



Генеральная Ассамблея

Distr.
GENERAL
A/CN.9/458/Add.5
17 February 1999
RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Тридцать вторая сессия
Вена, 17 мая - 4 июня 1999 года

**ПРОЕКТЫ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫЕ
ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ**

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

Доклад Генерального секретаря

Добавление

Глава IV. ПРОЕКТНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Страница</u>
Рекомендации по законодательным вопросам	-	2
Комментарии к рекомендациям по законодательным вопросам	1-67	4
А. Общие замечания	1-8	4
1. Законодательные подходы	2-4	4
2. Заключение проектного соглашения	5-8	5
В. Основные условия проектного соглашения	9-67	6
1. Финансовые положения	10-21	6
2. Строительная площадка	22-27	10
3. Сервитуты	28-31	11
4. Обеспечительные интересы	32-40	12
5. Организация концессионера	41-51	15
6. Уступка концессии	52-55	17
7. Возможность передачи акций проектной компании	56-63	18
8. Срок действия проектного соглашения	64-67	20

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

Заключение проектного соглашения (см. пункты 5-8)

1) Принимающая страна, возможно, пожелает ввести в действие положения, упрощающие процедуры заключения проектного соглашения и заранее определяющие компетентные органы или ведомства, правомочные утверждать и подписывать проектное соглашение.

Финансовые положения (см. пункты 10-21)

2) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

а) что любое финансирование объекта инфраструктуры может обеспечиваться в такой сумме и на таких условиях и положениях, какие могут быть определены концессионером, и что с этой целью концессионер может, в частности, эмитировать долговые обязательства, акции и другие ценные бумаги или обязательства и создать обеспечение какого-либо финансирования с помощью обеспечительного интереса в каком-либо своем имуществе;

б) что проектное соглашение должно устанавливать тарифы или сборы с пользователей, которые могут взиматься концессионером для использования объекта или предоставляемых им услуг, и должно определять метод и формулу корректировки таких тарифов или сборов с пользователей;

с) что проектное соглашение должно устанавливать тарифы или сборы с пользователей, позволяющие возратить вложенный капитал, а также затраты на эксплуатацию и обслуживание при разумной норме прибыли.

3) Принимающая страна, возможно, далее пожелает предусмотреть:

а) что органу, выдавшему подряд, разрешено в соответствующих случаях соглашаться производить прямые платежи концессионеру в качестве замены платы за услуги, которую должны вносить пользователи, или в качестве дополнения к такой плате;

б) что органу, выдавшему подряд, разрешено в соответствующих случаях принимать на себя обязательства в отношении приобретения товаров и услуг в фиксированном объеме.

Строительная площадка (см. пункты 22-27)

4) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

а) что проектное соглашение должно в соответствующих случаях указывать, какие активы будут оставаться собственностью органа, выдавшего подряд, или других правительственных ведомств и какие категории активов будут оставаться частной собственностью концессионера;

б) что принудительное отчуждение какого-либо земельного участка, требуемого для исполнения проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, должно осуществляться на основе наиболее действенных процедур, установленных законодательством принимающей страны,

Сервитуты (см. пункты 28-31)

5) Принимающая страна, возможно, пожелает ввести в действие законодательные положения, определяющие сервитуты, которые могут быть необходимыми для концессионера.

Обеспечительные интересы (см. пункты 32-40)

- б) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:
- а) что концессионер может создавать обеспечение в отношении любого из своих имущественных интересов в объекте инфраструктуры;
 - б) что концессионер может обеспечивать любое финансирование с помощью залога поступлений и дебиторской задолженности, связанных с концессией.

Организация концессионера (см. пункты 41-51)

- 7) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что выбранные участники торгов должны учредить независимое юридическое лицо с местонахождением в принимающей стране, за исключением случаев, когда орган, выдавший подряд, отказался от такого требования.
- 8) В том случае, если от выбранных участников торгов требуется учреждение независимого юридического лица, принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что проектное соглашение должно указывать:
- а) форму юридического лица и его минимальный капитал;
 - б) процедуры одобрения органом, выдавшим подряд, значительных изменений в учредительных документах и уставных нормах компании концессионера, причем не следует необоснованно отказывать в таком одобрении.

Уступка концессии (см. пункты 52-55)

- 9) Принимающая страна, возможно, пожелает потребовать, чтобы в проектное соглашение излагались условия, на которых орган, выдавший подряд, может давать свое согласие на уступку концессии, включая:
- а) принятие новым концессионером всех обязательств по проектному соглашению;
 - б) подтверждение того, что новый концессионер обладает техническими и финансовыми возможностями, необходимыми для предоставления соответствующей услуги.

Возможность передачи акций проектной компании (см. пункты 56-63)

- 10) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что передача доли в акционерном капитале компании концессионера может потребовать согласия органа, выдавшего подряд, если:
- а) концессионер владеет государственными активами или активами, которые концессионер должен передать органу, выдавшему подряд, в конце срока концессии; или
 - б) концессионер получил кредиты, субсидии, акции или прямую финансовую поддержку со стороны правительства в иных формах или же воспользовался преимуществами от этого.

Срок действия проектного соглашения (см. пункты 64-67)

- 11) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что срок действия всех концессий должен быть ограниченным и что это должно быть указано в проектное соглашение, принимая во внимание характер и сумму инвестиций, которые должен произвести концессионер.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

А. Общие замечания

1. "Проектное соглашение" между правительством и концессионером является основным документом по проекту в области инфраструктуры. В проектном соглашении определяются масштабы и цели проекта, а также права и обязательства сторон; в нем приводятся подробности, касающиеся осуществления 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 органом, выдавшим подряд, 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. Проектное соглашение представляет собой документ, с помощью которого правительство осуществляет свои полномочия, касающиеся возложения на концессионера ответственности за исполнение проекта в области инфраструктуры (см. главу I, "Общие соображения по законодательным вопросам", _____). Поэтому существует внутренняя взаимосвязь между проектным соглашением и законодательством принимающей страны, регулирующим исполнение проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, или, если говорить в целом, предоставление общедоступных услуг. Внутригосударственное законодательство часто содержит положения, касающиеся содержания проектного соглашения. В связи с этим используются три основных подхода. Хотя законодательство некоторых стран содержит всего лишь ссылку на необходимость заключения соглашения между концессионером и органом, выдавшим подряд, законодательство других стран содержит обширные обязательные положения, касающиеся содержания условий, которые должны быть включены в такое соглашение. Промежуточный подход отражается в таком законодательстве, в каком содержится перечень вопросов, которые необходимо решить в проектном соглашении, но при этом содержание его положений подробно не регламентируется.

3. Законодательные положения по конкретным важнейшим элементам проектного соглашения могут способствовать установлению общих рамок для распределения прав и обязательств между сторонами. Цель таких положений может состоять в обеспечении последовательности в решении определенных договорных вопросов и ориентиров для государственных органов, ведущих переговоры о заключении проектных соглашений на различных уровнях правительства (национальном, провинциальном или местном). Такие ориентиры могут оказаться особенно полезными для органов, выдающих подряды, которые не обладают достаточным опытом в проведении переговоров по проектным соглашениям. Некоторые страны, возможно, будут также исходить из того, что законодательные положения по некоторым элементам проектного соглашения могут усилить позицию органа, выдающего подряд, на переговорах с концессионером. И наконец, такое законодательство может оказаться необходимым для того, чтобы предоставить органу, выдающему подряд, полномочия в отношении согласования определенных видов положений.

