

Distr.: General
5 June 2014
Arabic
Original: English

اللجنة القانونية والتقنية



الدورة العشرون

كينغستون، جامايكا

٢٥-١٤ تموز/يوليه ٢٠١٤

تحليل المادة ١١-٢ من نظام التنقيب عن العقيدات المؤلفة من عدة معادن والكبريتيدات المتعددة الفلزات واستكشافها في المنطقة

مذكرة من الأمانة العامة

أولا - معلومات أساسية

١ - طلب مجلس السلطة الدولية لقاع البحار من اللجنة القانونية والتقنية، في مقرره [ISBA/17/C/20](#) المؤرخ ٢١ تموز/يوليه ٢٠١١، تحليل المادة ١١-٢ من نظام التنقيب عن العقيدات المؤلفة من عدة معادن واستكشافها في المنطقة (نظام العقيدات) و المادة ١١-٢ من نظام التنقيب عن الكبريتيدات المتعددة الفلزات واستكشافها في المنطقة (نظام الكبريتيدات)، وتقديم تقرير عن ذلك إلى المجلس للنظر فيه^(١).

٢ - والغرض من هذه المذكرة هو مساعدة اللجنة بتوفير تحليل أولى للأحكام ذات الصلة.

(١) تجدر الإشارة إلى أن المجلس اعتمد، بعد اتخاذ قراره، نظام التنقيب عن قشور المنغيز الحديدي الغنية بالكوبالت واستكشافها في المنطقة ([ISBA/18/A/11](#))، المرفق الذي أقرته جمعية السلطة الدولية لقاع البحار، والذي يتضمن حكما مماثلا. ولذلك فإن محتوى هذه المذكرة ينطبق بنفس القدر على نظام القشور.



الرجاء إعادة استعمال الورق



ثانيا - المادة ١١

٣ - تتعلق المادة ١١ بشهادة التزكية. والغرض من هذا الحكم هو تنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار واتفاق عام ١٩٩٤ المتعلق بتنفيذ الجزء الحادي عشر من الاتفاقية الذي ينص على مطلب التزكية من قبل الدول الأطراف. وتنص المادة ٤ من المرفق الثالث من الاتفاقية على أن مقدمي الطلبات يجب أن يستوفوا شروط الجنسية أو السيطرة والتزكية الواردة في الفقرة ٢ (ب) من المادة ١٥٣، وأن يلتزموا بالإجراءات ويستوفوا معايير التأهيل المنصوص عليها في قواعد السلطة وأنظمتها وإجراءاتها. وتنص الفقرة ٢ (ب) من المادة ١٥٣ من الاتفاقية على أن الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين مؤهلون لتقديم الطلبات إذا كانوا يحملون جنسيات الدول الأطراف أو كان لهذه الدول أو لرعاياها سيطرة فعلية عليهم، وعندما تزكيهم تلك الدول.

٤ - وتنص المادة ٤ (٣) من المرفق الثالث من الاتفاقية على ما يلي:

تزكي كل مقدم طلب الدولة التي يحمل جنسيتها ما لم تكن لمقدم الطلب أكثر من جنسية واحدة كما في حالة شراكة أو تجمع كيانات من دول مختلفة، وعندها تزكي جميع الدول الأطراف المعنية مقدم الطلب، أو ما لم يكن لدولة أخرى أو لرعاياها سيطرة فعلية على مقدم الطلب، وفي هذه الحالة تزكي الدولتان الطرفان كلتاهما الطلب. وتبين في قواعد السلطة وأنظمتها وإجراءاتها المعايير والإجراءات لتنفيذ متطلبات التزكية.

٥ - وتنص الفقرتان ١ و ٢ من المادة ١١ من الأنظمة الثلاثة جميعها على ما يلي:

١ - يُشفع بكل طلب مقدم من إحدى المؤسسات الحكومية أو من أحد الكيانات المشار إليها في الفقرة الفرعية (ب) من المادة ٩ شهادة تزكية تُصدرها الدولة التي تعد المؤسسة أو الكيان من رعاياها أو التي تسيطر عليها أو عليه سيطرة فعلية. وإذا كان لمقدم الطلب أكثر من جنسية واحدة، كما في حالة شراكة الكيانات أو اتحاد الكيانات المنتمية لأكثر من دولة، تصدر كل دولة معنية شهادة تزكية.

