

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General

13 May 2003

Russian

Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**

Тридцать шестая сессия

Вена, 30 июня – 11 июля 2003 года*

**Проект добавления к Руководству ЮНСИТРАЛ
для законодательных органов по проектам в области
инфраструктуры, финансируемым из частных
источников****Записка Секретариата******Подборка замечаний правительств и международных
организаций****Добавление****Содержание**

	<i>Стр.</i>
II. Подборка замечаний	2
A. Государства	2
1. Соединенные Штаты Америки	2

* Сроки пересмотрены.

** Настоящее добавление представлено Секретариатом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли с опозданием из-за задержки с получением исходного замечания.



II. Подборка замечаний

A. Государства

1. Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

1. Ниже изложены замечания Комитета по проектному финансированию Ассоциации адвокатов города Нью-Йорк в отношении проекта добавления к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Этот доклад был одобрен Ассоциацией адвокатов города Нью-Йорк.

Вступительное замечание

2. Как было указано, назначение Руководства для законодательных органов "состоит в оказании содействия созданию правового режима, благоприятного для частных инвестиций в публичную инфраструктуру" (Введение, пункт 4). Мы намеренно выделили слово "благоприятного", чтобы подчеркнуть, что, как изначально предполагалось, Руководство для законодательных органов призвано рекомендовать, на взвешенной основе, правовой режим, который способствовал бы привлечению частного иностранного капитала в развивающиеся страны.

3. В целом в проекте добавления обеспечена желаемая сбалансированность, однако, по нашему мнению, в некоторых местах отдельных фрагментов текста налицо отход от цели донести до пользователя положительный заряд рекомендаций, направленных на привлечение частного иностранного капитала, и лишь содержится перечисление вариантов или мер, которые правительство принимающей страны может принять, а может и не принять, как бы подсказывая свободу выбора. В некоторых случаях, о которых говорится ниже, содержащиеся в проекте добавления рекомендации, которые, по нашему мнению, могут способствовать привлечению иностранного капитала, были смягчены, и при этом были добавлены некоторые другие положения, которые, по нашему мнению, не способствуют достижению этой цели.

4. Наши замечания, содержащиеся в части I настоящей записки, относятся к тем положениям проекта добавления к Руководству для законодательных органов, которые касаются "Сооружения и эксплуатации инфраструктуры", т.е. главы III проекта добавления. Именно в этом разделе содержатся основные положения Руководства для законодательных органов, касающиеся финансирования. Вместе с тем мы отмечаем, что в типовом положении 1, "Преамбула" привлечение частного иностранного капитала упоминается лишь в контексте содействия прозрачности, справедливости и устойчивости, а также устранения "неоправданных" ограничений на частные иностранные инвестиции. Мы считаем, что типовое положение 1 можно улучшить, если формулировку первого пункта привести в большее соответствие со вторым предложением "Предисловия" и пунктом 4 "Введения" к Руководству для законодательных органов, и соответственно рекомендуем расширить первый пункт, сформулировав его следующим образом:

"[Правительство] [Парламент] _____, считая желательным установить благоприятные законодательные основы для частных инвестиций в публичную инфраструктуру; и

[Правительство] [Парламент] _____, считая желательным поощрять и облегчать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, путем содействия прозрачности, справедливости и долгосрочной устойчивости, а также устранения неоправданных ограничений на участие частного сектора в инвестировании, развитии и эксплуатации инфраструктуры;"

5. Замечания в части II настоящей записки относятся к положениям проекта добавления к Руководству для законодательных органов, которые касаются "Выбора концессионера", т.е. главы II проекта добавления.

6. В ответ на содержащийся в сопроводительной записке Секретариата вопрос мы сообщаем, что выступаем за сохранение текста добавления в качестве отдельного документа, поскольку опасаемся того, что в результате сочетания двух документов обзор в данной области станет менее широким и понятным для правительств принимающих стран и их консультантов, чем обзор, содержащийся в первоначальном Руководстве для законодательных органов. При объединении двух документов может быть утрачена значительная часть сути текста. В любом случае для подготовки предлагаемого объединенного документа потребуется некоторое время, а также должно быть предусмотрено достаточное время для анализа и замечаний.

