



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية المدارة وفقا لنظام BOT ، وعوائق اللجوء للتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذه المشروعات

د. سامى عبدالباقى أبو صالح

دكتورة القانون التجارى الدولى جامعة السوربون (باريس ١)
أستاذ مساعد القانون التجارى كلية الحقوق - جامعة القاهرة
المستشار القانونى السابق لرئيس الهيئة العامة للرقابة المالية (سوق المال سابقا)
المستشار القانونى بمكتب الشلقانى للمحاماة والاستشارات القانون - القاهرة

مقدمة:

إن ارتفاع أسعار البترول فى السبعينات أدى إلى خلق حركة صناعية كبرى فى الدول المنتجة له. وقد كانت أدوات هذه الحركة تتركز فى اللجوء إلى نظامى المفتاح فى اليد والمنتج فى اليد اللذين حلا محل نظام الامتياز. ومن جهة أخرى، أدت حركات إزالة الاستعمار إلى اشتراك مشروعات محلية مع مشروعات أجنبية لإنشاء وإقامة المشروعات الكبرى ، وذلك فى إطار مشروع مشترك وعندما بدأ يظهر نظام الـ BOT ، حاول هذا الأخير خلق عملية مزوجة بين نظام المفتاح فى اليد أو المنتج فى اليد. ولكن اعترض عملية المزوجة هذه عدة صعوبات ناتجة عن التعقيد الذى ينطوى عليه نظام الـ BOT سواء على مستوى الأعمال المتداخلة التى يجب إنجازها أو على مستوى كثرة المتدخلين فى إنجاز مشروع طبقا لنظام الـ BOT .

ويشكل نظام الـ BOT آلية تمويل لمشروعات البنية الأساسية ذات الطابع

العام. ومن المعروف سعى معظم الدول النامية الآن إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، والتي من الصعب تأمل إشكالياتها بمعزل عن تنظيم وتنمية البنية الأساسية، فبدون بنية أساسية جيدة فلن يمكن تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة. ولما كانت عملية التنمية هذه تتطلب أموال ضخمة تعجز عن توفيرها وتدبيرها ميزانيات الدول بصفة عامة والدول النامية بصفة خاصة، فإننا نلاحظ موجة من الخصخصة تجتاح العالم في الآونة الأخيرة. هذه الموجة لا تقتصر فقط على الدول التي تتبنى سياسات اقتصادية متحررة وإنما تمتد أيضاً لتشمل الدول التي تعتنق سياسات الاقتصاد الموجة، كما أنها تشمل كل قطاعات الاقتصاد القومي بما يتضمنه من مشروعات كانت حكرًا على القطاع العام مثل مشروعات الطاقة. والواقع إن هذه الموجة تحل محل عمليات التأميم التي شهدتها العالم في الماضي وكان أبرز مثال لها تأميم قناة السويس. فما كان يؤمم بالأمس أصبح اليوم محلاً للخصخصة^(١).

والحقيقة أن القطاع الخاص غالباً ما يلجأ للبنوك للحصول على القروض اللازمة لإتمام المشروع، إذ ثبت بالتجربة عدم قدرة هذا القطاع وحده على تحمل التمويل اللازم لإتمام مثل هذه المشروعات. ومن ثم يمكن القول أن ثمة تعايش وتعاون فيما بين القطاع الخاص المعنى ببناء مشروعات التشييد ذات الصبغة العامة وبين البنوك التجارية وغيرها من البنوك إذ أن هناك مشروعات قدم فيها البنك الدولي قروض بمعرفة إحدى مؤسساته المعروفة بهيئة التمويل

(١)

Pierre GUISLAIN, *Les privatisations, un défi stratégique juridique et institutionnel*, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1995 ; Frédéric PELTIER, *Privatisation : une première expérience du nouveau régime*, RD bancaire et bourse, n° 39, 1993 ; Jean-Jacques CAUSSAIN, *La nouvelle donnée des privatisations*, RD bancaire et bourse, n° 38, 1993.



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

الدولية، وذلك على نحو ما سنرى فيما بعد من خلال هذا البحث. والواقع إن تدخل البنوك فى تنفيذ وتمويل مشروعات الـ BOT يختلف تمامًا عن تدخلها فى تنفيذ وتمويل المشروعات التقليدية. فعلى خلاف هذه الأخيرة، فإنه فى مجال تنفيذ مشروعات الـ BOT فإن البنوك لا تنظر إلى قدرة وملائمة المقترض المالية وإنما تأخذ فى الحسبان حجم التدفقات والعائدات المالية للمشروع والتي تشكل المصدر الأساسي لسداد قروضها. ومن هنا وبالنظر إلى ارتفاع المخاطر الاقتصادية والسياسية التي تعترض تنفيذ مشروعات الـ BOT، فإن البنوك غالبًا ما تفرض على الشركة المقترضة تقديم ضمانات. ونرى أن التعرف على آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية، لن تكتمل إلا بعد عرض موجز للتعريف بنظام الـ BOT وبيان بنيانه التعاقدى والذي يعد عقد القرض الذى يبرمه المشروع الفائز بتنفيذ المشروع مع اتحاد بنوك مكون من عدد ليس بالقليل من البنوك، احد أركان هذا البنيان، إلى جانب عقد الامتياز الذى يبرم بين الحكومة أو إحدى هيئاتها العامة وبين المشروع الفائز بتنفيذ المشروع، وعقود أخرى سنعرض لها فى هذا البحث ان شاء الله. وعلى ذلك، سنتناول موضوع هذا البحث من خلال ثلاثة مباحث نخصص الأول للتعريف بنظام الـ BOT مع بيان هيكله التعاقدى (المبحث الأول)، أما الثانى سيتم تكريسه لبيان أهم الآليات القانونية المستخدمة لحماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية وفقا لنظام الـ BOT (المبحث الثانى)، وأخيرا سيتم عرض موجز لعوائق اللجوء للتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ مشروعات الـ BOT (المبحث الثالث).

المبحث الأول

التعريف بنظام ال BOT

١- تمهيد وتقسيم. للتعريف بنظام ال BOT ، سوف نعرض لجوهره (المطلب الأول) ثم لهيكله التعاقدى (المطلب الثانى).

المطلب الأول

جوهر نظام ال BOT

٢- تمهيد وتقسيم. تقتضى الإحاطة بجوهر نظام ال BOT ، ان نتناول على التوالى بالفحص والدرس لتعريفه وتمييزه عن غيره من أنظمة التمويل الأخرى وأخيرا أهميته .

٣- تعريف نظام ال BOT. إن نظام ال BOT ، بوصفه أحد وسائل الخصخصة ، هو آلية من آليات تمويل مشروعات البنية الأساسية والتي بواسطتها تعهد الدولة أو أحد مشروعاتها أو هيأتها العامة ، بواسطة عقد يسمى عقد الامتياز، إلى اتحاد مشروعات يسمى consortium ببناء واستغلال مشروع محدد ، غالباً ما يكون ذات طابع عام ، بمساعدة مؤسسات تمويل نظامية أو تجارية والدولة المستضيفة للمشروع. مؤسسات التمويل تضع تحت تصرف الشركة صاحبة الامتياز الأموال اللازمة للتمويل على أن يتم تسديدها فقط بواسطة التدفقات المالية للمشروع. أما الدولة المستضيفة فهي، بواسطة عقود ال take or pay ، supply or pay ، تضمن على التوالى حد أدنى من الاستهلاك اليومي أو الشهرى أو السنوى من المنتجات أو الخدمات المتولدة عن المشروع وكذلك



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

تمويل المشروع بالمواد الاولية اللازمة للتشغيل. وفي مقابل قيام الشركة ببناء المشروع ، فإنها تقوم باستغلاله وتحصل من الجمهور مباشرة مقابل شراء أو استغلال منتجات أو خدمات المشروع ، وذلك طوال مدة الامتياز التي تتناسب عكسياً مع حجم عائدات المشروع المالية ، اي انه كلما كانت هذه العائدات مرتفعة كلما قصرت مدة الامتياز والعكس صحيح ، وذلك حتى تتمكن الشركة صاحبة الامتياز من استرداد أموالها المستثمرة والحصول على نسبة معقولة وعادله من الأرباح. وعند نهاية مدة الامتياز تلتزم الشركة بنقل ملكية أصول المشروع الى الدولة مانحة الامتياز^(١).

وبالنظر إلى حجم مشاركة السلطة مانحة الالتزام في تحمل المخاطر المختلفة والمرتبطة بمراحل تنفيذ المشروع ، ونطاق الحقوق التي تتمتع بها الشركة صاحبة المشروع على أصول المشروع ، وحق مؤسسات التمويل في ممارسة حق الرجوع أم لا على الأموال الخاصة بالمساهمين ، تتعدد مشتقات

Conference 18th
Building and
Construction
Contracts

(١)

Voir la définition de cette formule André BRABANT, Les marchés publics et privés dans l'UNE. et Outre-Mer, Bruylant Bruxelles, T. II, 1996, p. 237 ; Christian BETTINGER, La gestion déléguée des services publics dans le monde : concession ou BOT, Berger-Levrault, 1997, p. 98 ; Antoine KHYR, Joël MAGDELAINE, Le financement de projet en concession (BOT model), BNP Direction du Commerce Extérieur, Cellule Ingénierie Financière, 1988, p. 6 ; Ole STEEN-OLSEN, The Build - Operate - Transfer (BOT) concept : an overview, in The BOT concept and experiences in developing countries, Papers, UNIDO BOT programme, sans année, p. 1 ; Nguyen DINH AI, Mode de financement de projets, contrat de Construction- Opération - Transfert de technologies (BOT), RIDC, n° 4, 1997, p. 883 ; Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) projects, United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), Vienna, 1996, pp. 3 et ss. ; Mark AUGENBLICK and Scott CUSTER, The Build, Operate, and Transfer (BOT) approach to infrastructure projects in developing countries, The World Bank, Working Paper Series 498, 1990, p. 3 ; John E. BESANT-JONES, Private sector participation in power through BOOT schemes, The World Bank, Industry and Energy Department, Energy Series Paper, n° 33, 1990, p. 1 ; Pierre-Henri GANEM, Sécurisation contractuelle des investissements internationaux : grands projets mines, énergie, métallurgie, infrastructures, FEC, Bruylant Bruxelles, 1998, pp. 729 et ss.

نظام ال BOT.

فمن ناحية حجم مشاركة السلطة مانحة الالتزام في المخاطر التي تتضمنها المراحل المختلفة لتنفيذ المشروع ، فإن نظام ال BOT قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً^(١) . فهو يكون كلياً إذا كان المقرضين ورعاة المشروع يتحملون كل المخاطر الاقتصادية والسياسية والمالية المتعلقة بالمشروع . وبالمقابل ، فهو يكون جزئياً عندما تقوم السلطة مانحة الالتزام بالتدخل في المشروع متحملة، عن طريق عقود ال supply or pay ، take or pay جزء من مخاطر المشروع.

أما من ناحية مدى الحقوق التي تتمتع بها الشركة على مكونات المشروع (ارض، أبنية ، الآت ، الخ)^(٢) ، فهي قد تمتلك ما تقوم بإنشائه بدون التزام بنقل ملكية المشروع إلى السلطة مانحة الالتزام ، وهذا هو ال BOO (Build, Own and Operate) . ومن جهة أخرى ، فالشركة قد تبني ، وتتملك ، وتستغل ثم تنقل ملكية المشروع الى السلطة مانحة الامتياز في نهاية مدة الامتياز ، وهذا هو ال BOOT (Build, Own, Operate and Transfer BOOT) . والفارق بين ال BOOT ، وهو الأكثر استخداماً في مصر ، وال BOT علاوة على تملك الشركة للمشروع في ال BOOT وعدم تمتعها بحق الملكية هذا في ال BOT يكمن في أن مدة الامتياز في النظام الأول تكون أطول نسبياً من مدة الامتياز وفقاً للنظام الثاني. ويرجع ذلك إلى أن نظام ال BOOT يتم اللجوء إليه في المشروعات التي

(١)

Jean jacques HESSIG , Les financements en BOT : Le mythe et la réalité , MTF , N 11, 1989 , P. 25.

(٢)

Guidelines for Infrastructure , op.cit., Vienna, 1996, p. 3 ; Christian BETTINGER, op. cit., 1998, p. 101, 102 et 103 ; Pierre-Henri GANEM, op. cit., Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 731.



