



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
14 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 VII)**

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
VII. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам	2
A. Общие замечания	2
B. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам	2
C. Международные соглашения	22



VII. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам

A. Общие замечания

1. Важными элементами общей правовой базы, касающейся ПЧП, являются уровень развития соответствующего законодательства принимающей страны, стабильность ее правовой системы и наличие надлежащих средств правовой защиты, доступных для частных сторон. С помощью проведения обзора и, если это уместно, усовершенствования своего законодательства в тех областях, которые имеют непосредственное отношение к ПЧП, принимающая страна может внести существенный вклад в обеспечение благоприятного климата для частных инвестиций в публичную инфраструктуру и соответствующие услуги. Повышение юридической определенности и благоприятная правовая база позволят кредиторам и инвесторам лучше оценить имеющиеся в стране риски. Это окажет положительное воздействие на затраты по мобилизации частного капитала и уменьшит необходимость правительственной поддержки или гарантий (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...).

2. При надлежащей подготовке и планировании ПЧП может положительно влиять на экономическое и социальное развитие страны и играть важную роль в ее стратегии в области инфраструктуры (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...). ПЧП может также позволить государствам достичь многих целей в области устойчивого развития (см. главу I «Общие законодательные и институциональные рамки», пункт 3). Вместе с тем значительные масштабы проектов ПЧП и существенное финансирование, которое требуется для их осуществления, могут оказывать большое воздействие на экономическую, социальную и экологическую основу принимающей страны. Такое воздействие выражается во внесении изменений в законодательство, которые та или иная страна, возможно, пожелает тщательно рассмотреть. В этой связи в разделе В рассматривается ряд отдельных аспектов законодательства принимающей страны, которые, хотя и не обязательно, имеют прямое отношение к ПЧП, могут оказать воздействие на реализацию (см. пункты 3–52). В разделе С описывается возможное влияние некоторых крупных международных соглашений на реализацию ПЧП в принимающей стране (см. пункты 53–57).

B. Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам

3. Помимо вопросов, относящихся к законодательству, непосредственно затрагивающему ПЧП, правовая база, благоприятствующая таким проектам, может также потребовать включения положений из других областей законодательного регулирования. Наличие законодательных положений, поощряющих и защищающих частные инвестиции в экономическую деятельность в целом, будет стимулировать и частные инвестиции в инфраструктуру и услуги. В нижеследующих пунктах затрагиваются лишь немногочисленные отдельные аспекты других областей права, которые могут оказать воздействие на реализацию проектов в области инфраструктуры. Наличие надлежащих норм права в таких других областях может облегчить ряд операций, необходимых для выполнения проектов в области инфраструктуры, и способствовать сокращению предполагаемого правового риска инвестиций в принимающей стране.

1. Поощрение и защита инвестиций

4. Один из вопросов, вызывающих особую обеспокоенность учредителей проекта и кредиторов, связан со степенью защиты, предоставляемой инвестициям в принимающей стране. Иностранным инвесторам в принимающей стране потребуются заверения в том, что они будут защищены от национализации или

реквизиции без обращения в суд и выплаты надлежащей компенсации в соответствии с нормами, действующими в принимающей стране, и стандартами международного права. Учредители проектов будут также обеспокоены тем, смогут ли они, в частности, направить в страну без каких-либо необоснованных ограничений квалифицированный персонал, который требуется для работы по проекту, импортировать необходимые товары и оборудование, получать по мере потребности доступ к иностранной валюте и переводить за границу или репатриировать свои доходы или суммы, необходимые для погашения кредитов, которые компания взяла для реализации проекта ПЧП. Помимо специальных гарантий, которые могут быть предоставлены правительством (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...), важную роль применительно к ПЧП может играть законодательство по поощрению и защите инвестиций. Странам, в которых уже имеется надлежащее законодательство по защите инвестиций, может оказаться целесообразным рассмотреть вопрос о принятии положений, прямо распространяющих предусмотренную в таком законодательстве защиту на проекты ПЧП. Страны, которые желают разработать последовательную и эффективную политику, нацеленную на поощрение и защиту инвестиций, могут использовать в качестве стимулирующей основы ключевые принципы инвестиционной политики, содержащиеся в руководстве «Основы инвестиционной политики», которое было принято Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД)¹.

5. Все большее число стран заключают двусторонние инвестиционные соглашения, направленные на поощрение и защиту инвестиционных потоков между договаривающимися сторонами. Соглашения о защите инвестиций обычно содержат положения, касающиеся принятия иностранных инвестиций и их режима, перевода капитала между договаривающимися сторонами (например, выплаты дивидендов за границей или репатриации инвестиций), доступности иностранной валюты для перевода или репатриации доходов от инвестиций, защиты от экспроприации или национализации и урегулирования инвестиционных споров за пределами принимающей страны (см. главу VI «Урегулирование споров», пункты ...). Существование такого соглашения между принимающей страной и страной происхождения инвестиций или странами спонсоров проекта может сыграть важную роль в принятии ими решения об инвестировании в принимающей стране. Кроме того, в зависимости от содержащихся в таком соглашении условий оно может сократить необходимость в заверениях или гарантиях со стороны правительства применительно к отдельным проектам в области инфраструктуры. Руководство ЮНКТАД «Основы инвестиционной политики» (см. пункт 4) также соответствует такому подходу: в нем содержатся рекомендации относительно разработки и реализации стратегии с учетом существования на многостороннем уровне крайне сложной и фрагментированной сети международных договоров.

6. Кроме того, в ряде стран нормы, направленные на содействие инвестиционным потокам и их защиту (в том числе в таких областях, как иммиграционное законодательство, контроль за импортом и валютные правила), содержатся в законодательстве, которое может и не основываться на двусторонних или многосторонних договорах.

2. Законодательство, касающееся вопросов собственности

7. Желательно, чтобы в законодательстве принимающей страны, касающемся вопросов собственности, были отражены приемлемые международные стандарты, содержались надлежащие положения, касающиеся собственности на земельные участки и здания, а также на движимое и нематериальное имущество, и должным образом гарантировалась возможность частного партнера

¹ UNCTAD Investment Policy Framework for sustainable development (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/3) and its Principles for investment policy making, размещено по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd>.

приобретать, продавать и передавать собственность, а также лицензировать ее использование. Конституционные положения, обеспечивающие соблюдение прав собственности, сыграли важную роль в привлечении и стимулировании частных инвестиций во многих странах.

8. Если земельный участок, на котором сооружается объект, передается в собственность частного партнера, то важно, чтобы право собственности на этот земельный участок или право на его использование могло быть четко и безоговорочно установлено с помощью надлежащих процедур регистрации и публичного оповещения. Частному партнеру и кредиторам потребуются ясные доказательства того, что право собственности на земельный участок или право на его использование не будет оспариваться. В силу этого они с нежеланием будут идти на выделение средств на проект, если законы принимающей страны не обеспечивают надлежащих инструментов для утверждения права собственности на земельный участок или права на его долгосрочное использование.

9. В некоторых странах права, предоставляемые частному партнеру, если таковые имеются, могут ограничиваться законодательством, применимым к публичной собственности, что особенно актуально в том случае, когда проект ПЧП осуществляется на земельном участке, находящемся в собственности государства или любого публичного органа. На практике законодательство, касающееся государственной собственности, как правило, не позволяет частному партнеру использовать земельный участок для посторонних целей, таких как передача части земельного участка в субаренду третьим сторонам для получения дополнительного дохода. При наличии такого специального режима договор о ПЧП предоставит частному партнеру право на использование земельного участка в течение срока действия договора при условии соблюдения частным партнером юридической уступки земельного участка для его конкретного публичного использования, как это оговорено в договоре о ПЧП (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...).

10. Кроме того, необходимо обеспечить эффективные механизмы для защиты в принудительном порядке права собственности и имущественных прав, предоставленных частному партнеру, от нарушения со стороны третьих лиц. Такая защита должна также распространяться на сервитуты и права прохода, которые могут потребоваться частному партнеру для предоставления соответствующих услуг на постоянной основе (например, в том, что касается установки столбов и укладки кабеля на участках, находящихся в частной собственности, для обеспечения энергоснабжения) (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...).

3. Обеспечительные интересы

11. Как это указывалось ранее (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...), в случае проектов ПЧП обеспечительные механизмы могут быть сложными и состоять из различных форм обеспечения, в том числе фиксированного обеспечения в материальных активах частного партнера (например, ипотека или залог активов), залога акций частного партнера и уступки нематериальных активов (дебиторской задолженности) проекта. Хотя кредитные соглашения обычно регулируются правом, выбранным сторонами, виды обеспечения, при которых на активы, расположенные в принимающей стране, может быть обращено взыскание, и имеющие средства правовой защиты будут определяться законодательством принимающей страны.

