



Генеральная Ассамблея

Distr.
GENERAL
A/CN.9/444/Add.5
2 March 1998
RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ
Тридцать первая сессия
Нью-Йорк, 1-12 июня 1998 года

**ПРОЕКТЫ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫЕ
ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ**

Проект глав руководства для законодательных органов по проектам в области
инфраструктуры, финансируемым из частных источников

Доклад Генерального секретаря

Добавление

Глава IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ И ОБЩИЕ УСЛОВИЯ ПРОЕКТНОГО СОГЛАШЕНИЯ

	<u>Пункты</u>	<u>Страница</u>
Рекомендации по законодательным вопросам	-	2
Примечания к рекомендациям по законодательным вопросам	1-48	4
<u>Раздел</u>		
A. Общие замечания	1-6	4
1. Законодательные подходы	1-4	4
2. Заключение проектного соглашения	5-6	4
B. Общие условия проектного соглашения	7-47	5
1. Строительная площадка	8-12	5
2. Сервитуты	13-16	6
3. Исключительные права	17-21	7
4. Правовой статус концессионера	22-34	8
5. Уступка концессии	35-38	11
6. Обеспечительные интересы	39-45	12
7. Срок действия	46-47	14
C. Особые условия	48	14

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

Законодательный подход к проектному соглашению

1) Рекомендуется ограничить законодательные положения, касающиеся взаимных прав и обязательств правительства принимающей страны и проектной компании, только абсолютно необходимыми, например положениями по тем вопросам, по которым может потребоваться предварительное законодательное разрешение или которые могут затрагивать интересы третьих сторон или же касаются принципиальных политических вопросов (см. пункты 2-4).

Заключение проектного соглашения

2) Рекомендуется упростить процедуры заключения проектного соглашения и заранее определить компетентный орган или органы для утверждения или подписания проектного соглашения от имени правительства принимающей страны (см. пункты 5-6).

Строительная площадка

3) В тех случаях, когда земельный участок для строительной площадки должен приобретаться правительством принимающей страны в результате экспроприации, возможно, желательно обеспечить, чтобы все экспроприации, необходимые для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, осуществлялись в соответствии с наиболее оперативными процедурами, предусмотренными законодательством принимающей страны (см. пункты 8-12).

4) Сервитуты, которые могут потребоваться проектной компании, могут быть предусмотрены в специальном законодательстве для данного сектора (см. пункты 13-16).

Исключительные права

5) Рекомендуется закрепить в законодательстве право правительства принимающей страны и проектной компании договариваться о том, должно ли правительство принимающей страны брать на себя обязательство не содействовать осуществлению и не поддерживать осуществление параллельного проекта, который может привести к возникновению конкуренции с проектной компанией (см. пункты 17-21)

Правовой статус концессионера

6) Правительство принимающей страны, возможно, пожелает, чтобы проектные консорциумы создавали компанию в качестве самостоятельного юридического лица с коммерческими предприятиями в данной стране. Во всех случаях, когда это отвечает публичным интересам, в законодательство могут быть включены положения, разрешающие правительству принимающей страны выдавать подряды на проекты иностранным компаниям (см. пункты 26-27).

7) В законодательстве, возможно, нецелесообразно устанавливать требования в отношении определенной фиксированной суммы в качестве минимального капитала (см. пункты 29-30).

8) В законодательство может быть включено требование о том, что деятельность проектной компании должна ограничиваться реализацией и эксплуатацией конкретного проекта или проектов, подряды на которые выданы данной проектной компании. Законодательство может содержать также требование о том, что основополагающие изменения в уставных документах и нормативных актах проектной компании или же передача фактического контроля над проектной компанией подлежат утверждению правительством принимающей страны (см. пункты 31-34).

Уступка концессии

9) Проектная компания не должна обладать правом уступать концессию без согласия правительства. Условия, при которых может утверждаться уступка концессии до истечения ее срока, могут предусматривать следующее:

- а) согласие нового концессионера со всеми обязательствами по проектному соглашению;
- б) доказательство наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления соответствующих услуг (см. пункты 35-36).

10) Концессионеру может быть разрешено предоставлять субконцессии при условии предварительного утверждения правительством принимающей страны (см. пункты 37-38).

Обеспечительные интересы

11) В тех случаях, когда физические активы, образующие инфраструктуру, не принадлежат проектной компании, рекомендуется четко предусмотреть в законодательстве, может ли проектная компания и в какой степени создавать обеспечительные интересы в таких активах (см. пункты 40-42).

12) В законодательстве целесообразно предусмотреть право проектной компании использовать в качестве обеспечения права, вытекающие из проектного соглашения, при условии, что принудительное исполнение прав в отношении такого обеспечения не будет затрагивать обязательств проектной компании в соответствии с соглашением (см. пункты 43-44).

13) Кроме того, целесообразно предусмотреть в законодательстве возможность создания обеспечительных интересов в акциях проектной компании при условии утверждения правительством принимающей страны (см. ниже пункт 45).

Срок концессии

14) В тех случаях, когда будет сочтено целесообразным принять законодательные положения, ограничивающие срок концессии максимальным числом лет, рекомендуется предусмотреть достаточно продолжительный период времени, позволяющий проектной компании погасить свою задолженность и достичь разумного уровня доходности, производительности или использования объекта (см. пункты 46-47).

ПРИМЕЧАНИЯ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

А. Общие замечания

1. "Проектное соглашение" между правительством и проектной компанией является основным документом по проекту в области инфраструктуры. В проектном соглашении определяются масштабы и цели проекта, а также права и обязательства сторон; в нем дается подробное изложение работ, которые должны быть выполнены проектной компанией, а также устанавливаются условия в отношении эксплуатации инфраструктуры или предоставления соответствующих услуг.