4. Возможным недостатком законодательных положений, в которых подробно рассматриваются права и обязательства сторон, является то, что они могут лишить орган, выдавший подряд, и концессионера необходимой свободы действий при обсуждении условий соглашения, которое должно учитывать потребности и особенности конкретного проекта. В связи с этим целесообразно ограничить сферу действия законодательных положений, касающихся проектного соглашения, теми положениями, которые абсолютно необходимы, например, положения по вопросам, в отношении которых может требоваться предварительное законодательное разрешение или которые могут затрагивать интересы третьих сторон,

или же положения, касающиеся принципиальных вопросов политики, по которым отклонение от норм на основе соглашения является недопустимым.

2. Заключение проектного соглашения

5. В связи со столь сложными проектами, как проекты в области инфраструктуры, обычно проходит несколько месяцев переговоров, прежде чем стороны готовы подписать проектное соглашение. Как сообщается, задержки в таких переговорах обуславливаются рядом факторов, например, неопытностью сторон, плохой координацией между различными правительственными ведомствами, неопределенностью в отношении степени правительственной поддержки или трудностями в создании механизмов обеспечения, приемлемых для кредиторов¹. Чтобы избежать излишних задержек в заключении проектного соглашения, целесообразно ввести правила, которые четко идентифицировали бы лиц или органы, правомочные принимать на себя обязательства от имени органа, выдавшего подряд, (и в соответствующих случаях от имени других ведомств правительства) на различных стадиях переговоров и подписать проектное соглашение. В отношении проектов, затрагивающих органы или ведомства на различных уровнях правительства (например, на национальном, провинциальном или местном уровне), на которых может и не быть возможности заранее идентифицировать все соответствующие органы и ведомства, связанные с проектом, могут потребоваться другие меры для обеспечения надлежащей координации между ними (см. главу I "Общие соображения по законодательным вопросам", ___).

6. Кроме того, правительство может внести значительный вклад, дав надлежащие указания участникам переговоров, действующим от имени органа, выдающего подряд. Чем глубже понимание сторонами вопросов, которые должны быть затронуты в проектном соглашении, тем больше вероятность того, что переговоры в отношении проектного соглашения будут проведены успешно. И напротив, если после процесса выбора важные вопросы остаются открытыми и если участникам переговоров даны всего лишь общие руководящие указания в отношении существа проектного соглашения, то может возникнуть значительный риск проведения дорогостоящих и длительных переговоров, а также подачи обоснованных жалоб на то, что процесс выбора не был достаточно открытым и состязательным (см. далее главу III, "Выбор концессионера", ___).

7. Помимо практических мер по содействию переговорам в отношении проектного соглашения, весьма важно рассмотреть меры по ускорению заключения такого соглашения. Внутригосударственное законодательство некоторых стран содержит определенные формальные требования, касающиеся заключения и вступления в силу проектных соглашений. В некоторых странах условия соглашения, заключенного между органом, выдающим подряд, и выбранными участниками торгов, могут подлежать утверждению вышестоящей инстанцией. Вступление в силу проектного соглашения или определенных категорий проектных соглашений в некоторых странах обуславливается принятием парламентского акта или даже специального законодательства.

8. В целях оперативного рассмотрения конкретных вопросов и избежания отрицательных последствий задержек в соблюдении графика осуществления проекта в некоторых странах полномочия в отношении принятия обязательств органом, выдающим подряд, или правительством, в зависимости от случая, делегируются на основании соответствующего законодательства конкретным уполномоченным должностным лицам, с тем чтобы вступление проектного соглашения в силу происходило после его подписания или же после завершения определенных формальных процедур, например публикации в официальном издании. В тех странах, где подобная процедура может быть неприемлемой или в которых может требоваться окончательное утверждение другим органом, целесообразно рассмотреть методы избежания необоснованных задержек. Важно учитывать, что риск, связанный с задержками в осуществлении проекта из-за отсутствия утверждения после завершения переговоров, отнюдь не является тем риском, который будет с готовностью принимать на себя концессионер. В тех случаях, когда

¹В отношении рассмотрения вопросов, оказывающих воздействие на достижение финансовой договоренности, см. International Finance Corporation, *Financing Private Infrastructure*, Washington, D.C., 1996, p. 37.

требования в отношении утверждения расцениваются как произвольные или чрезмерно громоздкие, правительству может быть предложено предоставить концессионеру и кредиторам достаточные гарантии от такого риска (см. главу II, "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ___). В некоторых странах, где существуют подобные требования в отношении утверждения, правительства иногда соглашались в проектом соглашении выплачивать концессионеру компенсацию в отношении всех расходов, которые могут возникнуть в том случае, если окончательное утверждение проекта задерживается по причинам, не зависящим от концессионера.

В. Основные условия проектного соглашения

9. Проектные соглашения обычно представляют собой объемные документы, в которых подробно рассматривается широкий круг общих вопросов и вопросов, касающихся конкретных проектов. В данном разделе рассматриваются возможные законодательные последствия включения положений, которые, как представляется, согласно внутригосударственному законодательству являются основными положениями проектных соглашений, т.е. те положения, в которых определяются важнейшие финансовые обязательства сторон, характер прав, предоставляемых концессионеру, строительная площадка и режим собственности в отношении активов проекта, организация концессионера и срок осуществления проекта.

1. Финансовые положения

10. Финансовые положения относятся к числу важнейших условий проектного соглашения. Как правило, они включают положения, касающиеся обязательств концессионера по мобилизации средств для осуществления проекта, указывают на механизмы расходования средств и соответствующей отчетности, излагают методы расчета и корректировки цен, устанавливаемых концессионером, и затрагивают те виды обеспечительных интересов, которые могут быть созданы в пользу кредиторов концессионера. При разработке этих положений необходимо проявлять предосторожность для обеспечения их соответствия кредитным соглашениям и другим финансовым обязательствам, взятым на себя концессионером. Кроме того, важно обеспечить, чтобы законодательство принимающей страны способствовало или не создавало препятствий финансовому управлению проектом.

а) Финансовые обязательства концессионера

11. При осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, концессионер, как правило, несет ответственность за обеспечение достаточного финансирования проекта. В большинстве случаев орган, выдавший подряд, или другие правительственные ведомства 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 (см. главу II, "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ___).

12. 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, а также за счет поступлений от размещения облигаций и других оборотных документов на рынке капитала (см. "Введение и справочную информацию по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", ___). В связи с этим, возможно, было бы полезным, чтобы закон признавал правомочие концессионера заключать финансовые договоренности, которые он считает целесообразными для цели финансирования инфраструктуры. Кроме того, весьма важно обеспечить, чтобы законодательство принимающей страны не ограничивало в неразумной степени способность концессионера заключать необходимые финансовые договоренности, например, посредством ограничения способности концессионера предлагать адекватное обеспечение своим кредиторам (см. пункты 32-40).