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

تكون عائداتها أو تدفقاتها المالية ضعيفة ، وبالتالي فقلة هذه العائدات أو التدفقات يتم تعويضها عن طريق منح الشركة صاحبة الامتياز مدة أطول لاستغلال المشروع.

وأخيراً ، فمن منظور الإمكانية المتاحة للمقرضين للتنفيذ على الأموال الخاصة بالمساهمين في حالة فشل المشروع وعدم إعطائه العائدات المأمولة، فهناك الـ BOT (Non-recourse-financing) ، وبمقتضى هذا النظام فإن المقرضين يعتمدون بصفة أساسية على التدفقات المالية للمشروع لاسترداد القروض دون أدنى حق في الرجوع على الأموال الخاصة بالمساهمين في الشركة صاحبة المشروع. والى جانب ذلك النظام ، فهناك الـ BOT (with recourse-financing)⁽¹⁾ ، ووفقاً له وعلى خلاف النظام الأول ، فإن المقرضين يستطيعون الرجوع على المساهمين ولو في أموالهم الخاصة في حالة عدم كفاية التدفقات المالية للمشروع لسداد الأموال محل القروض.

ان الفارق بين النظامين يكمن في ان المقرضين غالباً ما يلجأون، في حالة الـ BOT (Non-recourse-financing) ، الى إقامة حزمة من الضمانات تأخذ

(1)

McCormick Roger S., *Legal issues in project finance*, Journal of Energy and Naturel Ressources Law, n° 1, 1983, p. 26. ; Laurent VANDOMME, « To time, to budget, to specification » : *l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT*, RDAI, n° 8, 1999, p. 878 ; Philippe BENOIT, *Project finance at the World Bank – an overview of policies and instruments*, World Bank, Technical Paper n° 312, 1995, pp. 7 et 8 ; Peter K NEVITT and Frank FABOZZI, *Project financing*, 6° éd., Euromoney Publications, 1995 ; WOOD Philippe R., *Law and practice of international finance : project finance, subordinated debt and State loans*, Sweet & Maxwell, London, 1995.



من أصول المشروع العقارية والمنقولة ، وكذلك من تدفقاته المالية وعاءاً لها ، فتقيم على الأولى حقوق رهن رسمي أو حيازي ، وتحاول التقاط الثانية من منبعها وذلك لمنع مرور تلك التدفقات بالذمة المالية للشركة صاحبة المشروع. حتى إذا ما أفلست هذه الأخيرة فإن هذه التدفقات لا تدخل في تغطيتها. إن المقرضين يحاولون أيضاً نقل جزء من المخاطر إلى الشركة صاحبة المشروع وشركات التأمين^(١).

ونلاحظ ان البنوك ليست حرة في الاختيار بين هذا النظام أو تلك ، وإنما الأمر يتوقف على حجم المخاطر التي سوف تواجه المشروع ، فكلما كانت هذه المخاطر مرتفعة كلما كانت البنوك في حاجة في الرجوع على المساهمين ، وبالتالي فإنها تتبنى نظام ال (BOT (with recourse-financing) ، والعكس صحيح أي انه كلما انخفضت هذه المخاطر كلما كانت البنوك واثقة من الحصول على القروض من التدفقات المالية للمشروع ، فتلجأ عندئذ إلى النظام الآخر^(٢).

٤- تمييز نظام ال BOT عن غيره من نظم التمويل المشابهة. إن نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية كثيرة و متعددة ، فمنها ما هو تقليدي ومنها ما هو غير تقليدي :

فنظم التمويل التقليدية تتمثل في الرجوع إلى القروض قصيرة وطويلة الأجل

(١)

HABERER Jean-Yves, Le financement privé d'ouvrages publics dans l'Europe de 1993, in Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993, Colloque de Paris des 26 & 27 mars 1990, FEDUCI, FEC, 1991, p. 3.

(٢) ونظراً لارتفاع المخاطر السياسية والاقتصادية والمالية في الدول الأفريقية والآسيوية عنه في الدول الأوروبية ، فإن مشروعات البنية الأساسية تمول في الأولى وفقاً لنظام ال (BOT (with recourse-financing) ، في حين أنها تمول في الثانية طبقاً لنظام ال (BOT (Non- recourse-financing) .



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

سواء الممنوحة منها بواسطة هيئات أو منظمات تمويل خاصة أو عامه، أو في الرجوع الى التمويل المشترك وذلك عندما يتجمع عدد من هيئات التمويل الدولية، مثل البنك الدولي، مع مؤسسات تمويل خاصة أو بنوك تجارية دولية وذلك لتقديم القروض اللازمة للتمويل. والواقع ان أهم طرق التمويل التقليدية تتمثل في اتخاذ ائتمان المشتري وائتمان المورد كوسائل لتمويل المشروعات الكبرى، وخصوصاً تمويل عمليات الشراء والإمداد للمواد الأولية اللازمة لعمليات البناء والتشغيل.

أما عن طرق التمويل غير التقليدية، فهي عبارة عن هياكل تمويلية مصطنعة ابتدعت خصيصاً لتمويل المشروعات الدولية التي يجرى تنفيذها في دول ترتفع فيها المخاطر التجارية والسياسية. وعلاوة على نظام ال BOT، هذه الطرق تضم التمويل التأجيري، عمليات المقاصة الدولية، تمويل المشروع والذي يعتبر نظام ال BOT هو التطور الطبيعي له، إصدار الأسهم والسندات، واخيراً البروتوكولات الحكومية.

ومادام أن تمويل المشروع هو أكثر النظم استخداماً لتمويل مشروعات البنية الأساسية، فإننا سوف نميزه، دون غيره، عن نظام ال BOT. وتمويل المشروع Project Financing هو عبارة عن تمويل وحدة اقتصادية خاصة⁽¹⁾ والتي فيها يعتمد المقرضون بصفة أساسية على عائدات المشروع المالية وعلى قدرة هذه الوحدة الاقتصادية كمصدر وحيد للحصول على الأموال التي يتشكل منها القرض، كما يعتمدون على أصول المشروع المالية والمملوكة لهذه

(1) هذه الوحدة غالباً ما تأخذ أحد أشكال الشركات في الدولة المستضيفة للمشروع، وذلك بما يتناسب مع أهداف رعاة المشروع من جهة ومع رغبات المقرضين من جهة أخرى.

الوحدة الاقتصادية كضمان للحصول على قروضهم^(١) .
ومن هذا التعريف يتضح ، ان فى نظام تمويل المشروع فان مؤسسات التمويل
تلتزم بأن تضع تحت تصرف الشركة صاحبة المشروع الأموال اللازمة لعمليات
البناء والاستغلال آخذة فى الاعتبار مدى قدرة التمويل الذاتى للوحدة الاقتصادية ،
والتي تسمح لها الحصول على أموالها وفوائدها ، ومعتمدة ، من جهة أخرى ،
على الأنشطة الممولة كضمان لسداد قروضها.

وواقع ان نظام تمويل المشروع ، والذي يعتبر الأب الشرعى أو البشير النذير
لنظام ال BOT ، يستخدم لتمويل مشروعات البنية الأساسية والصناعية الكبرى ،
ولكن على خلاف نظام ال BOT والذي يتم الرجوع إليه فى تمويل المشروعات
التي يجرى تنفيذها فى الدول النامية ، فإن نظام تمويل المشروع يعد هو الوسيلة
المفضلة لتمويل المشروعات التي يجرى إنشائها فى الدول المتقدمة. ومن هذا
يتضح ان الفارق بين النظامين يتركز فى اختلاف قبلتيهما ، فبينما قبلتة نظام ال
BOT هي الدول النامية ، نجد ان قبلتة نظام تمويل المشروع هي الدول المتقدمة.
ويضاف إلى اختلاف القبلة ، اختلاف فى البنيان القانونى للضمانات والذي يعد
نتيجة حتمية لتباين حجم المخاطر فى الدول النامية والدول المتقدمة. فحجم
المخاطر السياسية والاقتصادية والمالية فى الأولى يكون مرتفعاً عنه فى الثانية.

(١)

NEVITT Peter K et Frank Fabozzi, *Project financing*, 6 éd., Euromoney publications, London, 1995, p. 3. : « a financing of a particular economic unit in which a lender is satisfied to look initially to the cash flow and earnings of that economic unit as the source of funds from which a loan will be repaid and to the assets of the economic unit as collateral for the loan ». même sens Raymond M. AUERBACK, *Legal aspects of financing and risk allocation – BOT projects*, Centre for Law Reform Studies, London, 1996, p. 1 ; Clifford Chance, « *Project finance* », IFR, publishing LTD, London, 1991, p. 3 ; WOOD Philippe R., *Law and practice of international finance : project finance, subordinated debt and State loans*, Sweet & Maxwell, 1995, pp. 3 et s ; FRILET Marc, *Some universal issues in BOT projects for public infrastructures*, ICLR, part 4, 1997, p. 503 ; TIXIER Frédéric, *Banalisation périlleuse des financements de projet*, MTF, 1993, n° 51, p. 70.



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

وبناءً على ذلك وإذا كان كل من النظامين يقتضى إنشاء رهون عينية وحيازيه على الأصول المالية للمشروع ، وحق أوليه على التدفقات المالية للمشروع ، وفتح حسابات خارج حدود الدولة التى ينفذ فيها المشروع والتي يطلق عليها Off shore^(١)، فإن البنوك تطلب ، علاوة على ذلك ، عند تدخلها لتمويل مشروع وفقاً لنظام ال BOT^(٢)، تكوين أموال احتياطية ، وجود رأس مال ثابت للشركة صاحبة الامتياز تتم تغذيته عن طريق مشاركات المساهمين والزيادة من دخول المشروع المتبقية بعد سداد خدمة القروض وتوزيع الأرباح ، قروض عاديه وتابعه ومساعدات من السلطة مانحة الالتزام وذلك لتكملة وتغذية الأموال الاحتياطية ، فتح ائتمان يطلق عليه stand by بواسطة الشركة صاحبة الامتياز وذلك لتمويل أية زيادة فى التكاليف المتوقعة لعملية الإنشاءات ، ضمانات حسن التنفيذ والتي تسمى Performance Bonds والمقدمة من مقاولى ومستغلى المشروع لصالح الشركة صاحبة المشروع ، التزام من البنك المركزى للدولة صاحبة المشروع بضمان تنفيذ السلطة مانحة الالتزام لالتزاماتها الناتجة عن عقد الامتياز ، وفى بعض الدول ، التزام البنك بتحويل العملة المحلية ، والتي يتم تحصيلها مقابل استغلال المشروع ، الى عملة أجنبية.

٥- فوائد نظام ال-BOT. ان الدول النامية تضع آمال عريضة على هذا النظام لتحقيق التنمية الاقتصادية. فهو يشكل بالنسبة لها مصدر تمويلى هام لإنشاء المشروعات الكبرى. كما انه ، بوضعه جزء من تمويل تلك المشروعات على

(١) هذا الحساب يفتح بواسطة الشركة صاحبة الامتياز ، بناء على طلب المقرضين ، لدى بنك يوجد خارج حدود الدولة التى يجرى على إقليمها تنفيذ المشروع. وفى كثير من المشروعات نجد ان دخول المشروع تصب مباشرة فى هذا الحساب لكى تكون بعيدة عن أية إجراءات سياسية تتخذ من قبل السلطات العامة فى الدولة المستضيفة للمشروع ويكون من شأنها منع خروج هذه الدخول أو مصادرتها مثلاً.

(٢)

Antoine KHYR, Joël MAGDELAINE, op. cit., 1988, p. 34.

عائق القطاع الخاص ، يسمح للدولة بتوجيه استثماراتها نحو مشروعات لا يقدم على تمويلها القطاع الخاص مثل مشروعات التعليم ، والصحة والأمن وغيرها ، ويمكنها من تجنب الاقتراض من الخارج وما يصاحب ذلك من أعباء مالية ناتجة عن خدمة الديون المقترضة ، يضاف إلى ذلك ، أن الدولة في نهاية مدة الامتياز ستصبح مالكة للمشروع دون تحملها أية أعباء . أن نظام الـBOT يشكل بالنسبة للدولة ، الوسيلة الفذة لمثل التباعد بين الحاجة إلى إنشاء مشروعات ضخمة وبين محدودية مواردها المالية .

