



**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Пятьдесят вторая сессия
Вена, 8–26 июля 2019 года**Публично-частное партнерство (ПЧП): предлагаемые
обновления к Руководству ЮНСИТРАЛ
для законодательных органов по проектам в области
инфраструктуры, финансируемым из частных
источников (пересмотренная глава IV)****Записка Секретариата****Содержание**

	<i>Стр.</i>
IV. Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП	2
А. Общие положения договора о ПЧП	2
В. Корпоративная структура частного партнера	5
С. Строительная площадка, активы и сервитуты	8
D. Финансовые механизмы	12
E. Обеспечительные интересы	21
F. Уступка прав частным партнером	25
G. Передача контрольного пакета акций проектной компании	25
H. Строительные работы	27
I. Эксплуатация инфраструктуры	31
J. Общие договорные механизмы	36



IV. Реализация ПЧП: юридические рамки и договор о ПЧП

A. Общие положения договора о ПЧП

1. «Договор о ПЧП» между организацией-заказчиком и частным партнером является основным договорным документом по ПЧП. В договоре о ПЧП 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. В концессионных ПЧП договор будет также включать условия, на которых частный партнер будет предоставлять общедоступную услугу и главным образом получать платежи от пользователей и организации-заказчика. В неконцессионных ПЧП договор будет гарантировать строительство объекта инфраструктуры или оказание услуги в обмен на выплату организацией-заказчиком согласованного вознаграждения. Договор о ПЧП может состоять из одного документа или нескольких отдельных соглашений, заключенных между организацией-заказчиком и частным партнером или любыми соответствующими субъектами, участвующими в проекте. Законодательные положения могут содержать руководящие указания относительно того, как избегать несоответствий между различными договорными документами, например применительно к публичному порядку или правилам толкования. В настоящем разделе рассматривается взаимосвязь между договором о ПЧП и местными или внутренними нормами регулирования в области ПЧП. В нем также рассматриваются процедуры и формальности, касающиеся заключения и вступления в силу договора о ПЧП.

1. Законодательные подходы

2. Внутреннее законодательство часто содержит положения, касающиеся содержания договора о ПЧП. В некоторых странах в законодательство включена всего лишь ссылка на необходимость заключения соглашения между частным партнером 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 тех законах, в которых содержится перечень вопросов, которые необходимо урегулировать в договоре о ПЧП, но при этом содержание его положений подробно не регламентируется.

3. Законодательные положения по отдельным важнейшим элементам договора о ПЧП могут преследовать цель установления общих рамок для распределения прав и обязательств между сторонами для закрепления распределения рисков, составляющего основу разработанного проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проекта», пункт ...). Законодательные положения могут быть направлены на обеспечение последовательности в решении определенных договорных вопросов и установление ориентиров для публичных органов, ведущих переговоры о заключении договоров о ПЧП на различных уровнях управления (общенациональном, региональном или местном). Такие ориентиры могут быть особенно полезными для организаций-заказчиков, которые не обладают достаточным опытом в проведении переговоров по договорам о ПЧП. И наконец, такое законодательство может иногда 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 частный партнер могут быть лишены необходимой свободы действий при обсуждении условий соглашения, которое должно учитывать потребности и особенности конкретного проекта. В силу этого целесообразно ограничить сферу действия общих законодательных положений, касающихся договора о ПЧП, теми нормами, которые абсолютно необходимы, например, положениями по вопросам, в отношении которых сторонам требуется 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 договор о ПЧП

5. Законодательные нормы по вопросу о праве, регулирующем договор о ПЧП, редко встречаются во внутреннем законодательстве по ПЧП. Это объясняется тем, что в законах многих стран ПЧП рассматривается как категория договоров и, следовательно, регулируется законодательством страны организации-заказчика (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты ...). Нормы законодательства по ПЧП, в которых этот вопрос рассматривается, обычно предусматривают применение законов принимающей страны посредством общей ссылки на внутреннее законодательство или упоминания специальных законодательных или регламентирующих положений, распространяющихся на договор о ПЧП. В некоторых правовых системах применение законов принимающей страны может подразумеваться даже при отсутствии соответствующей законодательной нормы. Однако в случае с трансграничными ПЧП, например когда инфраструктура или услуги затрагивают несколько юрисдикционных систем, может возникнуть необходимость определить, какие законы будут регулировать договор.

