联 合 国 A/CN.9/471/Add.6

大 会

Distr.: General
10 February 2000
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第三十三届会议
2000 年 6 月 12 日至 7 月 7 日，纽约

私人融资基础设施项目：私人融资基础设施项目法律指南各章草案

秘书长的报告

增编

第五章. 项目协议的期限、展延和终止

目录

	段 次	页 次
立法建议		2
立法建议的说明	1－62	4
A. 总论	1	4
B. 项目协议的期限	2－5	4
C. 项目协议的展延	6－8	4
D. 终止	9－35	5
1. 订约当局终止项目协议	14－27	6
2. 特许公司终止项目协议	28－33	8
3. 当事一方终止项目协议	34－35	9
E. 项目协议期满或终止的后果	36－62	10
1. 移交与项目有关的资产	37－42	10
2. 终止时的财务安排	43－49	11
3. 结束和过渡措施	50－62	14

立法建议

建议希望促进私人融资基础设施项目的东道国依法实施下列原则：

项目协议的期限和展延（见第 2—8 段）

建议 60. 项目协议应具体规定特许期的期限。

建议 61. 不得展延特许期限但法律规定的下述情况除外，

(a) 由于发生任一当事方不能合理控制的情况而造成竣工延期或运作中断；

(b) 由于订约当局或其他公共当局的行为而造成项目暂停；

(c) 使特许公司得以收回因订约当局提出当初在项目协议中未能预见的要求而产生的，而特许公司在正常项目协议期内又无法收回的额外费用。

项目协议的终止（见 9—35 段）

订约当局终止项目协议

建议 62. 在下述情况下，订约当局应有权终止项目协议：

(a) 由于破产、严重违约或其他情况，不能合理预期特许公司有能力或意愿履行其义务；

(b) 出于公共利益原因，但须向特许公司支付赔偿金。

特许公司终止项目协议

建议 63. 在诸如下列根据据法律规定的例外情况下特许公司应有权终止项目协议：

(a) 订约当局或其他公共当局在履行其根据项目协议所承担的义务方面严重违约；

(b) 由于订约当局指令改变或其他行为、其他公共当局的条件或行为发生未曾预见的变化而使特许公司的履约任务大幅度加重，而当事方各方未能就如何适当修订项目协议达成一致意见。

任一当事方终止项目协议

建议 64. 如发生任一当事方不能合理控制的情况而使其无法履约，当事双方均有权终止项目协议。当事双方还应有权经彼此同意而终止项目协议。

项目协议期满或终止的后果（见 36—62 段）

将资产移交订约当局或新的特许公司

建议 65. 项目协议应酌情规定资产移交订约当局或新的特许公司或在项目协议期满或终止时被订约当局购买时特许公司可得到的补偿数额的标准。

期满财务安排

建议 66. 项目协议应规定如何计算任一当事方在项目协议期满时所应得到的补偿

额，酌情对根据项目协议所完成的工程的合理价值以及包括利润损失在内的各种损失提供补偿。

结束和过渡措施

建议 67. 项目协议应列明当事方的以下权利和义务：

(a) 转让设施运营所需技术；

(b) 对订约当局人员或继任特许公司进行设施运作和维护方面的培训；

(c) 特许公司在设施移交给订约当局或继任特许公司之后的合理的一段时间内提供运营和维修服务，并供应所需备件。

立法建议的说明

A. 总论

1. 大多数私人融资基础设施项目都有一定的期限，期满后，特许公司将基础设施的运营责任移交给订约当局。B 节中讨论了确定特许期应考虑到的种种要素。C 节讨论了项目协议是否和在何种情况下可以展延的问题。D 节审议了在何种情况下可批准项目协议在期满之前终止的问题。最后，E 节讨论了项目协议期满或停止的后果，包括转移项目资产和当事方在终止时有权获得的补偿以及项目收尾工作。

B. 项目协议的期限

2. 一些国家的法律包含关于将基础设施特许期的期限限定在一定年限范围内的规定。另一些法律对大多数基础设施项目规定了一般性的限制，而对特定基础设施部门的项目规定了专门的限制。再另外一些国家，只对某些基础设施部门规定了最高期限。

3. 项目协议最佳期限可取决于一系列因素，例如设施的运营寿命；可能需要提供服务的期限；与项目有关的资产的预期使用寿命；项目所需技术的变化程度；以及特许公司偿还债务和收回初步投资所需时间。在此，经济“摊还”系指以项目收入逐步偿还投资，其假设是项目期满时，将不会留下任何剩余价值。鉴于很难为基础设施项目的期限规定一个统一的法定限制，最好为订约当局提供某种程度的灵活性，根据具体情况通过谈判规定有关项目的合适的期限。

4. 在某些法律制度中，通过规定所有特许权都受一个最高期限的制约来实现上述目标，但不具体规定几年。有时法律仅仅表明确定特许权期限时应考虑哪些要素，其中可包括应由特许公司提供的所需投资的性质和数额以及有关具体设施和装置的正常分期偿还期限。一些针对具体项目或部门的法律规定了两者相结合的方法，要求项目协议规定在某一时期终了时，或在全部偿还了特许公司的债务并达到了一定的收入、生产或使用水平时（以先达到者为准），特许期即届满。

5. 但是，如果需要采用法定限制，最高期限应足够长，以便使特许公司充分偿还其债务并赢得合理的利润。另外，授权订约当局在例外情况下同意更长的特许期限可能是有益的，在这样做时，应考虑到投资额和所需收回期限，但须经特别审批程序。

