

الأمم المتحدة

اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - اسكوا

ورشة عمل وطنية حول صياغة الاتفاقيات الثنائية للاستثمار

صياغة البنود المتعلقة بمجال تطبيق اتفاقيات الاستثمار (بند الاستثمار)



تقديم فرحات حرشاني
استاذ قانون الاستثمار
كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس
horchani.ferhat@gmail.com

مجال تطبيق اتفاقيات الاستثمار



- أهداف الدرس:
- - صياغة البنود المتعلقة **بمجال تطبيق** الاتفاقيات الدولية للاستثمار من حيث:
 - الجانب المادي،
 - الشخصي،
 - الترابي و
 - الزمني .
- تشخيص المسائل التي تسمح للمفاوضين من فهم التحديات و الرهانات والدفاع عن مصالح بلدانهم سواء كانت مضيقة أو مصدرية للاستثمارات.
- تشخيص الاختيارات المتاحة للمفاوضين .

صياغة البنود المتعلقة بالنطاق الجغرافي



- تعريف الإقليم الذي يطبق في إطاره بنود الاتفاق
- الإقليم : لا يكون الاستثمار مشمولاً باتفاق استثمار إلا إذا اقيم في إقليم إحدى الدول الأطراف في الاتفاق (الإقليم البري و البحري)
- مثال : اتفاقية عمان و اليمن المادة 1 الفقرة 4



صياغة البنود المتعلقة بالنطاق الجغرافي



(تعني كلمة (الاقليم) :

اقليم الطرف المتعاقد الذي يقع تحت سيادته بما في ذلك الجزر والبحر الاقليمي ، والمنطقة الاقتصادية الخالصة وكذلك مناطق الجرف القاري والمناطق البحرية الأخرى التي له حق السيادة أو الولاية عليها وفقا للقانون الدولي .

صياغة البنود المتعلقة بالنطاق الجغرافي



• السؤال :

➤ هل يجب بالضرورة أن تكون كل مكونات الاستثمار مقامة في البلد المضيف)
قضية SGS ضد الباكستان)

صياغة البنود المتعلقة بالنطاق الزمني



- تشخيص النطاق الزمني لاتفاق الاستثمار :
 - تاريخ بدء نفاذه ومدته
 - خاصيات اتفاقيات الاستثمار : هل ينطبق الاتفاق على استثمار أقيم قبل بدء نفاذه?
 - هل أن أحكام الاتفاق تظل مطبقة على استثمار ما بعد انتهائه?

صياغة البنود المتعلقة بالنطاق الزمني



هل ينطبق الاتفاق على استثمار أقيم قبل بدء نفاذه?

صياغة البنود المتعلقة بالنطاق الزمني



تطبق هذه الاتفاقية على كافة الاستثمارات ، سواء تمت قبل أو بعد تاريخ العمل بها ولكن لا تطبق على اي نزاع بشأن الاستثمار ينشأ قبل العمل بها أو أي مطالبة بشأن الاستثمار يكون قد تم تسويتها قبل العمل بالاتفاقية .

صياغة البنود المتعلقة بالنطاق الزمني



- هل أن أحكام الاتفاقية تظل مطبقة على استثمار ما بعد انتهائها?

صياغة البنود المتعلقة بالنطاق الزمني



(٢) تبقى الاستثمارات المنجزة قبل تاريخ انتهاء هذه الاتفاقية خاضعة لأحكامها لمدة عشرين سنة من تاريخ الانتهاء .

صياغة البنود المتعلقة بالنطاق المادي: الاستثمار



تمهيد:

تعريفات الاستثمار المتضمنة في مختلف اتفاقيات الاستثمار تتوقف على الأهداف المحددة من جانب الدول الاطراف .

يمكن أن يكون لها هدف :

- تحرير تدفق الاستثمارات (اتفاقيات التكامل ; و التبادل الحر).
- النهوض بالاستثمارات و حمايتها (الاتفاقيات الثنائية) طبقا لمقتضيات التنمية و السيادة

اتفاقيات التبادل الحر



- اتفاقية NAFTA والثنائية للتبادل الحر : تحرير شروط الاستثمار (فصل 11). ضرورة تحقيق حرية أو الإنشاء التأسيس و الاستثمار للمستثمرين .
- وبالتالي تختلف الصياغة حسب الأهداف المنشودة من طرف أطراف المعاهدة

التعريف في اتفاقيات التكامل التجاري والتبادل الحر



- تحرير الاستثمار التجاري مثل تحرير الاستثمار الصناعي.
- الهدف : التوسع لأقصى حد ممكن في الحماية الممنوحة بهدف استقرار ظروف الاستثمار .
- تعريف موسع : NAFTA , المادة 1139 .
- تعريف مبني على المشروع