1. Законодательные подходы

2. В отношении содержания проектного соглашения в национальном законодательстве используются три основных подхода. В законах некоторых стран соглашения подобного типа практически не упоминаются, в то время как в законах других стран содержатся подробные императивные нормы, касающиеся содержания положений, подлежащих включению в такое соглашение. Промежуточный подход применяется в тех национальных законах, в которых содержится перечень вопросов, которые должны быть рассмотрены в проектном соглашении без подробного регулирования содержания конкретных положений.

3. Законодательные положения по конкретным основным элементам проектного соглашения могут способствовать обеспечению в самом начале процесса переговоров общих рамок для распределения прав и обязательств между сторонами. Цель таких положений может состоять в том, чтобы обеспечить в законодательном порядке руководящие принципы для государственных органов, занимающихся подготовкой проектных соглашений на различных уровнях правительства (национальном, провинциальном или местном). Такие руководящие принципы могут оказаться особенно полезными для государственных органов, не обладающих достаточным опытом в проведении переговоров по проектным соглашениям. Некоторые страны, возможно, будут также исходить из того, что законодательные положения по конкретным элементам проектного соглашения могут усилить позиции правительства в переговорах с проектной компанией. Наконец, такое законодательство может оказаться необходимым, для того чтобы предоставить правительству соответствующие полномочия в отношении согласования определенных видов положений.

4. Возможными недостатками законодательных положений, в которых подробно рассматриваются права и обязательства сторон, является то, что они могут лишить правительство и проектную компанию необходимой свободы действий при обсуждении условий соглашения, которое должно учитывать потребности и особенности конкретных проектов, поэтому рекомендуется включать в законодательство только те положения, касающиеся проектного соглашения, которые абсолютно необходимы, например, положения по вопросам, в отношении которых может требоваться предварительное законодательное разрешение или которые могут затрагивать интересы третьих сторон, или же положения, касающиеся принципиальных вопросов политики, по которым отклонение от норм на основе соглашения является недопустимым.

2. Заключение проектного соглашения

5. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, обычно осуществляются в соответствии с письменными соглашениями между правительством и проектной компанией. В законодательстве довольно часто содержатся требования в отношении проведения переговоров и подписания такого письменного соглашения. Национальное законодательство некоторых стран содержит определенные формальные требования в отношении заключения и вступления в силу проектного соглашения. В некоторых странах условия соглашения, достигнутого между выдающим подряд органом и отобранным проектным консорциумом, могут подлежать утверждению вышестоящей

инстанцией. В некоторых случаях проектное соглашение может вступить в силу только после принятия парламентского акта или даже после принятия специального законодательства.

6. В целях оперативного рассмотрения конкретных вопросов и избежания отрицательных последствий задержек в исполнении графика осуществления проекта в некоторых странах полномочия в отношении принятия обязательства от имени правительства принимающей страны делегируются на основании соответствующего законодательства конкретным уполномоченным должностным лицам, с тем чтобы вступление проектного соглашения в силу происходило после его подписания или же после завершения определенных формальных процедур, например публикации в официальном издании. В тех странах, где подобная процедура может быть неприемлемой или в которых может требоваться окончательное утверждение другим органом, целесообразно рассмотреть методы избежания необоснованных задержек. Важно учитывать, что риск, связанный с задержками в осуществлении проекта из-за отсутствия утверждения после завершения переговоров, отнюдь не является тем риском, который будет с готовностью принимать на себя проектная компания. В тех случаях, когда требования в отношении утверждения расцениваются как произвольные или чрезмерно громоздкие, правительству принимающей страны может быть предложено предоставить проектной компании и кредиторам достаточные гарантии в отношении такого риска. В некоторых странах, где существуют подобные требования в отношении утверждения, правительства в некоторых случаях соглашались в проектном соглашении выплачивать проектной компании компенсацию в отношении всех расходов, которые могут возникнуть в том случае, если окончательное утверждение проекта задерживается по причинам, не зависящим от проектной компании.

В. Общие условия проектного соглашения

7. Проектные соглашения обычно представляют собой объемные документы, в которых подробно рассматривается широкий круг общих вопросов и вопросов, касающихся конкретных проектов. В настоящем разделе рассматриваются возможные последствия тех положений, которые могут являться ключевыми положениями национальных законов.

1. Строительная площадка

8. Если предполагается построить новый объект инфраструктуры на земельном участке, принадлежащем правительству принимающей страны, или же модернизировать или переоборудовать (например, в рамках таких проектов, как "модернизация-эксплуатация-передача" или "переоборудование-эксплуатация-передача") уже существующий объект инфраструктуры, обычно именно правительство принимающей страны, выступающее собственником такого земельного участка или объекта, должно предоставить участок или объект в распоряжение проектной компании. Правительство принимающей страны может либо передать проектной компании правовой титул на землю или объекты или же сохранить за собой такой правовой титул, предоставив проектной компании право пользоваться земельным участком или объектом или осуществлять на них строительство.

9. В обоих случаях, т.е. когда объект инфраструктуры должен быть возвращен правительству принимающей страны или же будет постоянно принадлежать проектной компании, сторонам рекомендуется определить состояние такого земельного участка или объекта в момент его передачи проектной компании. Такое определение может снизить вероятность возникновения разногласий в момент возвращения объекта инфраструктуры правительству принимающей страны. Поэтому в проектном соглашении следует предусмотреть, что такой земельный участок или существующий объект, до передачи или предоставления в распоряжение проектной компании, должны быть проинспектированы, замерены или демаркированы. Кроме того, в проектном соглашении обычно рассматриваются такие вопросы, как процедуры передачи земельного участка или объектов и предоставление необходимой документации.

