



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
6 December 1999
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций

по праву международной торговли

Тридцать третья сессия

Нью-Йорк, 12 июня - 7 июля 2000 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

VI. Сооружение и эксплуатация инфраструктуры

Содержание

| | <u>Пункты</u> | <u>Страница</u> |
|---|---------------|-----------------|
| Рекомендации по законодательным вопросам | | 3 |
| Комментарии к рекомендациям по законодательным вопросам | 1-50 | 7 |
| А. Общие положения проектного соглашения | 1-11 | 7 |
| 1. Законодательные подходы | 2-4 | 7 |
| 2. Право, регулирующее проектное соглашение | 5-8 | 8 |
| 3. Заключение проектного соглашения | 9-11 | 9 |
| В. Организационное устройство концессионера | 12-18 | 10 |

| | <u>Пункты</u> | <u>Страница</u> |
|---|---------------|-----------------|
| C. Строительная площадка, активы и сервитуты | 19-32 | 12 |
| 1. Приобретение земельного участка, необходимого для осуществления проекта | 20-22 | 12 |
| 2. Право собственности на активы проекта | 23-29 | 13 |
| 3. Сервитуты | 30-32 | 15 |
| D. Финансовые положения | 33-51 | 16 |
| 1. Финансовые положения концессионера | 34-35 | 16 |
| 2. Установление тарифов и контроль над ними | 36-46 | 16 |
| 3. Финансовые обязательства организации-заказчика | 47-51 | 20 |
| E. Обеспечительные интересы | 52-61 | 22 |
| 1. Материальные активы в качестве обеспечения | 54-55 | 23 |
| 2. Нематериальные активы в качестве обеспечения | 56-57 | 23 |
| 3. Коммерческая дебиторская задолженность в качестве обеспечения | 58-60 | 24 |
| 4. Акции проектной компании в качестве обеспечения | 61 | 25 |
| F. Уступка концессии | 62-63 | 25 |
| G. Передача контрольного пакета акций проектной компании | 64-68 | 26 |
| H. Строительные работы | 69-79 | 28 |
| 1. Рассмотрение и утверждение планов строительства | 72 | 28 |
| 2. Изменение условий проекта | 73-76 | 29 |
| 3. Полномочия организации-заказчика по осуществлению контроля | 77-78 | 30 |
| 4. Гарантийный срок | 79 | 30 |
| I. Эксплуатация инфраструктуры | 80-97 | 31 |
| 1. Эксплуатационные стандарты | 82-83 | 31 |
| 2. Расширение услуг | 84-85 | 32 |
| 3. Непрерывный характер предоставления услуг | 86-87 | 33 |
| 4. Равное отношение к клиентам или пользователям | 88-89 | 33 |
| 5. Подключение и доступ к сетям инфраструктуры | 90-93 | 34 |
| 6. Требования в отношении предоставления информации | 94-95 | 34 |
| 7. Права концессионера по обеспечению выполнения контракта | 96-97 | 35 |
| J. Общие договорные механизмы | 98-150 | 36 |
| 1. Субподряды | 99-104 | 36 |
| 2. Ответственность в отношении пользователей и третьих сторон | 105-107 | 38 |
| 3. Гарантии исполнения и страхование | 108-120 | 39 |
| 4. Изменение условий | 121-130 | 43 |
| 5. Положения, касающиеся освобождения от ответственности | 131-139 | 46 |
| 6. Случаи неисполнения обязательств и средства правовой защиты | 140-150 | 48 |

Рекомендации по законодательным вопросам

Принимающим странам, которые хотели бы стимулировать осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендуется реализовать в законодательном порядке нижеследующие принципы.

Общие положения проектного соглашения (см. пункты 1-11)

Рекомендация 39. В законодательстве могут быть определены ключевые условия для включения в проектное соглашение, в число которых могут входить условия, упомянутые в рекомендациях ___ ниже.

Рекомендация 40. Если не предусмотрено иное, проектное соглашение регулируется законодательством принимающей страны.

Организационное устройство концессионера (см. пункты 12-18)

Рекомендация 41. В распоряжение организации-заказчика должна быть предоставлена возможность потребовать, чтобы выбранные участники процедур учредили самостоятельное юридическое лицо с местонахождением в стране.

Рекомендация 42. В проектном соглашении должны оговариваться минимальный капитал проектной компании и процедуры для получения согласия организации-заказчика с уставными документами и иными принимаемыми на их основе нормативными актами проектной компании, а также внесением существенных изменений в эти документы.

Строительная площадка, активы и сервитуты (см. пункты 19-32)

Рекомендация 43. В проектном соглашении должны оговариваться, если это уместно, вопросы о том, какие активы будут находиться в публичной собственности и какие активы будут находиться в частной собственности концессионера. В проектном соглашении следует далее указать те активы, которые концессионер должен передать организации-заказчику или новому концессионеру по истечении срока действия или прекращении проектного соглашения; какие активы организация-заказчик может, по своему выбору, выкупить у концессионера; и какие активы концессионер может свободно вывезти или реализовать по истечении срока действия или прекращении проектного соглашения.

Рекомендация 44. Организация-заказчик должна оказывать концессионеру помощь в приобретении тех сервитутов, которые необходимы для эксплуатации, сооружения и материально-технического обслуживания объекта. Законодательство может уполномочивать концессионера вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, как это требуется для целей возведения и эксплуатации объекта.

Финансовые положения (см. пункты 33-51)

Рекомендация 45. В законодательстве следует предусмотреть полномочия концессионера на взимание тарифов или сборов с пользователей за использование объекта или предоставляемых им услуг. В проектном соглашении должны предусматриваться методы и формулы корректировки таких тарифов или сборов с пользователей.

Рекомендация 46. В тех случаях, когда тарифы или сборы, взимаемые концессионером, подлежат внешнему контролю со стороны какого-либо регулирующего учреждения, в

законодательстве должны устанавливаться механизмы для периодических и внеочередных пересмотров формул корректировки тарифов.

Рекомендация 47. Организации-заказчику следует предоставить полномочия, если это уместно, соглашаться на прямые платежи концессионеру в качестве замены сборов за обслуживание, которые должны уплачиваться пользователями, или в дополнение к ним или принимать на себя обязательства по закупке фиксированных количеств товаров или услуг.

Обеспечительные интересы (см. пункты 52-61)

Рекомендация 48. Концессионер должен нести ответственность за мобилизацию средств, необходимых для сооружения и эксплуатации объектов инфраструктуры, и, в этих целях, он должен обладать правом обеспечивать любое финансирование, требующееся для проекта, с помощью создания обеспечительных интересов в любой его собственности, залога акций проектной компании, залога поступлений и дебиторской задолженности из концессии или любого другого уместного обеспечения без ущерба для действия любых норм права, которые могут запрещать создание обеспечительных интересов в публичной собственности, находящейся во владении концессионера.

Уступка концессии (см. пункты 62 и 63)

Рекомендация 49. В проектном соглашении должны устанавливаться условия, при которых организация-заказчик может дать согласие на уступку концессии, включая такие условия, как принятие на себя новым концессионером всех обязательств по проектному соглашению и представление доказательств наличия у нового концессионера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления услуги. Уступка концессии третьим сторонам без согласия организации-заказчика допускаться не должна.

Передача контрольного пакета акций проектной компании (см. пункты 64-68)

Рекомендация 50. Может быть установлено требование согласия организации-заказчика на передачу контрольного пакета акций компании-концессионера.

Строительные работы (см. пункты 69-79)

Рекомендация 51. В проектном соглашении должны предусматриваться процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком строительных планов и спецификаций, право организации-заказчика следить за ходом строительства или модернизации объекта инфраструктуры, условия, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в строительные спецификации, и процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта, его оборудования и аппаратуры.

Эксплуатация инфраструктуры (см. пункты 80-97)

Рекомендация 52. В проектном соглашении, если это уместно, должна устанавливаться степень ответственности концессионера за обеспечение следующего:

- a) приспособление услуги для удовлетворения фактического спроса на нее;
- b) непрерывность предоставления услуги;
- c) предоставление услуги всем пользователям на практически одних и тех же условиях;

d) недискриминационный доступ, если это уместно, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.

Рекомендация 53. В проектном соглашении должно быть указано следующее:

a) степень ответственности концессионера за представление организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчетов и другой информации о своих операциях;

b) процедуры для контроля за деятельностью концессионера и принятия таких мер, которые, по мнению организации-заказчика или регулирующего учреждения, будут являться разумными и уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями.

Рекомендация 54. Концессионер должен обладать правом вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регулирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.

Общие договорные механизмы (см. пункты 98-150)

Рекомендация 55. Организация-заказчик может зарезервировать за собой право пересматривать и утверждать основные контракты, заключаемые концессионером, в частности, контракты с лицами, являющимися акционерами компании-концессионера или связанными с ней. Как правило, в утверждении организацией-заказчиком должно отказываться только в тех случаях, когда в контрактах содержатся положения, противоречащие проектному соглашению или явно противоречащие публичным интересам или императивным нормам публично-правового характера.

Рекомендация 56. Концессионер и его кредиторы, страховщики и другие договорные партнеры должны иметь возможность свободно выбрать применимое право для регулирования своих договорных отношений, за исключением случаев, когда такой выбор будет нарушать публичный порядок принимающей страны.

Рекомендация 57. В проектном соглашении должно устанавливаться следующее:

a) форма, продолжительность и объем гарантий исполнения, предоставление которых может быть потребовано от концессионера в связи с сооружением и эксплуатацией объектов;

b) страховые полисы, приобретение которых может быть потребовано от концессионера;

c) компенсацию, на которую может иметь право концессионер в случае законодательных изменений или других изменений в экономических и финансовых условиях, которые существенно затрудняют исполнение обязательств по сравнению с тем, как это первоначально предусматривалось. Кроме того, в проектном соглашении должны устанавливаться механизмы пересмотра условий проектного соглашения в случае любых таких изменений;

d) объем возможного освобождения любой из сторон от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в проектном соглашении, в результате обстоятельств, находящихся вне сферы их разумного контроля;

е) средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении организации-заказчика и концессионера в случае неисполнения обязательств другой стороной.

Рекомендация 58. В проектном соглашении должны быть указаны обстоятельства, при которых организация-заказчик может временно брать на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и бесперебойного оказания услуг в случае серьезного неисполнения концессионером его обязательств.

Рекомендация 59. Организация-заказчик должна быть уполномочена заключать соглашения с кредиторами, предусматривающие назначение с согласия организации-заказчика нового концессионера для выполнения действующего проектного соглашения в случае серьезного нарушения концессионером своих обязательств по предоставлению требуемых услуг и в случае наступления других оговоренных событий, которые могут являться основанием для прекращения проектного соглашения.

Комментарии к рекомендациям по законодательным вопросам

А. Общие положения проектного соглашения

1. "Проектное соглашение" между организацией-заказчиком проектного соглашения и концессионером является основным договорным документом по проекту в области инфраструктуры. В проектном соглашении определяются масштабы и цели проекта, а также права и обязательства сторон; в нем регламентируется осуществление проекта и устанавливаются условия в отношении эксплуатации инфраструктуры или предоставления соответствующих услуг. Проектные соглашения могут содержаться в одном документе или состоять из нескольких отдельных соглашений между организацией-заказчиком и концессионером. В настоящем разделе рассматривается взаимосвязь между проектным соглашением и законодательством принимающей страны, касающимся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. В нем также рассматриваются процедуры и формальности, касающиеся заключения и вступления в силу проектного соглашения.

1. Законодательные подходы

2. Внутреннее законодательство часто содержит положения, касающиеся содержания проектного соглашения. В некоторых странах в законодательство включена всего лишь ссылка на необходимость заключения соглашения между концессионером и организацией-заказчиком, в то время как законодательство других стран содержит обширные императивные нормы, касающиеся содержания положений, которые должны быть включены в такое соглашение. Промежуточный подход используется в таком законодательстве, в каком содержится перечень вопросов, которые необходимо решить в проектном соглашении, но при этом содержание его положений подробно не регламентируется.

3. Общие законодательные положения по отдельным важнейшим элементам проектного соглашения могут преследовать цель установления общих рамок для распределения прав и обязательств между сторонами. Они могут быть направлены на обеспечение последовательности в решении определенных договорных вопросов и ориентиров для публичных органов, ведущих переговоры о заключении проектных соглашений на различных уровнях управления (общенациональном, региональном или местном). Такие ориентиры могут оказаться особенно полезными для организаций-заказчиков, которые не обладают достаточным опытом в проведении переговоров по проектным соглашениям. И наконец, такое законодательство может оказаться необходимым для того, чтобы предоставить организации-заказчику полномочия в отношении согласования определенных видов положений.