12. Различия в видах обеспечения или ограничения применительно к средствам правовой защиты, предусматриваемым законодательством принимающей страны, могут вызвать беспокойство потенциальных ссудодателей. В силу этого важно обеспечить, чтобы внутреннее законодательство предусматривало надлежащую правовую защиту обеспеченных кредиторов и не препятствовало способности сторон договариваться о надлежащих обеспечительных механизмах. Поскольку для разных правовых систем характерны большие различия в

законодательстве, относящемся к обеспечительным интересам, технические подробности необходимого правового регулирования в *Руководстве* не рассматриваются, а в нижеследующих пунктах лишь в общем виде описываются элементы современного режима обеспеченных сделок.

13. В одних правовых системах обеспечительные интересы могут создаваться практически в любых активах, включая интеллектуальную собственность, а в других — обеспечительные интересы могут создаваться лишь в ограниченной категории активов, таких как земельные участки и здания. В ряде стран обеспечительные интересы могут распространяться на еще не существующие активы (будущие активы), и в качестве обеспечения могут выступать все активы компании при сохранении за ней возможности дальнейшего использования этих активов в ходе обычной коммерческой деятельности. В одних правовых системах предусмотрены обеспечительные интересы без права владения и, таким образом, активы могут быть приняты в качестве обеспечения без вступления в фактическое владение ими, а в других системах, применительно к тем активам, на которые распространяется система регистрации правового титула, обеспечение может быть принято лишь путем вступления в физическое или конструктивное владение. Ряд систем предусматривает возможность взыскания обеспечения без участия суда, при этом в других системах такое взыскание допускается лишь на основе судебного решения. В одних странах предусмотрены средства правовой защиты, которые включают не только продажу активов, но и возможность для обеспеченного кредитора оперировать этими активами либо посредством вступления во владение, либо путем назначения управляющего, а в других странах продажа через суд может выступать в качестве основного механизма реализации обеспечительного права. В некоторых системах определенные виды обеспечения имеют преимущественную силу по сравнению с требованиями привилегированных кредиторов, при этом в других системах требования привилегированных кредиторов имеют преимущественную силу по сравнению с любыми видами обеспечения. В одних странах создание обеспечительного права не сопряжено с большими расходами, так как платежи и сборы установлены на минимальном уровне, тогда как в других странах это может быть связано со значительными издержками. В одних странах стоимость обеспечения может быть неограниченной, в других — она не может быть чрезмерной по сравнению с величиной причитающегося долга. В некоторых правовых системах на обеспеченного кредитора налагаются определенные обязательства, связанные с взысканием обеспечения, например, обязательство продать активы по справедливой рыночной цене.

14. В базу юридической защиты могут быть включены положения, устанавливающие, что фиксированное обеспечение (например, ипотека) является подлежащим регистрации интересом и что после регистрации такого обеспечения в регистре правовых титулов или ином публичном регистре любой приобретатель имущества, с которым связано такое обеспечение, приобретает такое имущество, обремененное этим обеспечением. Это может быть сопряжено с трудностями, поскольку во многих странах специальных регистров правовых титулов не существует. Кроме того, должна предусматриваться возможность принудительного взыскания обеспечения с третьих сторон, в связи с чем может потребоваться, чтобы обеспечение по своему характеру рассматривалось как относящееся к имущественным правам, а не просто к числу обязательств и чтобы оно давало лицу, получившему обеспечение, право продать принятые в качестве обеспечения активы в рамках процедур реализации обеспечительного права.

15. Другой важный аспект связан с наделением сторон возможностями для проявления гибкости в определении активов, предоставляемых в обеспечение. В некоторых правовых системах стороны наделяются широкой свободой усмотрения в отношении определения тех активов, которые могут быть предоставлены в качестве обеспечения. В ряде правовых систем допускается создание обеспечительного права, охватывающего все активы предприятия, и, таким образом, имеется возможность продажи предприятия в качестве

функционирующей хозяйственной единицы, что может позволить сохранить предприятие, испытывающее финансовые трудности, и одновременно увеличить сумму возмещения, причитающегося обеспеченному кредитору. В то же время в других правовых системах допускается создание только такого обеспечительного права, которое связано с конкретными активами, а обеспечение, охватывающее активы должника в целом, не признается. Кроме того, могут существовать ограничения на способность должника осуществлять коммерческие операции с товарами, предоставленными в качестве обеспечения. Наличие подобных ограничений и запретов затрудняет — и даже иногда делает невозможным — для должника предоставление в качестве обеспечения активов, описанных по родовым признакам, или активов, используемых в ходе обычных коммерческих операций.

16. Учитывая долгосрочный характер проектов ПЧП, стороны, возможно, пожелают определить в конкретном или общем порядке те активы, которые предоставляются в качестве обеспечения. Кроме того, они могут пожелать, чтобы такое обеспечение охватывало нынешние или будущие активы и активы, которые могут измениться в течение срока действия обеспечения. Поэтому, возможно, целесообразно провести обзор действующих положений, регулирующих обеспечительные интересы, с тем чтобы включить нормы, позволяющие сторонам согласовывать механизмы обеспечения, отвечающие их потребностям.

17. Различные международные межправительственные органы, включая ЮНСИТРАЛ, подготовили правовые документы, которые могут использоваться в качестве моделей при разработке или модернизации законодательства по обеспечительным интересам. В частности, Типовой закон ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках² предусматривает прозрачные, всеобъемлющие и современные законодательные рамки в области финансирования под обеспечение, которые могут отвечать интересам занимающихся ПЧП операторов, как это уже указывалось выше (см. пункты 10–15). Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле³ — это также полезный правовой инструмент, предназначенный для устранения препятствий для трансграничных сделок, которые очень важны для финансирования проектов ПЧП. К числу других международных правовых документов, касающихся международных обеспечительных интересов, относится Кейптаунская конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования⁴ и последующие протоколы в области авиационного оборудования⁵, железнодорожного подвижного состава⁶ и космических средств⁷, которые были разработаны под эгидой Международного института по унификации частного права (УНИДРУА); эти документы предусматривают предоставление надежных и легко реализуемых прав (в частности, фиксируемых в международном электронном регистре) на движимые активы, которые могут быть частью сделок в связи с ПЧП.

² Типовой закон ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках (2016 год), размещен по адресу http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html.

³ Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью-Йорк, 2001 год), размещена по адресу http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables.html.

⁴ Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Кейптаунская конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования) (Кейптаун, 2001 год).

⁵ Протокол по авиационному оборудованию к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Кейптаун, 2001 год).

⁶ Протокол по вопросам, касающимся железнодорожного подвижного состава, к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Люксембург, 2007 год).

⁷ Протокол по вопросам, касающимся космических средств, к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Берлин, 2012 год).

4. Правовое регулирование вопросов интеллектуальной собственности

18. ПЧП часто связаны с использованием новых или передовых технологий, защищенных патентами или аналогичными правами интеллектуальной собственности. Они также могут предусматривать разработку и представление оригинальных или новаторских решений, содержащих информацию, которая находится в собственности лица, представившего проектное предложение, и которая защищается авторскими правами. Таким образом, частным инвесторам — как национальным, так и иностранным, — ввозящим в принимающую страну новую или передовую технологию или разрабатывающим оригинальные решения, потребуется гарантия в том, что их права интеллектуальной собственности будут защищены и что они смогут обеспечить принудительную защиту таких прав от нарушений, что может потребовать принятия уголовно-правовых положений, направленных на борьбу с нарушениями прав интеллектуальной собственности. Такая защита должна быть гарантирована на всех этапах проекта ПЧП, начиная с процедуры принятия решения о заключении договора, когда участники торгов представляют заказчику конфиденциальную информацию в тендерной документации (см. главу III «Принятие решения заключить договор», пункты ...) и далее на этапах строительства и эксплуатации, когда частный партнер может использовать собственные ноу-хау или технологии и когда ему потребуются гарантии защиты своих прав интеллектуальной собственности.