المطلب الثاني

الهيكل التعاقدى لمشروعات الـBOT

٦- تمهيد وتقسيم. إلى جانب الهيكل المالى الذى يهدف إلى تدبير الأموال اللازمة لتمويل عمليات البناء والاستغلال ، وإقامة آليات ضمان لتغطية المخاطر التى تؤثر على العائدات المالية للمشروع (المصدر الوحيد لسداد قروض البنوك) ، فإن إنشاء مشروعات كبرى وفقاً لنظام الـBOT يقتضى إقامة هيكل تعاقدى متكامل ويتعاقد مع البنيان المالى لإنجاز المشروع تحت أفضل الشروط. والهيكل التعاقدى يتكون من إبرام عدة عقود ، بواسطة الشركة صاحبة المشروع ، مع المتدخلين الآخرين من مقرضين ، ومستثمرين ، ومساهمين. ومن خلال آليات تعاقدية مختلفة ، فإن هذا البنيان التعاقدى يهدف إلى تحقيق عدة أمور : الأول هو إعطاء الشركة صاحبة الامتياز الحق فى استغلال المشروع لمدة محددة تتناسب ، كما قلنا عكسياً مع حجم الدخول المتوقع للمشروع ، اما الثانى : فهو بناء التجهيزات وفقاً للمواصفات وبالجودة التى تؤدى إلى أن يدر



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

المشروع العائدات المأمولة ، وأخيراً ضمان تشغيل واستغلال المشروع في ظروف مناسبة.

وقبل الخوض في تفصيل الآليات التعاقدية المستخدمة في تحقيق هذه الأهداف أود الإشارة إلى أن الهيكل التعاقدى لمشروعات الـ BOT ليس واحداً في كل المشروعات وإنما يختلف من مشروع إلى آخر حسب طبيعة المشروع والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها رعايته. فمثلاً مشروعات إنشاء الطرق تتطلب إبرام عقود امتياز ، وقرض ، وإنشاءات في حين أن مشروعات إنشاء محطات الكهرباء ، تتطلب علاوة على ذلك إبرام عقود **TARKE OR PAY** ، **SUPPLY OR PAY**.

وسوف نعطي نظرة عامة على الأنظمة التعاقدية المستخدمة لتحقيق الأهداف التي ذكرتها حالاً.

٧- الهياكل التعاقدية التي تهدف إلى إعطاء الشركة حق استغلال المشروع. وفي البداية نود الإشارة إلى أن وجود عقد الامتياز يكون لازماً حينما يكون موضوع مشروع الـ BOT مرفق عام ، والحال هكذا ، فإن عقد الامتياز يمكن أن يختلف من المنظومة التعاقدية لمشروع الـ BOT حين يكون موضوعه إنشاء واستغلال مرفق خاص مملوك لشخص طبيعي أو معنوي خاص. ولكي نعطي إطلالة سريعة على عقد الامتياز بوصفه العقد الرئيسي داخل مشروع الـ BOT فإنني أجد من المناسب عرض المسائل الآتية : - طبيعة عقد الامتياز، - خصائص عقد الامتياز، - السلطة مانحة الامتياز، - التزامات أطراف عقد الامتياز، - نهاية عقد الامتياز.

ان عقد الامتياز في مشروعات الـBOT ، من وجهة نظرنا، لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً في مصر وإن كان من الممكن أن يكون كذلك في القانون الفرنسي وإنما هو عقد من عقود القانون الخاص يخضع لقواعد القانون المدني والتجاري وليس لقواعد القانون الإداري. وقد استندت في ذلك إلى تباين موقف كل من مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري في تحديد المعايير التي بتوافرها يعد عقداً ما عقداً إدارياً. وإذا كان كل من المجلسين متفق على ضرورة توافر ثلاثة معايير ألا وهي ضرورة أن يكون أحد طرفي العقد شخص معنوي عام، أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية ، وأخيراً أن يكون موضوعه استغلال مرفق عام، فإن مجلس الدولة الفرنسي يختلف عن مجلس الدولة المصري من حيث ان توافر أحد هذه المعايير يكفي لإسباغ الصفة الإدارية عليه بينما مجلس الدولة المصري يشترط لذلك توافر الثلاث معايير مجتمعة. والأمر كذلك وعلى ضوء العقود التي قمنا بفحصها فإننا وجدنا أن عقود الـBOT التي أبرمت في مصر لا تتضمن شروطاً استثنائية وبالتالي يسقط عنها أحد المعايير الثلاثة التي يجب أن تتوفر مجتمعة من وجهة نظر مجلس الدولة المصري لاعتبار عقداً ما عقداً إدارياً

ان لعقد الامتياز خصائص شخصية وخصائص موضوعية فالخصائص الشخصية تتمثل في وجود الدولة أو إحدى هيئاتها العامة كطرف في العقد وهذه الخاصية ينتج عنها عدة مشاكل يجب على كل من رعاة المشروع والمقرضين أخذها في الحسبان. أولى هذه المشكلات تتمثل في تحديد السلطة العامة المختصة بإبرام عقد الامتياز والسلطة المختصة بمنح حق الامتياز.

فيما يتعلق بالمشكلة الأولى ، فإن السلطة المختصة بإبرام عقد الامتياز هي المشروعات العامة الاقتصادية والإدارية.



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

ولمعرفة السلطة التي تمنح حق الامتياز إلى الشركة صاحبة المشروع ، يجب علينا أن نفرق بين الوضع الموجود قبل صدور القوانين التي سمحت للدولة بالجوء إلى نظام الـBOT لبناء مشروعات البنية الأساسية ، وبين الوضع الذي خلقتة هذه القوانين بعد صدورها. فقبل صدور قوانين الـBOT ، كان الامتياز ، وفقاً للقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ، يمنح بمقتضى قرار يصدر من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب. أما بعد صدور قوانين الـBOT ، فإن منح الامتياز يتم بمقتضى قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص. مع ملاحظة أن مجلس الوزراء مختص فقط بمنح الامتياز الصادر بناء على قوانين الـBOT ، أما فيما عدا ذلك فيظل خاضعاً للقاعدة القديمة وهي ضرورة صدور قرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب.

هذا بالنسبة للخصائص الشخصية لعقد الامتياز أما خصائصه الموضوعية فتمثل

في :

- ١- أن عقد الامتياز هو القانون الذي يحكم ليس فقط أطرافه ، وإنما يحكم كل الأطراف المتدخلين في تنفيذ المشروع ، فعقد الامتياز هو الذي يحدد :
 - التزامات ومسئولية السلطة المانحة.
 - التزامات ومسئولية الشركة صاحبة المشروع.
 - المخاطر التي تعترض المشروع سواء في مرحلة البناء أو الاستغلال ، مع بيان كيفية توزيع هذه المخاطر.
 - قواعد تحديد سعر الخدمة التي يقدمها المشروع.
 - مصادر التمويل ، الخ.

والواقع أن نجاح مشروع الـBOT يتوقف كثيراً على ضرورة وجود تجانس وترابط وتناغم بين نصوص عقد الامتياز وباقي العقود الأخرى التي تتكون منها المنظومة التعاقدية لمشروع الـBOT. وبعبارة أخرى ، فإن نصوص العقود الأخرى يجب أن تكون ترجمة حقيقية لنصوص عقد الامتياز. فهي وإن كانت تفصل ما أجمله عقد الامتياز ، إلا أنها يجب ألا تخالف الخطوط العامة التي رسمها هذا العقد.

٢- أما عن الخاصية الثانية لعقد الامتياز ، فتمثل في مدة هذا العقد والتي يجب أن تكون كافية لكي تستطع الشركة صاحبة المشروع ، تسديد القروض التي حصلت عليها ، مع هامش ربح معقول. والواقع أن هذه المدة ، كما قلت ، تتناسب عكسياً مع حجم عائدات المشروع ، فكلما كانت الدخول المالية المتوقعة من المشروع كافية ، كلما قصرت هذه المدة ، والعكس صحيح. وفي كل الأحوال فعند تحديد هذه المدة يجب الأخذ في الاعتبار حجم المخاطر التي تعترض تنفيذ المشروع ، حجم أعمال الإنشاءات التي يجب إنجازها .

ومدة الامتياز في القانون المصري يجب ألا تتجاوز ٩٩ سنة . وقد جرى العمل على عدم احتساب المدة التي تستغرقها أعمال البناء ضمن مدة الامتياز ، وبالتالي فإن هذه المدة تبدأ في السريان من تاريخ بدء عملية استغلال المشروع.

٣- وأخيراً ، فعقد الامتياز الموضوع داخل حزمة العقود التي تتكاتف وتتعاقد من أجل إنجاز مشروع وفقاً لنظام الـBOT ، يتميز عن غيره من العقود في أن طريقة دفع مقابل عمليات البناء للشركة التي قامت به لا يتم وفق سعر محدد سلفاً ، كما هو الحال في عقود امتياز المرافق العامة ، أو الأشغال العامة ، وإنما هذا المقابل يتوقف حجمه على التدفقات المالية للمشروع.



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

ومن ناحية نهاية عقد الامتياز، فهو قد ينتهي نهاية طبيعية وذلك بانتهاء مدته، وقد ينتهي نهاية غير طبيعية، أى قبل انتهاء مدته وذلك فى حالة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية. وفى كلتا الحالتين فإن آثار والتزامات قانونية تترتب على عاتق الطرفين. ومن خلال العقود التى قمت بدراستها، نجد أن الأطراف غالباً ما يتفقون فى العقد على الحالات التى يحق لكل من الطرفين إنهاء العقد بتحقيق أحدها.

ومن بين الحالات التى يحق فيها للسلطة مانحة الالتزام إنهاء العقد قبل انتهاء مدته:

- إخلال الشركة بالتزاماتها التعاقدية.
- حدوث تغيير فى الوضع القانونى للشركة صاحبة الامتياز (تصفية، إفلاس).
- حالة عدم قدرة المقترضين فى الوفاء بالالتزامات الناشئة عن عقد الامتياز، وذلك فى الحالة التى يحل فيها المقترضين محل الشركة صاحبة الامتياز فى حالة عدم قدرتها على مواصلة تنفيذ المشروع.
- وجود قوة قاهرة.
- الإنهاء بمقتضى شروط تعاقدية أو قانونية تتمتع بها السلطة مانحة الالتزام (إنهاء العقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة).
- وفى حالة الإنهاء طبقاً لإحدى الحالات السابقة، يتعين على السلطة المانحة إعلان الشركة والمقترضين قبل الإنهاء بمدة معقولة، ويتعين عليها أيضاً تعويض الشركة مانحة الالتزام.

وبالمقابل، يحق للشركة صاحبة الامتياز إنهاء العقد فى الحالات الآتية:

- إخلال السلطة المانحة بالتزاماتها (منع الشركة من حوالة حقوقها عجزها عن بناء ما يلزم من إنشاءات لتسهيل الدخول إلى المشروع).
- حالة وجود تغيير في الوضع القانوني للسلطة المانحة للالتزام (حل هذه السلطة بشرط ألا يكون هذا الحل بسبب الخصخصة ، الدمج في سلطة أخرى ، أو إعادة تنظيم هذه السلطة). وفي حالة حدوث ذلك تنتقل إلى السلطة التي تحل محل السلطة المانحة للالتزام كل التزامات هذه الأخيرة الناشئة عن عقد الامتياز.
- حدوث تغيير في القوانين التي كانت قائمة وقت إبرام عقد الامتياز. ويلاحظ انه ليس كل تغيير في القوانين القائمة وقت إبرام العقد يخول الشركة حق الإنهاء المبكر للعقد ، وإنما التغيير الذي يؤثر في التزامات السلطة المانحة (إبطال هذه الالتزامات ، اعتبارها غير صحيحة مثلاً).
- وفي كل هذه الحالات يتعين على الشركة إعلان السلطة المانحة وكذلك البنك المركزي قبل اتخاذ هذا الإجراء بوقت كاف.
- ويجب على السلطة المانحة تعويض الشركة تعويضاً عادلاً.
- هذا عن حالات إنهاء العقد قبل انتهاء مدته ، أما عن إنهاء العقد بانتهاء مدته فيترتب عليه التزام الشركة بنقل ملكية أصول المشروع إلى السلطة المانحة دون مقابل. والسؤال الذي يطرح نفسه ما هي الأموال التي تلتزم الشركة بنقل ملكيتها ، وما هي مواصفات نقل الملكية هذه.
- أن الشركة صاحبة المشروع تلتزم بنقل ملكية كل العقارات الخاصة بالمشروع من أراضي وخلافه وكذا المنقولات من أدوات ومعدات. وغالباً ما نجد أن هذه الأموال التي يجب على الشركة نقل ملكيتها ، تكون موجودة في قائمة ملحقة بالعقد . ويستثنى من ذلك الأموال المنقولة التي اشترتها الشركة لإنجاز المشروع



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

(آلات الحفر ، أو آلات تنقية المياه، الخ).

