



Генеральная Ассамблея

Distr.
GENERAL
A/CN.9/458/Add.6
4 March 1999
RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ
Тридцать вторая сессия
Вена, 17 мая - 4 июня 1999 года

ПРОЕКТЫ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫЕ
ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ

Проекты глав руководства для законодательных органов по проектам в области
инфраструктуры, финансируемым из частных источников

Доклад Генерального секретаря

Добавление

V. РАЗВИТИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Страница</u>
РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ	1-11	3
КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ		1-916
А. Общие замечания	1	6
В. Субподряды	2-4	6
С. Строительные проекты	5-17	7
1. Рассмотрение и утверждение планов строительства	8-9	7
2. Изменения условий проекта	10-13	8
3. Полномочия организации-заказчика по осуществлению контроля	14-17	9

	<u>Пункты</u>	<u>Страница</u>
D. Эксплуатация инфраструктуры	18-46	10
1. Общие обязанности поставщиков общедоступных услуг	20-30	10
2. Контроль за ценами	31-39	13
3. Требования в отношении предоставления информации	40-41	15
4. Эксплуатационные стандарты	42-43	16
5. Права концессионера по обеспечению выполнения контракта	44-46	16
E. Гарантии исполнения и страхование	47-58	17
1. Виды, функции и характер гарантий исполнения	48-49	17
2. Преимущества и недостатки различных видов гарантий исполнения	50-56	18
3. Механизмы страхования	57-58	20
F. Изменение условий	59-68	20
1. Законодательные или нормативные изменения	60-63	20
2. Изменения экономических условий	64-68	21
G. Положения, касающиеся освобождения от ответственности	69-79	23
1. Определение событий, освобождающих от ответственности	70-73	23
2. Последствия для сторон	74-79	24
H. Случаи неисполнения обязательств и средства правовой защиты	80-91	25
1. Общие соображения, касающиеся неисполнения обязательств и средств правовой защиты	81-82	25
2. Права вмешательства организации-заказчика	83-86	26
3. Права кредиторов на вмешательство и принудительная передача концессии в другие руки	87-91	27

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

1. Субподряды (см. пункты 2-4)

1. Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть следующее:

а) концессионер имеет право, в случае необходимости, заключать контракты на выполнение публичных работ и ремонт и эксплуатацию объектов инфраструктуры. Организация-заказчик должна быть проинформирована о названии и квалификации субподрядчиков, которых привлекает концессионер;

б) без ущерба вышесказанному, организация-заказчик может оставить за собой право рассматривать и утверждать контракты, заключенные концессионером со своими акционерами или филиалами. Как правило, организация-заказчик не утверждает субподряды только в тех случаях, если в них содержатся положения, явно противоречащие публичным интересам или императивным нормам публично-правового характера.

2. Строительные проекты (см. пункты 5-17)

2. Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть следующее:

а) в проектном соглашении, в случае необходимости, должны предусматриваться процедуры для рассмотрения и утверждения строительных планов и спецификаций организацией-заказчиком;

б) в проектном соглашении должны излагаться конкретные обстоятельства, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в условия строительства; компенсация, которая в соответствующих случаях может причитаться концессионеру для покрытия дополнительных расходов, связанных с такими изменениями; процедуры для определения суммы и погашения таких затрат; и обстоятельства и суммы, в случае превышения которых концессионер перестает быть обязанным внести изменения;

с) организация-заказчик, в случае необходимости, может оставить за собой право следить за строительством или модернизацией объекта инфраструктуры для обеспечения того, чтобы они соответствовали инженерно-техническим стандартам, отвечающим требованиям организации-заказчика. Любое приостановление проекта по требованию организации-заказчика должно производиться только на такое время, которое необходимо с учетом обстоятельств, повлекших за собой требование приостановить проект;

д) в проектных соглашениях должны предусматриваться процедуры для испытания и итоговой инспекции объекта, его оборудования и аппаратуры. Если закон предусматривает приемку объекта организацией-заказчиком, то в приемке такого объекта может быть отказано только по причине незавершенности работ или обнаружения брака.

3. Эксплуатация инфраструктуры (см. пункты 18-46)

3. Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что в проектном соглашении, в случае необходимости, должна устанавливаться степень ответственности концессионера за обеспечение следующего:

а) расширение обслуживания в целях удовлетворения потребностей обслуживаемой общины или территории;

б) непрерывное предоставление услуг, за исключением тех случаев, когда услугу невозможно предоставить из-за препятствия, освобождающего от ответственности, как предусмотрено в проектном соглашении;

с) предоставление услуг всем пользователям на практически одних и тех же условиях, за исключением разумной дифференциации между категориями пользователей на основе объективных критериев, предусмотренных в проектном соглашении;

d) недискриминационный доступ, в случае необходимости, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, находящейся в ведении концессионера, на условиях, предусмотренных в проектном соглашении.

4. В тех случаях, когда цены, взимаемые концессионером, подлежат внешнему контролю того или иного регулирующего органа, принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что в проектном соглашении должны излагаться механизмы периодического или внеочередного пересмотра формул корректировки цен.

5. Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что в проектном соглашении должно быть указано следующее:

a) степень ответственности концессионера за предоставление организации-заказчику или регулирующему органу, в случае необходимости, отчетов и другой информации о своих операциях;

b) процедуры для наблюдения за деятельностью концессионера и принятия таких различных мер, которые, по мнению организации-заказчика, являются необходимыми для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями.

6. Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что концессионер, по согласованию с организацией-заказчиком, может вводить правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.

4. Гарантии исполнения и страхование (см. пункты 47-58)

7. Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, чтобы в проектном соглашении устанавливалось следующее:

a) формы, продолжительность и объем гарантий исполнения, которые концессионеру, возможно, потребуется предоставить в связи с сооружением и эксплуатацией объектов;

b) формы и суммы страховых полисов, которые концессионеру, возможно, потребуется заключить для покрытия сумм, подлежащих выплате в качестве компенсации рабочим, в связи с нанесением ущерба окружающей среде, для покрытия деликтных обязательств перед гражданами и служащими, в связи с причинением ущерба имуществу, а также других видов страхования, которые могут потребоваться для обеспечения непрерывности эксплуатации объекта.

5. Изменение условий (см. пункты 59-68)

8. Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что в проектном соглашении должны устанавливаться механизмы пересмотра условий проектного соглашения в случае законодательных изменений, конкретно касающихся отдельных проектов или какой-либо группы аналогичных проектов, или же в целом проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, а также иных изменений в экономических или финансовых условиях, которые, не препятствуя исполнению концессионером взятых на себя обязательств, существенно затрудняют их исполнение по сравнению с тем, что первоначально предусматривалось.

6. Положения, касающиеся освобождения от ответственности (см. пункты 69-79)

9. Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что в проектном соглашении должны излагаться обстоятельства, при которых любая из сторон может освобождаться от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в проектном соглашении, в той степени, в какой такое неисполнение или задержка исполнения вызваны обстоятельством, которое находится вне сферы ее разумного контроля, из-за которого любая из сторон оказывается не в состоянии исполнить взятое на себя обязательство и которое эта сторона не смогла преодолеть за счет проявления должной осмотрительности.

7. Случаи неисполнения обязательств и средства правовой защиты (см. пункты 80-91)

10. Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что в проектном соглашении должны указываться средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении организации-заказчика и концессионера в случае неисполнения обязательств другой стороной.

11. Принимающая страна, в частности, возможно, пожелает предусмотреть следующее:

а) в случае серьезного неисполнения концессионером своих обязательств по проектному соглашению организация-заказчик может временно брать на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и бесперебойного оказания услуг;

б) организация-заказчик может заключать соглашения с кредиторами, предоставляющие им возможность назначать нового концессионера для выполнения действующего проектного соглашения в случае серьезного нарушения концессионером своих обязательств по предоставлению услуг согласно проектному соглашению или в случае наступления других оговоренных событий, которые могут являться основанием для прекращения действия проектного соглашения.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

А. Общие замечания

1. Условия, при которых осуществляется развитие и эксплуатация инфраструктуры, могут существенно различаться в зависимости от конкретного проекта, и поэтому, как правило, нецелесообразно пытаться регламентировать конкретные аспекты взаимных прав и обязательств концессионера и организации-заказчика в общем законодательстве. Вместе с тем в рамках большинства проектов в области инфраструктуры будут возникать вопросы, которые, возможно, потребуются рассмотреть законодательным органам. Организации-заказчику, например, могут потребоваться конкретные полномочия на заключение необходимых соглашений для надлежащего решения некоторых вопросов. Кроме того, правительство может быть заинтересовано в обеспечении предсказуемого и единообразного решения некоторых часто встречающихся вопросов, касающихся выполнения проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

В. Субподряды

2. Учитывая сложность проектов в области инфраструктуры, концессионер для выполнения некоторых видов или основного объема строительных работ по проектному соглашению, как правило, привлекает услуги одного или нескольких строительных подрядчиков. Кроме того, концессионер может также пожелать прибегнуть к услугам подрядчиков, имеющих опыт работы в области эксплуатации и материально-технического обслуживания инфраструктуры, на эксплуатационном этапе проекта. В законах некоторых стран в целом признается право концессионера заключать контракты, необходимые для выполнения строительных работ. В других странах, где действуют положения, ограничивающие возможности государственных подрядчиков заключать субподряды, может оказаться весьма полезным включить в законодательство положения, признающие за концессионером право заключать субподряды.

3. В некоторых странах право концессионера нанимать субподрядчиков ограничивается правилами, предписывающими использование торгов или аналогичных процедур для выдачи субподрядов поставщикам общедоступных услуг. Во многих случаях такие законодательные положения устанавливались в тот период, когда эксплуатация объектов инфраструктуры осуществлялась главным образом или исключительно правительством при небольшом или незначительном участии частного сектора. Цель этих законодательных положений состояла в том, чтобы обеспечить экономичное, эффективное, объективное и транспарентное использование публичных средств. Однако в случае проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, возможно, уже не имеется неотразимых, связанных с публичными интересами оснований для того, чтобы предписывать концессионеру процедуры, которых ему надлежит придерживаться при выдаче своих подрядов. Напротив, такие положения могут оттолкнуть потенциальных инвесторов, поскольку в число спонсоров проектов обычно входят инженерные и строительные компании, которые участвуют в проекте, рассчитывая на то, что им будут предоставлены главные подряды на выполнение строительных и других работ.

