الأمم المتحدة

اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا – اسكوا

ورشة عمل وطنية حول صياغة الاتفاقيات الثنائية للاستثمار

صياغة بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية

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

تعريف البند

- بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية هو بند **اتفاقي** تمنح بموجبه دولة مضيفة لمواطني دولة طرف في الاتفاقية معاملة أفضل تمنحها لمواطني دولة أخرى (أو دول أخرى) غير و ذلك دون فرض أي التزام في المقابل.
- معاملة الدولة الأولى بالرعاية هي بند أساسي في اتفاقيات التجارة و الاستثمار
- الهدف منها : اجتناب كل تمييز تمارسه الدولة المضيفة بين المستثمرين الأجانب من الدول المختلفة على أساس جنسيتهم.

تعريف و رهانات

- توجد خطورة في منح حقوق لمستثمري دولة طرف دون فرض أي التزام في المقابل على كاهل هذه الدولة.

  لذا يبدو من الضروري وضع استثناءات لبند معاملة الدولة الأولى بالرعاية لتجنب الآثار الغير مرغوب فيها.

- معاملة الدولة الأولى بالرعاية يمكن أن تطبق في آن واحد على مرحلة ما قبل وما بعد التأسيس.

مجال التطبيق البند

- تعرّف أغلبية الاتفاقيات معاملة الدولة الأولى بالرعاية على أنها "معاملة لا تقل تفضيلا" عن تلك الممنوحة لمواطني الدول الغير.
- تحدد الاتفاقيات أن هذه المعاملة تطبق في "ظروف مماثلة". وذلك لاجتناب التوسع المشط و حماية مصالح الدولة

مجال التطبيق البند

- تطبق معاملة الدولة الأولى بالرعاية مبدئيا على كل فئات الأنشطة المتعلقة بالأستثمارات ، مثل التسيير، الصيانة ، الاستخدام ، البيع أو التصفية لاستثمار ما ، ويمكن المطالبة بها في اطار أي تشريع بشأن الاستثمارات :
- اتفاقية ميثاق الطاقة
- اتفاقية عمان و المغرب

مجال التطبيق البند: اتفاقية عمان و المغرب

المادة الرابعة
معاملة الاستثمارات

يمنح كل طرف متعاقد للمستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر واستثماراتهم معاملة لا تقل أفضلية عما تمنحه للمستثمرين التابعين لها واستثماراتهم أو للمستثمرين التابعين لأي دولة ثالثة واستثماراتهم فيما يتعلق بإدارة وتشغيل وصيانة واستعمال وممارسة الحقوق في بيع وتصفية الاستثمار ، أيهما اكثر ملائمة للمستثمر . هذه المعاملة لا تشمل الامتيازات التي يمنحها أحد الطرفين لمواطني وشركات دولة ثالثة بفضل اشتراكه أو انتسابه إلى منطقة تجارة حرة أو اتحاد جمركي أو سوق مشتركة أو أي شكل من اشكال التعاون الاقتصادي الإقليمي أو أي إتفاق أو ترتيب دولي أو ثنائي متعلق بصفة كلية أو رئيسية بالنظام الضريبي.

صياغة البند في مرحلة ما بعد التأسيس

- مرحلة **ما بعد التأسيس** فقط :

- معظم الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الدول العربية و بين هذه الاخيرة والدول الاوروبية لا تشير "للتأسيس" كنشاط من الأنشطة المغطاة و انما إلى "التشغيل والإدارة والصيانة والاستعمال والتمتع والتصرّف"
- اتفاقية مصر و المغرب
- اتفاقية المغرب و ايطاليا
- اتفاقية عمان و المغرب

