آخر على مقدمي الخدمات العمومية وهو ضمان استمرار تقديم الخدمة في معظم الظروف، إلا عند وقوع أحداث محددة تحديدا ضيقا تعفيهم من ذلك (انظر أيضا الفقرات ١٣٢-١٣٤). وفي بعض النظم القانونية، يتسم هذا الالتزام بطابع واجب قانوني يكون منطبقا حتى إذا لم يكن منصوصا عليه صراحة في اتفاق المشروع. والنتيجة المسلم بها لهذه القاعدة في النظم القانونية التي توجد فيها هي أنه لا يجوز لصاحب الامتياز أن يتذرع بظروف مختلفة قد تأذن، بموجب المبادئ العامة لقانون العقود، لأحد طرفي العقد بأن يعلق الوفاء بالتزاماته أو أن يتوقف عن ذلك (مثلا المشقة الاقتصادية أو الإخلال من جانب الطرف الآخر) كأسباب لتعليق توفير خدمة عمومية أو التوقف عن ذلك جزئيا أو كليا. وقد تكون للسلطة المتعاقدة في بعض النظم القانونية، صلاحيات إنفاذية خاصة لإرغام صاحب الامتياز على استئناف الخدمة في حالة التوقف غير المشروع.

٨٧- ويخضع هذا الالتزام هو الآخر لقاعدة عامة هي المعقولة. فثمة نظم قانونية مختلفة تعترف بحق صاحب الامتياز في تعويض عادل عن اضطرابه إلى تقديم الخدمة في ظروف المشقة (انظر الفقرات ١٢٦-١٣٠).

وعلاوة على ذلك، يعتبر في بعض النظم القانونية أنه لا يجوز إرغام مقدم الخدمات العمومية على العمل عندما يؤدي التشغيل العام للمرفق إلى خسارة. وعندما لا تعود الخدمة العمومية بأسرها مربحة، وليس مجرد فرع أو أكثر أو منطقة أو أكثر من فروعها أو مناطقها، فقد يكون لصاحب الامتياز الحق في تعويض مباشر من السلطة المتعاقدة، أو بدلا من ذلك، الحق في إنهاء اتفاق المشروع، وإن كان الإنهاء يحتاج عادة إلى موافقة السلطة المتعاقدة أو إلى حكم قضائي. وفي النظم القانونية، التي تسمح بحل كهذا، يستحسن أن يوضح اتفاق المشروع ما هي الظروف الاستثنائية التي يمكن أن تبرر تعليق الخدمة أو حتى إبراء صاحب الامتياز من التزاماته بموجب اتفاق المشروع (انظر أيضا الفصل الخامس، "مدة اتفاق المشروع وتمديدته وإنهاؤه" (ـ)).

٤ المساواة في معاملة الزبائن أو المستعملين

٨٨- في بعض الولايات القضائية تخضع الكيانات التي تقدم خدمات معينة للجمهور للالتزام محدد بضمان توافر هذه الخدمة بنفس الشروط 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، طالما توفر خدمة متزامنة للمستهلكين والمستعملين المشتغلين بأعمال مماثلة وفي ظروف مماثلة. لذلك قد لا يكون تقاضي أسعار مختلفة أو عرض شروط مختلفة لتقديم الخدمة إلى فئات مختلفة من المستعملين (مثل الاستهلاك المنزلي من ناحية والاستهلاك لأغراض الأعمال التجارية أو الصناعية من ناحية أخرى) متناقضا مع مبدأ المساواة في المعاملة، شريطة استناد التمييز إلى معايير موضوعية ومطابقتها لفوارق حقيقية بين أوضاع المستهلكين أو ظروف تزويدهم بالخدمة. ومع ذلك فعندما يكون الفارق في الرسوم أو فيما عدا ذلك من شروط الخدمة قائما على فوارق حقيقية في الخدمة (مثل زيادة رسوم الخدمات الموفرة في ساعات ذروة الاستهلاك)، يجب عادة أن يكون متناسبا مع مقدار الفارق.

٨٩- وعلاوة على ذلك التمييز الذي يحدده صاحب الامتياز نفسه، قد يكون تباين معاملة مستعملين أو زبائن معينين ناجما عن إجراء تشريعي. ففي بلدان كثيرة يقضي القانون بأنه يجب توفير خدمات معينة بشروط ميسرة بشكل خاص إلى فئات معينة من المستعملين والزبائن (مثل تخفيض أسعار النقل لتلاميذ المدارس أو المسنين، أو تخفيض أسعار المياه والكهرباء 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 الدعم الداخلي المتبادل مع خدمات تدر أرباحا أعلى (انظر الفصل الثاني، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي"، الفقرات ٤٢-٤٤).

٥ - ترابط شبكات البنية التحتية والوصول إليها

٩٠- تكون الشركات التي تشغل شبكات البنية التحتية في قطاعات مثل النقل بالسكك الحديدية أو الاتصالات السلكية واللاسلكية أو القدرة الكهربائية أو الغاز ملزمة أحيانا بأن تتيح لشركات أخرى إمكانية النفاذ إلى الشبكة. وقد يرد هذا الاقتضاء في اتفاق المشروع 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 مدمجة إدماجا كليا أو جزئيا (للاطلاع على مناقشة موجزة للمسائل المتصلة ببنية السوق، انظر أعلاه "مقدمة ومعلومات خلفية"، الفقرات ٢١-٤٦).

٩١- وكثيرا ما يجري إلزام متعهدي تشغيل الشبكات بإتاحة النفاذ إليها بشروط عادلة وغير تمييزية من الناحيتين المالية والتقنية. وعدم التمييز يعني ضمنا 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. إلا أنه ينبغي ملاحظة أن كثيرا من الأنظمة التي تحكم إمكانية النفاذ إلى خطوط الأنابيب، مثلا، لا تقضي بمنح شروط مساوية تماما للمستعملين الناقلين أو المنافسين. فقد يكون الإلزام بإتاحة النفاذ مشروطا بطريقة ما، فيمكن أن يكون قاصرا، مثلا، على السعة الفائضة وحدها أو قد يشترط أن تكون إتاحة النفاذ بشروط معقولة لا مساوية.

٩٢- وفي حين أن تحديد أسعار النفاذ يكون عادة على أساس التكلفة، فكثيرا ما تحتفظ أجهزة الرقابة التنظيمية بحق رصد تعرفات النفاذ لكي تضمن أن تكون مرتفعة بقدر يكفي لإعطاء حافز ملائم للاستثمار في البنية التحتية المطلوبة ومنخفضة إلى حد يكفي كاف للسماح للشركات الحديثة العهد بالدخول في المجال 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 مفضولة من الناحية المحاسبية وذلك بغية تحديد التكلفة الفعلية لاستخدام الغير للشبكة أو لأجزاء منها.

٩٣- وقد تكون للشروط التقنية لإمكانية النفاذ نفس الأهمية، وقد يلزم متعهدو تشغيل الشبكات بتكييف شبكاتهم كي تفي باحتياجات حديثي العهد بالدخول في المجال للنفاذ إليها. وقد تكون إمكانية النفاذ إلى الشبكة بأسرها أو إلى أجزاء أو شرائح احتكارية منها (يشار إليها أيضا أحيانا بعبارة مرافق احتكارية أو أساسية). وتسمح حكومات كثيرة لمقدمي الخدمات بتشديد بنية تحتية خاصة بهم أو باستخدام بنية 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 الاتصالات السلكية واللاسلكية، أو قدرة النقل للتزود بالكهرباء، أو استخدام جزء من الخطوط في السكك الحديدية.

٦ - اشتراطات تقديم المعلومات

٩٤- تفرض قوانين محلية كثيرة التزاما على مقدمي الخدمات العمومية بأن يزودوا جهاز الرقابة التنظيمية بمعلومات دقيقة وفي حينها عن عملياتهم، وتمنح هذه الأجهزة الرقابية التنظيمية حقوقا إنفاذية خاصة. 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 لإنفاذ تقديم المعلومات.