13. Доходы, полученные от размещения облигаций и других оборотных документов, могут являться существенным источником финансирования проектов в области инфраструктуры. Эти документы могут

выдаваться самим концессионером, и в таком случае инвесторы, приобретающие обеспечение, становятся его кредиторами, или же они могут быть выданы какой-либо третьей стороной, которой была уступлена дебиторская задолженность по проекту (см. пункт 39), путем использования механизма, известного как "секьюритизация". Секьюритизация сопряжена с созданием финансового обеспечения на основе поступлений от проекта, которые передаются в залог для выплаты суммы долга и процентов по такому обеспечению. Сделки о секьюритизации обычно сопряжены с учреждением юридического лица, отдельного от концессионера, и специально направлены на секьюритизацию активов или дебиторской задолженности. Такое юридическое лицо часто называют "специальным целевым механизмом". Концессионер уступает дебиторскую задолженность по проекту специальному целевому механизму, который в свою очередь выдает инвесторам документы, которые сопряжены с выплатой процентов и которые обеспечиваются дебиторской задолженностью по проекту. Секьюритизированные держатели облигаций приобретают тем самым право на доходы от сделок концессионера с его потребителями. Концессионер осуществляет сбор платежей потребителей по тарифам и переводит эти суммы специальному целевому механизму, который затем переводит их секьюритизированным держателям облигаций. В некоторых странах недавно принятое законодательство прямо признает правомочие концессионера переуступить дебиторскую задолженность по проекту специальному целевому механизму, который удерживает и управляет данной дебиторской задолженностью в порядке доверительного управления в интересах кредиторов по проекту. Для обеспечения защиты держателей облигаций от риска несостоятельности концессионера, возможно, было бы целесообразным принять необходимые законодательные меры, позволяющие проводить правовое разграничение между концессионером и специальным целевым механизмом.

b) Правомочие концессионера взимать плату за общедоступные услуги

14. В ряде стран предварительное законодательное разрешение может быть необходимым для того, чтобы концессионер взимал плату за предоставление общедоступных услуг или за пользование объектами публичной инфраструктуры. В связи с этим целесообразно, чтобы закон содержал общие положения, разрешающие органу, выдавшему подряд, и концессионеру согласовывать приемлемую форму платежей концессионеру, включая право взимать плату за пользование инфраструктурой или за предоставляемые им услуги или товары. Отсутствие такого общего положения в законодательстве некоторых стран привело к возникновению судебных споров, ставящих под сомнение правомочие концессионера взимать плату за предоставление услуг.

15. Помимо общего признания правомочия концессионера взимать плату за предоставление общедоступных услуг или за пользование объектами публичной инфраструктуры, весьма важно рассмотреть размер тарифов и платы, которые концессионер может взимать. Тарифы и плата, взимаемые концессионером, могут быть основным (а иногда даже единственным) источником поступлений, используемых для возвращения инвестиций, вложенных в проект, в отсутствие субсидий или платежей, производимых органом, выдавшим подряд (см. пункты 17-21), или правительством (см. главу II, "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ___). По этой причине концессионер будет стремиться к тому, чтобы он располагал возможностью устанавливать и сохранять такие тарифы и плату в таком размере, какой обеспечивает достаточный приток наличности для проекта. Вместе с тем в некоторых правовых системах могут быть установлены ограничения в отношении свободы концессионера устанавливать тарифы и плату. Затраты на предоставление общедоступных услуг, как правило, являются элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивают большие слои населения. Таким образом, регулятивная основа во многих странах включает специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами и платой за предоставление общедоступных услуг (см. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", ___). 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 "обоснованности", "честности" или "справедливости".

16. В тех случаях, когда положения, касающиеся размера тарифов и платы, которые может взимать концессионер, считаются необходимыми, они должны стремиться к установлению баланса между

интересами инвесторов и нынешних и будущих пользователей. Целесообразно, чтобы статутные критерии определения платы учитывали, помимо социальных факторов, которые правительство считает имеющими к этому отношение, заинтересованность концессионера в обеспечении притока наличности в таком объеме, какой обеспечивал бы экономическую жизнеспособность и коммерческую прибыльность проекта. Таким образом, может быть полезным, чтобы закон признавал, что возвращение капитала, а также з а т р а т ы н а э к с п л у а т а ц и ю и техническое обслуживание при разумной норме прибыли являются одним из важнейших элементов справедливой тарифной системы. Кроме того, целесообразно предоставлять сторонам необходимые полномочия по заключению соответствующих договоренностей, включая положения о компенсации, с тем чтобы учесть ситуации, в которых применение правил, касающихся контроля над ценами и прямо или косвенно относящихся к предоставлению общедоступных услуг, могло привести к фиксации цен ниже

уровня, требуемого для прибыльной эксплуатации проекта (см. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", ___).

с) Финансовые обязательства органа, выдавшего подряд

17. Если концессионер предлагает услуги непосредственно населению, то орган, выдавший подряд, или другое правительственное ведомство могут взять на себя обязательство производить прямые платежи концессионеру в качестве замены платы за услуги, которая должна вноситься пользователями, или в качестве дополнения к ней. Если концессионер производит товар или услугу для дальнейшей передачи или распространения другим поставщиком услуг, то орган, выдавший подряд, 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.

і) Прямые платежи

18. Прямые платежи органом, выдавшим подряд, использовались в некоторых странах в качестве замены платежей конечных пользователей или дополнения к ним, в частности, в отношении 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", ___). 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 общественным дорогам может привести к протестам со стороны пользователей этих дорог.

19. Косвенные сборы могут быть сопряжены со значительными расходами для органа, выдавшего подряд, и могут требовать осуществления органом, выдавшим подряд, жесткого и широкого контроля за ними. В странах, которые использовали косвенные сборы для осуществления проектов по строительству новых дорог, платежи органа, выдавшего подряд, концессионеру основываются 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, с тем чтобы концессионер также имел основания 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 возмещении заранее оцененных убытков в связи с отсутствием свободных полос вследствие проведения ремонтных работ. Системы платежей,

используемые в некоторых странах, далее совершенствуются путем разделения дорожного движения на ряд "полос" с различным уровнем годовой интенсивности дорожного движения и размером платы за одно автотранспортное средство, в результате чего более низкий размер тарифов влечет за собой больший размер платы за автотранспортное средство, тогда как более высокий уровень тарифов приводит к более низкому размеру платы за автотранспортное средство. Сами полосы могут быть со временем увеличены, с тем чтобы они соответствовали предполагаемому увеличению интенсивности дорожного движения. Могут создаваться отдельные полосы в зависимости от длины автотранспортных средств. От концессионера, как правило, требуется производить непрерывные подсчеты интенсивности дорожного движения в форме количества автомобиле-миль в течение года, которые периодически проверяются органом, выдавшим подряд. Несколько модифицированная система может сочетать и косвенные сборы, и прямые сборы, выплачиваемые пользователями. В такой системе косвенные сборы выплачиваются только органом, выдавшим подряд, 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 данную дорогу.

ii) Обязательства приобретения

20. В случае объектов, финансируемых из частных источников и генерирующих товары или услуги, которые могут предоставляться на долгосрочной основе конкретно указанному приобретателю, подверженность концессионера рискам, связанным со спросом и ценами на рынке, может быть уменьшена с помощью договорных механизмов, обеспечивающих приобретение всей продукции такого объекта или ее согласованной минимальной части. Если орган, выдавший подряд, или другое правительственное ведомство является единственным потребителем услуг или товаров, поставляемых концессионером, то закон иногда предусматривает, что эти ведомства обязаны приобретать такие товары и услуги по согласованной ставке, как они предлагаются концессионером. Договоры такого вида обычно называются "соглашениями о постоянном приобретении товаров или услуг", причем они часто, но не исключительно используются для поддержки строительства электростанций независимыми производителями электроэнергии. Соглашения о постоянных поставках 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 постоянных затрат концессионера на финансирование и техническое обслуживание проекта, включая обслуживание долга и другие текущие финансовые затраты, постоянные 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 постоянных затрат концессионера, а скорее для возмещения переменных или предельных затрат, которые концессионер должен нести для того, чтобы генерировать и предоставлять какую-либо данную 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.

21. С точки зрения концессионера, объединенная 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, генерируемых этим концессионером, является монопольной. Вместе с тем сборы за наличие мощностей, предусматриваемые соглашением о постоянной поставке

товаров и услуг, должны быть соразмерными с другими источниками электроэнергетических мощностей, которыми располагает или которые фактически использует орган, выдавший подряд. Значительные сборы за наличие мощностей возлагают соответствующее бремя на покупательную способность органа, выдавшего подряд, и увеличивают риск неисполнения или аннулирования соглашения, например, по соображениям общественного интереса. С целью обеспечения наличия средств для платежей, производимых органом, выдавшим подряд, в соответствии с соглашением о постоянной поставке товаров или услуг, целесообразно рассмотреть вопрос о том, требуются ли механизмы заблаговременного бюджетирования. Платежи в соответствии с соглашением о постоянной поставке 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", ___).