10. Более сложная ситуация может возникнуть в том случае, когда земельный участок еще не принадлежит правительству принимающей страны и должен быть куплен у его владельцев. В том

случае, если проекты являются следствием незапрошенных предложений со стороны частного сектора (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 87-93), или же объекты инфраструктуры имеют относительно высокий коммерческий потенциал и не относятся к категории национальных приоритетов, правительство принимающей страны может счесть, что каких-либо серьезных причин для того, чтобы оно самостоятельно приобретало земельный участок и предоставляло его проектной компании, не существует. Тем не менее в большинстве случаев проектные компании вряд ли будут заинтересованы в том, чтобы брать на себя ответственность за приобретение земельного участка, необходимого для проекта. У проектной компании могут возникать опасения в отношении возможных задержек и расходов, связанных с необходимостью проводить переговоры с отдельными владельцами, число которых может быть весьма значительным, и, поскольку это требуется в некоторых странах, заниматься сложной проверкой документов о передаче правового титула и прослеживанием цепочки предыдущих передач собственности для установления правомерности правового титула отдельных владельцев. Поэтому обычно именно правительство принимающей страны берет на себя ответственность за предоставление земельного участка, необходимого для осуществления проекта, с тем чтобы избежать необоснованных задержек и повышения стоимости проекта в результате приобретения земельного участка. Правительство принимающей страны может закупить необходимый земельный участок у его владельцев или же, если это необходимо, приобрести его в результате экспроприации.

11. В тех случаях, когда необходимо провести процедуры экспроприации, возможно, необходимо будет принять различные подготовительные меры для обеспечения безотлагательного проведения строительных работ. В тех странах, где в законодательстве предусматривается несколько видов процедур экспроприации, возможно, целесообразно предусмотреть, чтобы все экспроприации, необходимые для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, осуществлялись в соответствии с наиболее оперативной из таких процедур, например, в соответствии со специальными процедурами, которые применяются в некоторых странах по причинам исключительных общественных потребностей (см. главу I "Общие соображения по законодательным вопросам", пункты 36-37).

12. Правительство, как правило, обладает правом экспроприировать частную собственность, однако в соответствии с законодательством ряда стран предприятиям общественного пользования или поставщикам общедоступных услуг (например, железнодорожным компаниям, службам энергоснабжения, телефонным компаниям) разрешается предпринимать определенные действия для экспроприации частной собственности, если это необходимо для предоставления или расширения их услуг населению. В некоторых случаях, особенно в тех странах, где предоставление компенсации владельцам экспроприированной собственности обеспечивается в результате судебного разбирательства, было сочтено целесообразным делегировать концессионеру полномочия в отношении осуществления определенных действий, связанных с экспроприацией, однако правительство принимающей страны по-прежнему несло при этом ответственность за осуществление тех действий, которые в соответствии с применимым законодательством обеспечивают соблюдение юридических требований, связанных с возбуждением разбирательства об экспроприации. После экспроприации правовой титул на земельный участок обычно передается правительству принимающей страны, хотя в некоторых случаях в законодательстве может предусматриваться право правительства принимающей страны и проектной компании договариваться об ином порядке владения, принимая во внимание их соответствующую долю в расходах на экспроприацию собственности.

2. Сервитуты

13. Помимо приобретения имущества для сооружения объекта может существовать необходимость в обеспечении доступа проектной компании к такому имуществу в тех случаях, когда строительная площадка для проекта расположена в таком месте, что для получения доступа к такой площадке необходимо получить право на транзитный проезд по территории или через территорию, принадлежащую третьим сторонам. Кроме того, вследствие особого характера проекта проектной компании, возможно, необходимо будет получить доступ на территорию, принадлежащую третьим сторонам (например, для установления дорожных знаков на прилегающих земельных участках; для установления мачт или линий электропередачи на территории третьих сторон; для монтажа или обслуживания трансформаторного и

релейного оборудования; для подрезки деревьев, которые мешают телефонным линиям и которые расположены на смежной территории). Для обозначения права использовать имущество другого лица для конкретной цели или выполнять на его территории определенные работы в Руководстве обычно применяется термин "сервитут".

14. Сервитуты обычно требуют согласия владельца имущества, в отношении которого они применяются, если такие права не предусмотрены законом. За исключением тех случаев, когда необходимые сервитуты затрагивают только незначительное число прилегающих участков, возложение на проектную компанию ответственности за получение сервитутов непосредственно от владельцев соответствующего имущества обычно не является достаточно оперативным или рентабельным решением. Вместо этого наиболее часто такие сервитуты получает правительство принимающей страны в результате применения процедур экспроприации, которые осуществляются одновременно с экспроприацией участка для строительной площадки.

15. Несколько иной альтернативный вариант может состоять в том, чтобы предусмотреть в самом законодательстве те виды сервитутов, которые могут быть предоставлены проектной компании без обязательной экспроприации имущества, с которым связаны такие сервитуты. Такой подход может быть использован в отношении конкретного отраслевого законодательства в том случае, если правительство сочтет возможным заранее установить определенные минимальные сервитуты, которые могут потребоваться проектной компании. Так, например, законодательство, непосредственно касающееся электроэнергетического сектора, может предусматривать условия, при которых концессионер получает право производить укладку кабеля с целью сооружения или эксплуатации основных или распределительных сетей на территории, принадлежащей третьим сторонам. Такое право может потребоваться для различных целей, например для того, чтобы укладывать или наводить подземный или антенный кабель, а также устанавливать опоры и монтируемое на них трансформаторное и релейное оборудование; осуществлять техническое обслуживание, ремонт и демонтаж любого из таких сооружений; устанавливать зону безопасности вдоль линии подземных или антенных кабелей; устранять препятствия вдоль линии электропроводки или в пределах зоны безопасности.