أما عن مواصفات نقل الملكية ، فهذا النقل يجب أن يكون بدون مقابل ، وان تكون أصول المشروع خالية من أية رهون ، وفي حالة جيدة.

٨- الهياكل التعاقدية المستخدمة لإنشاء المشروع. في هذا الصدد ، نجد أن معظم عقود الإنشاءات ، التي تيرم بين الشركة صاحبة الامتياز والمقاول الذي يأخذ غالباً شكل اتحاد مشروعات ، تحيل إلى شروط عقد الـ FIDIC.

وقد أصدر الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC) الكتاب الفضى خصيصاً لمعالجة المشكلات التي تعترض تنفيذ مشروعات الـ BOT .

وعقد الإنشاءات الذي يشكل أحد عناصر المنظومة التعاقدية لمشروعات الـ BOT ، يختلف عن عقود الإنشاءات العادية ، وسبب هذا الاختلاف يكمن في أن نصوص هذا العقد لا تأخذ في الحسبان رغبات أطرافه فقط وإنما تأخذ أيضاً رغبات الأطراف الآخرين المتدخلين في تنفيذ المشروع ، وبصفة خاصة الدولة ، والمقترضين. فغالباً ما تفرض الدولة أن تتم مشاركة مشروعات محلية في تنفيذ بعض الأعمال وذلك بغرض نقل التكنولوجيا ، كذلك تتدخل الدولة في اختيار المقاول كما أنها تفرض أن يكون لها حق الرقابة لحسن التنفيذ ، ولضمان مطابقة المشروع للمواصفات المتفق عليها في عقد الامتياز ، وذلك على اعتبار أنها سوف تكون المالك للمشروعات عند نهايته.

٩- الهياكل التعاقدية المستخدمة لضمان استغلال المشروع في ظروف مناسبة. هذه الآليات تتمثل في عقدين من ابتداع الفقه الانجلوسكسوني. هذين العقدين

هما عقد يسمى **Take or Pay** والآخر يسمى **Supply or Pay** .

الأول هو العقد الذي يبرم بين السلطة المانحة والشركة صاحبة الامتياز

بمقتضاه تضمن السلطة المانحة حد أدنى من الاستهلاك اليومي أو الشهري أو السنوي لخدمات المشروع . فمثلا لو أن دراسات الجدوى تقتضى أن يمر على الطريق الذى سوف يتم إنشاؤه وفقاً لنظام الـ BOT ١٠٠ سيارة يومياً حتى تتمكن الشركة من استرداد أموالها وسداد ديونها مع هامش ربح معقول . ثم حدث وممر ٧٠ سيارة ، فهنا تلتزم السلطة مانحة الالتزام بدفع مقابل مرور ثلاثون سيارة.

وقد ذهب رأى إلى أن هذا العقد باطل لأنه ليس له سبب. والواقع نحن نرى صحة هذا العقد وذلك على أساس أن هناك فارق بين سبب الالتزام وسبب العقد ، وسبب الالتزام هو الغرض المجرى المباشر الذى يقصد إليه الملتزم من وراء التزامه فمثلاً فى عقد البيع ، البائع ينقل الملكية من أجل الحصول على الثمن ، والمشتري يدفع الثمن من أجل الحصول على المبيع ، أما سبب العقد فهو الهدف الرئيسى الذى دفع الطرفين إلى التعاقد وهذا الهدف يختلف من متعاقد إلى آخر. والواقع أن التزام السلطة المانحة بموجب عقد الـ TAKE OR PAY هو التزام له سبب ، فسبب التزام السلطة المانحة هو الحصول على الخدمات التى يقدمها المشروع، كما أن لها هدف رئيسى دفعها إلى التعاقد وهو نجاح المشروع ، وهذا هو سبب العقد.

أما عن عقد الـ Supply or Pay فهو العقد المبرم بين السلطة المانحة وبين الشركة صاحبة الالتزام بمقتضى هذا العقد تلتزم السلطة المانحة بإمداد الشركة بالمواد الأولية والطاقة اللازمة لتشغيل المشروع . وفائدة هذا العقد تكمن فى انه يضمن استمرار تشغيل المشروع ، وبالتالي يضمن وصول حجم الدخول المالية للمشروع إلى الحدود المأمولة.

المبحث الثاني

آليات حماية البنوك عبر عقد القرض المبرم بينها وبين الشركة المنفذة للمشروع

١٠- تمهيد وتقسيم. الواقع إن تدخل البنوك في تنفيذ وتمويل مشروعات الـ BOT يختلف تمامًا عن تدخلها في تنفيذ وتمويل المشروعات التقليدية. فعلى خلاف هذه الأخيرة ، فإنه في مجال تنفيذ مشروعات الـ BOT فإن البنوك لا تنظر إلى قدرة وملائمة المقترض المالية وإنما تأخذ في الحسبان حجم التدفقات والعائدات المالية للمشروع والتي تشكل المصدر الأساسي لسداد قروضها. ومن هنا وبالنظر إلى ارتفاع المخاطر الاقتصادية والسياسية التي تعترض تنفيذ مشروعات الـ BOT، فإن البنوك غالبًا ما تفرض على الشركة المقترضة تقديم ضمانات بتبنى أنظمة قانونية مختلفة تمكن البنوك المقرضة من التقاط التدفقات النقدية للمشروع من مصدره دون ان تمر بالذمة المالية للشركة منفذة المشروع او تمكنها من إقامة حق اولوية لها على أصول المشروع. وفي نطاق تنفيذ مشروعات الـ BOT، فإن هذه الضمانات قد تكون ضمانات سلبية (المطلب الأول)، وقد تكون ضمانات عينية (المطلب الثاني)، وقد تكون ضمانات شخصية (المطلب الثالث)، وأخيرًا فإن هناك مجموعة من أنظمة القانون المدني ترجع إليها البنوك كصور لضمانات تأخذ من التدفقات المالية للمشروع وعاءً لها (المطلب الرابع). وفي هذا الصدد فإن وعاء هذه الضمانات جميعها يختلف باختلاف مراحل تنفيذ المشروع. فهو في مرحلة البناء يتمثل في أصول الشركة صاحبة الامتياز في حين أنه في مرحلة الاستغلال فوعاء الضمانات هو الدخول المتولدة عن استغلال المشروع.

المطلب الأول

التأمينات السلبية التي تطلبها البنوك الممولة لمشروعات ال BOT

١١- تعريف: الضمانات السلبية هي عبارة عن مجموعة من الشروط التعاقدية يتم النص عليها في عقد القرض المبرم بين الشركة المقترضة وبين اتحاد البنوك.

١٢- تأمينات سلبية خاصة بالمركز القانوني للشركة. حيث أن الشركة يجب أن تكون قد أسست على نحو قانوني متفق مع قوانين الدولة المضيفة، يجب أن يكون وكلائها يتمتعون بالأهلية القانونية للتوقيع على عقد القرض، يجب أن تكون هذه الشركة قد حصلت على التصاريح الإدارية اللازمة للبدء في عمليات الإنشاء واستغلال المشروع، وأخيراً يجب كذلك ألا يكون عقد القرض متضمناً نصوص تخالف القواعد التشريعية والتنظيمية المتضمنة في القانون الواجب التطبيق.

١٣- تأمينات سلبية خاصة بمرتبة القروض. ومن جهة أخرى فإن هناك مجموعة من الشروط التعاقدية تتعلق بمرتبة الديون المستحقة للبنوك. فغالباً ما نجد أعضاء اتحاد البنوك يفرض على الشركة صاحبة الامتياز التزاماً بمقتضاه تأتى الديون المستحقة للبنوك في مرتبة الديون الأخرى المبرمة بواسطة الشركة المذكورة (شرط Pari Passu)، أو أن هذه البنوك سوف تتمتع بكل الضمانات التي يمكن منحها في المستقبل بواسطة الشركة المقترضة الى اي مقرر (شرط



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

(¹) Negative Pledge.

ويلاحظ بالنسبة للشرط الأول أنه لا ينتج أى آثار إلا بالنسبة للديون التى لا تتمتع بأى ضمانات عينية كالرهن بنوعيه. وكذلك عند تطبيق هذه الشروط فإنه ينظر فقط إلى الوضع القانونى للشركة وقت توقيع القرض، أضف إلى ذلك أنه لا عبرة إلا بالتزامات الشركة الناجمة فقط عن إبرام عقود قروض أخرى.

وبناء عليه فإن ديون الشركة المبرمة قبل توقيع عقد القرض، وكذا الديون المتولدة عن عقود أخرى غير عقود القرض لا تدخل فى نطاق تطبيق هذا الشرط. أما فيما يتعلق بشرط الـ Negative Pledge: فهو الشرط الذى بمقتضاه تلتزم الشركة بعدم منح أى ضمانات أو تأمينات على أصولها لضمان أى من التزاماتها الأخرى إلا بعد منح البنوك تأمينات أو ضمانات معادلة. وفى الواقع فإن هذا الشرط يؤدى نفس وظيفة شرط الـ Pari Passu ولكن الفرق بين الشرطين يكمن فى أن شرط الـ Negative Pledge يتعلق بالمستقبل فى حين أن شرط الـ Pari Passu يتعلق بالماضى، بمعنى أن الشرط الأول مرتبط بالضمانات التى قد تمنحها الشركة على أصولها فى حين أن الشرط الثانى يرتبط بالضمانات

(1)

Sur ces clauses, voir Michael E. GOLDSMITH, Un mode de financement en devises: les créditsroll-over en eurodollars, DPCI. No. 3, 1977, pp. 358 et 359; Jean-Piere Mattoutm Droit bancaire international, op. cit., 1996, p. 121; C. JAUFFRET-SPINOSI et C. KELLY, La protection contractuelle, in les euro - crédits : un instrument du système bancaire pour le financement international, colloque, Dijon. Librairies techniques, Paris, 1981, pp. 530 et s.; Thierry BROCAS, les clauses de protection liées à la situation financière de l'emprunteur, in Les euro-crédits : expérience continentales, colloque de Tours, ed. Moniteur, 1981, p. 121; Roger S. McCORMICK, Legal issues in project finance, Journal of Energy and Natural Resources Law, No. 1, 1983, pp. 27 et 28; Yves SIMON, Techniques financières internationales, Economica, 5 éd., 1993, p. 306; Brian W. SEMKOW, Syndicating and rescheduling international financial transactions: a survey of the legal issues encountered by commercial banks, op. cit., 1984, pp. 899 et 922; Derek SIEDU-AKROFI, Negative pledge clauses in international loan agreements, Law and Policy International Business, V. 26, 1995, pp. 407 et s.; Derek SIEDU-AKROFI, Negative pledge clauses in international loan agreements, Law and Policy International Business, Vol. 26, 1995, pp. 407 et s.

التي منحت بالفعل إلى دائئنها.

ويلاحظ أن شرط الـ Negative Pledge لا ينتج أية آثار إلا بالنسبة للضمانات العينية وكذلك لا ينطبق على الوعد بالضمان بشرط ألا يكون هذا الوعد قد أبرم بعد دخول عقد القرض حيز التنفيذ. وبذلك فإن البنوك لا يمكنها أن تطالب بالاستفادة من التأمينات الشخصية التي قد تمنحها الشركة المقترضة إلى مقرضين آخرين مثلاً . والواقع أن التزام الشركة بعدم منح ضمانات إلى دائئين آخرين بدون منح ضمانات معادلة إلى البنوك المقترضة هو التزام بالامتناع عن عمل، يترتب على الإخلال به حق البنوك في طلب التعويض. ومن جهة أخرى فإن هذه الأخيرة تستطيع استخدام الدعوى البوليسية لمهاجمة تصرفات الشركة الضارة بها والمطالبة بعدم نفاذها في حقهم.