٩٥- وعادة ما تلزم الشركات التي تقدم خدمات عمومية بأن تحتفظ بحساباتها وبياناتها المالية وبأن تكشفها لجهاز الرقابة التنظيمية وكذلك بأن تمارس محاسبة تكاليف تفصيلية تسمح لجهاز الرقابة التنظيمية بأن يتعقب مختلف جوانب أنشطة الشركة كلا منها على حدة. وقد يلزم أيضا فحص المعاملات المالية التي تجري بين الشركة صاحبة الامتياز والشركات التابعة لها، إذ قد تحاول الشركة صاحبة الامتياز أن تحوّل الأرباح إلى أعمال أخرى ليست خاضعة لضوابط أو إلى شركات تابعة أجنبية. وقد تفرض 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. ويجب علاوة على ذلك اتخاذ تدابير مناسبة لحماية سرية أي معلومات مشمولة بحقوق الملكية قد يقدمها صاحب الامتياز أو الشركات التابعة له إلى جهاز الرقابة التنظيمية.

٧ - صلاحيات صاحب الامتياز الإنفاذية

٩٦- في البلدان التي يكون فيها منح الامتيازات لتوفير الخدمات العمومية تقليدا راسخا، يمكن أن يخول صاحب الامتياز الصلاحيات اللازمة لإقرار قواعد تستهدف تيسير تقديم الخدمة (ومن هنا التعليمات الموجهة إلى المستعملين، وقواعد 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 الهيئة التشريعية لكل حالة على حدة. وعادة ما يكون مدى الصلاحيات التي تخول لصاحب الامتياز معروفا في اتفاق المشروع وقد لا يلزم النص عليه بالتفصيل في التشريع. ومع ذلك فقد يكون من المفيد أن ينص القانون على أنه يجوز أن يؤذن لصاحب الامتياز بإصدار قواعد تحكم استخدام الجمهور للمرفق وياتخاذ تدابير معقولة لضمان التزام الجمهور بهذه القواعد. وقد يستحسن النص على أن القواعد التي يصدرها صاحب الامتياز 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 صاحب الامتياز أن يكون خاضعا لحرية التقدير، وينبغي أن يكون لصاحب الامتياز الحق في استئناف قرار رفض الموافقة على القواعد المقترحة (انظر الفصل الأول، "اعتبارات تشريعية ومؤسسية عامة"، الفقرتين ٤٩ و ٥٠).

٩٧- ومما له أهمية خاصة بالنسبة لصاحب الامتياز مسألة ما إذا كان يجوز وقف توفير الخدمة بسبب التقصير من جانب المنتفعين أو عدم التزام من جانبهم. فعلى الرغم من التزام صاحب الامتياز التزاما عاما بضمان استمرار تقديم الخدمة (انظر الفقرتين ٨٦ و ٨٧)، يعترف 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 فنظرا للضرورة الأساسية لخدمات عمومية معينة فقد تتطلب هذه الصلاحية في بعض النظم القانونية إذنا تشريعيًا. وعلاوة على ذلك، قد يكون هناك عدد من القيود أو الشروط الصريحة أو الضمنية 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"، ___).

١٠ - ترتيبات تعاقدية عامة

٩٨- يناقش هذا الباب ترتيبات تعاقدية مختارة ترد عادة في اتفاقات المشاريع 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 متضمنات هامة بالنسبة للتشريع في البلد المضيف وفقا للنظام القانوني الخاص بذلك البلد.

١ - التعاقد من الباطن

٩٩- نظرا لمدى تعقد مشاريع البنية التحتية، عادة ما يرتبط صاحب الامتياز بواحد أو أكثر من مقاولي التشييد لتنفيذ بعض أعمال التشييد المنصوص عليها في اتفاق المشروع أو الجزء الأكبر منها. وقد يرغب صاحب الامتياز أن يرتبط بمقاولين من ذوي الخبرة في تشغيل وصيانة البنية التحتية أثناء مرحلة تشغيل المشروع. وتعرف قوانين بعض البلدان عموما بحق صاحب الامتياز في إبرام عقود حسبما يقتضيه تنفيذ أشغال

التشييد. وقد يكون وجود حكم تشريعي يعترف بسلطة صاحب الامتياز في التعاقد من الباطن مفيدا بشكل خاص في البلدان التي توجد بها قيود على قدرة المقاولين العاملين مع الحكومة على التعاقد من الباطن.

(أ) اختيار المتعاقدين من الباطن

١٠٠- في بعض البلدان تقيد حرية صاحب الامتياز 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 طبقت 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. وكان الغرض من تلك القواعد القانونية هو ضمان الاقتصاد والكفاءة والنزاهة والشفافية في استخدام الأموال العامة. أما في حالة مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، فقد يكون من شأن هذه الأحكام أن تثني المستثمرين المحتملين عن المشاركة، حيث أن شركات الهندسة والتشييد عادة ما تكون من بين متعهدي المشاريع على أمل الحصول على عقود رئيسية لتنفيذ أعمال التشييد وغيرها من الأعمال.

١٠١- غير أن حرية صاحب الامتياز في اختيار المتعاقدين من الباطن ليست مطلقة. ففي بعض البلدان يجب على صاحب الامتياز أن يحدد في الاقتراح الذي يقدمه هوية المقاولين الذين سوف يجري التعاقد معهم، وأن يقدم معلومات عن قدرتهم التقنية ووضعهم المالي. وتشترب بلدان أخرى تقديم تلك المعلومات في وقت إبرام اتفاق المشروع أو تخضع العقود لاستعراض من جانب السلطة المتعاقدة وموافقتها مسبقا. والغرض من هذه الشروط هو تجنب احتمالات تنازع المصالح بين شركة المشروع وبين مساهميه، وهي نقطة عادة ما تهم المقرضين أيضا، 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 اتفاق المشروع الغرض من إجراءات الاستعراض والموافقة، والظروف التي يجوز فيها للسلطة المتعاقدة عدم الموافقة. وكقاعدة عامة، ينبغي عدم الامتناع عن الموافقة ما لم يتبين أن العقود من الباطن تتضمن أحكاما مخالفة للمصلحة العامة مخالفة واضحة (مثال ذلك أحكام تقضي بمدفوعات مبالغ فيها للمقاولين من الباطن أو تحد مسؤوليتهم على نحو غير معقول)، أو أنها مخالفة لقواعد إلزامية لها طابع القانون العام الذي ينطبق على مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص في البلد المضيف.

(ب) القانون الناظم

١٠٢- من الشائع أن يختار صاحب الامتياز ومقاولوه قانونا مألوا لديهم ويرون أنه ينظم المسائل التي تتناولها عقودهم، تنظيما كافيا. وتبعاً لنوع العقد، تنشأ مسائل متباينة تتصل بالنص المتعلق بالقانون الناظم. فمثلا يمكن إبرام عقود توريد المعدات وغيرها من العقود مع شركات أجنبية، ويمكن أن يرغب الأطراف في اختيار قانون يعلمون، مثلا، أنه يوفر نظاما كافيا للضمان في حالة تعطل المعدات أو عدم مطابقتها للمواصفات. ويمكن أن يوافق صاحب الامتياز، بدوره، على تطبيق قوانين البلد المضيف فيما يتعلق بالعقود المبرمة مع الزبائن المحليين.