4. Однако свобода выбора концессионером своих субподрядчиков не безгранична. В некоторых странах концессионер должен указывать в своем предложении тех подрядчиков, услугами которых он намеревается воспользоваться, включая информацию об их технических возможностях и финансовом положении. Другие страны либо требуют, чтобы такая информация представлялась во время заключения проектного соглашения, либо распространяют на такие контракты процедуры предварительного рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком. Цель таких положений состоит в том, чтобы избежать возможных коллизий интересов проектной компании и ее акционеров, а этот аспект, как правило, представляет интерес и для кредиторов, которые могут пожелать удостовериться в том, что проектная компания не переплачивает своим подрядчикам. В любом случае, если будет сочтено необходимым, чтобы организация-заказчик имела право рассматривать и утверждать субподряды, выданные проектной компанией, в проектном соглашении должна четко указываться цель таких процедур рассмотрения и утверждения и условия, при которых организация-заказчик может не утвердить субподряды. Как правило, субподряды не утверждаются только в том случае, если в них содержатся

положения, явно противоречащие публичным интересам (например, предусматривающие выплату завышенных сумм субподрядчикам или необоснованно ограничивающие ответственность) или носящие публично-правовой характер императивным нормам, применяющимся в принимающей стране в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

С. Строительные проекты

5. Внутренние законы и правила, касающиеся традиционных контрактов на публичные работы, зачастую содержат подробные положения о выполнении работ и процедуры для обеспечения соблюдения подрядчиками чертежей и других проектных спецификаций. Организации-заказчики, приобретающие услуги по осуществлению строительных работ, выступают, как правило, в качестве нанимателей по строительному подряду и оставляют за собой широкие права по наблюдению и инспектированию, включая право рассматривать строительный проект и требовать внесения в него изменений, внимательно следить за выполнением строительных работ и графиком строительства, инспектировать и официально принимать завершённые работы и давать разрешение на эксплуатацию объекта.

6. В отличие от этого во многих проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик может предусматривать иное распределение обязанностей между публичным и частным сектором. Вместо того, чтобы брать на себя прямую ответственность за управление деталями проекта, организация-заказчик в этих странах может предпочесть передать такую ответственность концессионеру, потребовав от него взять на себя полную ответственность за своевременное завершение строительства. Концессионер, в свою очередь, будет также заинтересован в обеспечении своевременного завершения проекта в пределах сметы и будет, как правило, заключать контракты на сдачу объекта "под ключ" за фиксированную плату и с фиксированными сроками, включая гарантии исполнения со стороны строительных подрядчиков. Таким образом, в рамках проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, роль нанимателя по строительным подрядам в основном играет именно концессионер.

7. Из вышесказанного следует, что законы и правила, регулирующие традиционные контракты на публичные работы, не всегда целиком и полностью могут подходить для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. По этой причине в некоторых странах законодательные положения, касающиеся строительства объектов инфраструктуры, финансируемых из частных источников, ограничиваются общим определением обязательства концессионера выполнить публичные работы в соответствии с положениями проектного соглашения и предоставляют организации-заказчику общее право следить за ходом работ для обеспечения их соответствия условиям соглашения. В этих странах более подробное регулирование осуществляется в проектных соглашениях.

1. Рассмотрение и утверждение планов строительства

8. В тех случаях, когда необходимо решать вопросы, касающиеся строительных проектов, а также связанные с ними аспекты в законодательном порядке, целесообразно разработать процедуры, которые помогают сохранять согласованные сроки завершения работ и стоимость строительства в пределах оговоренных графиков и смет и уменьшить возможность возникновения споров между концессионером и соответствующими государственными властями. Например, если законодательные положения требуют, чтобы организация-заказчик рассматривала и утверждала строительный проект, в проектном соглашении следует установить предельный срок для рассмотрения строительного проекта и предусмотреть, что утверждение считается данным, если организация-заказчик в течение указанного периода не высказет никаких возражений. Кроме того, может оказаться полезным указать в проектном соглашении причины, по которым организация-заказчик может высказать возражения или потребовать внести изменения в проект (например, по соображениям техники безопасности, обороны, общественной безопасности, окружающей среды или несоответствия спецификациям).

9. Следует отметить, что в некоторых правовых системах сторона, осуществляющая контроль за чертежами или спецификациями строительного проекта в последней инстанции, может нести в

определенной степени ответственность за дефекты, возникающие из-за несоответствия утвержденных чертежей или спецификаций. Поэтому, возможно, было бы целесообразно четко оговаривать в проектном соглашении, что организация-заказчик не несет никакой ответственности в этой связи, кроме как в тех случаях, когда чертежи и спецификации были первоначально предоставлены самой организацией-заказчиком (см. также главу III "Выбор концессионера", ____).

2. Изменения условий проекта

10. В ходе строительства объекта инфраструктуры часто возникают ситуации, делающие необходимым или желательным изменение определенных элементов строительства. В связи с этим организация-заказчик может пожелать сохранить за собой право требовать внесения изменения в такие элементы, как масштабы строительства, технические характеристики оборудования или материалов, которые станут частью объекта или будут использоваться при предоставлении строительных услуг, требуемых согласно спецификациям. В этой связи в настоящем Руководстве используется термин "изменения". Термин "изменения", как он используется в Руководстве, не охватывает корректировки или пересмотра тарифов и цен из-за роста издержек или колебаний валютных курсов (см. пункты 32-37). Пересмотр условий проектного соглашения в случае существенного изменения ситуации, согласно Руководству, также не считается изменением (см. пункты 59-68).

11. Учитывая сложность большинства проектов в области инфраструктуры исключить необходимость внесения изменений в строительные спецификации или другие условия проекта не представляется возможным. Однако эти изменения часто приводят к задержке сроков выполнения проекта или начала предоставления услуг; они могут также затруднить для концессионера исполнение проектного соглашения. Кроме того, расходы в связи с выполнением распоряжений о внесении крупных изменений могут превысить собственные финансовые возможности концессионера, что потребует привлечения крупного дополнительного финансирования, обеспечить которое по приемлемой стоимости может оказаться сложно. В связи с этим организации-заказчику целесообразно рассмотреть вопрос о мерах, ограничивающих возможную необходимость внесения изменений. Важное значение имеет высокое качество технико-экономических обоснований, проведенных организацией-заказчиком, и спецификаций, предоставленных в ходе процесса отбора, что помогает избежать внесения последующих изменений в проект (см. главу III "Выбор концессионера", ____).

12. Концессионеру потребуются гарантии в отношении того, что он не понесет дополнительных расходов или ответственности из-за задержек, связанных с внесением изменений по просьбе организации-заказчика. Таким образом, в проектном соглашении целесообразно указать конкретные обстоятельства, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в условия строительства, а также размеры компенсации, которую, возможно, потребуется выплатить концессионеру для покрытия дополнительных расходов, связанных с такими изменениями. В проектном соглашении следует также четко определить, в какой степени концессионер обязан вносить эти изменения и может ли он возразить против их внесения, а также указать основания таких возражений. Кроме того, в соответствии с договорной практикой, применяющейся в некоторых правовых системах, иногда бывает целесообразно указать в проектном соглашении, что концессионер освобождается от своих обязательств, если сумма дополнительных расходов, обусловленных внесением изменений, превышает установленный максимальный предел.

13. Для определения того, в каких случаях подрядчик обязан вносить изменения и требуемые коррективы в смету расходов и сроки осуществления проекта, в крупных строительных контрактах используются различные подходы¹. Такие решения могут также mutatis mutandis применяться в отношении

¹Обсуждение подходов и возможных решений, используемых в контрактах на строительство крупных промышленных объектов см. Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № E.87.V.10), глава XXIII, "Оговорки о внесении изменений".

изменений, запрашиваемых организацией-заказчиком согласно проектному соглашению. Вместе с тем следует отметить, что в случае концессий в области инфраструктуры платежи проектной компании представляют собой плату, взимаемую с пользователя, или цены, устанавливаемые на продукцию, выпускаемую объектом, а не общую стоимость строительных работ. Таким образом, методы компенсации, используемые в связи с концессиями в области инфраструктуры, иногда включают сочетание различных методов от единовременных платежей до повышения тарифов или продления срока действия концессии. Например, может возникать необходимость в изменениях, которые приводят к увеличению расходов, которое концессионер мог бы покрыть или профинансировать самостоятельно и компенсировать с помощью соответствующей корректировки тарифов или платежных механизмов. Если концессионер не может самостоятельно рефинансировать или оплатить изменения, стороны могут договориться о единовременных выплатах в качестве альтернативы дорогостоящему и сложному механизму рефинансирования.

3. Полномочия организации-заказчика по осуществлению контроля

14. В некоторых правовых системах правительственные ведомства, приобретающие услуги по выполнению строительных проектов, обычно сохраняют за собой право требовать временного прекращения или приостановления работ исходя из публичных интересов. Однако, для того чтобы смягчить беспокойство потенциальных инвесторов, иногда бывает полезно ограничить возможность такого вмешательства только исключительными обстоятельствами и предусмотреть, что масштабы или продолжительность такого временного прекращения работ не могут превышать действительно необходимые значения с учетом обстоятельств, которые явились причиной требования приостановить или временно прекратить работы. Кроме того, может оказаться полезным договориться о максимальном сроке приостановления и предусмотреть компенсацию для концессионера в связи с любым приостановлением на срок, превышающий согласованный максимальный отрезок времени. Кроме того, можно предусмотреть гарантии для обеспечения выплаты концессионеру компенсации или возмещения ущерба от приостановления проекта (см. также главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ____).

15. Положения в отношении проведения итоговой инспекции и приемки строительных работ организацией-заказчиком могут иметь особенно важное значение в связи с нормами, касающимися здравоохранения, техники безопасности, строительства и труда. Они могут также иметь важное значение для объектов, которые находятся под контролем регулирующих органов (по причинам техники безопасности или аналогичным соображениям) или в связи с которыми правительство несет прямую или остаточную ответственность перед своими гражданами за ущерб или вред, вызванный дефектами строительства объекта.

16. В проектном соглашении следует в деталях описать характер приемочных испытаний или инспекции завершеного объекта; график испытаний (например, возможно, будет целесообразно проводить через определенные периоды времени частичные испытания вместо одного итогового испытания в конце строительства); последствия непрохождения испытаний объектом; и ответственность за обеспечение ресурсов для проведения испытаний и покрытия соответствующих расходов. Окончательная приемка объекта организацией-заказчиком является, как правило, условием для выдачи разрешения на ввод объекта в эксплуатацию. В некоторых странах было признано целесообразным разрешать ввод объекта в эксплуатацию на временной основе до подписания заключительного акта приемки организацией-заказчиком и предоставить концессионеру возможность исправить дефекты, которые могут быть обнаружены на этой стадии. В тех случаях, когда организацию-заказчика непосредственно не интересуют вопросы регулирования или ответственности, она может лишь потребовать, чтобы концессионер сам провел эти испытания и дал надлежащие гарантии того, что объект готов к вводу в эксплуатацию.

17. В случае проектов, которые предусматривают передачу объекта и связанных с ним активов организации-заказчику по истечении срока действия концессии (см. главу VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ____), например, проектов типа "строительство, эксплуатация, передача" (СЭП)

или аналогичных проектов, или в тех случаях, когда объект передается организации-заказчику сразу же по завершении строительных работ, важно установить в проектном соглашении положения, которые бы гарантировали, что сооруженный объект будет надежно служить долгое время по истечении срока действия концессии. Кроме того, организация-заказчик должна иметь гарантии того, что она получит все необходимое для осуществления долговременной эксплуатации объекта, например, чертежи, данные о материально-техническом обслуживании, проводившемся в период эксплуатации объекта концессионером, и любые подготовленные руководства по эксплуатации и обслуживанию. Важно также включить положения, касающиеся надлежащей подготовки персонала организации-заказчика до передачи ей объекта.