16. В некоторых правовых системах предусматривается, что проектная компания, возможно, будет обязана выплатить владельцу компенсацию, которая причиталась бы ему в случае экспроприации, если характер сервитута существенно ограничивает возможности использования такого имущества ее владельцем.

3. Исключительные права

17. Одним из центральных вопросов, рассматриваемых в проектных соглашениях, является вопрос о том, является ли право на эксплуатацию инфраструктуры или предоставление соответствующих услуг исключительным или же будет разрешена эксплуатация конкурирующей инфраструктуры. Исключительное право может предоставляться в отношении обслуживания какого-либо конкретного географического региона (например, коммунальной водораспределительной компании) или на всей территории страны (например, национальной железнодорожной компании); исключительное право может предоставляться на поставку какого-либо конкретного вида товаров или услуг одному конкретному клиенту (например, когда электростанция является исключительным региональным поставщиком для определенной линии передачи и распределения), или же ограниченной группе клиентов (например, когда национальная компания междугородной телефонной связи обеспечивает связь с местными телефонными компаниями).

18. Для стран, желающих принять общее разрешительное законодательство в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, гибкий подход к решению вопроса об исключительности прав мог бы состоять в том, чтобы предусмотреть в законодательстве, что правительству разрешается предоставлять исключительные концессии, когда это отвечает публичным интересам, например, в том случае, если исключительные права оправданы по причинам технической или экономической рентабельности. Можно предусмотреть требование о том, что выдающий подряд орган

обязан в каждом конкретном случае указывать причины для предоставления исключительной концессии. Такое общее законодательство может дополняться конкретными законодательными актами в отношении отдельных секторов, для которых вопрос об исключительных правах будет регулироваться с учетом особых потребностей каждого конкретного сектора (см. главу II "Структура и регулирование секторов", ____).

19. Еще один вопрос, который может возникать в рамках некоторых проектов, касается возможности предоставления проектной компании гарантий в отношении того, что эксплуатация любой конкурирующей инфраструктуры будет запрещена. Некоторые национальные законы содержат положения, в соответствии с которыми правительства обязуются не оказывать содействия или поддержки осуществлению параллельного проекта, в результате которого проектная компания может столкнуться с конкуренцией. В некоторых случаях в законодательстве предусматривается, что правительство обязано воздерживаться от изменения условий такой исключительной концессии в ущерб проектной компании без согласия проектной компании. В других странах такое обязательство может вытекать из общих норм, применимых в отношении концессии или из общих принципов административного права, особенно в тех случаях, когда соответствующая деятельность является или являлась объектом государственной монополии.

20. Такого рода положения могут быть предназначены для того, чтобы повысить уверенность акционеров и кредиторов проектной компании в том, что никакого параллельного конкурирующего проекта не будет осуществляться или что основные предпосылки, исходя из которых был выдан подряд на проект, будут соблюдаться. Тем не менее такие положения могут ограничить способность правительства принимающей страны учитывать изменения обстоятельств, исходя из публичных интересов. Так, например, уровень тарифа, необходимый для обеспечения прибыльной эксплуатации платной автодороги, может превышать платежеспособность групп населения с низкими доходами. Поэтому правительство принимающей страны может быть заинтересовано в наличии открытых неплатных автодорог в качестве альтернативы новым платным автодорогам. Такие условия довольно часто предусматриваются при осуществлении проектов в области автомобильного транспорта.

21. Поэтому в законодательстве, возможно, целесообразно предоставить правительству принимающей страны и проектной компании право согласовывать приемлемые решения в рамках проектного соглашения, вместо того чтобы регулировать данный вопрос на единообразной основе для всех проектов. Возможность внесения последующих изменений в политику правительства принимающей страны в отношении данного сектора, включая решения о стимулировании конкуренции или о сооружении параллельной инфраструктуры, также может быть рассмотрено сторонами в положениях, посвященных изменениям обстоятельств (см. главу VIII "Задержки, дефекты и другие случаи неисполнения обязательств", ____).

4. Правовой статус концессионера

22. Проектное соглашение, как правило, содержит положения о правовом статусе концессионера, а также регулирует вопрос о том, должен ли концессионер быть учрежден в форме самостоятельного юридического лица или же подряд на проект может быть выдан на коллективной основе определенному проектному консорциуму. Положения по таким вопросам зачастую содержатся также в национальном законодательстве, касающемся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

23. В деловой практике под термином "консорциум" подразумевается договорный механизм, в соответствии с которым группа предприятий обязуется сотрудничать в осуществлении проекта без объединения в какую-либо корпорацию, выступающую самостоятельным юридическим лицом. Консорциумы широко используются в строительстве для реализации крупных капиталоемких проектов, требующих технического опыта в различных областях. Обычно консорциумы рассматриваются в качестве чисто договорных механизмов, не обладающих собственной правосубъектностью. Тем не менее никакого единообразного правового режима для регулирования деятельности консорциумов не существует. Они

могут относиться в соответствии с национальным законодательством к различным категориям договорных отношений, и правовой статус консорциумов, а также содержание прав и обязательств их членов в отдельных правовых системах могут существенно различаться.