6. Право, применимое к договору о ПЧП, включает законодательство, которое применяется к различным вопросам, возникающим в ходе осуществления проекта ПЧП, и которое может быть частью административного права (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», раздел В). Когда законодательство, применимое к договору о ПЧП, включает нормы, имеющие административный или иной публично-правовой характер, их применение в принимающей стране может быть обязательным. Например, это относится к мерам по охране окружающей среды, а также к стандартам здравоохранения и труда. В некоторых странах во внутреннем законодательстве прямо оговариваются вопросы, подпадающие под действие императивных норм. Вместе с тем различные вопросы, возникающие в связи с осуществлением договора о ПЧП или эксплуатацией объекта, могут находиться за пределами действия императивных норм публично-правового характера. Это, как правило, касается большинства договорных вопросов, возникающих в связи с договором о ПЧП (например, заключение, действительность и нарушение договора, включая ответственность и возмещение ущерба за нарушение договора и его неправомерное прекращение).

7. Принимающим странам, которые хотели бы принять законодательство по ПЧП, 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 ПЧП может устанавливать особые правила для процедур выбора частного партнера и, когда это уместно, отсылать — в том, что касается деталей управления этим процессом, — к действующему законодательству, регулирующему выдачу правительственных подрядов. Аналогично, при принятии законодательства по ПЧП принимающим странам, возможно, потребуется отменить действие некоторых законов и правил, которые, по мнению законодателя, создают препятствия для реализации таких проектов, и обеспечить их соответствие с общим законодательством о ПЧП (см. главу I «Общие законодательные и институциональные рамки», пункт 26).

8. В целях обеспечения ясности было бы полезно предусмотреть предоставление потенциальным инвесторам информации относительно тех законодательных и нормативных текстов, которые прямо применимы к реализации ПЧП, 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 или косвенное отношение к ПЧП, будет невозможным, такой перечень наиболее целесообразно было бы, возможно, включить в какой-либо документ, не носящий законодательного характера, например рекламную брошюру, подготовленную подразделением по вопросам ПЧП, если таковое имеется (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт 47), или учреждением, отвечающим за стимулирование инвестиций. Соответствующий нормативный акт может также быть направлен участникам процедур вместе с запросом предложений (см. главу III «Решение заключить договор», пункты ...).

3. Заключение договора о ПЧП

9. В случае таких сложных проектов, как проекты в области инфраструктуры, с момента отбора участника, выигравшего процедуры, до окончательного оформления и подписания всех договорных документов (см. главу III «Решение заключить договор», пункты ...) нередко проходит несколько месяцев. Крайне важное значение будет иметь качество технико-экономических обоснований и других исследований, проведенных на этапе планирования, а также наличие подробных и надлежащих типовых договоров и руководящих принципов (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...), которые позволят ускорить завершение этого этапа и сократить ненужные задержки. Однако ожидать, что кредиторы и другие поставщики капитала примут на себя твердые и окончательные обязательства до принятия окончательного решения о заключении договора о ПЧП, было бы неразумно, и при окончательной доработке договора о ПЧП сторонам по-прежнему будет необходимо учитывать условия финансирования. Кроме того, дополнительное время может потребоваться для выполнения определенных формальностей, которые часто предписываются законодательством, например, для получения утверждения договора о ПЧП вышестоящим органом. Для вступления в силу договора о ПЧП или некоторых категорий договоров о ПЧП в ряде стран требуется акт парламента или даже принятие специального законодательства. Это часто касается концессионных ПЧП, связанных с предоставлением общедоступных услуг. Учитывая затраты, которые могут быть обусловлены задержкой в исполнении договора о ПЧП, целесообразно изыскать средства, позволяющие ускорить заключительные корректировки, с тем чтобы избежать ненужных задержек в заключении договора о ПЧП.