٢ - إذا كانت لمقدم الطلب جنسية دولة واحدة ولكن السيطرة الفعلية عليه بأيدي دولة أخرى أو رعاياها، تصدر كل دولة معنية شهادة تزكية.

ثالثاً - التزكية والسيطرة الفعلية

٦ - نظراً لما سبق، يتعين على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين أن يفوا بشرطين لكي يتأهلوا للاضطلاع بأنشطة في المنطقة. أولهما أنهم يجب أن يكونوا إما من مواطني دولة طرف أو تحت السيطرة الفعلية لدولة طرف أو لرعاياها. والشرط الثاني هو ضرورة الحصول على تزكية من دولة أو أكثر من الدول الأطراف في الاتفاقية. وإذا كانت دولة غير طرف في الاتفاقية أو رعاياها يمارسون سيطرة فعلية على مقدم الطلب أو إذا كان مقدم الطلب يحمل أكثر من جنسية، فإن تزكية الدولة أو الدول الأخرى ضرورية أيضاً.

٧ - وقرار تزكية كيان يفى بشروط التأهيل الأخرى متروك لتقدير الدولة الطرف. وكما ذكرت غرفة منازعات قاع البحار، نظراً لكون "الاتفاقية لا تعتبر روابط الجنسية والسيطرة الفعلية كافية لضمان تقييد المفاوض بأحكام الاتفاقية والصكوك ذات الصلة، فإن المحكمة تشترط إجراء محددًا يُتخذ بإرادة دولة أو دول الجنسية والسيطرة الفعلية. ويتمثل هذا الإجراء في قرار تقديم التزكية"^(٢). وهذا الإجراء الذي يثبت التزكية هو شهادة ينبغي أن تتضمن "إقراراً بأن مقدم طلب الموافقة على خطة عمل للاستكشاف هو: '١' من رعايا الدولة المزكية أو؛ '٢' يخضع فعلياً لسيطرة الدولة المزكية أو رعاياها" (الفقرة ٣ من المادة ١١). وهذا يعني أيضاً أن الدولة المزكية مسؤولة عن كفالة استيفاء هذه المعايير قبل اتخاذ قرار تزكية كيان يفى بشروط التأهيل الأخرى.

٨ - ولا يُميز بين الدول النامية والدول المتقدمة النمو في اشتراط التزكية من قبل دولة طرف. إذ إن المساواة في المعاملة بين البلدان النامية والبلدان المتقدمة النمو يتمشى مع الحاجة إلى منع المؤسسات التجارية التي يوجد مقرها في الدول المتقدمة النمو من إنشاء شركات في الدول النامية واكتساب جنسيتها والحصول على تزكيتها، أملاً في الخضوع لأنظمة ورقابة أقل إرهاباً. ومن شأن انتشار ظاهرة الدول المزكية "لغرض التيسير" أن يُعرض للخطر التطبيق الموحد لأعلى معايير حماية البيئة البحرية، وتطوير الأنشطة في المنطقة بطريقة مأمونة وحماية التراث المشترك للبشرية^(٣).

(٢) فتوى غرفة منازعات قاع البحار بشأن مسؤوليات والتزامات الدولة المزكية لأشخاص أو كيانات فيما يتعلق بالاضطلاع بأنشطة في المنطقة، القضية رقم ١٧، ١ شباط/فبراير ٢٠١١، الفقرة ٧٨.

(٣) المرجع نفسه، الفقرة ١٥٩.

رابعا - معنى "السيطرة الفعلية"

٩ - من المفيد في محاولة تعريف السيطرة الفعلية التي تمارسها دولة مزكية، الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للأحكام ذات الصلة من الاتفاقية، والتذكير بسياق هذه السيطرة الفعلية والغرض منها، والإشارة بإيجاز إلى سياقات وأغراض أخرى استخدمت فيها عبارة السيطرة الفعلية.