24. Создание проектного консорциума может обеспечить определенные преимущества, например, большую, чем в случае отдельной проектной компании, гибкость в отношениях членов консорциума друг с другом и с деловыми партнерами. Отказ от создания самостоятельного юридического лица в принимающей стране может быть также обусловлен стремлением избежать двойного налогообложения в случае отсутствия двустороннего соглашения о двойном налогообложении между принимающей страной и страной или странами, в которых расположены штаб-квартиры иностранных инвесторов для целей налогообложения. В некоторых случаях правительство принимающей страны, возможно, пожелает сохранить возможность привлечения консорциумов для осуществления проектов в области инфраструктуры с учетом масштабов и характера данного проекта или же для того, чтобы обеспечить коллективную ответственность всех членов консорциума по проекту в целом.

25. В тех странах, которые желают сохранить такую возможность, законодательство может предусматривать факультативное право закупающей организации, в зависимости от потребностей конкретного проекта, либо выдавать подряд на проект консорциуму, либо требовать, чтобы отобранный проектный консорциум создавал компанию в качестве самостоятельного юридического лица. Тем не менее ряд вопросов по-прежнему необходимо будет урегулировать в проектном соглашении, и, возможно, потребуются продолжительные переговоры и подробные положения для обеспечения координации между членами консорциума, для обеспечения соответствующей связи с правительством принимающей страны и для разъяснения содержания обязанностей и обязательств каждого из членов консорциума в связи с исполнением данного проекта¹.

26. Тем не менее более широко распространены законодательные положения, требующие, чтобы концессионер создавался в качестве самостоятельного юридического лица. С точки зрения правительства принимающей страны, наличие самостоятельного юридического лица облегчает координацию в процессе исполнения проекта и может обеспечить механизм для защиты интересов проекта, которые отнюдь не обязательно могут совпадать с индивидуальными интересами всех членов консорциума. Особое значение данный аспект имеет в том случае, когда значительная часть услуг или поставок, требующихся для проекта, будет обеспечиваться членами проектного консорциума. Поскольку существенная часть правовых и финансовых обязательств проектной компании, включая долгосрочные обязательства (проектное соглашение, соглашения о кредитовании и страховании, подряды на строительство), обычно согласовываются на ранних этапах, самостоятельное представительство в момент обсуждения таких документов может способствовать успешному осуществлению проекта.

27. Кроме того, правительство принимающей страны, возможно, пожелает, чтобы проектная компания создавалась в соответствии с законами данной страны. Правительство принимающей страны может

¹Вопросы, возникающие в связи с выдачей подрядов на строительные работы неинтегрированной группе предприятий, кратко рассматриваются в Правовом руководстве ЮНСИТРАЛ по контрактам на строительство (глава II "Выбор метода заключения контракта", пункты 9-16). Некоторые из упомянутых в этом Руководстве вопросов могут также иметь отношение *mutatis mutandis* к переговорам, касающимся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, включая следующие вопросы: каким образом можно решить проблему предъявления иска к членам консорциума из других стран в случае возникновения спора; каким образом можно сформулировать положение об урегулировании споров, с тем чтобы спор между правительством принимающей страны и некоторыми или всеми членами консорциума можно было урегулировать в рамках одного арбитражного или судебного разбирательства; какую структуру должны иметь гарантии, которые обязаны предоставить третьи стороны в качестве обеспечения исполнения, и гарантии качества, которые должны быть выданы членами консорциума; какие вспомогательные соглашения, возможно, необходимо будет заключить правительству; существуют ли какие-либо императивные нормы применимого права, регулирующие соглашение с группой подрядчиков.

исходить из того, что если деятельность проектной компании будет регулироваться законами иностранного государства, то это может воспрепятствовать выполнению его функций по регулированию и мониторингу в отношении услуг, которые будут предоставляться проектной компанией. Кроме того, с учетом публичного интереса в деятельности проектной компании правительство принимающей страны, возможно, пожелает, чтобы проектная компания соблюдала национальные правила в отношении отчетности и представления информации (например, публикация финансовых ведомостей; требования в отношении предоставления информации об определенных корпоративных актах). Тем не менее для того, чтобы выдвигать такое требование, правительство принимающей страны должно иметь соответствующие законы, регулирующие деятельность компаний (см. главу I "Общие соображения по законодательным вопросам", пункты 46-49). Упрощенные процедуры учреждения проектной компании при надлежащем учете разумных требований, предъявляемых исходя из публичных интересов, может способствовать избежанию необоснованных задержек в процессе осуществления проекта.

28. Вопрос о том, в какой момент следует учреждать проектную компанию, должен рассматриваться в свете различных интересов, возникающих в процессе осуществления типичного проекта. Будучи заинтересованы в том, чтобы как можно раньше перейти к этапу осуществления, некоторые правительства принимающих стран, возможно, будут склоняться к тому, чтобы требовать учреждения проектной компании на как можно более раннем этапе. Тем не менее необходимо принимать во внимание, что кредиторы и другие поставщики капитала, как правило, не берут на себя твердых и окончательных обязательств до принятия окончательного решения о предоставлении концессии, особенно в том случае, если планируется создать самостоятельное юридическое лицо в качестве механизма мобилизации средств для осуществления проекта, например, в рамках сделки по "проектному финансированию" (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 68-71). Поэтому обычно желательно требовать создания проектной компании в течение достаточно непродолжительного срока после, но не до выдачи подряда на проект.

29. Еще один важный вопрос, возникающий в связи с учреждением проектной компании, касается инвестиций в акционерный капитал, необходимый для учреждения проектной компании. Правительство принимающей страны имеет вполне законный интерес в том, чтобы стремиться к достижению таких размеров акционерного капитала, который обеспечивает надежную финансовую основу для деятельности проектной компании и гарантирует ее способность отвечать по своим обязательствам. Такой интерес может быть удовлетворен за счет требования о том, что проектная компания должна быть учреждена с определенным минимальным капиталом. В некоторых странах этот вопрос непосредственно рассматривается в законодательстве, в котором либо предписывается определенная фиксированная сумма минимального капитала проектной компании, либо устанавливается показатель доли такого капитала по отношению к общему объему расходов по проекту. В других странах такие вопросы не рассматриваются в законодательстве, а решаются закупающей организацией в некоторых случаях после переговоров с отобранным проектным консорциумом.

