اصول اساسي بانك اروپايي بازسازي و توسعه

تنها برای پیشبینی روش [واگذاری] امتیاز حائز اهمیت است، بلکه

جهت ثبات و اعتبار موافقتنامه واگذاری و همچنین جلوگیری از رفتارهای بی اساس و سلیقهای ارکان دولتی طرف قرارداد نیز

نقش عمدهای ایفا می کند. با چنین هدفی، قانون پیشرفته مشارکت

عمومی خصوصیی باید تعریف کاملی از قراردادهای [واگذاری]

امتیاز، فهرست بخشهایی که این نوع از قرارداد در آنها مورد

استفاده قرار می گیرد، ارکان دولتی طرف قرارداد و حق امتیاز

منابع: اصل سوم عمدتاً بر گرفته از سند پیشنهاد ۲-۵ راهنمای

الگوى تقنيني آنسيترال است. اين پيشنهاد اهميت مشخص نمودن

افراد و پُستهای رسمی در سطوح مختلف دولت که برای ایفای

نقش [به عنوان] طرف قرارداد، مجاز هستند و همچنین بخشهای

مختلفی که در پروژههای [واگذاری] امتیاز شرکت دارند را استوار

مىنمايد.اين راهنما قصد دارد به منظور حصول اطمينان از شفافيت

ازأنجاكهراهنماومفاد

الگوى تقنيني أنسيترال، اسنادي

است که دقیقابه پروژههای از نوع[واگذاری]

امتياز،مر تبطمي باشدوراهنمايي باچهارچوب

حقوقي موثر وباهدف مهيانمودن شرايط جذاب براي

تنظيمي وتقنيني براى اجراى اثربخش پروژه به

دستمى دهند، اغلب به عنوان راهنماهاى

عموميمورداستفادهقرار

میگیرند

در باب مورد واگذاری امتیاز، اهمیت «تفسیر» معنای «[واگذاری]

امتیاز» را در قانون مورد توجه قرار دهد؛ بدین معنا که فرم، نوع

و هدف پروژه (انواع مدلهای مشارکت عمومی خصوصی) و

همچنین محدودهٔ انحصار حق امتیاز که به نهاد مورد نظر واگذار

ی شود و حوزه جغرافیایی آن را مشخص نماید. به منظور تعریف

[واگذاری] امتیاز، کمیسیون اروپایی تعاریفی از «واگذاری امتیاز

کارها» و «واگذاری امتیاز خدمات» و همچنین معنای تعمیم یافتهٔ

«واگذاری امتیاز»، ارائه میدهد. همچنین در راهنماهای بی اوتی

یونیدو، شفافیت و حوزه اختیارات در مدیریت و اجرای پروژههای

[واگذاری] امتیاز مورد تاکید واقع شده است. (به مواد سه و چهار

اصل ۴: قانون پیشرفته مشارکت عمومی خصوصی باید

چهارچوب حقوقی پایـدار و قابل پیشبینی برای [واگذاری]

گیرندگان واجد شرایط را فراهم نماید.

مهندس حميد حسينزاده

مشاور حقوقي





دکتر جواد حدّاد متخصّص ظرفيتسازي نايبرييس هيأت مديرة موسسة حقوقى تريپل إچ اينترنشنال

اصول اساسی بانک اروپایی بازسازی و توسعه، پیرامون قانون پیشرفته مشارکت عمومی خصوصی (اصول اساسی)، الگوی پروژههای تحوّل حقوقی [ناظر به مباحث] امتیاز /مشارکت عمومی خصوصی را بنا نهاده است. هدف از تدوین این اصول، تشخیص و توسعه مبانی دقیق و پیشرفته حقوق مشار کت عمومی خصوصی در کشورهای عضو بانک اروپایی بازسازی و توسعه است. این اصول با ترویج شفافیت، انصاف، پایداری، پیشبینی پذیری و قابلیت انعطاف در اهداف اصلی خود، سرمایه گذاران و بخش دولتی را از رفتار غیرمنصفانه و هر گونه سوء استفاده مصون می دارد. این اصول، مبتنى بر بالاترين سطح شفافيت در رويهها، تهيه شده و در پی تأمین منافع مشترک تمام طرفهای قرارداد است. این سند نخستین بار به منظور اخذ نظرات عمومی و با عنوان «متن اوّلیه بابت تبادل نظر» در سـال ۲۰۰۵ در تارنمای این بانک قـرار گَرفت و هم اکنون در قالب آخرین ویرایش قرار دارد.

اطلاعات بیشتر در خصوص این اصول اساسی به همراه نسـخههایی به زبانهای انگلیسـی، روسی و فرانسـه را می توان در تارنمای بانک اروپایی بازسازی و توسعه، دریافت نمود.

هدف این سند، تشریح مفاهیم اصول اساسی و منابعی است که در تهیه اصول از آنها بهره گرفته شده است. همچنین، سند حاضر رامی توان همراه با /به عنوان متن تکمیلی سند دیگری با عنوان «مشارکت عمومی خصوصی و متن اوّلیه بابت تبادل نظر» بانک که با نگاه جامعی به اَشکال متفاوت مشارکت از دیدگاه بانکداری پرداخته و توسط بخش بانکداری بانک اروپایی بازسازی و توسعه در جولای سال ۲۰۰۶ تهیه و تنظیم شده است، مورد مطالعه قرار داد.