4. В то же время в силу наличия общих законодательных положений, в которых подробно регламентируются права и обязательства сторон, организация-заказчик и концессионер могут быть лишены необходимой свободы действий при обсуждении условий соглашения, которое должно учитывать потребности и особенности конкретного проекта. В связи с этим целесообразно ограничить сферу действия общих законодательных положений, касающихся проектного соглашения, теми положениями, которые абсолютно необходимы, например, положениями по вопросам, в отношении которых может требоваться предварительное законодательное разрешение или которые могут затрагивать интересы третьих сторон, или же положениями, касающимися важнейших принципиальных вопросов, по которым отклонение от норм на основе соглашения является недопустимым.

2. Право, регулирующее проектное соглашение

5. Законодательные нормы по вопросу о праве, регулирующем проектное соглашение, во внутреннем законодательстве по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, встречаются нечасто. Даже в случае их существования они обычно предусматривают применение законов принимающей страны посредством общей ссылки на внутреннее законодательство или упоминания специальных законодательных или регламентирующих положений, распространяющихся на проектное соглашение. В некоторых правовых системах применение законов принимающей страны может подразумеваться даже при отсутствии соответствующей законодательной нормы.

6. Право, регулирующее проектное соглашение, обычно включает нормы, которые содержатся в законах и правилах принимающей страны, имеющих непосредственное отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, если конкретное законодательство в этой области существует. Основные элементы этих законов были рассмотрены в предыдущих главах *Руководства*. В некоторых странах проектное соглашение может подпадать под действие административного права, а в других оно может регулироваться нормами частного права (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ___). Применимое право может также включать юридические нормы, которые относятся к другим областям права и которые распространяются на различные вопросы, возникающие в ходе осуществления проектов в области инфраструктуры (см. главу VIII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ___). Ряд таких норм может носить административный или иной публично-правовой характер, и их применение в принимающей стране может быть обязательным. Например, это относится к мерам по охране окружающей среды, здравоохранению и условиям труда. В некоторых странах во внутреннем законодательстве прямо оговариваются вопросы, подпадающие под действие императивных норм. Вместе с тем ряд вопросов, возникающих в связи с осуществлением проектного соглашения или эксплуатацией объекта, могут находиться за пределами действия императивных норм публично-правового характера. Это, как правило, касается большинства договорных вопросов, возникающих в связи с проектным соглашением (например, заключение, действительность и нарушение контракта, включая ответственность и возмещение ущерба за нарушение контракта и его неправомерное прекращение).

7. Принимающим странам, которые хотели бы принять законодательство по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, если подобного законодательства не имеется, потребуется, возможно, рассмотреть различные вопросы, связанные с такими проектами, в нескольких законодательных документах. Другие страны, возможно, пожелают принять законодательство, регулирующее только некоторые вопросы, которые не рассматриваются удовлетворительным образом в уже действующих законах и правилах. Например, специальное законодательство по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, может устанавливать особые правила для процедур выбора концессионера и, когда это уместно, отсылать - в том, что касается деталей управления этим процессом - к действующему законодательству, регулиющему выдачу правительственных контрактов. Аналогично, при принятии законодательства по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, принимающим странам, возможно, потребуется отменить действие некоторых законов и правил, которые, по мнению законодателя, создают препятствия для реализации таких проектов.

8. В целях обеспечения ясности было бы полезно предусмотреть предоставление потенциальным инвесторам информации относительно тех законодательных и нормативных текстов, которые прямо применимы к осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и, если это уместно, тех текстов, применение

которых было отменено законодательным органом. В то же время, поскольку исчерпывающее перечисление в законодательстве всех законодательных или нормативных актов, имеющих прямое отношение к проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, или затрагивающих такие проекты, будет невозможным, такой перечень наиболее целесообразно было бы, возможно, включить в какой-либо документ, не носящий законодательного характера, например рекламную брошюру или общий информационный документ, направляемый участникам процедур вместе с запросом предложений (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 60).

3. Заключение проектного соглашения

9. В случае таких сложных проектов, как проекты в области инфраструктуры, заключительные переговоры (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 83 и 84) нередко длятся несколько месяцев, прежде чем стороны будут готовы подписать проектное соглашение. Кроме того, дополнительное время может потребоваться для выполнения определенных формальностей, которые часто предписываются законодательством, например, для получения утверждения проектного соглашения вышестоящим органом. Для вступления в силу проектного соглашения или некоторых категорий проектных соглашений в ряде стран требуется акт парламента или даже принятие специального законодательства. Учитывая затраты, которые могут быть обусловлены задержкой в осуществлении проектного соглашения, целесообразно отыскать средства, позволяющие ускорить заключительные переговоры, с тем чтобы избежать ненужных задержек в заключении проектного соглашения.

10. Задержки в переговорах могут вызывать различные факторы, такие, как недостаточная опытность сторон, плохая координация в деятельности различных публичных органов, неуверенность в объеме правительственной поддержки и трудности в создании обеспечительных механизмов, приемлемых для всех кредиторов. Правительство может внести существенный вклад за счет представления надлежащих рекомендаций участникам переговоров, действующим от имени национальной организации-заказчика. Чем более четко будут представлять себе стороны, какие вопросы необходимо урегулировать в положениях проектного соглашения, тем более высокими будут шансы на успешное завершение переговоров по нему. И, напротив, в тех случаях, когда после завершения процесса отбора остаются неурегулированными важные вопросы и когда участники переговоров не имеют достаточных указаний по существу проектного соглашения, может возникнуть существенная опасность того, что переговоры будут дорогостоящими и затянутыми, а также что будут поданы обоснованные жалобы на недостаточную прозрачность процесса отбора или на то, что в рамках этого процесса не были обеспечены достаточные возможности для конкуренции (см. также главу III "Выбор концессионера", пункты 83 и 84).

11. Следует также провести обзор процедур заключения и вступления в силу проектного соглашения с целью выявления возможностей для ускорения решения соответствующих вопросов и избежания неблагоприятных последствий задержек в графике осуществления проекта. В некоторых странах полномочия на принятие обязательств со стороны организации-заказчика или, если это уместно, правительства делегируются в соответствующих законодательных актах указанным должностным лицам и, таким образом, вступление проектного соглашения в силу происходит по подписании или по завершении определенных формальностей, таких, как опубликование в официальном бюллетене. В тех странах, где подобная процедура не применяется и где может по-прежнему требоваться окончательное утверждение каким-либо другим органом, было бы целесообразно рассмотреть вопрос о рационализации процедур утверждения. В тех случаях, когда подобные процедуры могут быть сочтены произвольными или обременительными, к правительству могут быть обращены просьбы о предоставлении концессионеру и кредиторам достаточных гарантий от

этого риска (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 45-50). В некоторых странах, в которых действуют требования об утверждении, организации-заказчики иногда уполномочивались на выплату компенсации выбранному участнику процедур за расходы, понесенные им в ходе процесса отбора и подготовки проекта, если в окончательном утверждении будет отказано по причинам, не зависящим от выбранного участника процедур.

В. Организационное устройство концессионера

12. Во внутреннем законодательстве часто содержатся требования, которые касаются организационного устройства концессионера и которые затем более подробно регламентируются в положениях проекта соглашения. Как правило, эти требования касаются таких вопросов, как учреждение концессионера в качестве юридического лица, его капитал, сфера деятельности, уставные и другие принимаемые на их основе документы. В большинстве случаев выбранные участники процедур создают проектную компанию, которая является независимым юридическим лицом, обладающим самостоятельной правоспособностью, и которая впоследствии становится концессионером по проектному соглашению. Проектная компания, создаваемая в качестве самостоятельного юридического лица, является субъектом, обычно используемым для мобилизации финансовых средств в рамках механизма проектного финансирования (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункт 54). Ее учреждение облегчает координацию в деле реализации проекта, и она также является механизмом для защиты интересов проекта, которые не обязательно будут совпадать с отдельными интересами всех учредителей проекта. Этот аспект может иметь особую важность в тех случаях, когда значительная доля услуг или поставок, которые требуются для нужд проекта, должна быть предоставлена членами проектного консорциума.

13. Обычно проектную компанию требуется создать в течение короткого разумного срока после выдачи подряда на проект. Поскольку существенная часть финансовых и иных обязательств концессионера, включая долгосрочные обязательства (проектное соглашение, кредитные и обеспечительные соглашения и контракты на строительство), как правило, согласовывается на раннем этапе, самостоятельное представительство во время обсуждения этих документов может способствовать успешному осуществлению проекта. Однако ожидать, что кредиторы и другие поставщики капитала примут на себя твердые и окончательные обязательства до окончательной выдачи концессии, было бы неразумно.

14. Часто предусматривается требование о том, чтобы предприятия, предоставляющие общедоступные услуги, учреждались в качестве юридических лиц в соответствии с законодательством принимающей страны. Это требование отражает заинтересованность законодательного органа в обеспечении, в том числе, того, чтобы поставщики общедоступных услуг соблюдали национальные правила в отношении отчетности и гласности (например, в отношении публикации финансовых ведомостей или требований о предании гласности информации об определенных корпоративных актах). В то же время это подчеркивает необходимость того, чтобы в принимающей стране действовали соответствующие законы, регулирующие деятельность компаний (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____). Упрощенные процедуры учреждения проектной компании при надлежащем учете разумных требований, устанавливаемых исходя из публичных интересов, могут способствовать избежанию ненужных задержек в реализации проекта.

15. Еще один важный вопрос связан с инвестициями в акционерный капитал, необходимый для учреждения проектной компании. Организация-заказчик имеет законный интерес в том, чтобы размер акционерного капитала обеспечивал надежную финансовую основу для

проектной компании и гарантировал ее способность выполнить свои обязательства. Однако, поскольку общий объем необходимых инвестиций, равно как и идеальное соотношение между заемным и акционерным капиталом различаются в зависимости от конкретного проекта, было бы нежелательно предусматривать законодательное требование о какой-либо фиксированной сумме в качестве минимального капитала для всех компаний, осуществляющих в соответствующей стране проекты в области инфраструктуры. Вместо этого организации-заказчику могут быть предоставлены более значительные возможности для проявления гибкости в обеспечении желаемой суммы инвестиций в акционерный капитал с учетом финансовых потребностей проекта. Например, ожидаемый объем инвестиций в акционерный капитал может быть выражен в качестве желательного соотношения между заемным и акционерным капиталом в запросе предложений и может быть включен в число критериев оценки финансовых и коммерческих предложений с тем, чтобы содействовать конкуренции между участниками процедур (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 75 и 76).

16. В любом случае целесообразно провести обзор законодательных положений и нормативных требований, касающихся организационного устройства концессионера, с тем чтобы обеспечить их соответствие международным обязательствам принимающей страны. Положения, ограничивающие конкретные виды юридических лиц или совместных предприятий, через которые поставщик услуг может предоставлять свои услуги, или требующие их создания в какой-либо конкретной форме, а также ограничения на участие иностранного капитала, установленные в виде максимальной процентной доли для иностранных держателей акций или общего объема отдельных или совокупных иностранных инвестиций, могут противоречить конкретным обязательствам, принятым на себя государствами, подписавшими некоторые международные соглашения об экономической интеграции или либерализации торговли услугами.

17. Во внутреннем законодательстве часто содержатся положения, касающиеся сферы деятельности проектной компании и требующие, например, чтобы такая деятельность ограничивалась реализацией и эксплуатацией какого-либо конкретного проекта. Такие ограничения могут способствовать обеспечению прозрачности отчетности по проекту и сохранению в целостности активов проекта за счет отделения активов, поступлений и обязательств по такому проекту от активов, поступлений и обязательств по другим проектам или другой деятельности, не связанной с ним. Кроме того, подобное требование может способствовать оценке показателей исполнения по каждому проекту, поскольку суммы дефицита или прибыли не могут быть покрыты за счет или зачтены против задолженности или поступлений по другим проектам или другим видам деятельности.

18. Организация-заказчик, возможно, также пожелает получить заверения в том, что устав и принимаемые на его основе нормативные акты проектной компании будут надлежащим образом отражать обязательства, принятые на себя компанией в проектном соглашении. По этой причине в проектных соглашениях иногда предусматривается, что вступление в силу изменений в уставах и принимаемых на их основе нормативных документов проектной компании происходит после утверждения организацией-заказчиком. В тех случаях, когда организация-заказчик или другой публичный орган участвует в проектной компании, иногда включаются положения о том, что для принятия некоторых решений требуется положительное голосование организации-заказчика на собраниях концессионеров или заседаниях правления. В любом случае важно сопоставить публичные интересы, которые представляет организация-заказчик, с необходимостью предоставления проектной компании возможностей для проявления требуемой гибкости в ее предпринимательской деятельности. Если будет сочтено необходимым предусмотреть требование утверждения организацией-заказчиком предлагаемых поправок к уставным или другим принимаемым на их основе нормативным документам проектной компании, то целесообразно ограничить действие этого

требования случаями, затрагивающими положения, которые сочтены имеющими основополагающее значение (например, когда речь идет о размере капитала, классах и привилегиях акций или ликвидационных процедурах), причем такие случаи должны быть указаны в проектном соглашении.