D. Эксплуатация инфраструктуры

18. На этапе эксплуатации концессионер обязуется осуществлять эксплуатацию и материально-техническое обслуживание объекта инфраструктуры и взимать плату с пользователей. Условия эксплуатации и материально-технического обслуживания такого объекта, а также стандарты качества и техники безопасности часто указываются в законах и детализируются в проектном соглашении. В тех странах, где действует общее законодательство о концессиях, закон может, например, ограничиваться общим описанием основных обязанностей поставщиков общедоступных услуг, оставляя более узкие вопросы на урегулирование в рамках конкретных проектных соглашений. Там, где для осуществления организациями-заказчиками определенных типов проектов требуется специальное законодательство, соответствующие законы часто предусматривают условия, касающиеся эксплуатации и материально-технического обслуживания соответствующих объектов инфраструктуры, и дополняются более детальными положениями, содержащимися в постановлениях, регулирующих соответствующий сектор инфраструктуры, и в проектных соглашениях. Данный подход широко применяется в различных правовых системах. Помимо этого, особенно в области электроэнергетики, водоснабжения, канализации и общественного транспорта организация-заказчик или независимый регулирующий орган могут осуществлять надзор за эксплуатацией объекта. Подробное обсуждение правовых вопросов, касающихся условий эксплуатации объектов инфраструктуры, выходит за рамки настоящего Руководства. В связи с этим в последующих пунктах приводится лишь краткое изложение некоторых основных вопросов.

19. Нормативные положения, касающиеся регулирования эксплуатации инфраструктуры, и юридические требования, предъявляемые к предоставлению публичных услуг, направлены на достижение различных целей, представляющих общественный интерес. С учетом того, что проекты в области инфраструктуры являются обычно долгосрочными, в течение срока действия проектного соглашения в такие положения и требования, возможно, потребуется внести изменения. Однако важно помнить о потребности частного сектора в стабильной и предсказуемой нормативной основе. Изменения в положениях или частое введение новых и более жестких правил может негативно сказаться на осуществлении проекта и подорвать его финансовую состоятельность. Поэтому, в то время как стороны могут согласовать договорные условия для противодействия неблагоприятным последствиям будущих изменений нормативных положений (см. пункты 60-63), регулирующим органам рекомендуется избегать чрезмерного регулирования или неразумно частых изменений действующих правил.

1. Общие обязанности поставщиков общедоступных услуг

20. В различных правовых системах предприятия, занимающиеся предоставлением общедоступных услуг, несут определенные особые обязательства перед пользователями этих услуг, клиентами или другими поставщиками таких услуг. Наиболее часто встречающиеся такие обязанности рассматриваются ниже.

а) Расширение услуг

21. В некоторых правовых системах считается, что предприятие, занимающееся обеспечением некоторых основных услуг по правительственной концессии (например, снабжением электроэнергией или питьевой водой) для общины или территории и ее жителей, обязано создать систему услуг, отвечающую

разумным потребностям данной общины или территории. Эта обязанность часто объясняется не только историческим спросом, сложившимся на момент выдачи концессии; она подразумевает обязательство учитывать темпы роста обслуживаемой общины или территории и постепенно расширять систему в соответствии с возможным изменением разумного спроса общины или территории. В некоторых правовых системах эта обязанность носит характер общественного долга, на который может сослаться любой житель соответствующей общины или территории. В других правовых системах она носит характер установленного законом или договорного обязательства, соблюдение которого, в зависимости от конкретных обстоятельств, может быть обеспечено в принудительном порядке организацией-заказчиком или регулирующим органом.

22. Такая обязанность, где она установлена, не является абсолютной и безусловной. Обязанность концессионера расширять сеть предоставляемых услуг в некоторых правовых системах зависит от различных факторов, таких, как необходимость и стоимость расширения и доходы, которые могут быть получены в результате такого расширения; финансовое положение концессионера; публичная заинтересованность в осуществлении такого расширения; и масштабы обязательств, которые принимает на себя концессионер в этой связи по проектному соглашению. В некоторых правовых системах концессионер иногда обязан расширять свои объекты по оказанию услуг, даже если то или иное конкретное расширение не является прибыльным в ближайшей перспективе или даже если в результате проведенного расширения территория, на которой действует концессионер, может в итоге охватить неприбыльные районы. Тем не менее это обязательство имеет ряд ограничений, поскольку концессионер не обязан производить расширения, которые накладывают чрезмерное бремя на концессионера или его клиентов. В зависимости от конкретных обстоятельств расходы в связи с расширением объекта по оказанию услуг могут покрываться самим концессионером, компенсироваться за счет клиентов или конечных пользователей в результате повышения цен или специальных сборов или же полностью или частично покрываться организацией-заказчиком или другим государственным учреждением путем предоставления субсидий или грантов. С учетом разнообразия факторов, которые могут быть приняты во внимание для оценки степени целесообразности любого конкретного расширения, желательно предусмотреть в проектном соглашении конкретные обстоятельства, при которых от концессионера может потребоваться расширение его объектов по оказанию услуг, и надлежащие методы финансирования расходов в связи с любым таким расширением.

b) Непрерывный характер предоставления услуг

23. Еще одной обязанностью поставщиков общедоступных услуг является обеспечение непрерывного предоставления услуг в большинстве случаев, за исключением небольшого числа событий, освобождающих от ответственности (см. также пункты 70-73). В некоторых правовых системах эта обязанность носит характер обязательства по закону, которое действует даже в том случае, если оно конкретно не предусмотрено в проектном соглашении. Следствием этого правила в тех правовых системах, в которых оно закреплено, является то, что различные обстоятельства, которые, согласно обычным принципам договорного права, могут позволить стороне контракта приостановить или прекратить выполнение ее обязанностей (например, экономические трудности или нарушение условий другой стороной), не могут использоваться концессионером в качестве основания для временного прекращения или приостановления предоставления общедоступных услуг, будь то в полном объеме или частично. В некоторых правовых системах организация-заказчик может даже обладать специальными принудительными полномочиями, позволяющими ей заставить концессионера продолжать оказывать услуги в случае неправомерного прекращения.

24. Эта обязанность также регулируется общим правилом разумной обоснованности. Различные правовые системы признают право концессионера на справедливую компенсацию за продолжение оказания услуг в сложных экономических ситуациях (см. пункты 74-79). Кроме того, в некоторых правовых системах указывается, что от поставщика общедоступных услуг нельзя требовать продолжения оказания услуг, если соответствующая операция является в целом убыточной. В тех случаях, когда предприятие общественного пользования в целом, а не одно или несколько его отделений или территорий, перестает быть прибыльным, концессионер может получить право на прямую компенсацию

от организации-заказчика или, в качестве альтернативы, на прекращение проектного соглашения. Однако для такого прекращения, как правило, требуется согласие со стороны организации-заказчика или судебное решение. Поэтому целесообразно уточнить в проектном соглашении те исключительные обстоятельства, которые могут оправдывать приостановление оказания услуг или даже освободить концессионера от обязанностей по проектному соглашению (см. также главу VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ____).

с) Равное отношение к клиентам или пользователям

25. Предприятия, которые предоставляют определенные услуги населению, в некоторых правовых системах обязаны обеспечивать услуги для всех пользователей и клиентов, попадающих под одну и ту же категорию, практически на одинаковых условиях. Однако в этих правовых системах признается любая дифференциация, основанная на разумной и объективной классификации клиентов и пользователей, если аналогичные услуги предоставляются клиентам и пользователям, осуществляющим аналогичные операции при аналогичных обстоятельствах. В связи с этим, установление различных цен или неодинаковых условий доступа для различных категорий пользователей (например, для бытовых потребителей, с одной стороны, и коммерческих или промышленных пользователей, с другой) может быть совместимо с принципом равного отношения при условии, что дифференциация основана на объективных критериях и отражает действительные различия в положении потребителей или условиях, при которых им предоставляются услуги. Тем не менее, если различие в плате или других условиях оказания услуг основано на фактических различиях в предоставляемых услугах (например, более высокая плата за услуги, предоставляемые в часы пикового потребления), то оно, как правило, должно быть соизмеримым с величиной этих различий.

26. Помимо дифференциации, устанавливаемой самим концессионером, разное отношение к определенным пользователям или клиентам может быть результатом законодательных решений. Во многих странах закон предусматривает, что конкретные услуги должны предоставляться некоторым категориям пользователей и клиентов на особо благоприятных условиях (например, льготный транспорт для школьников и престарелых; сниженные ставки за воду или электроэнергию для малоимущих или сельских пользователей). Поставщики общедоступных услуг могут компенсировать это бремя или расходы различными способами, в том числе с помощью государственных субсидий, фондов и других официальных механизмов, создаваемых для распределения финансового бремени по выполнению этих обязанностей между всеми поставщиками общедоступных услуг, или через посредство внутреннего перераспределения субсидий из других прибыльных служб (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ____).

д) Подключение и доступ к сетям инфраструктуры

27. Компании, занимающиеся эксплуатацией сетей инфраструктуры в таких секторах, как железнодорожный транспорт, связь, электро- или газоснабжение, в некоторых случаях обязаны предоставлять доступ к своим сетям другим компаниям. Это требование может предусматриваться в проектном соглашении или закрепляться в законах или постановлениях по конкретным секторам. В одних секторах инфраструктуры требования в отношении подключения и доступа введены в качестве дополнения к мерам по вертикальному расчленению, а в других они были приняты с целью развития конкуренции в секторах, которые остаются полностью или частично интегрированными (краткую информацию по вопросам рыночной структуры см. выше в разделе "Введение и справочная информация", ____).

28. От операторов сетей часто требуется обеспечивать доступ на условиях, которые являются справедливыми и недискриминационными с финансовой и технической точки зрения. Недискриминация подразумевает, что новый участник или поставщик услуг должен иметь возможность пользоваться инфраструктурой оператора сети на условиях, которые не могут быть менее благоприятными чем те, которые предоставляются оператором сети своим собственным службам или службам конкурирующих поставщиков. Следует, однако, отметить, что во многих случаях режимы, регулирующие доступ к трубопроводам, не требуют, например, создания абсолютно равных условий для транспортировщика и конкурирующих пользователей. Обязанность в отношении предоставления доступа может оговариваться теми или иными условиями. Например, она может ограничиваться лишь незагруженными мощностями или обусловлена предоставлением разумных (а не на равных) условий.

29. Хотя цена за предоставление доступа, как правило, устанавливается с учетом фактических расходов, регулирующие органы, возможно, пожелают сохранить за собой право следить за этими ценами, с тем,

чтобы они были достаточно высокими для обеспечения надлежащих стимулов для инвестиций в требуемую инфраструктуру и достаточно низкими для предоставления новым участникам возможности вести конкуренцию на справедливых условиях. Если оператор сети оказывает услуги в условиях конкуренции с другими поставщиками, может потребоваться отдельный бухгалтерский учет по каждому из его направлений деятельности, с тем чтобы определить фактическую стоимость использования сети или ее отдельных частей третьими сторонами.

30. Технические условия доступа могут иметь столь же важное значение, и от операторов сети может потребоваться приспособление их сетей к удовлетворению потребностей новых участников в доступе. Доступ может предоставляться к сети в целом или к отдельным ее частям или сегментам (которые иногда также называются узловыми или важными объектами). Многие правительства разрешают поставщикам услуг создавать свою собственную инфраструктуру или использовать альтернативную инфраструктуру, если таковая имеется. В таких случаях поставщик услуг может потребовать только доступ к небольшой части сети, и, согласно многим правилам, его нельзя заставить платить большую цену, чем та, которая соответствует стоимости использования конкретного объекта, в котором он нуждается; речь может идти, например, об абонентском шлейфе в сетях связи, пропускных мощностях для энергоснабжения или использовании определенного путевого участка при железнодорожных перевозках.