الأعمال التحضيرية للسيطرة الفعلية التي تمارسها دولة مزكية، وسياقها والغرض منها

١٠ - لم يرد تعريف لمصطلحي "السيطرة الفعلية" (effective control) و "المسيطر عليه فعليا" (effectively controlled) في أي من الأحكام المكتسبة أعلاه. كما لم يرد لهما تعريف في الأعمال التحضيرية للاتفاقية^(٤). وقد تناول معظم المناقشات بخصوص المادة ١٥٣ المسألة المتعلقة بمدى ما ينبغي أن تمارسه السلطة الدولية لقاع البحار من رقابة على الأنشطة في المنطقة. ولم تعالج القضايا المتعلقة بمعايير أهلية مقدم الطلب إلا بعد عام ١٩٧٧، بعد الاتفاق على "النظام المختلط" للتسهيلات المقدمة إلى الدول والأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين وللمؤسسة. وعقب الاتفاق على ذلك، أصبح من الواضح أنه ستعين على مقدم الطلب ذي الصلة أن يحصل على ترقية من دولة ما، وأن يكون قادرا في نفس الوقت على تقديم ضمانات مناسبة للسلطة بخصوص الامتثال. غير أنه لم تُطرح قبل صدور النص التفاوضي المركب غير الرسمي (الوثيقة ICNT/Rev.2 (الصادرة عام ١٩٨٠)) مسألة مقدمي الطلبات من حاملي جنسية أكثر من دولة أو الخاضعين للسيطرة الفعلية لدولة أخرى أو رعاياها. ويبدو أن الشاغل الرئيسي في ذلك الوقت كان يتمثل في التعامل مع حالة اتحادات الكيانات التابعة للولايات المتحدة الأمريكية، التي كانت جميعا عبارة عن مشاريع مشتركة. ولا تلقي الوثائق الرسمية للدورة الثالثة لمؤتمر الأمم المتحدة لقانون البحار سوى القليل من الضوء على هذه المسألة، غير أن تقرير منسقي الفريق العامل المكون من ٢١ عضوا المقدم إلى اللجنة الأولى في الدورة التاسعة المعقودة في عام ١٩٨٠ (Add.1 و A/CONF.62/C.1/L.28) أشار إلى ما يلي:

"انطوت الفقرة ٢ من المادة ٤ المتعلقة بتزكية مقدمي الطلبات على مشاكل في رأي وفود بعض البلدان المتقدمة النمو. فقد رأت تلك الوفود أن الحكم المتعلق بالسيطرة الفعلية لدولة طرف على طلب ما يُثير مشاكل فيما يتعلق بالتنفيذ. وأكدت وفود أخرى ضرورة القصوى للإبقاء على القاعدة الواردة في هذه الفقرة.

(٤) انظر (S. N. Nandan, M. W. Lodge and S. Rosenne eds, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 – A Commentary*, Vol. VI (The Hague: Martinus Nijhoff, 2002

وقد توصلنا أخيرا بعد نقاش مطول إلى حل أرجو أن يكون مقبولا لدى الجميع. فقد قررت الإبقاء على قاعدة التزكيات المتعددة بصيغتها الواردة في الوثيقة A/CONF.62/WP.10/Rev.2، وإضافة جملة جديدة تقضي بأن "تُبيّن في قواعد السلطة وأنظمتها وإجراءاتها المعايير والإجراءات لتنفيذ متطلبات التزكية"^(٥).

١١ - وتوفر الوثائق المطلوب من أصحاب الطلبات من الأشخاص الاعتباريين تقديمها ضمن طلباتهم بعض التوجيهات بخصوص معنى السيطرة الفعلية. إذ ينبغي أن تحدد هذه الجهات مكان تسجيلها ومكان عملها الرئيسي/محل إقامتها وأن ترفق نسخة من شهادة التسجيل (المرفق الثاني من كل نظام). وتسمح هذه المعلومات وشهادة التسجيل، بالإضافة إلى شهادة التزكية، للجنة أيضا بالتحقق من استيفاء الجهة مقدمة الطلب لمتطلبات التزكية بموجب المادة ١١.

١٢ - وتسمح طبيعة ونطاق التزامات الدول المزكية بالتوصل إلى فهم أساسي لسياق اختبار السيطرة الفعلية والغرض منه. وكانت هذه المسألة في صميم الفتوى التي أصدرتها غرفة منازعات قاع البحار في عام ٢٠١١. وتقتضي الاتفاقية أن تعتمد الدولة المزكية قوانين ونظما وتتخذ تدابير إدارية تكون ملائمة بدرجة معقولة في إطار نظامها القانوني لضمان امتثال الأشخاص الخاضعين لولايتها القضائية، ومن ثم ممارسة السيطرة التنظيمية الفعلية بحيث تُعفي من تبعات الأضرار الناجمة عن عدم وفاء المقاول الذي زكته بالتزاماته. والغرض من مطلب التزكية هو كفالة وفاء الكيانات الخاضعة للنظام القانوني الوطني للدول الأطراف بالالتزامات الواقعة على هذه الدول. ونتيجة لذلك إذا رأت الدولة المزكية أن من المفيد إيضاح شروط منح تزكيتها فلديها الاختصاص لمعالجة هذه المسألة ضمن إطارها القانوني الوطني. وقد صرحت غرفة منازعات قاع البحار بهذه النقطة بوضوح إذ أشارت إلى أن الدولة المزكية قد ترى، حسب نظامها القانوني، ضرورة أن تُدرج في قانونها الوطني المحلي الأحكام الضرورية لتنفيذ التزاماتها بموجب الاتفاقية. وقد تناولت هذه الأحكام جملة أمور منها السلامة المالية للمقاولين الذين ترعاهم وقدراتهم التقنية، وشروط إصدار شهادة التزكية، والعقوبات على عدم الامتثال من جانب أولئك المقاولين^(٦).