30. Показатели общего объема необходимых инвестиций, а также идеального соотношения между заемным и акционерным капиталом могут различаться в зависимости от конкретного проекта, поэтому зачастую довольно трудно установить какую-либо фиксированную сумму или удельный показатель, которые будут приемлемы во всех случаях. Поэтому законодательное требование в отношении определенной фиксированной суммы минимального капитала для всех компаний, осуществляющих в данной стране проекты в области инфраструктуры, может оказаться нежелательным. Более гибкий подход мог бы состоять в установлении индивидуальных требований с учетом конкретных обстоятельств каждого проекта или каждого вида инфраструктуры. Если выдающий подряд орган не в состоянии заранее оценить общую сметную стоимость проекта, при привлечении тендерных заявок или запросе предложений можно указать минимальный капитал, требующийся для учреждения проектной компании. Если заранее невозможно оценить стоимость проекта или если правительство принимающей страны предпочитает согласовать сумму или долю инвестиций в акционерный капитал со стороны отобранного проектного консорциума, выдающий подряд орган, возможно, предпочтет более гибкий подход, позволяющий определить соответствующую сумму минимального капитала в ходе процесса отбора. В

тех странах, где подряд на проект выдается на основании официального постановления правительства принимающей страны, например, на основании указа или уведомления о выдаче подряда, требуемая минимальная сумма капитала проектной компании может быть указана в таком постановлении.

31. Помимо положений, касающихся минимального капитала, в национальном законодательстве могут содержаться также положения, касающиеся той формы, в которой будет организована проектная компания. Некоторые законы содержат конкретные требования о том, чтобы проектная компания учреждалась в качестве компании определенного типа, в то время как в других законах никаких положений по этому вопросу не содержится. В тех случаях, когда будет сочтено важным конкретно указать ту форму, в которой должна учреждаться проектная компания, желательно учитывать заинтересованность членов консорциума в том, чтобы их ответственность ограничивалась суммой их инвестиций. Для того чтобы избежать возникновения субсидиарной ответственности за погашение задолженности проектной компании, акционеры будут обычно отдавать предпочтение корпоративной форме, при которой их ответственность будет ограничиваться стоимостью их доли в капитале компании, например ее учреждению в форме акционерной компании. Члены консорциума будут неохотно соглашаться осуществлять проект, по которому они будут нести неограниченную ответственность по долговым обязательствам проектной компании.

32. Некоторые законы содержат положения, касающиеся сферы деятельности проектной компании, и требуют, например, чтобы деятельность проектной компании ограничивалась реализацией проекта и эксплуатацией того или иного конкретного объекта. Такие ограничения могут способствовать обеспечению транспарентности отчетности по проекту и сохранению целостности активов проекта благодаря разделению активов, поступлений и обязательств по данному проекту и активов, поступлений и обязательств по другим проектам или другой деятельности, не связанной с данным проектом. Кроме того, подобное требование может способствовать оценке деятельности по каждому проекту, поскольку суммы дефицита или прибыли не могут быть покрыты за счет или зачтены против задолженности или поступлений по другим проектам или другой деятельности. Тем не менее правительство принимающей страны может быть одновременно заинтересовано в том, чтобы сохранялась возможность для осуществления других проектов под единым руководством в том случае, если этой же проектной компании в рамках отдельной процедуры отбора будет выдан подряд на какой-либо вспомогательный проект.

33. Правительство принимающей страны может быть также заинтересовано в обеспечении того, чтобы устав и нормативные акты проектной компании надлежащим образом отражали обязательства, взятые на себя этой компанией в соответствии с проектным соглашением, и чтобы не принималось никаких решений, которые могли бы препятствовать исполнению проекта. Поэтому в законодательстве может быть предусмотрено, что для изменения устава и нормативных актов проектной компании требуется предварительное разрешение правительства принимающей страны. В других странах такой уровень контроля достигается за счет требования в отношении участия правительства принимающей страны в управлении проектной компании в качестве привилегированного акционера при том условии, что определенные решения не могут быть приняты, если правительство принимающей страны не проголосовало за них в ходе заседаний акционеров или совета управляющих. При установлении требования в отношении утверждения правительством изменений устава и нормативных актов проектной компании или других корпоративных решений желательно на сбалансированной основе оценить публичные интересы, которые представляет государство, и необходимость обеспечения для проектной компании необходимой свободы действий для осуществления коммерческих операций. Если необходимо будет всегда получать предварительное правительственное утверждение даже по незначительным вопросам, которое относится к сфере внутреннего управления компанией, то это может нанести серьезный ущерб повседневной деятельности по управлению проектом. Одно из возможных решений могло бы состоять в ограничении возможностей правительства принимающей страны выдвигать возражения против предлагаемых поправок теми случаями, которые связаны с положениями, имеющими, как представляется, принципиальное значение (например, сумма капитала, категории акций и их привилегированность, процедуры ликвидации) и которые могут быть указаны в проектном соглашении.

34. Правительство принимающей страны может иметь законный интерес в обеспечении того, чтобы первоначальные члены проектного консорциума продолжали нести обязательства по проекту на протяжении всего его срока, и в том, чтобы их не заменяли другие организации, не известные правительству принимающей страны. Поэтому в законодательстве можно предусмотреть, в дополнение к вышеупомянутым вопросам, что предварительное утверждение правительством принимающей страны требуется также в случае передачи фактического контроля за деятельностью проектной компании.