اصول اساسى

این اصول اساسی، مطابق با استاندار دهای کلیدی و پذیرفته شدهٔ بین المللی و بهترین رویهها، توسط پروژههای همکاری فنی گروه حقوقی انتقال، شامل مطالعات منطقهای، پایشها و ارزیابیهای بخشی و همچنین نتایج شرکت این گروه در تهیه اسناد استاندارد بين المللي (مانند مفاد الگوی تقنینی آنسیترال برای

پروژههای زیرساختی تأمین مالی شده توسط بخش خصوصی) تهیه، آزمودُه و پالوده شده است. اسـناد بینالمللی زیـر در تهیه اصول اساسـی مور د

استفاده قرار گرفته است: ■راهنمای یونیدو برای توسعه زیرساختها از طریق پروژههای ساخت، بهره برداری، انتقال؛ تهیه شده در سال

۱۹۹۶ (راهنمای بیاوتی یونیدو)؛ ■ سـند عناصر مبنایــی حقوقــی اواییســیدی در موافقتنامههای امتیازی؛ تهیه شده در سالهای ۱۹۹۹

■راهنمای الگوی تقنینی آنسیترال برای پروژههای زیرساختی؛ تهیه شده در سال ۲۰۰۰ (راهنمای الگوی تقنینی آنسیترال)؛ ■مفاد الگـوى تقنينى آنسـيترال براى پروژههاى زيرسـاختي تأمین مالی شده توسـِط بخش خصوصی؛ تهیه شده در سال ۲۰۰۳ تُـ (مفاد الگوى تقنيني آنسيترال).

اسـناد منطقهای زیر هم، در تهیه اصول اساسـی مور داسـتفاده

■مکاتبات تفسیری کمیسیون اروپایی در خصوص [قرار دادهای] امتیازی، تحت قانون شورای اروپایی؛ تهیه شده در سال ۲۰۰۰؛ ■راهنمای کمیسیون اروپایی برای مشارکت عمومی خصوصی؛ تهیه شده در سال ۲۰۰۳؛

■سند سبز کمیسیون اروپایی در خصوص مشارکت عمومی خصوصی و قانون جامعه اروپایی بـرای قرار دادهای بخش عمومی و امتیازی؛ تهیه شده در سال ۲۰۰۴.

از آنجا که راهنما و مفاد الگوی تقنینی آنسیترال، اسنادی است که دقیقاً بـه پروژههای از نوع [واگذاری] امتیاز، مرتبط میباشد و راهنمایی با چهار چوب حقوقی موثر و با هدف مهیا نمودن شرایط جذاب برای سرمایه گذاری در پروژههای با تأمین مالی بخش خصوصی فراهم می نماید، از منابع اولیه برای تهیه اصول اساسی قرار گرفتهاند. از آنجا که سایر اسناد مرجع نامبرده، اطلاعاتی در خصوص ماهیت، ساختار و خویژگیهای مشارکت عمومی خصوصی (شامل تعریف «امتیاز») و چهار چوبهایی تنظیمی و تقنینی برای اجرای اثربخش پروژه به دست میدهند، اغلب به عنوان راهنماهای عمومی مورداستفاده قرار می گیرند.

اصل ۱: قانون پیشـرفته مشارکت عمومی خصوصی، ایستی مبتنی بر سیاستهای شفاف برای مشار کت بخش خصوصی باشد.

> شرح: راهبرد/سیاست شفاف دولت در خصوص مشارکت بخش خصوصی، درست همانند یک چهارچوب تقنینی دقیق، برای تعیین تعهدات دولت در توسعه شرایط جذاب سرمایه گذاری و همچنین انعكاس تلاشهاي وي جهت ارتقاء شرايط حقوقي امر مشارکت عمومی خصوصی، دارای اهمیت وافری است. این راهبرد /سیاست بایستی به صورت عمومی در سطح اسناد مصوب دولتی توسعه یابد.

منابع: راهنمای بیاوتی یونیدو به اهمیت راهبردهای شفاف دولت در انتقال مفاهیم تعهدات حاکمیت و توسعه شرایط سیاسی، حقوقی و تقنینی جذاب برای ســرمایه گذار تاکیــد نموده اســت و از این رو، علاقه سرمایه گذاران بالقوه را [برای سرمایه گذاری] افزایش

اصل ۲: قانون پیشـرفته مشارکت عمومی خصوصی، باید مبنای تقنینی دقیقی برای [واگذاری]امتیاز ایجاد نماید

شرح: مشار کت جدّی بخش خصوصی در توسعه زیرساختها و همچنین عملکرد اثربخش نظام امتیازی نیازمند یک چهار چوب حقوقی توانمند است. چنین چهار چوب تقنینی موثری، برای تعیین نقش ها و مسئولیت های طرفین قرار دادی و همچنین تخمین ریسک کشور، از سوی سرمایه گذاران بالقوه حائز اهمیت میباشد. چهار چوبهای حقوقی امتیاز را هم می توان با یک قانون خاص واگذاری و هم از طریق مجموعهای از قوانین بخشی و ویژه که محیط حقوقی پایدار، قابل پیشبینی، منصفانه و شفاف را برای پروژههای امتیازی ایجاد مینمایند، تنظیم نمود.