10. Стороны могут сократить этот риск задержки путем разработки на этапе планирования графика, в котором указаны важные шаги и ориентиры, такие как обязательные процедуры утверждения публичным органом (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...). Непосредственно на завершающем этапе 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. В этом отношении подразделения по вопросам ПЧП или аналогичные координационные учреждения играют первостепенную роль в обеспечении планомерного хода переговоров и быстрого продвижения вперед (см. главу I «Общие законодательные и институциональные рамки», пункт 47). Чем более четко будут представлять себе стороны, какие положения необходимо включить в договор о ПЧП, тем более высокими будут шансы на успешное завершение переговоров по нему. И напротив, в тех случаях, когда после принятия решения о заключении договора остаются неурегулированными важные вопросы и когда участники не имеют достаточных указаний по существу договора о ПЧП, может возникнуть существенная опасность того, что обсуждения 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.

11. Ряд международных организаций, таких как Всемирный банк¹ и Международная федерация инженеров-консультантов², предоставили консультативную помощь по вопросам составления договора о ПЧП либо подготовили стандартные положения, которые могут служить отправной точкой при составлении договора о ПЧП или разработке некоторых его элементов. Эти типовые формы получили широкое признание и используются во всем мире, к тому же указанные учреждения обновляют их на регулярной основе. Кроме того, предоставлены руководящие указания в отношении их значения и толкования, что обеспечивает единообразие и уменьшает соответствующие риски.

12. Следует также провести обзор процедур заключения и вступления в силу договора о ПЧП 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 договора о ПЧП в силу происходит по подписанию 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 частному партнеру и кредиторам достаточных гарантий от этого риска (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 45–50). В некоторых странах, в которых действуют требования об утверждении, организации-заказчика 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. Корпоративная структура частного партнера

13. Во внутреннем законодательстве часто содержатся требования, которые касаются корпоративной структуры частного партнера и которые затем более подробно регламентируются в положениях договора о ПЧП. Как правило, эти требования касаются таких вопросов, как учреждение частного партнера 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 часто называется «специальным целевым механизмом» или «субъектом специального назначения» и впоследствии становится частным партнером по договору о ПЧП. 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 ПЧП», пункт 54). Учреждение такой отдельной проектной компании облегчает координацию в деле реализации проекта, и она также является механизмом для защиты интересов проекта, которые необязательно совпадают с интересами материнской компании или, в зависимости от случая, с интересами членов консорциума или других спонсоров проекта. Этот

¹ “Guidance on PPP contractual provisions”, 2017 Edition, International Bank for reconstruction and Development, The World Bank.

² См. информацию на веб-сайте МФИК <http://fidic.org/>.

аспект может иметь решающее значение в тех случаях, когда члены проектного консорциума берут на себя обязательство оказать значительную часть услуг или поставить значительную часть материалов, необходимых для нужд проекта.

14. Если проектная организация еще не зарегистрирована, то обычно ее требуется создать в течение короткого срока после отбора выигравшего процедуры консорциума. Поскольку существенная часть финансовых и иных обязательств частного партнера, включая долгосрочные обязательства (договор о ПЧП, кредитные и обеспечительные соглашения и контракты на строительство), как правило, согласовываются на раннем этапе, самостоятельное представительство во время обсуждения этих документов может способствовать успешному осуществлению проекта. Кроме того, в долгосрочной перспективе важно, чтобы структура распределения акций отражала договоренность между членами консорциума, выигравшего процедуры, в отношении их индивидуального уровня обязательства и участия в акционерном капитале проекта (см. главу III «Решение заключить договор», пункт 42). В некоторых странах, в которых иностранные инвестиции подпадают под действие определенных правил и утверждаются компетентными органами в индивидуализированном порядке, было сочтено целесообразным в целях экономии времени и затрат объединить требования в отношении регистрации инвестиций и утверждения проектов ПЧП в единую процедуру.

15. 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», пункты 30–33). Упрощенные процедуры учреждения проектной компании при надлежащем учете разумных требований, устанавливаемых исходя из публичных интересов, могут способствовать избежанию ненужных задержек в реализации проекта.

16. 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. В то же время, поскольку общий объем необходимых инвестиций, равно как и идеальное соотношение между заемным и акционерным капиталом различаются в зависимости от конкретного проекта, было бы нежелательным предусматривать в законодательстве требование о какой-либо фиксированной сумме в качестве минимального капитала для всех компаний, осуществляющих в соответствующей стране проекты ПЧП. 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 «Решение о заключении договора», пункты 75 и 77).