C. Строительная площадка, активы и сервитуты

19. Важной частью большинства проектных соглашений являются положения, касающиеся строительной площадки. Обычно они касаются таких вопросов, как приобретение требуемых земельных участков, правовой титул на землю и активы проекта и сервитуты, необходимые концессионеру для выполнения работ или эксплуатации инфраструктуры. В той мере, в которой проектное соглашение предусматривает передачу концессионеру публичной собственности или создание права на использование публичной собственности, может потребоваться предоставление соответствующих полномочий в законодательном порядке. Может также потребоваться принять законодательство, облегчающее приобретение требуемой собственности или установление сервитутов в тех случаях, когда строительная площадка не является публичной собственностью.

1. Приобретение земельного участка, необходимого для осуществления проекта

20. В тех случаях, когда новый объект инфраструктуры предполагается построить на земельном участке, находящемся в публичной собственности (т.е. на участке, принадлежащем организации-заказчику или другому публичному органу), или когда речь идет о модернизации или реконструкции уже существующего объекта инфраструктуры, предоставление такого участка или объекта в распоряжение концессионера будет обычно осуществляться его собственником. В тех случаях, когда организация-заказчик еще не является собственником земельного участка и ей необходимо приобрести его у его владельцев, возникает более сложная ситуация. В большинстве случаев с учетом потенциальных задержек и расходов, связанных с переговорами, возможно, с большим числом отдельных собственников, и необходимости, которая может существовать в некоторых правовых системах, проводить сложные исследования документов, подтверждающих правовой титул, и изучение цепочки предыдущих передач права собственности, с тем чтобы установить законность правового титула отдельных собственников, концессионер не будет являться стороной, находящейся в наилучшем положении для того, чтобы взять на себя ответственность за приобретение земельного участка, необходимого для проекта. В силу этого организация-заказчик обычно принимает на себя ответственность за предоставление земельного участка, необходимого для реализации проекта, с тем чтобы избежать излишних задержек или увеличения проектных затрат в результате приобретения земли. Организация-заказчик может купить требуемый земельный участок у его собственников или, если это необходимо, приобрести его в принудительном порядке.

21. Процедура, с помощью которой частная собственность в принудительном порядке приобретает правительство при выплате собственникам надлежащей компенсации и которая в национальных правовых системах описывается с помощью различных технических терминов, таких как "экспроприация", в настоящем Руководстве именуется "приобретением в принудительном порядке". В странах, где законодательство предусматривает несколько видов процедур для приобретения в принудительном порядке, будет, возможно, целесообразно уполномочить компетентные публичные органы осуществлять все приобретения, необходимые для нужд проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствии с наиболее эффективной из этих процедур, например, с помощью специальных процедур, которые в ряде стран применяются по причинам настоятельных потребностей публичного характера (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____).

22. Полномочиями на приобретение собственности в принудительном порядке обычно располагает правительство, однако законодательство ряда стран также разрешает операторам инфраструктуры или поставщикам общедоступных услуг (например, железнодорожным компаниям, учреждениям, отвечающим за вопросы энергоснабжения, или телефонным

компаниям) предпринимать определенные действия в целях принудительного приобретения частной собственности, которая требуется для предоставления или расширения предоставления их услуг населению. Практика этих стран показала, что, особенно в случаях, когда решение о выплате компенсации владельцам собственности выносится с помощью судебных процедур, целесообразно делегировать концессионеру право предпринимать определенные действия, связанные с приобретением в принудительном порядке, при сохранении за правительством ответственности за принятие тех мер, которые согласно соответствующему законодательству рассматриваются в качестве необходимых условий для возбуждения процедур, направленных на приобретение соответствующей собственности. По приобретении земельный участок часто становится публичной собственностью, хотя в ряде случаев законодательство может разрешать организации-заказчику и концессионеру согласовывать иной порядок с учетом их соответствующих долей в затратах на приобретение собственности.

2. Право собственности на активы проекта

23. Как это уже отмечалось раньше, участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктур может принимать различные формы, начиная с принадлежащих государству и эксплуатируемых им объектов инфраструктуры и кончая полностью приватизированными проектами (см. "Введение в справочную информацию по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 47-53). Независимо от общей или секторальной политики принимающей страны важно, чтобы режим собственности на различные связанные с проектом активы был четко определен и основывался на достаточных законодательных полномочиях. В то же время настоятельной потребности в подробных законодательных положениях по этому вопросу может и не иметься. В различных странах было сочтено достаточным предусмотреть законодательные рекомендации относительно порядка урегулирования этих вопросов в проектном соглашении.

24. В некоторых правовых системах материальная инфраструктура, которая требуется для предоставления общедоступных услуг, в целом рассматривается как публичная собственность даже в тех случаях, когда она была первоначально приобретена или создана за счет частных средств. Эта концепция будет, как правило, охватывать любую собственность, специально приобретенную для сооружения объекта, в дополнение к любой собственности, которая могла быть предоставлена в распоряжение концессионера организацией-заказчиком. В то же время в течение срока действия проекта концессионер может осуществить значительные усовершенствования объекта или произвести дополнительные работы. В соответствии с применимым правом не всегда легко установить, стали ли такие усовершенствования или добавления неотъемлемой частью публичных активов, находящихся во владении концессионера, или же некоторые из них могут быть отделены от публичной собственности, находящейся в распоряжении концессионера, и стать частной собственностью концессионера. В силу этого рекомендуется оговорить в проектном соглашении, если это уместно, какие активы будут являться публичной собственностью, а какие станут частной собственностью концессионера.

25. Необходимость ясности в отношении вопроса о праве собственности на проектные активы не ограничивается только теми правовыми системами, в которых материальная инфраструктура, которая требуется для предоставления общедоступных услуг, рассматривается в качестве публичной собственности. В целом в тех случаях, когда организация-заказчик предоставляет земельный участок или объект, необходимые для осуществления проекта, целесообразно, чтобы в проектном соглашении оговаривалось, если это необходимо, какие активы будут оставаться в публичной собственности, а какие станут частной собственностью концессионера. Концессионер может либо получить правовой титул на такие земельные участки или объекты или ему может быть предоставлено только право

аренды или право на использование земельного участка или объектов и на застройку таких участков, особенно в тех случаях, когда земля остается в публичной собственности. В любом случае должен быть ясно установлен характер прав концессионера, поскольку это окажет непосредственное воздействие на способность концессионера создать обеспечительные интересы в проектных активах для целей мобилизации финансовых средств на реализацию проекта (см. пункты 54 и 55).

26. Помимо права собственности на активы в течение срока концессии, важно рассмотреть режим собственности по истечении или прекращении проектного соглашения. В законодательстве некоторых стран особое внимание уделяется интересу организации-заказчика в материальных активах, относящихся к проекту, и содержится общее требование о передаче организации-заказчику всех таких активов, тогда как в других странах проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, считаются главным образом одним из средств приобретения услуг в течение определенного периода времени, а не средством создания активов. Таким образом, в законодательстве последних стран обязательства концессионера по передаче активов ограничиваются публичными активами и собственностью, первоначально предоставленными в распоряжение концессионера, или определенными другими категориями активов, которые считаются необходимыми для обеспечения предоставления услуг. Иногда такая собственность передается от одного концессионера непосредственно другому концессионеру, который является его преемником в том, что касается предоставления соответствующей услуги.

27. Различия в законодательных подходах часто отражают разную роль, которую играют публичный и частный секторы в различных правовых и экономических системах, однако они могут быть и результатом практических соображений со стороны организации-заказчика. Одним таким практическим соображением, в силу которого организация-заказчик может разрешить концессионеру удерживать в конце проектного периода определенные активы, может быть стремление снизить расходы, которые будут определять стоимость предоставления услуг. Если считается, что проектные активы имеют для концессионера остаточную стоимость и эту стоимость можно учесть в процессе отбора, то организация-заказчик может рассчитывать на понижение тарифов, взимаемых за предоставление услуги. Так, если концессионер ожидает, что ему не придется покрывать всю стоимость активов в течение срока проекта и что он может покрыть ее часть за счет их дальнейшей продажи или использования в других целях после истечения срока проектного соглашения, то существует вероятность того, что услуги будут предоставляться по более низкой цене по сравнению с ситуацией, когда концессионеру пришлось бы покрывать всю стоимость в течение срока проекта. Более того, некоторые активы могут потребовать настолько серьезной реконструкции или технической модернизации в конце проектного периода, что для организации-заказчика может оказаться экономически невыгодным требовать их передачи. Могут также сохраняться остаточные обязательства или сопряженные расходы, например, в связи с ответственностью за причиненный экологический ущерб или затратами на снос сооружений.

28. По этим причинам в законодательстве некоторых стран не предусматривается безоговорочная передача всех активов организации-заказчику, а делается различие между тремя основными категориями активов:

а) Активы, подлежащие передаче организации-заказчику. В эту категорию обычно входят активы, которые являются публичной собственностью и которые использовались концессионером для предоставления соответствующей услуги. Такие активы могут включать в себя как объекты, предоставленные концессионеру организацией-заказчиком, так и новые объекты, сооруженные концессионером по условиям проектного соглашения. В некоторых странах закон требует передачи активов, материальных средств и имущества, впоследствии

приобретенных концессионером для целей эксплуатации объекта, в частности, когда они стали частью или постоянной принадлежностью объекта инфраструктуры, подлежащего передаче организации-заказчику;

б) Активы, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору. В эту категорию обычно входят активы, первоначально принадлежавшие концессионеру или впоследствии приобретенные им, которые, не будучи абсолютно или строго необходимыми для предоставления соответствующей услуги, могут способствовать повышению удобства или эффективности эксплуатации объекта или качества услуг;

с) Активы, которые остаются в частной собственности концессионера. Ими являются принадлежащие концессионеру активы, которые не подпадают под пункт (б) выше. Организация-заказчик обычно не вправе претендовать на эти активы, которые могут свободно вывозиться или реализовываться концессионером.

29. В свете вышеизложенного, полезно включить в законодательство требование о том, чтобы в проектном соглашении, если это уместно, оговаривалось, какие активы будут являться публичной собственностью, а какие останутся в частной собственности концессионера. В проектном соглашении должны определяться те активы, которые концессионеру потребуется передать организации-заказчику или новому концессионеру по истечении или прекращении проектного соглашения; те активы, которые организация-заказчик может, по своему выбору, выкупить у концессионера; и те активы, которые концессионер может свободно вывезти или реализовать по истечении или прекращении проектного соглашения. Эти положения должны быть дополнены договорными критериями для расчета, если это уместно, той компенсации, которая может причитаться концессионеру в связи с активами, передаваемыми организации-заказчику или новому концессионеру или выкупаемыми организацией-заказчиком по истечении или прекращении проектного соглашения (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ___).

3. Сервитуты

30. В тех случаях, когда для получения доступа к строительной площадке или выполнения любых работ или обслуживания любых объектов, необходимых для предоставления соответствующей услуги, концессионеру требуется право на транзитный проезд по территории или через территорию, принадлежащую третьим сторонам (например, для установления дорожных знаков на прилегающих земельных участках; для установления мачт или линий электропередачи на территории третьих сторон; для монтажа или обслуживания трансформаторного и релейного оборудования; для подрезки деревьев, которые мешают телефонным линиям и которые расположены на смежной территории или для укладки труб нефте-, газо- или водопровода), может возникнуть необходимость в специальных механизмах.

31. Для обозначения права использовать собственность другого лица с конкретной целью или выполнять на его территории определенные работы обычно применяется термин "сервитут". Сервитуты обычно требуют согласия владельца собственности, в отношении которой они устанавливаются, если только такие права не предусмотрены законом. Возложение на концессионера ответственности за получение сервитутов непосредственно от владельцев соответствующей собственности обычно не является достаточно оперативным или рентабельным решением. Вместо этого наиболее часто такие сервитуты в принудительном порядке приобретает правительство одновременно с приобретением участка для строительной площадки.