2. Контроль за ценами

31. За исключением тех случаев, когда концессионер имеет право самостоятельно определять свою тарифную и коммерческую политику, внутренние законы часто ставят цены, взимаемые концессионером, под контроль определенного механизма. Многие страны избрали такой вариант, при котором в законодательстве закрепляются лишь широкие принципы ценообразования, а решение вопросов их практического применения оставляется на усмотрение соответствующего регулирующего органа или на урегулирование на основании условий лицензий или концессий. В случаях использования мер контроля над ценами законодательство, как правило, предусматривает, что формула ценообразования должна разъясняться в запросе предложений и включаться в текст проектного соглашения. Системы контроля над ценами, как правило, включают формулы, используемые для корректировки цен, и положения о контроле для обеспечения соблюдения параметров, используемых для корректировки цен.

а) Методы контроля за ценами

32. Самыми распространенными методами контроля над ценами, используемыми во внутреннем законодательстве, являются методы, основанные на норме прибыли и верхнем пределе цены. Встречаются также комбинированные режимы, сочетающие элементы обеих систем. Эти методы кратко рассматриваются ниже.

i) Метод, основанный на норме прибыли

33. В соответствии с методом, основанным на норме прибыли, механизм корректировки цен строится таким образом, чтобы обеспечить концессионеру определенную прибыль на инвестиции, как правило, выражаемую в процентах и представляющую собой средневзвешенную величину от стоимости заемных средств и стоимости акционерного капитала. Тарифы на любой конкретный период устанавливаются с учетом общих поступлений, необходимых для эксплуатации концессионером соответствующего объекта, включая определение величины его расходов, инвестиций, произведенных для оказания услуг, и допустимой нормы прибыли. Обзор тарифов проводится периодически или в тех случаях, когда организация-заказчик или другие заинтересованные стороны сочтут, что фактическая прибыль выше или ниже, чем потребности объекта в прибыли. С этой целью организация-заказчик проверяет издержки объекта, определяет, в какой мере инвестиции, произведенные концессионером, могут быть включены в базу расчета нормы и рассчитывает поступления, которые необходимо получить для покрытия допустимых расходов и получения согласованной прибыли на инвестиции.

34. Применение метода, основанного на норме прибыли, требует обработки большого объема информации, а также детальных переговоров (например, в отношении приемлемых расходов и распределения расходов). Как считается, метод, основанный на норме прибыли, обеспечивает высокую степень надежности для операторов инфраструктуры, поскольку концессионеру гарантируется, что взимаемые тарифы будут достаточными для покрытия его эксплуатационных расходов и получения согласованной нормы прибыли. Поскольку корректировка цен проводится на регулярной основе, в связи с чем прибыль концессионера поддерживается на относительно постоянном уровне, инвестиции в компании, обеспечивающие общедоступные услуги, связаны с незначительным рыночным риском. Результатом этого являются, как правило, более низкие капитальные издержки. Возможный недостаток метода, основанного на норме прибыли, заключается в том, что он обеспечивает слабые стимулы для минимизации операторами инфраструктуры своих расходов, поскольку существует гарантия того, что эти расходы будут покрыты за счет корректировки тарифов. Однако определенные стимулы могут появиться, если тарифы не будут корректироваться немедленно или если корректировка не будет иметь ретроактивного действия.

ii) Метод установления верхнего предела цены

35. В соответствии с методом установления верхнего предела цены на определенный срок (например, на четыре-пять лет) устанавливается формула цены с учетом будущей инфляции и будущего роста эффективности, ожидаемого от объекта. Колебания цен допускаются в пределах, определяемых этой формулой. В некоторых странах формула представляет собой средневзвешенную величину различных индексов, а в других она соответствует индексу потребительских цен за вычетом коэффициента производительности. В тех случаях, когда требуются значительные новые инвестиции, в формулу может включаться дополнительный компонент для покрытия этих особых затрат. Формула может применяться ко всем услугам, предоставляемым компанией, или лишь к отдельным "корзинам" услуг, причем к различным "корзинам" услуг могут применяться различные формулы. При этом периодическая корректировка формулы основывается на расчетах, аналогичных применяемым в случае метода, основанного на норме прибыли, для чего требуется обработка столь же подробной информации, о которой говорилось выше, хотя и на менее частой основе.

36. Применение механизма установления верхнего предела цены может оказаться менее сложным, по сравнению с методом, основанным на норме прибыли. По имеющимся данным, метод установления верхнего предела цены обеспечивает более значительные стимулы для поставщиков общедоступных услуг, поскольку концессионер до следующего периода корректировки пользуется выгодами от снижения предполагавшегося размера затрат. Вместе с тем, поставщики общедоступных услуг, как правило, подвергаются большему риску при использовании метода установления верхнего предела цены, чем при применении механизма, основанного на норме прибыли. В частности, концессионер рискует понести убытки, если издержки оказываются выше, чем предполагалось, поскольку до следующей корректировки концессионер не может поднять цены. Повышение риска увеличивает стоимость капитала. В условиях запрета на рост прибыли проектной компании могут возникнуть сложности с привлечением новых инвестиций. Кроме того, компания может подвергнуться искушению снизить качество предоставляемых услуг, и тем самым уменьшить издержки.

iii) Комбинированные методы

37. Многие методы, используемые в настоящее время для корректировки тарифов, сочетают в себе элементы как механизма, основанного на норме прибыли, так и механизма установления верхнего уровня цены, для того, чтобы уменьшить риск для поставщиков услуг, а также обеспечить достаточные стимулы для повышения эффективности при эксплуатации инфраструктуры. В рамках одного из таких комбинированных методов для корректировки тарифов могут использоваться скользящие шкалы, которые обеспечивают корректировку в сторону повышения в тех случаях, когда норма прибыли опускается ниже определенного минимального уровня, и в сторону понижения, когда эта норма превышает определенный максимальный уровень, причем когда эта норма находится в установленных пределах, корректировка не осуществляется. Другие возможные методы включают проведение организацией-заказчиком обзора

инвестиций, произведенных концессионером, для определения того, отвечают ли они критериям полезности, с тем чтобы они могли учитываться при расчете потребностей концессионера в прибыли. Еще одним способом корректировки цен, который может использоваться для установления цен или, в более общем плане, для контроля за уровнем цен, является установление цены на основе ориентиров или базовых показателей путем сопоставления различных компонентов издержек одного поставщика общедоступных услуг с элементами расходов других поставщиков и с международными ставками, организация-заказчик получает возможность определить, является ли просьба поставщика общедоступных услуг о корректировке тарифов обоснованной.

b) Программные соображения

38. Каждый из рассмотренных выше основных методов корректировки тарифов имеет свои преимущества и недостатки, которые должны учитываться законодательными органами при рассмотрении вопроса о соответствии методов контроля цен внутренним условиям. Кроме того, в различных секторах инфраструктуры могут применяться различные методы. Так, некоторые законы разрешают организации-заказчику при выборе концессионеров применять либо метод установления фиксированной цены, либо метод, основанный на норме прибыли, в соответствии с масштабами и характером инвестиций и услуг. Какой бы механизм ни был выбран, важно тщательно проанализировать возможности организации-заказчика по обеспечению надлежащего контроля за деятельностью концессионера и эффективного применения выбранного метода корректировки (см. также главу I "Общие соображения по законодательным вопросам", ____).

39. Далее, важно помнить о том, что формулы корректировки цены не могут быть установлены раз и навсегда, поскольку технология, обменные курсы, ставки заработной платы, производительность и другие факторы неизбежно будут существенно изменяться в течение срока реализации проекта, причем порой непредсказуемо. В связи с этим многие страны создали механизмы для пересмотра тарифных формул, включая периодический пересмотр (например, каждые четыре-пять лет) или специальный пересмотр во всех случаях, когда очевидно, что выбранная формула не может обеспечить концессионеру надлежащую компенсацию (см. также пункты 59-68). Тарифный режим также требует надлежащей стабильности и предсказуемости с тем, чтобы дать возможность поставщикам общедоступных услуг и пользователям соответствующим образом планировать свою деятельность и обеспечить финансирование на основе предсказуемой прибыли. Особую озабоченность в отношении осуществляемых в порядке регулирования изменений, влияющих на метод корректировки цен, могут проявлять инвесторы и кредиторы. Так, они, как правило, требуют, чтобы формула корректировки цены, указывалась в проектном соглашении.

3. Требования в отношении предоставления информации

40. Во многих странах законы налагают на поставщиков общедоступных услуг обязанность представлять регулирующему органу точную и своевременную информацию о своих операциях и наделяют регулирующие органы специальными правами по обеспечению соблюдения этого требования. К их числу может относиться право направления запросов и проведения аудиторских проверок, включая тщательные аудиторские проверки показателей исполнения и соблюдения соответствующих норм, право налагать санкции на компании, отказывающиеся от сотрудничества, и право устанавливать запреты или возбуждать штрафные процедуры, направленные на обеспечение представления информации.

41. Поставщики общедоступных услуг, как правило, обязаны вести финансовые счета и ведомости и предоставлять их в распоряжение регулирующего органа, а также составлять подробную калькуляцию издержек, которая позволит регулирующему органу отдельно контролировать различные аспекты деятельности компании. Может также требоваться тщательная проверка финансовых операций в отношениях между концессионером и его дочерними компаниями, поскольку концессионеры могут попытаться перевести доходы в нерегулируемые предприятия или иностранные дочерние предприятия. Применительно к операторам инфраструктуры также могут действовать требования в отношении подробной технической и производственной отчетности. В то же время, как правило, важно установить разумные пределы в отношении степени детализации и типа информации, которую должны предоставлять

операторы инфраструктуры. Кроме того, необходимо принять надлежащие меры для защиты конфиденциальности любой защищенной правами собственности информации, которую концессионер и его дочерние компании могут представить регулирующему органу.

4. Эксплуатационные стандарты

42. Поставщики общедоступных услуг обычно должны соблюдать комплекс технических стандартов и стандартов обслуживания. В большинстве случаев такие стандарты являются слишком подробными для включения в законодательство, и поэтому они могут устанавливаться в принятых во исполнение этого законодательства указах, постановлениях и других документах. Стандарты обслуживания часто подробно указываются в проектном соглашении. Они включают стандарты качества, такие как требования в отношении чистоты и напора воды, предельные сроки для осуществления ремонта, лимиты на количество сбоев или жалоб, своевременность оказания транспортных услуг, непрерывность снабжения и стандарты в области здравоохранения, техники безопасности и охраны окружающей среды. Однако законодательные органы могут устанавливать базовые принципы, которые будут лежать в основе разработки подробных стандартов, или потребовать соблюдения международных стандартов.

43. Организация-заказчик, как правило, сохраняет за собой право следить за соблюдением проектной компанией эксплуатационных стандартов, установленных в порядке регулирования. Концессионер будет заинтересован в том, чтобы, по мере возможности, избежать любого приостановления эксплуатации объекта и защитить себя от последствий такого приостановления. Он будет стремиться получить гарантии того, что выполнение организацией-заказчиком своих полномочий по контролю или регулированию не приведет к необоснованному нарушению или приостановлению эксплуатации объекта и не повлечет за собой необоснованных дополнительных издержек для концессионера.