2. Строительная площадка

22. Если предполагается построить новый объект инфраструктуры на земельном участке, принадлежащем органу, выдавшему подряд, или же модернизировать или переоборудовать (например, в рамках таких проектов, как "модернизация-эксплуатация-передача" или "переоборудование-эксплуатация-передача") уже существующий объект инфраструктуры, то обычно именно орган, выдавший подряд, который выступает собственником такого земельного участка или объекта, должен предоставить участок или объект в распоряжение концессионера. Орган, выдавший подряд, может либо передать концессионеру правовой титул на землю или объекты, или же сохранить за собой такой правовой титул, предоставив концессионеру право пользоваться земельным участком или объектом или осуществлять на них строительство. В дополнение к общему законодательному разрешению, которое может требоваться для того, чтобы орган, выдавший подряд, мог передать государственную собственность концессионеру или предоставить концессионеру право пользования такой государственной собственностью (см. главу I, "Общие соображения по законодательным вопросам", ___), весьма важно рассмотреть режим права собственности на различные категории активов, которые требуются для развития и эксплуатации объектов инфраструктуры, а также процедуры приобретения собственности, которая еще не находится во владении органа, выдавшего подряд.

а) Право собственности на активы проекта

23. В некоторых странах закон устанавливает, что физическая инфраструктура, требуемая для предоставления общедоступных услуг, остается собственностью органа, выдавшего подряд. Вместе с тем в течение срока осуществления проекта концессионер может произвести значительные улучшения или добавления к физической инфраструктуре, первоначально полученной от органа, выдавшего подряд, или созданной самим концессионером. Концессионер может также приобрести различные другие активы, которые, не являясь абсолютно или строго необходимыми для предоставления данной услуги, могут усилить приемлемость или эффективность эксплуатации объекта или повысить качество услуги. В любом случае могут возникать сомнения относительно права собственности на такие активы. В этом отношении необходима ясность, с тем чтобы определить вид и охват обеспечительных интересов, которые концессионер может создавать в активах проекта с целью обеспечить финансирование для этого проекта (см. пункты 34-36). Кроме того, ясность будет необходима для того, чтобы обеспечить упорядоченную передачу активов органу, выдавшему подряд, или другому концессионеру по истечении срока осуществления проекта в случае таких проектов, как "строительство-эксплуатация-передача" или аналогичных категорий проектов (см. главу VI, "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ___). Хотя закон может предусматривать общее определение категорий активов, которые должны, как правило, оставаться собственностью органа, выдавшего подряд, или другого правительственного ведомства или которые в обязательном порядке должны передаваться органу, выдавшему подряд, может и не быть насущной необходимости принятия детальных законодательных положений по этому вопросу. В действительности в различных странах было сочтено достаточным установить в законе требование о том, чтобы в проекте соглашения, в соответствующих случаях, конкретно указывалось, какие активы будут

оставаться собственностью органа, выдавшего подряд, или другого правительственного ведомства и какие активы будут оставаться частной собственностью концессионера.

b) Приобретение земельного участка, необходимого для осуществления проекта

24. В обоих случаях, т.е. когда объект инфраструктуры должен быть возвращен органу, выдавшему подряд, или же когда он будет постоянно принадлежать концессионеру, сторонам рекомендуется определить состояние такого земельного участка и объекта в момент его передачи концессионеру. Такое определение может снизить вероятность возникновения разногласий в момент возвращения объекта инфраструктуры органу, выдавшему подряд. В связи с этим в проектном соглашении следует предусмотреть, что такой земельный участок и существующий объект, до передачи или предоставления в распоряжение концессионера, должны быть проинспектированы, обмерены и демаркированы. Кроме того, в проектном соглашении обычно рассматриваются такие вопросы, как процедуры передачи земельного участка или объектов и представление необходимой документации.

25. Более сложная ситуация может возникнуть в том случае, когда земельный участок еще не принадлежит органу, выдавшему подряд, и должен быть приобретен у его собственников. В большинстве случаев концессионер не будет в наилучшем положении для того, чтобы принимать на себя ответственность за приобретение земельного участка, необходимого для проекта. Концессионер может опасаться вероятной задержки и расходов, связанных с переговорами, возможно, с большим числом отдельных собственников, и предпринимать, что является необходимым в некоторых частях мира, сложные поиски документов, подтверждающих правовой титул, и изучать цепочку случаев предыдущей передачи собственности, с тем чтобы установить правильность правового титула отдельных собственников. В связи с этим орган, выдавший подряд, как правило, принимает на себя ответственность за отвод земельного участка, необходимого для осуществления проекта, с тем чтобы избежать излишних задержек или увеличения проектных затрат в результате приобретения земли. Орган, выдавший подряд, может приобрести необходимый земельный участок у его собственников или, если это необходимо, приобрести его в принудительном порядке. Процедура принудительного приобретения частной собственности при условии выплаты надлежащей компенсации собственникам в соответствии с нормами, действующими в принимающей стране, и надлежащими нормами международного права обозначается во внутригосударственном законодательстве с помощью различных технических выражений. В Руководстве она называется "экспроприацией".

26. В тех случаях, когда требуется использовать процедуры экспроприации, возможно, необходимо будет принять различные подготовительные меры для обеспечения безотлагательного проведения строительных работ. В тех странах, где законодательство предусматривает несколько видов процедур экспроприации, возможно, было бы целесообразным предусмотреть, чтобы все экспроприации, необходимые для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, осуществлялись в соответствии с наиболее эффективной из таких процедур, например, в соответствии со специальными процедурами, которые применяются в некоторых странах по причинам исключительных общественных нужд (см. главу VII, "Применимое право", ___).

27. Правительство, как правило, обладает правом экспроприировать частную собственность, однако в соответствии с законодательством ряда стран операторам инфраструктуры или поставщикам общедоступных услуг (например, железнодорожным компаниям, службам энергоснабжения, телефонным компаниям) разрешается предпринимать определенные действия для экспроприации частной собственности, если это необходимо для предоставления или расширения их услуг населению. В некоторых случаях, особенно в тех странах, где предоставление компенсации владельцам экспроприированной собственности обеспечивается в результате судебного разбирательства, было сочтено целесообразным делегировать концессионеру полномочия в отношении осуществления определенных действий, связанных с экспроприацией, однако правительство по-прежнему несет при этом ответственность за осуществление тех действий, которые в соответствии с применимым законодательством обеспечивают соблюдение юридических требований, связанных с возбуждением разбирательства об экспроприации. В случае экспроприации правовой титул на земельный участок часто

принадлежит правительству, хотя в некоторых случаях закон может разрешать органу, выдавшему подряд, и концессионеру согласовывать иной механизм, принимая во внимание их соответствующие доли в затратах, связанных с экспроприацией собственности.

3. Сервитуты

28. Помимо приобретения имущества для сооружения объекта может существовать необходимость в обеспечении доступа концессионера к такому имуществу в тех случаях, когда строительная площадка для проекта расположена в таком месте, что для получения доступа к этой строительной площадке необходимо получить право на транзитный проезд по территории или через территорию, принадлежащую третьим сторонам. Кроме того, вследствие особого характера проекта концессионеру, возможно, необходимо будет получить доступ на 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). Для обозначения права использовать имущество другого лица с конкретной целью или выполнять на его территории определенные работы в Руководстве обычно применяется термин "сервитут".