C. 项目协议的展延

6. 某些国家的合同惯例是，订约当局和特许公司可就特许期延长一次或数次达成协议。但多数国家的国内法规定只有在特殊情况下才能延长项目协议的期限。在这种情况下，项目协议到期时，通常要求订约当局选择一个新的特许公司，所采用的程序一般与当初选择已期满的特许公司时采用的程序同样（关于选择程序的讨论，见第三章，“特许公司的选定”）。

7. 一些国家认为最好要求对独家特许权不时地进行重新投标，而不是由当事双方自由展延。定期重新招标可刺激特许公司改善绩效。初次授标和第一次（以及后来的）重新招标之间相隔时间长短应考虑到投资额以及特许公司面临的其他风险。例如，收集和处理固态废物的特许权不需要大量的固定投资，重新招标间隔时间可相对较短（例如，三至五年），而供电或供水等事业的特许权就需要较长的间隔时间。多数国家均

在项目期终了时重新招标，但是也有一些国家可准予很长时间的特许期（例如，99 年），但其间定期进行重新招标（例如，每隔 10 年或 15 年一次）。有几个国家采用了后一种机制，根据这种机制，第一次重新招标是在特许公司未收回全部投资之前进行。作为对现有运营者的鼓励，一些法律规定在授予同一活动的后来的特许权时特许公司可优先于其他投标人。但是，特许公司如果在下一轮招标中未能中标，可有权利要求获得补偿，在这种情况下，招标收益可全部或部分归现有特许公司。要求中标者支付现有特许公司的任何产权权利以及尚未收回的投资可减轻投资者和放款人面临的长期风险，为他们提供一个有用的退出选择（见第 39 和 40 段）。

8. 尽管上文所述，最好不要完全排除在某些特定情况下通过谈判展延特许期的选择。基础设施项目的期限是在谈判财务安排时考虑的主要因素之一，直接影响到特许公司提供的服务的价格。当事方可能会认识到展延项目协议（作为其他补偿机制的替代或与其他补偿机制相结合）可以作为一项有益的选择，处理意料之外的障碍或项目寿命期间发生的其他情况变化。这类情况可包括：展延以补偿由于发生障碍事件而使项目暂停或造成利润损失（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 131－139 段）；展延以补偿由订约当局或其他公共当局造成的项目暂停（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 140 段和 141 段）；或展延以使特许公司得以收回由于需要在设施上进行的额外工程而引起的费用，因为在项目协议正常期限内特许权公司将无法收回这些费用，除非不合理地提高费率（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 73－76 段）。为了加强透明度和责任制，一些国家规定特许期的展延需服从全局累计性期限或需经特别指定的公共当局的批准。

D. 终止

9. 项目协议未到期而提前终止的理由和任何这类终止所造成的后果往往由国内法规定。通常法律允许当事方在发生某些类事件之后终止项目协议。私人融资基础设施项目当事各方的主要利益是确保设施圆满竣工并连续、有条不紊地提供相关的公共服务。鉴于终止将带来严重的后果，例如使所提供的服务受到干扰甚至中断，因此在大多数情况下应将终止作为迫不得已的最后手段。应认真考虑任一当事方行使上述权利的条件。尽管双方条件不一定完全相同，但一般来说最好使双方终止的权利和条件大致平衡。

10. 除了明确发生哪些情况或哪类事件才能够行使终止权以外，当事双方最好考虑采取适当程序以确认是否存在终止项目协议的正当理由。格外重要的一点是，项目协议是否可单方面终止，还是需要司法或其他争端解决机构作出裁决才能终止。

11. 特许公司通常不得无端终止项目协议，在某些法律系统中，即使特许公司因订约当局违约而终止项目协议都需要经过最后司法裁决。但是，在某些国家，根据适用于与政府实体的合同的规则，公共当局可行使这样一项权利，但须向特许公司支付补偿。但是，在另外一些国家，对公共服务特许权问题作出了例外规定，因为这种合同性质与单方面终止权利不相符。最后，一些法律系统不承认公共当局的单方面终止的权利。但是，项目促进人和放款人将会担忧订约当局提前或无理终止项目协议的风险，即使终止的决定可能须经解决争端机制的审查。还应指出的是，给予订约当局单方面终止项目协议的权利，不能充分取代设计良好监督绩效合同机制或适当的履约保障（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 80－97 段和第 108－120 段）。

12. 因此，有关终止的规定应与项目协议中所规定的违约补救措施相符。特别是，最好将终止条件与订约当局介入的条件区分开来（见第四章，“基础设施的建造和运营”，

第 143－146 段）。还很重要的一点是，在审议订约当局终止权利时考虑到特许公司与其放款人之间经过谈判达成的财务安排这一背景。在大多数情况下，导致项目协议终止的那些事件也正是在贷款协议中构成违约的那些事件，结果是特许公司的全部未偿债务可能会立即到期。因此，如果与原来的特许公司的项目协议看来随时可能终止时，最好允许放款人推荐另一个特许公司，以努力避免终止的风险（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 108－120 段）。

13. 综上所述，一般情况下最好规定终止项目协议在大多数情况下要由在协议中规定的争端解决机构作出最后决定。这样一项要求将会减少对过早或无端采用终止手段的关切。与此同时，将不排除采取适当手段以确保服务的连续性，直至争端解决机构作出最后决定，只要项目协议中已规定违约情况下可采取合同规定的补救措施，例如订约当局和放款人介入的权利。在一些国家，这样一项要求将与适用于政府合同的行政法总则不相符，在这种情况下，务必确保至少订约当局终止项目协议的权利不应损害特许公司要求对订约当局终止决定作出事后司法审查的权利。