(٥) جاء نص الحكم بصيغته المعتمدة حينذاك (المادة ٤ (٢) من المرفق الثالث للوثيقة A/CONF.62/WP.10/Rev.2) كما يلي: "يكتفى بتزكية الدولة الطرف التي يحمل مقدم الطلب جنسيتها، ما لم يكن لمقدم الطلب أكثر من جنسية واحدة، كما في حالة شراكة الكيانات أو اتحاد الكيانات المنتمية لأكثر من دولة، وفي تلك الحالة تزكي جميع الدول الأطراف المعنية بالطلب، أو ما لم يكن مقدم الطلب خاضعا للسيطرة الفعلية لدولة طرف أخرى أو رعاياها، وفي تلك الحالة تزكي كلتا الدولتين بالطلب".

(٦) غرفة منازعات قاع البحار، القضية رقم ١٧، الفقرة ٢٣٤. ويمكن الاطلاع على مزيد من التفاصيل في الفقرات من ٢٢٧ إلى ٢٤١ المتعلقة بمحتوى التدابير المفتوحة التي هي مسائل سياسية تقررها الدولة المزكية (الفقرة ٢٢٧).

سياقات وأغراض قانونية أخرى أشير بصددتها إلى ممارسة الدولة للسيطرة الفعلية

١٣ - عبارة "السيطرة الفعلية" مصطلح يتكرر في كثير من الأحيان، وبالأحرى في سياق المؤسسات المتعددة الجنسيات والمشاريع المشتركة وعمليات الاندماج والمنافسة والاحتكارات. فمثلا في سياق تحديد ما يشكل معاملة على أساس النَّدية^(٧) بين كيانين اعتباريين تربطهما صلة في إطار النظم القانونية الوطنية، يعتبر قانون الشركات الهندي أن نسبة الملكية البالغة ٢٦ في المائة من أسهم الشركة المرتبطة تعادل السيطرة الفعلية^(٨). وتطبق اليابان هذه القاعدة عندما تبلغ السيطرة نسبة ٥٠ في المائة^(٩). وتعتبر إسبانيا أن نسبة الملكية البالغة ٢٥ في المائة تكفي لممارسة السيطرة^(١٠). ويعرّف قانون الشركات البريطاني السيطرة على شركة بأنها القدرة التي يكتسبها شخص نتيجة حمل الأسهم أو الامتلاك الفعلي لسلطة تصويت يمنحها النظام الداخلي للشركة^(١١). أما القانون الفرنسي فيأخذ في الاعتبار أيضا السيطرة من حيث الواقع^(١٢). وتدل هذه العينة الصغيرة على أن التعريف يختلف حسب القوانين المحلية.

١٤ - وترد أيضا عبارتا "السيطرة الفعلية" و "المسيطر عليه فعليا" في سياق رفع السفن علم الدولة التي تحمل جنسيتها. وتقتضي المادة ٩١ من الاتفاقية قيام "رابطة حقيقية" بين الدولة والسفينة التي ترفع علمها. وفيما يتعلق بإقامة رابطة حقيقية بين السفينة ودولة علمها، فإن فعل التسجيل هو الذي يمنح السفينة جنسيتها ويشكل أساسا لممارسة الدولة ولاية قضائية عليها، بغض النظر عن الجهة التي تملك السفينة أو التي لديها مصلحة مالية فيها أو في

(٧) على الرغم من الطابع غير الرسمي لاسم مبدأ النَّدية، فهو منصوص عليه في المادة ٩ من الاتفاقية النموذجية لضرائب الإيرادات ورؤوس الأموال التي وضعتها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، ويشكل إطارا لمعاهدات ثنائية بين البلدان الأعضاء في المنظمة، وبين عدد كبير من الحكومات غير الأعضاء في المنظمة. ويُطبق هذا المبدأ التقييمي عادة على المعاملات التجارية والمالية بين الشركات المرتبطة ببعضها. ويقضي بتقييم المعاملات كما لو أُجريت بين أطراف غير مرتبطة ببعضها، كل طرف منها يتصرف حسب ما تلميه مصلحته الخاصة. انظر *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (2006: *Conducting Business in Weak Governance Zones* (Paris, OECD, 2006)).