١٠٣- وقلما تحتوي القوانين المحلية التي تخص مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص على أحكام بشأن القانون الناظم للعقود التي يبرمها صاحب الامتياز. فالواقع أن معظم البلدان لم يجد أسبابا قاهرة لسن أحكام تتعلق على وجه التحديد بالقانون الناظم للعقود المبرمة بين صاحب الامتياز ومقاوليه، وفضل ترك هذه المسألة ليحسمها الشرط الوارد في عقودهم بشأن اختيار القانون أو لتحسمها قواعد القانون الدولي الخاص. غير أنه من الجدير بالذكر أن حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود وغيرها من

العلاقات القانونية تخضع في بعض النظم القانونية لشروط وقيود عملا بقواعد القانون الدولي الخاص أو بقواعد القانون العام السارية في البلد المضيف. من ذلك مثلا 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 كثيرا ما تسمح بقدر كبير من حرية اختيار القانون الناظم للعقود التجارية، فإن تلك الحرية مقيدة في بعض البلدان في حالة العقود والعلاقات القانونية التي لا توصف بأنها تجارية، ومن بينها مثلا عقود معينة تبرمها السلطات العمومية للبلد المضيف (مثلا، الضمانات والتأمينات التي تصدرها الحكومة، والتزامات سلطة عمومية بشراء القدرة الكهربائية أو بتلقي إمدادات الوقود) أو العقود التي تبرم مع المستهلكين.

١٠٤- وفي بعض الحالات، أدرجت أحكام في القانون المحلي لكي توضح، بحسب الاقتضاء، أن العقود المبرمة بين صاحب الامتياز 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 العمال عن الأمراض أو الإصابات أو الوفيات المتصلة بالعمل إلى العاملين مع المقاولين من الباطن.

٢- المسؤولية إزاء المستعملين وإزاء الغير

١٠٥- إن التشييد أو التشغيل المعيب لمرق بنية تحتية قد تنجم عنه وفاة أو أذى شخصي يلحق بموظفي صاحب الامتياز أو بمستعملي المرق أو بآخرين من الغير، أو قد تنجم عنه أضرار لممتلكاتهم. والمسائل المتعلقة بالتعويضات التي تدفع للغير في تلك الحالات مسائل معقدة وقد لا تنظمها قواعد القانون الواجب التطبيق على اتفاق المشروع والناظم للمسؤولية التعاقدية، بل تنظمها بالأحرى قواعد قانونية واجبة التطبيق وناطمة للمسؤولية خارج نطاق العقود، وهي عادة مبادئ إلزامية. كما أن بعض النظم القانونية يتضمن أحكاما إلزامية خاصة تنظم خارج نطاق العقود مسؤولية السلطات العمومية التي قد تخضع لها السلطة المتعاقدة. وعلاوة على ذلك فإن اتفاق المشروع لا يمكن أن يحد من مسؤولية صاحب الامتياز أو السلطة المتعاقدة عن تعويض الغير الذين ليسوا أطرافا في اتفاق المشروع. لذلك فمن المستصوب أن تورد السلطة المتعاقدة و صاحب الامتياز أحكاما عن التوزيع الداخلي للمخاطر فيما بينهما فيما يتعلق بما يدفع للغير من تعويضات عن الوفاة أو الأذى الشخصي أو عن الأضرار التي تلحق بممتلكاتهم، إلى المدى الذي لا تنظم فيه هذا التوزيع قواعد إلزامية. ومن المستصوب أيضا أن ينص الأطراف على التأمين من تلك المخاطر (انظر الفقرتين ١٩٩ و ١٢٠).

١٠٦- وعندما يصاب طرف ثالث بأذى شخصي أو بأضرار في ممتلكاته من جراء تشييد المرق أو تشغيله ويرفع مطالبة ضد السلطة المتعاقدة، قد ينص القانون على أن صاحب الامتياز هو الذي ينبغي أن يتحمل وحده أي مسؤولية في هذا الصدد، وأنه ينبغي أن تتحمل السلطة المتعاقدة أي مسؤولية إزاء مطالبة الطرف الثالث هذه إلا إذا كان الضرر قد وقع نتيجة لخطأ فادح أو إهمال جسيم من جانب السلطة المتعاقدة. وقد يكون من المفيد النص بوجه خاص على أن مجرد موافقة السلطة المتعاقدة على تصميم المرق أو مواصفاته أو قبولها لأشغال التشييد أو إعطائها إذنا نهائيا بتشغيل المرق أو استعماله من قبل الجمهور لا يترتب عليه تعهد السلطة المتعاقدة بتحمل أي مسؤولية عن الضرر الذي يلحق بمستعملي المرق أو بالغير من جراء تشييد المرق أو تشغيله أو عدم ملاءمة المواصفات أو التصميم الذي وافقت عليه. وعلاوة على ذلك فبالنظر إلى أن الأحكام بشأن توزيع المسؤولية قد لا تكون واجبة التنفيذ ضد الغير بمقتضى القانون الواجب التطبيق، قد يكون من المستصوب أن ينص اتفاق المشروع على أنه ينبغي أن تكون السلطة المتعاقدة محمية ومؤمنة فيما

يتعلق بأي مطالبات بالتعويض ترفعها أطراف الثالثة تصاب بأذى أو بأضرار لممتلكاتها من جراء تشييد مرفق البنية التحتية أو تشغيله.

١٠٧- كما ينبغي أن ينص اتفاق المشروع على أن الأطراف ينبغي أن يحيط كل منهم الآخر علما بأي مطالبة أو دعوى أو أي مطالبات أو دعاوى مرتقبة ضدهم ويكون للسلطة المتعاقدة بصددها حق في التعويض، وأن يتبادلوا قدرا معقولا 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

١٠٨- عادة ما تستكمل التزامات صاحب الامتياز بتقديم شكل من أشكال ضمان الأداء في حالة التقصير وتعطية تأمينية لعدد من المخاطر. وفي بعض البلدان يقضي القانون عموما بأن يقدم صاحب الامتياز ضمانات وافية للأداء، ويحيل التفاصيل إلى اتفاق المشروع. وفي بلدان أخرى يتضمن القانون أحكاما أكثر تفصيلا، فيقضي مثلا بتقديم نوع معين من الضمان لا يزيد على نسبة مئوية معينة من الاستثمار الأساسي.

(أ) أنواع ضمانات الأداء ووظائفها وطبيعتها

١٠٩- يوجد على وجه العموم نوعان من ضمانات الأداء. ففي أحدهما، وهو الضمان النقدي للأداء، لا يتعهد الضامن إلا بأن يدفع للسلطة المتعاقدة مبلغا لا يتجاوز حدا منصوصا عليه للوفاء بالتزامات صاحب الامتياز في حالة تقصيره في الأداء. وقد تأخذ ضمانات الأداء النقدية شكل تعهد بتنفيذ العقد، أو خطاب اعتماد احتياطي، أو ضمان يستحق عند الطلب. وفي النوع الآخر للضمان، وهو كفالة الأداء، يختار الضامن أحد خيارين: (أ) أن يصحح التشييد المعيب أو غير الكامل بنفسه، أو (ب) أن يأتي بمقاول آخر لإصلاح التشييد 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. وكثيرا ما يحتفظ الضامن أيضا، بموجب كفالة الأداء، بالحق في إبراء ذمته من التزاماته بأن يدفع للسلطة المتعاقدة قدرا من المال. وتصدر كفالات الأداء عادة مؤسسات ضمان متخصصة، مثل شركات الضمان وشركات التأمين. وهناك نوع خاص من كفالة الأداء هو كفالة الصيانة، التي تحمي السلطة المتعاقدة من حدوث أوجه قصور في المستقبل قد تظهر أثناء فترة بدء التشغيل أو فترة الصيانة، وتكون ضمانا بأن ينفذ صاحب الامتياز أي أشغال إصلاح أو صيانة أثناء فترة الضمان اللاحقة لإكمال العمل.

