

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General  
6 March 2019  
Russian  
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций  
по праву международной торговли**  
Пятьдесят вторая сессия  
Вена, 8–26 июля 2019 года

**Публично-частное партнерство (ПЧП):  
предлагаемые обновления к Руководству ЮНСИТРАЛ  
для законодательных органов по проектам в области  
инфраструктуры, финансируемым из частных  
источников (пересмотренная глава VI)**

**Записка Секретариата**

**Содержание**

|                                                                                                                        | <i>Стр.</i> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| VI. Урегулирование споров . . . . .                                                                                    | 2           |
| А. Общие замечания . . . . .                                                                                           | 2           |
| В. Споры между организацией-заказчиком и частным партнером . . . . .                                                   | 3           |
| С. Споры между учредителями проекта и между частным партнером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками . . . . . | 19          |
| D. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры . . . . .                                        | 19          |



## VI. Урегулирование споров

### А. Общие замечания

1. Важным фактором реализации ПЧП является существующая в принимающей стране правовая основа для урегулирования споров. Инвесторы, подрядчики и кредиторы будут охотнее принимать участие в проектах, если они будут уверены, что любые споры, возникающие из заключаемых в рамках проекта контрактов, будут урегулированы справедливо и эффективно. Эффективные процедуры избежания споров или их быстрого урегулирования будут одновременно способствовать осуществлению контролирующих функций организацией-заказчиком и сокращению ее общих административных затрат. Для создания благоприятного инвестиционного климата законодательные рамки принимающей страны должны закреплять ряд основополагающих принципов, включая, например, следующие: национальным и иностранным компаниям должен быть гарантирован доступ к судам на, по сути, одних и тех же условиях; стороны частных контрактов должны иметь право выбирать законодательство, применимое к их контракту; должны быть предусмотрены возможности для приведения в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений; и законодательство должно предоставлять сторонам право выбора тех судебных или несудебных механизмов предупреждения и урегулирования споров, которые они сочтут наиболее подходящими и эффективными.

2. Для ПЧП, как правило, требуется создание сети взаимосвязанных договорных и других юридических отношений между различными сторонами. Законодательные положения, касающиеся урегулирования возникающих в контексте этих проектов споров, должны учитывать многообразие отношений, что может потребовать различных методов урегулирования споров в зависимости от этапа осуществления проекта, вида спора и участвующих сторон. Споры могут возникать уже в процессе заключения контракта, например, в форме опротестования результатов торгов или обжалования решений, принимаемых организацией-заказчиком в ходе этого процесса, особенно окончательного выбора частного партнера. Как правило, такие споры будут урегулироваться с помощью процедур, которые обычно предусматриваются в законодательстве о публичных закупках соответствующей страны для обжалования и урегулирования споров (см. главу III «Заключение договора», пункты ...). В настоящей главе внимание сосредоточено на основных видах споров, которые могут возникать на этапе осуществления и после завершения проекта. Такие споры можно разделить на три широкие категории:

а) *споры, возникающие из соглашений между частным партнером и организацией-заказчиком и другими правительственными учреждениями.* В большинстве стран гражданского права договор о ПЧП регулируется административным правом (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты ...), тогда как в других странах оно в принципе регулируется общим договорным правом, которое дополняется специальными положениями, разработанными для правительственных контрактов о предоставлении общедоступных услуг. Этот режим может повлиять на механизм урегулирования споров, о котором могут договориться стороны договора о ПЧП. Аналогичные соображения, возможно, применимы и к некоторым контрактам, заключаемым между частным партнером и правительственными учреждениями или находящимися в правительственной собственности компаниями, которые поставляют товары или предоставляют услуги, необходимые для проекта, или закупают товары или услуги, произведенные объектом инфраструктуры;

б) *споры, возникающие из контрактов и соглашений, заключенных учредителями проекта или частным партнером со связанными с ними сторонами в целях осуществления проекта.* К таким контрактам обычно относят по меньшей мере следующие: i) контракты между сторонами, владеющими акциями проектной компании (например, соглашения между акционерами, соглашения,

касающиеся предоставления дополнительного финансирования, или договоренности, касающиеся права голоса); ii) соглашения о кредитовании и связанные с ними соглашения, в которых помимо проектной компании участвуют такие стороны, как коммерческие банки, правительственные кредитные учреждения, международные кредитные учреждения и страховщики экспортных кредитов; iii) контракты между проектной компанией и подрядчиками, которые могут, в свою очередь, представлять собой консорциум подрядчиков и поставщиков оборудования и услуг; iv) контракты между проектной компанией и сторонами, которые занимаются эксплуатацией и материально-техническим обслуживанием проектного объекта; и v) контракты между частным партнером и частными компаниями на поставку товаров и услуг, необходимых для эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта;

с) *споры между частным партнером и другими сторонами.* В число таких сторон входят пользователи или клиенты объекта, круг которых может, например, включать находящуюся в государственной собственности коммунальную компанию, которая закупает электроэнергию или воду у проектной компании с целью перепродажи конечным пользователям; коммерческие компании, такие как авиалинии или судоходные компании, заключающие контракты на использование аэропортов или портов; или отдельных лиц, вносящих плату за использование платных дорог. Стороны таких споров необязательно будут связаны какими-либо ранее установленными юридическими отношениями договорного или аналогичного характера. Споры могут также возникать между частным партнером и третьими сторонами, например лицами, проживающими на прилегающей территории, представителями коренных народов, чьи интересы затрагивает осуществление проекта, или представителями гражданского общества. Рекомендуются предусмотреть в законодательстве консультативные механизмы, позволяющие учесть мнения этих сторон еще на этапе планирования, а также механизм урегулирования споров, которые могут возникнуть между ними и частным партнером (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты ...; см. также главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...).

## **В. Споры между организацией-заказчиком и частным партнером**

3. Осуществление договоров о ПЧП, особенно связанных с проектами в области инфраструктуры, требует длительного времени, причем в этапах строительства и эксплуатации может принимать участие целый ряд предприятий. В таких проектах обычно участвуют правительственные учреждения, и эти проекты привлекают публичный интерес высокого уровня. Эти обстоятельства подчеркивают необходимость в создании механизмов, которые позволяют, насколько это возможно, не допустить обострения противоречий между сторонами и способствуют сохранению деловых отношений, которые помогают предотвратить срыв строительных работ или предоставления услуг и которые приспособлены к особенностям потенциальных споров.

4. В настоящем разделе рассматриваются некоторые основные соображения, затрагивающие различные этапы осуществления ПЧП. Проблема урегулирования вопроса о жалобах частного партнера в связи с решениями регулирующих учреждений была обсуждена в контексте вопроса о полномочиях на регулирование услуг в области инфраструктуры (см. главу I «Общие законодательные и институциональные рамки», пункты ...). Вопрос о спорах, возникающих в ходе процесса отбора частного партнера (т.е. о преддоговорных спорах), был также рассмотрен в *Руководстве* ранее (см. главу III «Решение заключить договор», пункты...).

## 1. Общие соображения относительно методов предупреждения и урегулирования споров

5. Вопросы, которые наиболее часто вызывают споры в ходе осуществления договора о ПЧП, связаны с возможными нарушениями соглашения на этапах строительства или эксплуатации объекта инфраструктуры или с истечением или прекращением договора о ПЧП. Эти споры могут быть весьма сложными, и они часто связаны с сугубо техническими вопросами, которые требуется разрешить в оперативном порядке, с тем чтобы воспрепятствовать срывам в строительстве или эксплуатации объекта инфраструктуры. По этим причинам сторонам целесообразно разработать механизмы, позволяющие выбрать компетентных экспертов для оказания помощи в урегулировании споров.

6. Для достижения вышеупомянутых целей в договоры о ПЧП часто включаются комплексные положения об урегулировании споров, направленные на предупреждение, насколько это возможно, возникновения споров, на содействие достижению согласованных решений и на создание эффективных процедур урегулирования споров для случаев, если такие споры тем не менее возникнут. Подобные положения обычно предусматривают определенную последовательность шагов, начиная от «раннего оповещения» о вопросах, которые могут перерасти в спор, если стороны не примут мер по избежанию такого спора. Для случаев, когда спор возникает, в договоре о ПЧП, как правило, может быть предусмотрено, что стороны должны обменяться информацией и обсудить существо спора с целью отыскать решение. Если они не способны разрешить спор самостоятельно, то любая из сторон может потребовать привлечения независимой и беспристрастной третьей стороны для оказания им помощи в изыскании приемлемого решения. В большинстве случаев механизмы урегулирования споров, связанные с тяжбой сторон, используются только тогда, когда споры не могут быть разрешены с помощью подобных примирительных методов.