١٤- تأميمات سلبية متعلقة بكيفية تحصيل عائدات المشروع. وأخيراً فإن هناك مجموعة من الشروط التعاقدية التي تلتزم بمقتضاه الشركة المقترضة بأن يتم تحصيل عائدات المشروع بواسطة Trustee. وطبقاً لنظام الـ Trust، فإن عائدات المشروع المتحصلة لا تختلط بالديون والحقوق التي تتشكل فيها الذمة المالية لـ Trust على نحو يمكن البنوك من استرداد هذه الأموال من نفليسة الشركة المذكورة^(١).

(١) حيث أن عائدات المشروع لا تدخل الذمة المالية للشركة صاحبة الامتياز، لأن البنوك المقرضة تعتبر مالكة للأموال المتحصلة بمقتضى نظام الـ Trust. وفي الحقيقة فإن هذا النظام يجنب البنوك - والحال هكذا - مزاحمة الدائئين الآخرين للشركة في حالة الإفلاس.

Jean-Paul BERAUDO, Les trusts angle-saxons et le droit français, LGDJ., 1992, p. 17; Robert PANHARD. Le traitement des trustes en droit français, JCP, éd. N., 1987, pp. 27 et s.; Michael ELLAND-GOLDSMITH, The trust and its use in commercial and financier transitions, RDAI, No. 6, 1985, pp. 683 et s.; andré TUNC, Le droit Anglais des société anonymes, 4 éd., Economisa, 1997, pp. 132 et 133; OPPETIT Bruno, Le trust dans le droit du commerce international, revu. Rit. DIP, 1973, p. 1.



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

المطلب الثاني

التأمينات العينية التي تطلبها البنوك الممولة لمشروعات ال BOT

١٥- تعداد. التأمينات العينية تتمثل في الرهن الرسمي والرهن الحيازي والذي يتقل على التوالى العقارات والمنقولات المادية والمعنوية المملوكة للشركة المقترضة كأسهما مثلاً^(١).

وأنا هنا لن أتحدث على النظام القانونى لهذه الرهون ولكن سوف أركز على مزايا وعيوب استخدامها فى نطاق تنفيذ مشروعات ال BOT. وقبل الحديث عن هذه المزايا والعيوب، فإننى أود الإشارة إلى أن هذه التأمينات تلجأ إليها البنوك فى مرحلة البناء حيث أن المشروع لا يدر دخلاً، وكذلك فإنه من المتصور أن عملية البناء لا تتم فعندئذ تستطيع البنوك استخدام هذه التأمينات لاسترداد المبالغ المستحقة لها.

١٦- مزايا التأمينات العينية. إن من أهم مزايا التأمينات العينية يكمن فى حق الأفضلية التى تتمتع به البنوك فى حالة إفلاس الشركة وبيع أصولها. وعلى ذلك فحق الأفضلية يجنب البنوك قسمة الغرماء وما قد ينجم عنها من فقدانها لجزء من ديونها.

ورغم هذه الميزة الفذة للتأمينات العينية، فإن استخدامها فى نطاق تنفيذ مشروعات ال BOT يبدو غير مجد وذلك للأسباب الآتية:

١٧- عيوب التأمينات العينية. أن موضوع مشروعات ال BOT هو فى أغلب الأحيان استغلال مرفق عام^(٢). وعلى ذلك فإنه من الصعب، طبقاً لأحكام

(١) فى هذا الموضوع انظر رسالتنا، السابق الإشارة إليها، ص ١٩١، وما بعدها.

(٢)

Michael ELLAND-GOLDSMITH, Les concessions dans les financements de projets au Royaume-Uni, MTF, No. 53, 1993, p. 36.

القانون الإداري في فرنسا ومصر، منح تأمينات عينية على أموال تعتبر جزء من الدومين العام. هذا على خلاف القانون الإنجليزي الذي لا يعرف هذه القاعدة. على فرض أنه من الممكن منح تأمينات عينية على أموال عامة، فإن مبدأ عدم جواز حجز على الأموال اللازمة لاستمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد سوف يشكل عقبة كبيرة عند تنفيذ هذه التأمينات وبيع أصول الشركة^(١). وإذا كانت البنوك، من الوجهة القانونية، تستطيع حجز أموال الشركة المقترضة، فإنه من الناحية العملية سوف يكون من الصعب فصل الأموال العقارية عن موقع المشروع. إن محاولة فصل هذه الأموال عن موقع المشروع سوف تكون له آثار ضارة على نحو يجعل من الصعب بيع هذه الأموال. يضاف إلى هذه العيوب إن تنفيذ الرهن يتميز بارتفاع مصاريفه وتعدد إجراءاته التي لا يمكن ضمان نجاحها، كما أن الأموال وعاء الرهن يمكن أن تفقد قيمتها بمرور الوقت. وفي كل الأحوال فإن حصيلة بيع الأموال وعاء الرهن لن يكون إلا بالعملة المحلية، الأمر الذي قد يعرض البنوك إلى مخاطر تحويل العملة المحلية إلى عملات أجنبية.

باعتبار أن الأغلبية العظمى من التشريعات الوطنية تخضع التأمينات العينية لقانون البلد الذي توجد بها الأموال المثقلة بالرهن، فإن القاضى المختص سوف يجد نفسه مضطراً إلى معرفة ودراسة أنظمة قانونية غير معترف بها في قانونه الوطني^(٢). إن الأموال التي تشكل وعاء الرهن يمكن أن تتعرض لمخاطر طبيعية كحريق

(١) Yves HUYGHE DE MAHENGÉ, Le financement privé des services Publics: aspects juridiques, Banque et Droit, No. 9, 1990, p. 64; AUBY Jean-Bernard, Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée, in la gestion déléguée du service public, colloque des 14 et 15 November 1996 au sénat, organisé par l'Institut Français des Sciences Administratives, RFD adm., No. 3, 1997, p. 12.

(٢) Claude REYMOND, Comment les sûretés passent-elles les frontières?., in Les sûretés, (Colloque Bruxelles), FEDUCI, 1984, p. 504.



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

أو فيضان، وعندئذ فإن الرهن يصبح بدون محل^(١). وبسبب هذه المخاطر، فإن البنوك تولى اهتماماً كبيراً بربوالبص التأمين وذلك برهنها تحسباً لتحقق أيا من المخاطر المذكورة.

وفى النهاية فإن هذه التأمينات لا تجنب البنوك مخاطر مزاحمة الدائنين الآخرين المتمتعين بنفس نوع التأمينات التى تتمتع بها البنوك المقرضة، وبسبب هذه العيوب، فإن البنوك المقرضة غالباً ما تلجأ إلى التأمينات الشخصية.

المطلب الثالث

التأمينات الشخصية التى تفرضها البنوك المقرضة

١٨- تعداد. التأمينات الشخصية التى تلجأ إليها البنوك عادة هى الكفالة^(٢). وإذا كانت هذه التأمينات تنطوى على مزايا فإنها تتضمن أيضاً عيوب تقلل من جدواها فى نطاق تنفيذ مشروعات الـ BOT.

١٩- مزايا التأمينات الشخصية. إن أهم المزايا لهذه التأمينات هى أن إجراءات أبرمها، على خلاف التأمينات العينية، تتميز بالبساطة والسهولة، وذلك لأنها لا تتضمن إجراءات شهر أو إعلان، وبالتالي فإنها تجنب البنوك المقرضة التكاليف المرتفعة لإتمام تلك الإجراءات.

كذلك فإن التأمينات الشخصية، وبالنظر إلى أنها لا تتطلب تكريس أو تعطيل

(١)

George DURRY, Hypothèque et assurance, in l'évolution du droit des sûretés, colloque de deauville des 13 et 14 diu 1981, RJ com., numéro spécial, 1982, p. 27.

(٢) انظر تعريف الكفالة المادة ٧٢٢ من القانون المدنى المصرى، والمادة ٢٠١١ من القانون المدنى الفرنسى. وفى نطاق تنفيذ مشروعات الـ BOT فإن الكفالة تنتج من اتفاق كل من الكفيل والبنوك المقرضة. على خلاف الوفاء مع الحلول، والاشتراط لمصلحة الغير، كأنظمة تلجأ إليها أيضاً البنوك كضمانات، فإن انعقاد الكفالة لا يتطلب موافقة الشركة المكفولة صاحبة الامتياز، ولكن يظل التزام الكفيل تابع لالتزام الشركة صاحبة الامتياز، بمعنى أن الكفيل يكون له الحق بالدفع بكل الدفع الذى كانت للشركة فى مواجهة البنوك المقرضة. فالكفيل يتحمل بنفس الالتزامات، ويتمتع بكل الحقوق التى تتمتع بها الشركة المكفولة.

جزء من الأموال التي تشكل الذمة المالية للشركة المقرضة، فإنها ترفع من القدرة الافتراضية للشركة صاحبة المشروع^(١).
ومن جهة ثالثة، فإن التأمينات الشخصية تجنب البنوك خطر عدم ملاءة الشركة المقترضة، على اعتبار أنها تضيف إلى ذمتها المالية ذمة أو ذمم مالية أخرى على نحو يدعم ويقوى الضمان العام للبنوك المقرضة.
ويضاف إلى ذلك، أن مثل هذه التأمينات تجنب البنوك المصاريف اللازمة لتقدير ودراسة الموقف المالي للمقترض، مادام أنها تستطيع الرجوع على شخص آخر يفترض أنه يتمتع بملاءة مالية.
إن هذه التأمينات تخلص البنوك أيضا من المخاطر التي قد تنجم عن الشكل القانوني الذي تتخذه الشركة صاحبة المشروع، فطبقاً لنظام الشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة المساهمة فإن كل شريك يكون مسئول عن ديون الشركة في حدود حصته.

٢٠ - عيوب التأمينات الشخصية. ومن ناحية عيوب التأمينات الشخصية، فإن أهم هذه العيوب تتركز في المخاطر التي قد تتعرض لها البنوك في حالة إفلاس أو إعسار الكفيل أيضاً.
وهذا العيب يوضح مدى أهمية إقامة تعايش بين التأمينات العينية والتأمينات الشخصية، ففي الحالة التي ترى فيها البنوك الكفيل مفلساً فإنها تستطيع تنفيذ التأمينات العينية.

(١)

Johannes BARMANN, Ulrich BRINK, Wolfgang Petereit, Heirich REINECKER et Hans-Peter SCHEERER, Les garanties du crédit en droit allemand, Documentation Française, 1978, p. 57; Christian MOULY, Les Sûretés personnelles traditionnelles en droit français, op. cit., 1984, p. 147.



المطلب الرابع

إعادة بعث أنظمة القانون المدني

٢١- تعداد. وإذا كانت التأمينات العينية تأخذ من أصول الشركة المقترضة وعاءً لها خصوصاً في مرحلة البناء، فإنها تفسح المجال لضمادات أخرى تتركز في الرجوع إلى أنظمة القانون المدني وتأخذ من التدفقات المالية للمشروع وعاءً لها وذلك في مرحلة الاستغلال.

وفي نطاق تنفيذ مشروعات الـ BOT، فإن البنوك تستخدم حوالة الحق، والإنابة في الوفاء كوسيلتين لمنع مرور العائدات المالية للمشروع بالذمة المالية للشركة المقترضة وذلك لتجنب مخاطر إفلاس هذه الشركة ومزاحمة الدائنين الآخرين لهذه الأخيرة. ومن جهة أخرى فإن البنوك تحاول إقامة أولوية لصالحها على دخول وموجودات الشركة في حالة إفلاسها الشركة وذلك بالرجوع إلى نظام إعلان الحوالة في القانون المصري والفرنسي، وإلى نظام Security Interest في القانون الأمريكي ونظام الـ Floating Charges في القانون الإنجليزي.

٢٢- أنظمة القانون المدني الخاصة بنقل الحقوق من الشركة المنفذة للمشروع إلى البنوك المقرضة (حوالة الحق). وبمقتضى حوالة الحق، فإن الشركة المقترضة (المحيل) تنتازل عن حقوقها تجاه مستخدم أو مشتري الخدمة أو المنتج (المحال عليه) المتولد عن استغلال المشروع لصالح البنوك المقترضة (المحال له). وإذا كانت حوالة الحق تسمح للبنوك بأن تحصل من المنبع على عائدات المشروع دون أن تمر بالذمة المالية للشركة المقترضة^(١)، فإن استخدامها في

(١) يضاف إلى ذلك أن حوالة الحق تسمح للبنوك المقرضة بتحصيل العائدات المالية للمشروع دون حاجة إلى تدخل الشركة صاحبة الامتياز، انظر:

THEVENOZ, La fiducie, cendrillon du droit suisse, p. 307, cité par Nicolas DE COTTRAU, Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et applications dans le domaine bancaire, in Sûretés et garanties bancaires, Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Lausanne, 1995, p. 236.