صياغة البند في مرحلة ما بعد التأسيس

المادة الرابعة
معاملة الاستثمارات

يمنح كل طرف متعاقد للمستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر واستثماراتهم معاملة لا تقل أفضلية عما تمنحه للمستثمرين التابعين لها واستثماراتهم أو للمستثمرين التابعين لأي دولة ثالثة واستثماراتهم فيما يتعلق بإدارة وتشغيل وصيانة واستعمال وممارسة الحقوق في بيع وتصفية الاستثمار ، أيهما اكثر ملائمة للمستثمر . هذه المعاملة لا تشمل الامتيازات التي يمنحها أحد الطرفين لمواطني وشركات دولة ثالثة بفضل اشتراكه أو انتسابه إلى منطقة تجارة حرة أو اتحاد جمركي أو سوق مشتركة أو أي شكل من اشكال التعاون الاقتصادي الإقليمي أو أي إتفاق أو ترتيب دولي أو ثنائي متعلق بصفة كلية أو رئيسية بالنظام الضريبي.

صياغة البند في مرحلة ما قبل و ما بعد التأسيس

- **مرحلة ما قبل التأسيس** و **ما بعد التأسيس**
  - بعض الاتفاقيات الحديثة ، وعلى الأخص المبرمة بين الولايات المتحدة وكندا مثل اتفاقية NAFTA تمد هذه المعاملة لتشمل **مرحلة ما قبل التأسيس** . و نجد نفس هذه الأنشطة المغطاة في
  - النموذج الأمريكي لسنة 2004 (مادة 4 فقرة 1و2) و
  - في اتفاقيات التبادل الحرّ بين الولايات المتحدة و بعض الدول الأخرى مثل المغرب

مرحلة ما بعد التأسيس و ما قبل التأسيس

- بعض الاتفاقيات تحدد بوضوح بند المعاملة الدولة الأولى بالرعاية على مرحلة ما بعد التأسيس مع الأخذ في الاعتبار وجود بند غير ملزم ل << أفضل المجهودات >> لمنح هذه المعاملة في مرحلة ما قبل التأسيس. مثال :

  - اتفاقية ميثاق الطاقة، مادة 10(7) و (2)و(3)

مشكلة ”الراكبون مجانا“

- يلزم بند غير **مشروط** لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية الأطراف المتعاقدة على منح كافة الدول التي تم التعاقد معها المزايا التي يمكن أن تمنحها مستقبلا لدولة أخرى في اتفاقية قادمة.
- وينتج عن ذلك، الحد من مجال حرية الدول المضيفة في عقد اتفاقيات قادمة لأنّ ذلك يؤدي الى وضعية ”الركوب المجاني“ (free ride)

مشكلة ”الراكبون مجانا“

أمثلة لمواقف ”ركوب مجاني“

- عقدت (السودان) و تونس () اتفاقية استثمار تتضمن بند لمعاملة الدولة الأولى بالرعاية . بعد سنوات، عقدت (السودان) اتفاقية استثمار مع (مصر) تتضمن حقوق لم تكن ممنوحة ل (تونس).
- يمكن ل (تونس) ، طبقا لبند معاملة الدولة الأولى بالرعاية الموجود في الاتفاقية بين (السودان) و (تونس) أن تطالب بتطبيق ذات الحقوق الممنوحة ل (مصر).
- النتائج : يتعطّل التوازن التعاقدي الأول بين (السودان) و(تونس) لأن بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية قد أضاف التزامات إضافية على السودان دون أن يلزم(تونس) بالتزامات أخرى.
- واجتنابا لهذا المشكل يقتضي النص على بند الاستثناءات

بند الاستثناءات

نظرا لاتساع مجال تطبيق بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية، تتضمن اتفاقيات ألاستثمارعموما عددا من الاستثناءات لبند معاملة الدولة الأولى بالرعاية :

1. استثناءات عامة.
2. استثناءات تبادلية خاصة بالموضوع.
3. استثناءات خاصة بدولة ما.