(٨) يغطي القسم ٩٢ ألف من قانون ضرائب الإيرادات الهندي لعام ١٩٦١ المشاركة المباشرة أو غير المباشرة لمؤسسة في إدارة مؤسسة أخرى أو السيطرة عليها أو في رأس مالها.

(٩) المادة ٤-٦٦ من قانون التدابير الضريبية الخاصة، والمادة ٣٩-١٢ من أمر مجلس الوزراء المتعلق بقانون التدابير الضريبية الخاصة.

(١٠) انظر www.oecd.org/tax/transfer-pricing/Spain_TPcountryprofile_Sept2012.pdf.

(١١) قانون الضرائب لعام ٢٠١٠ (أحكام دولية وأحكام أخرى)، المادتان ١٤٧ و ١٤٨.

(١٢) المادة ٥٧ من قانون الضرائب العام (Code Général des Impôts).

تشغيلها^(١٣). ويُترك للدول أن تحدد في نظمها القانونية الوطنية شروط منح جنسيتها للسفن وتسجيلها في إقليمها ومنحها حق رفع علمها.

١٥ - ويشكل التأسيس والتسجيل أيضا شرطا من الشروط المنطبقة فيما يختص بممارسة الحماية الدبلوماسية على شركة ما من قبل دولة التأسيس والتسجيل. فقد قضت محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة تراكسيون (*Barcelona Traction*) بأن القانون الدولي "يمنح حق الحماية الدبلوماسية لكيان اعتباري للدولة التي أسست الشركة بموجب قوانينها والتي يوجد في إقليمها مكتب الشركة المسجل"^(١٤). وحُدّد شرطان لاكتساب شركة ما الجنسية لأغراض الحماية الدبلوماسية، وهما تأسيس الشركة في الدولة المعنية ووجود مكتب مسجل لها في دولة التأسيس. ولا تكتسب الشركة جنسية دولة التأسيس بواقع كون أغلبية حملة أسهما من مواطني تلك الدولة. وأشارت المحكمة الدولية أيضا إلى أنه، بالإضافة إلى التأسيس ووجود المكتب المسجل، لا بد من وجود نوع من "الصلة الدائمة والثيقة" بين الدولة التي تمارس الحماية الدبلوماسية والشركة^(١٥). وقد تأكدت الصلة في تلك الحالة بواقع كون الشركة احتفظت بمكتبها المسجل وبمساهماتها وسجلات أسهمها في دولة التأسيس (كندا)؛ وكانت اجتماعات مجلس إدارتها تُعقد في كندا، كما كانت مدرجة في سجلات إدارة الضرائب الكندية.

١٦ - غير أنه في قضية برشلونة تراكسيون، لم يتعين على المحكمة معالجة الحالة التي تكون فيها الشركة مؤسسة في دولة ما، ولكن تربطها "صلة وثيقة ودائمة" بدولة أخرى. وتتناول المادة ٩ من مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية التي وضعتها لجنة القانون الدولي في عام ٢٠٠٦ هذه الحالة^(١٦)، إذ تنص على أنه: لأغراض الحماية الدبلوماسية للشركات، تعني

(١٣) انظر مثلاً المحكمة الدولية لقانون البحار، القضيتان رقم ١ و ٢ "سفينة سايغا" (سانت فنسنت وجزر غرينادين ضد غينيا) والقضية رقم ٨ "سفينة غراند برنس" (بليز ضد فرنسا).

(١٤) محكمة العدل الدولية، شركة برشلونة تراكسيون للكهرباء المحدودة (بلجيكا ضد إسبانيا) ١٩٧٠، الصفحة ٤٢ من النص الأصلي، الفقرة ٧٠.

(١٥) المرجع نفسه، الفقرة ٧١.