منابع: اهمیت چهار چوب حقوقی موثر برای پروژههای واگذاری، در سند پیشنهادی شــماره یک راهنمای تقنینی آنسیترال منعکس شـده اسـت. این سـند پیشـنهادی، تاکید ویژهای بر اهمیت قابل اطمینانبودن قوانین [واگذاری] امتیاز، نه تنها از منظر شـفافیت و ثبات نرخ سرمایه گذاری بلکه از جهت به نمایش در آوردن تعهدات سیاسی کشور (سرمایه پذیر) دارد.

اصل ۳: قانون پیشـرفته مشارکت عمومی خصوصی، باید شفافیت در مقررات را فراهم نماید. شرح: قانون آواگذاری آ امتیاز بایستی صریحاً حوزه کاربری خود را تعریف نماید؛ بدین معنا که ارتباطات حقوقی که چنین

قانونی در پی توسعه آن است، بایستی تعیین شود. این وضوح نه

شرح: به عنوان یک قاعده، پروژههایی با تأمین مالی بخش خصوصی بسیار مانا (با ماندگاری بالا) میباشند. با این وجود، عوامل مختلف و فراوان موثر بر پروژه، ممکن است در طول مدت اجرا، تغییر

الگوى تقنيني آنسيترال نگاه كنيد)

پیرامون گزینش و توجیه مبانی قانون پیشرفته مشاركت عمومي خصوصي

عضو هيأتمديرة موسّسة حقوقى تريپل إچ اينترنشنال [واگذاری] امتیاز اشاره دارد که امکان حمایت مالی و یا تضمین دولت را در به انجام رساندن مناسب تعهدات [به عنوان] طرف قرارداد فراهم می کند؛ حمایت دولت در اغلب موارد برای ارتقاء سطح سهولت [کار] برای سرمایه گذاران بالقوه، رشد جاذبههای سرمایه گذاری، همچنین حمایت از اجرای پروژهها، ضرورت دارد. منابع: پیشنهاد شماره ۱۳ راهنمای الگوی تقنینی آنسیترال بیان میدارد که قانون پیشرفته [واگذاری] امتیاز باید حاوی مفادی روشين هم در خصوص نوع بخش دولتي حمايت كننده و هم، نوع حمايت اعمال شده باشد. اصلُ ۱۰: قانون پیشرفته مشـار کت عمومی خصوصی باید ملاحظاتي نسبت به تسهيم وثائق داشته باشد شرح: على القاعده، فقط قريب به ٣٠٪ منابع مالي پروژه [واگذارِی] امتیاز توسط «شرکتپروژه»، تأمین و حدود ۷۰٪ دیگر، معمولاً از طریـق بانکها (وام دهنـدگان) در قبال اخـذ وثیقه و بر اساس حقوق و تکالیف «شرکت پروژه» (سرمایه گذار یا اسپانسر) در

قرارداد [واگذاری]امتیاز، تأمین می گردد. با این وجود، برای آنکه چنین وثیقهای عملیاتی باشد، دولت باید تضمین کند که در صورت عملیاتی شدن وثیقه، وامدهنده (بانک) با رویههای مناسب، مجاز باشد تا در جریان اجرای قرار داد مشار کت عمومی خصوصی (قرار داد [واگــذاری] امتیاز) وارد شــود. بنابراین، این ســاز و کار اســتمرار و پایداری پروژه و اثربخشی سرمایه گذاری را تضمین مینماید. منابع: پیشنهاد شماره ۴۹ راهنمای الگوی تقنینی آنسیترال بر

اهمیت شمول مفاد قانون پیشرفته [واگذاری] امتیاز بر تضمین حق «شـر کت پروژه» در هر گونه تأمین مالـي براي پروژه با تسهیم متناسب وثیقه از داراییها، سهام شرکت پــروژه، مقادیــر دریافتنــی و وثائــق مناســب دیگر تاکید دارد. همچنین، ماده ۱۶ سند اوایسیدی در خصوص عناصر اصلی قانون موافقتنامههای [واگذاری] امتیاز این اصل را مورد تایید قرار داده و اشعار میدارد که «شرکتپروژه» مى تواند و ثيقـه را تحت موافقتنامهٔ [واگذاری] امتیاز با پرداختها و مقادیــر دریافتنی ایجــاد کند. (به

Core Principles (EBRD Core

Principles for a Modern Concession Law)

LTT (Legal Transition Team)  $MCL(Modern\,Concession\,Law)$ 

PPP (Public Private Partnership) PSP (Private Sector Participation)

national Commercial Law)

۱- قرار دادهای مشارکت عمومی خصوصی یا قرار دادهای امتیاز (http://ppp.worldbank.org)

منابع: مطابق پیشنهاد شماره دو راهنمای الگوی تقنینی \_يترال، بـه منظور حصول اطمينان از مذاكره اثربخش و اجرایی نمودن پروژهٔ [واگذاری] امتیاز، تعیین اشخاص یا

خود، سرمایه گذاران وبخش دولتی را از رفتار غيرمنصفانهوهر كونهسوءاستفاده کنند که یکی از آنها مسایل تقنینی است. ریسک تغییر در قوانین می تواند اعتبار توافقات پروژه را دچار مخاطره و در نتیجه، پایداری قرارداد را تهدید نماید. به منظور حصول اطمینان از پایداری توافقات و [بقاء] اهلیت (ظرفیّت) طرفین قرار داد در عمل به حقوق و تكاليف خود، دولت حاكم بايداز تغييرات مكرر در مسايل تقنيني [واگذاری] امتیاز، اجتناب کند؛ همچنین باید مفاد الزام آوری را در

> $[ell_{-1}]_{\text{local}} = [ell_{-1}]_{\text{local}} = [ell$ سـت که به معنای حمایت از سـرمایه گذار (امتیاز گیرنده)

۴۰ الگوی تقنینی آنسیترال نگاه کنید.)