7. В то же время свобода сторон договариваться об определенных методах предупреждения или урегулирования споров может быть ограниченной: одно из таких ограничений может быть обусловлено предметом спора, а другое ограничение может в некоторых правовых системах обуславливаться правительственной природой организации-заказчика. В рамках некоторых правовых систем традиционно ограничиваются возможности правительства и его учреждений соглашаться на определенные методы урегулирования споров, в частности на арбитраж, в зависимости от предмета договора. В некоторых странах это ограничение не распространяется на публичные предприятия промышленного или коммерческого характера, которые в своих отношениях с третьими странами действуют в соответствии с частным или коммерческим правом.

8. Ограничения на свободу сторон договариваться о методах урегулирования споров, включая арбитраж, могут быть также связаны с юридической природой договора о ПЧП. Согласно некоторым системам гражданского права, в которых договоры о ПЧП рассматриваются в качестве административных контрактов, может предусматриваться требование о том, чтобы споры, возникающие из таких соглашений, разрешались в судах общей юрисдикции или в административных судах принимающей страны. Согласно другим правовым системам аналогичные запреты могут прямо оговариваться в законодательстве или вытекать из судебных прецедентов, непосредственно применимых к договорам о ПЧП, или могут являться результатом установившейся договорной практики, обычно основывающейся на законодательных нормах или правилах.

9. Организациям-заказчикам следует тщательно взвесить соответствующие преимущества и возможные недостатки различных методов урегулирования споров, рассматриваемых в *Руководстве*. Странам, желающим использовать альтернативные методы урегулирования споров, включая различные методы, рассматриваемые в *Руководстве*, вместо урегулирования национальными судами или в дополнение к нему, для урегулирования споров, возникающих в связи с ПЧП, важно ликвидировать возможные юридические препятствия и в четкой форме оговорить

полномочия национальных организаций-заказчиков на согласование методов урегулирования споров, которые они считают наиболее подходящими и эффективными. Отсутствие таких законодательных полномочий может вызвать сомнения в действительности оговорки об урегулировании споров и явиться причиной задержек в процессе разрешения таких споров. Если, например, третейский суд сочтет, что арбитражное соглашение является действительным, несмотря на любые последующие возражения на том основании, что организация-заказчик не имела полномочий на его заключение, этот вопрос может вновь возникнуть на этапе признания и приведения в исполнение в суде принимающей страны или в суде третьей страны, в которой должно быть признано или приведено в исполнение арбитражное решение.

## **2. Часто используемые методы предупреждения и урегулирования споров**

10. В нижеследующих пунктах излагаются основные черты методов, используемых для предупреждения и урегулирования споров, а также рассматривается их приемлемость для различных этапов крупных проектов в области инфраструктуры, а именно этапа строительства, этапа эксплуатации и завершающего этапа после прекращения проекта. Хотя в договоре о ПЧП обычно предусматриваются комплексные механизмы предупреждения и урегулирования споров, следует прилагать усилия к тому, чтобы избежать установления излишне сложных процедур или такого порядка, который будет характеризоваться излишней многослойностью различных процедур. Содержащееся в нижеследующих пунктах краткое описание отдельных методов предупреждения и урегулирования споров направлено на то, чтобы предоставить в распоряжение законодателей информацию об особенностях этих различных методов и о целесообразности их использования. Это описание не следует толковать как рекомендацию относительно использования того или иного сочетания подобных методов.

### **а) «Раннее оповещение»**

11. Положения о «раннем оповещении» могут играть роль полезного инструмента, позволяющего избежать споров. Согласно таким положениям, если одна из сторон контракта считает, что произошедшие события или претензии, которые намеревается заявить эта сторона, могут вызвать споры, такие события или претензии должны быть доведены до сведения другой стороны в кратчайшие возможные сроки. Задержки в представлении таких претензий не только являются источником возможных конфликтов по той причине, что они могут быть неожиданными для другой стороны и, таким образом, вызвать реакцию отторжения и враждебности, но они также могут усложнить процедуру доказывания обоснованности таких претензий. По этой причине положения о «раннем оповещении» обычно предусматривают, что заявляющая претензию сторона должна представить свое требование, выраженное в количественной форме, вместе с необходимыми доказательствами в течение установленного срока. Для обеспечения эффективности такого положения часто предусматриваются санкции за его несоблюдение, например утрата права на предъявление требования или отягченное бремя доказывания. Применительно к проектам в области инфраструктуры концепция «раннего оповещения» часто охватывает события, которые могут негативно сказаться на качестве работ или общедоступных услуг, повысить их стоимость, вызвать задержки или поставить под угрозу непрерывность предоставления услуги. В силу этого положения о «раннем оповещении» сохраняют свою полезность в течение всего срока осуществления проекта в области инфраструктуры.

### **б) Медиация и согласительные процедуры**

12. Термин «медиация» используется в настоящем *Руководстве* для отражения широкой концепции, охватывающей процедуру, в рамках которой какое-либо лицо или группа лиц на независимой и беспристрастной основе оказывает помощь сторонам в их усилиях добиться полюбовного урегулирования спора.

Медиация отличается от переговоров между сторонами в споре (которые стороны, как правило, начинают после возникновения спора) в том, что медиация предполагает помощь в урегулировании спора со стороны независимого и беспристрастного лица, тогда как в переговорах между сторонами по урегулированию спора никакое такое третье лицо не участвует. Различие между медиацией и арбитражем заключается в том, что медиация приводит либо к урегулированию спора на основе согласия сторон, либо заканчивается безрезультатно, в то время как при арбитраже третейский суд выносит решение, обязательное для сторон, если только сторонам не удалось урегулировать свой спор до вынесения арбитражного решения. На практике для обозначения таких процедур медиации используются различные термины, включая «согласительные процедуры». В то же время в правовой традиции некоторых стран между «согласительными процедурами» и «медиацией» проводится разграничение, с тем чтобы подчеркнуть тот факт, что при согласительных процедурах третья сторона стремится сблизить стороны в споре, с тем чтобы помочь им снять свои разногласия, в то время как медиация представляет собой более далеко идущую процедуру, так как медиатору разрешается предлагать условия урегулирования спора. Вместе с тем термины «медиация» и «согласительная процедура» весьма часто используются в качестве синонимов.

13. Медиация все более широко используется в различных частях мира, в том числе в таких регионах, где она в прошлом не была распространена. Эта тенденция нашла свое отражение, в частности, в принятии все большим количеством государств законодательства о медиации, зачастую на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (2002 год)<sup>1</sup> (за которым последовал Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой медиации и международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации (2018 год))<sup>2</sup> и создании нескольких частных и публичных органов, предлагающих заинтересованным сторонам свои услуги по организации медиации. Приведение в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате медиации, зависит в настоящее время от национальных процессуальных и материально-правовых норм, которые по-прежнему еще значительно различаются в вопросах как юридической силы мирового соглашения, так и приведения в исполнение. Эта проблема урегулируется в Конвенции Организации Объединенных Наций о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации<sup>3</sup>, путем обеспечения эффективного и единообразного режима трансграничного признания и приведения в исполнение мировых соглашений по образцу чрезвычайно успешной Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года<sup>4</sup>.

14. Обычно процедура медиации носит неформальный характер, что облегчает ее применение и благодаря чему она обычно является оперативной и недорогостоящей. Эта процедура, как правило, также имеет конфиденциальный и частный характер, хотя в некоторых странах принимаются меры к поощрению прозрачности медиации, затрагивающей публичные органы, в частности мировые

<sup>1</sup> Текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/57/17)*, приложение I.

<sup>2</sup> Официальный текст Типового закона о международной коммерческой медиации и международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации, 2018 года воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение ...*.