(١٦) اعتمدت لجنة القانون الدولي في دورتها الثامنة والخمسين مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية وشروحها بعد القراءة الثانية. وقررت اللجنة، وفقا للمادة ٢٣ من نظامها الأساسي، أن توصي الجمعية العامة بصياغة اتفاقية على أساس مشاريع المواد. وقررت الجمعية العامة في قرارها ١١٣/٦٨ المؤرخ ١٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٣ أن تدرج في جدول الأعمال المؤقت لدورتها الحادية والسبعين (٢٠١٦) بندا عنوانه "الحماية الدبلوماسية"، وأن تواصل، في إطار فريق عامل تابع للجنة السادسة وفي ضوء التعليقات الخطية المقدمة من الحكومات والآراء المعرب عنها في المناقشات التي جرت في دورات الجمعية العامة الثانية

دولة الجنسية الدولية التي أسست الشركة بموجب قانونها. غير أنه عندما يسيطر على الشركة رعايا دولة أخرى أو دول أخرى ولا توجد للشركة أنشطة تجارية كبيرة في دولة التأسيس، وعندما يوجد مقر الإدارة والرقابة المالية للشركة لكلاهما في دولة أخرى، تعتبر تلك الدولة دولة الجنسية (انظر A/61/10، الفقرة ٤٩، المادة ٩). ففي الحالة الأولى تكون الدولة التي أسست فيها الشركة هي دولة الجنسية التي يحق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية. بيد أنه عندما تدل الظروف على أن الشركة تربطها صلات أوثق بدولة أخرى، وهي الدولة التي يوجد فيها مقر الإدارة والرقابة المالية للشركة، فإن تلك الدولة هي دولة الجنسية التي يحق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية. غير أنه يجب اكتمال شروط متضاربة. فأولا يجب أن تكون الشركة تحت سيطرة رعايا دولة أخرى. وثانيا، يجب ألا تكون لها أنشطة تجارية كبيرة في دولة التأسيس. وأخيراً، يجب أن يكون كل من مقر الإدارة والرقابة المالية للشركة في دولة أخرى. ولا تتأهل الدولة التي أنشأت فيها الشركة مقر إدارتها والتي تتم فيها الرقابة المالية عليها كدولة جنسية الشركة فيما يتعلق بممارسة الحماية الدبلوماسية إلا عند اكتمال هذه الشروط معاً.

١٧ - وقد أُتيح الحل السابق ذكره لأغراض الحماية الدبلوماسية. غير أن من المشكوك فيه إمكانية تطبيقه فيما يختص بمطالبة دولة مزكية بممارسة السيطرة الفعلية على كيان حاصل على التزكية عندما يكون هذا الكيان غير مسجل في الدولة المزكية. وقد تنشأ تلك الحالة مثلاً عندما تكون شركة فرعية مسجلة في دولة مزكية ولكنها تعتمد من الناحيتين المالية والتقنية على شركة أم غير مسجلة في الدولة المزكية. ونظراً لكون الشركتين منفصلتين قانونياً، وإذا لم يتسن إزالة الحجاب الفاصل بين الكيانين، فإن الدولة المزكية لن تكون في وضع يسمح لها بممارسة سيطرتها الفعلية على الشركة الأم، وقد لا تتمكن من الوفاء بشروط العناية الواجبة وبالالتزامات كدولة مزكية بموجب الاتفاقية والصكوك ذات الصلة بها.

١٨ - وبالفعل قد يصبح من الضروري في القانون الدولي التمييز بين الهيكل القانوني والسيطرة الفعلية عندما تبذل محاولات لإلصاق المسؤولية عن أعمال الشركات. وفي حالة الشركات المتعددة الجنسيات قد تكون كل معاملة بين أعضاء المؤسسة أو بين عضو في المؤسسة وجهة خارجية خاضعة لتنظيم أكثر من دولة واحدة. وقد يتعين في مثل هذه الظروف اختراق الحجاب الناشئ عن تأسيس الشركة الفرعية والشركة الأم في دولتين مختلفتين، خاصة عندما يتعلق الأمر بتحديد الولاية القضائية أو المسؤولية. وحتى في تلك الحالة، من الواضح أن معايير رفع الحجاب بين الشركات فيما يتعلق بالولاية القانونية

والستين والخامسة والستين والثامنة والستين، دراسة مسألة وضع اتفاقية بشأن الحماية الدبلوماسية أو اتخاذ أي إجراء مناسب آخر على أساس المواد السالفة الذكر وأن تحدد أيضاً أي اختلافات في الرأي بشأن المواد.