29. Сервитуты обычно требуют согласия собственника имущества, в отношении которого они применяются, если такие права не предусмотрены законом. За исключением тех случаев, когда необходимые сервитуты затрагивают только незначительное число прилегающих участков, возложение на концессионера ответственности за получение сервитутов непосредственно от собственников соответствующего имущества обычно не является достаточно оперативным или рентабельным решением. Вместо этого наиболее часто такие сервитуты приобретает правительство одновременно с экспроприацией участка для строительной площадки. Принудительное приобретение сервитутов обычно осуществляется на основе по существу тех же условий, которые применяются к принудительному приобретению имущества, а именно на основе соображений или причин общественной значимости и выплаты соответствующей компенсации согласно нормам, действующим в принимающей стране, и соответствующим нормам международного права.

30. Несколько иной альтернативный вариант может состоять в том, чтобы предусмотреть в самом законодательстве те виды сервитутов, которые могут быть предоставлены концессионеру без обязательной экспроприации имущества, к которому относятся такие сервитуты. Такой подход может быть использован в отношении конкретного отраслевого законодательства в том случае, если правительство сочтет 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.

31. В некоторых правовых системах предусматривается, что концессионер, возможно, будет обязан выплатить собственнику компенсацию, которая причиталась бы ему в случае экспроприации, если характер сервитута существенно ограничивает возможности использования такого имущества его собственником.

4. Обеспечительные интересы

32. В целом обеспечительные интересы в движимом имуществе предоставляют обеспеченному кредитору по существу два вида прав: имущественное право, позволяющее обеспеченному кредитору в принципе вступить во владение этим имуществом или разрешить третьей стороне вступить во владение этим имуществом и продать его, а также преимущественное право на получение платежа за счет доходов от продажи имущества в случае неисполнения должником своих обязательств. В общей практике финансирования кредиторы ведут переговоры о создании обеспечительных интересов, которые позволяют им взять в свое ведение и вступить во владение каким-либо 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. Кроме того, обеспечение может играть защитную или превентивную роль, поскольку позволяет в том случае, если какая-либо третья сторона приобретет операции должника (например, путем лишения права выкупа, в результате банкротства или непосредственно от должника), прежде всего направлять на выплату остающихся кредитов все поступления от продажи таких активов.

33. Механизмы обеспечения играют центральную роль в финансировании проектов в области инфраструктуры, в частности, тогда, когда структура финансирования создана по варианту "проектного финансирования". Документы, касающиеся финансирования проектов в области инфраструктуры из частных источников, обычно включают действенные механизмы обеспечения, которые в большинстве случаев охватывают в качестве обеспечения как материальные активы, относящиеся к этому проекту, так и нематериальные активы, удерживаемые концессионером. Ряд основных требований, касающихся успешного создания механизмов обеспечения, рассматриваются ниже.

а) Материальные активы в качестве обеспечения

34. Создание механизмов обеспечения, необходимых для того, чтобы проектная компания получила финансирование проекта, в целом может быть облегчено в том случае, если законодательство принимающей страны прямо разрешает создавать обеспечительные интересы в материальных активах, образующих соответствующую инфраструктуру. Вместе с тем могут существовать правовые препятствия созданию таких обеспечительных интересов, в частности тогда, когда такие активы остаются в собственности органа, выдавшего подряд, или другого правительственного ведомства в течение всего срока осуществления проекта. Если концессионер не располагает правовым титулом на имущество, то во многих правовых системах он не будет иметь права (или будет иметь такое право в ограниченной степени) на обременение такого имущества.

35. 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 определенное имущество, может создать обеспечительный интерес на основе интереса в арендованной собственности или такого права пользования. Кроме того, обеспечительные интересы могут также создаваться в том случае, когда концессия охватывает различные виды государственной собственности, например случай, когда правовой титул на прилежащий участок (а не только право пользоваться им) предоставляется какой-либо железнодорожной компании в дополнение к праву пользования публичной инфраструктурой.

36. Если есть возможность создать обеспечительные интересы в какой бы то ни было форме в отношении активов, которые принадлежат или которые требуется передать органу, выдавшему подряд, или активы, в отношении которых орган, выдавший подряд, имеет договорный опцион приобретения (см. главу VI, "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ___), то законодательство может требовать одобрения со стороны органа, выдавшего подряд, с тем чтобы концессионер мог создать такие обеспечительные интересы. В целях содействия созданию обеспечения в такой ситуации может быть полезным предоставление органу, выдавшему подряд, разрешения давать такое одобрение посредством включения в проектное соглашение положения общего характера вместо того, чтобы требовать

совершения конкретных актов одобрения в отношении каждого актива, в котором создается обеспечительный интерес.

b) Нематериальные активы в качестве обеспечения

37. 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, генерируемых проектом. Таким образом, стоимость концессии намного превышает общую стоимость всех материальных активов, связанных с проектом. Поскольку держатель концессии, как правило, имеет право владения и распоряжения всеми активами проекта (с возможным исключением тех активов, которые принадлежат другим сторонам, например, активов, принадлежащих органу, выдавшему подряд, или другому правительственному ведомству), концессия, как правило, охватывает и нынешние, и будущие активы материального или нематериального характера. Поэтому кредиторы могут рассматривать концессию как важнейший компонент механизмов обеспечения, созданных в результате переговоров 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 непосредственные обеспечительные интересы (см. главу VII, "Применимое право", ____). Такие преимущества включают: устранение необходимости создавать отдельные обеспечительные интересы в каждом активе проекта, предоставление концессионеру возможности продолжать распоряжаться этими активами в ходе обычной предпринимательской деятельности, предоставление 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 принятия концессии и мер для продолжения осуществления проекта при участии другого концессионера. В связи с этим залог концессии может являться полезным дополнением к прямому соглашению между кредиторами и органом, выдавшим подряд, относительно прав кредиторов на вмешательство или при определенных обстоятельствах заменой такого соглашения (см. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", ____).

38. Вместе с тем в некоторых правовых системах могут существовать препятствия созданию 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, создавшим обеспечение. Поскольку право эксплуатации инфраструктуры в большинстве случаев не передается без согласия органа, выдавшего подряд (см. пункты 52-55), в некоторых правовых системах может и не предусматриваться возможность 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 выражений, как "hipoteca de concesión de obra pública" или "prenda de concesión de obra pública" ("ипотечный залог концессии" или "залог концессий на общественные работы"), и которая обычно сопряжена с предоставлением кредиторам могущего быть реализованным в принудительном порядке обеспечительного интереса, охватывающего все права, которые были предоставлены концессионеру в соответствии с проектным соглашением. Вместе с тем в целях защиты общественного интереса закон требует согласия органа, выдавшего подряд, с принятием кредиторами любой меры по реализации такого права на условиях, которые предусмотрены в соглашении между органом, выдавшим подряд, 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 доходов, полученных лицензиатом (т.е. "частными правами" последнего, вытекающими из лицензии).

39. Для стран, в которых может и не быть правовой возможности разрешать создание обеспечительного интереса в самой концессии, возможно, было бы полезным, чтобы законодательство прямо разрешало концессионеру создавать обеспечительные интересы в экономических правах, вытекающих из концессии, или в полученных от нее доходах. Эти доходы, как правило, включают тарифы, взимаемые с населения за использование инфраструктуры (например, плата за проезд по платной дороге) или сборы, уплачиваемые потребителями товаров или услуг, предоставляемых концессионером (например, плата за электроэнергию). Они могут также включать поступления от вспомогательных концессий. Обеспечение такого вида является типичным элементом механизмов финансирования, создаваемых в результате переговоров с кредиторами. Кроме того, оно может играть важнейшую роль в отношении выпуска облигаций и других оборотных документов концессионером. Статутные положения, признающие правомочие концессионера создавать залог поступлений от проектов в области инфраструктуры, были включены в недавно принятое внутреннее законодательство в различных правовых системах.