<sup>3</sup> См. официальный текст этой Конвенции, известной под названием «Сингапурская конвенция о медиации», в резолюции 73/198 Генеральной Ассамблеи от 20 декабря 2018 года.

<sup>4</sup> Официальный текст этой Конвенции, известной под названием «Нью-Йоркская конвенция», содержится в *United Nations, Treaty Series*, vol. 330, No. 4739, и воспроизводится в *Регистре текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли*, том II (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.73.V.3).

соглашения предаются гласности. Медиатор может выполнять разнообразные функции и, как правило, действует более активно, чем простой посредник. Он часто может оспаривать позиции сторон, с тем чтобы подчеркнуть их слабые стороны, что обычно облегчает достижение соглашения, и, если ему будут предоставлены соответствующие полномочия, может предлагать возможные сценарии урегулирования. Эта процедура, как правило, не носит обязательного характера, и функции медиатора состоят в том, чтобы содействовать урегулированию путем обращения внимания сторон на спорные вопросы и их возможное решение, а не в вынесении решения по существу дела. Такая процедура особенно полезна в тех случаях, когда в споре участвуют несколько сторон и достижение соглашения путем прямых переговоров вызывает, таким образом, сложности. С учетом возможных финансовых и практических последствий мирового соглашения и в целях обеспечения прозрачности и подотчетности, возможно, следовало бы рекомендовать организации-заказчику получать предварительное одобрение высшего органа, прежде чем приступать к осуществлению мирового соглашения.

15. Если стороны предусмотрят в договоре о ПЧП процедуру медиации, то им будет необходимо согласовать различные процедурные вопросы, с тем чтобы повысить вероятность урегулирования споров. Решению таких процедурных вопросов во многом способствует включение в контракт ссылки на какой-либо регламент, например на Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ<sup>5</sup>. Различные международные и национальные организации разработали другие своды правил медиации.

#### с) Рассмотрение технических споров независимыми экспертами

16. Применительно к этапу строительства стороны, возможно, пожелают предусмотреть, что некоторые виды споров должны передаваться на рассмотрение независимых экспертов, назначенных обеими сторонами. Такая процедура может быть особенно полезной в связи с разногласиями, касающимися технических аспектов сооружения объектов инфраструктуры (например, по вопросу о том, отвечает ли объект договорным спецификациям или техническим стандартам).

17. Стороны могут, например, назначить инспектора по проектно-конструкторским вопросам или инженера-контролера для рассмотрения, соответственно, их разногласий, касающихся инспекции и утверждения проектно-конструкторских работ или хода строительных работ (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...). Независимые эксперты должны обладать опытом в проектно-конструкторских и строительных вопросах, связанных с аналогичными проектами. Полномочия независимого эксперта (например, в вопросе о том, выносит ли независимый эксперт рекомендации или же принимает обязательные решения), а также обстоятельства, при которых стороны могут запросить консультации независимого эксперта или поручить ему принять соответствующее решение, должны быть оговорены в договоре о ПЧП. В некоторых крупных проектах в области инфраструктуры консультации независимого эксперта могут быть, например, запрошены частным партнером во всех случаях,

<sup>5</sup> Официальный текст *Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ*, см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать пятая сессия, Дополнение № 17 (A/35/17)*, пункт 106 (*Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли*, том XI, 1980 год, часть первая, глава II, раздел A (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.81.V.8)). *Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ* также издан в виде брошюры (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.81.V.6). Регламент дополнен типовой оговоркой о согласительной процедуре, которая гласит: «Если в случае спора, возникающего из настоящего договора или в связи с ним, стороны пожелают попытаться урегулировать этот спор миром посредством согласительной процедуры, такая процедура будет осуществляться в соответствии с действующим в настоящее время Согласительным регламентом ЮНСИТРАЛ». Применение *Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ* рекомендовано Генеральной Ассамблеей в ее резолюции [35/52](#) от 4 декабря 1980 года.

когда между частным партнером и организацией-заказчиком возникают разногласия по вопросу соответствия некоторых аспектов проектно-конструкторских или строительных работ применимым спецификациям или договорным обязательствам. Передача соответствующего дела на рассмотрение инспектора по проектно-конструкторским вопросам или, если это уместно, инженера-контролера может сыграть особенно полезную роль применительно к тем положениям договора о ПЧП, которые требуют предварительного согласия организации-заказчика на осуществление частным партнером определенных действий, например, в случае окончательного разрешения на эксплуатацию объекта инфраструктуры (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт ...).

18. Услуги независимых экспертов часто использовались для разрешения технических споров, возникающих из контрактов на строительство, причем в связи с ПЧП могут быть использованы, *mutatis mutandis*, различные механизмы и процедуры, разработанные в практике строительной промышленности. Вместе с тем следует отметить, что содержание споров между организацией-заказчиком и частным партнером необязательно будет соответствовать содержанию споров, которые обычно возникают из контрактов на строительство. Это объясняется тем, что относительные позиции организации-заказчика и частного партнера по договору о ПЧП не в полной мере сравнимы с положением собственника и исполнителя работ по контракту на строительство. Например, споры в отношении суммы платежа, причитающегося подрядчику за фактически выполненный объем работ, которые часто возникают в случае контрактов на строительство, не являются типичными для отношений между организацией-заказчиком и частным партнером, поскольку последний обычно не получает платежа от организации-заказчика до завершения строительных работ.

#### **d) Комиссии по рассмотрению споров**

19. В соответствии с договорами о ПЧП по крупным проектам в области инфраструктуры часто учреждаются комиссии, состоящие из экспертов, назначаемых обеими сторонами, возможно, при помощи какого-либо компетентного органа, для оказания помощи в урегулировании споров, которые могут возникнуть на этапах строительства и эксплуатации (в настоящем *Руководстве* используется термин «комиссии по рассмотрению споров»). Такие комиссии могут быть постоянными или же учреждаться на разовой основе в зависимости от предполагаемого количества споров, которые могут возникнуть, и оценки сторонами стоимости и эффективности каждой из этих альтернатив. Процедуры рассмотрения споров такой комиссией могут носить неформальный и оперативный характер, а также могут быть приспособлены к особенностям спора, находящегося на рассмотрении. Назначение комиссии по рассмотрению споров может предотвратить перерастание недопониманий или разногласий между сторонами в формальные споры, которые потребуют урегулирования в ходе арбитражного или судебного разбирательства. Так, эффективность комиссии по рассмотрению споров в качестве инструмента, позволяющего избежать таких споров, является одной из особенно сильных сторон этой процедуры, однако такие комиссии могут также выполнять функции по разрешению споров, особенно если они будут уполномочены на вынесение обязательных решений.

20. В соответствии с процедурой учреждения комиссии по рассмотрению споров стороны обычно выбирают в начале осуществления проекта трех экспертов, которые пользуются авторитетом в силу их специальных знаний в проектной области и которые образуют эту комиссию. Эксперты могут быть заменены, если проект охватывает различные стадии, для которых может быть необходима разная специализация (т.е. для этого этапа сооружения объекта будет необходима специализация, отличная от той, которая потребуется впоследствии в ходе управления предоставлением общедоступной услуги), однако при частой замене экспертов существует риск утраты институциональных знаний. В рамках некоторых крупных проектов в области инфраструктуры создавалось несколько



таких комиссий. Например, одна комиссия по рассмотрению споров может заниматься исключительно спорами, касающимися вопросов технического характера (например, проектно-конструкторских аспектов или вопросов применимости некоторых технологий и соблюдения экологических стандартов), в то время как другая комиссия может заниматься спорами договорного или финансового характера (в отношении, например, сумм компенсаций, причитающихся за задержки в выдаче лицензий, или разногласий по вопросам применения формул корректировки цен). Каждый член комиссии должен обладать опытом по конкретным видам проектов, в том числе опытом по толкованию договоров о ПЧП и управлению их осуществлением, и должен принимать на себя обязательства сохранять беспристрастность и независимость по отношению к сторонам. Таким лицам могут представляться периодические доклады о ходе строительства или эксплуатации объекта инфраструктуры, если это уместно, и до их сведения могут незамедлительно доводиться разногласия, возникающие между сторонами. Они могут встречаться со сторонами либо регулярно, либо по мере необходимости для рассмотрения возникших разногласий и предлагать возможные пути их урегулирования.