شرح: این اصل مرتبط با انصاف، شفافیت و سرمایه *گذ*اری در پروژههای با تأمین مالی بخش خصوصی قابلیت دسترسی به رویهها و قواعد [واگذاری] امتياز، جهت گزينش و مديريت سرمايه گذار (امتیاز گیرنده)، همچنین نحوه اجرای آتی قرارداد [واگذاری] امتیاز است. تحت حاكميت اين اصل، قانون پيشــرفته مشــاركت عمومی خصوصی ([واگذاری] امتیاز) باید پیشبینی کنندهٔ فرآیندی باشد که گزینش رقابتی و شفاف (كه شامل استثنائات فرآيند رقابتي باشد)، رفتار مساوی با سرمایه گذاران بالقوه، فرصتهایی برای مقابله با چالشهای قواعد و تصمیمات ارکان دولتی طرف قرارداد و همچنین قواعد رقابتی برای پیشنهادات ناخواسته

منابع: در تهیه این اصول، تعدادی از پیشنهادات راهنمای الگوی تقنینی آنسیترال مورد استفاده قرار گرفته است. به طور ویژه، پیشنهادات شــماره ۹ و ۱۰ راهنما بیان میدارند که رویهها و قواعد تنظیم کننده در خصوص قراردادهای [واگذاری] امتیاز، باید عینی، شفاف و قابل دســترس(برای عموم) باشــند. فراتر از این، پیشنهاد شـماره ۱۰، بر اهمیت به کار گیـری رویههای بازبینـی تصمیمات تنظیم شده توسط یک سازمان مستقل تأکید دارد. همچنین در پیشنهاد شماره ۱۴ راهنمای الگوی تقنینی آنسیترال،انصاف و شفافیت در رویهها و قواعد [واگذاری] امتیاز، منعکس شده است واشاره به اهمیت تضمین اجرای رویه های رقابت منصفانه برای گزینـش سـرمایه گذار (امتیاز گیرنده) دارد. در پیشـنهاد شـماره ۳۹، حق بازبینی عملکرد طرف قراردادی دولتی در خلال فرآیند گزینے برای بخے شخصوصی شے کت کنندہ در پے روژہ تضمین مى شود. همچنين، راهنماى الگوى تقنينى آنسيترال، رويههايى برای پیشنهادات غیر رقابتی (پیشنهاد شماره ۲۸) و پیشنهادات ناخواســته (پیشــنهادات شــماره ۳۰ تــا ۳۵) ارائــه می دهد. اصل شماره پنج با مستنداتی همچون سند تفسیری شورای اروپایی، سند سبز شورای اروپایی در خصوص مشارکت عمومی خصوصی، قانون اتحادیـه اروپا در خصوص قراردادها، امتیاز و عناصر اساسـی اوای سے دی برای قانون موافقت نامه های امتیاز پشتیبانی می شود.

توافق طرفین پیشبینی نماید که کاربری ماندگار برای ساز و کار مورد استفاده در هنگام انعقاد قرارداد و نیز به منظور رویارویی با ریسکهای حقوقی، پیشبینی نماید.

پیشنهاد شـماره ۵۸از راهنمای تقنینی بیان می دارد که، قانون مورد نظر باید توافق [واگذاری] امتیاز را در برگیرد و ریسکهای حقوقى بالقوه رابه نمايش گذارد؛ همچنين مفادى ناظر به روشهای جبران نتایج منفی حاصل از تغییرات در قوانین پیش روی [طرفین عقد]، قرار دهد و ساز و کارهای بازبینی شرایط پس از وقوع چنین تغییراتی را در نظر داشته باشد. همچنین، عناصر ساسی اوایی سیدی در خصوص قانون حاکم بر موافقتنامه بابت تغییرات محتمل در قوانین میباشد. (به مواد ۳۹ و

اصل ۵: قانون پیشـرفته مشـارکت عمومی خصوصی باید انصاف، شفافیت و قابلیت دسترسی به رویهها و قواعد [واگذاری] امتیاز را ترویج نماید.

فراهم می نماید،از منابع اولیه برای تهیه اصول اساسی قرار گرفتهاند.ازانجا که سایر اسنادمرجع نامبرده،اطلاعات<u>ی</u> در خصوص ماهیت،ساختار و خویژ *گیهای* مشار کت عمومی خصوصی (شامل تعریف «امتیاز»)و چهار چوبهایی

(برنامهریزینشده از قبل) را تضمین کند.