с) Акции концессионера в качестве обеспечения

40. В связи с созданием обеспечительных интересов в акциях концессионера возникают в принципе такие же проблемы, как и в случае уступки концессии (см. пункты 52-55). В тех случаях, когда концессия не может быть уступлена или передана без согласия органа, выдавшего подряд, законодательство иногда запрещает создание обеспечения в акциях концессионера. Тем не менее следует отметить, что кредиторы требуют создавать обеспечение в акциях концессионера, как правило, в связи со сделками по финансированию проекта и что общие запреты в отношении создания такого обеспечения могут необоснованно ограничивать способность концессионера мобилизовывать финансовые ресурсы для осуществления проекта. Поэтому, как и для других форм обеспечения, в законодательстве, возможно, было бы целесообразным разрешить акционерам концессионера создавать такое обеспечение при условии получения предварительного одобрения со стороны органа, выдавшего подряд, если такое одобрение требуется для передачи доли в акционерном капитале проектной компании (см. пункт 62).

5. Организация концессионера

41. Проектное соглашение, как правило, содержит положения о правовом статусе концессионера, а также регулирует вопрос о том, должен ли концессионер быть учрежден в форме самостоятельного юридического лица или же подряд на проект может быть выдан на коллективной основе определенному проектному консорциуму. Положения по таким вопросам зачастую содержатся также в национальном законодательстве, касающемся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

42. В деловой практике под термином "консорциум" подразумевается договорный механизм, в соответствии с которым группа предприятий обязуется сотрудничать в осуществлении проекта без объединения в какую-либо корпорацию, выступающую самостоятельным юридическим лицом. Консорциумы широко используются в строительстве для реализации крупных капиталоемких проектов, требующих технического опыта в различных областях. Обычно консорциумы рассматриваются в качестве чисто договорных механизмов, не обладающих собственной правосубъектностью. Тем не менее никакого единообразного правового режима для регулирования деятельности консорциумов не существует. Они могут относиться в соответствии с национальным законодательством к различным категориям договорных отношений, и правовой статус консорциумов, а также содержание прав и обязательств их членов в отдельных правовых системах могут существенно различаться.

43. Создание проектного консорциума может обеспечить определенные преимущества, например, большую гибкость в отношениях членов консорциума друг с другом. Отказ от создания самостоятельного юридического лица в принимающей стране может быть также обусловлен стремлением избежать двойного налогообложения в случае отсутствия двустороннего соглашения о двойном налогообложении между принимающей страной и страной или странами, в которых расположены штаб-квартиры иностранных инвесторов для целей налогообложения. В некоторых случаях орган, выдавший подряд, может пожелать сохранить возможность привлечения консорциумов для осуществления проектов в

области инфраструктуры с учетом масштабов и характера данного проекта или же для того, чтобы обеспечить совместную ответственность всех членов консорциума за проект в целом.

44. В тех странах, которые желают сохранить такую возможность, законодательство может предусматривать факультативное право закупающей организации, в зависимости от потребностей конкретного проекта, либо выдавать подряд на проект консорциуму, либо требовать, чтобы выбранный проектный консорциум создавал компанию в качестве самостоятельного юридического лица. Тем не менее ряд вопросов по-прежнему необходимо будет урегулировать в проектном соглашении, и, возможно, потребуются продолжительные переговоры и подробные положения для обеспечения координации между членами консорциума, для обеспечения соответствующей связи с органом, выдавшим подряд, и для разъяснения содержания обязанностей и обязательств каждого из членов консорциума в связи с исполнением данного проекта².

45. Тем не менее более широко распространены случаи, когда требуется, чтобы концессионер был учрежден в качестве самостоятельного юридического лица. С точки зрения органа, выдавшего подряд, наличие самостоятельного юридического лица облегчает координацию в процессе исполнения проекта и может обеспечить механизм для защиты интересов проекта, которые отнюдь не обязательно могут совпадать с индивидуальными интересами всех членов консорциума. Особое значение данный аспект может иметь в том случае, когда значительная часть услуг или поставок, требующихся для проекта, будет обеспечиваться членами проектного консорциума. Поскольку существенная часть правовых и финансовых обязательств концессионера, включая долгосрочные обязательства (проектное соглашение, кредитные и обеспечительные соглашения, подряды на строительство), обычно согласовывается на ранних этапах, самостоятельное представительство во время обсуждения таких документов может способствовать успешному осуществлению проекта.

46. Часто требуется, чтобы организации, получающие концессии на предоставление общедоступных услуг, учреждались в качестве внутренних юридических лиц в соответствии с законами принимающей страны. С учетом общественного интереса в деятельности концессионера орган, выдавший подряд, возможно, пожелает, чтобы концессионер соблюдал национальные правила в отношении отчетности и представления информации (например, публикация финансовых ведомостей; требования в отношении предоставления информации об определенных корпоративных актах). Однако такое требование подчеркивает необходимость того, чтобы в принимающей стране имелись соответствующие законы, регулирующие деятельность компаний (см. главу II "Применимое право", ___). Упрощенные процедуры учреждения концессионера при надлежащем учете разумных требований, предъявляемых исходя из общественных интересов, могут способствовать избежанию необоснованных задержек в осуществлении проекта.

47. Вопрос о том, в какой момент следует учреждать концессионера, должен рассматриваться в свете различных интересов, возникающих в процессе осуществления типичного проекта. Будучи

²Вопросы, возникающие в связи с выдачей подрядов на строительные работы неинтегрированной группе предприятий, кратко рассматриваются в Правовом руководстве ЮНСИТРАЛ по контрактам на строительство (глава II "Выбор метода заключения контракта", пункты 9-16). Некоторые из упомянутых в этом Руководстве вопросов могут также иметь отношение *mutatis mutandis* к переговорам, касающимся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, включая следующие вопросы: каким образом можно решить проблему предъявления иска членам консорциума из других стран в случае возникновения спора; каким образом можно сформулировать положение об урегулировании споров, с тем чтобы любой спор между органом, выдавшим подряд, и некоторыми или всеми членами консорциума можно было урегулировать в рамках одного арбитражного или судебного разбирательства; какую структуру должны иметь гарантии, которые обязаны предоставить третьи стороны в качестве обеспечения исполнения, и гарантии качества, которые должны быть выданы членами консорциума; какие вспомогательные соглашения, возможно, необходимо будет заключить органу, выдавшему подряд; существуют ли какие-либо императивные нормы применимого права, регулирующие соглашение с группой подрядчиков.

заинтересованы в том, чтобы как можно скорее перейти к этапу осуществления, некоторые органы, выдавшие подряд, возможно, будут склоняться к тому, чтобы требовать учреждения концессионера на как можно более раннем этапе. Тем не менее необходимо принимать во внимание, что кредиторы и другие поставщики капитала, как правило, не берут на себя твердых и окончательных обязательств до принятия окончательного решения о предоставлении концессии, особенно в том случае, если планируется создать самостоятельное юридическое лицо в качестве механизма мобилизации средств для осуществления проекта, например, в рамках сделки по "проектному финансированию" (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты ____). Поэтому, если орган, выдавший подряд, требует учреждения выбранным консорциумом, принявшим участие в торгах, самостоятельного юридического лица для осуществления проекта, обычно желательно требовать учреждения концессионера в течение достаточно непродолжительного срока после, но не до выдачи подряда на проект.