١١٠- أما من حيث طبيعة الضمانات، فيمكن عموما تقسيم ضمانات الأداء إلى ضمانات مستقلة وضمونات ملحقية، ويقال إن الضمان "مستقل" إذا كان التزام الضامن مستقلا عن التزامات صاحب الامتياز بموجب اتفاق المشروع، وبمقتضى الضمان المستقل (الذي كثيرا ما يسمى ضمانا مستحقا عند أول طلب)، أو خطاب اعتماد احتياطي، يكون الضامن أو مُصدر الضمان ملزما بالدفع عند طلب المستفيد، ويحق للمستفيد أن يحصل على تعويض عند تقديم الصك أو الصكوك المنصوص عليها في شروط الضمان أو خطاب الاعتماد الاحتياطي. وقد يكون ذلك الصك مجرد إفادة بأن المقاول قصر في التنفيذ. ولا يحق للضامن أو للمصدر أن يرفض الدفع بحجة أنه لم يحدث تقصير فعلا بموجب العقد الرئيسي، إلا أنه يجوز بموجب القانون المنطبق على الصك، رفض أو حجز الدفع في ظروف استثنائية للغاية ودقيقة التعريف (مثلا عندما يكون جليا أن مطالبة المستفيد احتيالية). وعلى خلاف ذلك، يكون الضمان ملحقا عندما ينطوي التزام الضامن على أكثر من مجرد فحص طلب دفع مستندي، من حيث أنه قد يتعين على الضامن أن يقيّم الأدلة على مسؤولية المقاول عن التقصير في التنفيذ بموجب عقد الأشغال. وقد يختلف طابع الصلة تبعا لاختلاف الضمانات، وقد تتضمن وجوب إثبات مسؤولية المقاول في إجراءات تحكيمية. وتكون لكفالات الأداء، بحكم طبيعتها، سمة التبعية للعقد الأساسي.

(ب) مزايا ومساوئ مختلف أنواع ضمانات الأداء

١١١- يمكن أن تكون ضمانات الأداء النقدية مفيدة بشكل خاص من وجهة نظر السلطة المتعاقدة من حيث تغطية التكاليف الإضافية التي قد تتكبدها نتيجة لتأخير أو تقصير من جانب صاحب الامتياز. ويمكن أن يكون هذا النوع من الضمانات أيضا أداة للضغط على صاحب الامتياز لاستكمال التشييد في حينه ولتأدية التزاماته الأخرى وفقا لمقتضيات اتفاق المشروع، بيد أن مبلغ هذه الضمانات عادة ما لا يكون إلا جزءا صغيرا للغاية من قيمة الالتزام المكفول بالضمان ولا يكفي لتغطية تكليف طرف ثالث بالتنفيذ بدلا من صاحب الامتياز أو مقاوليه.

١١٢- ومزية الضمان المستحق لدى 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 وصاحب الامتياز حول ما إن كان قد حدث تقصير في الأداء بموجب اتفاق المشروع. وهناك ميزة أخرى بالنسبة للمصرف الذي يصدر ضمانا مستحقا لدى أول طلب، وهي إمكانية سرعة وكفاءة استرداد المبالغ المدفوعة بمقتضى هذا الضمان من خلال إمكانية الوصول المباشر إلى أصول صاحب الامتياز.

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

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

١١٥- وعادة ما تقضي شروط الضمان الملحق بأن يثبت المستفيد تقصير المقاول في الأداء ومدى الخسارة التي تكبدها المستفيد. وعلاوة على ذلك، تكون الدفع المتاح 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.^(٧) وتنص المادة ٧ (ي) ١ من القواعد الموحدة على أنه على الرغم من أي نزاع أو خلاف 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 بدون تقييد معماريا أو مهندسا أو حكما) إذا كان الضمان ينص على ذلك، وتسليم تلك الشهادة أو نسخة مصدقة منها إلى الضامن. وعندما يتبع إجراء كهذا يمكن أن يكون للسلطة المتعاقدة حق تسلم مبلغ المطالبة بموجب ضمان العقد حتى وإن نازع صاحب الامتياز في استحقاقها ذلك المبلغ.

١١٦- وكانعكاس للمخاطرة الأدنى التي يتحملها الضامن، 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 اتفاق المشروع. وقد يكون ضمان التنفيذ 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. غير أنه حيث ينطوي التشييد على استخدام تكنولوجيا لا يعرفها إلا صاحب الامتياز فقد يتعذر التصحيح أو الاستكمال بواسطة طرف ثالث، وقد لا تعود لضمان التنفيذ المزية الأخيرة المذكورة مقارنة بضمان الأداء النقدي. وبالنسبة إلى صاحب الامتياز، تتميز الضمانات الملحقه بأنها تحافظ على قدرة صاحب الامتياز على الاقتراض نظرا لأن الضمانات الملحقه لا تؤثر في الاعتماد المتاح لصاحب الامتياز عند المقرضين، وذلك على خلاف الضمانات المستحقة لدى أول طلب وخطابات الاعتماد الاحتياطية.

١١٧- ويتضح من الاعتبارات السالفة الذكر أن أنواعا مختلفة من الضمانات قد تكون مفيدة فيما يتصل بالالتزامات المختلفة التي يتعهد بها صاحب الامتياز. فبينما يفيد إلزام صاحب الامتياز بأن يقدم ضمانات وافية للتنفيذ، يستحسن أن تترك للطرفين مسألة تحديد مدى الحاجة إلى ضمانات وأي الضمانات ينبغي تقديمها فيما يتعلق بمختلف الالتزامات التي يتعهد بها صاحب الامتياز، 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 الفقرة ٦) وأن الضمانات الإضافية لصالح السلطة المتعاقدة تزيد عادة تكلفة المشروع الإجمالية ومدى تعقيده. وفي بعض البلدان، تنصح التوجيهات العملية الموجهة إلى السلطات المتعاقدة المحلية بأن تنظر تلك السلطات بعناية فيما إن كانت تلك الضمانات ضرورية وفي أي الظروف، وما هي مخاطر الخسارة المحددة التي ينبغي تغطيتها، وأي نوع من الضمانة يكون 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.

١١٨- وتتعلق إحدى المشاكل الخاصة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بمدة الضمان. فقد تكون للسلطة المتعاقدة مصلحة في الحصول على ضمانات للتنفيذ تظل سارية طوال مدة المشروع، وتغطي مرحلتي التشييد والتشغيل كليهما. غير أنه نظرا لطول مدة مشاريع البنية التحتية وصعوبة تقدير مختلف المخاطر التي قد تنشأ، فقد يصعب على الضامن أن يصدر كفالة أداء لمدة المشروع بأسرها أو أن يحصل على إعادة تأمين لالتزاماته بمقتضى كفالة الأداء. ومن الناحية العملية، تتفاقم هذه المشكلة من جراء الاشتراطات التي تقضي بأن عدم تجديد كفالة الأداء يشكل سببا للمطالبة بدفع قيمة الكفالة، وبذلك قد لا يكون مجرد السماح لشركة المشروع بتقديم كفالات لمدد أقصر من ذلك حلا مرضيا. وثمة حل ممكن يستخدم في بعض البلدان، وهو اشتراط تقديم كفالات منفصلة لكل من مرحلتي التشييد والتشغيل، مما يتيح إمكانية تقدير المخاطر تقديرا أفضل ويحسن آفاق إعادة التأمين. ويمكن تعزيز هذا النظام بتعريف دقيق للمخاطرة المراد تغطيتها أثناء فترة التشغيل، بما يسمح بإجراء تقدير أفضل للمخاطر وتخفيض إجمالي مقدار الكفالة. وهناك إمكانية أخرى يمكن أن تنظر فيها السلطة المتعاقدة، وهي اشتراط تقديم ضمانات الأداء أثناء فترات حاسمة معينة بدلا من مدة المشروع بأسرها. فمثلا، قد تشترط كفالة أثناء مرحلة التشييد وتستمر لمدة مناسبة بعد اكتمال التشييد، من أجل تغطية أي عيوب قد تتبين في وقت متأخر. ويمكن بعد ذلك أن تحل محل هذه الكفالة كفالة أداء لعدد معين من سنوات التشغيل، حسب الاقتضاء، كي تثبت شركة المشروع قدرتها على تشغيل المرفق وفقا للمعايير المطلوبة. وإذا ثبت أن أداء شركة المشروع مرض، أمكن التنازل عن اشتراط الكفالة

لما يتبقى من مرحلة التشغيل، حتى مدة معينة قبل انتهاء فترة الامتياز، في الوقت الذي قد تطالب فيه شركة المشروع بتقديم كفالة أخرى تضمن التزاماتها بصدد تسليم الأصول وغير ذلك من تدابير تصفية المشروع على نحو منظم، حسب الاقتضاء (انظر الفصل الخامس، "مدة اتفاق المشروع وتمديدته وإنهاؤه"، —).