دفاتری کے برای ورود بے تعہدات مراحل مختلف مذاکرات قراردادی توانمند هســتند از اهمیت خاصی برخوردار اســت. همچنین پیش بینی تخصیص مناسب اختیارات در سطوح مختلف دولتی (دولت مرکزی و دولت محلی) در جریان مذاکره و اجرای پروژه در قانون امتیازی حائز اهمیت میباشد. برای در نظر گرفتن حوزه وسیعی از عوامل و نیز بهمنظور تخصیص بهینهٔ ریسکهای مرتبط، پیشنهاد شماره ۱۲ راهنمای الگـوى تقنيني آنسـيترال، مفادى كه قابليـت مذاكره براى طرفین را به شکلی غیر الزام آور محدود نکند، توصیه می کند. اصل ۸: قانون پیشرفته مشارکت عمومی خصوصی بایستی دادگاه / مرجع داوری با آراء لازمالاجرارا

[شناسایی و] معتبر بداند. شرح: بر اساس این اصل، قانون پیشرفته [واگذاری] امتیاز، باید امکان حمایت از حقوق و منافع طرفین قرار دادی را تحت یک نظام لازم الاجرای حل و فصل اختلاف (شامل رویههای داوری بینالمللی و الـزامآوری آراء داوری) فراهـم نمایـد. این اصل به طور خاص برای ایجاد یک محیط جـذاب، قابل پیشبینی و مطمئن برای سرمایه گذاران حائز اهمیت میباشد. منابع: این اصل بر اساس پیشنهاد شماره ۶۹ راهنمای الگوی تقنینی آنسیترال است که اهمیت لحاظ نمودن مناسبترین رویهها و ساز و کارهای حل و فصل اختلاف پذیرفته شده توسط طرفین که با عنایت به ماهیت پروژه بهترین روش نیز باشد را در قانون پیشرفته مذکور بیان میدارد.

در عانون پیسرفنه مد دور بیان می دارد. ا<mark>صل ۹: قانون پیشرفته مشارکت عمومی خصوصی</mark> باید تعهدات و تضامین دولتی را [شناسایی و] معتبر

شرح: این اصل به اهمیت مفادی در قانون پیشرفته

به کار گیری روش های متعدد را برای طرفین فراهم مینماید و ریسکهای مورد نظر را به طرفین موافقتنامه، تخصیص داده و رویکرد خلاقانه و اثربخش مالی را از این طریق برای طرفین فراهم مى كند. همچنين، اجراي موفق اين اصول، مستلزم تعريف روشن قانون [پیرامون نحوهٔ واگذاری] امتیاز از طرف مذاکره کنندهٔ صاحب صلاحیت دولتی، اجرا و نظارت بر عملکرد پروژهٔ تحت موافقتنامه و تقسیم روشن اختیارات بین دولت مرکزی و مقامات محلی دولتی

(به مواد شـماره ۶، ۱۸ تـا ۲۳، و ۲۸ الگوی تقنینی آنسـیترال نگاه

. ا<mark>صل ۶: قانون پیشرفته مشارکت عمومی خصوصی باید</mark>

با نظام حقوقی و قوانین خاص کشور محل اجرای پروژه

شرح: به منظور اجتناب از مقابلهٔ غیر ضروری قوانین و عده

تطابق آنها با کاربری های مورد انتظار، قانون پیشرفته [واگذاری]

امتیاز، باید با دیگر قوانین کشور محل اجرای پروژه، مطابقت داشته

باشد. بايستى قوانين وضع شدة [قبلي] را، با اصلاحات مناسب تغيير

منابع: پیشنهاد شماره یک راهنمای الگوی تقنینی آنسیترال،

اهمیت تطبیق قانون [واگذاری] امتیاز بامفاد قانون اساسی کشور مورد

اُصــٰلُ ٧: قانون پیشــرفته مشــارکت عمومــی خصوصی

بایــد قابلیــت مذاکــره

موافقتنامههای [واگذاری]

شرح: آزادی عمل برای مذاکره

در خصوص انعقاد موافقت نامه های

[واگــذاری] امتیــاز، از آن جهــت

همیت دارد که مذاکره، امکان

اصول

اساسىبانكاروپايى

بازسازي و توسعه، پيرامون قانون

<mark>پیشرفتهمشار کتعمومیخصوصی(اصول</mark>

مصونميدارد

امتیاز را مقرّر نماید.

نظر، هم از منظر محدويتها وهم از منظر تضامين رابيان مي دارد.

دهد، تا پیوستگی و انطباق لازم با قوانین پایه را داشته باشد.

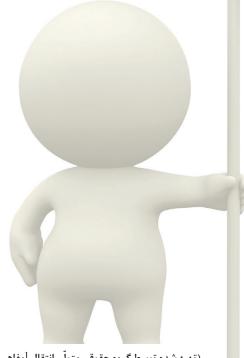
اساسى)،الگوى پروژههاى تحوّل حقوقى[ناظربه مباحث]امتیاز/مشارکتعمومیخصوصیرابنانهاده است. هدف از تدوین این اصول، تشخیص و توسعه ماده ۳۵ الگوی تقنینی آنسیترال مبانى دقيق وپيشر فته حقوق مشار كت عمومي خصوصي نگاه کنید.) در کشورهای عضوبانک اروپایی بازسازی و توسعه واژگان: BOO (Build Own Oper-است.این اصول با ترویج شفافیت،انصاف، پایداری، BOT (Build Operate Trans-پیش بینی پذیری و قابلیت انعطاف در اهداف اصلی

EBRD (European Bank for Reconstruction and Development)

OECD (Organization for Economic Development and Cooperation)

UNCITRAL (United Nations Commission on Inter-UNIDO (United Nations Industrial Development Organization)