استثناءات عامة

- ترتبط الاستثناءات العامة الأساسية ب :
  - النظام العام ، الصحة العامة و الآداب العامة و ،
  - الأمن الوطنى
- المادة XIV من اتفاقية GATS تهتم بمشكلة حماية الآداب العامة و حفظ النظام العام و كذلك حماية الصحة، الحياة الانسانية، الحيوانية و النباتية و البيئة.
- المادة 24 من اتفاقية ميثاق الطاقة تتضمن بند استثناءات خاص بالنظام العام و حماية الحياة و الصحة

صياغة بند الاستثناءات الخاصة من معاملة الدولة الاولى بالرعاية

تتضمن غالبية اتفاقيات الاستثمار استثناءات تبادلية خاصة من معاملة الدولة الاولى بالرعاية.

الاستثناءات الأكثر شيوعا هى تلك التى تتعلّق ب :

1. الضرائب، و اتفاقيات منع الازدواج الضريبى

صياغة بند الاستثناءات الخاصة من معاملة الدولة الاولى بالرعاية

- الاستثناءات التي تتعلّق ب :

1. الملكية الفكرية،

صياغة بند الاستثناءات الخاصة من معاملة الدولة الأولى بالرعاية

- الاستثناءات التي تتعلق ب :

1. منظمات الاندماج والتعاون الاقتصادي الاقليمي

صياغة بند الاستثناءات الخاصة من معاملة الدولة الاولى بالرعاية: اتفاقيات عمان ومصر

(المادة الرابعة)

أحكام الدولة الأكثر رعاية

يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين بمنح استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر قبل أو بعد دخول هذه الاتفاقية حين التنفيذ معاملة لا تقل امتيازا عن المعاملة الممنوحة لاستثمارات وعائدات المستثمرين من أية دولة ثالثة ، إلا أن هذه المعاملة لاتشمل الامتيازات التي يمنحها أحد الطرفين المتعاقدين إلى مستثمري دولة ثالثة بموجب عضوية هذه الدولة أو مشاركتها في منطقة تجارة حرة أو اتحاد جمركي أو سوق مشتركة أو منظمة اقتصادية إقليمية أو بموجب اتفاقيات تجنب الازدواج الضريبي أو تنمية تجارة الحدود.

صياغة بند الاستثناءات الخاصة من معاملة الدولة الأولى بالرعاية: اتفاقية عمان والسودان

المادة الرابعة
معاملة المواطنين والدولة الأولى بالرعاية

يقدم كل طرف متعاقد في إقليمه لمواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر ، بالنسبة لاستثماراتهم والأنشطة المرتبطة بالاستثمار ، معاملة لا تقل أفضلية عن تلك التي يقدمها إلى مواطني أو شركات دولة ثالثة . هذه المعاملة لا تشمل الامتيازات التي يمنحها أحد الطرفين لمواطني وشركات دولة ثالثة بفضل اشتراكه في / أو انتسابه إلى منطقة للتجارة الحرة أو اتحاد جمركي أو سوق مشتركة أو أي شكل من أشكال التعاون الاقتصادي الإقليمي .

إن أحكام هذه المادة لا تنطبق على المسائل الضريبية .

صياغة بند الاستثناءات الخاصة من معاملة الدولة الاولى بالرعاية

- الاستثناءات التي تتعلّق ب :
  - مسائل تنموية

صياغة بند الاستثناءات الخاصة من معاملة الدولة الاولى بالرعاية

- استثناءات خاصة : النموذج اللبناني المادة 3: الاستثمارات العقارية

علاقة معاملة الدولة الأولى بالرعاية بالمعاملات الاخرى

- **معاملة وطنية** : لا يجوز معاملة المستثمرين الأجانب بمعاملة أقل تفضيلا عن مستثمري البلد المضيف.
- يمكن أن تكمل المعاملة الوطنية معاملة الدولة الأولى بالرعاية لضمان حماية أوسع ضد أي شكل من أشكال التمييز.