32. Несколько иной альтернативный вариант может состоять в том, чтобы предусмотреть в самом законодательстве право поставщиков общедоступных услуг на доступ к

собственности третьих сторон, проезд по такой собственности и проведение на ней работ или установку объектов, как это необходимо для сооружения, эксплуатации или материально-технического обслуживания объектов публичной инфраструктуры. Такой подход, который может снять необходимость в приобретении сервитутов в отношении конкретных участков, может быть использован в отраслевом законодательстве в том случае, если будет сочтено возможным заранее установить определенные минимальные сервитуты, которые могут потребоваться концессионеру. Так, например, законодательство, непосредственно касающееся электроэнергетического сектора, может предусматривать условия, при которых концессионер получает право производить укладку кабеля с целью сооружения или эксплуатации основных или распределительных сетей на территории, принадлежащей третьим сторонам. Такое право может потребоваться для различных целей, например для того, чтобы укладывать или проводить подземный или антенный кабель, а также устанавливать опоры и монтируемое на них трансформаторное и релейное оборудование; осуществлять техническое обслуживание, ремонт и демонтаж любого из таких сооружений; устанавливать зону безопасности вдоль линии подземных или антенных кабелей; устранять препятствия вдоль линии электропроводки или в пределах зоны безопасности. Согласно некоторым правовым системам может предусматриваться право собственника на компенсацию, если объем предоставленных концессионеру прав будет таковым, что существенно затруднит возможности использования собственности ее владельца.

D. Финансовые положения

33. Финансовые положения, как правило, включают положения, касающиеся обязательств концессионера по мобилизации средств для осуществления проекта, оговаривают механизмы расходования средств и соответствующей отчетности, устанавливают методы расчета и корректировки тарифов, взимаемых концессионером, и рассматривают те виды обеспечительных интересов, которые могут быть созданы в пользу кредиторов концессионера. Важно обеспечить, чтобы законодательство принимающей страны способствовало или, по крайней мере, не создавало препятствий финансовому управлению проектом.

1. Финансовые обязательства концессионера

34. При осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, концессионер, как правило, несет ответственность за мобилизацию средств, необходимых для сооружения и эксплуатации объекта инфраструктуры. Обязательства концессионера в этой связи обычно подробно оговариваются в положениях проектного соглашения. В большинстве случаев организация-заказчик или иной публичный орган будут заинтересованы в ограничении своих финансовых обязательств теми обязательствами, которые конкретно указаны в проектом соглашении, или теми формами прямой поддержки, которые правительство согласилось оказать проекту.

35. Сумма частного капитала, вносимого непосредственно акционерами проектной компании, как правило, является лишь частью общего объема предлагаемых инвестиций. Намного большая часть образуется за счет кредитов, предоставленных концессионеру коммерческими банками и международными финансовыми учреждениями, а также за счет поступлений от размещения облигаций и других оборотных документов на рынке капитала (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 54-67). В связи с этим весьма важно обеспечить, чтобы законодательство не устанавливало ненадлежащих ограничений на способность концессионера заключать финансовые договоренности, которые он считает целесообразными для цели обеспечения финансирования инфраструктуры.

2. Установление тарифов и контроль над ними

36. Тарифы и сборы за использование, взимаемые концессионером, могут быть основным (а иногда даже единственным) источником поступлений, используемых для возвращения инвестиций, вложенных в проект, в отсутствие субсидий или платежей, производимых организацией-заказчиком (см. пункты 47-51), или правительством (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 30-60). По этой причине концессионер будет стремиться к тому, чтобы он располагал возможностью устанавливать и сохранять такие тарифы и сборы на таком уровне, который обеспечивает достаточный приток наличности для проекта. Вместе с тем в некоторых правовых системах могут быть установлены ограничения в отношении свободы концессионера устанавливать тарифы и сборы. Плата за предоставление общедоступных услуг, как правило, является элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивает большие слои населения. Таким образом, рамки регулирования во многих странах включают специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами и сборами за предоставление общедоступных услуг. Кроме того, статутные положения или общие нормы права в некоторых правовых системах устанавливают параметры ценообразования в отношении товаров или услуг, например, требуя, чтобы цены отвечали определенным стандартам "разумности", "честности" или "справедливости".

а) Правомочие концессионера взимать тарифы

37. В ряде стран может потребоваться предварительное законодательное разрешение для того, чтобы концессионер взимал тарифы за предоставление общедоступных услуг или требование уплаты сборов за пользование объектами публичной инфраструктуры. Отсутствие такого общего положения в законодательстве некоторых стран привело к возникновению судебных споров в отношении правомочий концессионера взимать тариф за предоставление услуг.

38. В тех случаях, когда положения, касающиеся уровня тарифов и сборов с пользователей, которые может взимать концессионер, считаются необходимыми, следует стремиться к достижению сбалансированности между интересами инвесторов и нынешних и будущих пользователей. Целесообразно, чтобы статутные критерии расчета тарифов и сборов учитывали, помимо социальных факторов, которые правительство считает уместными, заинтересованность концессионера в обеспечении притока наличности в таком объеме, какой обеспечивал бы экономическую жизнеспособность и коммерческую прибыльность проекта. Кроме того, целесообразно предоставлять сторонам необходимые правомочия по заключению соответствующих договоренностей, включая положения о компенсации, с тем чтобы учесть ситуации, в которых применение правил, касающихся контроля над тарифами и прямо или косвенно относящихся к предоставлению общедоступных услуг, может привести к установлению тарифов или сборов на уровне, который будет ниже уровня, требуемого для прибыльной эксплуатации проекта (см. пункт 124).

б) Методы контроля над тарифами

39. Согласно внутреннему законодательству тарифы и сборы с пользователей часто ставятся под контроль определенного механизма. Многие страны избрали такой вариант, при котором в законодательстве закрепляются лишь широкие принципы образования тарифов, а решение вопросов их практического применения оставляется на усмотрение соответствующего регулирующего органа или на урегулирование на основании условий лицензий или концессий. Такой подход является предпочтительным, поскольку для каждого сектора подходят свои особые формулы, которые могут потребовать корректировки в течение срока реализации проекта. В случаях использования мер контроля над тарифами законодательство, как правило, предусматривает, что тарифная формула должна разъясняться в запросе предложений и включаться в текст проектного соглашения. Системы контроля над тарифами,

как правило, включают формулы, используемые для корректировки тарифов, и положения о контроле для обеспечения соблюдения параметров, используемых для их корректировки. Методы контроля над тарифами, наиболее часто встречающиеся во внутреннем законодательстве, основываются на принципах использования нормы прибыли и верхнего предела цены. Встречаются также комбинированные системы, сочетающие элементы обоих этих принципов. Следует отметить, что для создания хорошо функционирующего механизма контроля над тарифами требуется проведение тщательного коммерческого и экономического анализа и что краткое обсуждение, проводимое ниже, содержит лишь общий обзор отдельных вопросов и возможных решений.

i) Метод, основанный на норме прибыли

40. В соответствии с методом, основанным на норме прибыли, механизм корректировки тарифов строится таким образом, чтобы обеспечить концессионеру получение согласованной нормы прибыли на его инвестиции. 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. Метод, основанный на норме прибыли, обычно используется в связи с предоставлением общедоступных услуг, применительно к которым можно составить прогноз постоянного спроса, например применительно к энерго-, газо- или водоснабжению. Применительно к объектам и услугам, для которых характерна более значительная эластичность спроса, например, применительно к платным дорогам поддержание нормы прибыли концессионера на постоянном уровне с помощью регулярных корректировок тарифов может оказаться невозможным.

41. 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 тарифов 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. Следует отметить, что применение метода, основанного на норме прибыли, требует обработки большого объема информации, а также детальных переговоров (например, в отношении приемлемых расходов и распределения издержек).

ii) Метод установления верхнего предела цены

42. В соответствии с методом установления верхнего предела цены рассчитывается тарифная формула на определенный срок (например, на четыре-пять лет) с учетом будущей инфляции и будущего роста эффективности, ожидаемого от объекта. Колебания тарифов 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.

43. 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 тарифов концессионер не может их поднять. 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

44. 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 подходы к обеспечению сбалансированности методов, основанных на норме прибыли и установлении верхнего предела цены, 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 тарифов, который может использоваться для установления тарифов или, в более общем плане, для контроля за уровнем тарифов, 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.

c) **Программные соображения относительно контроля над тарифами**

45. Каждый из рассмотренных выше основных методов корректировки тарифов имеет свои преимущества и недостатки, и каждый из них оказывает различное воздействие на принятие

инвестиционных решений частным сектором (см. пункты 41 и 43). Этот момент должен учитываться законодательными органами при рассмотрении вопроса о соответствии методов контроля над тарифами 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 верхнего предела цены, либо метод, основанный на норме прибыли, в соответствии с масштабами и характером инвестиций и услуг. При выборе метода контроля над тарифами важно учитывать воздействие различных принципиальных вариантов на принятие инвестиционных решений частным сектором. Какой бы механизм ни был выбран, должны быть тщательно проанализированы возможности организации-заказчика или регулирующего учреждения по обеспечению надлежащего контроля за деятельностью концессионера и по эффективному применению выбранного метода корректировки (см. также главу I "Общие законодательные и институциональные рамки", пункты 30-53).

46. Важно помнить о том, что формулы корректировки тарифов 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 концессии, причем порой непредсказуемо. Кроме того, формулы корректировки тарифов обычно составляются исходя из определенных предположений относительно объема продукции и уровня спроса на нее, и в случае существенного изменения в этих показателях результаты их применения могут быть неудовлетворительными. 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 обеспокоенность в отношении осуществляемых в порядке регулирования изменений, влияющих на метод корректировки тарифов, могут проявлять инвесторы и кредиторы. Так, они, как правило, требуют, чтобы формула корректировки тарифов включалась в проектное соглашение.

3. Финансовые обязательства организации-заказчика

47. Если концессионер предлагает услуги непосредственно населению, то организация-заказчик или другой публичный орган могут взять на себя обязательство производить прямые платежи концессионеру в качестве замены сборов за услуги, которые должны уплачиваться пользователями, или в качестве дополнения к ним. Если концессионер производит товар или услугу для дальнейшей передачи или распространения другим поставщиком услуг, то организация-заказчик может взять на себя обязательство делать оптовые закупки такого товара или услуги по согласованной цене и на согласованных условиях. Основные примеры таких механизмов кратко рассматриваются ниже.

а) Прямые платежи

48. Прямые платежи со стороны организации-заказчика использовались в некоторых странах в качестве замены платежей конечных пользователей или дополнения к ним, в частности, в рамках проектов по строительству платных дорог, с помощью механизма, известного под названием "взимание косвенных сборов". Косвенные сборы представляют собой механизмы, с помощью которых концессионер принимает на себя обязательство проектировать, строить, финансировать и эксплуатировать какую-либо дорогу или иной транспортный объект в течение указанного ряда лет в обмен на периодические платежи

вместо реальных или прямых сборов, уплачиваемых пользователями, или в добавление к ним. Схемы косвенных сборов могут использоваться для уменьшения рисков, которые присущи проектам в области транспорта, в частности риска меньшей, чем ожидавшаяся, насыщенности дорожного движения (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункт 18). Кроме того, схемы косвенных сборов могут быть в политическом отношении более приемлемыми, чем прямые сборы, например тогда, когда существует опасение, что введение платы за проезд по публичным дорогам может привести к протестам со стороны пользователей этих дорог. В то же время, если подобные механизмы предусматривают субсидирование проектной компании в той или иной форме, должно быть тщательно проанализировано их соответствие определенным обязательствам принимающей страны по международным соглашениям о региональной экономической интеграции или либерализации торговли.

