联合国 A/CN.9/533/Add.3

大 会

Distr.: General
30 April 2003
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第三十六届会议
2003 年 6 月 30 日至 7 月 11 日*，维也纳

贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南增编草案

秘书处的说明

政府和国际组织意见汇编

目录

页次

一. 导言 2
二. 意见汇编 2
国际组织 2
欧洲律师联盟 2

* 经修订的日期。

V.03-83629 (C) GY 120503 130503

一. 导言

本说明转载了在 A/CN.9/533 和 Add.1 和 2 号文件转载的意见之后收到的有关联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）私人融资基础设施项目立法指南增编草案[1]的意见。

二. 意见汇编

国际组织

欧洲律师联盟

[原件：英文]

私人融资基础设施项目工作组第五届会议建议，应该对示范条文草案原第 41 条（现为第 42 条）加以修订，以便规定，特许公司应该是载明了特许公司的替换条款和条件的协议的一个当事方（见 A/CN.9/521，第 202 段）。

工作组不同意这一建议，因为工作组认为，该建议背离了《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》中所体现的政策。

然而，有与会者指出，通过订约当局、放款人和特许公司之间三方协议，或通过订约当局与特许公司之间以及订约当局与放款人之间各一套协议，使特许公司成为实行替换的协议的当事方，这一建议没有背离贸易法委员会立法指南中所载的政策，因为立法指南第四章第 148 段规定，“最近几个大型基础设施项目的协议列入了……允许放款人选定一家新的特许公司……的条款。这类条款一般由订约当局和……放款人之间订立的一项直接协议加以补充……”。

由于已列入特许/项目协议，因此，就替换作出规定的此类条款得到了特许公司的同意。这恰恰是欧洲律师联盟所作建议的实质内容。实际上，向会员国和国家主管当局提出示范立法条文，规定纯粹由订约当局和放款人之间约定即可建立替换机制，但从所涉说明和建议中无法得出此类结论，这样做容易引起误解。

在这方面，必须区分就替换权原则取得一致意见与确定实现替换机制之间的区别。如果提供说明中所涉的某个大型基础设施项目的背景资料，或许也有助于了解欧洲律师联盟的建议，就我们所知，该项目是为放款人的利益而落实替换机制的第一个项目。该项目是建造和运营横跨大不列颠及北爱尔兰联合王国与法国之间英吉利海峡的固定通道项目，该项目是上述两国和欧洲隧道公司于 1986 年 3 月 14 日订立的特许协议的主题，欧洲隧道公司是一家法国公司 France Manche SA 和一家英国公司（海峡隧道集团有限公司）组成的联营公司。

替换原则

根据（放款人并非当事方的）特许协议第 32 条规定，如果发生所具体列明的事件，可以由放款人选择用新的特许公司取代最初的特许公司。政府然后有两个月的时间来确定候选人完成项目所需的财务能力和技术能力。在此类期限届满时推定政府予以批准。

下文将会解释采用此类机制完全因情形而定，即，取决于该项目的具体特征；由于是两个独立国家之间的项目，因此必须依照两种不同的法律制度，从而有必要拟定一揽子担保计划（无此根本无从筹资），该计划尽可能调和了这两种法律制度之间的分歧。

在法国的法律体系中，存在着管辖英吉利海峡隧道工程所选定之合同类型的早已确立并得到普遍使用的一套行政法，称作为公共事务特许权，特许公司无法就特许协议（包括土地和土地上的固定资产）创设担保权，而根据英国法，特许协议和该协议所产生的权利可以成为正式担保的主体。尤其是按照现在和未来所有资产都可成为担保主体的浮动抵押概念并考虑到指定一个接管人的可能性，因此，在出现违约的情形下，仍可以照常作业并完成项目。

由于只能对一半的基础设施（受英国法管辖的部分）执行担保权这种意义显然有限，因而有必要建立一种制度，将特许协议以及土地、固定资产、动产、知识产权等的利益转移给放款人，以便确保项目的完成和持续运作。解决办法在是发现通过合同可建立这种机制。

因此，特许协议对于在某些情形下进行此类转让作出了规定。特许公司同意在某些情形下设立这一机制，但此类约定必须在法律中得到体现，原因是，在法国此类约定违反了现行的破产法，而且合同显然无法取代法律，而在英国，则有必要授权订约当局执行替换。

执行替换的机制

在此问题上的立场也随英国法或法国法而有所不同。在英国，执行替换的依据是政府和放款人之间的约定，而不是特许公司与放款人之间的约定，并且必须依照就此而具体赋予给订约当局的权力。按照英国法，放款人并非特许协议的当事人，因此无权执行该协议中所载的任何条文，例如关于允许其选择是否要求实行替换的授权规定。放款人的权利来自于同政府直接订立的协议，根据此类协议，放款人有权直接对政府行使其替换权，而不必通过特许公司行使此类权利。

在法国，执行替换依据法律，而不是约定。这一点同国家行使未载于私人合同中的权利相类似，即行使来自国家订约当局的特权。在这方面，为了坚持将替换当作渊源于公法的某种机制，放款人和特许公司未就行使替换权达成约定至关重要。实际上，订立此类约定会危及进行法律分析的根本基石，根据此种法律分析，尽管发生特许公司违约的事件，但替换仍具有法律效力。而且，此类约定还会造成将资产赋予放款人而适用的严重税务后果。

结论

为英吉利海峡隧道项目而确定的替换机制完全是由于具体情形，尤其是因为需要减轻法国担保法的某种僵硬性而形成的。如果该项目完全在英国开展，从法律上讲就不需要该替换机制了，但（如果确实在英国进行），该替换机制所提供的灵活性也大于现行英国法的规定。这就是为什么这种机制成为联合王国最近十年私人融资举措和公私合伙投资的一个典型特征。根据私人融资举措合同标准准则，由订约当局、放款人和特许公司或项目公司之间的三方协议执行替换机制。

如果说在未经项目公司的同意下可以确定替换权，那是错误的。执行此类权利若仍然可由放款人斟酌决定，则根据与订约当局的直接约定，此类权利本身就必须得到特许公司的同意。

如果说不必经同意，但按示范条文第 42 条现行草案所表明，只有订约当局和放款人之间可以进行约定（这意味着可不经本人同意而剥夺其根据合同所享有的权利），则将有损于绝大多数法域中有关合同法的一项基本原则，从而会给上述法域的立法造成影响极为深远的后果。

最后并且更为重要的是，这将使委员会整个目标——促进对公共基础设施的私人投资，无法实现，因为如果可以未经投资者同意而剥夺其权利，则将不可避免地阻止任何投资者将资金投资于项目。

注

[1] 联合国出版物，出售品编号：E.01.V.4。