5. Права концессионера по обеспечению выполнения контракта

44. Государственные учреждения, как правило, наделены полномочиями, призванными содействовать предоставлению услуг и обеспечению того, чтобы пользователи соблюдали соответствующие правила и положения. Такие полномочия могут включать, например, право устанавливать нормы техники безопасности и следить за их соблюдением и право приостановить предоставление услуг в чрезвычайных ситуациях и по соображениям безопасности. Эти права, как правило, вытекают из общих полномочий правительства и в некоторых правовых системах являются неотъемлемой функцией правительства.

45. В странах с установившимися традициями выдачи концессий на предоставление общедоступных услуг концессионер может наделяться необходимыми правами путем делегирования ему полномочий правительства. Объем прав, делегируемых концессионеру, обычно определяется в проектном соглашении и может подробно не оговариваться в законодательных актах. Тем не менее в законодательстве, возможно, было бы полезно предусмотреть, что концессионер может быть уполномочен устанавливать правила, регулирующие использование объекта населением, и принимать разумные меры для обеспечения соблюдения этих правил населением. Возможно, будет целесообразно предусмотреть, что эти правила вступают в силу после их утверждения, в зависимости от конкретных обстоятельств, регулирующим органом или организацией-заказчиком. Однако право утверждать предложенные концессионером эксплуатационные правила не должно носить дискреционный характер, и концессионер должен иметь право обжаловать решение об отказе в утверждении предложенных правил (см. главу I "Общие соображения по законодательным вопросам", ____).

46. Особую важность для концессионера представляет вопрос о возможности прекращения предоставления услуг в результате неисполнения или несоблюдения условий со стороны пользователей. Несмотря на общую обязанность концессионера обеспечивать непрерывное предоставление услуг (см. пункты 23-24), во многих правовых системах признается, что предприятия, предоставляющие общедоступные услуги, могут устанавливать и обеспечивать соблюдение правил, предусматривающих прекращение предоставления услуг потребителю или пользователю, который не платит за предоставленные услуги или который серьезно нарушил условия, касающиеся пользования услугами. Это право зачастую считается важнейшим условием для предотвращения злоупотреблений и обеспечения экономической жизнеспособности деятельности по оказанию услуг. Однако с учетом жизненной важности некоторых видов общедоступных услуг, в некоторых правовых системах для наделения такими правами может требоваться санкция законодательных органов. Кроме того, для осуществления этих полномочий

может предусматриваться целый ряд прямо оговоренных или подразумеваемых ограничений или условий, таких, как специальные требования об уведомлении и специальные средства защиты потребителей. Дополнительные ограничения и условия могут вытекать из применения общих правил, касающихся защиты потребителей (см. главу VII "Применимое право", ____).

Е. Гарантии исполнения и страхование

47. В обязанности концессионера, как правило, входит предоставление в той или иной форме гарантий исполнения на случай неисполнения обязательств и страхование от ряда рисков. В некоторых странах закон обычно требует предоставления концессионером надлежащих гарантий исполнения, а вопрос о подробной регламентации этого требования оставляется на урегулирование в проектных соглашениях. В других странах законодательство содержит более детальные положения, например, требующие предоставления определенных гарантий в размере некоторой процентной доли основных инвестиций.

1. Виды, функции и характер гарантий исполнения

48. Как правило, существуют два вида гарантий исполнения. Согласно первому виду - денежной гарантии исполнения - гарант обязуется выплатить организации-заказчику денежные средства в пределах заранее оговоренной суммы для покрытия финансовой ответственности концессионера в случае неисполнения со стороны последнего. Денежные гарантии исполнения могут иметь форму обязательственного письма в обеспечение договора, резервного аккредитива или гарантии по первому требованию. В соответствии со вторым видом гарантий - обязательством по обеспечению исполнения - гарант выбирает один из двух следующих вариантов: либо а) самостоятельно исправить строительные дефекты или закончить незавершенное строительство; либо б) привлечь другого подрядчика для исправления дефектов или окончания незавершенного строительства и выплатить организации-заказчику компенсацию за убытки, причиненные неисполнением. В стоимостном выражении такое обязательство ограничено обусловленной суммой или определенной долей стоимости контракта. В соответствии с обязательством по обеспечению исполнения гарант часто оставляет за собой возможность исполнить свое обязательство путем выплаты организации-заказчику соответствующей денежной суммы. Гарантии исполнения, как правило, предоставляются специализирующимися на гарантиях учреждениями, такими, как гарантийные и страховые компании. Особым видом гарантии исполнения является гарантия обслуживания, которая защищает организацию-заказчика от возможных будущих сбоев, которые могут произойти в период пуска или эксплуатации объекта, и служит гарантией того, что любые ремонтно-восстановительные работы в течение гарантийного периода после завершения строительства объекта будут осуществлены концессионером.

49. Что касается их характера, то гарантии исполнения в целом могут быть разделены на независимые гарантии и акцессорные гарантии. Гарантия считается независимой, если обязательство гаранта не связано с обязательствами концессионера по проектному соглашению. В соответствии с независимой гарантией (которая часто называется гарантией по первому требованию) или резервным аккредитивом, гарант или эмитент обязан осуществить платеж по требованию бенефициара, и последний имеет право на его получение, если он представит документ или документы, указанные в условиях такой гарантии или резервного аккредитива. Такой документ может иметь вид простого заявления бенефициара о том, что подрядчик не исполнил свои обязательства по контракту. Гарант или эмитент не вправе удерживать платеж по той причине, что в действительности никакое неисполнение обязательств по основному контракту не имело места; в то же время, в соответствии с правом, применимым к гарантийному документу, в платеже в исключительных случаях при узко определенных условиях может быть отказано или он может быть задержан (например, когда требование бенефициара носит явно мошеннический характер). В отличие от этого гарантия является акцессорной, если обязательство гаранта предусматривает не только простое изучение документального требования платежа, но и возможную оценку доказательств ответственности подрядчика за неисполнение контракта на производство работ. Характер этой связи в различных гарантиях может варьироваться и включать необходимость доказывания ответственности подрядчика в арбитражном порядке. По своей сути гарантии исполнения носят акцессорный характер по отношению к основному контракту.

2. Преимущества и недостатки различных видов гарантий исполнения

50. С точки зрения организации-заказчика денежные гарантии исполнения могут быть особенно полезными для покрытия дополнительных расходов, которые она может понести в результате задержки исполнения или неисполнения концессионером. Денежные гарантии исполнения могут также служить инструментом оказания давления на концессионера для обеспечения своевременного завершения строительства и исполнения других взятых им на себя обязательств в соответствии с условиями проектного соглашения. Однако сумма таких гарантий, как правило, составляет лишь часть экономической стоимости гарантированного обязательства и обычно является недостаточной для покрытия расходов по привлечению третьей стороны к выполнению работ вместо концессионера или его подрядчиков.

51. С точки зрения организации-заказчика гарантия по первому требованию имеет то преимущество, что она обеспечивает быстрое возмещение средств по гарантии без представления доказательств неисполнения со стороны подрядчика или размера убытков бенефициара. Кроме того, гаранты, предоставляющие денежные гарантии исполнения, в особенности банки, предпочитают гарантии по первому требованию, поскольку в них четко указаны условия, при которых возникает их ответственность по осуществлению платежа, и благодаря этому гаранты не участвуют в спорах между организацией-заказчиком и концессионером по вопросу о том, имело ли место неисполнение по проектному соглашению. Еще одно преимущество выдачи банком гарантии по первому требованию связано с возможностью быстрого и эффективного возмещения сумм, выплаченных в соответствии с гарантией по первому требованию, благодаря наличию прямого доступа к активам концессионера.

52. Недостаток гарантии выплаты компенсации по первому требованию или резервного аккредитива, с точки зрения организации-заказчика, состоит в том, что эти инструменты могут увеличить общие расходы по проекту, поскольку концессионер обычно вынужден получать и резервировать крупные суммы для контргарантий для учреждений, выдающих гарантии по первому требованию или резервные аккредитивы. Кроме того, концессионер, который предоставляет такую гарантию, может пожелать застраховаться от риска, связанного с выплатой организации-заказчику возмещения по гарантии по первому требованию или резервному аккредитиву, когда на деле никакого нарушения со стороны концессионера не было, и стоимость такого страхования включается в расходы по проекту. Концессионер может также включить в расходы по проекту потенциальные издержки в связи с любым иском, который может потребоваться возбудить в отношении организации-заказчика для возврата необоснованно востребованной с него суммы. Кроме того, поскольку организация-заказчик может получить сумму, подлежащую выплате согласно гарантии или резервному аккредитиву на основе неподтвержденного заявления о неисполнении со стороны концессионера, концессионер может пожелать установить размер суммы, подлежащей выплате, в виде небольшой процентной доли расходов по проекту и тем самым ограничить убытки, которые он может понести в результате выплаты возмещения гаранту в случае требования организации-заказчика в ситуации, когда неисполнения обязательств не было.

53. Недостаток гарантии по первому требованию или резервного аккредитива, с точки зрения концессионера, состоит в том, что, при получении организацией-заказчиком возмещения в случае, когда неисполнения со стороны концессионера не было, последний может понести немедленные убытки, если гарант или эмитент аккредитива взыщет причитающееся ему возмещение из активов концессионера после осуществления платежа организации-заказчику. Концессионер может также столкнуться с трудностями и задержками в связи с возмещением организацией-заказчиком необоснованно востребованной суммы.

54. Условия акцессорной гарантии, как правило, требуют от бенефициара доказать факт неисполнения обязательств подрядчиком и размеры убытков, понесенных бенефициаром. Кроме того, возражения, имеющиеся у должника, которому предъявлено требование из неисполнения обязательств, имеются и у гаранта. Соответственно, существует возможность того, что организация-заказчик, заявляющая требование по гарантии, будет втянута в продолжительный спор. Однако из-за того, что при этом возникает менее высокий риск для гаранта, что также ведет к уменьшению стоимости акцессорной гарантии, денежный предел ответственности гаранта может быть значительно выше, чем при гарантии

по первому требованию, и тем самым гарантия будет охватывать гораздо более значительную часть работ по проектному соглашению. Обязательство по обеспечению исполнения может также иметь преимущества в том случае, если организация-заказчик не может сама эффективно организовать устранение дефектов или завершение строительства и вынуждена обратиться для этого за помощью к третьей стороне. Однако если строительство связано с использованием технологии, известной только концессионеру, устранение дефектов или завершение работ третьей стороной может оказаться невозможным, и в этом случае обязательство по обеспечению исполнения может не иметь вышеуказанного преимущества по сравнению с денежной гарантией исполнения. С точки зрения концессионера преимущество акцессорных гарантий заключается в том, что они не снижают возможности концессионера по заимствованию, поскольку эти гарантии, в отличие от гарантий по первому требованию и резервных аккредитивов, не влияют на кредитную линию концессионера у кредиторов.