19. Правовые рамки для защиты интеллектуальной собственности могут быть созданы за счет присоединения к международным соглашениям, касающимся защиты и регистрации прав интеллектуальной собственности. Защиту этих прав целесообразно укрепить в соответствии с такими документами, как Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 года⁸. Конвенция распространяется на промышленную собственность в самом широком смысле, включая изобретения, знаки, промышленные образцы, полезные модели, фирменные наименования, географические указания и устранение недобросовестной конкуренции. Конвенция предусматривает, что в отношении защиты промышленной собственности каждое государство-участник должно предоставлять национальный режим. Она также предусматривает право приоритета применительно к патентам, знакам и промышленным образцам и устанавливает ряд общих норм, которыми все государства-участники должны руководствоваться в отношении патентов, знаков, промышленных образцов, фирменных наименований, указаний источника, недобросовестной конкуренции и национальных административных органов. Правовой базой для международной защиты патентов служит также Договор о патентной кооперации 1970 года, который позволяет ходатайствовать о патентной защите одновременно во многих странах путем подачи международной патентной заявки. В некоторых странах международные стандарты дополняются законодательством, направленным на предоставление юридической защиты технологическим новшествам, например, законодательством о защите прав интеллектуальной собственности в области компьютерного программного обеспечения и конфигурации компьютерного аппаратного обеспечения. Кроме того, задачей Договора о патентном праве⁹ является унификация формальных процедур, связанных с национальными и региональными патентными заявками и патентами.

20. Другими важными документами в области международной защиты прав промышленной собственности являются Мадридское соглашение относительно международной регистрации знаков 1891 года¹⁰, Протокол к Мадридскому

⁸ С учетом пересмотра в Брюсселе 14 декабря 1900 года, в Вашингтоне 2 июня 1911 года, в Гааге 6 ноября 1925 года, в Лондоне 2 июня 1934 года, в Лиссабоне 31 октября 1958 года и в Стокгольме 14 июля 1967 года, а также с учетом поправок, утвержденных 2 октября 1979 года.

⁹ Договор о патентном праве (ДПП) (Женева, 1 июня 2000 года).

¹⁰ С учетом пересмотра в Брюсселе 14 декабря 1900 года, в Вашингтоне 2 июня 1911 года, в Гааге 6 ноября 1925 года, в Лондоне 2 июня 1934 года, в Ницце 15 июня 1957 года и в Стокгольме 14 июля 1967 года.

соглашению 1989 года и Общая инструкция к Мадридскому соглашению и Протоколу к нему 1998 года. Мадридское соглашение предусматривает международную регистрацию знаков (как товарных знаков, так и знаков обслуживания) в Международном бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС). Международная регистрация знаков в соответствии с Мадридским соглашением действительна во многих странах, а потенциально и во всех государствах-участниках (за исключением страны происхождения). Кроме того, Договор о правовом режиме торговых знаков 1994 года упрощает и унифицирует процедуры подачи заявок на регистрацию торговых знаков, внесения изменений после регистрации и возобновления действия.

21. Применительно к промышленным образцам Гаагское соглашение о международном депонировании промышленных образцов 1925 года¹¹ предусматривает международное депонирование промышленных образцов в Международном бюро ВОИС. Международное депонирование имеет одинаковую силу в каждом из государств-участников, указанном заявителем, как если бы заявитель выполнил все требуемые внутренним законодательством формальности и как если бы все необходимые для этого административные действия были совершены соответствующим органом этой страны.

22. Наиболее всеобъемлющим многосторонним соглашением по вопросам интеллектуальной собственности является в настоящее время Соглашение о связанных с торговлей аспектах прав интеллектуальной собственности («Соглашение ТРИПС», которое было заключено под эгидой Всемирной торговой организации (ВТО) и вступило в силу 1 января 1995 года. Оно охватывает следующие области интеллектуальной собственности: авторские и смежные права (т.е. права исполнителей, производителей звуковых записей и организаций вещания); торговые знаки, включая знаки обслуживания; географические указания, включая наименования мест происхождения; промышленные образцы; патенты, включая защиту новых разновидностей растений; топология интегральных микросхем; и нераскрываемая информация, включая коммерческую тайну и испытательные данные. В отношении каждой из основных областей интеллектуальной собственности, охватываемых Соглашением ТРИПС, в Соглашении устанавливаются минимальные стандарты защиты, которые должны быть обеспечены каждой договаривающейся стороной, причем в первую очередь требуется соблюдение основных обязательств, в том числе по Парижской конвенции в ее последней редакции. Большинство основных положений Парижской конвенции включены в Соглашение ТРИПС путем отсылки и стали, таким образом, обязательствами по этому последнему Соглашению. Соглашение ТРИПС также вводит значительное число дополнительных обязательств по вопросам, которые не рассматривались или, как представляется, не регулировались надлежащим образом в ранее принятых конвенциях по вопросам интеллектуальной собственности. В дополнение к этому в Соглашении закрепляются некоторые общие принципы, применимые к процедурам принудительной защиты прав интеллектуальной собственности. Кроме того, Соглашение ТРИПС содержит положения по гражданским и административным процедурам и средствам правовой защиты, временным мерам, специальным требованиям, связанным с мерами пограничного контроля, и уголовным процедурам. В этих положениях с определенными подробностями оговариваются процедуры и средства правовой защиты, которые должны быть предусмотрены с целью обеспечения возможности эффективной принудительной защиты прав интеллектуальной собственности их держателями.

¹¹ С Монакским дополнительным актом 1961 года, Стокгольмским дополнительным актом 1967 года с поправками, внесенными 28 сентября 1979 года, и Инструкцией к Гаагскому соглашению о международном депонировании промышленных образцов 1998 года.

5. Правила и процедуры принудительного приобретения частной собственности

23. Если правительство принимает на себя ответственность за предоставление необходимого для реализации проекта земельного участка, то он может быть либо выкуплен у его владельцев, либо, если это необходимо, приобретен в принудительном порядке с выплатой надлежащего возмещения в соответствии с процедурой, которая иногда называется «принудительным приобретением» или «экспроприацией» (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...). Во многих странах существует законодательство, регулирующее процедуры принудительного приобретения, и это законодательство, вероятно, будет применяться к принудительному приобретению собственности, необходимой для реализации проектов ПЧП.

24. Принудительное приобретение может быть произведено в судебном или административном порядке или может потребовать принятия специального законодательного акта. В большинстве случаев эти процедуры предусматривают как административный, так и судебный этап и могут быть длительными и сложными. В связи с этим правительство принимающей страны, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о проведении обзора действующих положений о принудительном приобретении в публичных интересах, с тем чтобы обеспечить их адекватность для потребностей крупных проектов в области инфраструктуры, которые относятся к национальным или внутренним приоритетам и считаются выгодными как для населения, так и для экономики. Такой обзор должен определить, в частности, предусматривают ли применимые правила оперативные и экономичные процедуры, должным образом защищающие права собственников. Особенно важно, чтобы у правительства имелась возможность без излишних задержек принять собственность в свое владение — в разрешенных законом рамках и с учетом оценки экологических и социальных последствий, которая должна быть проведена на начальном этапе проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...), — с тем чтобы избежать повышения проектных затрат.

6. Правила, касающиеся правительственных контрактов, и административное право

25. Во многих правовых системах предоставление общедоступных услуг может регулироваться сводом правовых норм, известным как «административное право» и регулирующим широкий диапазон правительственных функций. Такие системы действуют в соответствии с принципом, согласно которому правительство может осуществлять свои полномочия и функции посредством либо административного акта, либо административного договора. При этом существует общее понимание того, что в качестве альтернативы правительство может заключать частный договор, на который распространяется правовое регулирование, относящееся к коммерческим договорам. Различия между этими двумя видами договоров могут быть значительными.

26. В соответствии с концепцией административного договора свобода и автономия, которыми пользуются стороны частного договора, имеют подчиненное значение по отношению к публичным интересам. В некоторых правовых системах правительство имеет право изменять сферу действия и условия административных договоров или даже прекращать их в публичных интересах, причем обычно предусматривается компенсация убытков, понесенных частной договаривающейся стороной (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты ...). Дополнительные права могут включать широкие права на контроль и инспекцию, а также право налагать на частного оператора санкции за неисполнение. Это часто уравновешивается требованием о том, что в договор могут вноситься другие изменения, которые окажутся необходимыми для восстановления первоначального финансового равновесия между сторонами и сохранения общей привлекательности договора для частной договаривающейся стороны (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор

о ПЧП», пункты ...). В некоторых правовых системах урегулирование споров, вытекающих из правительственных договоров, отнесено к исключительной компетенции специальных судебных органов, занимающихся рассмотрением только административных дел, причем в ряде стран эти органы не являются составной частью судебной системы, а формируют отдельную судебную систему (см. главу VI «Урегулирование споров», пункты ...).