(ج) ترتيبات التأمين

١١٩- تتباين ترتيبات التأمين المتعلقة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص تبعا للمرحلة التي تنطبق عليها، بحيث لا تشتري أنواع معينة من التأمين إلا أثناء مرحلة معينة من مراحل المشروع. ويمكن أن يشترى صاحب الامتياز 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 من الضرر الذي يلحق بالمرفق، والتأمين على مسؤولية الغير، وتأمين تعويضات العاملين، والتأمين من التلوث والإضرار بالبيئة.

١٢٠- 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 يشكل ذلك عدداً من الصعوبات العملية في بعض الحالات. ففي بعض البلدان، قد يكون نوع التغطية المتاحة محدوداً بالمقارنة بالتغطية المتاحة عادة في السوق الدولية، وفي هذه الحالة قد يظل صاحب الامتياز معرضاً لأخطار عدة قد تتجاوز قدرته على التأمين الذاتي. وقد يكون هذا الخطر جسيماً بشكل خاص فيما يتعلق بالتأمين من الإضرار بالبيئة. وقد تنشأ مشاكل أخرى في بعض البلدان نتيجة للقيود المفروضة على قدرة شركات التأمين المحلية على إعادة التأمين من 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

١٢١- مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص تستمر عادة لمدة طويلة من الزمن قد تتغير خلالها ظروف كثيرة ذات صلة بالمشروع. وقد يغطي اتفاق المشروع تلقائياً أثر الكثير من التغييرات إما من خلال ترتيبات مالية مثل هيكل تعرفات يتضمن أحكاماً خاصة بربط التعرفة بمؤشر أسعار (انظر الفقرات ٣٩-٤٦)، أو من خلال تحمل أحد الطرفين صراحة أو بالاستثناء مخاطر معينة (فمثلاً، في حالة عدم أخذ سعر الوقود أو الكهرباء في الحسبان في آليات ربط التعرفة بمؤشر أسعار، يتحمل صاحب الامتياز خطر أن تكون الأسعار أعلى مما كان متوقعاً). بيد أنه قد تكون هناك تغييرات لا يسهل إدخالها ضمن آلية تلقائية للتعديل، أو يفضل الطرفان استبعادها من تلك الآلية. ومن وجهة النظر التشريعية، تحتاج فئتان معينتان إلى عناية خاصة، وهما التغييرات التشريعية أو التنظيمية والتغييرات غير المتوقعة في الظروف الاقتصادية.

(أ) التغييرات التشريعية والتنظيمية

١٢٢- نظراً لطول مدة مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، قد يواجه صاحب الامتياز تكاليف إضافية في الوفاء بالتزاماته بمقتضى اتفاق المشروع تنجم عن تغييرات لاحقة لم تكن متوقعة في التشريع المنطبق على أنشطة صاحب الامتياز. وفي الحالات القصوى قد يكون من شأن التشريع أن يحول دون استطاعة صاحب الامتياز مالياً ومادياً مواصلة تنفيذ المشروع. وبهدف النظر في الحل المناسب لمعالجة التغييرات التشريعية، قد يكون من المفيد التمييز بين التغييرات التشريعية التي لها تأثير خاص على مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص أو على مشروع واحد معين، من ناحية، والتغييرات التشريعية العامة التي تؤثر أيضاً في أنشطة اقتصادية أخرى لا في تشغيل البنية التحتية وحده، من ناحية أخرى.

١٢٣- إن جميع مؤسسات الأعمال التجارية، في القطاعين العام والخاص على السواء، عرضة لتغييرات في القانون ويتعين عليها عموماً أن تتعامل مع ما قد يكون لتلك التغييرات من عواقب على أعمالها، بما في ذلك أثر التغييرات الواقع على أسعار منتجاتها أو على الطلب عليها. ويمكن أن يكون من الأمثلة على ذلك ما يلي: تغييرات في هيكل التخفيضات الضريبية على الاستثمارات تنطبق على فئات كاملة من الأصول، سواء أكانت مملوكة للقطاع العام أو الخاص وسواء أكانت تتعلق بمشاريع البنية التحتية أم لا؛ وصدور لوائح ذات صلة بصحة وسلامة عمال التشييد 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 صاحب الامتياز 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. وعلى ذلك، قد لا يكون هناك سبب ظاهر لعدم وجوب تحمل صاحب الامتياز عواقب المخاطر التشريعية العامة، بما فيها خطر ارتفاع التكاليف الناجم عن إجراء تغييرات في القانون المنطبق على قطاع الأعمال التجارية بأسره.

١٢٤- ومع ذلك، فمن المهم أن تؤخذ في الحسبان الحدود المحتملة لقدرة صاحب الامتياز على التعامل مع الزيادات في التكلفة الناجمة عن تغييرات تشريعية عامة، أو قدرته على استيعابها. فكثيراً 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 اتفاق المشروع على آليات لمراقبة التعريفات، سوف يسعى صاحب الامتياز 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 صاحب الامتياز بخصوص التعويض الذي قد يكون مستحقاً له في حالة عدم سماح تدابير مراقبة التعريفات باسترداد التكاليف الإضافية الناتجة عن تغييرات تشريعية عامة استرداداً كاملاً.

١٢٥- وينشأ وضع مختلف عندما يواجه صاحب الامتياز زيادات في التكلفة نتيجة لتغييرات تشريعية محددة تستهدف المشروع المعين أو فئة من المشاريع المماثلة أو مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص عموماً، ولا يمكن أن تعتبر هذه التغييرات مخاطرة عادية في مجال الأعمال التجارية، وقد تعدل الافتراضات الاقتصادية والمالية التي جرى التفاوض على المشروع 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 مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص عموماً. فعلى سبيل المثال، في مشاريع الطرق العامة، 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 اتفاق المشروع.

(ب) التغييرات في الظروف الاقتصادية

١٢٦- توجد في بعض النظم القانونية قواعد تسمح بإعادة النظر في شروط اتفاق المشروع بعد حدوث تغييرات في الظروف الاقتصادية أو المالية تجعل الوفاء بالتزامات أحد الطرفين أكثر تكلفة بكثير مما كان متوقفاً أصلاً وقت الاتفاق عليها، دون أن تحول دون الوفاء بها. وفي بعض النظم القانونية، يكون مفهوماً ضمناً في جميع العقود الحكومية أن ثمة إمكانية لإعادة النظر في شروط الاتفاق، أو يُنص على ذلك صراحة في التشريع ذي الصلة.

١٢٧- ويجري التفاوض على الاعتبارات المالية والاقتصادية لاستثمار صاحب الامتياز في ضوء افتراضات تستند إلى الظروف السائدة وقت التفاوض وتوقعات الطرفين المعقولة لكيفية تطور تلك الظروف أثناء مدة المشروع. وإلى حد ما، تُضمّن عادة إسقاطات البارامترات الاقتصادية والمالية، بل وأحيانا بهامش مخاطرة معين، في صياغة الاقتراحات المالية لمقدمي العروض (انظر الفصل الثالث، "اختيار صاحب الامتياز"، الفقرة ٦٨) غير أن أحداثا معينة قد تقع وترى الأطراف أنه لم تكن هناك أسباب معقولة لتوقعها وقت التفاوض بشأن اتفاق المشروع وأنه لو أنها أخذت في الحسبان لترتب عليها تخصيص مبلغ مخاطرة مختلف أو مراعاة مختلفة لاستثمار صاحب الامتياز. فمن المهم، بالنظر إلى طول مدة مشاريع البنية التحتية، ابتداء 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 صاحب الامتياز يعطل التنفيذ. بيد أنه قد يكون للقواعد التي تحكم إعادة النظر بعض المساوئ، وبخاصة من وجهة نظر الحكومة.