55. На основе вышеизложенных соображений можно сделать вывод о том, что различные обязательства, принимаемые на себя концессионером, могут эффективно обеспечиваться различными видами гарантий. Хотя целесообразно потребовать от концессионера предоставления надлежащих гарантий исполнения обязательств, желательно оставить на усмотрение сторон решение вопроса о том, в какой мере и какие гарантии должны предоставляться в отношении различных обязательств, принимаемых на себя концессионером, а не предусматривать в законодательстве только одну форму гарантий, исключив другие. Следует отметить, что проектной компании самой потребуются ряд гарантий исполнения со стороны своих подрядчиков (см. пункт 6) и что дополнительные гарантии в пользу организации-заказчика, как правило, ведут к увеличению общей стоимости проекта и усложняют его. В некоторых странах отечественным организациям-заказчикам даются практические руководства, в которых им рекомендуется тщательно рассмотреть вопрос о том, требуются ли такие гарантии и при каких условиях они необходимы, какие конкретные риски или убытки они должны покрывать и какой вид гарантий лучше всего подходит в том или ином конкретном случае. Способность проектной компании привлекать финансовые средства для проекта может быть поставлена под угрозу, если требования в отношении гарантий будут чрезмерно высокими.

56. Одна из конкретных проблем, касающихся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, связана со сроком действия гарантии. Организация-заказчик может быть заинтересована в получении гарантий исполнения, действующих в течение всего срока осуществления проекта и охватывающих как этап строительства, так и этап эксплуатации. Однако с учетом долгосрочного характера проектов в области инфраструктуры и трудности оценки различных потенциальных рисков, гаранту может оказаться сложно выдать гарантию исполнения на весь срок осуществления проекта или перестраховать свои обязательства по гарантии исполнения. На практике эта проблема осложняется оговорками, предусматривающими, что невозобновление гарантии исполнения является основанием для требования по гарантии, и тем самым выдача разрешения проектной компании представлять гарантии исполнения на более короткие сроки может оказаться не самым лучшим решением. Одно из возможных решений, к которому прибегают в некоторых странах, состоит в требовании обеспечить отдельные гарантии для этапа строительства и этапа эксплуатации, что дает возможность лучше оценить риски и перспективы перестрахования. Такая система может подкрепляться четким определением риска, страхуемого на этапе эксплуатации, что позволяет лучше оценить риски и сократить общую сумму гарантии. Другая возможность, которая должна быть рассмотрена организацией-заказчиком, состоит в том, чтобы потребовать представления гарантий исполнения на время конкретных критических периодов, а не на весь срок осуществления проекта. Например, можно потребовать гарантию на этап строительства, которая действовала бы в течение соответствующего периода времени после завершения объекта и покрывала бы те дефекты, которые могут быть обнаружены впоследствии. Затем такую гарантию могла бы заменить гарантия исполнения на соответствующий определенный срок эксплуатации, с тем чтобы проектная компания могла продемонстрировать свою способность вести эксплуатацию объекта в соответствии с предусмотренными стандартами. Если работа компании, отвечающей за осуществление проекта, получает удовлетворительную оценку, требование гарантии может быть отменено на остаток срока эксплуатации до оговоренного момента перед завершением срока действия концессии, когда от проектной компании может потребоваться представление новой гарантии для обеспечения ее обязательств в связи с передачей активов и другими соответствующими мерами по

завершению проекта в установленном порядке (см. главу VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ____).

3. Механизмы страхования

57. Механизмы страхования, используемые в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, как правило варьируются в зависимости от этапов, к которым они применяются, причем на конкретных этапах осуществления проекта приобретаются только определенные виды страхования. Некоторые виды страхования, такие как страхование от приостановления коммерческой деятельности, могут приобретаться концессионером в его собственных интересах, другие же - в соответствии с требованиями законодательства принимающей страны. К последним видам страхования часто относится страхование от причинения ущерба объекту, страхование гражданской ответственности, страхование компенсационных выплат рабочим, страхование на случай загрязнения и причинения ущерба окружающей среде.

58. Обязательные страховые полисы, предусмотренные законодательством принимающей страны, часто приходится приобретать у местной страховой компании или другого учреждения, которому разрешено вести операции в соответствующей стране, что в некоторых случаях может быть сопряжено с рядом практических трудностей. В некоторых странах обычно предлагаемое покрытие может оказаться более ограниченным, чем стандартное покрытие, которое может быть приобретено на международном рынке, в связи с чем концессионер может остаться незастрахованным от ряда рисков, которые могут превысить его возможности по самострахованию. Этот риск бывает особенно серьезным в случае страхования ущерба окружающей среде. В некоторых странах могут также возникать трудности из-за ограниченности возможностей местных страховщиков по перестрахованию рисков на международных рынках страхования и перестрахования. В силу этого проектная компания порой нуждается в приобретении дополнительных страховых услуг за рубежом, что увеличивает общие издержки по финансированию проекта.

F. Изменение условий

59. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, обычно рассчитаны на длительный срок, в течение которого многие обстоятельства, касающиеся проекта, могут измениться. Последствия многих изменений могут быть заранее урегулированы в проектном соглашении либо с помощью финансовых механизмов, таких, как тарифная структура, включающая положение об индексации (см. пункты 33-37), либо путем взятия на себя одной из сторон, непосредственно или путем исключения, определенных рисков (например, если цена на топливо или электроэнергию не учтена в механизмах индексации, то риск более высоких, чем предполагалось, цен ложится на концессионера). Однако существуют изменения, которые трудно предусмотреть в механизме автоматической корректировки или которые стороны могут предпочесть исключить из такого механизма. С точки зрения законодательства особого внимания заслуживают две отдельные категории изменений: законодательные или нормативные изменения и непредвиденные изменения экономических условий.

1. Законодательные или нормативные изменения

60. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, концессионер может столкнуться с дополнительными расходами при исполнении своих обязательств по проектному соглашению в результате будущих непредвиденных изменений в законодательстве, которое регламентирует его деятельность. В экстремальных случаях законодательство может даже сделать невозможным осуществление проекта концессионером с финансовой или материальной точки зрения. В целях надлежащего решения проблемы изменений в законодательстве может оказаться полезным провести разграничение между законодательными изменениями, конкретно касающимися проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, или одного конкретного проекта, с одной стороны, и законодательными изменениями общего характера, которые влияют не только на эксплуатацию инфраструктуры, но и на другие виды экономической деятельности, с другой стороны.

61. Изменения в законодательстве затрагивают все коммерческие организации, будь то в частном или государственном секторе, и обычно им приходится решать вопросы, связанные с последствиями таких изменений для ведения деловых операций, включая воздействие изменений на цены и спрос на их продукцию. В качестве возможных примеров следует отметить: изменения налоговых скидок в связи с капитальными затратами, которые применяются ко всем видам активов, независимо от того, принадлежат ли они государственному или частному сектору и связаны ли они с проектами в области инфраструктуры; положения, касающиеся охраны здоровья и безопасности строительных рабочих в рамках всех строительных проектов, а не только проектов в области инфраструктуры; а также изменения в положениях, касающихся утилизации опасных веществ. Общие изменения в законодательстве могут рассматриваться как обычные коммерческие риски, а не как риски, конкретно связанные с деятельностью концессионера, и правительству может оказаться сложно обеспечить защиту операторов инфраструктуры от экономических и финансовых последствий изменений в законодательстве, которые в равной мере затрагивают все коммерческие организации. Таким образом, может не иметься оснований *prima facie* для того, чтобы концессионер не испытывал на себе последствия общих законодательных рисков, включая риск увеличения издержек в результате изменений в законах, относящихся ко всему коммерческому сектору.

62. Тем не менее важно учитывать возможную ограниченность способности концессионера абсорбировать или реагировать на рост издержек, который является следствием общих законодательных изменений. На деятельность операторов инфраструктуры часто распространяются стандарты обслуживания и механизмы контроля над ценами (см. пункты 31-39), что затрудняет их возможности реагировать на изменения законов таким же образом, как и другие частные компании (например, путем повышения тарифов или сокращения услуг). Если механизмы контроля над ценами предусмотрены в проектном соглашении, то концессионер будет пытаться получить у организации-заказчика или регулирующего органа, в зависимости от конкретных обстоятельств, гарантии в отношении того, что ему будет позволено возместить дополнительные издержки, вызванные изменениями в законодательстве, путем увеличения цен. Если такая гарантия не может быть дана, целесообразно наделить организацию-заказчика полномочиями договариваться с концессионером о компенсации, на которую концессионер может быть вправе рассчитывать в том случае, если механизмы контроля над ценами не позволяют полностью возместить дополнительные издержки, вызванные общими законодательными изменениями.

63. Иная ситуация возникает в том случае, когда концессионер сталкивается с ростом издержек в результате законодательных изменений специального характера, касающихся конкретного проекта, или класса аналогичных проектов, или же в целом проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Такие изменения нельзя рассматривать как обычные коммерческие риски, и они могут существенно изменить экономические и финансовые предположения, на основе которых было заключено проектное соглашение. Таким образом, организация-заказчик часто соглашается взять на себя дополнительные расходы, являющиеся следствием специальных законодательных изменений, касающихся конкретного проекта, или класса аналогичных проектов, или же в целом проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Например, в рамках проектов прокладки автомагистралей закон, касающийся конкретного проекта или дорожно-эксплуатационной компании, или же соответствующего класса проектов частных автодорог может повлечь за собой корректировку цен согласно соответствующим положениям проектного соглашения.

2. Изменения экономических условий

64. В некоторых правовых системах действуют правила, которые допускают возможность пересмотра положений проектного соглашения в случае изменения экономических и финансовых условий, которое хотя и не создает препятствий исполнению обязательств концессионера по контракту, существенно затрудняет их исполнение по сравнению с тем, что предусматривалось первоначально, в тот момент, когда концессионер брал на себя эти обязательства. В некоторых правовых системах возможность пересмотра условий соглашения обычно подразумевается во всех правительственных контрактах или конкретно оговаривается в соответствующем законодательстве.

65. Переговоры по финансовым и экономическим условиям для осуществления инвестиций концессионером ведутся на основе предположений, исходящих из обстоятельств, существующих в момент переговоров, и разумных ожиданий сторон в отношении того, как будут развиваться эти обстоятельства в период осуществления проекта. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, концессионер будет стремиться договориться о механизмах, которые обеспечили бы некоторую защиту от неблагоприятных финансовых и экономических последствий чрезвычайных и непредвиденных событий, которые не могли быть учтены при заключении проектного соглашения, или о механизмах, которые, даже если бы эти события и были учтены, привели бы к иному распределению рисков или установлению иного вознаграждения за инвестиции, осуществляемые концессионером. Вследствие этого в ряде стран применяются правила о пересмотре условий контракта, которые помогают сторонам в поиске справедливых решений для сохранения экономической и финансовой жизнеспособности проектов в области инфраструктуры и предотвращают свертывание операций концессионером, которое отрицательно сказалось бы на ситуации в этих странах. Однако правила о пересмотре могут иметь и ряд недостатков, особенно с точки зрения правительства.