27. В других правовых системах обычно считается, что правопорядок лучше всего обеспечивается в том случае, если деятельность правительства регулируется обычным частным правом. В целом существует признание того факта, что административные органы не могут на основании договора ограничить осуществление своих суверенных функций. Органы управления не могут создавать препятствий для будущего проявления исполнительной власти при осуществлении тех правительственных функций, которые затрагивают публичные интересы. Согласно доктрине суверенных актов, которой придерживаются некоторые системы общего права, правительство как сторона договора освобождается от исполнения своих договоров, если оно как суверенный субъект издает в публичных интересах законы, правила или постановления, которые не позволяют ему исполнить договоры. Таким образом, закон может разрешать публичному органу вмешательство в закрепленные договором права. Обычно такие действия имеют ограниченный характер, с тем чтобы изменения не могли приобрести таких масштабов, к которым другая сторона не могла бы добросовестно приспособиться. В подобных случаях частная сторона обычно получает право на определенную компенсацию или справедливую корректировку. С учетом такой возможности в некоторых странах в правительственные контракты включают стандартную оговорку об «изменениях», которая позволяет правительству изменять условия контракта в одностороннем порядке или которая предусматривает возможность изменений в результате принятия суверенного акта.

28. Наделение особыми прерогативами правительственных учреждений в таких правовых системах объясняется наличием публичных интересов. Вместе с тем признается, что особые правительственные прерогативы, в частности право на одностороннее изменение условий контракта, могут, в случае ненадлежащего использования такого права, нанести ущерб законным правам правительственных подрядчиков. По этой причине для защиты прав правительственных подрядчиков от произвольных или ненадлежащих действий со стороны публичных органов в странах с установившейся практикой участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры разработан целый ряд контрольных механизмов и средств правовой защиты, таких как возможность обращения в беспристрастные органы урегулирования споров и схемы полной компенсации за неправомочные действия правительства. Если подобной защиты не предоставляется, то потенциальные инвесторы могут отказаться от инвестирования средств в страну, правовая система которой наделяет правительственные учреждения особыми прерогативами, поскольку это сопряжено с непредсказуемым риском. По этой причине ряд стран пересмотрели свое законодательство, касающееся правительственных контрактов, с тем чтобы обеспечить определенную защиту, необходимую для стимулирования частных инвестиций, и отменить те положения, которые вызывают беспокойство в отношении долгосрочной стабильности договорных отношений, требуемых для реализации проектов в области инфраструктуры. Дополнительную ясность и удобство можно обеспечить путем предоставления участникам торгов всей необходимой информацией, касающейся правительственного контракта и административного права, на этапе торгов для обеспечения понимания участниками торгов особых прерогатив, которые могут использовать правительственные учреждения (см. главу III «Решение о заключении договора», пункты ...).

7. Правовое регулирование вопросов, относящихся к частным договорам

29. Правовое регулирование вопросов, относящихся к частным договорам, играет важную роль в связи с контрактами, заключаемыми частным партнером с

субподрядчиками, поставщиками и другими частными сторонами. Внутреннее законодательство по вопросу о частных договорах должно содержать надлежащие решения, удовлетворяющие потребности договаривающихся сторон, в том числе в том, что касается возможности проявления гибкости при составлении контрактов, необходимых для сооружения и эксплуатации объекта инфраструктуры. Помимо закрепления некоторых ключевых элементов, должным образом регулирующих вопросы договоров, таких как общее признание автономии сторон, судебная защита договорных обязательств и адекватные средства правовой защиты в случае нарушения договора, законодательство принимающей страны может способствовать созданию благоприятных условий для реализации проектов ПЧП за счет содействия использованию тех договорных механизмов, которые, по всей вероятности, будут применяться в рамках таких проектов. Такое же важное значение имеет надлежащий свод норм международного частного права, учитывая вероятность того, что контракты, заключаемые частным партнером, будут содержать определенные международные элементы.

30. В тех случаях, когда планируется сооружение новой инфраструктуры, частному партнеру может потребоваться осуществить импорт крупных партий материалов и оборудования. Более высокая юридическая определенность применительно к таким сделкам может быть обеспечена в том случае, если законодательство принимающей страны будет содержать положения, специально приспособленные к международным договорам купли-продажи. Особенно хорошая правовая база может быть обеспечена за счет присоединения к Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год)¹² или другим международным документам, регулирующим отдельные виды договоров, таким как Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге (Оттава, 1988 год)¹³, разработанная УНИДРУА.

8. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ

31. В большинстве проектов, связанных с разработкой нового проекта ПЧП, учредители проекта будут создавать проектную компанию в качестве отдельного юридического лица в принимающей стране (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...). Следует признать, что в разных странах проектные компании могут создаваться в различных формах и совсем не обязательно в форме корпорации. Вместе с тем, поскольку в большинстве случаев выбирается как раз форма корпорации, для принимающей страны особенно важно иметь надлежащие законодательные положения, регулирующие деятельность акционерных обществ и содержащие современные нормы по таким ключевым вопросам, как процедуры образования юридического лица, управление компанией, выпуск акций и их продажа или передача, бухгалтерская и финансовая отчетность и защита акционеров, не обладающих контрольным пакетом. Кроме того, упрощению заключения сделок по проектному финансированию может способствовать признание за инвесторами возможности учреждать отдельные предприятия в качестве специальных целевых механизмов, предназначенных для привлечения финансовых средств и их распределения (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункт ...).

32. Хотя могут использоваться различные формы корпораций, общий момент заключается в том, что владельцы (или акционеры) предприятия частного партнера потребуют ограничить свою ответственность стоимостью своих акций в капитале компании. Если предполагается, что проектная компания предложит свои акции в открытую продажу, то ограниченная ответственность будет

¹² *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, Вена, 10 марта — 11 апреля 1980 года* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.82.V.5), часть I.

¹³ *Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing, Ottawa, 9–28 May 1988*, vol. I.

необходима, поскольку потенциальные инвесторы будут, как правило, приобретать такие акции в целях инвестирования и не будут активно участвовать в деятельности проектной компании. Поэтому важно, чтобы законы принимающей страны предусматривали надлежащее ограничение ответственности акционеров. Кроме того, наличие адекватных положений, регулирующих выпуск коммерческими компаниями облигаций, долговых или иных ценных бумаг, позволит частному партнеру привлечь средства инвесторов на рынке ценных бумаг, что облегчит финансирование некоторых проектов.

33. В законодательстве следует оговорить обязанности директоров и управляющих проектной компании, включая базовые нормы, регулирующие порядок привлечения к уголовной ответственности. Можно также предусмотреть положения о защите третьих сторон от любого нарушения корпоративной ответственности. Современные законодательные нормы, регулирующие деятельность акционерных обществ, часто содержат конкретные положения, регламентирующие поведение руководителей и направленные на то, чтобы предотвратить коллизии интересов. Положения такого вида требуют, чтобы руководители действовали добросовестно в наилучших интересах компании и не использовали свое положение в ущерб компании в своих собственных финансовых интересах или в интересах любого иного лица. Положения, преследующие цель предотвратить коллизии интересов при управлении акционерными обществами, могут быть особенно полезны в связи с проектами в области инфраструктуры в тех случаях, когда частный партнер на определенном этапе реализации проекта, возможно, пожелает привлечь своих собственных акционеров к выполнению работ или предоставлению услуг в связи с таким проектом (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...).

34. Важно надлежащим образом урегулировать в законодательстве процесс принятия решений как на собраниях акционеров, так и на заседаниях органов управления компанией (например, совета директоров или наблюдательного совета). Защита прав акционеров и, в особенности, миноритарных акционеров от злоупотреблений со стороны акционеров, осуществляющих руководство или обладающих контрольным пакетом акций, является важным элементом современного законодательства, регулирующего деятельность акционерных обществ. Ключевое значение имеют также механизмы урегулирования споров между акционерами. Целесообразно признать право акционеров регулировать ряд дополнительных вопросов, касающихся управления компанией-частным партнером, через соглашения, заключаемые между самими акционерами, или через договоры об управлении, заключаемые с директорами компании-частного партнера.

9. Правовое регулирование вопросов налогообложения и вопросы трансграничного налогообложения

35. Помимо возможных налоговых стимулов, которые в целом могут действовать в принимающей стране или которые могут быть специально предоставлены ПЧП в целом или в связи с указанными проектами (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...), важную роль в принятии инвестиционных решений частными компаниями играет общий режим налогообложения в принимающей стране. Кроме оценки воздействия налогообложения на затраты по проекту и ожидаемую норму прибыли, частные инвесторы учитывают такие вопросы, как общая прозрачность внутренней системы налогообложения, степень свободы усмотрения, которой наделены налоговые органы, ясность руководящих принципов и инструкций, подготовленных для налогоплательщиков, и объективность критериев, используемых для расчета причитающихся сумм налога. Это может оказаться трудным делом, в частности, в тех странах, в которых полномочия по установлению или увеличению налоговых ставок или по обеспечению исполнения налогового законодательства децентрализованы.