Замечания по проекту типовых законодательных положений

Ссылки указывают на номера типовых положений, содержащихся в проекте добавления

Часть I

7. Типовое положение 28 "Содержание концессионного договора". В это положение было бы полезно включить ссылки на каждое из типовых положений, касающихся содержания концессионного договора. В противном случае может создаться впечатление, что некоторые важные типовые положения носят второстепенный характер.

8. В типовом положении 34 "Финансовые механизмы" опущены некоторые полезные фрагменты законодательных рекомендаций 47 и 48, которые, по нашему мнению, следует восстановить. Законодательные рекомендации 46, 47 и 48 требуют от концессионера полномочий на взимание тарифов или сборов с пользователей (46), от законодательства механизмов для периодических и внеочередных пересмотров таких тарифов или сборов (47) и от организации-заказчика полномочий осуществлять прямые платежи концессионеру взамен сборов за обслуживание, которые должны уплачиваться конечными пользователями, или в дополнение к ним (48). Из этих трех рекомендаций сохранена лишь рекомендация 46. Вместе с тем рекомендации 47 и 48 являются весьма важными с коммерческой точки зрения и их следует сохранить.

9. Относящаяся к этому типовому положению сноска 40 сводится к рассмотрению порядка решения некоторыми странами вопросов, касающихся контроля над тарифами. Однако в тексте сноски не содержится указания на то,

что могло бы наилучшим образом содействовать привлечению частного иностранного капитала. Мы рекомендуем эту сноску исключить.

10. В типовом положении 35 "Обеспечительные интересы" наличие заявления о том, что ограничения могут соответственно включаться в соглашение по проекту (см. сноску 41), как представляется, выхолащивает важные аспекты положительным образом выраженных рекомендаций, содержащихся в законодательной рекомендации 49, в том числе по вопросу о том, должен или не должен концессионер обладать правом создавать обеспечительные интересы в проектных активах, которыми он владеет, акциях проектной компании и дебиторской задолженности, независимо от предусматривающих обратное любых норм права. Эту проблему можно решить путем исключения положения, начинающегося со слов "с учетом любых ограничений", и сноски 41.

11. Типовые положения 39 "Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве" и 40 "Пересмотр концессионного договора", по-видимому, смягчены по сравнению с законодательной рекомендацией 58, так как в типовом положении 39 обстоятельства, при которых концессионер имеет право на компенсацию в связи с изменениями в законодательстве, ограничены такими изменениями, которые непосредственно затрагивают объект инфраструктуры, и более не содержится ссылки на возможность изменения компенсации, причитающейся в связи с изменениями в экономических или финансовых условиях. В этой области мы выступаем за формулировку законодательной рекомендации 58, поскольку она предоставляет большую степень свободы в переговорах между сторонами.

12. Типовое положение 42 "Замена концессионера" по сравнению с законодательной рекомендацией 50 является менее полезным, поскольку в этом проекте организация–заказчик "может", а не "должна" согласовать с финансирующими сторонами процедуры замены концессионера. Этот вопрос является важным для кредиторов по этим проектам. Мы выступаем за восстановление прежней формулировки.

13. Типовое положение 45 "Прекращение концессионного договора концессионером", как представляется, сужает права концессионера на прекращение договора в результате действий или бездействия организации–заказчика, в частности те права, о которых в целом говорится в пунктах (h) и (i) типового положения 28. В пункте же (b) законодательной рекомендации 64, напротив, допускается возможность прекращения договора концессионером в связи с распоряжениями или действиями организации–заказчика, непредвиденными изменениями в условиях или действиях других публичных органов. Эту формулировку следует восстановить.

14. Исключение положения о компенсации из типового положения 48 "Этап завершения и меры в переходный период" ослабляет законодательную рекомендацию 66, согласно которой требуется установить критерии для определения размеров компенсации концессионером за передачу активов по истечении или прекращении проектного соглашения. Восстановление этого положения о компенсации, по нашему мнению, улучшит данное типовое положение.

Часть II

15. Типовое положение 6 "Цель и процедуры предварительного отбора" можно улучшить, если в пункт 3(b) после слов "... соорудить или модернизировать" включить слова "или эксплуатировать".