66. Как и в случае общих законодательных изменений, изменения экономических условий представляют собой риск, с которым сталкивается большинство коммерческих организаций, не имеющих возможности воспользоваться какой-либо общей гарантией правительства, которая могла бы защитить их от экономических и финансовых последствий этих изменений. Безусловное обязательство организации-заказчика выплатить концессионеру компенсацию в связи с изменениями экономических условий может привести к переносу на государственный сектор существенной доли коммерческих рисков, изначально возлагавшихся на концессионера, и представляет собой неограниченное финансовое обязательство. Кроме того, следует отметить, что предлагаемый уровень тарифов и основные элементы распределения рисков являются важными, если не определяющими, факторами при выборе концессионера. Чрезмерно льготное применение процедуры пересмотра условий проекта может привести к предложению в ходе процесса отбора нереалистично низких тарифов в расчете на их повышение после выдачи подряда на проект. Таким образом, организация-заказчик может быть заинтересована в установлении разумных пределов, в которых законодательные положения или положения договоров могут допускать пересмотр проектного соглашения из-за изменения экономических условий.

67. Может оказаться целесообразным предусмотреть в проектном соглашении, что изменение обстоятельств, оправдывающее пересмотр условий проектного соглашения, должно быть вне сферы контроля концессионера и что характер его должен быть таким, что концессионер не мог разумно его предвидеть в момент заключения проектного соглашения или избежать и преодолеть его последствия. Например, нельзя ожидать, что компания, осуществляющая эксплуатацию платной автомобильной дороги на основании исключительной концессии (см. главу IV "Проектное соглашение" ____), будет учитывать возможность и нести риск снижения интенсивности дорожного движения из-за последующего ввода в эксплуатацию альтернативной бесплатной дороги организацией, не являющейся организацией-заказчиком. Однако концессионер, как правило, должен учитывать возможность разумного увеличения стоимости рабочей силы в течение срока осуществления проекта. Таким образом, при обычных условиях тот факт, что заработная плата оказалась выше, чем это первоначально предполагалось, не будет считаться достаточным основанием для пересмотра проектного соглашения.

68. Кроме того, возможно, будет желательно предусмотреть в проектном соглашении, что для представления просьбы о пересмотре проектного соглашения необходимо, чтобы стоимостное воздействие якобы произошедших изменений экономических и финансовых условий было выражено определенной минимальной процентной долей от общих расходов по проекту или поступлений концессионера. Такое правило помогает избежать проведения трудных переговоров о корректировке в случае небольших изменений до тех пор, пока совокупное воздействие изменений не составит достаточно существенной величины. В некоторых странах действуют правила, предусматривающие установление максимального предела для совокупного числа периодических пересмотров проектного соглашения. Цель таких правил состоит в том, чтобы не допустить злоупотребления механизмом изменений как средством обеспечения общего финансового баланса, не имеющего ничего общего с тем, который предусматривался в первоначальном проектном соглашении. Однако с точки зрения концессионера и кредиторов такие

ограничения могут представлять собой высокий риск в случае, например, быстрого роста издержек в результате крайне резкого изменения обстоятельств. Поэтому следует тщательно взвесить вопрос о целесообразности введения такого максимального предела, а также о его определении в количественном выражении.

Г. Положения, касающиеся освобождения от ответственности

69. В ходе осуществления проекта в области инфраструктуры могут произойти события, которые воспрепятствуют исполнению одной из сторон своих договорных обязательств. События, создающие такие препятствия, как правило, не поддаются контролю любой из сторон и могут быть физическим явлением, таким, как стихийное бедствие, или результатом деятельности человека, таким, как войны, восстания или террористические акции. В правовых системах многих стран в целом признается, что сторона, которая не исполняет свои договорные обязательства в силу определенных событий, может освобождаться от последствий такого неисполнения.

1. Определение событий, освобождающих от ответственности

70. К числу обстоятельств, освобождающих от ответственности, как правило относятся события, не поддающиеся контролю одной из сторон, которые препятствуют этой стороне исполнить свои обязательства и которые эта сторона не в состоянии преодолеть за счет проявления надлежащей осмотрительности. Примерами таких событий обычно являются стихийные бедствия (например, циклоны, наводнения, засухи, землетрясения, бури, пожары или удары молний); война (объявленная или необъявленная) или другая военная деятельность, включая восстания и гражданские волнения; сбой в работе объектов или саботаж, террористические акты, уголовные преступления или угрозы таких акций; радиоактивное или химическое заражение или ионизирующая радиация; последствия природных явлений, включая геологические условия, которые невозможно было предвидеть или предотвратить; особо крупные забастовки рабочей силы.

71. В некоторых законах делается лишь общая ссылка на обстоятельства, освобождающие от ответственности, в то время как в других содержится подробный перечень обстоятельств, которые освобождают стороны от обязательств по проектному соглашению. Последний метод может служить цели обеспечения единообразного подхода к решению этого вопроса во всех проектах, разработанных согласно соответствующему законодательству, что помогает избегать ситуаций, при которых для какого-либо концессионера распределение рисков является более благоприятным, чем то, которое предусмотрено в других проектных соглашениях. Однако важно рассмотреть возможные недостатки включения в законодательные или нормативные положения перечня событий, которые должны рассматриваться как препятствия, освобождающие от ответственности во всех случаях. Существует риск того, что этот перечень может оказаться неполным и не охватить важные препятствия. Кроме того, в определенное время года некоторые стихийные бедствия, такие, как бури, циклоны, наводнения, могут являться вполне обычным явлением в месте осуществления проекта. Сами по себе эти стихийные бедствия могут представлять собой риски, которые любой поставщик общедоступных услуг, действующий в данном регионе, должен заранее предвидеть.

72. Другой аспект, который нуждается в тщательном рассмотрении, состоит в том, могут ли те или иные действия других государственных учреждений, помимо организации-заказчика, квалифицироваться как препятствия, освобождающие от ответственности, и если да, то в какой степени. От концессионера может потребоваться получить лицензию или иное официальное разрешение на исполнение некоторых из его обязательств. Таким образом проектное соглашение может предусматривать, что, если в выдаче лицензии или разрешения будет отказано, или если они будут даны, но потом отозваны из-за того, что концессионер не отвечает определенным критериям для выдачи лицензии или разрешения, то концессионер не может ссылаться на отказ в качестве препятствия, освобождающего от ответственности. Однако если в выдаче лицензии или разрешения будет отказано или же если они будут отозваны по посторонним или необоснованным причинам, то будет справедливо предусмотреть, что концессионер может ссылаться на отказ в качестве препятствия, освобождающего от ответственности. Другим

возможным основанием для освобождения может служить приостановление проекта, произведенное правительственным органом, помимо организации-заказчика, например, вследствие изменений правительственных планов и политики, которые требуют приостановления или серьезного пересмотра проекта, что существенно влияет на первоначальные планы. В таких случаях будет, возможно, важно рассмотреть институциональную взаимосвязь между организацией-заказчиком и правительственным учреждением, в результате действий которого создано препятствие, а также степень их независимости друг от друга. Событие, квалифицируемое как препятствие, освобождающее от ответственности, может в некоторых случаях представлять собой прямое нарушение проектного соглашения организацией-заказчиком в зависимости от того, могла ли организация-заказчик осуществлять разумный контроль за действиями другого государственного учреждения или оказать на них влияние.

73. В свете вышеизложенного в проектном соглашении целесообразно определять обстоятельства, освобождающие любую из сторон от ответственности за исполнение обязательств по этому соглашению, с тем чтобы дать сторонам необходимую свободу для поиска надлежащих механизмов. С тем чтобы избежать практических противоречий, в проектном соглашении следует четко указывать, обуславливают ли события, освобождающие от ответственности, наступление автоматических последствий или их возникновение должно быть установлено сторонами при использовании специальной процедуры.

2. Последствия для сторон

74. В некоторых правовых системах возникновение обстоятельств, освобождающих от ответственности, приводит к приостановлению выполнения проекта или действия концессии на период существования такого препятствия. В других правовых системах проектное соглашение технически не приостанавливается, однако если обстоятельства таковы, что концессионер оказывается неспособным исполнять свои обязательства по проектному соглашению, такая неспособность не считается нарушением проектного соглашения. Главные вопросы, которые должны быть проработаны в связи с наступлением любых событий, освобождающих от ответственности, состоят в том, предоставляется ли для исполнения обязательств дополнительный срок и какая сторона несет расходы, вызванные задержкой, или издержки, связанные с ремонтом поврежденного имущества.

75. На стадии строительства возникновение обстоятельств, освобождающих от ответственности, как правило, оправдывает продление сроков, отведенных для завершения объекта. В этой связи важно изучить последствия любого такого продления для общей продолжительности проекта, в частности в тех случаях, когда этап строительства учитывается при расчете общей продолжительности срока концессии. Задержки с завершением строительства объекта сокращают продолжительность эксплуатационного периода и могут негативно сказаться на общей смете поступлений концессионера и кредиторов. Поэтому может оказаться целесообразным рассмотреть вопрос о том, при каких обстоятельствах продление срока концессии может быть оправданным, с тем чтобы учесть возможные задержки, которые возникают на этапе строительства. Наконец, желательно предусмотреть, что, если соответствующее обстоятельство носит постоянный характер, стороны могут прекратить проектное соглашение (см. также главу VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ____).

76. Другой важный вопрос состоит в том, будет ли концессионер иметь право на компенсацию в случае потери доходов или причинения ущерба имуществу в результате возникновения обстоятельств, освобождающих от ответственности. Ответ на этот вопрос дает распределение рисков, предусмотренное в проектном соглашении. За исключением случаев, когда правительство оказывает прямую поддержку в той или иной форме (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ____), проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, осуществляются концессионером на свой страх и риск, включая риск убытков, которые могут являться следствием стихийных бедствий и других обстоятельств, освобождающих от ответственности, и от которых концессионеру, обычно, требуется надлежащим образом застраховываться (см. пункты 57-58). Таким образом, некоторые законы исключают любую форму компенсации концессионеру в случае убытков или ущерба, являющихся следствием возникновения обстоятельств, освобождающих от ответственности. Однако это необязательно подразумевает, что те или иные события, квалифицируемые

как обстоятельства, освобождающие от ответственности, не могут в то же время служить основанием для пересмотра условий проектного соглашения в целях восстановления экономического и финансового равновесия (см. также пункты 59-68).

77. Вместе с тем для проектов, связанных с строительством объектов, которые находятся в постоянной собственности организации-заказчика или должны быть переданы ей по завершении срока проекта, иногда предусматривается другое распределение рисков. В некоторых странах организация-заказчик имеет право заключать соглашения об оказании концессионеру помощи в ремонте или реконструкции объектов инфраструктуры, пострадавших в результате стихийных бедствий или аналогичных событий, указанных в проектом соглашении, при условии, что возможность такой помощи предусматривалась в запросе предложений. Иногда организация-заказчик вправе согласиться выплатить компенсацию концессионеру в случае приостановления работ на более чем определенное число дней в пределах какого-либо максимального срока, если это приостановление вызвано событием, произошедшим не по вине концессионера.

78. Если концессионер оказывается не в состоянии исполнять свои обязательства из-за любого такого препятствия и если сторонам не удается добиться приемлемого пересмотра условий контракта, согласно некоторым национальным законам концессионеру предоставляется право прекратить проектное соглашение без ущерба для той компенсации, которая может причитаться при таких обстоятельствах (см. главу VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ____).