نطاق تنفيذ مشروعات الـ BOT يصطدم بعقبات كما أنه يقتضى اتخاذ بعض الإجراءات الوقائية.

وأولى العقبات تكمن في ضرورة إعلان الحوالة إلى المدين أو قبوله لها. فبدون هذا الإعلان أو هذا القبول فإن الحوالة لا تنفذ في حق مشتري أو مستخدم الخدمة أو المنتج المتولد عن استغلال المشروع، كذلك فإن إتمام تلك الإجراءات يتسم بالتعقيد، حيث أن الإعلان يجب أن يتم على يد محضر، هذا على خلاف القانون الإنجليزي الذي لا يشترط أن يتم الإعلان على ورقة محضرين، وإنما يكفي خطاب عادي لإعلان المدين بالحوالة^(١)، والقبول يجب أن يكون ثابت التاريخ. يضاف إلى ذلك استحالة إعلان أو قبول مستخدمى أو مشتري الخدمات أو المنتجات الناجمة عن استغلال المشروع. فوقت انعقاد الحوالة فإن هؤلاء المستخدمين أو المشتريين يكونوا مجهولون، هذا علاوة على كثرتهم على فرض أن البنوك نجحت في تحديدهم.

ولتجنب تعقد إجراءات حوالة الحق، فإن البنوك تستطيع الاستفادة من القانون Daily على فرض أن القانون الفرنسى هو المطبق، والصادر في ٢ يناير ١٩٨١ والمعدل بالقانون ٢٤ يناير ١٩٨٤، والخاص بتسهيل منح القروض إلى المشروعات التجارية. فطبقاً لهذا القانون، فإن أى مشروع يستطيع الحصول على قروض من البنوك التجارية عن طريق التنازل عن حقوقه في مواجهة مدينيه لصالح البنوك وذلك بتوقيع جدول يطلق عليه جدول الحوالة^(٢). فبمجرد توقيع

(١)

Hervé TOURAINE, Titrisations internationales, transfert des créances et des sûretés: panorama des législations européennes, DPCI., No. 3, 1996, p. 352.

(٢) بعض الفقه يرى أن تسليم هذا الجدول إلى البنوك يُعد في حكم الرهن الحيازي لصالح البنوك على التدفقات المالية المتولدة عن المشروع، انظر:



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

هذا الجدول، فإن الحوالة تصبح نافذة في مواجهة الغير بدون اتخاذ الإجراءات المعقدة لإعلان أو قبول الحوالة بواسطة المدين، فالمادة ٢ من القانون المذكور تنص على الإعلان يمكن أن يتم بكل الوسائل.

ومن جهة أخرى، فإن البنوك تستطيع أن تتغلب على عقبة عدم القدرة على تحديد مستخدمى أو مشتري خدمات أو منتجات المشروع أو عقبة كثرة هؤلاء المستخدمين أو المشترين، وذلك بأن تفرض على الشركة التزام بإبرام عقد بيع واحد مع مشتري واحد يتولى بعد ذلك تسويق خدمات أو منتجات المشروع. وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه في مجال تنفيذ مشروعات الطاقة، فإن البنوك تفرض على الشركة إبرام عقد يسمى Take or Pay مع السلطة مانحة الالتزام تضمن بمقتضاه هذه الأخيرة مستوى معين من استهلاك خدمات أو منتجات المشروع قدمت هذه الخدمات أو وضعت هذه المنتجات تحت تصرفها أم لا^(١).

يضاف إلى عقبة إجراءات نفاذ الحوالة في حق الغير عقبة أخرى تتمثل في عدم وجود الحق محل الحوالة وقت انعقادها. فوقت انعقاد عقد الحوالة، فإن الشركة المقترضة لا تتمتع بأى حقوق في مواجهة مستخدمى أو مشتري خدمات

Dominique SCHMIDT et Claude WITZ, Les opérations fiduciaires en droit français, in Les opérations fiduciaires: pratique, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, p. 307; Claude WITZ, Les transferts fiduciaires à titre de garantie, in Les Opérations fiduciaires: pratique, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, p. 62.

(١)

François DESSAULT, L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures, RDAI, No. 1, 1998, p. 14; Patrick BLANCHARD, Des montages juridiques pour la production indépendante d'électricité, Thèse Paris V, 1994, p. 124; voir le même auteur, op. cit., RDAI, 1998, p. 430; Ole SETEEN-OLSEN, The Build-Operate-Transfer (BOT) concept: an overview. In The BOT concept and experiences in developing countries, UNIDO BOT Programme, Papers, sans année, p. 1; Pierre-henri GANEM, Financement de grands projets internationaux, RDAI, No. 5, 1996, p. 678.

أو منتجات المشروع. وعلى ذلك فإنه من الصعوبة بمكان حوالة حقوق لم تستحق بعد. وفي الواقع أن هذه العقبة يمكن تخطيها عن طريق استغلال المرونة التي تتميز بها بعض التشريعات الوطنية في تحديد فكرة الدين المستقبل. فطبقاً لقانون Daily يمكن حوالة الحقوق الناتجة عن تصرفات قانونية عقدت أو سوف تعقد حتى ولو لم يكن مقدار الدين محل التصرف أو تاريخ استحقاقه لم يحدد بعد. يضاف إلى ذلك أنه طبقاً للقضاء الفرنسي ، فإن استحقاق الدين لا يشكل شرطاً ضرورياً لإمكانية حوالة.

وأخيراً، فإن هناك صعوبات تنجم عن الرجوع إلى ما يسمى بالحوالة الائتمانية التي تعرف بأنها التصرف القانوني الذي بمقتضاه يتنازل شخص إلى شخص آخر عن جزء أو كل أمواله بهدف ضمان سداد دين معين حتى إذا ما تم هذا السداد فإن الشخص الآخر يلتزم بإعادة هذه الأموال إلى المتنازل (١).

فطبقاً لهذه الحوالة، على خلاف الحوالة العادية، فإن الشركة لا تتنازل عن حقوقها في مواجهة مستخدمى أو مشتري خدمات ومنتجات المشروع بصفة نهائية وإنما على سبيل الضمان (٢). فالحوالة الائتمانية تنقل الحق بصفة مؤقتة في حين أن الحوالة العادية تنقله بصفة نهائية. ويقال عند استخدام الحوالة الائتمانية في نطاق تنفيذ مشروعات الـ BOT بأنه يصطدم بالمبدأ القانوني القائل بأنه لا

(١) Dominique SCHMIDT et Claude WITZ, op. cit., Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, p. 307; Claude WITZ, op. cit., Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, p. 62.

(٢) La Cour d'appel de Lyon, 6 octobre 1959, La convention stipule que «M. Augier, en vue de garantir le remboursement du prêt à lui conentir par la société MGM et le paiement des intérêts, a remis à la société MGM les 1850 actions de 10000 francs chacune qu'il possède dans la société Spell. M. Augier a remis ces 1850 actions nominatives par voie de bordereau de transfert signé de lui même (et) se déclare d'accord pour que la société MGM soit propriétaire desdites actions», Rev. Sociétés, 1960, p. 184, note J. AUTESSERRE.



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

امتياز بدون نص. والواقع أن هذا المبدأ ينطبق فقط على الامتيازات القانونية دون الضمانات الاتفاقية.

ولكى تحقق الحوالة بنوعيتها هدفها، فإن مجموعة من التدابير الوقائية والإجراءات التحفظية يجب أن تؤخذ في الاعتبار، وهي تتلخص في:

١- ضرورة النص على أن تغيير شخص مستغل المشروع أو شكله القانوني لن يكون له أى تأثير قانوني على صحة عقد الحوالة. هذا لأن عقد الامتياز المبرم بين السلطة المانحة والشركة صاحبة الامتياز يعطى للأولى حق الحل محل الثانية فى حالة إخلالها بالتزاماتها.

٢- ضرورة الأخذ فى الاعتبار بألا يتجاوز مبلغ القرض مبلغ الدين المحال، فإن استحالة ذلك، فإن للبنوك أن تلزم الشركة بالتنازل عن حقوق أخرى على نحو يحقق التعادل بين المبلغين.

٣- ضرورة التزام الشركة المقترضة بضمان وجود الدين المحال وبعدم وجود أية قيود أو منع من جانب السلطة المانحة على حوالة الحقوق المتولدة عن عقد الامتياز.

٤- إذا قامت السلطة المانحة بالسداد إلى الشركة المقترضة على الرغم من وجود الحوالة فإنه يجب إعلان البنوك بذلك السداد بورقة تجارية فيجب إلزام الشركة بتظهير هذه الورقة لصالح البنوك.

٥- إذا حُجزت الديون محل الحوالة، فإن الشركة لا تلتزم فقط بإعلان البنوك ولكن أيضاً بتزويدها بالمستندات اللازمة لمعارضة الحجر مع إعلان الدائن الحاجز بوجود حقوق لصالح البنوك على الدين المحجوز.

٢٣- أنظمة القانون المدنى الخاصة بانقضاء الحقوق (الإبابة فى الوفاء). وإلى جانب حوالة الحق، فإن الإبابة فى الوفاء تعتبر نظاماً قانونياً فذا لمنع مرور

العائدات المالية للمشروع بذمة الشركة المقترضة^(١)، وطبقاً لهذا النظام، وعلى الرغم من أنه يعتبر طريقاً لانقضاء الالتزامات، وليس لنقل الحقوق، فإن الشركة المقترضة (المنيب) تنيب مستخدمي ومشتري خدمات ومنتجات المشروع (المناب) بالوفاء إلى البنوك (المناب لديه). والحال هكذا فإن استخدام الإنابة في الوفاء في نطاق تنفيذ مشروعات الـ BOT يحقق المزايا التالية:

إن الإنابة في الوفاء تؤدي إلى خلق علاقة قانونية جديدة بين مستخدمي أو مشتري خدمات ومنتجات المشروع وبين البنوك المقرضة. فقبول مستخدمي ومشتري خدمات أو منتجات المشروع للإنابة، فإنهم يلتزمون بالوفاء للبنوك بغض النظر عن مصير العلاقة القانونية الموجودة بين الشركة المقترضة والبنوك المقرضة.

وبناء عليه فإنه يتمتع على مستخدمي أو مشتري خدمات أو منتجات المشروع الدفع في مواجهة البنوك المقرضة بأية دفع مستمدة من العلاقة الأصلية ما بين الشركة المقترضة والبنوك المقرضة. هذا على خلاف الحوالة حيث أن المحال عليه يستطيع الدفع في مواجهة البنوك بكل الدفع المتولدة عن العلاقة الأصلية الموجودة بينه وبين المحيل. كذلك فإنه يترتب على الإنابة حماية البنوك من مزاحمة الدائنين الآخرين في حالة إفلاس الشركة المقترضة على اعتبار أن الحق محل الإنابة لا يعتبر منذ قبول الإنابة جزء من الضمان العام للشركة المقترضة وإنما ضمان خاص لصالح البنوك

(١) وقد سبق وأن استخدم نظام الإنابة في الوفاء كضمان غير مباشر لصالح البنوك في بناء مصنع في البرازيل، فالعقد كان ينص على:

« L'emprunteur requiert irrévocablement de l'acheteur de verser directement aux banques les montants du contrat d'approvisionnement qui correspondent aux versements dus en vertu du crédit; que la présente délégation est une délégation imparfaite, que l'acheteur s'interdit d'invoquer, pour se soustraire à ses engagements envers les banquiers, une exception quelconque.»



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

المقرضة.

وإلى جانب نظام الحوالة والإنابة في الوفاء والذي يهدف إلى منع مرور العائدات المالية للمشروع بذمة الشركة المقترضة، فإن هناك إعلان الحوالة في القانون المدني المصري والفرنسي، ونظام الـ Security Interest في القانون الأمريكي ونظام الـ Floating Charges^(١) في القانون الإنجليزي والتي تهدف جميعاً إلى إقامة حق أولوية لصالح البنوك على دخول المشروع.