صياغة مسألة علاقة معاملة الدولة الأولى بالرعاية بالمعاملات الاخرى

- يمكن للمستثمرين الاجانب لدولة أ المطالبة بتطبيق بند المعاملة الوطنية بموجب بند NPF الذي يربطهم مع ج ، إلاّ اذا كانت ج قد أدرجت استثناءات من المعاملة الوطنية تجاه أ.
- في حالة وجود المعاملتين المعاملة"الأكثر تفضيلا" هي التي يتم تطبيقها:

- اتفاقية APPIبين الاردن و النمسا ،المادة3(3)
- اتفاقية APPIبين مصر و لبنان ، المادة 3(2)
- تقر الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية صراحة في المادة 6 حق الاختيار للمستثمر.

علاقة بند معاملة الدولة الاولى بالرعاية بمسائل أخرى

نزع الملكية

- يجب أن يكون كل نزع للملكية غير تمييزي :

معاملة كافة المستثمرين الأجانب الذين تم نزع ملكيتهم ، طبقا لقاعدة بند معاملة الدولة الاولى بالرعاية

- أحكام خاصة بالحماية في حالة اضطرابات أو نزاع :

يضمن البلد المضيف عدم التمييز عندما يقرر تعويض الخسائر الناتجة عن نزاع مسلح ، حالة طوارئ ، ثورة ، تمرد ، اضطرابات مدنية أو كل حدث مشابه.

علاقة بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية بمسائل أخرى : التعويض

(المادة السادسة)

التعويضات

إذا ما تعرضت استثمارات مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين لاضرار أو خسائر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر نتيجة ثورة أو حرب أو نوع آخر من الصراع المسلح أو نتيجة حالة طوارئ أو عصيان مدني أو أي حادث آخر مشابه يمنح الطرف المتعاقد المضيف للمستثمر تعويضا عن تلك الأضرار أو الخسائر على نحو لايقل رعاية عن ما هو ممنوح لمستثمريه أو مستثمري أي بلد آخر أيهما اكثر رعاية .

علاقة بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية بمسائل أخرى : التعويض

المادة السادسة

التعويضات

المستثمرون من أحد الطرفين المتعاقدين والذين تتعرض استثماراتهم للخسائر بسبب الحرب او أي نزاع مسلح آخر أو ثورة أو إعلان الطوارئ على المستوى الوطني أو التمرد الذي يحدث في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، يجب أن يتمتعوا بالمعاملة من الطرف المذكور مؤخرا التي لا تقل أفضلية عن تلك التي يمنحها لمستثمريه أو لمستثمري أي دولة ثالثة ، أيهما أفضل للمستثمرين المعنيين.

علاقة بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية بمسائل أخرى : التعويض

- المادة 6-الفقرة 3 نفس البند لاتفاقية عمان و المغرب
- (3) Les investisseurs de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence ou révolte, survenus sur le territoire de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou à ceux d'un quelconque Etat tiers en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la compensation ou tout autre règlement.

علاقة بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية بمسائل أخرى : التعويض

المادة السابعة

تعويض الضرر والخسائر

اذا ما تعرض مستثمر من أي من الطرفين المتعاقدين لأضرار أو خسائر في استثماراته المقامة في اقليم الطرف المتعاقد الآخر نتيجة ثورة أو حرب أو نوع آخر من الصراع المسلح او نتيجة اعلان حالة طوارىء ، أو عصيان مدني أو أي حادث اخر مشابه ، فان على الطرف المتعاقد الذي اقيم على اقليمه الاستثمار أن يمنح للمستثمر تعويضا عن تلك الأضرار أو الخسائر على نحو لا يقل عما يمنح لمستثمريه أو المستثمرين من أي بلد آخر أيهما أكثر رعاية .