48. Еще один важный вопрос, возникающий в связи с организацией концессионера, касается инвестиций в акционерный капитал, необходимый для учреждения концессионера. Орган, выдавший подряд, имеет вполне законный интерес в том, чтобы стремиться к достижению таких размеров акционерного капитала, какие обеспечивали бы надежную финансовую основу для деятельности концессионера и гарантировали бы ее способность отвечать по своим обязательствам. Общий объем необходимых инвестиций, а также идеальное соотношение между заемным и акционерным капиталом могут различаться в зависимости от конкретного проекта, в связи с чем обычно довольно трудно установить какую-либо фиксированную сумму или процентную долю, которые будут приемлемыми во всех случаях. Поэтому законодательное требование в отношении определенной фиксированной суммы минимального капитала для всех компаний, осуществляющих в данной стране проекты в области инфраструктуры, может оказаться нежелательным. Более гибкий подход мог бы состоять в указании в запросе предложений минимального размера капитала, требуемого для учреждения концессионера, в качестве идеальной процентной доли общих затрат по проекту. Если орган, выдавший подряд, предпочитает согласовать сумму или долю инвестиций в акционерный капитал со стороны выбранного консорциума, принимающего участие в торгах, выдающий подряд орган, возможно, предпочтет более гибкий подход, позволяющий определить соответствующую сумму минимального капитала в ходе процесса выбора.

49. Помимо положений, касающихся минимального размера капитала, в национальном законодательстве могут содержаться также положения, касающиеся той формы, в которой должен быть организован концессионер. Некоторые законы содержат конкретные требования о том, чтобы концессионер учреждался в качестве компании определенного типа, в то время как в других законах никаких положений по этому вопросу не содержится. В тех случаях, когда будет сочтено важным конкретно указать ту форму, в которой должен учреждаться концессионер, желательно учитывать заинтересованность членов консорциума в том, чтобы их ответственность ограничивалась суммой их инвестиций. Для того чтобы избежать возникновения субсидиарной ответственности за погашение задолженности концессионера, его акционеры будут обычно отдавать предпочтение корпоративной форме, при которой их ответственность будет ограничиваться стоимостью их акций в капитале компании, например его учреждению в форме акционерной компании. Они не будут готовы осуществлять проект, по которому они будут нести неограниченную ответственность в отношении задолженности концессионера.

50. Некоторые законы содержат положения, касающиеся сферы деятельности концессионера, и требуют, например, чтобы деятельность концессионера ограничивалась реализацией и эксплуатацией какого-либо конкретного объекта. Такие ограничения могут способствовать обеспечению транспарентности отчетности по проекту и сохранению целостности активов проекта благодаря разделению активов, поступлений и обязательств по данному проекту и активов, поступлений и обязательств по другим проектам или другой деятельности, не связанной с данным проектом. Кроме того, подобное требование может способствовать оценке деятельности по каждому проекту, поскольку сумма дефицита или прибыли не может быть покрыта за счет или зачтена против задолженности или поступлений по другим проектам или другой деятельности.

51. Орган, выдавший подряд, возможно, также пожелает получить заверения в том, что устав и уставные нормы концессионера будут надлежащим образом отражать обязательства, принятые компанией по проектному соглашению. В связи с этим проектные соглашения иногда предусматривают, что вступление в силу изменений в уставах и уставных нормах концессионера обусловливается одобрением органа, выдавшего подряд. Если орган, выдавший подряд, или другое правительственное ведомство участвует в деятельности концессионера, то иногда принимаются положения, предусматривающие, что определенные решения сопряжены с необходимостью положительного голосования органа, выдавшего подряд, на собрании акционеров или заседании правления. В любом случае важно оценить общественные интересы, которые представляет правительство, и необходимость обеспечения для концессионера требуемой гибкости для осуществления его предпринимательской деятельности. Если будет необходимо всегда получать предварительное правительственное одобрение даже по незначительным вопросам, которые относятся к сфере внутреннего управления компанией, то это может нанести серьезный ущерб повседневной деятельности по управлению проектом. Кроме того, требования такого рода могут увеличить риск оказания на концессионера ненадлежащего давления. Если считается необходимым потребовать одобрения органом, выдавшим подряд, предлагаемых поправок к уставу или уставным нормам концессионера, то целесообразно ограничить такое требование теми случаями, которые касаются положений, считающихся имеющими жизненно важное значение (например, размер капитала, классы акций и их привилегии, процедуры ликвидации), и которые должны быть указаны в проектном соглашении.

6. Уступка концессии

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

53. Некоторые страны сочли полезным упомянуть в своем законодательстве об условиях, на которых может быть дано одобрение передачи концессии до истечения срока ее действия, например, признание новым концессионером всех обязательств по проектному соглашению и подтверждение технической и финансовой способности нового концессионера предоставлять данную 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 органа, выдавшего подряд. Вместе с тем следует отметить, что такие ограничения, как правило, применимы к добровольной передаче концессионером своих прав; они не исключают принудительной передачи концессии юридическому лицу, назначенному кредиторами в соответствии с прямым соглашением между ними и органом, выдавшим подряд, с целью предотвращения прекращения проекта вследствие серьезного неисполнения своих обязательств концессионером (см. далее главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", ___).

54. Еще один случай, в котором может потребоваться законодательное рассмотрение, касается передачи другому юридическому лицу ответственности за осуществление одного конкретного вида деятельности по проекту вместо полной уступки концессии. В тех случаях, когда концессионеру предоставляется право оказывать вспомогательные услуги или когда концессия сопряжена со множественностью видов деятельности, которые можно осуществлять по отдельности, концессионер, возможно, пожелает поручить другому юридическому лицу осуществление некоторых из этих видов деятельности посредством частичной уступки своих прав по проектному соглашению. Такая частичная уступка называется в некоторых правовых системах "субконцессией". Если сама концессия не подлежит передаче, могут существовать препятствия частичной уступке без законодательного разрешения. Однако при обычных обстоятельствах орган, выдавший подряд, не будет располагать вескими основаниями для полного исключения вероятности субконцессии при условии, что он может удостовериться в надежности и квалификационных данных субконцессионера.

55. Другой вопрос, связанный с этим, касается метода выбора субконцессионера. Некоторые страны применяют специальные правила, регулирующие выдачу подрядов поставщиками общедоступных услуг, а в законодательстве ряда стран содержится прямое требование использовать для предоставления субконцессий состязательные процедуры выбора. Правила такого рода зачастую принимались в тот период, когда практически вся инфраструктура принадлежала государству и эксплуатировалась государством при небольших или незначительных инвестициях со стороны частного сектора. Цель таких правил состояла в обеспечении экономии, эффективности, объективности и транспарентности при использовании государственных средств. Тем не менее в случае проектов в области инфраструктуры, осуществляемых частными организациями, возможно, более уже не существует каких-либо серьезных оснований с точки зрения общественного интереса для того, чтобы предписывать концессионеру применять определенную процедуру для предоставления субконцессий.

7. Возможность передачи акций проектной компании

56. Орган, выдавший подряд, может быть заинтересован в том, чтобы первоначальные члены консорциума, принимавшего участие в торгах, сохраняли свою приверженность осуществлению проекта в течение всего срока его реализации, и чтобы действенный контроль над концессионером не был передан организациям, которые не известны органу, выдавшему подряд. Концессионеры выбираются 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", ___). Поэтому органы, выдающие подряды, озабочены тем, что если акционеры концессионера пользуются полной свободой передачи своих инвестиций в какой-либо данный проект, то не будет никакой уверенности в том, кто фактически будет предоставлять соответствующие услуги.

57. Ограничения в отношении возможности передачи акций компаний, предоставляющих общедоступные услуги, были установлены в некоторых странах для того, чтобы учесть законную заинтересованность органа, выдавшего подряд, в том, чтобы такие компании были способны предоставлять соответствующую услугу на основании согласованных стандартов и условий. Вместе с тем с законодательной точки зрения важно рассмотреть возможные неблагоприятные моменты, связанные с установлением ограничений в отношении возможности передачи инвестиций в компании концессионера, и достаточность таких ограничений для обеспечения предоставления обещаемых услуг.