٢٤- أنظمة القانون المدني التي تنشأ للبنوك أولوية على عائدات المشروع (إعلان حوالة). فمن وقت إعلان الحوالة أو قبولها ينتقل الدين المحال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال له. فقبل إعلان الحوالة تعتبر التصرفات التي تجريها الشركة على الدين نافذة في حق الغير (رهن أو حوالة أخرى). وبالمقابل فبعد إعلان الحوالة، فإن الدين يخرج بصفة نهائية من ذمة الشركة المقترضة ويدخل في ذمة البنوك المقرضة. والحال هكذا، فإن الإعلان يعتبر وسيلة فذة لإقامة حق أولوية لصالح البنوك على عائدات المشروع وذلك في حالة إفلاس الشركة.

٢٥- نظام الـ Security Interest في القانون الأمريكي^(٢) وعلى خلاف الرهن الرسمي الخاص بالعقارات والرهن الحيازي بالمنقولات، فإن وعاء الـ Security Interest يشمل المنقولات والعقارات بالتخصيص المملوكة بالفعل أو

(١) لمزيد من التفصيل حول هذا لآلية، انظر:

Frédérique DAHAN, La floating charge: reconnaissance en France d'une sûreté anglaise, JDI, 1996, p. 381; C. WITZ, Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés, RD bancaire et bourse, No. 32, 1992, pp. 143 et s.; Michael ELLAND-GOLDSMITH, Les sûretés réelles mobilières du droit anglais, RDAI., RDAI, No. 2, 1995, P. 145; Jean-François RIFFARD, op. cit., 1997, p. 249.

(٢) لمزيد من التفصيل حول هذا النظام، انظر:

Jean-François RIFFARD, Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, LGDJ., 1997, p. 133; Dominique LEGEAS, op. cit., 1986, p. 296.

التي سوف تمتلكها الشركة المقترضة في المستقبل. ولكي يكون الـ Security Interest نافذ في مواجهة الغير، فإن هناك ثلاث طرق هي وضع الأموال محل الضمان في حيازة الشخص المقرر لصالحه الضمان أو في حيازة شخص ثالث، التسجيل، وأخيراً فهناك النفاذ التلقائي. وفي هذا الصدد فإن أنسب وسائل نفاذ هذا الضمان في حق الغير هو التسجيل الذي يحقق منذ لحظة تمامه أولوية لصالح البنوك على الأموال.

٢٦ - نظام الـ Floating Charges في القانون الإنجليزي^(١). وفيما يتعلق بنظام الـ Floating Charges، فإن وعاءه، على خلاف الـ Security Interest والرهن الرسمي و الحيازي، يشمل العقارات والمنقولات كما أنه لا يقتصر على الأموال الحالة وإنما يشمل الأموال التي سوف تدخل في ذمة المدين الراهن. ويلاحظ أن هذا النظام لا يتقل كل مفرد على حده من مفردات الذمة المالية للمدين الراهن وإنما يتقل الكلية المجردة لهذه المفردات.

وعلى ذلك فإن هذا النظام يحقق فائدة كبيرة للشركة المقترضة التي تظل حرة في التصرف في أموالها محل الضمان سواء بالبيع أو بالرهن أو ما إلى ذلك، بشرط أن يكون هذا التصرف قد أبرم في السياق العادي لأنشطة الشركة. وفي الفرض العكسي، أي إذا كان التصرف لم يبرم في السياق العادي لنشاط الشركة، فإن البنوك تستطيع تنفيذ الضمان وعندئذ يتحول الـ Floating Charges إلى Fixed Charges وعندئذ فإن الضمان يتقل كل مفرد على حده.

(١) لمزيد من التفصيل حول هذا لألية، انظر:

Frédérique DAHAN, La floating charge: reconnaissance en France d'une sûreté anglaise, JDI, 1996, p. 381; C. WITZ, Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés, RD bancaire et bourse, No. 32, 1992, pp. 143 et s.; Michael ELLAND-GOLDSMITH, Les sûretés réelles mobilières du droit anglais, RDAI, RDAI, No. 2, 1995, P. 145; Jean-François RIFFARD, op. cit., 1997, p. 249.



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

المبحث الثالث

عقبات اللجوء إلى التحكيم في مجال

مشروعات ال BOT

٢٧- تمهيد. في سبيل الرجوع إلى التحكيم كآلية لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ مشروعات ال BOT، توجد عقبات قانونية وأخرى واقعية ، وهو ما سنتناوله على التوالي .

٢٨- **العقبات القانونية** . ووفقا لنص المادة الأولى من القانون محل هذه الورقة ، فإن التحكيم كما هو جائز بين أطراف من أشخاص القانون الخاص ، فهو جائز أيضا بين أطراف من أشخاص القانون العام أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع . وفي هذا الصدد، يختلف القانون الجديد عن القانون الملغى (المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات) الذي لم يكن يشتمل على نص مماثل يسمح لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم . وفي ظل هذا النص ، ثار نزاع حول مدى إمكانية الرجوع إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية : فمجلس الدولة يرفض ، بمقتضى رأى قسم الفتوى والتشريع الصادر ٢٢ فبراير ١٩٩٧^(١)، خضوع مثل هذه المنازعات للتحكيم استنادا إلى المادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الخاص بتنظيم مجلس الدولة، والتي تقرر أن يختص المجلس وحده بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، في حين أن محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في ١٩ مارس (١٩٩٧ بشأن النزاع الناشئ بين الهيئة العامة للأثار وبين الشركة الإنجليزية G. Silver Night Company لإجراء أعمال ترميم في متحف النوبة بأسوان ،

(١) انظر في تفصيل هذا الرأي ، رسالتنا السابق الإشارة إليها ، بند ٦٦٤ ، ص ٤٨٤ .

والذى طلبت فيه هيئة الآثار إلغاء حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإنجليزية وذلك استنادا الى الطبيعة الإدارية للعقد المشتمل على اتفاق التحكيم) ، رفضت هذا الطلب على أساس :

-نص المادة الأولى من القانون الجديد والتي تسمح لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم .

- أن نص المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة تحدد فقط اختصاصات القضاء الإداري في علاقته بالقضاء العادي ، ومن ثم فهي لا تستبعد اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية .

-وأخيرا أن المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة تحظر على الدولة أو أية هيئة عامة إبرام أو قبول عقود ، أو التوفيق أو التحكيم أو تنفيذ حكم تحكيم صادر في علاقة تزيد قيمتها عن ٥٠٠٠ جنيها مصريا دون اخذ الأذن المسبق للإدارة المختصة^(١)، ومن ثم فان هذا الحظر يحمل في طياته ضمنا إمكانية لجوء الدولة أو إحدى هيئاتها العامة إلى التحكيم .

ولفض هذا الاشتباك ، فقد أصدر المشرع القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ، المعدل لبعض أحكام القانون الجديد، الذى سمح بمقتضاه صراحة جواز التحكيم فى المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، ولكنه قيد ذلك بضرورة الحصول على موافقة مسبقة من الوزير المختص أو السلطة المختصة بالنسبة للشخص المعنوى العام ، وهذه الموافقة لا يجوز فيها التوكيل ، بل تجب أن تصدر من الوزير نفسه أو من السلطة المختصة ذاتها . وإذا كانت هناك مخاوف من هذه الموافقة التى يمكن أن تتيح مجالا لمنازعات ناشئة عن اختلاف التفسيرات لشكلها : هل يجب

(١) انظر فى تفصيل هذا الحكم ، رسالتنا السابق الإشارة إليها ، بند ٦٦٣ ، ص ٤٨١ وما بعدها .



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

أن تصدر فى وثيقة مستقلة ، أم يجب أن يوقع الوزير المختص أو السلطة المختصة اتفاق التحكيم ؟ فإننا نرى أن القانون واضح وصريح فى استلزام الموافقة المسبقة ، تصدر هذه الموافقة فى وثيقة مستقلة أو يوقع الوزير أو السلطة المختصة على اتفاق التحكيم ، المهم أن توجد وإلا كان للدولة أو أحد أشخاصها العامة أن تتصل من اتفاق تحكيم سبق وان وقعت عليه .

٢٩- **العقبات الواقعية** . تتولد هذه العقبات فى الواقع من كثرة المتدخلين فى مجال تنفيذ مشروعات ال BOT، والذى يترتب عليه بطبيعة الحال كثرة العقود المبرمة لترجمة ما تم النص عليه فى عقد الامتياز المبرم بين اتحاد المشروعات أو الشركة صاحبة المشروع من ناحية وبين السلطة المانحة للالتزام من ناحية أخرى.

فعلى مستوى كثرة المتدخلين، فتحقيق مشروع طبقاً لنظام ال BOT يتطلب تدخل عدة أطراف من خلال شركة تقام خصيصاً لإنجاز المشروع ، أطراف متباينين فى المهام وفى الأهداف التى يسعى كل طرف إلى تحقيقها. وفى البداية ، هناك رعاة المشروع الذين يتجمعون فى صورة اتحاد مشروعات يتخذ أحد أشكال الشركات المتاحة فى الدولة المستضيفة للمشروع ، وذلك فى ضوء ما يفرضه الإطار القانونى الملائم، الموجود فى هذه الدولة، للأهداف التى يسعى الأطراف إلى تحقيقها سواء من حيث المسؤولية أو من حيث توزيع الأرباح، أو من حيث إمكانيات إصدار أوراق مالية تساعد على تمويل المشروع ، أو من خلال شكل الشركة المختار. إن رعاة المشروع يلتزمون بمقتضى عقد يسمى عقد الامتياز ببناء واستغلال مشروع معين. ولكى تتمكن الشركة التى يكونها الرعاة من إنجاز مشروع طبقاً لنظام ال BOT ، فإنها يجب أن تتمتع بقدرة مالية كبيرة،

تطمئن المقرضين والمقاولين والسلطة مانحة الالتزام إلى أنها سوف تستطيع تنفيذ التزاماتها الناتجة عن عقود الامتياز ، والقرض ، والبناء ، والاستغلال أن وجد. وإلى جانب رعاة المشروع ، يقف معهم وإلى جانبهم في خندق واحد المقرضين الذين يعدون ، بظهور نظام الـBOT ، أحد الشركاء الجدد في إنشاء المشروعات الدولية الكبرى.

ونظراً لأنهم ، أي المقرضين ، يتحملون جزء من المخاطر بالاشتراك مع رعاة المشروع ، ويعتمدون في استرداد قروضهم على العائدات المالية للمشروع ، فإنهم يولون أهمية كبرى لدراسات الجدوى الاقتصادية والمالية للمشروع والتي على ضوئها يتخذون قرارهم بالتمويل من عدمه ، فكلما كانت هذه الجدوى جيدة من حيث معدل الفائدة ، أو مدة القرض كلما اقبلوا على المشروع.

وواقع أن المقرضين لا يقتصروا فقط على البنوك التجارية وإنما يشملوا أيضاً هيئات ضمان الصادرات والتي تنشئها الدول لتشجيع صادراتها ومثالها الـCOFACE في فرنسا EXIMBAK في الولايات المتحدة ، كذلك فإن هيئات التمويل الدولية كالبنك الدولي وهيئاته تشكل مصدر أساسى للقروض. إن تدخل هذه الهيئات ، جنباً إلى جنب مع البنوك التجارية ، ينطوى على أهمية كبيرة ، ذلك لأنها لا تحرص على تحقيق أرباح بقدر حرصها على تحقيق التنمية الاقتصادية وانتعاش الصادرات .

وبين المقرضين ورعاة المشروع ، تقف السلطة العامة مانحة الالتزام والتي تنظم اختيار المشروع الذى سوف يتم تنفيذه وذلك فى ضوء معايير عدة تستند جميعها إلى مدى المردود الاقتصادى والاجتماعى للمشروع على الاقتصاد القومى. وإلى جانب ذلك فهى التى تبرم عقد الامتياز مع الشركة صاحبة



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

المشروع، وتمنع التراخيص والتصاريح الإدارية اللازمة لعمليات البناء والاستغلال .