5. Уступка концессии

35. Концессии предоставляются с учетом конкретных квалификационных данных и надежности концессионера, и в большинстве правовых систем они не подлежат свободной передаче. Поэтому в национальном законодательстве довольно часто запрещается уступка концессии без согласия правительства, которое может требоваться также для передачи права контролировать проектную компанию. Общие законодательные положения такого рода могут способствовать повышению доверия населения к надежности контроля, осуществляемого правительством в отношении квалификационных данных операторов инфраструктуры или поставщиков общедоступных услуг.

36. Кроме того, некоторые страны сочли целесообразным упомянуть в законодательстве конкретные условия, при которых может быть дано разрешение на передачу концессии до истечения ее срока и которые могут предусматривать, например, согласие нового концессионера со всеми обязательствами в соответствии с проектным соглашением и подтверждение того, что новый концессионер обладает техническими и финансовыми возможностями, необходимыми для предоставления соответствующих услуг. Такого рода общие законодательные положения могут дополняться конкретными положениями проектного соглашения, в которых устанавливается сфера действия таких ограничений, а также определяются условия, при которых может быть дано согласие правительства принимающей страны.

37. В отличие от полной уступки субконцессия предусматривает передачу другой организации ответственности за осуществление одной конкретной деятельности, в отношении которой предоставлена концессия. В тех случаях, когда проектной компании предоставляется право оказывать вспомогательные услуги или когда концессия охватывает различные виды деятельности, которые могут осуществляться отдельно, проектная компания, возможно, пожелает привлечь другую организацию для выполнения некоторых из этих видов деятельности на условиях субконцессии. В том случае, если сама концессия не подлежит передаче, то без соответствующего законодательного разрешения могут возникнуть препятствия для предоставления субконцессии. Тем не менее при обычных обстоятельствах не будет существовать каких-либо серьезных причин, вынуждающих правительство принимающей страны полностью исключать возможность предоставления субконцессий, при том условии, что оно сможет убедиться в надежности и соответствии квалификационных данных субконцессионера. Поэтому в законодательстве, возможно, целесообразно предусмотреть, что концессионеру разрешается выдавать субконцессии при условии предварительного утверждения правительством принимающей страны.

38. Другой связанный с этим вопрос касается метода отбора субконцессионера. Некоторые страны применяют специальные правила, регулирующие выдачу подрядов поставщиками общедоступных услуг, а в ряде стран в законодательстве содержится прямое требование применять для предоставления субконцессий процедуры торгов. Подобные правила обычно принимались в тот период, когда практически вся инфраструктура принадлежала государству и эксплуатировалась государством при небольших или незначительных инвестициях со стороны частного сектора. Цель таких правил состояла в обеспечении экономии, эффективности, объективности и транспарентности при использовании государственных средств. Тем не менее в случае проектов в области инфраструктуры, осуществляемых частными организациями, возможно, больше уже не существует каких-либо серьезных причин или публичного интереса, для того чтобы предписывать концессионеру применять определенную процедуру для предоставления субконцессий.

6. Обеспечительные интересы

39. Финансовые документы по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, как правило, содержат подробные положения об обеспечении. Даже в тех случаях, когда потенциальная рыночная стоимость объекта инфраструктуры может быть ниже стоимости инвестиций, обеспечение в форме материальных активов может покрывать по меньшей мере часть сумм, заимствованных проектной компанией. Использование в качестве обеспечения оборотных документов, дебиторской задолженности и нематериальных прав также может оказаться важным фактором для сокращения объема рисков, принимаемых на себя кредиторами в связи с данным проектом, и, возможно, для улучшения условий кредитования. Таким образом, проектная компания будет обычно заинтересована в том, чтобы отдать кредиторам в залог все или часть своих активов, имущества и прав, вытекающих из концессии.

а) Физические активы в качестве обеспечения

40. Юридические препятствия для создания обеспечительных интересов в физических активах, составляющих объект инфраструктуры, могут возникать в том случае, когда такие активы остаются собственностью государства на протяжении всего срока проекта. Если проектная компания не имеет правового титула на имущество, то во многих правовых системах она не будет иметь права (или будет иметь лишь ограниченное право) обременять такое имущество.

41. Тем не менее в некоторых странах определенные формы обеспечения могут оказаться возможными, особенно в том случае, если проектной компании предоставляется арендное право или право использовать соответствующее имущество. Такое обеспечение будет относиться не к самому имуществу, а к правам и интересам, предоставленным проектной компании в соответствии с проектным соглашением. Кроме того, обеспечительные интересы могут быть также созданы в том случае, когда концессия охватывает различные виды государственного имущества, например, когда железнодорожной компании предоставляется правовой титул на прилегающий земельный участок (а не только право пользоваться им) в дополнение к праву использовать публичную инфраструктуру.

42. Рекомендуются прямо определить в законодательстве, в какой степени проектная компания может создавать обеспечительные интересы в физических активах, составляющих объект инфраструктуры, например за счет указания тех видов активов, в отношении которых такие обеспечительные интересы могут быть созданы, или же тех видов обеспечительных интересов, которые являются допустимыми. Тем не менее правительство будет заинтересовано в том, чтобы обеспечительные интересы, создаваемые проектной компанией, не оказывали отрицательного воздействия на проект. Поэтому в законодательство может быть включено требование об утверждении правительством, которое, как правило, должно быть отражено в проектном соглашении, для того чтобы проектная компания могла создавать такие обеспечительные интересы.