التعريف فى اتفاقيات التكامل التجاري (تابع)



• NAFTA:

- تعريف للاستثمار القائم على المشروع .
- لا يوجد استثمار بدون إسهم يقدمه المستثمر لتنمية المشروع.
- يجب أن يعمل هذا الإسهم على نمو القدرات الانتاجية للمشروع المستثمر فيه .
- يعتمد ربح المستثمر على نتائج استغلال المشروع .
- NAFTA يعتمد على تعريف موسع يعتمد على الاصول:
- يشمل الأشكال التقليدية و الحديثة للاستثمار .
- وبالتالي يكرس NAFTA تعريف واسع مبني في نفس الوقت على الاصول و على المشروع.

تعريف الاستثمار في اتفاقيات النهوض بالاستثمارات و حمايتها



الفئة الثانية للاتفاقيات هي اتفاقيات النهوض بالاستثمارات و حمايتها . و تتضمن تعريف موسع لمفهوم الاستثمار :

و تتسم ب:

- تعريف موسع يرتكز على **الأصول** .

تعريف الاستثمار طبقا لاتفاقية (تابع)



يوجد عدة أشكال للاتفاقيات النهوض بالاستثمارات و حمايتها :

- اتفاقيات متعددة الأطراف .
- اتفاقيات ثنائية .

اتفاقيات متعددة الأطراف



لا يوجد إطار اتفاقي عالمي (فشل مشروع الاتفاقية متعددة الأطراف للاستثمار (AMI/MAI) في إطار منظمة ال OCDE/OECD . ولكن توجد اتفاقيتان ا شبه عالميتان :

- معاهدة "واشنطن" المنشئة للمركز الدولي لفض النزاعات (ICSID) .
- اتفاقية "سيول" المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمارات (MIGA)

تعريفات الاتفاقيات المتعددة الأطراف



- تبنت اتفاقيتا (ICSID) و (MIGA) موقفين متضادين بالنسبة لتعريف الاستثمار .
 - لا تتضمن معاهدة واشنطن (ICSID) تعريفا للاستثمار لأن صلاحية المركز مرهونة بموافقة الأطراف على التحكيم .
التعريف المتضمن في الاتفاقيات الثنائية هو الذى يحدد امتداد صلاحية المركز .
- أهمية صياغة البند المتعلق بالاستثمار

تعريفات الاتفاقيات المتعددة الأطراف



- معاهدة سيول (MIGA) : لا يسعى النص لتعريف الاستثمار عامة و لكنه يعرف الاستثمار القابل للضمان. **المادة 12**.

- هذا المفهوم المقيد يمكن تفسيره بالموارد المحدودة للوكالة مما يجعلها تفضل الاستثمارات الانتاجية :

تعريفات الاتفاقيات المتعددة الأطراف



- يتكون الاستثمار الإنتاجي في اتفاقية MIGA من 3 عناصر :
- إسهام برأس مال أو إسهام عيني .
 - ذو تأثير متوسط أو طويل المدى .
 - مشاركة في أرباح أو خسائر الاستثمار .

الاتفاقيات الثنائية



- تكاثر النماذج القومية
- والإقليمية .

تعريف موسع قائم على الأصول



تتضمن غالبية الاتفاقيات الثنائية تعريفا للاستثمار يقوم على **الأصول** .

< نموذج اتفاقية فرنسا : مادة 1 .

التعريف الموسع القائم على الأصول يشير إلى الرغبة في إيجاد أوسع حماية ممكنة للاستثمار

تعريف موسع فائمه على الاصول (تابع)



يكمّن التعريف الموسع بسرد الأصول متضمنا في غالبية الأحوال قائمة مفتوحة موضحة لعدة فئات من الاستثمارات:

1. أموال منقولة و عقارية ؛
2. أنماط مختلفة من المساهمة في شركات ؛
3. ديون نقدية و حقوق في عقود ذات قيمة مالية (حقوق تعاقدية) ؛
4. حقوق الملكية الفكرية ؛
5. امتيازات استغلال بما فيها امتيازات لاستغلال الموارد الطبيعية .