36. Проекты ПЧП, которые, как правило, финансируются за счет заемных средств, получаемых от коммерческих банков и международных банков развития, или за счет собственных средств спонсоров, требуют, чтобы поток

наличности был предсказуемым. По этой причине все потенциальные налоговые последствия должны легко поддаваться оценке в течение всего срока реализации проекта. Непредвиденные изменения в налогообложении, уменьшающие поток наличности, могут иметь серьезные последствия для проекта. В некоторых странах правительство уполномочено заключать с инвесторами соглашения, содержащие гарантии того, что поток наличности по проекту не пострадает в результате неожиданных изменений в налогообложении. Такие договоренности иногда называют «соглашениями о стабильном налоговом режиме». Вместе с тем правительство, по конституционным или политическим соображениям, может не иметь возможности предоставить такого рода гарантии, и в этом случае стороны могут договориться о механизмах компенсации или пересмотра условий контракта для решения проблем, связанных с увеличением издержек в результате налоговых изменений (см. также главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...).

37. Международный аспект ПЧП, когда очень часто ПЧП создаются при участии иностранных инвесторов, влечет за собой важные последствия с точки зрения налогообложения, в зависимости от налоговой системы принимающей страны и страны происхождения. Большинство национальных налоговых режимов подпадают под одну из трех общих категорий. Один из подходов заключается в глобальном налоговом зачете, при котором весь доход, полученный в любой точке мира, облагается налогом в стране инвестора, а двойное налогообложение устраняется за счет использования системы зачета иностранного налога; величина налогов в стране инвестора уменьшается на сумму уже выплаченных иностранных налогов. Если страна инвестора руководствуется этим подходом, то сумма налоговых обязательств инвестора не может быть меньше той суммы, которую он должен был бы выплатить в его стране. В соответствии со вторым подходом к налогообложению иностранный доход, с которого уже был выплачен иностранный налог, освобождается от налогообложения в стране инвестора. В-третьих, согласно территориальному подходу, иностранный доход инвестора полностью освобождается от налогов его страны. Инвесторы, находящиеся в своих странах, где используются две последние системы налогообложения, получают выгоду от налоговых каникул и более низких налоговых ставок в принимающей стране, хотя подобные налоговые льготы вряд ли заинтересуют инвестора, расположенного в «налоговой гавани».

38. Стороны, участвующие в проекте, могут испытывать беспокойство в связи с различными аспектами потенциальных налоговых обязательств. Инвесторов обычно интересуют размеры налогов на прибыль, полученную в принимающей стране, налоги на платежи подрядчикам, поставщикам, инвесторам и кредиторам и налоговый режим на любой прирост (или убыль) капитализированной стоимости активов в случае прекращения деятельности частного партнера. Инвесторы могут прийти к выводу, что платежи, используемые для уменьшения налогов в соответствии с режимом страны инвестора (например, выплата процентов на заемные средства, исследовательские расходы, расходы по участию в торгах и убытки, связанные с валютным курсом), могут не признаваться в принимающей стране или наоборот. Аналогичным образом, в принимающей стране проектная компания как объект налогообложения может рассматриваться в качестве предприятия другого типа, чем в стране инвестора. В рамках проектов, предусматривающих передачу активов в публичную собственность, это может воспрепятствовать применению скидок на сокращение стоимости активов в соответствии с законами страны инвестора.

39. Одна из особых проблем проектов ПЧП, связанных с иностранными инвестициями, заключается в возможности того, что иностранные компании, участвующие в проектном консорциуме, могут подвергнуться двойному налогообложению, т.е. налогообложению прибыли, роялти и процентов как в своей собственной стране, так и в принимающей стране. Дополнительные проблемы могут также создавать график налоговых платежей и требования оплатить налог с суммы дивидендов, распределяемых среди держателей акций. Ряд стран

заключили двусторонние соглашения, нередко основанные на Типовой конвенции ОЭСР о налогообложении доходов и капитала¹⁴, с целью устранения или, по крайней мере, уменьшения негативных последствий двойного налогообложения, и наличие таких соглашений между принимающей страной и странами спонсоров проекта нередко играет важную роль в учете соображений, связанных с вопросами налогообложения.

40. В конечном итоге, необходимо принимать во внимание общее воздействие всех налогов в целом. Например, могут существовать налоги, взимаемые налоговыми органами различных уровней; помимо налогов, взимаемых национальным правительством, частный партнер может также выплачивать муниципальные или региональные налоги. Помимо подоходного налога могут взиматься определенные сборы, которые нередко начисляются и должны выплачиваться до получения частным партнером каких-либо доходов. К их числу относятся налоги на продажи, иногда называемые «налогами с оборота», налоги на добавленную стоимость, налоги на собственность, гербовые сборы и импортные пошлины. В ряде случаев в рамках программ стимулирования инвестиций могут быть приняты специальные положения, предоставляющие полное или частичное освобождение и от этих видов платежей.

10. Таможенное оформление и сборы

41. Правительства часто предоставляют частным партнерам налоговые и таможенные льготы для поддержки проектов ПЧП (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 77–80). Такие льготы, как правило, снижают уровень налогов и импортных пошлин, которыми будет облагаться частный партнер. Помимо политического решения о предоставлении (или непредоставлении) таких льгот, правительству рекомендуется обеспечить, чтобы таможенное законодательство разрешало импорт товаров, необходимых для строительства и эксплуатации проекта. Важно также обеспечить, чтобы таможенные органы располагали необходимыми ресурсами для проведения проверок и таможенной очистки товаров без излишних задержек. Соответствующие механизмы предусмотрены, например, в Соглашении об упрощении процедур торговли, принятом Всемирной торговой организацией в 2013 году¹⁵, которое направлено на ускорение перемещения, выпуска и таможенной очистки товаров, включая транзитные товары, а также устанавливает меры по эффективному сотрудничеству между таможенными и другими соответствующими органами в вопросах упрощения процедур торговли и соблюдения таможенных требований.

11. Правила и процедуры отчетности

42. В главе II настоящего Руководства изложены доступные публичным органам бюджетные возможности, которые могут использоваться для фиксации издержек в связи с оказанием ПЧП правительственной поддержки (см. главу II, «Планирование и подготовка проектов», пункт 34). В контексте ПЧП не менее важна оценка финансового положения частного партнера. Законодательство ряда стран требует от компаний соблюдать международно признанные стандартные процедуры отчетности и использовать услуги профессиональных бухгалтеров или бухгалтеров-аудиторов. Это, в частности, объясняется тем, что принятие стандартных процедур отчетности используется в качестве меры, направленной на достижение единообразия в стоимостной оценке коммерческих предприятий. Применительно к выбору частного партнера использование стандартных процедур

¹⁴ Читателям рекомендуется ознакомиться с Типовой конвенцией о налогообложении доходов и капитала Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), которая регулярно обновляется этой организацией с учетом новых событий в области налогового права и практики, касающейся вопросов двойного налогообложения (<http://www.oecd.org/tax/treaties/>).

¹⁵ Решение министров о Соглашении по упрощению процедур торговли WT/MIN(13)36 от 7 декабря 2013 года. Вступило в силу 22 февраля 2017 года. Полный текст размещен на веб-сайте ВТО: <https://www.wto.org/index.htm>.

отчетности может также облегчить решение задачи оценки финансового положения участников процедур для установления их соответствия критериям предварительного отбора, установленным организацией-заказчиком (см. главу III «Выбор частного партнера», пункты ...). Кроме того, стандартные процедуры отчетности чрезвычайно важны для аудиторских проверок доходов компаний, которые, возможно, потребуются провести регулирующему органу для применения тарифных структур и контроля за исполнением со стороны частного партнера (см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...).