1. 订约当局终止项目协议

14. 订约当局的终止权一般产生于以下三类情况：特许公司严重违约；特许公司无力偿债或破产；出于公共利益而终止。

(a) 特许公司严重违约

15. 订约当局有责任确保公共服务按照适用的法律、条例和合同规定提供。因此一些国家法律赋予订约当局在特许公司违约情况下终止项目协议的权利。由于终止造成的破坏性影响并为了维持服务的连续性起见，不宜将终止作为对特许公司任一种不完善业务表现施加制裁的手段。相反地，一般只应在“特别严重”或“反复”不履约，特别是不能合理预期该特许公司有能力或意愿履行项目协议之义务的情况下才诉诸终止协议这种极端的办法。许多法律制度以特定的技术用语来表示订约一方违约的程度属于如此性质，致使另一方可在协议到期之前终止合约关系（例如“重大违约”、“实质性违约”等等）。对于此种情况，本指南中的用语为“严重违约”。

16. 限制严重违约情况下终止的可能性可使放款人和项目促进者有保证不致遭受订约当局不合理或草率决定之害。法律一般规定订约当局有权在特许公司严重违约时终止项目协议，而留待项目协议具体界定严重违约定义并酌情提供说明性的实例。从实际观点看，不宜以法规或项目协议对可予终止的事件罗列详尽清单。

17. 一般而言，最好是宽容特许公司一段时间，使之在订约当局诉诸补救办法之前履行其义务，回避违约的后果。例如向特许公司发出通知，指明有关情况的性质，要求该公司在某一时限内纠正。同时也应酌情给予放款人和担保方以机会，按照向订约当局所提供履约保证金的条件或放款人与订约当局之间的直接协议回避特许公司违约的后果，例如临时聘请第三方来纠正特许公司违约的后果（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 108－120 和 147－150 段）。项目协议也可规定，若所述期限已到而情况仍未纠正，则订约当局可终止项目协议，但须先通知放款人，使之有机会在某一期间内行使按照其与订约当局的直接协议可能享有的任何替换权。但也要订出合理时限，因为订约当局不能为特许公司违背项目协议的情况无限期地承担费用。此外，所用程序应不妨害订约当局进行为避免特许公司服务中断的危险而进行干预的权利（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 145 和 146 段）。

㈠ 工程开始之前严重违约

18. 特许公司通常须在开工之前完成一系列步骤。其中一些要求甚至可能构成项目协议生效的先决条件。有理由早期撤销特许权的事件可举例如下：

(a) 未取得所需的财政手段、未签署项目协议或未在议定的时限内建立项目公司；

(b) 未取得进行特许之活动所需的执照或许可；

(c) 未在给予特许之后一段议定的期间内承担设施的建造工程、未开始发展项目或提交所需的规划与设计。

19. 原则上，只有在订约当局已不能合理预期选定的特许公司将采取必要措施开始执行项目的情况下才可终止协议。在这一点上，订约当局应考虑到造成特许公司延迟履行义务的特殊情况。此外，特许公司不应承担订约当局或其他政府机构的不行为或失误的后果。例如，特许公司未能在议定的时段内取得政府执照和许可，如果并非由于特许公司本身的过失，一般不应因此而终止项目协议。

㈡ 工程阶段严重违约

20. 有理由在工程进行阶段终止项目协议的事件可举例如下：

(a) 未能遵守建筑规章、规定或最低设计和作业标准和无理由地不照议定的日程完工；

(b) 未能按协议提供或更新所需的担保；

(c) 违反重大法规或合约义务。

21. 终止应反映出特许公司违约的程度和订约当局遭受的后果。例如，指定日期完工可能涉及订约当局的合法利益，此时延期完工即构成终止的理由。但拖延本身，特别是对项目协议的规定而言并非过度的延迟，不构成订约当局终止的充分理由，只要订约当局满意地认为特许公司有能力按照所需质量标准及其承诺完成设施。

㈢ 运营阶段严重违约

22. 有理由在运营阶段终止特许权的违约实例如下：

(a) 未按照法规与合约中的质量标准提供服务的严重情况，包括无视价格控制措施；

(b) 未事先得到订约当局的同意而无理由地暂停或中断服务；

(c) 特许公司未按照议定的质量标准维修设施及其设备和附属物的严重情况或不按议定的计划、日程和时间表无理由地拖延维修工程；

(d) 未能遵行订约当局或管理机构对违反特许公司职责所施加的制裁。

23. 为了提高政府事务的透明度和健全性，某些国家的法律还规定当特许公司逃税或

有他种欺诈行为，或其经纪人或雇员卷入贿赂政府官员和其他贪污事件时可终止项目协议（另见第七章，“其他有关的法律领域”，第 50－52 段）。后一类考虑突出了建立有效的机制，打击贪污和贿赂，使特许公司有机会对东道国官员的非法付款要求或非法威胁提出申诉的重要性。

(b) 特许公司破产

24. 基础设施服务一般都需连续不断的提供，为此，大多数国内法规定，如果特许公司被宣布破产或丧失偿付能力，可以终止协议。为了确保服务的连续性，需移交给缔约当局的资产和财产可以不包括在破产程序内，法律还可要求事先征得政府的批准，才能由清算人或破产管理人对特许公司拥有的任何种类的资产进行处理。

25. 在允许对特许权本身确立担保权益的法律制度下（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 57 段），法律通常规定，订约当局可与有担保的债权人协商，指定一名临时管理人，以确保连续不断地提供有关的服务，直到被允许参与破产程序的有担保的债权人根据破产管理人的建议决定是否继续进行此项活动或是否拍卖此项特许权为止。