صياغة بند تعريف الاستثمار في اتفاقية عمان و المغرب و النموذج اللبناني

المادة الأولى تعريفات

لأغراض هذه الاتفاقية:

(أ) فإن تعبير - استثمار - يعني أي نوع من الأصول التي تنفذ كاستثمار طبقاً لقوانين ولوائح الطرف المتعاقد الذي يقبل الاستثمار في إقليمه وهي تشمل على سبيل المثال وليس الحصر:

- (أ) الملكية المنقولة وغير المنقولة وأية حقوق عينية أخرى مثل الرهون والضمانات وأية حقوق مشابهة.
- (ب) الأسهم والسندات وأقساط الأسهم وأية أنواع أخرى من المصالح في الشركات.
- (ج) الديون المطلوبة نقداً أو المطلوبة تنفيذاً لأي التزام تعاقدي له قيمة اقتصادية.
- (د) العائدات .
- (هـ) حقوق النشر والتأليف وحقوق الملكية الصناعية (مثل براءات الاختراع، والتراخيص، والعلامات التجارية، والنماذج الصناعية) والعمليات الفنية، والأسماء التجارية، والشهرة التجارية.
- (و) الامتيازات التجارية الممنوحة بمقتضى قانون أو بموجب عقد شاملة امتيازات البحث عن الموارد الطبيعية، أو زراعتها، أو استخراجها، أو استقلالها.

أي تعديل في الشكل الذي يتم فيه استثمار أو إعادة استثمار الأصول يجب ألا يؤثر على أهليتها كاستثمارات بشرط ألا يكون هذا التعديل متعارضاً مع تشريعات الطرف المتعاقد الذي يتم الاستثمار في إقليمه.

صياغة بند تعريف الاستثمار في اتفاقيات أخرى



< الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار
: المادة 15.3

- اتفاقية مصر و لبنان المادة 1-2
- اتفاقية التبادل الحر بين الولايات المتحدة الأمريكية والمغرب
(المادة 10-27) 2003

صياغة بند تعريف الاستثمار و مسألة إعادة الاستثمارات



يتم عموماً معاملة إعادة الاستثمارات مثل معاملة الاستثمارات الأصلية .

1. نموذج اتفاقية فرنسا :مادة 1.1

2. اتفاق بين مصر و الإتحاد الاقتصادي لبلجيكا ولوكسمبورغ
المادة 1

3. اتفاقية بين لبنان و البحرين المادة 1(2)د.

4. اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار, مادة 15

صياغة القيود للتعريف الموسع للاستثمار



يُدرج المفاوضون عدداً من القيود على التعريف الموسع القائم على الأصول وذلك لحماية مصالحهم :

- قيود على الاستثمارات المقبولة طبقاً لتشريعات البلد المضيف .
- قيود على طبيعة الاستثمار .
- قيود تخص حجم الاستثمارات .
- قيود على قطاع الاقتصاد

صياغة القيود على الاستثمارات المقبولة طبقا لتشريعات البلد المضيف



- لا يتم تغطية الاستثمارات إلا إذا تمت :
- "وفقا لتشريع البلد المضيف" ؛ أو
- "موافق عليها مقدما من سلطات الدولة المصيفة" .

صياغة القيود على الاستثمارات المقبولة طبقا لتشريعات البلد المضيف



أمثلة لقيود قائمة على قوانين و لوائح بلد مضيف :

< نموذج اتفاقية الصين المادة 1.1

< اتفاقية بين المغرب وايطاليا (المادة 1.1 ز)

< اتفاقية بين جمهورية مصر العربية وألمانيا المادة 9

< معاهدة إنشاء ال MIGA المادة 12 (ii). (d)

صياغة القيود على طبيعة الاستثمار



في بعض الاتفاقيات تستبعد بعض أنماط الاستثمارات , مثال ذلك :

- لا تطبق الا على **الاستثمارات الأجنبية المباشرة** و ذلك على عكس استثمارات حافظة الأوراق المالية ,
- تستبعد الاستثمارات **القصيرة الأجل** .

صياغة القيود على طبيعة الاستثمار



أمثلة : قيود على طبيعة الاستثمار :

< معاهدة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار المادة, 1.15.

< NAFTA المادة , (h) 1139

< مشروع MAI , المادة II.2.

صياغة البند الخاص بالقيود المتعلقة حجم الاستثمارات



1. تغطي الاستثمارات التي تجلب منافع ملموسة للبلد المضيف فقط .
 2. قيد غير دارج استعماله لأن البلد المضيف يبحث أيضا عن الاستثمارات الموظفة في مشروعات صغيرة ومتوسطة .
- < قيد موجود في بعض التشريعات العربية.