43. В некоторых странах были также приняты специальные правила отчетности для операторов инфраструктуры, с тем чтобы учесть особую схему поступлений по проектам в области инфраструктуры. Проекты, связанные с сооружением объектов инфраструктуры, в частности строительством автодорог и других транспортных объектов, обычно характеризуются относительно коротким периодом осуществления инвестиций, когда производятся большие финансовые затраты и не имеется никаких поступлений, и последующим более длительным периодом, в течение которого поступления возрастают, финансовые затраты сокращаются, а эксплуатационные затраты остаются, при обычных обстоятельствах, стабильными. Соответственно, если будут применены традиционные правила отчетности, то особая финансовая структура таких проектов должна будет быть отражена в счетах проектной компании как период непрерывных отрицательных результатов, за которым будет следовать долгий период получения чистой прибыли. Это не только вызовет негативные последствия, например, для кредитного рейтинга проектной компании в течение этапа строительства, но может также привести к непропорциональной задолженности по налогообложению в течение эксплуатационного этапа проекта. С тем чтобы избежать таких искажений, некоторые страны приняли специальные правила отчетности для компаний, осуществляющих проекты в области инфраструктуры, с тем чтобы учесть тот факт, что финансовые результаты проектов ПЧП могут стать положительными только на среднесрочной основе. В силу этих специальных правил создателям инфраструктуры обычно разрешается отнести часть финансовых затрат, понесенных в ходе убыточного этапа, на последующие финансовые годы в соответствии с финансовыми графиками, предусмотренными в проектном соглашении. Однако специальные правила отчетности обычно не наносят ущерба применению других норм регулирования, которые могут запрещать распределение дивидендов в течение финансовых лет, завершающихся с отрицательным сальдо.

12. Бюджетные ассигнования и правила бухгалтерского учета

44. Необходимыми условиями успешности проектов ПЧП являются надлежащее планирование и подготовка (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...). На этапах планирования и подготовки следует тщательно проанализировать потенциальное фискальное воздействие проекта и его бюджетные последствия для организации-заказчика или правительства, если это уместно. Правительственная поддержка и другие непредвиденные обязательства, которые могут возникнуть в связи с проектом в течение всего срока действия договора о ПЧП, должны соответствовать бюджетным правилам. В частности, организации-заказчику будет необходимо обеспечить выделение достаточных бюджетных ассигнований, которые предназначены для платежей, причитающихся частному партнеру, и которые распределяются таким образом, чтобы платежи производились в сроки, согласованные между сторонами.

45. Действительно, в большинстве стран бюджетные ассигнования представляют собой ежегодный процесс, который не предусматривает автоматически непредвиденные обязательства, которые могут возникнуть в соответствии с договором о ПЧП. Кроме того, для выделения ассигнований часто требуется разрешение законодательного органа или любого другого органа, отвечающего за управление публичными средствами. Организации-заказчику или правительству

может оказаться трудно запросить разрешение на выделение ассигнований в сроки, оговоренные в договоре. На практике могут быть созданы различные механизмы обеспечения своевременного погашения обязательств. Например, создание фонда погашения непредвиденных обязательств может позволить производить платежи частному партнеру без необходимости запроса специального разрешения. Вместе с тем такой фонд должен будет функционировать в соответствии со строгими правилами и быть достаточно прозрачным для обоснования производимых платежей.

46. ПЧП все чаще используется для восполнения недостатка публичного финансирования и погашения обязательств, связанных с проектами ПЧП, в рамках сводного баланса правительства. Такая практика может иметь пагубные последствия для бюджета организаций-заказчиков и других публичных органов, например в тех случаях, когда непредвиденные обязательства становятся обязательствами выплатить компенсацию или произвести другие платежи частному партнеру (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...). Для предотвращения случаев такого рискованного использования ПЧП рекомендуется регистрировать и доводить до сведения общественности все обязательства, принятые на себя организацией-заказчиком, как прямые, так и непредвиденные. Кроме того, правительство, возможно, пожелает предоставить центральному органу, координирующему ПЧП на национальном уровне, полномочия по сбору всей финансовой информации, касающейся текущих проектов ПЧП, и оценить совокупную сумму обязательств (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...).

13. Охрана окружающей среды и ПЧП

47. Охрана окружающей среды включает широкий круг вопросов от утилизации отходов и вредных веществ до переселения людей, перемещаемых в результате осуществления крупных проектов землепользования. Публичные органы все шире используют ПЧП для сооружения объектов, необходимых для достижения их целей в области охраны окружающей среды и устойчивого развития (например, водоочистных и утилизационных систем и сооружений и «чистых» энергетических установок). В рамках такой работы необходимо сбалансированным образом учитывать обеспокоенность социального и экологического характера, которую вызывают подобные крупные проекты (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 18). Уже многие годы широко признается, что охрана окружающей среды является важнейшим условием устойчивого развития, что закреплено в целях в области устойчивого развития (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты ...). Вероятно, что на реализацию проектов в области инфраструктуры на самых различных уровнях будет оказывать прямое воздействие природоохранительное законодательство, причем экологические вопросы чаще всего вызывают споры. Законодательство в области охраны окружающей среды может включать многие требования, такие как получение согласия различных экологических органов, доказательство отсутствия неисполненных экологических обязательств, заверения в постоянном соблюдении экологических стандартов, обязательства возместить ущерб окружающей среде и требования об уведомлении. Такое законодательство нередко требует получения предварительного разрешения на осуществление некоторых видов коммерческой деятельности, и это требование может быть особенно жестким в отношении определенных видов инфраструктуры (например, очистка сточных вод, сбор отходов, передача электроэнергии, дорожное строительство и железные дороги).

48. В силу этого целесообразно включить в законодательство меры, которые обеспечивают прозрачность обязательств, обусловленных законодательными нормами об охране окружающей среды. Важно обеспечить по возможности самую высокую степень ясности положений, касающихся критериев, которые могут быть применены природоохранительными властями; документарных и иных требований, которые должны быть соблюдены заявителями; условий, при

которых должны выдаваться лицензии; и обстоятельств, которые обосновывают отказ в лицензии или ее изъятие. Особенно важное значение имеют положения, которые в надлежащих случаях гарантируют быстрый доступ заявителя к процедурам обжалования и средствам судебной защиты. Кроме того, было бы, возможно, целесообразно до вынесения окончательного решения о заключении договора установить, по мере возможности, соблюдены ли условия для получения необходимых экологических лицензий. В некоторых странах специальные публичные органы или общественные группы, проявляющие активный интерес к соответствующим вопросам, могут обладать правом обращаться за возбуждением юридических процедур, направленных на предотвращение экологического ущерба, в том числе правом ходатайствовать об изъятии лицензии, которая, по их мнению, была выдана в нарушение применимых экологических стандартов. В ряде этих стран доказала свою целесообразность практика привлечения представителей общественности к участию в процедурах, ведущих к выдаче экологических лицензий (см. также главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 17 и 18). В законодательстве могут быть также установлены подлежащие применению штрафные санкции и указаны стороны, которые могут нести ответственность за нанесение ущерба окружающей среде.

49. Присоединение к договорам об охране окружающей среды может способствовать укреплению международного режима защиты экологии. В последние десятилетия был разработан целый ряд международных документов, направленных на установление общих международных стандартов в этой области. К ним относятся: Повестка дня на XXI век¹⁶ и Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию¹⁷, принятые на Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию в 1992 году; Всемирная хартия природы (резолюция 37/7 Генеральной Ассамблеи, приложение); Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением 1989 года; Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте 1991 года¹⁸; и Конвенция о защите и использовании трансграничных водных путей и международных озер 1992 года¹⁹. Точно так же разработка механизма финансирования деятельности в области климата сразу после вступления в силу Парижского соглашения в 2016 году²⁰ считается способом достижения целей, установленных каждой страной в области смягчения последствий глобального потепления. В этой связи большинство финансовых учреждений, занимающихся финансированием деятельности в области климата, будут применять нормы эффективности Международной финансовой корпорации²¹ или «Принципы Экватора»²² для выявления и регулирования социальных и экологических последствий проектов, вопрос о финансировании которых они

¹⁶ Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.93.I.8 и исправления), том I: *Резолюции, принятые Конференцией*, резолюция 1, приложение II.

¹⁷ Там же, приложение I.

¹⁸ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1989, No. 1-34028.

¹⁹ *Ibid.*, vol. 1936, No. 1-33207.

²⁰ Парижское соглашение, 12 декабря 2015 года (No. 54113). Парижское соглашение было принято на двадцать первой сессии Конференции Сторон Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, которая состоялась в Париже 30 ноября — 13 декабря 2015 года. Оно опубликовано на веб-сайте Договорной секции Организации Объединенных Наций https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280458f37&clang=_fr.

²¹ Нормы Международной финансовой корпорации см. главу IV «Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП», пункты ...