79. Законодательные и договорные положения, касающиеся обстоятельств, освобождающих от ответственности, также необходимо рассматривать в свете других правил, регулирующих предоставление соответствующих услуг. В некоторых правовых системах закон требует, чтобы поставщики общедоступных услуг прилагали все усилия для продолжения оказания услуг, несмотря на возникновение обстоятельств, определенных в качестве препятствий, освобождающих от ответственности по договору (см. пункты 23-24). В этих случаях целесообразно определить, в какой степени такое обязательство может, исходя из разумных соображений, накладываться на концессионера и какая компенсация может причитаться за дополнительные издержки и трудности, с которыми он сталкивается.

Н. Случаи неисполнения обязательств и средства правовой защиты

80. В целом, существует широкий набор средств правовой защиты, которые, по согласованию сторон, могут применяться для урегулирования последствий неисполнения обязательств, приводящего к прекращению контракта. В настоящем разделе рассматриваются общие соображения, касающиеся случаев неисполнения обязательств и средств правовой защиты, имеющихся у любой из сторон (см. пункты 81-82). В нем рассматриваются законодательные последствия применения некоторых видов средств правовой защиты, которые направлены на устранение причин неисполнения обязательств и обеспечение непрерывного осуществления проекта, в частности мер вмешательства организации-заказчика (см. пункты 83-86) или замены концессионера (см. пункты 87-91). Конечное средство правовой защиты в виде прекращения проектного соглашения и последствия такого прекращения рассматриваются в других разделах Руководства (см. главу VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ____).

1. Общие соображения, касающиеся неисполнения обязательств и средств правовой защиты

81. К средствам защиты в случае неисполнения обязательств концессионером, как правило, относятся те, которые обычно используются в контрактах на строительство или долгосрочное оказание услуг, такие, как удержание гарантийных сумм, договорные штрафы и заранее оцененные убытки². В большинстве

²Рассмотрение вопроса о средствах защиты, используемых в контрактах на строительство сложных промышленных объектов, см. Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов, глава XVIII, "Просрочка, дефекты и прочие случаи невыполнения обязательств".

в случаях такие средства правовой защиты являются типично договорными по своему характеру и в связи с ними не возникает значительных вопросов, касающихся законодательства. Тем не менее важно установить надлежащие процедуры для удостоверения случаев неисполнения обязательств и создания возможности для исправления таких случаев. В некоторых странах для наложения договорных штрафов требуется заключение официальной инспекции и осуществления других процедур, включая проведение старшими должностными лицами организации-заказчика соответствующей проверки перед наложением более серьезных санкций. Эти процедуры могут дополняться положениями, проводящими разграничение между поддающимися и не поддающимися исправлению дефектами и устанавливающими соответствующие процедуры и средства правовой защиты. Как правило, целесообразно предусмотреть, что концессионеру должно представляться уведомление с требованием исправить то или иное нарушение в надлежащий срок. Кроме того, возможно, целесообразно предусмотреть выплату концессионером штрафов или заранее оцененных убытков в случае неисполнения им основных обязательств и уточнить, что никакие штрафы не применяются при нарушениях второстепенных или вспомогательных обязательств, применительно к которым могут быть использованы другие средства правовой защиты согласно национальному законодательству. Кроме того, система контроля за исполнением обязательств, предусматривающая штрафы и заранее оцененные убытки, может дополняться системой премий, выплачиваемых концессионеру за превышение согласованных условий.

82. В то время как организация-заказчик может защитить себя от последствий неисполнения со стороны концессионера при помощи ряда различных договоренностей, соблюдение которых обеспечивается в судебном порядке, на средства правовой защиты, имеющиеся у концессионера, в соответствии с действующим законодательством могут накладываться некоторые ограничения. Важные ограничения могут вытекать из норм права, которые признают иммунитет правительственных учреждений от судебных исков и принудительных мер. В зависимости от правовой природы организации-заказчика или другого правительственного учреждения, которое берет на себя обязательства перед концессионером, последний может быть лишен возможности принятия принудительных мер для обеспечения исполнения обязательств, взятых на себя этими публичными учреждениями (см. главу VII "Урегулирование споров", ____). В этой ситуации возрастает важность обеспечения механизмов для защиты концессионера от последствий неисполнения со стороны организации-заказчика, например, при помощи правительственных гарантий, охватывающих конкретные случаи неисполнения обязательств, или гарантий, предоставляемых третьими сторонами, такими, как многосторонние кредитные учреждения (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ____).

2. Права вмешательства организации-заказчика

83. В законах некоторых стран прямо предусматривается, что организация-заказчик имеет право временно брать на себя функции по эксплуатации объекта, обычно в случае неисполнения концессионером его обязательств, в частности, если на организации-заказчике лежит по закону ответственность за обеспечение эффективного оказания соответствующих услуг в любое время. В некоторых правовых системах такая прерогатива рассматривается как неотъемлемая часть большинства правительственных контрактов и считается существующей, даже если о ней прямо не упоминается в законодательстве или проектном соглашении.

84. Следует отметить, что право организации-заказчика на принятие мер или "вмешательство" является крайней мерой. Частные инвесторы могут опасаться, что организация-заказчик может использовать это право или угрожать его использованием с целью навязать свои желания относительно порядка предоставления услуг или даже установить контроль над активами проекта. Поэтому целесообразно как можно более четко определить те обстоятельства, при которых может происходить вмешательство. В законе, возможно, было бы полезно уточнить, что вмешательство организации-заказчика в осуществление проекта носит временный характер и направлено на исправление конкретной безотлагательной проблемы, которую концессионеру не удалось решить самостоятельно. После того, как чрезвычайная ситуация будет исправлена, концессионер должен вновь взять на себя ответственность за оказание услуг. Кроме того, важно оставить за организацией-заказчиком право на вмешательство в случаях серьезных сбоев в предоставлении услуг, а не просто из-за неудовлетворенности деятельностью концессионера.

85. Право организации-заказчика на вмешательство может быть ограничено, поскольку иногда бывает сложно быстро найти и выбрать субподрядчика для принятия мер, ради которых организация-заказчик и вмешалась в работу концессионера. Помимо этого, существует опасность, что частые вмешательства могут переложить на организацию-заказчика те риски, которые, согласно условиям проектного соглашения, были возложены на концессионера. Концессионер не должен полагаться на вмешательство организации-заказчика для устранения того или иного конкретного риска, а сам должен вести себя так, как это предусмотрено в проектном соглашении.

86. В проектном соглашении желательно указать, какая из сторон несет расходы в связи с вмешательством организации-заказчика. В большинстве случаев, если вмешательство обусловлено неисполнением по вине концессионера, то ответственность за расходы, понесенные организацией-заказчиком, должен нести концессионер. В некоторых случаях для предотвращения споров по поводу финансовой ответственности и соответствующего размера расходов в соглашении можно предусматривать право организации-заказчика принимать меры для самостоятельного исправления ситуации и взыскивать фактические издержки, понесенные в связи с таким вмешательством (включая ее собственные административные расходы), с концессионера. Однако, если такое вмешательство происходит после возникновения препятствий, освобождающих от ответственности (см. пункты 69-79), стороны могут договориться об ином решении в зависимости от того, на кого был возложен конкретный риск в проектном соглашении.

3. Права кредиторов на вмешательство и принудительная передача концессии в другие руки

87. В ходе осуществления проекта могут возникнуть ситуации, когда из-за неисполнения обязательств концессионером или возникновения чрезвычайного события вне сферы контроля концессионера стороны будут заинтересованы в том, чтобы избежать прекращения проекта (см. главу VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ____) путем передачи ответственности за продолжение осуществления проекта другому концессионеру. Кредиторы, главным обеспечением которых являются поступления, получаемые от реализации проекта, в первую очередь обеспокоены риском приостановления или прекращения проекта до погашения кредитов. В случае неисполнения обязательств или возникновения препятствия для деятельности концессионера кредиторы будут заинтересованы в обеспечении того, чтобы работы не остались незавершенными и чтобы концессия приносила прибыль. Организация-заказчик также может быть заинтересована в том, чтобы проект мог быть продолжен новым концессионером в качестве альтернативы самостоятельному продолжению осуществления проекта.

88. Положения, которые позволяют кредиторам с согласия организации-заказчика выбрать нового концессионера для выполнения работ по действующему проектному соглашению, были включены в ряд недавних соглашений, касающихся крупных проектов в области инфраструктуры. Такие положения, как правило, дополняются прямым соглашением между организацией-заказчиком и кредиторами, которые предоставляют финансовые средства концессионеру. Главная цель такого прямого соглашения состоит в том, чтобы дать кредиторам возможность избежать прекращения проекта организацией-заказчиком в случае неисполнения со стороны концессионера путем его замены новым концессионером, который будет продолжать исполнять обязательства по проектному соглашению вместо концессионера, допустившего нарушение. В отличие от права организации-заказчика на вмешательство, которое связано с конкретным, временным и экстраординарным сбоем в предоставлении услуг, права кредиторов на вмешательство предусматриваются для тех случаев, когда непредоставление услуг концессионером носит неоднократный и явно необратимый характер.

89. Из опыта стран, которые в последнее время прибегали к таким прямым соглашениям, выяснилось, что возможность воспрепятствовать прекращению проекта и выбирать альтернативного концессионера обеспечивает кредиторам дополнительные гарантии на случай неисполнения обязательств концессионером. В то же время это дает организации-заказчику возможность избежать трудностей, связанных с прекращением проектного соглашения, и тем самым обеспечить непрерывность предоставления услуг. В тех странах, в которых кредиторы могут получить обеспечительный интерес во всех правах и интересах концессионера по проектному соглашению (см. главу IV "Проектное соглашение",

___), может существовать подразумеваемое право вмешательства во всех случаях, когда та или иная конкретная ситуация представляет собой случай неисполнения обязательств по кредитным соглашениям.

90. Однако в некоторых странах, в которых такие положения не предусмотрены в законодательном порядке, их применение может быть сопряжено с трудностями. Неспособность концессионера исполнять свои обязательства обычно служит основанием для передачи эксплуатации объекта организации-заказчику или прекращения соглашения (см. главу VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ___). Для выбора нового концессионера вместо концессионера, не исполняющего свои обязательства, организации-заказчику иногда необходимо использовать те же процедуры, которые применялись при выборе первоначального концессионера, и у организации-заказчика может не иметься возможности договориться с кредиторами о привлечении нового концессионера, который не был выбран в соответствии с этими процедурами. С другой стороны, даже когда организация-заказчик в чрезвычайных ситуациях имеет право вести переговоры с новым концессионером, может потребоваться заключение с ним нового проектного соглашения, и его возможности по принятию на себя обязательств его предшественника могут быть ограниченными.

91. В связи с этим может быть целесообразно предусмотреть в законодательстве право организации-заказчика заключать соглашения с кредиторами, позволяющие им назначать нового концессионера для исполнения обязательств по действующему проектному соглашению, если концессионер допускает серьезные нарушения при предоставлении услуг, предусмотренных в проектном соглашении, или в случае других оговоренных событий, которые могут оправдать прекращение проектного соглашения. В соглашении между организацией-заказчиком и кредиторами следует, в частности, указывать следующее: обстоятельства, при которых кредиторам разрешается назначать нового концессионера; процедуры замены концессионера; основания для отклонения организацией-заказчиком предлагаемой замены; и обязательства кредиторов по обеспечению услуг на тех же стандартах и на тех же условиях, которые требуются согласно проектному соглашению.