(c) 出于公共利益而终止

26. 按照某些国家订立合同的惯例，采购建筑工程的公共当局传统上保留出于公共利益而终止建筑合同的权利（即：除了说明终止是出于政府的利益之外，无须提供任何其他理由）。在某些普通法管辖区域内，只有在法规或在有关合同中作出明文规定的情况下，才可行使此项有时称为“为方便而终止”的权利。一些属于民法传统的法律制度也承认公共当局拥有出于公共利益或“一般利益”而终止合同的类似权力。在有些国家，即使没有如此的明文法规或合同规定，政府的订约权也可暗含此种权利。关于政府为方便或为公共利益而行使的终止权，承认此项权利的法律制度认为，它对于保持政府为公共福祉而不受限制地行使其职能的能力至关重要。

27. 尽管如此，还是应当认真地审议行使此项权利的条件以及这样做产生的后果。确定何以构成公共利益的权力可能属于政府的裁量范围，因此，对订约当局终止项目协议的决定只有在特定情况下（例如动机不当，“dʊtournement de pouvoir”）才能提出质疑。然而，一项为订约当局之便而不加限制的一般性终止权，会造成一种无法估量的风险，无论是特许公司还是放款人都不会乐于在没有充分把握在遭受损失时得到迅速、公平的赔偿的情况下接受这一风险。因此，应当尽早使潜在的投资者了解到出于公共利益而终止的可能性，并应在连同招标书一起分发的项目协议草案中明确提到这种可能性（见第三章，“特许公司的选定”，第 67 段）。对于出于公共利益而终止应付的赔偿，实际上可以按由于订约当局严重违约而终止时应付的赔偿条目来计算（见第 42 段）。此外，一般而言，可取的做法是把项目协议终止权的行使限制于某些出于公共利益的迫切需要而不得不终止项目协议的情形且应当作严格的解释（例如，政府计划和政策此后发生重大变化，要求把某个项目并入更大的网络中；订约当局的计划发生变化，要求对项目作出重大修改，而这些修改大大影响原设计或影响在私营情况下项目的商业可行性）。尤其不可取的是，把出于公共利益而终止的权利看作是一种在不满意特许权公司的履约情况时替代其他合同补救办法的手段（见第五章，“基础设施的建造和运营”，第 140－150 段）。

2. 特许公司终止项目协议

28. 虽然在某些法律制度下订约当局可以保留终止项目协议的自由权利，但特许公司终止协议的理由一般限于订约当局严重违约或其他特殊情况，通常不包括随意终止项目协议的一般权利。另外，有些法律制度不承认特许公司有权单方面终止项目协议，只承认它有权请第三方，如主管法院，宣布终止项目协议。

(a) 订约当局严重违约

29. 通常，特许公司终止项目协议的权利仅限于经查发现订约当局没有履行其重大义务这类情况（如未能向特许公司支付议定的款项或因特许公司之外的原因向未能颁发设施运营所需的执照）。在订约当局有权要求修改项目的法律制度下，某些法律在下述情形下给予特许公司终止项目协议的权利：订约当局对原项目的更改或修改造成所需投资额大量增加；当事各方未能就适当的赔偿数额达成协议（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 73－76 段）。

30. 除订约当局本身严重违约之外，在下述情形下允许特许公司终止项目协议，可能是公正的；因订约当局之外公共当局的行为，如未能提供执行项目协议所需要的某些支助措施等，特许公司无法提供服务（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 35－60 段）。

31. 虽然特许公司终止项目协议可能不总是需要有司法或其争端解决机关的最后裁决，但在订约当局违约时，特许公司能获得的补救可能有限。根据许多法律制度所依循的一条法律规则，合同的一当事方可以在另一当事方不履行其重大义务的情况下暂不履行其义务。然而，在某些法律制度下，这一规则对政府合同不适用，法律规定，除非而且直到合同为司法判决或仲裁决定废止，否则政府承包商不得仅仅因订约当局违约而免除义务。

32. 限制特许公司暂不履约权主要是为了确保公共服务的连续（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 86 和 87 段）。不过，应当注意的是，虽然订约当局可以通过行使其介入权来减轻特许公司违约的后果，但特许公司一般没有相应的补救办法。遇到订约当局严重违约的情形，特许公司可能遭受巨大损失，甚至是无法挽回的损失，其程度取决于需多少时间才能获得特许公司免除协同协议义务的最后判决。这些情形突出说明为订约局承担义务而提供政府担保的重要性（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 45－50 段）以及允许当事各方选择迅捷、有效的解决争端机制的必要性（见第六章，“争端的解决”，第 3－42 段）。

(b) 条件发生变化

33. 如果特许公司的履约负担因未预见到的条件变化大大加重，而且当事各方未能就适当修改项目协议以使之适应变化的条件达成协议，则国内法常常允许特许公司终止项目协议（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 126－130 段）。

3. 任一当事方终止项目协议

(a) 履约障碍

34. 某些法律规定，如果当事各方因出现项目协议中所界定的某种可免除责任的障碍

而长期无法履行其义务，则当事各方可以终止项目协议（见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 132－139 段）。为此，似宜在项目协议中规定，如果可免除责任的障碍在某一规定时间内持续存在，或如果两个以上可免除责任的障碍累积存在时间超过某一规定时间，即可由任一当事方终止协议。如果法律原因进而导致无法执行项目，例如，因法规变化或因司法判决而影响到项目协议的有效性，则无需经过任何规定的时间就可在法规变化或其他法律障碍生效后立即行使此种终止权。

(b) 相互同意

35. 某些国内法允许当事双方以相互同意的方式终止项目协议，但通常需得到上级当局的批准。在相互同意性质的终止可能等同于停止订约当局所负责的公共服务这类法律制度中，订约当局可能需要这样的立法权。