> هدفاین سند، تشریح مفاهیم اصول اساسی ومنابعی است که در تهیهاصول از آنها بهره گرفته شده است. همچنین، سند حاضر رامی توان همراه با/به عنوان متن تکمیلی سند دیگری با عنوان «مشار کتعمومی خصوصی ومتن اوٌلیه بابت تبادل نظر» بانک که با نگاه جامعی به اشکال متفاوت مشار کت از دیدگاه بانکداری پر داخته وتوسط بخش بانكداري بانك اروپايي بازسازي و توسعه در جولاي سال ۹ ۰ ۲ تهیه و تنظیم شده است، مورد مطالعه قرار داد



(تهیه شده توسط گروه حقوقی متولّی انتقال [مفاهیم از اسـناد پایه به سـند حاضر ] در بانک اروپایی بازسازی و توسعه) که متن اصلی مقاله به زبان انگلیسی در صفحه ۱۱ به چاپ رسیده است.

Main article of page 2

# **EBRD Core Principles** for a Modern Concessions - Law

Prepared by the EBRD Legal **Transition Team** 

#### Introduction

The EBRD Core Principles for a Modern Concessions Law (the Core Principles) underpin the EBRD's design of legal reform projects in the area of concessions/Public Private Partnership (PPP). The purpose of the Core Principles is to identify and promote sound modern principles of concessions laws in the EBRD's countries of  $operations.\,By \,promoting \,clearness, fairness, stability, predictability$ and flexibility among their major objectives, the Core Principles aim to protect both investors and the public sector from unfair treatment and abuses. The Core Principles are based on maximum transparency of procedures, thus ensuring benefits to all parties. They were first published on the Bank's web site in January 2005 as a discussion paper soliciting public comments, and now appear in their final version.

Further information on the Core Principles, along with their text in English. Russian and French. mav be found on the EBRD's website at http://www.ebrd.org/country/sector/law/

The present paper is aimed at explaining the meaning of the Core Principles and the sources from which they were derived. This paper may be read in conjunction with, and complemented by a [draft] paper prepared by the EBRD Banking Department in July 2006 and entitled Public Private Partnerships and EBRD Discussion Paper, which provides an overview of various forms of PSP from a banking/financing standpoint.

### The EBRD Core principles for a Modern

#### **Concession Law**

The Core Principles are based on key internationally accepted standards and best practices, as refined and tested on the Legal Transition Team's (LTT) technical assistance projects, including regional studies, sector surveys and assessments<sup>1</sup>, as well as LTT's participation in international standard setting initiatives (such as the UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure

The following international texts were used in drafting the Core

- UNIDO Guidelines for Infrastructure Development through Build Operate Transfer (BOT) Projects, 1996 (UNIDO BOT Guidelines);
- OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements, 1999-2000:
- · UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000 (UNCITRAL Legislative Guide);
- UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2003 (UNCITRAL Model Legislative

The following regional texts were used in drafting the Core

- · European Commission Interpretive Communication on Concessions Under Community Law (2000/C 121/02);
- European Commission Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, 2003;
- European Commission Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, 2004.

The UNCITRALLegislative Guide and the UNCITRALLegislative Provisions are the primary sources used for drafting the Core Principles as they closely relate to concession-type projects and provide guidance as to the effective legal framework aimed at fostering an attractive investment environment for privately financed projects. The other source documents served mostly as general guidelines as they provide information on the nature, structure and characteristics of PPPs2 (including the definition of "concessions"3) and on the legislative and regulatory framework for their effective implementation.4

#### A Modern Concession Law (MCL) should be based on a clear policy for Private Sector Participation.

Explanation: Like a sound legislative framework, clear government policy/strategy for the Private Sector Participation (PSP) is important for signalling the commitment of the government to develop a stable and attractive investment environment and to reflect its efforts in improving the legal environment. Such strategy should generally be developed on the level of a government approved document.

Sources: UNIDO BOT Guidelines stress the importance of  $adopting \,the \,government \,PSP \,strategy \,in \,order \,to \,communicate$ the commitment of the state to promote favourable political, legal and regulatory conditions and thus enhance the interest of potential investors.5

# MCL should create a sound legislative foundation for

Explanation: Effective participation of the private sector in the development of infrastructure and effective functioning of the concessions regime requires an enabling legal framework. An enabling legislative foundation is important for establishing roles and responsibilities of all parties and estimating a so-called country risk by potential investors. The concession legal framework may be represented by

either a specific concession law or a comprehensive set of sector-specific laws that foster a clear, fair, predictable and stable legal environment for concession projects

# selection and justification of principles

Sources: The importance of an enabling legal framework for concession projects is reflected in Recommendation 1 of the UNCITRAL Legislative Guide. 6 The Recommendation emphasises the importance of solid concession legislation not only for clarity and stability of the investment regime but also for signalling a political commitment of the state.7

#### Principle 3

#### MCL should provide clarity of rules.

regard to the object of concession, the Guide appeals

to the importance of "interpreting" the meaning

of "concession" in the law, i.e. its form and type/

purpose (BOT, Build Own Operate (BOO), etc)<sup>10</sup>

as well as indicating the exclusivity of the right

granted by concession and its geographical

Provisions 3, 4).

concession legal framework.

dealing with legal risks.