يضاف إلى المتدخلين الأساسيين السابقين، المقاولين المسؤولين، في نطاق عقد تسليم المفتاح، عند تنفيذ أعمال البناء ، المستغلين الذين يلتزمون باستغلال المشروع بصورة جيدة تمكن من الحصول على أكبر عائد مالى، المستثمرين الذين يشاركون في رأس مال الشركة الذين يبحثون دائما عن تحقيق ربح ويأخذون عائدهم سواء نجح المشروع أم فشل ، المتعهدين بتوريد المواد الأولية اللازمة لتشغيل المشروع ، شركات التأمين ، الخبراء الماليين ، المحامون ، الخ. والى جانب كثرة المتدخلين، فتوجد كثرة فى العقود المبرمة فى إطار منظومة ال BOT : عقد الامتياز بين السلطة المانحة للامتياز وبين الشركة صاحبة المشروع، عقد الإنشاءات المبرم بين المقاول وبين الشركة صاحبة الامتياز، وعقود شراء الطاقة وعقود التمويل والصيانة وغيره من العقود التى اشرفنا إليها سابقا .

وإزاء هذه الكثرة من الأشخاص والشركات اللازمة لتنفيذ المشروع، وبالتالي الكثرة فى العقود المبرمة ، فان عدة أسئلة فى حاجة إلى إجابة تطرح نفسها: ١- هل من المفضل تنظيم عدد من التحكيمات لحل المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ هذه العقود مع تحمل مخاطر وجود أحكام تحكيم متعارضة يصعب تنفيذها ؟ ٢- هل من المتاح للأطراف المتدخلة وضع شرط تحكيم واحد فى العقود المبرمة يوافق عليه كل الأطراف ؟ ٣- هل يمكن للشخص الذى لا يكون طرفا فى اتفاق التحكيم التدخل فى خصومة التحكيم لتجنب صدور حكم تحكيم يتضمن ضررا يلحقه وذلك على الرغم من الأثر النسبى لاتفاق التحكيم ؟ ٤- هل يجوز لأطراف اتفاق

التحكيم التمسك به في مواجهة طرف ثالث ؟ هذه الأسئلة تتطرح مشاكل متعلقة بالتحكيم متعدد الأطراف ، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم .

٣٠- التحكيم متعدد الأطراف. ويوجد التحكيم متعدد الأطراف عندما تجمع إجراءات التحكيم عدة أطراف في خصومة تحكيم ناشئة عن اتفاق تحكيم مبرم بين طرفين . وهذا التحكيم قد يكون نظاميا عندما يتفق أكثر من طرفين على اللجوء إلى هيئة تحكيم معروف نظامها مسبقا مثل الاتفاق على اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية بباريس أو إلى محكمة التحكيم بلندن أو إلى المركز الاقليمي للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة، الخ..... كما انه قد يكون غير نظاميا عندما يتفق الأطراف على تشكيل هيئة تحكيم خصيصا لحسم النزاع بينهم ويختارون هم القانون الذى سوف تطبقه محكمة التحكيم على إجراءات التحكيم .

واللجوء إلى التحكيم متعدد الأطراف فى إطار تنفيذ مشروعات ال BOT يفترض موافقة جميع الأطراف على شرط التحكيم ، مثله فى ذلك مثل التحكيم وفق نموذجة التقليدى والذى يجرى فيه التحكيم بين طرفين اثنين فقط. والتنازل أو الحلول فى العقود الذى قد يتم فى نطاق المشروع من طرف إلى طرف آخر (حلول البنوك المقرضة محل الشركة صاحبة المشروع، حلول البنوك محل الشركة فى عقود ال Take or pay) قد يثير صعوبات أمام اللجوء إلى التحكيم متعدد الأطراف فى مجال مشروعات ال BOT . وايا ما كان الأمر، فان الرضا بالتحكيم يعد شرطا أساسيا لصحة اتفاق التحكيم. ويكون اللجوء إلى هذا التحكيم عن طريق إما عن طريق وضع نفس شرط التحكيم فى كل العقود التى تشكل البنيان التعاقدى لمشروعات ال BOT يوافق عليه جميع الأطراف، وإما عن طريق إبرام اتفاق تحكيم بين كل هذه الأطراف بعد نشوب النزاع بطبيعة الحال .



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

والواقع أن هذا النوع من التحكيم يحقق، في نطاق حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ المشروع، العديد من الفوائد والتي منها :

- تجنب وجود أحكام تحكيم متعارضة إذا ما تعددت خصومات التحكيم.
- سهولة حل المنازعات التي تثور بين أكثر من طرفين.
- الاقتصاد في النفقات والتي تنشأ من تشكيل هيئة تحكيم واحدة .
- السرعة في الفصل في المنازعات نظرا لتجميعها كلها أمام محكمة واحدة .

وعلى الرغم من كل هذه المزايا، إلا أن التحكيم متعدد الأطراف ينطوي على صعوبات يتولد معظمها من وجود أكثر من مدعى وأكثر من مدعى عليه، تتعارض مصالحهم وتتضارب مطالبهم، ويظهر ذلك في :

1- المنازعة فيما بين اتحاد المشروعات وبين السلطة المانحة : في هذا الصدد، يجب أن نميز بين اتحاد المشروعات الأفقى والرأسى. ففي حالة اتحاد المشروعات الأفقى، فإن كل المشروعات أعضاء الاتحاد توقع على عقد الامتياز المبرم مع السلطة المانحة المتضمن لشرط التحكيم. والحال هكذا، فإن حكم التحكيم سيكون حجة في مواجهتهم جميعا ويلتزمون بتنفيذه . أما في حالة اتحاد المشروعات الراسى، فإن السلطة المانحة تبرم عقد الامتياز مع مشروع واحد، على أن يتولى هذا المشروع تكوين اتحاد المشروعات فيما بعد . وفي هذه الحالة، فإننا لن نكون بصدد تحكيم متعدد الأطراف إلا إذا حصل المشروع موقع العقد على موافقة باقى أعضاء الاتحاد. وفي حالة رفض هؤلاء التوقيع على شرط التحكيم، فإنهم سيكونون بالنسبة للسلطة المانحة في وضع المقاول من الباطن . ومثال ذلك شرط التحكيم الموضوع في عقد إنشاءات يوافق فيه صاحب المشروع على إدخال عضو في الاتحاد ولم يكن قد وقع على العقد المتضمن شرط التحكيم .

فيجرى هذا الشرط كالتالي : قد اتفق صراحة على أن إذا تعلقت المنازعة التي اتفق على حلها باللجوء إلى التحكيم بطرف في تنفيذ المشروع والذي عهد القيام به من (أ موقع العقد مع صاحب المشروع وفي نفس الوقت عضو في الاتحاد) إلى(ب الذي يعد عضو في الاتحاد ويعد في نفس الوقت مقاول من الباطن بالنسبة لصاحب المشروع)، فان محكمة التحكيم ستكون مختصة بالفصل بحكم تحكيم في واحد فيما يتعلق بالمنازعة الأصلية (بين أ وبين صاحب المشروع) وأية دعوى رجوع من (أ) ضد (ب). والحكم الصادر في الدعوى الأصلية سيكون حجة على أعضاء الاتحاد .

هذا بالنسبة للمنازعة فيما بين الاتحاد وصاحب المشروع، فماذا عن المنازعة التي تثار فيما بين أعضاء الاتحاد أنفسهم . ووضع المشكلة يلخصه السؤال التالي: هل يجوز لمحكمة التحكيم، بعد أن أصدرت حكما يلزم الاتحاد بتعويض صاحب المشروع بمبلغ معين، الفصل في منازعة نشأت بين أعضاء الاتحاد ؟ الإجابة بالإيجاب، ولكن بشرط أن يحصل أعضاء الاتحاد على موافقة صاحب المشروع .

٢- المنازعة في حالة وجود مقاول من الباطن . وهنا يجب أن نميز بين المنازعة فيما بين المنازعة بين المقاول الاصلى والمقاول من الباطن من ناحية، المنازعة بين صاحب المشروع (الشركة صاحبة الامتياز) وبين المقاول من الباطن .

فيما يتعلق بالمنازعة بين المقاول الاصلى والمقاول من الباطن، في هذه الحالة فان الشركة صاحبة المشروع تحاول تحريك مسؤولية المقاول الاصلى لإخلاله بتنفيذ المشروع وفقا لما هو متفق عليه، وعندئذ يكون من مصلحة المقاول الاصلى



آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية

إدخال المقاول من الباطن في الدعوى المرفوعة من الشركة لسوء التنفيذ . في هذه الدعوى يجمع المقاول الاصلى بين صفتين، صفته كمدعى عليه في مواجهة الشركة وصفة المدعى ضد المقاول من الباطن. والتحكيم المتعدد الأطراف يوفر على المقاول الاصلى إجراءات رفع دعوى منفصلة على المقاول من الباطن ويجعل من الحكم الصادر في الدعوى المرفوعة من الشركة حجة في مواجهة المقاول من الباطن .

أما المنازعة بين الشركة صاحبة المشروع وبين المقاول من الباطن، فان معظم التشريعات تعطى للمقاول من الباطن رفع دعوى مباشرة ضد الشركة صاحبة المشروع أمام القضاء العادى. هذه الدعوى يمكن أن ترفع أيضا أمام محكمة التحكيم إذا كانت المنازعة التي تشكلت المحكمة للفصل فيها تجرى بين الشركة صاحبة المشروع وبين المقاول الاصلى في خصوص الأعمال الخاصة بالمقاول من الباطن .

٣١- الأثر النسبى لاتفاق التحكيم . السؤال الذى يطرح نفسه فى هذا الصدد هو هل من الممكن الاحتجاج بشرط التحكيم فى مواجهة شخص لم يكن طرفا فى العقد المنصوص عليه فيه ؟ وإذا وضعنا هذا السؤال فى إطار تنفيذ مشروعات ال BOT فانه يكون كالتالى هل من الممكن التمسك بشرط تحكيم منصوص عليه فى عقد الامتياز مثلا فى مواجهة طرف فى عقد الإنشاءات، كذلك هل من الممكن التمسك بشرط التحكيم الموجود فى عقد الامتياز فى مواجهة الدولة على الرغم من أن الذى وقع العقد هو إحدى هيئاتها العامة أو احد مشروعاتها العامة ؟

فيما يتعلق بالسؤال الأول، فالإجابة هى بالنفى ، فعلى الرغم من أن موضوع كل العقود المبرمة فى إطار المشروع تسعى إلى تحقيق هدف واحد وهو تنفيذ

المشروع في الوقت المحدد وطبقا للمواصفات المتفق عليها، إلا أن شرط الموافقة على التحكيم يظل شرطا أساسيا لكي ينتج شرط أو اتفاق التحكيم أثره في مواجهة طرف ما . ولكن يمكن الاحتجاج بشرط التحكيم الموجود في عقد من العقود في مواجهة طرف آخر في عقد آخر إذا كان أطراف هذا العقد هم أنفسهم الأطراف في العقد الآخر لأن شرط الموافقة على شرط التحكيم يكون قد توافر عندئذ، ويجب أن تكون كل العقود قد أبرمت في وقت واحد أو على فترات متتالية، متتابعة. ويجب التنبيه إلى أن هذه الحالة تختلف عن ضم الدعاوى الناشئة عن عدة عقود في إطار مشروع ال BOT لوحدة الموضوع والأشخاص .

أما فيما يخص السؤال الثاني، فالقاعدة هي أن شرط التحكيم المبرم بواسطة مشروع عام أو هيئة عامة لا يسرى في مواجهة الدولة ولا يمكن بالتالي إدخال الدولة في خصومة التحكيم . وفي احد أحكام التحكيم، فان محكمة التحكيم قررت أن توقيع شرط تحكيم بواسطة مشروع عام من مشروعات الدولة لا يعنى موافقة الدولة على التحكيم. والواقع أن عدم إمكانية الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة الدولة يتأكد أكثر من عدم توقيع الدولة نفسها على العقد المحتوى على شرط التحكيم ومن استقلال المشروع العام الموقع عن الدولة. وقد أثير هذا الموضوع في قضية هضبة الأهرام الشهيرة والتي انتهى الراى فيها إلى عدم إمكانية الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة الدولة لأن الذى وقع العقد ليس الدولة نفسها وإنما الهيئة العامة لتنشيط السياحة وما توقيع وزير السياحة على العقد إلا بمقتضى سلطة الإشراف والوصاية الثابتة له على الهيئة الموقعة .