²² Принципы Экватора, июнь 2013 года. Принципы Экватора являются системой управления рисками, принятой финансовыми учреждениями для определения, оценки и регулирования экологических и социальных рисков в рамках проектов. Они применяются ко всем отраслям промышленности и четырем финансовым продуктам: 1) консультационные услуги по проектному финансированию; 2) проектное финансирование; 3) корпоративные кредиты, связанные с проектами; 4) промежуточное кредитование. Более подробная информация размещена по адресу: <https://equator-principles.com/about/>.

рассматривают. Несоблюдение страной-получателем норм может привести к направлению просьбы о подготовке плана корректирующих мер и в конечном итоге к прекращению финансирования со стороны финансового учреждения.

14. Правовое регулирование вопросов защиты потребителей

50. Растущее внимание к публичным интересам, наблюдаемое в рамках ПЧП, несет определенные последствия с точки зрения важности оценки законодательства о защите потребителей в принимающей стране (см. главу I, «Общие законодательные и институциональные рамки», пункт 6). В ряде стран приняты специальные нормы о защите потребителей. Эти нормы имеют большие различия в разных странах как по структуре, так и по существу. Вместе с тем законодательство в области защиты потребителей часто включает такие положения, как льготные сроки для предъявления требований или принудительного исполнения договорных прав; специальные нормы толкования договоров, условия которых обычно не согласуются с потребителем (которые иногда называются «договорами присоединения»); продление гарантийных сроков в пользу потребителей; особые права на прекращение договора; доступ к упрощенным процедурам урегулирования споров (см. также главу VI «Урегулирование споров», пункты ...); или другие защитные меры. Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для защиты интересов потребителей (РПЗП ООН)²³, впервые утвержденные в 1985 году под эгидой Экономического и Социального Совета Организации Объединенных Наций и затем пересмотренные в рамках процесса консультаций под руководством ЮНКТАД, могут быть полезным источником для стран, которые стремятся к совершенствованию своих правовых норм в области защиты потребителей. В частности, к разработке проектов ПЧП имеют отношение руководящий принцип 76 об энергоснабжении и руководящий принцип 77 коммунальных услугах.

51. С точки зрения частного партнера важное значение имеет вопрос о том, может ли законодательство принимающей страны о защите потребителей ограничивать или затруднять его способность обеспечить в принудительном порядке исполнение, например, его права получать платежи за оказанные услуги, корректировать цены или прекращать оказание услуг клиентам, которые не исполняют существенные условия своих договоров или которые нарушают существенные условия предоставления услуг. Это особенно актуально в контексте «ПЧП концессионного типа», когда частный партнер, помимо получения платежа от публичного органа, взимает сборы с конечного пользователя (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункт 15).

13. Правовое регулирование вопросов несостоятельности

52. Несостоятельность оператора инфраструктуры или поставщика общедоступных услуг создает целый ряд проблем, которые заставили некоторые страны принять специальные нормы для регулирования подобных ситуаций, в том числе нормы, позволяющие организации-заказчику принимать меры, которые требуются для обеспечения продолжения реализации проекта (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты ...). Обеспечение непрерывности предоставления услуг может быть достигнуто за счет разработки правовых рамок, которые позволяют спасти предприятия, столкнувшиеся с финансовыми трудностями, например, через реорганизацию или аналогичные процедуры. Если процедуры банкротства становятся неизбежными, то особый интерес для обеспеченных кредиторов будут представлять положения, касающиеся обеспеченных требований, в особенности правила о том, могут ли обеспеченные кредиторы взыскать обеспечение, несмотря на открытие производства по делу о банкротстве, предусматриваются ли выплаты обеспеченным кредиторам в

²³ Соответствующая резолюция размещена на следующей странице http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ares70d186_en.pdf и на специальной странице ЮНКТАД <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/UN-Guidelines-on-Consumer-Protection.aspx>

приоритетном порядке за счет средств, полученных от обеспечения, и какой порядок очередности устанавливается для требований обеспеченных кредиторов. Как было отмечено выше, значительная доля задолженности частного партнера выступает в форме «первостепенных» ссуд, погашения которых кредиторы требуют в приоритетном порядке по сравнению с погашением субординированной задолженности частного партнера (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункт ...). Возможности кредиторов по принудительному исполнению таких соглашений о субординации будут зависеть от наличия в стране правил и законодательных положений, регулирующих установление очередности требований кредиторов в рамках дел о несостоятельности. Правовое признание автономии сторон в установлении договорной субординации различных типов ссуд может облегчить финансирование проектов в области инфраструктуры.

53. В законодательном порядке целесообразно урегулировать следующие вопросы: очередность требований кредиторов; отношения между управляющим в деле о несостоятельности и кредиторами; правовые механизмы реорганизации несостоятельного должника; специальные нормы, направленные на обеспечение непрерывности предоставления общедоступных услуг в случае несостоятельности частного партнера; и положения о расторжении сделок, совершенных должником непосредственно перед открытием производства по делу о несостоятельности. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности²⁴ и пояснительные тексты к нему²⁵ являются полезными инструментами для модернизации режима несостоятельности, действующего в той или иной стране.

54. В случае крупных проектов в области инфраструктуры несостоятельность проектной компании затронет, по всей вероятности, кредиторов из нескольких стран или активы, расположенные в нескольких государствах. В силу этого было бы желательно, чтобы в принимающей стране действовали положения, направленные на облегчение судебного сотрудничества, доступа к судам для иностранных управляющих в делах о несостоятельности и признания иностранного производства. Хорошей моделью, которая может быть использована странами, стремящимися принять в этих целях соответствующее законодательство, является Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Руководство по принятию и толкованию²⁶, а также Типовой закон ЮНСИТРАЛ о признании

²⁴ Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (2004 год), Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, часть третья: Режим предпринимательских групп при несостоятельности (2010 год) и Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, часть четвертая: Обязанности директоров в период, предшествующий несостоятельности (2013 год) (размещены по адресу http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/insolvency.html).

²⁵ Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности (2009 год) и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: вопросы судебной практики, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997 год), а также Руководство по применению и толкованию (2013 год) (оба документа размещены по адресу http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/insolvency.html).

²⁶ Официальный текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности воспроизводится в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17)*, приложение I (*Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли*, том XXVIII, 1997 год, часть третья, приложение I (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.96.V.6). Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Руководство по принятию и толкованию также изданы в виде брошюры (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.14.V.2). Использование Типового закона рекомендовано Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 52/158 от 15 декабря 1997 года.

и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности, и руководство по его принятию²⁷.

16. Меры по противодействию коррупции

55. Созданию благоприятного инвестиционного и делового климата могут также способствовать меры по борьбе с коррупцией при реализации правительственных контрактов. Особое значение для принимающей страны имеет проведение действенных и конкретных мероприятий по борьбе со взяточничеством и связанной с ним незаконной практикой и, в частности, эффективное обеспечение соблюдения действующего законодательства, запрещающего подкуп.

56. Важным шагом в этом направлении может стать принятие законов, учитывающих международные соглашения и стандарты, касающиеся обеспечения объективности при ведении публичной коммерческой деятельности. В этой связи единственным юридически обязательным правовым инструментом по борьбе с коррупцией является Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции²⁸ (см. главу I «Общие законодательные и институциональные рамки», пункт 4), в соответствии с которой страны обязаны установить уголовную и иную ответственность за широкий спектр коррупционных деяний, в частности за подкуп, если такие деяния еще не признаны преступлениями в соответствии с внутренним законодательством. В число других важных документов входит Конвенция по борьбе со взяточничеством иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках 1997 года, которая была разработана под эгидой Организации экономического сотрудничества и развития²⁹.

57. Кроме того, важно, чтобы нормы, регулирующие деятельность организаций-заказчиков и осуществление контроля за исполнением публичных контрактов, обеспечивали необходимую степень прозрачности и объективности, в частности допускающую публикацию возможностей заключения контрактов и заключенных контрактов, а также отчетов об оценке их исполнения. В перечень информации, подлежащей раскрытию, можно также включить правила регулирования лицензирования и выдачи разрешений. В случае отсутствия таких норм следует разработать и принять надлежащие законодательные и регулирующие положения. В этой связи следует принять во внимание такие дополнительные элементы, как простота и последовательность в сочетании с отменой излишних требований, которые затягивают административные процедуры или делают их обременительными.

17. Трудовое законодательство и нормы

58. Работники и служащие находятся в самом центре процесса проектирования, строительства и эксплуатации инфраструктуры и, разумеется, имеют первостепенное значение для успеха ПЧП. Международные аспекты ПЧП не означают, что местное законодательство и нормы, применимые к трудовым правам, могут игнорироваться. Они, в свою очередь, должны отвечать основным международным стандартам не только потому, что большинство стран взяли на себя международные обязательства, участвуя в работе таких организаций, как Международная организация труда (МОТ), которая является специализированным учреждением Организации Объединенных Наций в области социальной справедливости и условий труда. Иностранные инвесторы будут также заинтересованы в соблюдении международных стандартов, поскольку они могут быть объектом судебных исков в своих юрисдикциях происхождения, если будет установлено, что они инвестируют в предприятия, которые нарушают международно

²⁷ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности, и руководство по его принятию (2018 год).