والمسؤولية تختلف اختلافاً كبيراً من دولة إلى أخرى. وفضلاً عن ذلك يمكن أن توجد ولاية قانونية حيث لا توجد مسؤولية. وهي مسألة حقائق ينبغي تحديدها حسب الظروف، وتتناولها القوانين المحلية^(١٧).

١٩ - وتشكل السيطرة والملكية الفعلية معيارين بالغى الأهمية أيضاً في القانون الدولي للطيران المدني. فبموجب اتفاقية الطيران المدني الدولي المؤرخة ٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٤ (اتفاقية شيكاغو) والاتفاقات ذات الصلة بها، يخضع تشغيل الخدمات الجوية بين الدول لإذن هذه الدول. وتحفظ الدولة المتعاقدة على وجه الخصوص بحق رفض الإذن ما لم تقتنع بأن رعايا الدولة مقدمة الطلب يمارسون "الملكية الحقيقية والسيطرة الفعلية" على شركة خدمات النقل الجوية المعنية. غير أن الاتفاقات ذات الصلة عموماً لا تنطبق لمعايير تحديد الملكية الحقيقية والسيطرة الفعلية. وفي حين حددت معظم البلدان نسبة مئوية قصوى للملكية الأجنبية أو نسبة دنيا للملكية الوطنية، فإن المصادر المكتوبة بهذا الصدد تشير إلى أن شرط الملكية من الناحية العملية ليس سوى شرط تمهيدي، وأن السيطرة الفعلية هي الشرط المهيمن. والسيطرة الفعلية في هذا السياق هي شرط بحكم الواقع ينبغي الحكم عليه وفقاً لما له من تأثير محدد في كل حالة.

٢٠ - وبخصوص استخدام الطيران المدني كأساس للمقارنة، تكمن المشكلة في كون الكثيرين يعتبرون فرض اختياري الملكية والسيطرة نهجاً متقادماً وعقبة رئيسية أمام رفع القيود على الخدمات الجوية العالمية بما يحقق الكفاءة. وثمة توجه متزايد في الآونة الأخيرة نحو

(١٧) من بين العوامل ذات الأهمية ما يلي:

- كون الشركتين الأم والفرعية تشتركان في ملكية الأسهم أو في الإدارة أو المديرين أو المسؤولين أو في الأقسام الإدارية
- تقديم الشركتين الأم والفرعية بيانات مالية وإقرارات ضريبية مشتركة
- كون الشركة الأم تمول الشركة الفرعية
- كون الشركة الأم بادرت بإنشاء الشركة الفرعية
- كون الشركة الفرعية تعمل برأس مال ناقص نقصاً شديداً
- كون الشركة الأم تدفع مرتبات موظفي الشركة الفرعية ومصروفاتها الأخرى
- كون الشركة الفرعية لا تتلقى أعمالاً إلا من الشركة الأم
- كون الشركة الأم تستخدم ممتلكات الشركة الفرعية كما لو كانت ملكاً لها
- عدم الفصل بين العمليات اليومية للشركتين
- كون الشركة الفرعية لا تقوم بالإجراءات الشكلية الأساسية للشركات، مثل مسك دفاتر وسجلات منفصلة وعقد اجتماعات حملة الأسهم ومجلس الإدارة.

الأخذ باختبار السيطرة الفعلية الذي يؤكد على "السيطرة التنظيمية" عوضاً عن معياري الملكية والاستثمار، فمثلاً يُقترح في اتفاقات متعددة الأطراف أُبرمت مؤخراً، منها الاتفاق بين الولايات المتحدة ورابطة التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادئ، واتفاق شامل مقترح بين الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي، التساهل إلى حد كبير في مطلب الملكية الحقيقية وتحسين اختبار السيطرة الفعلية ليصبح اختباراً يؤكد على مكان التأسيس والولاية القانونية للتأسيس ومكان العمل الرئيسي والرقابة التنظيمية من جانب سلطات الطيران في الدولة المعنية كمقاييس مناسبة لتحديد ما إذا كانت السيطرة كافية^(١٨). وقد اقترحت منظمة الطيران المدني الدولي نفسها، خلال المؤتمر العالمي للنقل الجوي المعقود في عام ٢٠٠٣، استخدام اختباري مكان العمل الرئيسي والسيطرة التنظيمية الفعلية عوضاً عن الملكية الحقيقية والسيطرة الفعلية.