صياغة القيود التي تتعلق بالقطاع الاقتصادي



يمكن لبلد مضيف أن يرغب في الحد من التغطية الممنوحة للاستثمارات في اتفاقية ما في بعض قطاعات الاقتصاد فقط :

< اتفاقية ميثاق الطاقة TCE (مادة 1) تغطي فقط قطاع الطاقة ؛

< اتفاقية AGCS (مادة XVI) تغطي فقط الاستثمارات المحققة في شكل تواجد تجارى في مجال الخدمات .

➤ غير وارد أو نادر جداً في اتفاقيات الاستثمار

➤ بالإمكان النص على مساهمة الاستثمار في تنمية البلد المضيف

تعريف الاستثمار ومسألة التمنية : اضطراب الفقه و فقه

القضاء

- هل يتكون الاستثمار من 3 او 4 عناصر :
- إسهام برأس مال أو إسهام عيني : الاسهام
 - ذو تأثير متوسط أو طويل المدى : الدوام
 - مشاركة في أرباح أو خسائر الاستثمار : الخطر

➤ العنصر الرابع محل جدل : مساهمة الاستثمار في التنمية الاقتصادية ؟:

تعريف الاستثمار: اضطراب الفقه و فقه القضاء



- قضية فيداكس 1997 وساليني 2001 الخ:
 - تعريف الاستثمار: الاسهام، الدّوام، الخطر، التنمية الاقتصادية
 - قضية ليزي ديبانتا ضد الجزائر 2006 :
 - تعريف الاستثمار: الاسهام، الدّوام ، الخطر.
 - قضية باتريك ميشال ضد الكونكو:
 - تعريف الاستثمار: الاسهام، الدّوام ، الخطر.
 - قضية بطلان قرار باتريك ميشال ضد الكونكو و قضايا اخرى:
 - تعريف الاستثمار: الاسهام، الدّوام، الخطر، التنمية الاقتصادية

تعريف الاستثمار: صعوبة تعريف التنمية الاقتصادية



- تعريف التنمية هو تعريف تغلب عليه الصفة الذاتية
- و بالتالي يصعب استعماله لتعريف مفهوم الاستثمار
- ولكن هناك جدل فقهي و فقه قضائي حاد.....ابتداءً في سنة 2007 ولم يحسم بعد.

أهمية الصياغة



- تعريف الاستثمار له آثار هامة على تطبيق اتفاقية الاستثمار:
- يحدد مصطلح ” استثمار ” الكيانات التي يمكن أن تتمتع بمزايا خاصة
- كذلك يحدد مصطلح ” استثمار “ نوع المعاملة التي تمنحها الدولة على اساس ” الاستثمار يقوم به أحد رعايا البلد المضيف “ : معاملة وطنية أو استثمار يقوم به أحد رعايا دولة ثالثة : معاملة الدولة الأولى بالرعاية .

الصياغة و رهانات المفاوضات



- يجب أن تأخذ الدولة في عين الاعتبار انعكاسات سياسة التنمية، و أن تبني تعريف موسع له انعكاسات خطيرة على الاقتصاد الوطني و سياسة التنمية للدولة : حماية بعض القطاعات الخ...
- لكن من ناحية اخرى يسمح التعريف المرن بتشجيع أشكال جديدة من الاستثمارات تخدم نمو الاقتصاد و تخلق فرص لليد العاملة الوطنية والتنمية.

الصياغة و رهانات المفاوضات



- تبني تعريف أكثر تقييدا للاستثمار
 - استبعاد الاستثمارات في حافظات الأوراق المالية ,
 - استبعاد الأصول التي تقل عن قيمة معينة ,
 - استبعاد الاستثمارات في قطاعات معينة من الاقتصاد.
- يجب أن تأخذ الدولة في عين الاعتبار كل النتائج حين تقرر أن تحمي أو تستبعد أنماط معينة للاستثمار في البنود المتعلقة بالتعريف .

الصياغة و رهانات المفاوضات



- تبني تعريف موسع لمصاحب لحق الانتقاء و شروط الدخول: تحتفظ دولة الاستقبال بحق اختيار الاستثمارات أو إخضاع دخولها لشروط معينة .
لا يوجد استبعاد مقدما لفئات معينة للاستثمار _ دراسة كل حالة على حدة .
- يسمح ذلك بالأخذ في عين الاعتبار لكل انعكاسات التنمية : الموافقة على استثمار ما يعنى , من حيث المبدأ , أنه متماشى مع أهداف التنمية في البلد المضيف . والعكس بالعكس.

عمل تطبيقي



صياغة البند المتعلق بالاستثمار بين

- (1) فريق يمثل دولة مصدرة للاستثمار
- (2) و فريق يمثل دولة مضيفة للاستثمار