١٢٨- والتغيرات في الظروف الاقتصادية، شأنها شأن التغييرات 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 التغييرات. وقد يؤدي الالتزام غير المشروط من جانب السلطة المتعاقدة بتعويض صاحب الامتياز عن التغييرات في الظروف الاقتصادية إلى إلقاء جزء كبير من المخاطر التجارية التي كان من المفروض أصلا أن يتحملها صاحب الامتياز، على عاتق القطاع العام، ويمثل ذلك مسؤولية مالية غير محددة. وعلاوة على ذلك، تجدر ملاحظة أن مستوى التعرفة المقترح والعناصر الأساسية لتوزيع المخاطرة هي عوامل هامة إن لم تكن حاسمة في اختيار صاحب الامتياز. وقد يؤدي الإفراط في اللجوء إلى إعادة التفاوض بخصوص المشروع إلى تقديم عروض منخفضة إلى حد غير واقعي أثناء عملية الاختيار، أملا في إدخال زيادات على التعريفات بعد إرساء المشروع. لذلك فقد تكون للسلطة المتعاقدة مصلحة في وضع حدود معقولة للأحكام القانونية أو الشروط التعاقدية التي تأذن بإعادة النظر في اتفاق المشروع عند حدوث تغييرات في الظروف الاقتصادية.

١٢٩- وقد يستصوب أن ينص في اتفاق المشروع على أن التغيير في الظروف الذي يبرر إعادة النظر في اتفاق المشروع يجب أن يكون خارجا عن إرادة صاحب الامتياز. وأن يكون ذا طابع لم يكن من المعقول أن يتوقع من صاحب الامتياز أن يأخذه في الحسبان وقت التفاوض على المشروع أو أن يتجنبه أو أن يتغلب على عواقبه. فعلى سبيل المثال، ربما لا يمكن أن يتوقع من مشغل طريق بمكوس حاصل على امتياز حصري أن يأخذ في حسبان وأن يتحمل مخاطرة نقص الحركة على الطريق نتيجة لقيام كيان آخر غير السلطة المتعاقدة بفتح طريق بديل خال من المكوس في وقت لاحق. غير أنه يتوقع عادة من صاحب الامتياز 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 اتفاق المشروع.

١٣٠- وقد يُستصوب أيضا النص في اتفاق المشروع على أنه يلزم لطلب إعادة النظر في اتفاق المشروع أن تبلغ التغييرات المزعومة في الظروف الاقتصادية أو المالية حدا أدنى معين بالنسبة إلى إجمالي تكلفة المشروع أو إلى عائد صاحب الامتياز. وقد تكون قاعدة كهذه مفيدة من أجل تجنب إجراء مفاوضات مضنية بخصوص تعديلات لمواجهة تغييرات ضئيلة، إلى أن تتراكم تلك التغييرات وتشكل رقما يستحق النظر فيه. وفي بعض البلدان، توجد قواعد تضع حدا أعلى للمبلغ التراكمي للتنقيحات الدورية لاتفاق المشروع. والغرض من تلك القواعد هو تجنب إساءة استخدام آلية التغيير على أنها وسيلة لتحقيق توازن مالي شامل لا علاقة له بالتوازن المالي الذي توخاه اتفاق المشروع الأصلي. بيد أن تلك الحدود قد تشكل من وجهة نظر صاحب الامتياز والمقرضين تعرضا كبيرا للمخاطرة، وذلك مثلا في حالة حدوث زيادات هائلة في التكلفة ناجمة عن تغيير

جذري استثنائي في الظروف. لذلك يتعين أن يدرس بعناية في آن معا استصواب وضع حد أقصى والمبلغ المناسب لذلك الحد الأقصى.

٥ - أحكام الإعفاء

١٣١- 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 بأن الطرف الذي لا ينفذ التزاما تعاقديا نتيجة لوقوع أنواع معينة من الأحداث يجوز إعفاؤه من عواقب عدم التنفيذ هذا.

(أ) تعريف العوائق التي تبرر الإعفاء

١٣٢- يعتبر عادة من العوائق التي تبرر الإعفاء الأحداث الخارجة عن إرادة أحد الطرفين التي تتسبب في عدم استطاعة الطرف تنفيذ التزامه ويعجز الطرف عن التغلب عليها بالاجتهاد اللازم. ومن بين الأمثلة الشائعة ما يلي: الكوارث الطبيعية (مثل الأعاصير والفيضانات والجفاف والزلازل والعواصف والحرائق والبرق)؛ والحرب (سواء أكانت معلنة أم غير معلنة) أو أي نشاط عسكري آخر، بما في ذلك الشغب والاضطرابات المدنية؛ وتعطل المرفق أو تخريبه، والأفعال الإرهابية، والإتلاف الإجرامي أو التهديد به؛ والتلوث الإشعاعي أو الكيميائي أو الإشعاع المؤيّن؛ وآثار العوامل الطبيعية، بما فيها الظروف الجيولوجية التي لا يمكن التنبؤ بها ومقاومتها؛ وإضرابات العاملين ذات الأبعاد الاستثنائية.

١٣٣- وبعض القوانين لا يشير إلى العوائق التي تبرر الإعفاء إلا بشكل عام، بينما تتضمن قوانين أخرى قوائم شاملة للظروف التي تعفي الطرفين من التنفيذ بمقتضى اتفاق المشروع. وقد يخدم هذا الأسلوب الأخير أغراض ضمان معاملة متسقة لجميع المشاريع التي تنفذ بموجب التشريع ذي الصلة، فتتجنب بذلك مواقف يحصل فيها أحد أصحاب الامتياز على شروط لتوزيع المخاطر أفضل مما يُنص عليه في اتفاقات مشاريع أخرى. 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 وبوصفها هذا، قد تمثل تلك الكوارث الطبيعية مخاطر يتوقع من أي كيان يقدم خدمات عمومية في المنطقة أن يتحملها.

١٣٤- 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 تبرر الإعفاء وإلى أي مدى. فقد يلزم صاحب الامتياز بالحصول على ترخيص أو على شكل آخر من الموافقة الرسمية لتنفيذ بعض من التزاماته. لذلك فقد ينص اتفاق المشروع على أنه في حالة رفض الترخيص أو الموافقة، أو إذا منحا ثم سحب في وقت لاحق، بسبب عجز صاحب الامتياز نفسه عن الوفاء بالمعايير ذات الصلة اللازمة لإصدار الترخيص أو الموافقة، فإن صاحب الامتياز 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 صاحب الامتياز يستطيع أن يعتمد على الرفض كعائق يبرر الإعفاء. وقد ينشأ عائق محتمل آخر عن توقف للمشروع يتسبب فيه جهاز حكومي أو سلطة عمومية غير السلطة المتعاقدة، مثلا 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 معف يمكن أن يعد في بعض الحالات انتهاكا سافرا لاتفاق المشروع 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

١٣٥- وأثناء مرحلة التشييد يكون عادة نشوء عوائق تبرر الإعفاء مبررا لمدة 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 للامتياز. فالتأخير في استكمال المرفق يؤدي إلى تقليل مدة التشغيل وقد يؤثر سلبيا على تقديرات صاحب الامتياز والمقرضين الإجمالية للعائد. لذلك فقد يستحسن النظر في ماهية الظروف التي تبرر تمديد مدة الامتياز كي توضع في الاعتبار التمديدات المحتملة أثناء مرحلة التشييد. وأخيرا، يستحسن النص على أنه إذا كان الحدث المعني ذا طابع دائم فيجوز أن يكون للطرفين خيار إنهاء اتفاق المشروع (انظر الفصل الخامس، "مدة اتفاق المشروع وتمديده وإنهاؤه"، (—)).