58. Органы, выдающие подряды, могут опереться на опыт, который выбранный консорциум, принимавший участие в торгах, продемонстрировал на этапе, предшествующем выбору, а также на гарантии деятельности, предоставленные организациями, образовавшими первоначальный консорциум, и его субподрядчиками. Вместе с тем в практике не следует переоценивать ту уверенность, которая может покоиться на очевидном специализированном опыте акционеров концессионера. Когда для осуществления проекта учреждается отдельное юридическое лицо, как это часто происходит на деле (см. пункты 41-51), то поддержка со стороны акционеров концессионера в том случае, если в ходе осуществления проекта возникнут трудности, может ограничиваться их минимальной гражданско-правовой 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. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", _____), прекращение проекта без полной компенсации в случае неудовлетворительного функционирования (см. главу VI, "Истечение срока проекта, продление и прекращение, ___) или замена проектной компании другим концессионером, назначенным кредиторами по прямому соглашению с органом, выдавшим подряд (см. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", ___).

59. Следует также отметить, что до определенной степени озабоченность в отношении способности концессионера удовлетворительным образом исполнять свои обязательства по проектному соглашению не присуща только органу, выдавшему подряд. Партнеры концессионера, включая его кредиторов, будут

в такой же степени, что и орган, выдавший подряд, заинтересованы в обеспечении того, чтобы проектировщик, строительный подрядчик и компания по эксплуатации выполняли свои обязательства по проектному соглашению. В практике договорные гарантии, эксплуатационные гарантии или страховые полисы (см. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", ___) могут быть более эффективными в обеспечении защиты от будущего неисполнения, чем принудительное удержание инвестиций партнера, не выполнившего своих обязательств.

60. Помимо вышеизложенного, ограничения в отношении возможности передачи акций компаний, предоставляющих общедоступные услуги, могут быть также сопряжены с некоторыми неблагоприятными моментами для органа, выдавшего подряд. Ограничения в отношении свободы частного сектора передавать свою долю акций в проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, могут также ограничивать многообразие видов инвестиций и инвесторов, уменьшая таким образом шансы на снижение расходов на финансирование. 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.

61. Как отмечалось ранее (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", ___), существуют многочисленные виды финансирования, которое можно привлекать у различных инвесторов при наличии различных рисков и схем 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 последующие инвесторы могут требовать меньшей прибыли, соизмеримой 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, как правило, будут избегать вложений капитала в долгосрочные проекты. 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 иметь место иное рефинансирование. Вместе с тем, если способность инвесторов инвестировать и реинвестировать капитал в развитие проекта ограничивается факторами, касающимися возможности передачи акций в проектах 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.

62. По вышеизложенным причинам, возможно, было бы целесообразным свести к минимуму ограничения, касающиеся передачи акций компаний концессионера, и предусмотреть их только в случаях, когда такие ограничения оправданы в силу веских причин общественного интереса. Одна из таких ситуаций может возникать тогда, когда орган, выдавший подряд, или другое правительственное ведомство поручает концессионеру государственные активы (см. пункт 23) или когда концессионер получает кредиты, субсидии, акционерный капитал или прямую правительственную поддержку в других формах (см. главу II, "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ___). В таких случаях ответственность органа, выдавшего подряд, за надлежащее использование государственных средств требует гарантий того, что такие средства и активы поручаются надежной компании, приверженность которой первоначальные инвесторы будут сохранять в течение разумного периода времени. Другая ситуация, которая может оправдывать введение ограничений в отношении передачи акций компаний концессионера, может возникать тогда, когда орган, выдавший подряд, заинтересован в предотвращении передачи акций конкретным инвесторам. Например, орган, выдавший подряд, возможно, пожелает осуществлять контроль над приобретением контрольного пакета акций поставщиков общедоступных услуг во избежание формирования олигополий или монополий в либерализованных секторах (см. "Введение и справочную информацию по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", ___). К тому же может и не считаться целесообразным, чтобы какая-либо компания,

которая обманула один орган правительства, была задействована другим органом правительства через недавно приобретенную дочернюю компанию.

63. В этих исключительных случаях, возможно, было бы целесообразным потребовать, чтобы первоначальные инвесторы заручились предварительным согласием органа, выдавшего подряд, до передачи своей доли акций. В проектном соглашении следует разъяснить, что не должны иметь места неразумный отказ в любом таком согласии или ненадлежащая задержка в его выражении. Кроме того, для целей транспарентности, возможно, было бы целесообразным предусмотреть в законе основания для отказа в одобрении и потребовать, чтобы орган, выдавший подряд, в каждом случае конкретно указывал причины какого-либо отказа. Надлежащий срок действия таких ограничений (например, либо в течение конкретной стадии осуществления проекта, либо в течение всего срока концессии), возможно, потребуется рассматривать в каждом отдельном случае. В отношении некоторых проектов можно будет ослабить такие ограничения после завершения строительства объекта. Было бы также целесообразным 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 органа, выдавшего подряд, будут сосредотачиваться на одном конкретном инвесторе (например, строительной компании или проектировщике объекта) в течение стадии строительства или же в течение значительного периода времени после этого.

8. Срок действия проектного соглашения

64. Законодательство некоторых стран содержит положения, ограничивающие срок действия концессий в области инфраструктуры определенным числом лет. В некоторых случаях законодательство устанавливает общие ограничения в отношении большинства проектов в области инфраструктуры и специальные ограничения в отношении проектов в конкретных секторах инфраструктуры. В некоторых странах максимальные сроки действия установлены только в отношении определенных секторов инфраструктуры.

65. Желательный срок действия проектного соглашения может зависеть от целого ряда факторов, например от срока эксплуатации объекта; периода времени, в течение которого данная услуга, по всей вероятности, будет необходимой; предполагаемого срока полезной эксплуатации активов, связанных с проектом; степени изменяемости технологии, требуемой для проекта; периода времени, необходимого концессионеру для погашения своей задолженности и амортизации первоначальных инвестиций. С учетом трудностей, сопряженных с установлением единого статутного ограничения срока осуществления проектов в области инфраструктуры, целесообразно рассмотреть вопрос о принятии статутных решений, наделяющих орган, выдавший подряд, определенной гибкостью в ведении переговоров в отношении такого срока, который в каждом случае является надлежащим для данного проекта.

66. В некоторых правовых системах этот результат достигается с помощью положений, которые требуют, чтобы все концессии обуславливались максимальным сроком без указания при этом какого-либо числа лет. Иногда закон лишь указывает, какие элементы следует принимать во внимание при определении срока действия концессии (например, характер и размер инвестиций, требуемых от концессионера, обычный срок амортизации в отношении конкретных объектов и соответствующих установок). Некоторые законы, касающиеся конкретного проекта или сектора, предусматривают объединенную систему, в рамках которой требуется, чтобы проектное соглашение предусматривало истечение срока концессии в конце определенного периода времени или же после полного погашения концессионером своей задолженности и получения поступлений, налаживания производства или эксплуатации на определенном уровне в зависимости от того, что наступает раньше.

67. Вместе с тем в тех случаях, когда считается необходимым установить статутные ограничения, максимальный срок должен быть достаточно продолжительным для того, чтобы концессионер мог полностью погасить свою задолженность и получить разумную прибыль. Кроме того, возможно, было бы полезным предоставлять в исключительных случаях органу, выдавшему подряд, право на согласование

более длительных сроков концессий с учетом объема инвестиций и требуемого для их возвращения периода времени, а также при условии соблюдения специальных процедур одобрения.

* * *