49. Косвенные сборы могут быть сопряжены со значительными расходами для организации-заказчика и могут требовать осуществления жесткого и широкого контроля с ее стороны. В странах, которые использовали косвенные сборы для осуществления проектов по строительству новых дорог, платежи концессионеру со стороны организации-заказчика основывались главным образом на фактической интенсивности дорожного движения, измеряемой в автомобиле-километрах. Считается целесообразным предусмотреть, чтобы такие платежи не производились до тех пор, пока не начнется дорожное движение, с тем чтобы стимулировать концессионера к скорейшему открытию дороги. В то же время было сочтено полезным исчислять платежи на основе фактической интенсивности дорожного движения в течение срока концессии. Такая система побуждает концессионера обеспечивать, чтобы на дороге в течение этого времени ремонтные работы проводились в минимальных объемах, поскольку они препятствуют дорожному движению. В качестве альтернативы проектное соглашение может содержать положение о выплате штрафа или о возмещении заранее оцененных убытков в связи с отсутствием свободных полос вследствие проведения ремонтных работ. От концессионера, как правило, требуется производить непрерывные подсчеты интенсивности дорожного движения в форме количества автомобиле-миль в течение года, которые периодически проверяются организацией-заказчиком. Несколько модифицированная система может сочетать косвенные сборы и прямые сборы, выплачиваемые пользователями. В такой системе косвенные сборы выплачиваются организацией-заказчиком только в том случае, если уровень интенсивности дорожного движения в течение определенного периода времени снижается ниже согласованного минимального уровня, необходимого для того, чтобы концессионер прибыльно эксплуатировал дорогу.

b) Закупочные обязательства

50. В случае отдельных электростанций и других объектов, производящих товары или услуги, которые могут предоставляться на долгосрочной основе конкретному указанному приобретателю, организация-заказчик или другой публичный орган часто принимает на себя обязательство закупать такие товары и услуги по согласованной ставке, как они предлагаются концессионером. Договоры такого вида обычно называются "соглашениями о постоянном приобретении товаров или услуг". Соглашения о постоянном приобретении товаров или услуг часто предусматривают два вида платежей: платежи за наличие производственных мощностей и платежи за единицы фактического потребления. Например, в отношении проекта по строительству электростанции соглашение о приобретении электроэнергии может предусматривать следующие сборы:

а) Сборы за наличие мощностей. Эти сборы подлежат уплате независимо от фактического производства электроэнергии в период, охватываемый счетом, и исчисляются таким образом, чтобы их было достаточно для возмещения всех финансируемых затрат

концессионера на финансирование и техническое обслуживание проекта, включая обслуживание долга и другие текущие финансовые затраты, финансируемые затраты на эксплуатацию и техническое обслуживание и определенную норму прибыли. Выплата сборов за наличие мощностей часто обуславливается соблюдением определенных стандартов, касающихся результатов использования мощностей или их наличия;

б) Сборы за потребление. Эти сборы предназначаются не для охвата всех финансируемых затрат концессионера, а скорее для возмещения переменных или маргинальных затрат, которые концессионер должен нести для того, чтобы произвести и предоставить какую-либо единицу соответствующей услуги или товара (например, киловатт-час электроэнергии). Сборы за потребление, как правило, исчисляются таким образом, чтобы покрыть переменные эксплуатационные затраты концессионера, такие, как топливо, потребленное во время эксплуатации объекта, расходы на очистку воды и затраты на потребляемые товары. Переменные платежи часто увязываются с собственными переменными эксплуатационными затратами концессионера или с индексом, который в разумной степени отражает изменение в эксплуатационных затратах.

51. С точки зрения концессионера, комбинированная схема сборов за наличие мощностей и потребление является особенно полезной для обеспечения возмещения затрат в тех случаях, когда функция передачи или распространения товаров или услуг, производимых этим концессионером, является монопольной. Вместе с тем сборы за наличие мощностей, предусматриваемые соглашением о постоянном приобретении товаров и услуг, должны быть соразмерными с другими источниками мощностей, которыми располагает или которые фактически использует организация-заказчик. С целью обеспечения наличия средств для платежей, производимых организацией-заказчиком, в соответствии с соглашением о постоянной поставке товаров или услуг, целесообразно рассмотреть вопрос о том, требуются ли механизмы заблаговременного составления бюджета. Платежи в соответствии с соглашением о постоянном приобретении товаров или услуг могут быть поддержаны гарантией, выданной правительством принимающей страны или каким-либо национальным или международным учреждением, предоставляющим гарантии (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 46 и 47).

Е. Обеспечительные интересы

52. В целом обеспечительные интересы в личной собственности предоставляют обеспеченному кредитору по существу два вида прав: имущественное право, позволяющее обеспеченному кредитору в принципе вступить во владение этой собственностью или разрешить третьей стороне вступить во владение ею и продать ее, а также преимущественное право на получение платежа за счет доходов от продажи собственности в случае неисполнения должником своих обязательств. В общей практике проектного финансирования обеспечительные механизмы, как правило, играют превентивную роль, поскольку позволяют в том случае, если какая-либо третья сторона приобретет предприятие должника (например, путем лишения права выкупа, в результате банкротства или непосредственно от должника), направлять все поступления от продажи таких активов в первую очередь на возмещение непогашенных кредитов. Тем не менее кредиторы будут, как правило, стремиться к получению обеспечительных интересов, которые позволяют им путем лишения залогодателя права выкупа вступить во владение проектом, которым они могут распоряжаться и управлять либо для восстановления его экономической жизнеспособности с целью перепродажи в надлежащее время, либо для сохранения в своем ведении данного проекта в течение неопределенного периода времени и получения поступлений от него.

53. Механизмы обеспечения играют центральную роль в финансировании проектов в области инфраструктуры, в частности, тогда, когда структура финансирования создана по схеме "проектного финансирования". Документы, касающиеся финансирования проектов в области инфраструктуры из частных источников, обычно включают обеспечение как в материальных активах, относящиеся к этому проекту, так и в нематериальных активах, находящихся во владении концессионера. Ряд основных требований, касающихся успешного создания механизмов обеспечения, рассматриваются ниже. Следует отметить, однако, что в некоторых правовых системах предоставление кредиторам любого обеспечения, которое дает им возможность вступить во владение проектом, допускается только в исключительных обстоятельствах и при соблюдении ряда специальных условий, например, условий о том, что для предоставления такого обеспечения требуется согласие организации-заказчика; что обеспечение должно предоставляться с конкретной целью содействия финансированию или эксплуатации проекта; и что обеспечительные интересы не должны затрагивать обязательства, принятые на себя концессионером. Эти условия часто основываются на общих принципах права и законодательных положениях, и организация-заказчик не вправе отказаться от их соблюдения на основании заключения договоренностей об ином.

1. Материальные активы в качестве обеспечения

54. Создание механизмов обеспечения, необходимых для получения финансирования на цели проекта, может столкнуться с юридическими препятствиями в случаях, когда активы проекта являются публичной собственностью. Если концессионер не располагает правовым титулом на собственность, то во многих правовых системах он не будет иметь права (или будет иметь такое право в ограниченной степени) на обременение такой собственности. Если установлены ограничения такого рода, законодательство может тем не менее способствовать проведению переговоров о создании механизмов обеспечения, например, путем указания на те виды активов, в отношении которых могут быть созданы такие обеспечительные интересы, или же на вид обеспечительных интересов, который разрешен. В некоторых правовых системах концессионер, которому предоставлен интерес в арендованной собственности или право использовать определенную собственность, может создать обеспечительный интерес на основе интереса в арендованной собственности или такого права пользования.

55. Кроме того, обеспечительные интересы могут также создаваться в том случае, когда концессия охватывает различные виды публичной собственности, например случай, когда правовой титул на прилегающий земельный участок (а не только право пользоваться им) предоставляется какой-либо железнодорожной компании в дополнение к праву пользования публичной инфраструктурой. Если есть возможность создать обеспечительные интересы в какой бы то ни было форме в отношении активов, которые принадлежат или которые требуется передать организации-заказчику, или активов, которые организация-заказчик может в соответствии с договором выкупить по своему выбору (см. пункт 28), то законодательство может требовать согласия организации-заказчика на создание таких обеспечительных интересов концессионером.

2. Нематериальные активы в качестве обеспечения

56. Основным нематериальным активом проекта в области инфраструктуры является сама концессия, т.е. право концессионера эксплуатировать инфраструктуру или предоставлять соответствующую услугу. В большинстве правовых систем концессия предоставляет ее держателю правомочие контролировать весь проект и дает концессионеру право на получение доходов от проекта. Таким образом, стоимость концессии намного превышает общую стоимость всех материальных активов, связанных с проектом. Поскольку держатель концессии обычно имеет право владения и распоряжения всеми активами проекта (с возможным исключением тех активов, которые принадлежат другим сторонам, например,

публичной собственности, находящейся во владении концессионера), концессия, как правило, охватывает и нынешние, и будущие активы материального или нематериального характера. Поэтому кредиторы могут рассматривать концессию как важнейший компонент обеспечительных механизмов, согласованных с концессионером. Залог самой концессии может давать различные практические преимущества концессионеру и кредиторам, в частности, в тех правовых системах, которые в ином случае не разрешают создавать обеспечение на основе всех активов компании или которые в целом не признают непосessorные обеспечительные интересы (см. главу VII, "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", _____). Такие преимущества могут включать следующее: устранение необходимости создавать отдельные обеспечительные интересы в каждом активе проекта, предоставление концессионеру возможности продолжать распоряжаться этими активами в ходе обычной предпринимательской деятельности и создание возможности вносить в залог определенные активы без передачи фактического владения этими активами кредиторам. Кроме того, залог концессии может дать кредиторам право предотвращать, в случае неисполнения своих обязательств концессионером, прекращение проекта посредством вступления во владение концессией и принятия мер для продолжения осуществления проекта при участии другого концессионера. Залог концессии может являться, таким образом, полезным дополнением к прямому соглашению между кредиторами и организацией-заказчиком относительно прав кредиторов на вмешательство или, при определенных обстоятельствах, заменой такого соглашения (пункты 147-150).

57. Вместе с тем в некоторых правовых системах могут существовать препятствия для залога концессии в отсутствие прямого законодательного разрешения. В различных правовых системах обеспечительные интересы могут быть созданы только в отношении активов, которые могут быть свободно переданы лицом, предоставившим обеспечение. Поскольку в большинстве случаев передача права на эксплуатацию инфраструктуры без согласия организации-заказчика не допускается (см. пункты 62 и 63), в некоторых правовых системах может не существовать возможности создания концессионером обеспечительных интересов в самой концессии. Принятое в последнее время в некоторых странах гражданского права законодательство устранило это препятствие путем установления специальной категории обеспечительных интересов, которая иногда обозначается с помощью таких терминов, как "hipoteca de concesión de obra pública" или "prenda de concesión de obra pública" ("ипотечный залог концессии на публичные работы" или "залог концессий на публичные работы"), и которая в целом позволяет кредиторам получать снабженный правовой санкцией обеспечительный интерес, охватывающий все права, которые были предоставлены концессионеру в соответствии с проектным соглашением. Вместе с тем в целях защиты публичных интересов закон требует согласия организации-заказчика с принятием кредиторами любой меры по реализации такого права на условиях, которые предусмотрены в соглашении между организацией-заказчиком и кредиторами. Несколько более ограниченное решение было достигнуто в некоторых странах общего права, в которых было проведено различие между не подлежащим передаче правом осуществлять определенный вид деятельности согласно правительственной лицензии (т.е. "публичными правами", возникающими из лицензии) и правом требования в отношении поступлений, полученных обладателем лицензии (т.е. "частными правами" последнего, вытекающими из лицензии).

3. Коммерческая дебиторская задолженность в качестве обеспечения

58. Другой формой обеспечения, которое, как правило, предоставляется в связи с большинством проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, является уступка кредиторам поступлений по договорам с клиентами концессионера. Эти поступления могут представлять собой поступления по одному контракту (например, обязательство о закупке электроэнергии со стороны предприятия по распределению электроэнергии) или по большому количеству отдельных сделок (например, ежемесячные

платежи за газ или воду). Эти поступления обычно включают тарифы, взимаемые с населения за использование инфраструктуры (например, сборы за использование платных автодорог), или цены, уплачиваемые клиентами за товары или услуги, предоставляемые концессионерам (например, плата за электроэнергию). Они могут также включать доходы от вспомогательных концессий. Обеспечение такого вида является обычным элементом механизмов финансирования, согласованных с кредиторами, и соглашения о кредитовании часто содержат требования о том, чтобы поступления от реализации проектов в области инфраструктуры депонировались на счете эскроу, управление которым осуществляет доверенное лицо, назначенное кредиторами. Такой механизм может также играть важную роль при выпуске концессионером облигаций и других оборотных инструментов.

59. Коммерческая дебиторская задолженность в качестве обеспечения играет центральную роль в механизмах финансирования, которые предусматривают размещение облигаций и других оборотных инструментов. Такие инструменты могут выдаваться самим концессионером, и в этом случае инвесторы, приобретающие ценную бумагу, становятся его кредиторами, или они могут выдаваться третьей стороной, которой была уступлена дебиторская задолженность по проекту с помощью механизма, известного как "секьюритизация". Секьюритизация предполагает создание финансового обеспечения на основе потока поступлений по проекту, которые передаются в залог для уплаты суммы долга и процентов по такому обеспечению. Сделки секьюритизации обычно предполагают учреждение юридического лица, независимого от концессионера, со специальной задачей проведения деловых операций по секьюритизации активов и дебиторской задолженности. Такое юридическое лицо часто называется "специальным целевым механизмом". Концессионер уступает дебиторскую задолженность по проекту такому специальному целевому механизму, который в свою очередь выпускает для инвесторов процентные инструменты, подкрепленные дебиторской задолженностью по проекту. Таким образом, при секьюритизации держатели облигаций приобретают право на поступления от сделок концессионера с его клиентами. Концессионер взимает с клиентов тарифы и переводит средства этому специальному целевому механизму, который затем переводит их держателям облигаций. В ряде стран принятое в последнее время законодательство прямо признает право концессионера уступать дебиторскую задолженность по проекту специальному целевому механизму, который держит дебиторскую задолженность и управляет ею в интересах кредиторов проекта. В целях защиты держателей акций от риска неплатежеспособности концессионера может быть целесообразным принятие необходимых законодательных мер, позволяющих разделить юридически концессионера и специальный целевой механизм.