١٣٦- وهناك مسألة مهمة أخرى هي ما إذا كان يحق لصاحب الامتياز أن يحصل على تعويض عن أي خسارة في العائد أو عن أي تلف ناجم عن نشوء عوائق تبرر الإعفاء. وترد الإجابة عن هذا السؤال في توزيع المخاطر المنصوص عليه في اتفاق المشروع. وباستثناء الحالات التي توفر فيها الحكومة شكلا ما من الدعم المباشر، عادة ما يتحمل صاحب الامتياز المخاطرة في مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، بما في ذلك مخاطر الخسائر التي قد تنجم عن الكوارث الطبيعية وغير ذلك من العوائق المبررة للإعفاء، وهي ظروف يكون على صاحب الامتياز عادة أن يحصل على تغطية تأمينية كافية لها (انظر الفقرتين ٥٧-٥٨). وعلى ذلك، قد يستبعد بعض القوانين صراحة أي شكل من التعويض لصاحب الامتياز في حالة خسارة أو تلف ناجم عن نشوء عوائق تبرر الإعفاء. غير أن ذلك لا يستتبع بالضرورة أن الحدث الذي يعتبر عاملا يبرر الإعفاء لا يجوز أن يبرر، في الوقت نفسه، إعادة النظر في شروط اتفاق المشروع من أجل استعادة توازنه الاقتصادي والمالي (انظر أيضا الفقرات ١٢٦-١٣٠).

١٣٧- بيد أنه يوجد نوع آخر من توزيع المخاطر يتوخى أحيانا للمشاريع المتعلقة بتشبيد مرافق تملكها السلطة المتعاقدة ملكية دائمة أو يُنص على نقل ملكيتها إلى السلطة المتعاقدة عند انتهاء مدة المشروع. وفي بعض البلدان يؤذن للسلطة المتعاقدة بأن تتخذ ترتيبات لمساعدة صاحب الامتياز في إصلاح أو إعادة تشييد مرافق البنية التحتية التي تصاب بتلف نتيجة الكوارث الطبيعية أو ما شابه ذلك من أحداث محددة في اتفاق المشروع، شريطة أن تكون إمكانية هذه المساعدة واردة في طلب الاقتراحات. ويؤذن أحيانا للسلطة المتعاقدة بأن توافق على دفع تعويض لصاحب الامتياز في حالة انقطاع العمل بما يتجاوز عددا معينا من الأيام حتى حد أقصى من الزمن، إذا كان الانقطاع ناتجا عن حدث لا يكون صاحب الامتياز مسؤولا عنه.

١٣٨- وفي حالة عجز صاحب الامتياز عن التنفيذ بسبب أي عائق من هذا النوع، وإذا عجز الطرفان عن الوصول إلى تنقيح مقبول للعقد، فإن بعض القوانين الوطنية تآذن لصاحب الامتياز بإنهاء اتفاق المشروع، دون إخلال بما قد يستحق من تعويض في هذه الظروف (انظر الفصل الخامس، "مدة اتفاق المشروع وتمديده وإنهاؤه"، (—)).

١٣٩- والأحكام القانونية والشروط التعاقدية بشأن العوائق التي تبرر الإعفاء يجب أن ينظر فيها أيضا 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 رغم حدوث الظروف المعرّفة بأنها عوائق تعاقدية (انظر الفقرتين ٨٦ و ٨٧). وفي تلك الحالات يستحسن النظر في مدى معقولية فرض التزام على صاحب الامتياز، وفي التعويض الذي قد يكون مستحقاً عن التكاليف الإضافية التي يتكبدها وعمما يواجهه من مشقة.

٦ - حالات التخلف عن الأداء وسبل الانتصاف

١٤٠ - هناك عموماً طائفة واسعة من سبل الانتصاف يمكن للطرفين أن يتفقا عليها لمعالجة عواقب التقصير، التي قد تصل إلى إنهاء العقد. وتتناول الفقرات التالية اعتبارات عامة بشأن التقصير وسبل الانتصاف من جانب أي من الطرفين (انظر الفقرتين ١٤١ و ١٤٢). وهي تتناول الآثار التشريعية لأنواع معينة من سبل الانتصاف التي يقصد بها تصحيح أسباب التقصير والمحافظة على استمرارية المشروع، وعلى الأخص تدخل السلطة المتعاقدة (انظر الفقرات ١٤٣-١٤٦) أو استبدال صاحب الامتياز (انظر الفقرات ١٤٧-١٥٠). وترد في مكان آخر من الدليل مناقشة لآخر سبل الانتصاف، وهو إنهاء اتفاق المشروع، وعواقب الإنهاء (انظر الفصل السادس، "مدة اتفاق المشروع وتمديده وإنهاؤه"، (___).

(أ) اعتبارات عامة بخصوص التخلف عن الأداء وسبل الانتصاف

١٤١ - إن سبل الانتصاف من تقصير صاحب الامتياز تشمل عادة سبل الانتصاف التي ترد عادة في عقود التشييد أو عقود الخدمات الطويلة الأجل، مثل مصادرة الضمان، والجزاءات التعاقدية، والتعويضات المقطوعة.^(٣) وفي غالبية الحالات تكون سبل الانتصاف هذه تعاقدية ولا تشير 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 دعم تلك الإجراءات بأحكام تميز بين العيوب التي يمكن إصلاحها والعيوب التي يتعذر إصلاحها، وتحديد ما يقابل ذلك من إجراءات وسبل انتصاف. ويستحسن عادة النص على ضرورة توجيه إنذار إلى صاحب الامتياز بإصلاح الخلل في غضون فترة كافية. وقد يستحسن أيضاً النص على دفع صاحب الامتياز جزاءات 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 انتصاف لها بموجب القانون الوطني. وعلاوة على ذلك، فإن نظام رصد التنفيذ الذي يتضمن فرض جزاءات أو تعويضات مقطوعة يمكن دعمه بنظام منح استثنائية تدفع لصاحب الامتياز إذا قام بإصلاحات تتجاوز الشروط المتفق عليها.

١٤٢ - وفي حين أن السلطة المتعاقدة تستطيع أن تحمي نفسها من عواقب الإخلال من جانب صاحب الامتياز بواسطة أشكال متنوعة من الترتيبات التعاقدية التي يمكن إنفاذها قضائياً، فقد تكون سبل الانتصاف المتاحة لصاحب الامتياز خاضعة بموجب القانون المنطبق لعدد من القيود. وقد تكون هناك قيود هامة تنبثق من القواعد القانونية التي تعترف بحصانة السلطات العمومية من المقاضاة ومن إجراءات الإنفاذ. وتبعاً للطابع القانوني للسلطة المتعاقدة أو غيرها من السلطات العمومية التي تتعهد بالتزامات تجاه صاحب الامتياز، قد يُحرم صاحب الامتياز من إمكانية إنفاذ إجراءات للحصول على الوفاء بالتزامات التي تتعهد بها تلك السلطات العمومية (انظر الفصل السابع، "تسوية النزاعات"، (___). ويزيد هذا الوضع من أهمية توفير آليات لحماية صاحب الامتياز من عواقب الإخلال من جانب السلطة المتعاقدة، وذلك مثلاً من خلال ضمانات حكومية تغطي حالات محددة من الإخلال، أو ضمانات من أطراف ثالثة، مثل مؤسسات الإقراض المتعددة الأطراف (انظر أيضاً الفصل الثاني، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي"، الفقرات ٦١-٧١).

(ب) حقوق السلطة المتعاقدة في التدخل

١٤٣- يأذن بعض القوانين الوطنية صراحة للسلطة المتعاقدة بأن تتولى تشغيل المرفق مؤقتاً، ويكون ذلك عادة في حالة حدوث تقصير من جانب صاحب الامتياز، وعلى الأخص حيث يكون على السلطة المتعاقدة واجب قانوني بأن تكفل توفير الخدمة المعنية على نحو فعّال في جميع الأوقات. وفي بعض النظم القانونية يعتبر هذا الحق الخاص جوهرياً في غالبية العقود الحكومية ويمكن افتراض وجوده دون أن يكون منصوصاً عليه صراحة في التشريع أو في اتفاق المشروع.