21. Действуя в качестве лиц, ответственных за предотвращение возникновения споров, члены комиссии могут периодически посещать строительную площадку, встречаться со сторонами и получать информацию о ходе работ. Такие совещания могут помочь раннему выявлению моментов, которые могут потенциально привести к конфликтам, до их обострения и перерастания в полномасштабные споры. Когда выявлены моменты, которые потенциально могут вызвать конфликты, комиссия предлагает решения, на которые с учетом опыта и репутации ее членов стороны, по всей вероятности, дадут свое согласие. После передачи какого-либо спора на рассмотрение комиссии она проводит оценку существа спора при использовании неформальных процедур, как правило путем обсуждения соответствующих вопросов со сторонами в ходе регулярного посещения соответствующего объекта. Комиссия контролирует ход обсуждений, однако каждой стороне предоставляются полные возможности для изложения ее мнений, причем комиссия по рассмотрению спора имеет право задавать вопросы и запрашивать представление документов и других доказательств. Преимущества проведения слушаний по месту работ вскоре после того, как произошли соответствующие события, и до того, как сформировались позиции противостоящих сторон, являются очевидными. Затем комиссия проводит закрытые совещания, на которых она пытается выработать рекомендацию или решение. Если стороны не соглашались с этими предложениями и возникает спор, комиссия, когда она уполномочена на это сторонами, обладает уникальными возможностями для оперативного урегулирования таких споров, поскольку она уже ознакомлена с возникшими проблемами и договорной документацией.

22. Учитывая, как правило, длительный срок реализации ПЧП, многие обстоятельства, имеющие отношение к такой реализации, могут измениться до истечения срока концессии. Хотя воздействие таких изменений может автоматически регулироваться договором о ПЧП (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...), могут существовать такие изменения, которые будет нелегко учесть с помощью механизма автоматической корректировки и которые стороны, возможно, пожелают исключить из действия такого механизма. В силу этого сторонам важно создать механизмы для рассмотрения споров, которые могут возникнуть в связи с изменившимися обстоятельствами. Это имеет особое значение на этапе эксплуатации проекта. В тех случаях, когда стороны согласовали нормы, позволяющие пересматривать условия договора о ПЧП при определенных обстоятельствах, может возникнуть вопрос о том, произошли ли соответствующие события и, если они имели место, каким образом следует изменить или дополнить договорные условия. С тем чтобы содействовать урегулированию возможных споров и избежать создания тупиковой ситуации в случае, если стороны не способны договориться о пересмотре контракта, сторонам целесообразно разъяснить вопрос о том, может ли и в какой мере может комиссия по рассмотрению споров изменять или дополнять определенные

договорные условия. В этом контексте можно отметить, что стороны, возможно, не всегда будут иметь возможность обратиться в этих целях к арбитражу или соответствующему национальному суду. Так, согласно некоторым правовым системам, вопрос об изменении или дополнении договорных условий не входит в компетенцию судов или арбитров. Согласно другим правовым системам суды и арбитры могут принять соответствующие меры только в том случае, если они прямо уполномочены на это сторонами. Согласно еще одной группе правовых систем соответствующей компетенцией могут наделяться арбитры, но не суды.

23. Вопрос о том, в какой степени стороны могут уполномочивать арбитров или суды пересматривать решения комиссии по рассмотрению споров, может решаться законодательством, регулирующим арбитражную или судебную процедуру. Исключение возможности такого обжалования обладает тем преимуществом, что решение комиссии по рассмотрению споров будет сразу же приобретать окончательный и обязательный характер. В то же время, если такое обжалование будет допускаться, это укрепит уверенность сторон в том, что вынесенное решение будет правильным. Первоначально положения о комиссиях по рассмотрению споров не предусматривали, что их рекомендации приобретают обязательный характер, если они не оспариваются в рамках арбитражного или судебного разбирательства. На практике, однако, убедительная сила единогласных рекомендаций, совместно вынесенных независимыми экспертами, согласованными сторонами, привела к тому, что и организации-заказчики, и проектные компании в добровольном порядке соглашались с этими рекомендациями и отказывались от тяжб в судебном или арбитражном порядке. Положения о комиссиях по рассмотрению споров, содержащиеся в недавно заключенных договорах, обычно предусматривают, что решение комиссии, хотя оно и не приобретает сразу же обязательного для сторон характера, становится обязательным, если только одна из сторон или обе стороны не передают спор на арбитраж или не возбуждают судебного разбирательства в течение оговоренного срока. Помимо стремления избежать потенциальных затрат времени на проведение длительных судебных или арбитражных тяжб стороны часто учитывают потенциальные сложности, связанные с попыткой опротестовать решение комиссии, которое может рассматриваться судом или арбитражем в качестве авторитетной рекомендации, поскольку оно было вынесено независимыми экспертами, знакомыми с проектом с самого начала его осуществления, и поскольку оно основывается на непосредственном наблюдении за ходом осуществления проекта до момента и в момент первоначального возникновения спора.

24. Хотя такой порядок предусматривается очень редко, стороны могут договориться о том, чтобы придать решениям комиссии окончательный и обязательный характер. Следует отметить, однако, что, несмотря на согласие сторон на обязательную силу решений комиссии, согласно многим правовым системам, решение комиссии по рассмотрению споров, хотя оно и будет признаваться как имеющее обязательную силу в качестве договора, может не подлежать приведению в исполнение в упрощенном порядке, как это имеет место, например, в случае процедур по приведению в исполнение арбитражного решения, поскольку решение комиссии статуса арбитражного решения не имеет. Если стороны хотели бы оговорить процедуры работы комиссии по рассмотрению споров, то им будет необходимо урегулировать различные аспекты таких процедур в договоре о ПЧП. Было бы целесообразно оговорить в договоре о ПЧП с максимально возможной точностью полномочия, которыми наделяется комиссия по рассмотрению споров. Что касается характера ее функций, то, в соответствии с договором о ПЧП, комиссия по рассмотрению споров может быть уполномочена выносить заключения по фактам дела и принимать распоряжения о временных мерах. Можно оговорить те функции, которые должна выполнять комиссия по рассмотрению споров, и виды споров, которые она может рассматривать. Если сторонам разрешается возбуждать арбитражное или судебное разбирательство в течение оговоренного срока после вынесения решения, то стороны могут оговорить, что заключение по фактам дела, вынесенное комиссией по рассмотрению споров, должно рассматриваться в качестве окончательного в ходе арбитражного или

судебного разбирательства. В договор о ПЧП может быть также включено обязательство сторон выполнять вынесенные комиссией по рассмотрению споров решения относительно временных мер или решения по существу оговоренных вопросов; если стороны этого не сделают, то это будет рассматриваться в качестве неисполнения договорного обязательства. Что касается срока полномочий комиссии, то в договоре о ПЧП может быть предусмотрено, что комиссия будет выполнять свои функции в течение определенного срока после истечения или прекращения договора о ПЧП, с тем чтобы имелась возможность для рассмотрения споров, которые могут возникнуть на этом этапе (например, споры в отношении состояния активов, передаваемых организации-заказчику, и компенсации, причитающейся за эти активы).

#### е) Комиссии по решению споров

25. При реализации крупных проектов в области инфраструктуры договоры о ПЧП могут предусматривать использование какого-либо конкретного механизма разрешения споров для урегулирования претензий, возникающих между сторонами. Одним из таких механизмов является комиссия по решению споров; в рамках этого механизма стороны урегулируют спорные вопросы, используя согласованную процедуру, предполагающую, что решение по тому или иному спорному вопросу принимается решающим лицом (иногда его называют членом комиссии по решению споров) или коллегией из трех решающих лиц. Стороны, желающие урегулировать споры с помощью комиссии по разрешению споров обычно заключают соглашение о решении споров; такое соглашение, как правило, заключается между обеими сторонами первоначального договора о ПЧП и единоличным решающим лицом или коллегией из трех решающих лиц. Также в соглашении о решении споров обычно содержится описание процедуры принятия решения, включая обязательства сторон по соглашению о решении споров, условия оплаты услуг решающих лиц и оспаривание решений, вынесенных этим лицом. Споры, возникающие из договоров о ПЧП, могут быть иногда связаны с щекотливыми вопросами публичного порядка, и некоторые третьи стороны могут иметь законную заинтересованность в результатах такого решения спора. Поэтому организации-заказчику и частному партнеру рекомендуется учитывать этот момент и разработать надлежащие процедуры, позволяющие таким третьим сторонам представлять свои мнения или иметь доступ к этой процедуре<sup>6</sup>. Соглашение о решении споров может вступить в силу в согласованную дату вступления в силу или когда оно будет подписано как сторонами, так и решающим лицом (или решающими лицами, если речь идет о коллегии), в зависимости от того, что произойдет позднее.