E. 项目协议期满或终止的后果

36. 特许公司经营设施和提供相关服务的权利一般随项目期届满或项目协议终止而结束。除非基础设施将为特许公司永久所有，否则项目协议的期满或终止通常要求将资产移交给订约当局或另一个接替运营设施的特许公司。有此可能产生重大的财政后果，需在项目协议中对此作出详细的规定，如系由任一当事方终止项目协议，则更应如此。当事各方还需就结束措施达成协议，以确保有条不紊地移交运营设施和提供服务的责任。

1. 移交与项目有关的资产

37. 在大多数情况下，项目协议期满或终止时，应将最初提供给特许公司的资产和财产以及其他与项目有关的物品退还订约当局(见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 23－29 段)。在典型的“建造－运营－移交”项目中，特许公司还有义务在项目协议期满或终止时将有形基础设施和其他与项目有关的资产移交给订约当局。需要移交给订约当局的资产通常包括尚未收到的应付款和其他在移交时存在的权利等无形资产。根据项目的情况，应移交的资产还可包括专门技术或技能(见第 51－55 段)。应该注意到，在某些项目中，这些资产由特许公司直接移交给另一个接替此项服务的特许公司。

(a) 资产移交给订约当局

38. 根据必须移交的资产类型可能需要不同的安排(见第四章，“基础设施的建造和运营”，第 28 段)：

(a) 必须移交给订约当局的资产。按照某些国家的法律传统，项目期结束时，特许公司需将此种资产免费移交给订约当局，而且不能附有任何留置权或质押权，但是，赔偿特许公司为确保服务的连续性而改进财产或使之现代化的费用中如尚未收回的部分当不在此列。实际上，此种规则的先决条件是，需谈判商定足够长的特许权期限和足够高的收入水平，使特许公司得以充分摊还其投资并全额偿还债务。其他法律则允许有更多的灵活性，授权订约当局向特许公司赔偿由其建造的资产中的任何剩余价值；

(b) 订约当局可选择购买的资产。如果订约当局决定行使选择权，购买这些资产，

则特许公司通常有权要求按其资产的公平市场时价给予补偿。但是，如果本来估计将全部摊还这些资产(即，特许公司的融资安排并未设想资产还会有任何剩余价值)，或许可以只支付名义价格。按照某些国家的订约惯例，通常赋予订约当局对这种资产的某些担保权益，以此作为有效移交资产的担保；

(c) 仍属于特许公司私有财产的资产。特许公司一般可以自由地转移或处置此种资产。

(b) 资产移交给新的特许公司

39. 如前所示，订约当局可能希望在项目协议终止时重新对特许权招标，而不是自己运营设施(见第 3 段)。为此目的，可能有必要以法律形式要求特许公司向新的特许公司移交资产。为了确保服务的有条不紊过渡和连续性，应当要求特许公司在移交时与新的特许公司合作。对于特许公司之间的资产移交，可以要求向原特许公司支付一定的赔偿费，但视其资产是否已在项目期内摊还而定。

40. 在这方面需考虑的一个重要要素是由特许公司在选择过程中拟定的财务投标书的结构(另见第四章，“基础设施的建造和营运”，第 27 段)。在公共基础设施项目方面，投标人财务投标书基本假设之一是，在项目期内将分期全额摊还因项目所需而建设或获取的所有资产(即，将全部收回这些资产的成本)。因此，财务投标书通常不列入项目期满时资产的预期剩余价值。在这类情况下，显而易见，没有理由要求接管的特许公司向原特许公司支付任何赔偿，原特许公司可能需要免费或仅仅以象征性价格将所有资产提供给后继特许公司。其实，如果特许公司已获得其预计的回报，再由后继特许公司支付移交费，无异于一笔额外费用，后继者最终还是要根据第二项协议从价格上赚回来。然而，如果特许公司最初投标书规定的费率是依据在项目结束时资产具有某种剩余价值这样一种假设，或如果财务投标书设想从第三方获得大笔收入，则特许公司可能有权就移交给后继特许公司的资产获得补偿。

(c) 移交时的资产状况

41. 如果在特许期满时把资产移交给订约当局或直接移交给新的特许公司，则特许公司一般有义务在基础结构设施正常运营所必需的条件下移交资产，同时考虑到维修的需要，而且不应有留置权或质押权。某些法律对订约当局在此种运营状况下接收资产的权利作了补充，规定特许公司有义务按谨慎维护的要求维持并移交项目，并为此来提供某种担保(见第四章，“基础结构的建造和运营”，第 118 段)。如果订约当局要求按规定的条件退还资产，这种规定的条件应当合情合理。虽然订约当局理应要求资产有一定期限的剩余寿命，但期望它仍与新的资产一样，则是不合理的。而且，这些要求可能不适用于项目协议的终止，尤其不适用于施工阶段顺利完工之前项目协议的终止。

42. 可取的做法是，制定用于核实应移交给订约当局的资产状况的程序。例如，不妨设立一个由订约当局和特许公司双方代表组成的委员会，以确定设施是否处于规定状况，是否符合项目协议中提出的要求。项目协议还可就此种委员会的任命和职权范围作出规定，授权这个委员会请特许公司采取合理措施，修理或排除设施中发现的任何缺陷和不足之处。或许应当规定，应在特许权终止的一年前进行一次特别检查，此后，

订约当局可要求特许公司采取额外的保养措施，以确保移交的实物处于良好状况。订约当局似宜要求特许公司为圆满的移交设施而提供特别担保(见第四章，“基础结构的建造和运营”，第 118 段)。订约当局可利用此种担保金支付损坏资产或财产的修理费。