²⁸ Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции, Нью-Йорк, 31 октября 2003 года.

²⁹ <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>.

признанные трудовые стандарты. Еще одной распространенной проблемой в ПЧП концессионного типа являются жалобы на то, что условия труда проектных работников менее благоприятны при найме на работу частным партнером по сравнению с работниками, которые ранее были наняты публичным органом. Защиту прав работников можно обеспечить посредством включения в договор о ПЧП положений о справедливой заработной плате. В таких положениях можно определить минимальные условия труда и другие обязательные стандарты, которые частный партнер должен включать в свои трудовые договоры с работниками. Конвенция МОТ № 94, касающаяся трудовых статей в договорах, заключаемых государственными органами, которая вступила в силу 20 сентября 1952 года, направлена на недопущение сокращения компаниями, участвующими в осуществлении публичных контрактов, расходов на рабочую силу и предоставления работникам менее благоприятных условий труда. Она требует от правительств, ратифицировавших эту Конвенцию, включать в государственные контракты, в том числе по линии ПЧП, положения о справедливой заработной плате.

18. Привлечение заинтересованных сторон к ПЧП

59. Консультации с общинами, затрагиваемыми проектом ПЧП, помогают обеспечить устойчивость проекта, стимулируя обсуждение путей ограничения отрицательного социального и экологического воздействия проекта, такого как насильственное перемещение, изменение или уничтожение окружающей среды или любые другие меры, необходимые для осуществления проекта (см. также главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...). Общины, проживающие на территории или вдоль всей территории, где планируется осуществление проекта, являются основными заинтересованными сторонами, с которыми необходимо консультироваться. Это особенно касается коренных народов, как это было признано в нескольких международных документах (например, в Конвенции Международной организации труда о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни³⁰). Процесс консультаций может проводиться различными способами в зависимости от существующих в стране правовых рамок, но зачастую он включает проведение исследований воздействия, распространение информации о таких исследованиях и другой соответствующей информации о проекте, организацию диалога с затронутыми общинами и получение их предварительного согласия, в зависимости от обстоятельств.

60. Существуют полезные отраслевые нормы, защищающие участие общественности в подготовке и реализации проектов³¹. Тем не менее желательно также, чтобы национальные законодатели и лица, принимающие решения, рассмотрели возможность принятия правил, касающихся процесса консультаций, если таковых еще нет, для облегчения организации процесса консультаций и надзора за ним (например, через омбудсмена или наблюдательные советы). Эффективный процесс консультаций должен основываться на прочно утвердившихся принципах. Например, взаимодействие с затронутыми общинами должно начинаться как можно раньше при разработке проекта, основываться на тщательном раскрытии информации, быть свободным от внешнего влияния и должно быть задокументировано. Оно также должно быть адаптировано к потребностям затрагиваемых общин и самого проекта, например, посредством использования языка, на котором говорят члены затронутой общины.

³⁰ Статья 17 Конвенции № 169 МОТ о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, налагает на государства обязательство проводить предварительные консультации с коренным населением при принятии инфраструктурных решений, затрагивающих их земли, и в некоторых конкретных случаях запрашивать их предварительное, осознанное и свободное согласие.

³¹ Принципы Экватора, Принцип 5, касающийся «участия заинтересованных сторон».

С. Международные соглашения

61. Помимо внутреннего законодательства принимающей страны на реализацию ПЧП могут оказывать воздействие международные соглашения, заключенные принимающей страной. В дополнение к другим международным соглашениям, уже упоминавшимся в других частях *Руководства*, ниже кратко рассматриваются последствия некоторых международных соглашений.

1. Членство в международных финансовых учреждениях

62. Членство в многосторонних финансовых учреждениях, таких как Всемирный банк, Международная ассоциация развития, Международная финансовая корпорация, Многостороннее агентство по гарантированию инвестиций и региональные банки развития, необходимо с точки зрения формирования благоприятных условий для ПЧП. Во-первых, членство принимающей страны в таких учреждениях, как правило, является необходимым условием предоставления ими финансирования и гарантий на цели проектов в принимающей стране. Во-вторых, правила финансирования и использования гарантийных инструментов, установленные этими учреждениями, обычно содержат целый ряд условий, имеющих прямое отношение к условиям проектного соглашения и кредитных соглашений, заключаемых частным партнером (например, оговорка о негативном обязательстве в отношении публичных активов и положение о контргарантиях в пользу многостороннего финансового учреждения). Наконец, многосторонние финансовые учреждения обычно преследуют ряд программных целей, достижение которых они стремятся обеспечить в связи с поддерживаемыми ими проектами (например, соблюдение международно признанных экологических стандартов; долгосрочная устойчивость проекта, распространяющаяся за пределы срока первоначальной концессии; прозрачность и объективность при отборе частного партнера и распределении предоставленных кредитов).

2. Общие соглашения об облегчении и развитии торговли

63. Для содействия развитию свободной торговли на глобальном уровне был заключен ряд многосторонних соглашений. Наиболее важные из этих соглашений были заключены под эгидой Генерального соглашения о тарифах и торговле, а впоследствии — ВТО. Эти соглашения могут содержать общие положения о содействии развитию торговли и облегчении торговли товарами (например, оговорка о наиболее благоприятствуемой нации или запрещение использования количественных ограничений и других дискриминационных торговых барьеров) и о содействии применению справедливых видов торговой практики (например, запрещение демпинга и ограничения на использование субсидий). Некоторые специальные соглашения направлены на ликвидацию барьеров, препятствующих предоставлению услуг иностранцами в договаривающихся государствах, или на содействие прозрачности и устранение дискриминации поставщиков при публичных закупках. Эти соглашения могут иметь отношение к национальному законодательству по ПЧП, когда в таком законодательстве предусматриваются ограничения на участие иностранных компаний в проектах в области инфраструктуры или устанавливаются преференции для национальных предприятий или для закупок предметов снабжения на местном рынке.

3. Международные соглашения по отдельным секторам

64. В контексте переговоров по основным видам телекоммуникаций, результаты которых были оформлены как часть Генерального соглашения о торговле услугами (ГСТУ), ряд государств — членов ВТО, представляющих большую часть мирового рынка телекоммуникационных услуг, приняли на себя конкретные обязательства по содействию развитию торговли телекоммуникационными услугами. Следует отметить, что общие правила ГСТУ об услугах, включая специальные требования, касающиеся режима наиболее благоприятствуемой нации, прозрачности, регулирования, монополий и коммерческой практики,

имеют обязательную силу для всех государств — членов ВТО (даже для тех, которые не приняли на себя специальных обязательств в области телекоммуникаций). На основании соглашения ВТО о телекоммуникациях к общему соглашению ГСТУ добавлены специальные обязательства по этому сектору и отдельным странам. Обычно обязательства охватывают открытие для конкуренции и иностранных инвестиций различных сегментов рынка, включая речевую телефонную связь, передачу данных и развитие услуг. Таким образом, законодатели государств, нынешних или возможных членов ВТО, должны будут обеспечить, чтобы национальное законодательство в области телекоммуникаций соответствовало соглашению ГСТУ и их конкретным обязательствам, принятым в секторе связи.

65. Другим важным специальным секторальным международным соглашением является заключенный в Лиссабоне 17 декабря 1994 года и вступивший в силу 16 апреля 1998 года Договор об Энергетической хартии, цель разработки которого состояла в содействии развитию долгосрочного сотрудничества в области энергетики. В Договоре предусматриваются различные коммерческие меры, такие как развитие открытых и конкурентных рынков для энергетических материалов и продуктов, облегчение транзита, а также доступ к энергетическим технологиям и их передача. Кроме того, Договор направлен на то, чтобы избежать искажений и барьеров на рынке, препятствующих экономической активности в энергетическом секторе, а также способствовать открытию рынков капитала в целях стимулирования потоков капитала для финансирования торговли материалами и продуктами. В этот Договор также включены следующие положения о поощрении и защите инвестиций: равные условия для инвесторов, перевод денежных средств в связи с инвестициями, компенсация убытков в результате войн, гражданских беспорядков или иных аналогичных событий, и компенсация за экспроприацию.