خامسا - الموجز والتوصيات

٢١ - من هذا الاستعراض الموجز لمختلف سياقات ممارسة السيطرة الفعلية وأغراضها، يتضح عدم وجود تعريف موحد لعبارة السيطرة الفعلية، وأن المعنى المنسوب إليها يختلف اختلافاً كبيراً بحسب السياق الذي يطبق فيه اختبار السيطرة الفعلية والغرض من تطبيقه^(١٩). والاستنتاج الثاني هو أن شروط ومعايير تحديد السيطرة الفعلية تدخل ضمن اختصاص الدولة التي تمارس هذه السيطرة. ولا يقدم القانون الدولي مزيداً من التعريف لمعنى السيطرة الفعلية، بل يُترك ذلك للقوانين المحلية، إذا ارتأت الدولة ضرورة تفصيل شروط ومعايير ممارسة سيطرتها التنظيمية. والاستنتاج الثالث هو أن القانون والممارسة يتبعان نفس النهج فيما يتعلق بأعلام السفن والطيران المدني، فضلاً عن النظام المنبثق عن الجزء الحادي عشر من اتفاقية قانون البحار. وهذا يؤكد أهمية مكان التأسيس/التسجيل ومنح الجنسية (أي السيطرة

(١٨) انظر www.ecipe.org/media/publication_pdfs/GelosoGrosso_Liberalising_Air_passenger_122008.pdf

(١٩) تنطبق أيضاً معان مختلفة في مختلف النظم القانونية. فقد أفادت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي مثلاً بأنه: "يعتبر عموماً أن السيطرة على المؤسسات تمارس عندما يملك فرد أو جماعة من المستثمرين أكثر من ٥٠ في المائة من الأسهم العادية التي يحق لحاملها التصويت في المؤسسة أو الشركة. غير أنه يمكن ممارسة 'السيطرة الفعلية' عندما يحمل المستثمر أو المستثمرون مجموعة كبيرة من أسهم التصويت، حتى ولو كانت أقل من ٥٠ في المائة، إذا كانت الأسهم المتبقية يتقاسمها عدد كبير من صغار المساهمين. ويمكن أيضاً ممارسة السيطرة على مؤسسة بواسطة مديريات مترابطة وروابط ملكية بين الشركات، كما في حالة الشركات الاندماجية". انظر *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law* (Paris, OECD, 1993) p. 31.

التنظيمية) بوصفهما العاملين الحاسمين أو المهيمين. بغض النظر عن الواقع العملي فيما يتعلق بالسيطرة على سياسات الشركة ورأس مالها وشؤونها المالية وإدارتها.

٢٢ - وللتأكد من أهلية مقدم طلب، يجب أن تتأكد اللجنة من استيفاء شروط التزكية الواردة في المادة ١٥٣ من الاتفاقية، وفقا للمرفق الثالث للاتفاقية ونظم التنقيب والاستكشاف. وفيما يتعلق بالكيانات المؤسسة في دولة التزكية أو الحاصلة على جنسيتها على الأقل، يُعتبر إجراء التأسيس أو منح الجنسية، إلى جانب تعهدات الدولة المزكية، كافيا لإثبات "السيطرة الفعلية" لأغراض الوفاء بمتطلبات التزكية. وحتى الهيمنة التجارية والمالية التامة لشركة أم على شركة فرعية لا تكفي بحد ذاتها بالضرورة كأساس لسلطة التزكية ما دام الكيانان منفصلين بصورة رسمية.

٢٣ - في ضوء هذا الاستعراض الأولي، لا يزال السؤال مطروحا حول المدى الذي ينبغي أن تذهب إليه قواعد السلطة ونظمها وإجراءاتها في تجاوز شهادة التزكية. وقد يكون من الأنسب تحديد معايير وإجراءات الوفاء بمتطلبات التزكية في القوانين واللوائح والتدابير الإدارية التي يتعين على الدولة المزكية اعتمادها بموجب الفقرة ٤ من المادة من المرفق الثالث للاتفاقية، مع الأخذ في الاعتبار أيضا أن قرار التزكية متروك للدولة.

٢٤ - واللجنة مدعوة إلى النظر في المادة ١١-٢ على أساس التحليل الأولي الوارد أعلاه، وتقديم تقرير بشأنها إلى المجلس التنفيذي حسب الاقتضاء.