60. В большинстве случаев у концессионера не будет иметься практической возможности индивидуально оговорить статьи дебиторской задолженности, уступаемые кредиторам. В силу этого уступка дебиторской задолженности при проектном финансировании принимает, как правило, форму оптовой уступки будущей дебиторской задолженности. В различных правовых системах в принятое недавно внутреннее законодательство были включены положения, признающие право концессионера на залог поступлений по проектам в области инфраструктуры. В то же время в различных правовых системах может существовать значительная неопределенность в вопросе о действительности оптовой уступки дебиторской задолженности или уступки будущей дебиторской задолженности. В силу этого важно обеспечить, чтобы внутреннее законодательство по вопросу об обеспечительных интересах не препятствовало способности сторон в юридически действительном порядке уступать коммерческую дебиторскую задолженность с целью получения финансирования на нужды проекта (см. главу VII "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ____).

4. Акции проектной компании в качестве обеспечения

61. В тех случаях, когда концессия не может быть уступлена или передана без согласия организации-заказчика (см. пункты _____), законодательство иногда запрещает создание обеспечения в акциях проектной компании. Тем не менее следует отметить, что в случае сделок проектного финансирования кредиторы обычно требуют создания обеспечения в акциях проектной компании и что общие запреты в отношении создания такого обеспечения могут ограничить способность проектной компании мобилизовывать финансовые ресурсы для осуществления проекта. Поэтому, как и в случае других форм обеспечения, в законодательстве, возможно, было бы целесообразным разрешить акционерам компании-концессионера предоставлять такое обеспечение при условии получения предварительного согласия со стороны организации-заказчика, если такое согласие требуется для передачи доли в акционерном капитале проектной компании (см. пункты 64-68).

Ф. Уступка концессии

62. Концессии предоставляются с учетом конкретных квалификационных данных и надежности концессионера, и в большинстве правовых систем они не подлежат свободной передаче. Так, внутреннее законодательство часто запрещает уступку концессии без согласия организации-заказчика. Цель этих ограничений заключается, как правило, в обеспечении контроля организации-заказчика в отношении квалификационных данных операторов инфраструктуры или поставщиков общедоступных услуг.

63. Некоторые страны сочли полезным упомянуть в своем законодательстве об условиях, на которых может быть дано согласие на передачу концессии до истечения срока ее действия, например, признание новым концессионером всех обязательств по проектному соглашению и подтверждение технической и финансовой способности нового концессионера предоставлять соответствующую услугу. Общие законодательные положения такого рода могут дополняться конкретными положениями проектного соглашения, устанавливающими сферу действия таких ограничений, а также условия, на которых может быть дано согласие организации-заказчика. Вместе с тем следует отметить, что такие ограничения, как правило, применимы к добровольной передаче концессионером своих прав; они не исключают принудительной передачи концессии какому-либо субъекту, назначенному кредиторами в соответствии с прямым соглашением между ними и организацией-заказчиком с целью предотвращения прекращения проекта вследствие серьезного неисполнения обязательств концессионером (см. также пункты 147-150).

Г. Передача контрольного пакета акций проектной компании

64. Организация-заказчик может быть заинтересована в том, чтобы первоначальные члены консорциума, принимавшего участие в процедурах, сохраняли свои обязательства по осуществлению проекта в течение всего срока его реализации и чтобы фактический контроль над проектной компанией не был передан субъектам, которые не известны организации-заказчику. Концессионеры выбирают для осуществления проекта в области инфраструктуры, по меньшей мере отчасти, на основе их опыта и способности реализовать такого рода проект (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 38-40). Поэтому организации-заказчики обеспокоены тем, что если акционеры компании-концессионера будут пользоваться полной свободой передачи своих инвестиций в какой-либо проект, то не будет никакой уверенности в том, кто фактически будет предоставлять соответствующие услуги.

65. Организации-заказчики могут опереться на опыт, который выбранный консорциум, принимавший участие в процедурах, продемонстрировал на этапе предварительного отбора, а также на гарантии исполнения, предоставленные организациями, образовавшими первоначальный консорциум, и его субподрядчиками. Вместе с тем в практике не следует переоценивать ту уверенность, которая может основываться на очевидном специализированном опыте акционеров компании-концессионера. Когда для осуществления проекта учреждается отдельное юридическое лицо, как это часто происходит на практике (см. пункт 12), то поддержка со стороны акционеров компании-концессионера в том случае, если в ходе осуществления проекта возникнут трудности, может ограничиваться их максимальной финансовой ответственностью. Таким образом, ограничения в отношении возможности передачи инвестиций сами по себе могут и не обеспечивать достаточной защиты от риска неисполнения концессионером своих обязательств. В частности, такие ограничения не являются заменой для соответствующих договорных средств защиты, предусмотренных проектным соглашением, таких, как осуществление контроля в отношении уровня предоставляемой услуги (см. пункты 147-150) или прекращение проекта без полной компенсации в случае неудовлетворительного функционирования (см. главу V, "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ___).

66. Помимо вышеизложенного, ограничения в отношении возможности передачи акций компаний, предоставляющих общедоступные услуги, могут быть также сопряжены с некоторыми недостатками для организации-заказчика. Как это отмечалось ранее (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 54-67), существуют многочисленные виды финансирования, которое можно привлекать у различных инвесторов при различных рисках и схемах вознаграждения. Первоначальные инвесторы, такие, как строительные компании и поставщики оборудования, будут стремиться получить вознаграждение в связи с более высокими рисками, которые они принимают на себя, тогда как последующим инвесторам может быть необходима меньшая прибыль, соизмеримая с уменьшенными рисками, которые они несут. Большинство первоначальных инвесторов располагают ограниченными средствами и должны обеспечивать оборот капитала, с тем чтобы они могли участвовать в осуществлении новых проектов. В связи с этим такие инвесторы могут не проявлять готовности к "привязыванию" капитала к долгосрочным проектам. В конце периода строительства первоначальные инвесторы могут предпочесть продать свой интерес какому-либо вторичному акционеру, необходимая норма прибыли которого является меньшей. Когда эксплуатация становится более определенной, может быть осуществлена еще одна операция рефинансирования. Вместе с тем, если способность инвесторов инвестировать и реинвестировать капитал в развитие проекта ограничивается факторами, касающимися возможности передачи акций в рамках проектов в области инфраструктуры, то возникает риск более высокой стоимости финансирования. При определенных обстоятельствах, возможно, нельзя будет обеспечить финансирование проекта вообще, поскольку некоторые инвесторы, участие которых может быть решающим для осуществления проекта, могут и не проявлять желания принимать в нем участие. С точки зрения долгосрочной перспективы развитие рынка инвестиций в публичную инфраструктуру может столкнуться с препятствиями в том случае, если инвесторы излишне ограничены в своей свободе передавать свой интерес в проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

67. По вышеизложенным причинам, возможно, было бы целесообразным сузить ограничения, касающиеся передачи контрольного пакета акций проектной компании, ограничив их определенным сроком (например, в несколько лет после вступления в силу проектного соглашения) или ситуациями, когда такие ограничения оправданы публичными интересами. Одна из таких ситуаций может возникать тогда, когда во владении концессионера находится публичная собственность или когда концессионер получает кредиты, субсидии, акционерный капитал или прямую правительственную поддержку в других формах. В таких случаях ответственность организации-заказчика за надлежащее использование публичных средств требует гарантий того, что такие средства и активы поручаются надежной компании, обязательства в отношении которой первоначальные инвесторы будут сохранять в течение разумного срока. Другая ситуация, которая может оправдывать введение ограничений в отношении передачи акций компаний концессионеров, может возникать тогда, когда организация-заказчик заинтересована в предотвращении передачи акций конкретным инвесторам. Например, организация-заказчик, возможно, пожелает осуществлять контроль над приобретением контрольного пакета акций поставщиков общедоступных услуг во избежание формирования олигополий или монополий в либерализованных секторах. Кроме того, может считаться недопустимым такое положение, при котором услуги какой-либо компании, уличенной в прошлом в обманных действиях в отношении одного органа правительства, были привлечены другим органом правительства в результате приобретения ею дочерней компании.

68. В этих исключительных случаях было бы, возможно, целесообразно потребовать, чтобы первоначальные инвесторы заручились предварительным согласием организации-заказчика до передачи своей доли акций. В проектном соглашении следует разъяснить, что неоправданные отказы или ненадлежащие задержки в даче такого согласия не допускаются.

Кроме того, для целей обеспечения прозрачности было бы, возможно, целесообразно предусмотреть в законе основания для отказа в одобрении и потребовать, чтобы организация-заказчик в каждом случае конкретно указывала причины любого отказа. Надлежащий срок действия таких ограничений - либо в течение конкретного этапа осуществления проекта, либо в течение всего срока концессии, - возможно, потребуется устанавливать с учетом обстоятельств каждого отдельного случая. В отношении некоторых проектов можно будет ослабить такие ограничения после завершения строительства объекта. Было бы также целесообразно уточнить в проектном соглашении, должны ли такие ограничения, если они установлены вообще, применяться только к передаче какого-либо долевого участия в деятельности концессионера или интересы организации-заказчика будут сосредоточиваться на одном конкретном инвесторе (например, строительной компании или проектировщике объекта) в течение этапа строительства или же в течение значительного периода времени после этого.

Н. Строительные работы

69. 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.

70. С другой стороны, во многих проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик может предпочесть передать такую ответственность концессионеру. Вместо того, чтобы брать на себя прямую ответственность за управление деталями проекта, организация-заказчик 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, для большинства целей роль нанимателя по строительным подрядам обычно играет концессионер.

71. По этим причинам 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

72. В тех случаях, когда необходимо решать вопросы, касающиеся строительных работ, 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 публичными органами. 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 срока не выскажет 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.

2. Изменение условий проекта

73. 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 изменений 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 в результате роста издержек или колебаний валютных курсов (см. пункты 39-44). Аналогично, пересмотр проектного соглашения в случае существенного изменения условий также не считается изменением согласно настоящему Руководству (см. пункты 126-130).

74. 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 общедоступных 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, затребованных организацией-заказчиком, и спецификаций, предоставленных в ходе процесса отбора (см. главу III "Выбор концессионера", пункты 61 и 64-66), что помогает избежать внесения последующих изменений в проект.

75. В проектном соглашении следует указать конкретные обстоятельства, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в строительные спецификации, а также размеры компенсации, которую, возможно, потребуется выплатить концессионеру для покрытия дополнительных расходов и задержек, связанных с внесением таких изменений. 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. В соответствии с договорной практикой, применяющейся в некоторых правовых системах, концессионер может быть освобожден от его обязательств, если сумма дополнительных расходов, обусловленных внесением изменений, превышает установленный максимальный предел.

76. 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 подходы к урегулированию связанных с изменениями вопросов. Такие решения могут также *mutatis mutandis* применяться в отношении изменений, запрашиваемых организацией-заказчиком согласно проектному

соглашению¹. Вместе с тем следует отметить, что в случае концессий в области инфраструктуры платежи проектной компании представляют собой сборы, взимаемые с пользователей, 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 возникнуть необходимость в изменениях, которые приводят к увеличению расходов, которое концессионер может 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

77. В некоторых правовых системах публичные органы, приобретающие услуги по выполнению строительных работ, обычно сохраняют за собой право требовать приостановления или временного прекращения работ исходя из публичных интересов. Однако, для того чтобы смягчить обеспокоенность потенциальных инвесторов, иногда бывает полезно ограничить возможность такого вмешательства 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. Может также оказаться полезным договориться о максимальном сроке приостановления и предусмотреть соответствующую компенсацию для концессионера. Кроме того, можно предусмотреть гарантии для обеспечения выплаты концессионеру компенсации или возмещения ущерба в результате приостановления проекта (см. также главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 48-50).