16. Типовое положение 8 "Участие консорциумов" можно улучшить, если из него исключить предполагаемый правовой запрет на присоединение члена проигрывающей группы – участницы процедур торгов к другой группе, участвующей в этих процедурах, при условии, что о таком присоединении сообщается всем сторонам и оно приемлемо во всех иных отношениях и что ни один участник процедур не может одновременно быть членом более одной группы, участвующей в процедурах. Например, участник процедуры присоединился к группе, которая не может получить требуемое финансирование, но теперь хочет присоединиться к другой группе, участвующей в конкурентной процедуре. Это может быть выгодно всем заинтересованным сторонам. По нашему мнению, эта рекомендация не противоречит законодательной рекомендации 16, а, напротив, вносит полезный вклад в ее развитие.

17. В типовом положении 12.2(a), (b) и (c) "Тендерное обеспечение", как нам представляется, расширены рекомендуемые средства правовой защиты для организации-заказчика в отношении утраты права на тендерное обеспечение по сравнению с пунктом 62 главы III Руководства для законодательных органов. В пункте 62 лишь говорится о том, что в запросе предложений целесообразно указывать любые условия тендерного обеспечения. Содержащиеся в этом типовом положении расширенные положения относительно утери права на тендерное обеспечение, по нашему мнению, являются недостаточно продуманными. Например, в настоящее время предусмотрено положение, допускающее лишение участника процедур права на тендерное обеспечение, если такой участник не способен провести заключительные переговоры (подпункт 2(b)) или сформулировать наилучшую и окончательную оферту (подпункт 2(c)). Мы считаем, что вполне уместно предложить участнику процедуры утратить право на свое обеспечение, если он уклоняется от исполнения принятого предложения (о чем говорится в подпунктах (d) и (e)), однако, если участник процедур не желает сформулировать "наилучшую и окончательную оферту", его нельзя принудить к совершению этого с риском потери его тендерного обеспечения, как и нельзя его принудить вступить в "заключительные переговоры". По нашему мнению, такие стандарты не обеспечивают достаточной степени объективности в контексте часто длительных и сложных переговоров по этим проектам и могут отрицательно сказываться на готовности участников процедур представлять предложения.

18. Последнее предложение типового положения 17 "Заключительные переговоры" выходит за рамки законодательной рекомендации 27 (однако аналогичное положение содержится в пункте 84 Руководства для законодательных органов) и сохранять его, по нашему мнению, нецелесообразно. Мы не видим серьезных оснований для того, чтобы организация-заказчик исключала для себя возможность возобновить переговоры с ранее отклоненным участником процедур. Возможно, что такой участник процедур выдвигал предложения, которые организация-заказчик (первоначально) сочла как "не удовлетворяющие условиям рынка". Однако по разным причинам может случиться так, что организация-заказчик не сможет

завершить переговоры с другим участником процедур и, возможно, пожелает возобновить переговоры с ранее отклоненными участниками процедур. Вновь отмечаем, что, учитывая сложность и продолжительность переговоров по этим проектам, желательно, чтобы положения были более гибкими.

19. Типовое положение 24 "Конфиденциальность переговоров" выходит за рамки законодательной рекомендации 36, поскольку содержит положение, согласно которому любые "сообщения" между организацией–заказчиком и участником процедур являются конфиденциальными. Эту проблему можно было бы адекватным образом решить путем включения в конце второго предложения формулировки "за исключением соответствующих случаев".

20. В типовом положении 28 "Содержание концессионного договора", по нашему мнению, следует также рассмотреть такие вопросы, как 1) наличие механизмов принуждения к исполнению в том случае, если какой-либо публичный пользователь объектом инфраструктуры не оплачивает предоставленные товары/услуги; 2) распределение риска в связи с неуказанными дефектами в объектах, которые предстоит модернизировать; и 3) распределение риска в связи с неуказанными экологическими условиями для объектов, которые предстоит эксплуатировать или модернизировать концессионеру. Важность этих вопросов отметили специалисты–практики.

Заключение

21. Руководство для законодательных органов и добавление к нему станут полезным инструментом в деятельности местных органов управления и их консультантов, связанной с привлечением частного иностранного капитала в проекты в области инфраструктуры. Если бы можно было организовать еще один этап в рамках этой работы, то, по нашему мнению, полезнее всего сосредоточить внимание на каком-либо секторе или типе инфраструктуры, с тем чтобы можно было выработать рекомендации, в большей мере касающиеся существа, чем процедур или формы.