Model Legislative Provisions 39-40).

rules for unsolicited proposals.

scope.11 For the purposes of defining "concession", the EU

Commission Interpretive Communication may proof useful as

it provides definitions of the "works concession" 12 and "service

concession", 13 as well as a generalised definition of "concessions". 14

The clarity and the scope of the authorisation for the procurement

and implementation of concession projects are also stressed in the

UNIDO BOT Guidelines. 15 (See also UNCITRAL Model Legislative

Explanation: As a rule, privately financed projects are long-

lasting. However, many different factors influencing projects may

change in the course of their implementation, one of them being

legislation. The risk of changing legislation may endanger the validity

of the project agreement and thus the sustainability of the project

itself. In order to ensure the stability of the project agreement and

the parties' capacity to carry out their rights and duties, the state

should avoid frequent changes to concession-related legislation

and the concession law should foresee a mandatory provision in

the agreement stipulating the surviving applicability of the regime

in force at the moment of agreement or other mechanisms for

Sources: Recommendation 58 of the Legislative Guide states

that concession law should require the concession agreement to

address the potential legal risk and set forth provisions regarding

compensation for the negative consequences of legislative changes

as well as mechanisms for revising the terms of the agreement

following the occurrence of such changes. 16 The OECD Basic

Elements of a Law on Concession Agreements also contain a so-

called "stability clause" that is meant to protect the concessionaire

from the possible changes in legislation. 17 (See also UNCITRAL

Explanation: This principle relates to the fairness, transparency

and accessibility of the rules and procedures governing the selection

of concessionaires, awarding and further implementation of a

concession. Under this principle, the MCL should foresee the

process which would guarantee a transparent and competitive

selection process (including exceptions from competitive procedure),

equal treatment of potential investors, opportunity to challenge

the rules and decisions of contracting authorities and competitive

Sources used: A number of the UNCITRAL Legislative Guide

recommendations have been used in drafting this principle.

Specifically, Recommendations 9 and 10 of the Guide state

that regulatory procedures and rules on concessions should be

objective, transparent and accessible (made public). 18 Moreover,

Recommendation 10 also stresses the importance of having in

place the procedures for a review of the regulatory decisions by an

independent body. 19 Fairness and transparency of the concession

rules and procedures is also reflected in Recommendation 14 of

the UNCITRAL Legislative Guide, which refers to the importance

MCL should promote fairness, transparency and

accessibility of concession rules and procedures.

MCL should provide a stable and predictable

Explanation: The concession law should clearly define the scope of its application, i.e. the legal relations to which the law extends. Such clarity is essential for the predictability of the concession regime, for the stability and validity of the concession agreement as well as for the prevention of ungrounded arbitrary

> actions by the contracting authorities. With this purpose, the MCL should provide an exhaustive definition of "concession", a list of sectors concerned, contracting authorities, and eligible concessionaires.

Sources: Principle 3 is largely based on Recommendations 2-5 of the UNCITRAL Legislative Guide. The Recommendations stress the importance of identifying in the concession law the bodies/officials at various levels of government empowered to act as contracting authorities,8 as well as sectors in which concessions may

be awarded.9 In order to

ensure clarity with

of guaranteeing fair competitive procedures for the selection of concessionaires<sup>20</sup> and in Recommendation 39, which guarantees the right to apply for a review of the contracting authorities' acts 4

during the selection procedure.<sup>21</sup> The UNCITRAL Legislative Guide also suggests having a procedure in place for non-competitive proposals (Recommendation 28) and unsolicited proposals (Recommendation 30-35). Principle 5 is also supported by the European Commission's Interpretive Communication, the European Commission Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions and the OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements.<sup>22</sup> (See also UNCITRAL Model Legislative Provision 6, 18-23, 28).

#### Principle 6 MCL should be consistent

# with the country's legal system

### and particular laws.

Explanation: MCL should be consistent with the rest of the country's legislation so as to avoid unnecessary collisions of laws and inconsistency in their application. Appropriate amendments should be made to legislative acts to ensure the coherence and consistency of the legislative

Sources: Recommendation 1 of UNCITRAL Legislative Guide states the importance of the conformity of the concession law to constitutional provisions, both as regards restrictions and guarantees.23

#### Principle 7

# MCL should allow for negotiability of concession

Explanation: Freedom to negotiate concession agreements is important because it allows the factoring in of a greater variety of circumstances while allocating risks between the parties and thus elaborating a more creative and financially efficient approach to risk allocation. Successful implementation of this principle also requires the clear identification in the concession law of the body authorised to negotiate the agreement, implement and monitor the performance under the agreement, including the clear division of powers between central and local authorities.

Sources: According to Recommendation 2 of the UNCITRAL Legislative Guide, in order to ensure the effective negotiation and further implementation of a concession project, it is important to identify persons or offices empowered to enter into commitments at different stages of agreement negotiation.<sup>24</sup> It is also important to foresee in the concession law the proper allocation of powers between the different levels of government (central and local authorities) during the negotiation and implementation of the project.<sup>25</sup> In order to consider a wide range of factors and thus allocate risks effectively, Recommendation 12 of the UNCITRAL Legislative Guide

advises against drafting legislative provisions that limit unnecessarily the negotiating ability of the parties.26

### Principle 8

## MCL should allow for enforceable court or arbitral

Explanation: According to this principle, the MCL should ensure the possibility to protect the rights and interests of both parties under an effective system of dispute resolution (including the possibility for international arbitration and enforcement of arbitral awards). This principle is especially important for creating a more secure, predictable and attractive climate for investors.