78. В некоторых правовых системах объекты, сооружаемые для использования в связи с предоставлением некоторых общедоступных услуг, сразу же после завершения строительства становятся публичной собственностью (см. пункт 24). В подобных случаях законодательство часто содержит требование о том, чтобы завершённый объект был официально принят организацией-заказчиком или другим публичным органом. Такая официальная приемка обычно происходит только после инспекции завершённого объекта и получения удовлетворительных результатов на испытаниях, необходимых для установления готовности объекта к эксплуатации и его соответствия спецификациям, а также техническим требованиям и требованиям техники безопасности. Даже в тех случаях, когда официальной приемки организацией-заказчиком не требуется (например, когда объект остается в собственности концессионера), могут быть часто необходимы положения в отношении проведения итоговой инспекции и приемки строительных работ организацией-заказчиком для обеспечения соблюдения норм, касающихся здравоохранения, техники безопасности, строительства и труда. В проектном соглашении следует в деталях описать характер приемочных испытаний или инспекции завершённого объекта; график испытаний (например, будет, возможно, 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 покрытие соответствующих расходов. 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.

4. Гарантийный срок

79. Заключаемые концессионером договоры на строительство обычно предусматривают гарантии качества, согласно которым подрядчики принимают на себя ответственность за любые дефекты объекта и за неточности или неполноту технической документации на сдаваемый объект, причем предусматриваются, однако, и разумные исключения (например, обычный износ или ошибки концессионера в материально-техническом обслуживании или эксплуатации объекта). Законодательные положения или общие принципы применимого права могут также устанавливать дополнительную ответственность, например, применительно к строительным дефектам объекта, как это предусматривается в некоторых правовых системах. В проектном соглашении следует предусмотреть, что окончательная приемка объекта организацией-заказчиком не будет освобождать строительных подрядчиков от любой ответственности за дефекты объекта и за неточности или неполноту технической документации, как это может предусматриваться согласно договорам на строительство или применимым правом.

I. Эксплуатация инфраструктуры

80. Условия эксплуатации и материально-технического обслуживания такого объекта, а также стандарты качества и техники безопасности часто указываются в законах и детализируются в проектном соглашении. Помимо этого, особенно в области электроэнергетики, водоснабжения, канализации и общественного транспорта организация-заказчик или независимое регулирующее учреждение 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.

81. Нормативные положения, касающиеся регулирования эксплуатации инфраструктуры, и юридические требования, предъявляемые к предоставлению общедоступных услуг, направлены на достижение различных целей, представляющих публичный интерес. С учетом того, что проекты в области инфраструктуры являются обычно долгосрочными, в течение срока действия проектного соглашения в такие положения и требования, возможно, потребуются 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 122-125), регулирующим учреждением рекомендуется избегать чрезмерного регулирования или неразумно частых изменений действующих правил.

1. Эксплуатационные стандарты

82. 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 в законодательных актах могут устанавливаться базовые принципы, которые будут лежать в основе разработки подробных стандартов или требовать соблюдения международных стандартов.

83. 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.

2. Расширение услуг

84. В некоторых правовых системах считается, что предприятие, занимающееся обеспечением некоторых основных услуг по правительственной концессии, например, снабжением электроэнергией или питьевой водой общины или территории и ее жителей, обязано создать систему услуг, отвечающую разумным потребностям данной общины или территории. Эта обязанность часто обуславливается не только историческим спросом, сложившимся на момент выдачи концессии, но и 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 учреждением.

85. В некоторых правовых системах такая обязанность не является абсолютной и безусловной. Обязанность концессионера расширять сеть предоставляемых услуг может зависеть 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 тарифов или введения специальных сборов или же полностью или частично покрываться организацией-заказчиком или другим публичным органом путем предоставления субсидий или грантов. С учетом разнообразия факторов, которые могут быть приняты во внимание для оценки степени целесообразности любого конкретного расширения, желательно оговорить в проектном соглашении те обстоятельства, при которых от концессионера может потребоваться расширение его объектов по оказанию услуг, и надлежащие методы финансирования расходов в связи с любым таким расширением.

3. Непрерывный характер предоставления услуг

86. Еще одной обязанностью поставщиков общедоступных услуг является обеспечение непрерывного предоставления услуг в большинстве случаев, за исключением небольшого числа событий, освобождающих от этой обязанности (см. также пункты 132-134). В некоторых правовых системах эта обязанность носит характер обязательства по закону, которое действует даже в том случае, если оно конкретно не оговорено 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, в случае экономических трудностей или нарушения 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.

87. 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 126-130). 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. В правовых системах, в которых такой порядок допускается, 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 V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ___).

4. Равное отношение к клиентам или пользователям

88. На предприятия, которые предоставляют определенные услуги населению, в некоторых правовых системах, накладывается особая обязанность обеспечивать услуги для всех пользователей и клиентов, попадающих под одну и ту же категорию, практически на одинаковых условиях. Однако в этих правовых системах признается 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.

89. 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, в случае льготного транспорта для школьников и престарелых или сниженных ставок 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 правительственных субсидий, фондов и других официальных механизмов, создаваемых для распределения финансового бремени по выполнению этих обязанностей между всеми поставщиками общедоступных услуг, или через посредство перекрестного субсидирования за счет других более прибыльных услуг (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", пункты 42-44).

5. Подключение и доступ к сетям инфраструктуры

90. Компании, занимающиеся эксплуатацией сетей инфраструктуры в таких секторах, как железнодорожный транспорт, телекоммуникации, электро- или газоснабжение, в некоторых случаях обязаны предоставлять доступ к своим сетям другим компаниям. Это требование может оговариваться в проектом 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 структурным реформам в соответствующем секторе, 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. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты 21-46).

91. От операторов сетей часто требуется обеспечивать доступ на условиях, которые являются справедливыми и недискриминационными с финансовой и технической точек 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.

92. Хотя цена за предоставление доступа, как правило, устанавливается с учетом фактических расходов, регулирующие учреждения часто сохраняют за собой право контролировать соответствующие тарифы, 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.

93. 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 поставщику услуг может потребоваться 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.

6. Требования в отношении предоставления информации

94. Во многих странах законодательство налагает на поставщиков общедоступных услуг обязанность представлять регулирующему учреждению точную и своевременную информацию о своих операциях и наделяют такие учреждения 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.

95. Поставщики общедоступных услуг, как правило, обязаны вести финансовые счета и ведомости и предоставлять их в распоряжение регулирующего учреждения, а также составлять подробную калькуляцию издержек, которая позволит регулирующему учреждению раздельно 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. У самих операторов инфраструктур также могут иметься 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 учреждению.

7. Права концессионера по обеспечению выполнения контракта

96. В странах с установившимися традициями выдачи концессий на предоставление общедоступных услуг концессионер может быть уполномочен устанавливать правила, предназначенные для облегчения предоставления услуги (например, инструкции для пользователей или правила техники безопасности), принимать разумные меры для обеспечения соблюдения этих правил и приостанавливать предоставление услуги в чрезвычайных обстоятельствах или по соображениям безопасности. В этой цели в большинстве правовых систем может требоваться, чтобы такие полномочия были предусмотрены в общем законодательстве или чтобы законодательный орган наделял ими концессионера в каждом конкретном случае. Объем полномочий, предоставляемых концессионеру, обычно определяется в проектом соглашении и может подробно не оговариваться в законодательных актах. Возможно, будет целесообразно предусмотреть, что эти правила вступают в силу после их утверждения, в зависимости от конкретных обстоятельств, регулирующим учреждением 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 законодательные и институциональные рамки", пункты 49 и 50).

97. Особую важность для концессионера представляет вопрос о возможности прекращения предоставления услуг в результате неисполнения или несоблюдения правил со стороны пользователей. Несмотря на общую обязанность концессионера обеспечивать непрерывное предоставление услуг (см. пункты 86 и 87), 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 "Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам", ___).

J. Общие договорные механизмы

98. В настоящем разделе рассматриваются отдельные договорные механизмы, которые, как правило, встречаются в проектных соглашениях в различных секторах и которые часто отражаются в стандартных договорных условиях, используемых национальными организациями-заказчиками. Рассматриваемые в настоящем разделе механизмы, хотя они по своей сути и являются в основном договорными, могут обуславливать некоторые важные последствия для законодательства принимающей страны с учетом существующей в ней особой правовой системы.

1. Субподряды

99. 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. Концессионер может также пожелать прибегнуть к услугам подрядчиков, имеющих опыт работы в области эксплуатации и материально-технического обслуживания инфраструктуры, на эксплуатационном этапе проекта. В законодательстве некоторых стран в целом признается право концессионера заключать контракты, необходимые для выполнения строительных работ. В других странах, где действуют положения, ограничивающие возможности правительственных подрядчиков заключать субподряды, может оказаться весьма полезным включить в законодательство положения, признающие за концессионером право заключать субподряды.

а) Выбор субподрядчиков

100. 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 прозрачное использование публичных средств. Однако в случае проектов в области инфраструктуры,

финансируемых из частных источников, 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.

101. 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 должны 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 противоречащие носящим публично-правовой характер императивным нормам, применяющимся в принимающей стране в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

b) Применимое право

102. Концессионер и его подрядчики обычно выбирают то право, которое им знакомо и которое, по их мнению, надлежащим образом регулирует вопросы, отраженные в их контрактах. В зависимости от вида контракта могут возникать различные вопросы, касающиеся оговорки о применимом праве. Например, договоры о поставке оборудования и другие договоры могут заключаться с иностранными компаниями, и стороны, возможно, пожелают выбрать знакомое им право, которое, например, обеспечивает надлежащий гарантийный режим в случае отказа оборудования или его несоответствия условиям договора. В свою очередь концессионер, возможно, согласится на применении права принимающей страны в отношении договоров, заключаемых с местными клиентами.

103. Внутреннее специальное законодательство по вопросам проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, редко содержит положения, касающиеся выбора права, регулирующего контракты, заключаемые концессионером. Так, большинство стран не нашли достаточных оснований для принятия специальных положений, касающихся права, регулирующего контракты между концессионером и его подрядчиками, и предпочли, чтобы этот вопрос решался путем включения в договоры оговорки о выборе права или в соответствии с применимыми нормами частного международного права. Следует, однако, отметить, что применительно к свободе выбирать право, применимое как к контрактам или другим юридическим взаимоотношениям, в ряде правовых систем предусматриваются условия и ограничения в соответствии с нормами частного международного права или некоторыми нормами публичного права принимающей страны. Например, государства-участники некоторых соглашений о региональной экономической интеграции обязываются принимать унифицированные положения частного международного права, регулирующие, в том числе, контракты между поставщиками общедоступных услуг и их подрядчиками. Хотя нормы частного международного права часто допускают

значительную свободу выбора в отношении права, регулирующего коммерческие контракты, эта свобода в ряде стран ограничивается применительно к контрактам и юридическим взаимоотношениям, которые не квалифицируются как коммерческие, например, применительно к некоторым контрактам, заключаемым публичными органами принимающей страны (например, в том, что касается гарантий и заверений со стороны правительства или обязательств о приобретении электроэнергии и поставках топлива со стороны публичного органа), или к контрактам с потребителями.

104. В некоторых случаях во внутреннее законодательство в порядке уточнения включались соответствующие положения о том, что контракты, заключаемые концессионером и его подрядчиками, регулируются частным правом и что подрядчики не являются агентами организации-заказчика. Подобные положения в ряде стран могут иметь определенные практические последствия, такие как отсутствие у организации-заказчика субсидиарной ответственности за действия субподрядчиков или отсутствие у соответствующего публичного предприятия обязанности выплатить работникам субподрядчиков компенсацию за связанные с трудовой деятельностью заболевания, травму или смерть.

2. Ответственность в отношении пользователей и третьих сторон

105. Дефекты в конструкции или ненадлежащая эксплуатация объекта инфраструктуры могут привести к гибели или травмам персонала концессионера, пользователей объекта или других третьих сторон или же к причинению ущерба их имуществу. Вопросы, связанные с возмещением ущерба третьим сторонам в подобных случаях, являются сложными и могут подчиняться не нормам права, применимого к проектному соглашению и регулирующему вопросы ответственности из договора, а применимым юридическим нормам, регулирующим вопросы внедоговорной ответственности, причем такие нормы часто носят императивный характер. Кроме того, в некоторых правовых системах имеются специальные императивные нормы, которые регулируют вопросы внедоговорной ответственности публичных органов и которые могут распространяться на организацию-заказчика. Более того, проектное соглашение не может ограничивать ответственность концессионера или организации-заказчика применительно к компенсации третьим сторонам, не являющимся сторонами проектного соглашения. В силу этого организации-заказчику и концессионеру целесообразно предусмотреть внутренний порядок распределения рисков между ними в отношении компенсации, которая должна выплачиваться третьим сторонам в результате смерти, травмы и ущерба имуществу, в той мере, в которой такое распределение не регулируется императивными нормами. Сторонам также целесообразно предусмотреть страховое покрытие таких рисков (см. пункты 119 и 120).