26. Как и в случае с комиссиями по рассмотрению споров, коллегии по решению споров могут учреждаться на постоянной основе или же, в интересах ограничения издержек, учреждаться на разовой основе по мере необходимости. Стороны выбирают решающее лицо или коллегию из трех решающих лиц. В случае коллегии каждая сторона предлагает кандидатуру одного решающего лица для утверждения другой стороной, и на основе консультации с двумя решающими лицами стороны согласовывают кандидатуру третьего решающего лица, которое становится председателем комиссии по решению споров. При выборе решающего лица стороны руководствуются несколькими факторами. Как правило, к их числу относятся заверения решающего лица касательно его опыта в той области, работу в которой должен проводить подрядчик в соответствии с договором, опыт решающего лица в области толкования договорной документации и свободное владение им языком коммуникации, указанным в договоре о ПЧП. Назначение решающего лица

<sup>6</sup> Такие процедуры можно было бы разработать по образцу, *mutatis mutandis*, Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (см. официальный текст «Правил о прозрачности» в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/68/17)*), приложение I. Правила о прозрачности также изданы в виде брошюры. Генеральная Ассамблея рекомендовала использовать Правила о прозрачности в своей резолюции 68/109 от 16 декабря 2013 года.

проводится в личном качестве, и оно обычно торжественно заявляет быть непредвзятым и независимым и объявляет о своем согласии, а также обязано раскрыть любые факты или обстоятельства, которые могут представляться сторонам противоречащими его непредвзятости и независимости.

27. Стороны соглашения о решении споров могут оспорить назначение решающего лица по причине его недостаточной независимости безотносительно раскрытия или нераскрытия этим лицом какой бы то ни было информации. Сторона, оспаривающая назначение, может передать вопрос о предполагаемой недостаточной независимости в компетентное учреждение, указанное в договоре о ПЧП, либо — в случае необходимости или целесообразности — передать вопрос об оспаривании независимому специалисту или специализированному органу для проведения обзора и оценки. Если по мнению такого специалиста или органа решающее лицо больше не является независимым с точки зрения соглашения о решении споров, то такое лицо должно быть отстранено и вместо него компетентным учреждением безотлагательно должно быть назначено новое решающее лицо. Издержки, связанные с оспариванием назначения, стороны обычно несут совместно.

28. Кроме того, на решающее лицо распространяются некоторые требования общего характера. Как правило, к их числу, помимо других требований, которые могут быть согласованы сторонами и указаны в соглашении о решении споров, относятся следующие: решающее лицо не должно иметь никакой финансовой или иной заинтересованности в проекте; оно не должно было ранее привлекаться к работе в качестве консультанта или в ином качестве одной из сторон; оно должно раскрыть информацию о предшествующих профессиональных или личных связях с проектом или работодателем. В некоторых случаях стороны могут договориться об отказе от некоторых требований, например от требования о том, что решающее лицо не должно было ранее привлекаться к работе в качестве консультанта или в ином качестве одной из сторон, если такая информация была раскрыта другой стороне в письменном виде.

29. Точно так же и сами стороны несут определенные обязательства общего характера по соглашению о решении споров. К числу таких обязательств может относиться обязательство сторон обращаться к решающему лицу за помощью или консультацией в связи с договором о ПЧП исключительно в рамках обычного порядка работы комиссии по решению споров в соответствии с договором о ПЧП и соглашением о решении споров или в тех случаях, когда тот или иной вопрос с согласия обеих сторон передается на рассмотрение комиссии по решению споров в соответствии с договором о ПЧП. Кроме того, стороны обычно гарантируют друг другу, что решающее лицо не будет назначено арбитром в рамках любого арбитражного разбирательства по договору о ПЧП, не будет вызвано в качестве свидетеля для дачи показаний в рамках любого арбитражного разбирательства по договору о ПЧП и не несет ответственности за любые претензии или за любое действие либо бездействие в ходе выполнения или предполагаемого выполнения функций решающего лица за исключением тех случаев, когда было установлено, что такое действие или бездействие носило недобросовестный характер. Также стороны, как правило, освобождают решающее лицо от всех претензий, снимая с него ответственность, и соглашаются солидарно компенсировать усилия решающего лица. Если решающему лицу необходимо посетить какой-либо объект или провести слушание, то иницилирующая сторона также обязана предоставить надлежащее обеспечение на сумму, эквивалентную разумным расходам, которые, как предполагается, будут понесены решающим лицом.

30. В соглашении о решении также может быть указан размер вознаграждения решающего лица. Как правило, в соглашении о решении споров указывается валюта, в которой решающему лицу выплачивается вознаграждение, размер гонорара за постоянное обслуживание, размер дневной ставки, порядок оплаты разумных расходов, включая необходимые транспортные расходы, и применимых налогов. Вопросы, связанные с гонораром за постоянное обслуживание и дневной ставкой, прописываются подробно, и стороны могут зафиксировать их на определенный период. Также предполагается, что стороны будут производить оплату без

промедления, а решающие лица — предоставлять счета, содержащие достаточно подробное описание произведенной работы. Кроме того, соглашение о решении споров позволяет сторонам определить порядок оплаты услуг решающего лица. Если стороны не в состоянии согласовать сумму оплаты услуг решающего лица, то такое решение принимается компетентным учреждением или официальным лицом, указанным в проекте; если решающее лицо не получает оплаты в течение определенного срока после направления надлежащим образом оформленного счета, то это лицо вправе приостановить оказание услуг без уведомления или отказать от своего назначения, направив соответствующее уведомление.

31. Решающие лица, входящие в комиссию по решению споров, также должны следовать определенным процедурным правилам, указанным в соглашении о решении споров. Такие процедурные правила предусматривают порядок проведения комиссией по решению споров посещений объектов, в частности график, повестку и регулярность таких посещений; также комиссия обязана ознакомиться и быть в курсе хода реализации проекта и любых потенциальных проблем или претензий. Кроме того, правила предусматривают, какие действия ожидаются от сторон в ходе слушания или рассмотрения претензий, включая предоставление комиссии по решению споров одной копии всех документов, которые комиссия может затребовать, направление другой стороне копий всех сообщений в рамках сношений с комиссией по решению споров и, если комиссия состоит из трех человек, направление копий запрошенных документов всем этим трем лицам.

32. Процедурные правила также предусматривают порядок проведения слушаний по спорам и порядок урегулирования неясных вопросов и фактических или принципиальных ошибок, возникших по вине комиссии по решению споров. Например, если были совершены фактические или принципиальные ошибки и если решающие лица, входящие в комиссию по решению споров, в течение оговоренного срока устанавливают, что принятое решение содержит фактические или принципиальные ошибки, то комиссия по решению споров должна сообщить о соответствующей ошибке сторонам и выпустить дополнение к своему решению в письменном виде. В случае возникновения неясного вопроса применяется аналогичная процедура. Если по мнению одной из сторон принятое решение содержит неясные моменты, то такая сторона вправе просить комиссию по решению споров предоставить пояснение, и в течение оговоренного срока после получения подобной просьбы комиссия по решению споров должна предоставить ответ, направив его копию другой стороне. Если, по мнению комиссии по решению споров, решение действительно содержало ошибку или неясный момент, то она может исправить свое решение, выпустив дополнение к первоначальному решению.