Sources: This principle is largely based on the Recommendation 69 of the UNCITRAL Legislative Guide, which stresses the importance for the MCL law of awarding parties the freedom to agree to a dispute settlement mechanism that is regarded by them as the most suitable according to the nature of the project.<sup>27</sup>

# MCL should allow for state undertakings and

Explanation: This principle refers to the importance of the MCL containing provisions that allow the government a possibility to  $support the {\it project financially} or guarantee the contracting authority 's$ proper fulfilment of its obligations. Government support is often essential for increasing the level of comfort of potential investors, enhancing the attractiveness of investment as well as for supporting the execution of projects.

Sources: Recommendation 13 of the UNCITRAL Legislative Guide suggests that the MCL should contain clear provisions with regard to both the type of authorities that may provide support and the type of support provided.28

### MCL should accommodate security interests.

Explanation: As a rule, only approximately 30% of a concession project is financed by the concessionaire itself. The other 70% is usually borrowed from the banks (lenders) under a security arrangement according to which the concessionaire gives to the lenders security over its rights under the concession agreement. However, in order for this security to be effective, the state should also provide an assurance that in case of the security's enforcement. the proper procedures would allow the concession to be carried out and the lenders to "step-in" to the concession agreement.<sup>29</sup> Thus, this mechanism quarantees the continuation and sustainability of the concession project and effectiveness of the investment.

Sources: Recommendation 49 of the UNCITRAL Legislative Guide emphasises the importance of inclusion in the MCL provisions guaranteeing the right of a concessionaire to secure any financing required for the project with a security interest in its property, pledge of shares of the project company, proceeds and receivables or other suitable security.30 This principle is also supported in Article 16 of the OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements, which states that the concessionaire can create security over its rights to any payments and receivables under the concession agreement. (See also UNCITRAL Model Legislative Provision 35).

#### **TERMINOLOGY**

### **BOO (Build Own Operate)**

**BOT (Build Operate Transfer)** 

Core Principles (EBRD Core Principles for a Modern

EBRD (European Bankfor Reconstruction and Development) LTT (Legal Transition Team)

MCL (Modern Concession Law)

OECD (Organization for Economic Development and

PPP (Public Private Partnership)

PSP (Private Sector Participation)

**UNCITRAL (United Nations Commission on International** 

UNIDO (United Nations Industrial Development Organization)

#### PS

1-See in particular EBRD Concession Law Assessment at; http:// www.ebrd.com/country/sector/law/concess/assess/index.htm

2-European Commission Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions (2004); European Commission Guidelines for Successful Public-Private Partnerships (2003).

3-European Commission Interpretive Communication on Concessions under Community Law (200/C 121/02), Part 2.4.

4-European Commission Guidelines for Successful Public-Private Partnerships (2003); European Commission Interpretive Communication on Concessions under Community Law (200/C

5-UNIDO BOT Guidelines, Chapter 4, pp. 42-43.

6-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 1.

7-UNCITRAL Legislative Guide, Chapter 1, para 10.

8-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 2, Chapter 1,

9-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 4, Chapter 1,  ${\tt 10-UNCITRALLegislative\,Guide, Recommendation\,3, Chapter\,1,}\\$ 

11-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 5, Chapter 1,

para 20. 12-European Commission Interpretive Communication on

Concessions under Community Law (200/C 121/02), Part 2.1. 13-European Commission Interpretive Communication on

Concessions under Community Law (200/C 121/02), Part 2.2. 14-European Commission Interpretive Communication on

Concessions under Community Law (200/C 121/02), Part 2.4. 15-UNIDO BOT Guidelines, Chapter 4, p. 46

16-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 58.

17-OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements, 1999-2000, Art. 18.

18-UNCITRAL Legislative Guide, Chapter 1, para 46,

19-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 10, Chapter

20-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 14, Chapter 3. para 10-16.

21-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 39, Chapter 3,

22-European Commission Interpretive Communication on Concessions under Community Law (200/C 121/02), para 3.1.1. (rules for the selection of concessionaires should be made public, they should be equally applied; principle of competition should be adhered to); para 3.1.2. (transparency of the selection rules and procedures, advertising); para 3.2.3. (rules and decisions are available for a review); European Commission Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, para 29 (transparency of the selection procedure, advertising, competition); OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements, para 5.2, 6.1 (transparency of the selection process); para 11.1 (clear regulation of non-competitive

23-UNCITRAL Legislative Guide, Chapter 1, para 7-9.

24-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 2, Chapter 1,

25-UNCITRAL Legislative Guide, Chapter 1, para 17.

26-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 12, Chapter

27-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 69. See also  $Model\,provision\,49\,of\,the\,UNCITRAL\,Legislative\,Provisions.$ 

28-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 13.

29-OECD Basic Elements of a Law on concession Agreements. Explanatory notes to Art. 16, p. 27.

30-UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 49.

For further information please contact Alexei Zverev, Senior Counsel, European Bank for Reconstruction and Development, One Exchange Square, London, EC2A 2JN: + (44 20) 7338 6370; Fax: + (44 20) 7338 6150: ZverevA@ebrd.com August, 2006