106. Если третьей стороне нанесена травма или причинен ущерб ее имуществу в результате сооружения или эксплуатации объекта и если она предъявляет требование организации-заказчику, законодательство может предусматривать, что любая ответственность в этой связи должна лежать только на концессионере и что организация-заказчик не должна нести какой-либо ответственности в отношении таких требований третьих сторон, за исключением случаев, когда ущерб был причинен в результате серьезного неисполнения со стороны организации-заказчика или ее небрежности. В частности, было бы, возможно, полезно предусмотреть, что акт одобрения проектно-конструкторского решения объекта или его спецификаций организацией-заказчиком или акт приемки сооруженного объекта или окончательного разрешения на его эксплуатацию или использование населением сам по себе не влечет принятия на себя организацией-заказчиком какой-либо ответственности за ущерб, причиненный пользователям объекта или другим третьим сторонам в результате сооружения или эксплуатации объекта или недостатков утвержденного проектно-конструкторского решения или спецификаций. Кроме того, поскольку в соответствии с применимым правом положения о распределении ответственности могут не иметь искивой силы отношения третьих сторон, будет, возможно, целесообразно предусмотреть в проектном соглашении, что организация-заказчик должна быть защищена и освобождена от ответственности в том, что касается требований о компенсации, заявленных третьими сторонами, которым были причинены травмы или собственности которых был причинен ущерб в результате сооружения или эксплуатации объекта инфраструктуры.

107. В проектном соглашении следует также предусмотреть, что стороны должны информировать друг друга о любых требованиях или процессуальных действиях или о любых ожидаемых требованиях или процессуальных действиях в их отношении, применительно к которым организация-заказчик имеет право на освобождение от ответственности, и должны предоставлять друг другу разумную помощь в защите от таких требований или процессуальных действий в той мере, в которой это допускается законом страны, где возбуждаются такие действия.

3. Гарантии исполнения и страхование

108. В обязанности концессионера обычно входят предоставление в той или иной форме гарантий исполнения на случай неисполнения обязательств и обеспечение страхового покрытия 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 указанной процентной доли базовых инвестиций.

а) Виды, функции и характер гарантий исполнения

109. 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 договорной гарантии, резервного аккредитива или гарантии по требованию. В соответствии со вторым видом гарантий - обязательством по обеспечению исполнения - гарант выбирает один из двух следующих вариантов: 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 только 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 ремонтные работы или работы по материально-техническому обслуживанию в течение гарантийного периода после завершения строительства объекта будут осуществлены концессионером.

110. 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 никакого неисполнения 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 документарного 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 обязательство по обеспечению исполнения носит акцессорный характер по отношению к основному контракту.

b) Преимущества и недостатки различных видов гарантий исполнения

111. 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.

112. 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.

113. Недостаток гарантии 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 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.

114. 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.

115. 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 риск того, что

организация-заказчик, заявляющая требование по гарантии, будет втянута в продолжительный спор. На практике такой риск может быть сокращен, например, если предъявление требований по условиям гарантии будет регулироваться процедурой, аналогичной той, которая предусматривается в статье 7(j)(i) Унифицированных правил для договорных гарантий, разработанных Международной торговой палатой². Статья 7(j)(i) Унифицированных правил предусматривает, что независимо от спора между принципалом и бенефициаром относительно исполнения договора или любого договорного обязательства, для целей платежа по требованию по договорной гарантии факт неисполнения считается установленным по выдаче сертификата неисполнения третьей стороной (которой, без каких-либо ограничений, может быть независимый архитектор, или инженер, или рефери), если это предусмотрено гарантией, и по вручении такого сертификата или его заверенной копии гаранту. При использовании такой процедуры организация-заказчик может иметь право на получение платежа в случае наступления указанного в договорной гарантии события, даже несмотря на то, что ее право на такой платеж оспаривается концессионером.

116. По причине менее высокого риска для гаранта 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.

117. 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 70) 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.

118. Одна из особых 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 проектной компании 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 V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____).

с) Механизмы страхования

119. 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.

120. 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 является 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.

4. Изменение условий

121. 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 39-46), 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 сферы действия такого механизма. С точки зрения законодательства особого внимания заслуживают две отдельные категории изменений: законодательные или нормативные изменения и непредвиденные изменения экономических условий.

а) Законодательные или нормативные изменения

122. 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.

123. 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 числе возможных примеров можно упомянуть следующее: 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 последствий общих законодательных рисков, включая риск увеличения издержек в результате изменений в законах, относящихся ко всему коммерческому сектору.

124. Тем не менее важно учитывать возможную ограниченность способности концессионера реагировать на рост издержек, который является следствием общих законодательных изменений, или абсорбировать эти возросшие затраты. На деятельность операторов

инфраструктуры часто распространяются стандарты обслуживания и механизмы контроля над тарифами, 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 тарифами предусмотрены в проектном соглашении, то концессионер будет пытаться получить у организации-заказчика или регулирующего учреждения, в зависимости от обстоятельств, заверения в отношении того, что ему будет позволено возместить дополнительные издержки, вызванные изменениями в законодательстве, путем увеличения тарифов. Если такие заверения не могут быть даны, целесообразно наделить организацию-заказчика полномочиями договариваться с концессионером о компенсации, на которую концессионер может быть вправе рассчитывать в том случае, если меры контроля над тарифами не позволяют полностью возместить дополнительные издержки, вызванные общими законодательными изменениями.

125. 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 обычный коммерческий риск, 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 тарифов согласно соответствующим положениям проектного соглашения.

b) Изменения экономических условий

126. 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.

127. 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. В определенной степени прогнозы относительно экономических и финансовых параметров и, иногда, даже определенные маргинальные значения рисков будут, как правило, включаться в финансовые предложения, подготовленные участниками процедур (см. главу III "Выбор концессионера", пункт 68). В то же время могут произойти некоторые события, наступление которых стороны не могли разумно ожидать в момент переговоров по проектному соглашению и которые, если бы они были учтены, привели бы к иному распределению рисков или установлению иной нормы вознаграждения на инвестиции концессионера. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, важно разработать механизмы, которые регулировали бы финансовые и экономические последствия таких событий. В ряде стран применяются правила о пересмотре условий, которые помогают сторонам в поиске справедливых решений

для сохранения экономической и финансовой жизнеспособности проектов в области инфраструктуры и предотвращают неисполнение со стороны концессионера, которое привело бы к краху проекта. Однако правила о пересмотре могут иметь и ряд недостатков, особенно с точки зрения правительства.

128. 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 публичный сектор существенной доли коммерческих рисков, изначально возлагавшихся на концессионера, и представляет собой принятие на себя открытой финансовой ответственности. 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.

129. Может оказаться целесообразным предусмотреть в проектном соглашении, что изменение обстоятельств, оправдывающее пересмотр условий проектного соглашения, должно быть вне сферы контроля концессионера и что его характер 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, будет учитывать возможность и нести риск снижения интенсивности дорожного движения из-за последующего ввода в эксплуатацию альтернативной бесплатной дороги какой-либо организацией, не являющейся организацией-заказчиком. Однако, как правило, будет ожидаться, что концессионер должен учесть 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.

130. 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 может помочь 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 существенный 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.

5. Положения, касающиеся освобождения от ответственности

131. 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 любого такого неисполнения.

а) Определение событий, освобождающих от ответственности

132. К числу препятствий, освобождающих от ответственности, как правило, относятся события, не поддающиеся контролю любой 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; аварии или саботаж объектов, террористические акты, преступное причинение ущерба 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.

133. В некоторых законах делается лишь общая ссылка на препятствия, освобождающие от ответственности, в то время как в других содержится подробный перечень обстоятельств, которые освобождают стороны от исполнения 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.

134. Другой аспект, который нуждается в тщательном рассмотрении, состоит в том, могут ли те или иные действия других публичных органов, помимо организации-заказчика, представлять собой 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 выданы, 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 публичным органом или каким-либо иным правительственным учреждением, 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 публичным органом, 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 публичного органа или оказать на них влияние.

135. 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 в завершении 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 V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ___).

136. Другой важный вопрос состоит в том, будет ли концессионер иметь право на компенсацию в случае потери доходов или причинения ущерба имуществу в результате возникновения препятствий, освобождающих от ответственности. Ответ на этот вопрос обуславливается распределением рисков, предусмотренным в проектном соглашении. За исключением случаев, когда правительство оказывает прямую поддержку в той или иной форме, 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 препятствий, освобождающих от ответственности, и в отношении которых концессионеру обычно требуется приобрести надлежащее страховое покрытие. Таким образом, некоторые законы прямо исключают любую форму компенсации концессионеру в случае убытков или ущерба, являющихся следствием возникновения препятствий, освобождающих от ответственности. Однако это необязательно подразумевает, что те или иные события, квалифицируемые как препятствия, освобождающие от ответственности, не могут в то же время служить основанием для пересмотра условий проектного соглашения в целях восстановления его экономической и финансовой сбалансированности (см. также пункты 126-130).

137. Вместе с тем для проектов, связанных с сооружением 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 договоренности об оказании концессионеру помощи в ремонте или реконструкции объектов инфраструктуры, пострадавших в результате стихийных бедствий или аналогичных событий, указанных в проектном 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.

138. 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 V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____).

139. 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 86 и 87). 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.

6. Случаи неисполнения обязательств и средства правовой защиты

140. В целом, существует широкий набор средств правовой защиты - вплоть до прекращения договора, - которые, по согласованию сторон, могут применяться для урегулирования последствий неисполнения обязательств. В нижеследующих пунктах рассматриваются общие соображения, касающиеся случаев неисполнения обязательств и средств правовой защиты, имеющих у любой из сторон (см. пункты 141 и 142). В них рассматриваются законодательные последствия применения некоторых средств правовой защиты, которые направлены на устранение причин неисполнения и обеспечение непрерывного осуществления проекта, в частности мер вмешательства организации-заказчика (см. пункты 143-146) или замены концессионера (см. пункты 147-150). Конечное средство правовой защиты в виде прекращения проектного соглашения и последствия такого прекращения рассматриваются в других разделах Руководства (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____).

а) Общие соображения, касающиеся неисполнения и средств правовой защиты

141. К средствам правовой защиты в случае неисполнения со стороны концессионера, как правило, относятся те, которые обычно используются в контрактах на строительство или долгосрочное оказание услуг, такие, как удержание гарантий, договорные штрафы и заранее оцененные убытки³. В большинстве случаев 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 осуществление 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.

142. 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 применимым законодательством могут накладываться некоторые ограничения. Важные ограничения могут вытекать из норм права, которые признают иммунитет публичных органов от судебных исков и принудительных мер. В зависимости от правовой природы организации-заказчика или других публичных органов, которые берут 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 VI "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", пункты 61-71).

b) Права вмешательства организации-заказчика

143. В законодательстве 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.

144. 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. Важно ограничить право организации-заказчика на вмешательство случаями серьезных сбоев в предоставлении услуг и не допускать такого вмешательства в случаях простой неудовлетворенности деятельностью концессионера. 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.

145. 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 того, 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.

146. В проектном соглашении целесообразно 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 ответственности и соответствующего размера расходов в соглашении можно предусмотреть 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 131-139), стороны могут договориться об ином решении в зависимости от того, на кого был возложен конкретный риск в проектном соглашении.

с) Права кредиторов на вмешательство и принудительная передача концессии в другие руки

147. В ходе осуществления проекта могут возникнуть ситуации, когда в случае неисполнения со стороны концессионера или возникновения чрезвычайного события вне сферы контроля концессионера стороны, тем не менее, будут заинтересованы в том, чтобы избежать прекращения проекта (см. главу V "Срок действия, продление и прекращение действия соглашения", ___) 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 необходимости принять на себя ответственность за реализацию проекта и самостоятельно продолжить его осуществление.

148. Положения, которые позволяют кредиторам с согласия организации-заказчика выбрать нового концессионера для исполнения обязательств 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 представляют 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 характер и может быть разумно сочтено необратимым. Опыт стран, которые в последнее время

прибегали к таким прямым соглашениям, показывает, 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.

149. 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 V "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения", ____). 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.

150. В связи с этим может быть целесообразно признать в законодательстве право организации-заказчика заключать соглашения с кредиторами, позволяющие им назначать, с согласия организации-заказчика, 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 являться основанием для прекращения 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.

Примечания

- ¹ Обсуждение 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".
- ² Текст Унифицированных правил для договорных гарантий на английском языке воспроизводится в документе A/CN.9/459/Add.1.
- ³ Рассмотрение вопроса о средствах правовой 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".