33. В процедурных правилах предусматриваются полномочия комиссии по решению споров. Как правило, комиссия по решению споров вправе принимать процедуру расследования, отказывать в допуске на слушания или в выступлении на слушании любым лицам, за исключением представителей сторон, и проводить слушания в отсутствие любого лица, которое, по мнению комиссии по решению споров, получило уведомление о проведении слушания. Однако следует отметить, что такие полномочия могут быть ограничены в зависимости от договоренности сторон. По согласию сторон к числу других полномочий комиссии по решению споров могут относиться следующие: утверждение процедуры разрешения спора, установление юрисдикции комиссии по решению споров и определение охвата любого спора, передаваемого на ее рассмотрение, и др.

34. В ходе слушания для рассмотрения по существу любых доводов, выдвинутых сторонами, комиссии по решению споров не следует выражать свое мнение. Также после слушания комиссии по решению споров следует провести закрытое совещание, чтобы обсудить и подготовить свое решение, стараясь прийти к единогласному решению. Если это невозможно, то решение следует принимать большинством голосов решающих лиц, которые могут поручить решающему лицу, находящемуся в меньшинстве, подготовить письменный отчет, который обычно включается в приложение к решению комиссии. Наконец, если речь идет о коллегии из трех решающих лиц, то отсутствие одного из решающих лиц не является

препятствием для принятия решения двумя другими решающими лицами, кроме случаев, когда с таким порядком принятия решения не согласны стороны или если отсутствующее решающее лицо является председателем и оно поручило двум другим решающим лицам не принимать решение.

35. Стороны могут отстранить решающее лицо с помощью различных механизмов, например направив этому лицу уведомление об увольнении в соответствии с соглашением о решении споров или если решающее лицо не соблюдает это соглашение. В этих ситуациях увольнение является действительным, только если с ним согласны обе стороны. Решающее лицо также вправе прекратить свое участие в работе комиссии по решению споров, если одна из сторон не выполняет соглашение о решении споров. Однако в случае невыполнения решающим лицом каких-либо обязательств, предусмотренных в соглашении о решении споров, такое решающее лицо не будет иметь права на получение гонорара или компенсацию затрат и может быть обязано вернуть сторонам выплаченные гонорары или компенсацию затрат в связи с процедурами или решениями, которые были признаны не имеющими юридической силы или недействительными из-за невыполнения решающим лицом своих обязательств. В случае возникновения споров или требований в связи с нарушением, расторжением или признанием недействительным соглашения о решении споров стороны могут договориться об урегулировании таких споров или требований в рамках институционного арбитража. Вопросы назначения арбитражного учреждения, арбитра или выбора регламента арбитража могут быть согласованы сторонами заблаговременно в соглашении о разрешении споров.

36. Роль комиссии по решению споров не ограничивается урегулированием споров, переданных ему в рамках формального механизма работы комиссии по решению споров. Комиссия по решению споров также может оказывать содействие урегулированию вопросов, переданных сторонами совместно. Стороны могут просить комиссию по решению споров оказать содействие и/или неформально обсудить и попытаться урегулировать любые разногласия, возникшие между сторонами в ходе исполнения договора о ПЧП. Неформальное содействие может быть оказано в ходе совещаний, посещений объектов или иным образом при условии, что на совещании присутствуют обе стороны, кроме как если это было согласовано. Однако при проведении таких неформальных совещаний стороны не обязаны выполнять рекомендации, которые были даны им на таких совещаниях, а комиссия по решению споров не обязана учитывать мнения, выраженные в ходе процедуры оказания неформального содействия, при проведении любой будущей процедуры урегулирования споров или принятии решений.

37. Договоры о ПЧП, предполагающие использование комиссий по решению споров в качестве предпочтительного способа урегулирования споров, как правило, предусматривают, что решение комиссии по решению споров является окончательным и обязательным для выполнения. Некоторые договоры о ПЧП содержат положения, согласно которым любая сторона в течение установленного срока вправе направить уведомление о несогласии или аналогичное уведомление. По истечении установленного периода решение комиссии по решению споров становится окончательным и обязательным для выполнения. В случае направления такого уведомления о несогласии стороны обязаны попытаться урегулировать спор мирно; если урегулировать спор мирно невозможно, они могут начать арбитражное разбирательство в целях его урегулирования. Однако арбитражное разбирательство может быть начато в последний день установленного срока подачи сторонами уведомления о несогласии, даже если попыток мирного урегулирования спора предпринято не было.

#### **f) Арбитраж**

38. Арбитраж все более широко используется для урегулирования споров, возникающих в связи с ПЧП. В некоторых правовых системах согласно законодательству для разрешения споров, возникающих из публичных договоров, в том числе договоров о ПЧП, арбитраж используется в обязательном порядке. Арбитраж, как правило, используется для урегулирования как споров, возникающих в

ходе строительства или эксплуатации объекта инфраструктуры, так и споров, связанных с истечением или прекращением договора о ПЧП. Арбитражу отдают предпочтение — и во многих случаях требуют организации подобных процедур — частные инвесторы и кредиторы, поскольку стороны могут придать арбитражным процедурам менее формальный, по сравнению с судебным разбирательством, характер и поскольку такие процедуры лучше отвечают потребностям сторон и особенностям споров, которые могут возникнуть в рамках договора о ПЧП. Стороны могут избрать арбитрами лиц, которые обладают специальными знаниями по конкретным видам проектов. Они могут избрать место проведения арбитражных процедур. Они также могут избрать язык или языки для использования в ходе арбитражного разбирательства. Арбитражные процедуры, как считается, менее опасны с точки зрения нанесения ущерба деловым отношениям между сторонами, чем судебное разбирательство. Кроме того, приведение в исполнение арбитражных решений в других странах, чем страна их вынесения, облегчено благодаря широкому кругу участников Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года. В прошлом в качестве дополнительной причины в пользу выбора арбитража для урегулирования торговых споров нередко приводилась возможность сохранения конфиденциальности арбитражных процедур в отличие от судебного разбирательства, которое по своей природе в целом носит публичный характер.

39. Что касается, в частности, проектов в области инфраструктуры с участием иностранных инвесторов, то можно отметить, что рамки для урегулирования споров между организацией-заказчиком и иностранными компаниями, участвующими в проектном консорциуме, могут быть обеспечены путем присоединения к Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств<sup>7</sup>. В соответствии с этой Конвенцией, к которой в настоящее время присоединились 154 государства, был учрежден Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС). МЦУИС является самостоятельной международной организацией, поддерживающей тесные связи со Всемирным банком. МЦУИС предоставляет возможности для медиации и арбитража в случае споров между странами-участниками и инвесторами, являющимися физическими или юридическими лицами других участвующих в Конвенции государств. Обращение к медиации и арбитражу в МЦУИС является добровольным. Однако после того, как стороны какого-либо договора или спора согласились передать свой спор в соответствии с Конвенцией на арбитраж в МЦУИС, ни одна из них не может в одностороннем порядке отозвать свое согласие. Согласно Конвенции требуется, чтобы все члены МЦУИС, независимо от того, являются ли они сторонами в споре или нет, признавали и приводили в исполнение арбитражные решения МЦУИС. Согласие сторон на арбитраж МЦУИС может быть дано как в отношении существующего спора, так и в отношении определенной категории будущих споров. В то же время необходимости в выражении согласия сторон в отношении какого-либо конкретного проекта не имеется; принимающая сторона в своем законодательстве о содействии инвестированию может предложить распространить на споры, возникающие в связи с определенными категориями инвестиций, компетенцию МЦУИС, и инвестор может в письменной форме дать свое согласие на это предложение. В инвестиционном арбитраже часто используется также Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. Однако в последние годы набирает силу тенденция к обеспечению прозрачности процедур урегулирования споров между инвесторами и государствами, чему способствуют Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров («Правила о прозрачности»)<sup>8</sup>, принятые в 2013 году, и Конвенция Организации Объединенных Наций о

<sup>7</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, No. 8359.

<sup>8</sup> Официальный текст *Правил о прозрачности* см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/68/17)*, приложение I. Правила о прозрачности также изданы в виде брошюры. Применение Правил

прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (Нью-Йорк, 2014 год) («Маврикийская конвенция о прозрачности»)<sup>9</sup>.