١٤٤- 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 أصول المشروع. ولذلك يستحسن تعريف الظروف التي يمكن فيها ممارسة حقوق التدخل أوضح تعريف ممكن. ومن المهم أيضاً قصر حق السلطة المتعاقدة في التدخل على حالات التقصير الجسيم في الخدمة من جانب صاحب الامتياز 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 صاحب الامتياز عن علاجها. وينبغي أن يعود صاحب الامتياز إلى تولى مسؤولية توفير الخدمة فور إصلاح الوضع الطارئ.

١٤٥- وقد تكون قدرة السلطة المتعاقدة على التدخل محدودة من حيث أنه قد يصعب التعرف فوراً على مقاليد من الباطن والتعاقد معه على تنفيذ الأعمال التي تتدخل السلطة المتعاقدة من أجل الاضطلاع بها. وعلاوة على ذلك فإن كثرة التدخلات تحمل معها احتمال أن المخاطر التي نقلت إلى صاحب الامتياز بمقتضى اتفاق المشروع يمكن أن ترتد إلى السلطة المتعاقدة. وينبغي لصاحب الامتياز ألا يعتمد على تدخل السلطة المتعاقدة لمواجهة مخاطرة معينة بدلاً من مواجهتها بنفسه على النحو الذي يشترطه اتفاق المشروع.

١٤٦- ويستحسن أن يوضح اتفاق المشروع أي الطرفين يتحمل تكلفة التدخل من جانب السلطة المتعاقدة، وفي غالبية الحالات، يكون على صاحب الامتياز أن يتحمل التكاليف التي تتكبدها السلطة المتعاقدة عندما يكون التدخل ناجماً عن تقصير في الأداء يعزى إلى خطأ من جانب صاحب الامتياز. وفي بعض الحالات، قد يأذن الاتفاق للسلطة المتعاقدة بأن تتخذ إجراءات لعلاج المشكلة بنفسها ثم تطالب صاحب الامتياز 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 معف (انظر الفقرات ١٣١-١٣٩) فقد يتفق الطرفان على حل مختلف، وفقاً لكيفية تخصيص المخاطرة المعينة في اتفاق المشروع.

(ج) حقوق المقرضين في التدخل ونقل الامتياز إجبارياً

١٤٧- قد تنشأ أوضاع أثناء عمر المشروع يكون فيها من مصلحة الطرفين برغم نشوئها أن يسمح له باستمرار المشروع تحت مسؤولية صاحب امتياز آخر، من أجل تجنب إنهاء المشروع نتيجة لتقصير من جانب صاحب الامتياز أو وقوع حدث استثنائي خارج عن إرادة صاحب الامتياز (انظر الفصل الخامس، "مدة اتفاق المشروع وتمديده وإنهاؤه، ___). أما المقرضون، الذين يمثل العائد الذي يولده المشروع ضمانهم الرئيسي، فيشغلهم بشكل خاص خطر توقف المشروع أو إنهائه قبل سداد القروض. وفي حالة حدوث تقصير أو عائق يؤثر في صاحب الامتياز، يهتم المقرضين ضمان عدم ترك العمل ناقصاً وتشغيل الامتياز على نحو مريب. وقد تكون السلطة المتعاقدة مهتمة هي الأخرى بأن تسمح بأن ينفذ المشروع صاحب امتياز جديد، كبديل لاضطرابها توليه ومواصلة التنفيذ تحت مسؤوليتها الخاصة.

١٤٨- وقد تضمّن عدد من الاتفاقات المبرمة مؤخرا بشأن مشاريع بنية تحتية كبيرة أحكاما تسمح للمقرضين، بموافقة السلطة المتعاقدة، بأن يختاروا صاحب امتياز جديد لتنفيذ اتفاق المشروع القائم. وعادة ما تدعم مثل هذه الأحكام باتفاق مباشر بين السلطة المتعاقدة والمقرضين الذين يوفرون التمويل لصاحب الامتياز. والغرض الرئيسي من هذا الاتفاق المباشر هو أن يسمح للمقرضين بأن يتجنبوا الإنهاء من جانب السلطة المتعاقدة في حالة تقصير صاحب الامتياز، وذلك بأن يحل محل صاحب الامتياز المقصر صاحب امتياز آخر يواصل التنفيذ بمقتضى اتفاق المشروع. وتختلف حقوق المقرضين في التدخل عن حق السلطة المتعاقدة في التدخل الذي يتعلق بتقصير محدد ومؤقت وعاجل في الخدمة في أنها تخص الحالات التي يكون فيها تقصير صاحب الامتياز في توفير الخدمة متكررا أو يمكن في حدود المعقول اعتباره غير قابل للعلاج. وقد ثبت من تجربة البلدان التي استخدمت مؤخرا هذا النوع من الاتفاقات المباشرة أن القدرة على تجنب الإنهاء واستقدام صاحب امتياز بديل من شأنها أن تعطي المقرضين ضمانات إضافية ضد التقصير من جانب صاحب الامتياز. وفي الوقت نفسه يتيح ذلك للسلطة المتعاقدة فرصة لتجنب التعطيل الناجم عن إنهاء اتفاق المشروع، ومن ثم المحافظة على استمرارية الخدمة.

١٤٩- بيد أن تنفيذ هذه الأحكام قد يواجه صعوبات في بعض البلدان إذا لم يوجد إذن تشريعي بها. وعادة ما يكون عجز صاحب الامتياز عن تنفيذ التزاماته مبررا مشروعاً لتولي السلطة المتعاقدة تشغيل المرفق أو إنهاء الاتفاق (انظر الفصل الخامس، "مدة اتفاق المشروع وتمديده وإنهاؤه"، (ـ)). وكثيراً ما يلزم أن تتبع السلطة المتعاقدة نفس إجراءات اختيار صاحب الامتياز الأصلي المقصر عند اختيار صاحب امتياز جديد يخلفه، وقد لا تتمكن السلطة المتعاقدة من أن توافق بالتشاور مع المقرضين على الارتباط بصاحب امتياز جديد ما لم يتم اختياره وفقاً لتلك الإجراءات. ومن ناحية أخرى فحتى عندما يكون مأذونا للسلطة المتعاقدة بأن تتفق مع صاحب امتياز جديد في ظروف الطوارئ، قد يلزم إبرام اتفاق مشروع جديد مع صاحب الامتياز الجديد، وقد تكون هناك قيود على قدرته على تولى التزامات سلفه.

١٥٠- لذلك، فقد يكون من المفيد الاعتراف في القانون بحق السلطة المتعاقدة في إبرام اتفاقات مع المقرضين تنص على أن يعين بموافقة السلطة المتعاقدة صاحب امتياز جديد يعمل في إطار اتفاق المشروع القائم، في حالة حدوث تقصير جسيم من جانب صاحب الامتياز في توفير الخدمة المطلوبة بمقتضى اتفاق المشروع، أو بعد وقوع أحداث أخرى محددة يمكن أن تبرر إنهاء اتفاق المشروع. وينبغي أن يحدد الاتفاق المبرم بين السلطة المتعاقدة والمقرضين، فيما يحدده، ما يلي: الظروف التي يسمح فيها للمقرضين بأن يستبدلوا صاحب الامتياز؛ وإجراءات استبدال صاحب الامتياز؛ والأسباب التي تستند إليها السلطة المتعاقدة لرفض بديل مقترح؛ والتزامات المقرضين بمواصلة توفير الخدمة على نفس المستويات وبنفس الشروط المنصوص عليها في اتفاق المشروع.

الحواشي

(١) للإطلاع على مناقشة للنهج وللحلول الممكنة في عقود التشييد الخاصة بتشبيد المنشآت الصناعية، انظر دليل الأونسيرال القانوني بشأن صياغة العقود الدولية لتشبيد المنشآت الصناعية (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.87.V.10) الفصل الثالث والعشرون، "شروط التغيير".

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

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