صياغة بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية و علاقته بفض النزاعات

تمتد معاملة الدولة الأولى بالرعاية الى كل بنود الاتفاقية بما فيها البنود المتعلقة بالتحكيم :

- الدولة أ أبرمت مع دولة ج اتفاقية استثمار تنص على معاملة الدولة الأولى بالرعاية غير مشروط و على اللجوء الى التحكيم بشرط اللجوء المسبق الى المحاكم الداخلية.
- الدولة أ أبرمت مع الدولة س اتفاقية استثمار تنص على اللجوء الى التحكيم دون اللجوء المسبق الى المحاكم الداخلية.
- يمكن للمستثمرين الاجانب لدولة ج المطالبة بتطبيق بند التحكيم (دون اللجوء الى المحاكم الوطنية) بموجب بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية الذي يربطهم مع أ و على اساس المعاملة الافضل التي نص عليه الاتفاق بين أ و س.
- كان بإمكان الدولة أ عند المفاوضة على الاتفاقية **صياغة استثناء** من معاملة الدولة الأولى بالرعاية تجاه دولة ج **يقصي فض النزاعات**.

صياغة بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية يقصي فض النزاعات

- "1- يوفر كل طرف متعاقد في إقليمه لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر فيما يخص تسيير استثماراتهم أو صيانتها أو استعمالها أو الانتفاع بها أو التصرف فيها , معاملة لا تقلّ أفضلية عن تلك التي يمنحها لمستثمريه أو لمستثمري أي دولة ثالثة.
- 2- لا تطبق المعاملة المذكورة بالفقرة 1 على مسألة فض النزاعات"

ملخص الاختيارات في صياغة بند الدولة الأولى بالرعاية

يوجد مجموعتين من التساؤلات بشأن صياغة بند الدولة الأولى بالرعاية

1. تحديد بند الدولة الأولى بالرعاية على مرحلة ما بعد التأسيس أو مدّه ، ليشمل مرحلة ما قبل التأسيس.
2. فرض استثناءات لتطبيق معاملة الدولة الأولى بالرعاية أو عدم فرضها.

الاستثناءات

يوجد ثلاث فئات اساسية للاستثناءات :

1. الاستثناءات العامة.
2. الاستثناءات في مواضيع محددة تسمح باستثناء معاملة الدولة الأولى بالرعاية، في بعض القطاعات المعينة.
3. الاستثناءات الخاصة بالبلد تعطي امكانية للدولة المضيفة أن تنصّ على الاستثناءات التي يختارها بشرط ذكرها في القوائم الخاصة بكل دولة.

استراتيجية التنمية وبند الدولة الأولى بالرعاية

تتبع الدول النامية سياسات وطنية مختلفة بشأن الاستثمارات الأجنبية المباشرة للوصول الى أهداف التنمية.

وتتنوع هذه السياسات بين منظور الباب المفتوح والمنظور المقيد.

- سياسة الباب المفتوح : بدون أي قيد وبدون تمييز قائم على الجنسية تجاه المستثمرين الأجانب . ينتج عنها بند الدولة الأولى بالرعاية غير محدد.
- استراتيجية التدخل الانتقائي : جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة في أنشطة معينة مفضلة.
- سياسات مقيدة للغاية بشأن الاستثمارات الأجنبية المباشرة : صعبة التطبيق حاليا.

استراتيجية التنمية و صياغة بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية

الهدف : حماية مصالح الدولة و الوصول الى أهداف تنمية البلاد .

ان القرارالذي يتعلق بتحديد استخدام ونطاق الاستثناءات من طرف المفاوضين يختلف حسب دولة ويتطلّب منها بالتالي تقييم احتياجاتها ووضعيتها الخاصة بشأن القطاعات التي تريد تنميتها وحمايتها.

- صياغة بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية يختلف حسب المصالح التي تريد الدولة حمايتها بالرغم من وجود صياغة تقليدية

عمل تطبيقي

- صياغة بند معاملة الدولة الأولى بالرعاية بين
- 1- فريق يمثل دولة متقدمة و
- 2- فريق يمثل دولة نامية و
- تحرير بند مشترك