40. В двусторонних инвестиционных договорах (ДИД) могут также предусматриваться рамки для урегулирования споров между организацией-заказчиком и иностранными компаниями по охватываемым ДИД вопросам. Согласно таким договорам принимающее государство обычно предоставляет инвесторам, являющимся физическими или юридическими лицами другого подписавшего государства, различные заверения и гарантии (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты ...) и выражает свое согласие на арбитраж, например, путем передачи спора на урегулирование в МЦУИС или в какой-либо третейский суд, применяющий Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ<sup>10</sup>.

*i) Суверенный иммунитет*

41. Законодатель, возможно, пожелает рассмотреть свои законодательные положения, касающиеся вопроса о суверенном иммунитете, и, если это будет сочтено целесообразным, разъяснить, в каких областях организации-заказчики могут или не могут ссылаться на эту концепцию. В тех случаях, когда арбитраж допускается и когда стороны договора о ПЧП пришли к согласию о его применении, выполнение арбитражного соглашения может быть сорвано или затруднено, если организация-заказчик имеет возможность сослаться на суверенный иммунитет либо в качестве препятствия для возбуждения арбитражного разбирательства, либо в качестве возражения против признания и приведения в исполнение арбитражного решения. Иногда законодательство по этому вопросу не является достаточно ясным, что может вызвать обеспокоенность заинтересованных сторон (например, частного партнера, учредителей проекта и кредиторов) по поводу того, что арбитражное соглашение окажется неэффективным. Для того чтобы рассеять такие возможные сомнения, целесообразно провести обзор законодательства по этому вопросу и обозначить пределы, в рамках которых организация-заказчик может ссылаться на суверенный иммунитет.

42. Кроме того, организация-заказчик, против которой было вынесено арбитражное решение, может сослаться на иммунитет от исполнительных действий в отношении публичной собственности. Существуют различные подходы к вопросу о суверенном иммунитете от исполнительных действий. Например, согласно законам некоторых стран иммунитет не распространяется на правительственные учреждения, которые занимаются коммерческой деятельностью. Согласно другим национальным законам требуется наличие связи между собственностью, на которую должно быть обращено исполнение, и соответствующим

---

о прозрачности рекомендовано Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 68/109 от 16 декабря 2013 года.

<sup>9</sup> Принята Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 69/116 от 10 декабря 2014 года. Вступила в силу 18 октября 2017 года, United Nations No. 54749 (статус и официальный текст Маврикийской конвенции о прозрачности см. [http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Convention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html)[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Convention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html)).

<sup>10</sup> Официальный текст Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, сорок третья сессия, Дополнение № 17 (A/43/17)*, приложение I (*Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли*, том XLI, 2010 год, часть первая, глава I, раздел A, приложение I (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.13.V.8)). Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 года также издан в виде брошюры (United Nations, New York, 2011). Регламент дополнен типовой арбитражной оговоркой, которая гласит: «Любой спор, разногласие или требование, возникающие из или касающиеся настоящего договора, либо его нарушения, прекращения его действия или его недействительности, подлежат разрешению в арбитраже в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ». Применение Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ рекомендовано Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 65/22 от 6 декабря 2010 года.



иском в том отношении, например, что ссылки на иммунитет в отношении средств, выделенных для экономической или коммерческой деятельности, регулируемой нормами частного права, на которых основывается иск, не допускаются или в том отношении, что не допускаются ссылки на иммунитет, когда речь идет об активах, выделенных государством на ведение своей коммерческой деятельности. В некоторых странах считается, что бремя доказывания того, что активы, на которые должно быть обращено взыскание, не используются в коммерческих целях, возлагается на правительство.

43. В некоторые контракты с участием субъектов, которые могли бы сослаться на суверенный иммунитет, включались оговорки, предусматривающие отказ правительства от своего права сослаться на суверенный иммунитет. Такое согласие или такой отказ могут закрепляться в договоре о ПЧП или в международном соглашении; они могут ограничиваться признанием того, что определенная собственность используется или предназначается для использования в коммерческих целях. Подобные письменные оговорки могут быть необходимыми в тех случаях, когда не ясно, представляют ли собой заключение арбитражного соглашения правительственным учреждением и его участие в арбитражных процедурах подразумеваемый отказ от суверенного иммунитета от исполнительных действий.

ii) *Эффективность арбитражного соглашения и возможность приведения арбитражного решения в исполнение*

44. Эффективность арбитражного соглашения зависит от законодательного режима в месте, где находится третейский суд. Если законодательный режим арбитража в этой стране считается неудовлетворительным, поскольку, например, установлено, что он накладывает неразумные ограничения на автономию сторон, одна из сторон может пожелать договориться о каком-либо месте арбитража за пределами принимающей страны. Поэтому принимающей стране важно обеспечить, чтобы ее внутренний законодательный режим арбитража разрешал принципиальные процессуальные вопросы таким образом, который отвечал бы потребностям международного арбитража. Такой режим устанавливается, например, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже («Типовой закон об арбитраже»)<sup>11</sup>. Если арбитражное разбирательство происходит за пределами принимающей страны или если арбитражное решение, вынесенное в принимающей стране, потребуется привести в исполнение за границей, то эффективность арбитражного соглашения будет также зависеть от законодательства, регулирующего вопросы признания и приведения в исполнение арбитражных решений. В Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (см. пункт ...) регулируются, в том числе, такие вопросы, как признание арбитражного соглашения и основания, по которым суд может отказать в признании решения или в его приведении в исполнение. Конвенция, по общему мнению, обеспечивает приемлемый и сбалансированный режим признания и приведения в исполнение арбитражных решений. Тот факт,

<sup>11</sup> Официальный текст Типового закона об арбитраже в том виде, в котором он был первоначально принят в 1985 году, воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17 (A/40/17)*, приложение I (*Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли*, том XVI, 1985, часть третья, приложение I (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.87.V.4)). Официальный текст пересмотренных статей Типового закона об арбитраже с изменениями, принятыми в 2006 году, воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, сорок третья сессия, Дополнение № 17 (A/43/17)*, приложение I. Консолидированный текст Типового закона об арбитраже также издан в виде брошюры (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.08.V.4). Генеральная Ассамблея в своей резолюции 40/72 от 11 декабря 1985 года рекомендовала всем государствам должным образом принимать во внимание Типовой закон о международном торговом арбитраже, имея в виду желательность единообразия закона о процедурах арбитража и конкретные потребности практики международного торгового арбитража. Генеральная Ассамблея повторила эту рекомендацию в своей резолюции 61/33 от 4 декабря 2006 года.

что принимающая страна является участником Конвенции, будет, по всей вероятности, рассматриваться в качестве важнейшего элемента оценки юридической определенности обязательств и надежности арбитража в качестве метода урегулирования споров со сторонами из этого государства в арбитражном порядке. Кроме того, участие в Конвенции облегчит приведение в исполнение за границей арбитражного решения, вынесенного в принимающей стране.

**g) Судебное разбирательство**

45. Как это указывалось ранее, существуют правовые системы, в которых урегулирование споров, возникающих из соглашений, связанных с предоставлением общедоступных услуг, является вопросом, отнесенным к исключительной компетенции национальных судов общей юрисдикции или административных судов. В некоторых странах правительственные учреждения не имеют права соглашаться на арбитраж, кроме как в специально оговоренных обстоятельствах (см. пункты ...), в то время как в других правовых системах стороны свободны в выборе между судебными и арбитражными процедурами.

46. В тех случаях, когда стороны имеют возможность выбирать между судебными и арбитражными процедурами, у организации-заказчика могут иметься причины для того, чтобы оставить любые споры на урегулирование в судах принимающей страны. Эти суды знакомы с национальным правом, которое часто содержит законодательные положения, специально предназначенные для регулирования договоров о ПЧП. Кроме того, организация-заказчик или другие правительственные учреждения, которые участвуют в споре, могут отдать предпочтение местным судам по причине языка судопроизводства и осведомленности о судебных процедурах. Хотя не во всех странах судьи могут иметь подготовку и опыт в области урегулирования тех видов технических споров, которые возникают в связи с проектами ПЧП, в некоторых странах созданы специальные суды для рассмотрения сложных коммерческих или публичных договоров, и правовые нормы гражданской или административной процедуры этих стран могут предоставлять судьям право получать в случае необходимости заключение экспертов. Может также учитываться и то, что в той мере, в которой договоры о ПЧП затрагивают вопросы публичного порядка и защиты публичных интересов, государственные суды находятся в лучшем положении, чтобы должным образом обеспечить выполнение соответствующих положений.