2. 终止时的财务安排

43. 在特许公司尚未能收回其投资、偿还其债务和获得预期的利润之前，可能发生项目协议终止的情况，这可能对特许公司造成巨大损失。订约当局也可能遭受损失，因为可能需要追加投资或承付相当的费用，例如为了确保设施完工或继续提供有关的服务。根据这些情况，项目协议通常都载有广泛的条款，解决协议终止时当事各方的财务权利和义务问题。通常的补偿标准一般视协议终止的理由而各不相同。然而，补偿安排通常考虑到如下因素：

(a) 尚未结清的债务、股本投资和预期的利润。项目的终止通常在特许公司贷款协议内都列为违约事件。由于贷款协议一般都包括一条所谓“加速条款”，即在发生违约时所有债务可能立即到期，所以，项目协议终止时特许公司遭受的直接损失可能包括届时尚未偿清的债务。订约当局是否可能补偿以及在何种程度上补偿这种损失，一般取决于终止项目协议的理由。部分补偿的范围可能局限于特许公司令人满意地完成的工程的等值金额，而全额补偿有可能包括尚未清偿的所有债务。补偿安排中有时还考虑到的另一类损失是项目促进人在项目终止时尚未收回的股本投资的损失。最后，协议的终止还使特许公司无法获得该设施未来可能产生的利润。虽然损失的利润通常并不当作实际损失，但在例外情况下，例如订约当局不正当地终止协议，未来预期利润的目前价值也可能包括在应给予特许公司的补偿中；

(b) 竣工程度、残余价值和资产的分期摊还。各种理由终止合同后的合同补偿计划通常都包括与合同终止时工程完工程度相应的补偿。工程的价值通常根据建造所需的投资(特别是在建造阶段发生终止时)、设施的更换成本或“剩余”价值来确定。剩余价值系指在协议终止时基础设施的市场价值。某些种类的有形基础设施(例如桥梁或公路)或运营寿命将近结束的设施，其市场价值可能难以确定或甚至根本不存在。有时候可能根据设施对订约当局预期的效用来估算剩余价值。但是，尚未完成的工程，特别是如果订约当局为使设施能够运营而仍然需要的投资额将超过特许公司的实际投资额时，便可能难以确定其价值。总之，特别是当项目收入构成特许公司投资的唯一回报时，很少会对剩余价值给予全额偿付。因此，特许公司常常并不获得设施价值的全额补偿，而是仅获得对合同终止时尚未全部摊还的资产的剩余价值的补偿。

(a) 因特许公司违约而终止

44. 在因特许公司自身违约而终止协议时，特许公司通常无权要求获得损失赔偿。在有些情况下，特许公司可能有义务向订约当局支付损失赔偿，不过实际上，被债权人宣布债务到期的违约特许公司通常都不会留有足够的财务手段来支付这种损失赔偿。

45. 应该注意到，因违约而引起的终止，即使被当作是对严重违约的一种处罚，也不应造成任何一方得到不义之财。因此，协议终止并不一定使订约当局有权分文不付而接管特许公司的资产。解决这个问题的一种公平办法也许是根据项目协议中对资产所作的安排(见第 38 段)来区别对待各种不同种类的资产：

(a) 必须移交给订约当局的资产。如果项目协议规定，在项目协议结束时，项目资产自动移交给订约当局，则对于违约造成的终止，特许公司通常不能得到这些资产

的补偿，只有已令人满意地完成的工程的剩余价值中特许公司尚未摊还的部分可以得到补偿；

(b) 订约当局可选择购买的资产。如果在项目协议到期时订约当局可选择按市场价格购买资产，或有权将这些资产提供给某个新项目中标者，则可能会适当给予财务补偿。但是，可合理预期这种财务补偿将低于资产的全部价值，借以刺激特许公司履约。同样，这些补偿额可不必相当于足够偿还特许公司未偿债务的所有费用。项目协议中似宜规定财务补偿的详细办法(即是否包括资产的清理价值，或未偿债务与另一使用价值之间两者相比数额较少者)；

(c) 仍属于特许公司私有财产的资产。特许公司通常可转移或处置不属于上文(a)项或(b)项所指的作为特许公司私有财产的资产，因此，很少有必要作出赔偿安排。然而，完全私有化的项目则情况可能不同，在完全私有化项目中，特许公司拥有所有资产，包括对提供服务至关重要的资产。在这类情况下，为确保服务的连续性，订约当局可能认为有必要接管资产，即使项目协议中未作规定也在所必行。对于这种情况，应该公正地按资产的公平市场价格给特许公司支付补偿。但是项目协议可规定，补偿部分中应扣除订约当局为管理设施或聘用另一家运营公司而承担的费用。

(b) 因订约当局违约而终止

46. 对于因订约当局的原因使协议终止而遭受的损失，特许公司通常有权获得全额补偿。应给予特许公司的补偿通常包括尚未摊还的工程和装置的价值，以及特许公司遭受的损失，包括利润损失。通常根据下述几种情况计算利润损失：以往财政年度特许公司的收入、若在运营阶段终止，则终止发生的时间、对在最初规定的期限内预计惠益的预测。特许公司可有权获得对债务和股本，包括对还本付息和利润损失的全额补偿。

(c) 其他理由的终止

47. 在考虑对非因任何一方违约造成的终止作出补偿安排时，似宜将由于免责障碍和订约当局因公共利益或其他类似原因而宣布的终止区别开来。

㈠ 因免责障碍而引起的终止

48. 根据定义，免责障碍是当事各方无法控制的事件，因此，一般来说，在出现这种情形的终止时，当事双方都不得向对方提出补偿损失的要求。但是在有些情形下，尤其是如果因为资产的特别性质，特许公司不可能将之搬走或加以应用，而订约当局仍可有效使用以提供有关的服务（例如一座桥梁），这种情形下，可公正地给予特许公司某种补偿，例如对已经完成的工程部分给予公平的补偿。但是，由于这类情况下的终止并非订约当局所引起，所以对特许公司的补偿可不必是“全额”的补偿（即偿还债务、股本和利润损失）。