б) Нематериальные активы в качестве обеспечения

43. Право эксплуатировать инфраструктуру во многих случаях не подлежит передаче без согласия правительства, что, как правило, не позволяет создать обеспечительный интерес в концессии или лицензии. Тем не менее, даже если сама концессия не может быть отдана в залог, законодательство некоторых стран разрешает проектной компании создавать обеспечительные интересы в правах, вытекающих из концессии или лицензии или же поступлениях по такой концессии или лицензии. Такие поступления, как правило, включают плату, взимаемую с населения за пользование инфраструктурой, или же цену, уплачиваемую клиентами за товары или услуги, предоставляемые концессионером. Они могут включать также доходы от вспомогательных концессий. Обеспечение такого рода является типичным элементом финансовых договоренностей, заключаемых с кредиторами.

44. Обеспечительные интересы в форме уступки или залога поступлений по концессии не затрагивают правового титула правительства на физические активы в рамках концессии, и в связи с ними обычно не возникает таких же принципиальных проблем, которые могут возникнуть при ипотечном залоге или аналогичных формах залога. Тем не менее, поскольку принудительное осуществление прав по некоторым

из таких видов обеспечения может привести к возникновению ситуации, когда кредиторы начинают выступать вместо концессионеров при осуществлении определенных прав, вытекающих из концессионного соглашения, такие обеспечительные интересы могут затрагивать интересы правительства, населения или же партнеров или клиентов проектной компании. Поэтому в законодательстве, возможно, целесообразно предусмотреть, что для целей финансирования строительства или эксплуатации объекта проектная компания может с согласия правительства использовать в любой форме в качестве обеспечения права, вытекающие из проектного соглашения, при том условии, что принудительное осуществление прав по такому обеспечению не затрагивает обязательств проектной компании в отношении проекта или его эксплуатации в соответствии с соглашением.

с) Акции проектной компании в качестве обеспечения

45. В связи с созданием обеспечительных интересов в акциях проектной компании возникают, в принципе, такие же проблемы, как и в случае уступки концессии. В тех случаях, когда концессия не может быть уступлена или передана без согласия правительства, в законодательстве иногда запрещается устанавливать право удержания или другие обеспечительные права в отношении акций проектной компании. Тем не менее следует отметить, что использование в качестве обеспечения акций проектной компании является одним из видов обеспечения, которого довольно часто требуют кредиторы при сделках по проектному финансированию, и что общие запреты в отношении предоставления такого обеспечения могут необоснованно ограничивать способность проектной компании мобилизовывать финансовые ресурсы для осуществления проекта. Поэтому, как и для других форм обеспечения, в законодательстве, возможно, целесообразно разрешить проектной компании использовать такое обеспечение при условии получения предварительного утверждения от правительства принимающей страны.

7. Срок действия

46. Желательный срок действия проектного соглашения может зависеть от целого ряда факторов, например от срока службы объекта или периода времени, необходимого проектной компании для погашения своей задолженности и амортизации первоначальных инвестиций. Поэтому в законодательстве, возможно, нецелесообразно устанавливать какой-либо определенный срок действия в отношении всех категорий проектов. Тем не менее ряд стран сочли целесообразным принять законодательные положения, ограничивающие срок действия концессии на инфраструктуру определенным максимальным количеством лет. В некоторых законодательных актах предусмотрена комбинированная система, требующая, чтобы проектное соглашение предусматривало истечение концессии после погашения проектной компанией в полном объеме ее задолженности или достижения определенного уровня доходности, производительности или использования объекта, причем максимальный предельный срок не должен превышать определенного фиксированного количества лет. В тех случаях, когда считается целесообразным принять законодательные положения, ограничивающие срок действия концессий определенным максимальным количеством лет, такое ограничение должно предусматривать возможность установления достаточно продолжительного срока, с тем чтобы проектная компания смогла полностью погасить свою задолженность и получить разумную прибыль.

47. В национальном законодательстве предлагаются различные решения в отношении метода расчета срока действия концессии. В некоторых законодательных актах прямо предусматривается включение в срок концессии этапа строительства, а также любого дополнительного срока, предоставляемого по причине возникновения форс-мажорных обстоятельств. Тем не менее другие законодательные акты прямо предусматривают, что срок, необходимый для исполнения проекта, не учитывается при расчете срока концессии. В некоторых законодательных актах аналогичный результат достигается за счет указания на то, что срок концессии начинается после завершения строительства. Включение срока строительства в общий срок концессии обусловлено стремлением стимулировать проектную компанию досрочно завершить строительные работы, чтобы воспользоваться более продолжительным периодом эксплуатации объекта. Такой элемент стимулирования отсутствует в том случае, если законодательство предусматривает исключение этапа строительства из общего срока концессии.

С. Особые условия

48. Помимо основных положений, рассмотренных в предыдущем разделе, в проектном соглашении затрагивается также широкий круг различных других вопросов, которые рассматриваются в последующих главах Руководства, например, степень правительственной поддержки, предоставляемой в отношении проекта (см. ниже главу V "Правительственная поддержка"); график работ (см. главу VI "Этап строительства"); условия эксплуатации инфраструктуры, уровень и качество услуг, положения о структуре тарифов и корректировке цен (см. главу VII "Этап эксплуатации"); положения и средства правовой защиты в случае неисполнения или нарушения условий проектного соглашения, положения, касающиеся изменений обстоятельств и непредвиденных событий, гарантии исполнения и страховых обязательств проектной компании (см. главу VIII "Задержки, дефекты и другие случаи неисполнения"); передача объекта в конце срока осуществления проекта, возможность продления срока и причины досрочного прекращения проектного соглашения (см. главу IX "Срок действия, продление срока действия и досрочное прекращение проектного соглашения"); положения о применимом праве и механизмах урегулирования споров (см. главу X "Применимое право" и главу XI "Урегулирование споров").

* * *