47. Вместе с тем такой подход организации-заказчика может не найти поддержки у потенциальных инвесторов, финансистов и других частных сторон. Эти стороны могут отдать предпочтение арбитражу перед судебными процедурами, поскольку арбитраж, который в большей степени, чем судопроизводство, зависит от согласия сторон, позволяет сторонам организовать производство с учетом своих потребностей. Кроме того, с учетом высокотехнического характера и большой сложности вопросов, связанных с проектами в области инфраструктуры, стороны могут быть заинтересованы в том, чтобы их споры урегулировали арбитры, выбранные на основе их особых знаний и опыта. Частные инвесторы, особенно иностранные, могут также неохотно идти на то, чтобы подчинить свои споры юрисдикции национальных судов, функционирующих на основании неизвестных им правил. Согласно опыту ряда стран, предоставление сторонам возможности выбора механизма урегулирования споров помогает привлечению иностранных инвестиций на цели развития инфраструктуры.

48. При изучении вопроса о том, следует ли предусмотреть урегулирование любых споров в рамках судебных разбирательств или же следует заключить арбитражное соглашение, когда такая возможность допускается применимым правом, в число факторов, обычно учитываемых сторонами, входит, например, их уверенность в том, что суды, компетентные разрешать спор, будут действовать беспристрастно и что спор будет разрешен без ненадлежащих задержек. Эффективность национальной судебной системы и наличие форм судебной защиты, отвечающих потребностям споров, которые могут возникнуть из договора о ПЧП, являются дополнительными факторами, которые следует принимать

во внимание. Сторонам также необходимо будет рассмотреть вопрос о том, какой орган по урегулированию споров сможет наилучшим образом урегулировать технические вопросы в той области, в которой могут возникнуть споры в связи с договором о ПЧП.

### **С. Споры между учредителями проекта и между частным партнером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками**

49. Во внутреннем законодательстве обычно признается, что стороны коммерческих сделок, и в особенности международных коммерческих сделок, имеют право договариваться о том, в каком органе будут приниматься обязывающие их решения по любому спору, который может возникнуть в их отношениях. Что касается международных сделок, то предпочтительным методом стал арбитраж, независимо от того, проводится ли при этом процедура медиации как до арбитража, так и в сочетании с ним. Контракты, заключаемые между частным партнером и его кредиторами, подрядчиками и поставщиками в связи с проектами в области инфраструктуры обычно считаются коммерческими соглашениями. Соответственно, стороны таких контрактов обычно имеют право свободно избирать предпочтительный метод урегулирования, в том числе во многих случаях арбитраж. В то же время кредиторы, хотя в большинстве случаев они и выступают за арбитраж применительно к урегулированию споров из договора о ПЧП (и, во все большей степени, применительно к спорам между кредиторами), часто отдают предпочтение судебным процедурам для урегулирования споров между ними и частным партнером, возникающих из соглашений о кредитовании. В тех случаях, когда предпочтение отдается арбитражу, стороны, как правило, хотели бы иметь возможность выбирать место арбитража и принимать решение о том, следует ли проводить арбитражное разбирательство по тому или иному делу при арбитражном учреждении. Принимающим странам, которые хотели бы создать благоприятный правовой климат для ПЧП, можно рекомендовать провести обзор своего законодательства в отношении таких коммерческих контрактов, с тем чтобы устранить любую неопределенность применительно к свободе сторон согласовывать механизмы урегулирования споров по своему выбору.

### **Д. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры**

50. В зависимости от вида проекта частный партнер может предоставлять товары или услуги различным физическим и юридическим лицам, таким, например, как находящиеся в правительственной собственности коммунальные компании, закупающие у частного партнера электроэнергию или воду с целью их перепродажи конечным пользователям; коммерческие компании, такие как авиационные и судоходные линии, заключающие договор об использовании аэропорта или морского порта; или же отдельные лица, оплачивающие использование платных автодорог. Соображения и принципиальные подходы применительно к урегулированию споров, возникающих из этих юридических отношений, могут изменяться в зависимости от сторон таких отношений, условий, на которых предоставляется услуга, и применимого режима регулирования.

51. В дополнение к конкретным требованиям, закрепленным в соответствующем законодательстве, если конечными пользователями услуг, предоставляемых частным партнером, являются физические лица, могут также применяться особые правовые положения о защите прав потребителей (о законах о защите прав потребителей см. также главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 45–46). Соответственно, в некоторых странах законодательство требует от поставщиков общедоступных услуг создания специальных упрощенных и эффективных механизмов для рассмотрения претензий клиентов. Такое специальное регулирование, как правило, ограничивается определенными секторами экономики и применяется к приобретению клиентами

товаров или услуг. Законодательные требования о создании таких механизмов урегулирования споров могут применяться в целом к претензиям, заявляемым любыми клиентами частного партнера, или могут ограничиваться теми клиентами, которые являются физическими лицами, выступающими в некоммерческом качестве. Обязательство частного партнера может ограничиваться созданием механизма для получения и рассмотрения жалоб от отдельных клиентов. Такие механизмы могут включать специальные подразделения или отделы в рамках проектной компании для получения и оперативного рассмотрения претензий, например, путем предоставления в распоряжение клиентов электронных стандартных бланков для изложения претензий или выделения специальных бесплатных телефонных номеров, по которым могут быть сообщены жалобы. Если соответствующий вопрос не разрешен удовлетворительным образом, то клиент может иметь право подать жалобу в регулирующее учреждение, если таковое имеется, которое в некоторых странах может обладать полномочиями на вынесение обязательного решения по такому вопросу. Обращение клиентов к подобным механизмам часто носит факультативный характер и, как правило, не исключает обращения лиц, которым были причинены убытки, к судам.

52. Если клиентами являются коммунальные компании (например, компания по электроснабжению) или коммерческие предприятия (например, крупная фабрика, закупающая электроэнергию непосредственно у независимого производителя), которые свободно выбирают услуги, предоставляемые частным партнером, и согласовывают условия своих контрактов в ходе переговоров, то стороны, как правило, будут разрешать любые споры с помощью методов, обычно применяемых в коммерческих контрактах, включая арбитраж. Соответственно, необходимости в рассмотрении вопросов об урегулировании таких споров в законодательстве, касающемся ПЧП, может и не существовать. В то же время в тех случаях, когда клиентами частного партнера являются предприятия, находящиеся в правительственной собственности, их способность согласовывать методы урегулирования споров может быть ограничена нормами административного права, которым подчиняются вопросы об урегулировании споров с участием правительственных учреждений. Странам, которые хотели бы допустить использование несудебных методов, включая арбитраж, для урегулирования споров между частным партнером и его клиентами-предприятиями, находящимися в правительственной собственности, важно ликвидировать возможные юридические барьеры и ясно оговорить полномочия этих предприятий на согласование методов урегулирования споров (см. пункты ...).

## V. Урегулирование споров

### Типовое положение 55. Споры между организацией-заказчиком и частным партнером

Любые споры между организацией-заказчиком и частным партнером разрешаются через механизмы урегулирования споров, согласованные сторонами в концессионном договоре<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Принимающее государство может предусмотреть в своем законодательстве механизмы урегулирования споров, которые наилучшим образом приспособлены к потребностям публично-частного партнерства (ПЧП).

### **Типовое положение 56. Споры с участием клиентов или пользователей объекта инфраструктуры**

Когда частный партнер предоставляет услуги населению или эксплуатирует общедоступный объект инфраструктуры, организация-заказчик может потребовать от частного партнера создать упрощенные и эффективные механизмы для рассмотрения претензий, представленных клиентами или пользователями объекта инфраструктуры, а также другими сторонами, затронутыми проектом.

### **Типовое положение 57. Другие споры**

1. Частный партнер и его акционеры имеют право свободно выбирать надлежащие механизмы для урегулирования споров между собой.
2. Частный партнер имеет право свободно договариваться о надлежащих механизмах для урегулирования споров между собой и своими кредиторами, подрядчиками, поставщиками и другими коммерческими партнерами.