㈡ 为方便而终止

49. 如果项目协议承认订约当局有权为其方便而终止协议，则应给予特许公司补偿尽管不一定分毫不差，但通常按订约当局违约引起的终止所应给予的同样补偿（见第 46 段）。为了确定应给予特许公司的公正补偿额，似宜对建造阶段和运营阶段为方便目

的的终止加以区别对待：

(a) 建造阶段为方便而要求的终止。如果在建造阶段终止项目协议，补偿安排可能类似于在大型建造合同中允许为方便而终止合同时所实行的那些安排。在这类情况下，承包商通常有权要求赔偿已令人满意地完成的工程的造价，以及终止合同对承包商造成的费用和损失。但是，由于订约当局通常并不对特许公司完成的建造工程支付价款，所以计算补偿的主要标准一般是截至合同终止时特许公司的实际投资总额，包括特许公司为实施项目协议建造工程从放款人提供的贷款中实际支付的总额，以及取消贷款协议所涉及的费用。另一个问题是对合同中为方便目的而终止的部分，特许公司是否以及何种程度上有权获得对其利润损失的补偿。一方面，特许公司可能因为期待完成项目并在预期的特许期限内经营设施而放弃了其他商业机会。另一方面，订约当局有义务补偿特许公司的利润损失，这种义务可能在经济上限制订约当局行使其为方便而终止协议的权利。一种方法可以是在项目协议中规定订约当局补偿利润损失的付款比额表，付款的数额将取决于截至终止项目协议时已完成的建造工程阶段；

(b) 运营阶段为方便而要求的终止。对于特许公司已令人满意地完成的建造工程部分，补偿安排可能与建造阶段为方便而终止的情形相同。但是，对运营阶段为方便而终止协议时的公平补偿可能还需要包括对利润损失的合理补偿。对这种情况实行较高的补偿标准也许是合理的，因为与建造阶段终止合同的情况不同，在建造阶段中，订约当局可能需要自己出资完成工程，而在运营阶段终止协议，订约当局也许可获得一整套可以运营而获取利润的设施。利润损失的补偿数额通常根据特许公司以往若干个财政年度的收入来计算，但在某些情况下，其他的因素，如按商定的费率所预期的利润，可能也需要加以考虑。之所以如此，是因为在初期运营阶段具有财务成本高和收入相对较低特点的收费道路等一些基础设施项目和其他类似项目中，在项目有盈利记录之前就有可能发生终止。

3. 结束和过渡措施

50. 如设施在特许期结束时移交给订约当局，当事各方可能需要作出一系列安排，以确保订约当局能够以规定的效率和安全标准运营设施。项目协议可规定特许公司有义务转让为基础设施运营所需的某些技术或专门知识。项目协议还可规定特许公司在某段过渡时期对设施的运营和维护继续承担某些义务。还可进一步规定特许公司有义务向订约当局供应修理设施所需的零部件或为这些零部件的供应提供方便。然而，应当提及的是，特许公司可能无法自己采取下述某些过渡措施，因为在多数情况下，特许公司只是为完成项目而成立，可能需要从第三方处取得有关技术或零部件。

(a) 技术转让

51. 在有些情况下，移交给订约当局的设施将包括为制造某些货物（例如电力或饮用水）或提供有关服务（例如电话服务）所需的各种技术工艺。订约当局常常希望掌握这些工艺及其应用的知识。订约当局还希望获得运营和维护设施所需的技术资料和技能。即使订约当局拥有基本能力，可以承担某些部分的运营和维护（例如建筑或土木工程），但也可能需要获得必要的特殊技术工艺知识，以便可按适合设施的方式进行运营。向订约当局传授这种知识、资料和技能通常称为“技术转让”。有关技术转让的义务不能对特许公司单方规定，在实践中，这类事项都须经有关各方的广泛磋商。虽然东道国对于取得运营设施所需的技术拥有合法权益，但也应适当考虑到私人投资者的商业利益和经营策略。

52. 对于技术转让和履行建造和运营设施的其他必要义务，可实行不同的合同安排。技术本身的转让可采取不同的方式，例如通过发给工业产权的许可证，通过创办当事方之间的合营企业或提供机密的专门知识。本《指南》并不试图全面论述发给工业产权许可证或提供专门知识方面的合同谈判和起草问题，因为联合国其他机构发行的出版物中已对这个主题作了详细的论述。[1] 以下各段仅提及关于通过培训订约当局人员或通过书面文件传授设施运营和维护方面必要的技能所涉及的一些主要问题。

53. 向订约当局传授设施正确运营和维护的必要技术资料和技能，最重要方法是对订约当局的人员进行培训。为使订约当局能够确定其培训需要，订约当局在征求投标书的通告中或在合同谈判过程中，可请特许公司提供一份组织结构图，列明设施运营和维护方面所需的人员，包括人员必须具备的基本技术和其他资格。这种要求应充分详细加以说明，以便订约当局可根据其现有的人员确定所需的培训。特许公司通常将拥有提供培训的能力。但是在一些情况下，由一名咨询工程师或通过一个专业培训机构进行培训可能效果更好些。

54. 设施正确运营和维护所需的技术资料和技能也可通过提供技术文献加以传授。应提供的文献可包括计划、图表、公式、运营和维护手册及安全须知。似宜在项目协议中列出应提供的文件。可要求特许公司提供内容全面和行文清楚并以某种语文编写的文件。如果文献中所述的程序不加以示范便无法理解，还似宜规定特许公司有义务根据订约当局的请求，就有关的程序进行操作示范。

55. 可指定应在何时提供文献。项目协议可规定，应在合同规定的完工时间之前备齐所有文件。当事各方还似宜规定，除非提供了与工程运营有关的、按合同规定应在完工前提供的所有文献，否则，设施的移交将认为尚未完成。似宜规定，有些文献（例如操作手册）应在工程建造过程中提供，因为这些文献可以使订约当局的人员或工程师对正在建造中的机械或设备的工作原理有所了解。

(b) 设施移交后协助运营和维护

56. 在供应零部件和提供服务方面，订约当局需要特许公司提供多大的协助，这将取决于订约当局拥有的或可以利用的技术和技术人员。订约当局如果缺乏有一定技能水平足以对设施进行技术运作的人员，那么，似宜至少在初期阶段就获得特许公司对设施运营的协助。在有些情况下，订约当局可能希望特许公司为设施提供许多技术专业人员，而在另一些情况下，订约当局则可能希望特许公司仅提供技术专家，在一些高度专业化的操作领域以顾问的身份与订约当局的人员共同协作。

57. 为协助订约当局运营和维护设施，项目协议可规定特许公司有义务在设施移交之前提交一项运营和维护方案，以保持设施在日后的工作寿命期内以项目协议规定的效率水平运作。运营和维护方案将包括下述内容：例如一份组织结构图，列出设施的技术运作所需的关键人员及每个人员应履行的职能；设施的定期检查；添加润滑油、清洁和调整；以及已损坏或磨损零件的更换。设施的维护还包括操作安排，例如制定设施维修的值日表或维修记录。订约当局还可要求特许公司提供载有适当运营和维护程序的运营和维护手册。这些手册应采用方便于订约当局人员理解的格式和语文。

58. 关于培训订约当局人员掌握运营和维护程序，一种有效的方法是在项目协议中规定，在设施移交之前或之后一段时间，订约当局的人员应与特许公司的人员一起进行设施的运营和维护。然后可确定特许公司雇用人员所应担任的岗位，并指明其应具备的资格和经验。对于特许公司职员将担任的岗位，确定指派的职能时需要特别小心。

为了避免磨擦和缺乏效率，似宜明确界定在有关过渡期内一方人员对另一方人员行使的任何权限。

(c) 零部件的供应

59. 在按规定需将设施移交给订约当局的项目中，订约当局将需要获得零部件来更换已磨损或损坏的部件，以及维护、修理和运营整套设施。如果零部件无法在当地获得，订约当局可能需要依靠特许公司供应这些零部件。如当事各方在项目协议中可以预期订约当局这方面的需要并作出相应的规定，可极大地便利当事各方对设施移交后零部件和服务的供应进行规划。但是，鉴于大多数基础设施项目旷日持久，当事各方可能难以在项目协议中预期设施移交后订约当局的需要并作出相应的规定。

60. 一种可能的方法也许是，当事各方另外再订立一份管理这些事项的合同。[2] 这种合同可在设施行将移交时订立，因为届时订约当局对其需要事项可能会有更加明确的认识。如果零部件不是由特许公司制造，而是由特许公司的供应商制造，订约当局最好是与这些供应商订立合同，而不是从特许公司那里获得零部件，或者由订约当局指定特许公司作为其采购代理人。

61. 订约当局的人员应具有安装零部件的技术能力。为此目的，项目协议可规定特许公司有义务提供必要的指导手册、工具和设备。指导手册应采用便于订约当局人员理解的格式和语文。合同还可要求特许公司提供“结构”图，指明各部分设备是怎样相互连接的，以及可以从何处入手安装零部件和进行维护及修理。在某些情况下，似宜要求特许公司对订约当局人员进行安装零部件的培训。

(d) 修理

62. 订立合同安排确保设施在发生故障时得到迅速修理是符合订约当局利益的。在许多情况下，特许公司进行修理可能比第三者更加胜任。另外，如果项目协议阻止订约当局向第三者透露特许公司提供的技术，这可能使挑选第三者进行修理受到限制，只有那些提供了为特许公司可以接受的关于不透露其技术的保证的第三者才能入选。而另一方面，如果设备的主要部分是由供应商为特许公司制造的，订约当局可能发现最好还是与供应商订立独立的修理合同，因为供应商修理这些设备部件可能更加胜任。在界定特许公司可能承担的任何修理义务的性质和期限时，似宜作出明确的规定，并与特许公司根据质量保证修理设施的义务区分开来。

注

[1] 世界知识产权组织的《发展中国家许可证指南》（知识产权组织出版物第 620(E)号，1977 年）中对工业产权许可证和提供专门知识的合同谈判和起草问题作了详细的论述。谈判和起草这类合同时应考虑的主要问题载于《技术转让协议的评价准则》，技术开发和转让系列，第 12 号（ID/233，1979 年），以及载于《关于起草机械工业专门知识国际转让合同的使用指南》（联合国出版物，出售品编号：E. 70. II. E. 15）。另一本有关的出版物是《发展中国家引进技术手册》（联合国出版物，出售品编号：E. 78. II. D. 15）。关于对建造工业工程合同情况下的技术转让进行的讨论，见贸易法委员会《关于起草建造工厂国际合同法律指南》（联合国出版物，出售品编号：E. 87. V. 10），第六章，“技术转让”。

[2] 欧洲经济委员会拟定了一份《关于起草维护、修理和运营工业和其他设施的国际服务合同指南》（ECE/TRADE/154），该指南经适当更改后可有助于当事各方另行起草一份或若干份关于在设

施移交给订约当局后对设施进行维护和修理的合同。