17. В любом случае целесообразно провести обзор законодательных положений и нормативных требований, касающихся организационного устройства частного партнера, 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.

18. Вышеприведенные соображения относительно корпоративной структуры частного партнера также применимы к решениям заключить договоры о ПЧП с уже существующим юридическим лицом или дочерней компанией юридического лица, занимающейся реализацией других проектов ПЧП в соответствующей стране, или к решению заключить договор о ПЧП с государственным предприятием, как это часто бывает в некоторых странах. В случае осуществления проектов ПЧП государственным предприятием важно тщательно продумать — в идеале еще на этапе планирования — меры по сглаживанию возможных коллизий интересов между государством как акционером, обладающим контрольным пакетом акций проектной компании, и миноритарными акционерами. Необходимо также учитывать опасения кредиторов по поводу политических рисков, обусловленных непрямыми отношениями между государством и проектной компанией. Кроме того, следует принимать во внимание и режим, действующий в отношении долговых обязательств, взятых на себя государственной корпорацией, и возможные последствия этого для платежного баланса государства как несущего потенциальную субсидиарную или косвенную ответственность (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...; см. также главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты ...).

19. 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. Вместе с тем предоставление частному партнеру возможности расширять свою работу за счет осуществления сопутствующих проектов или вспомогательных видов деятельности (например, разработки проекта торгового центра или объекта недвижимости вблизи железнодорожной станции в связи со строительством линии метро) может послужить мощным стимулом для частных партнеров или членов консорциума, обладающих опытом реализации сопутствующих проектов подобного рода (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...).

20. Организация-заказчик, возможно, также пожелает получить заверения в том, что устав и принимаемые на его основе нормативные документы проектной компании будут надлежащим образом отражать обязательства, принятые на себя компанией в договоре о ПЧП. По этой причине в договорах о ПЧП иногда предусматривается, что вступление в силу изменений в уставах и принимаемых на их основе нормативных документах 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 акционеров 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 договоре о ПЧП.

С. Строительная площадка, активы и сервитуты

21. Важной частью большинства договоров о ПЧП являются положения, касающиеся строительной площадки. Обычно они касаются таких вопросов, как правовой титул на землю и активы проекта, приобретение требуемых земельных участков и сервитуты, необходимые частному партнеру для выполнения работ или эксплуатации инфраструктуры. В той мере, в которой договор о ПЧП предусматривает передачу частному партнеру 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. Право собственности на активы проекта

22. Как это уже отмечалось раньше, проекты ПЧП могут быть связаны с ситуациями, когда все связанные с проектом активы находятся в публичной собственности или когда весь объект находится в собственности частных сторон или эксплуатируется ими (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», 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 рамки, определяющие порядок урегулирования этих вопросов в договоре о ПЧП.

23. В некоторых правовых системах материальная инфраструктура, которая требуется для предоставления общедоступных услуг в рамках ПЧП концессионного типа (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты...), 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 частного партнера организацией-заказчиком. В то же время в течение срока действия проекта частный партнер 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 частного партнера, или же некоторые из них могут быть отделены от публичной собственности, находящейся в распоряжении частного партнера, и стать его частной собственностью. В силу этого рекомендуется оговорить в договоре о ПЧП, если это уместно, какие активы будут являться публичной собственностью, а какие станут частной собственностью частного партнера.

24. 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 договоре о ПЧП оговаривалось, если это уместно, какие активы будут оставаться в публичной собственности, а какие станут частной собственностью частного партнера. Частный партнер может либо получить правовой титул на такие земельные участки или объекты, либо 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 частного партнера, поскольку это окажет непосредственное воздействие на его способность создать обеспечительные интересы в проектных активах для целей мобилизации финансовых средств на реализацию проекта (см. пункты 54 и 55).

25. Помимо права собственности на активы в течение срока действия договора о ПЧП, важно рассмотреть режим собственности по истечении или прекращении договора о ПЧП. В ПЧП концессионного типа организация-заказчик преследует цель обеспечения непрерывного характера предоставления услуг и в этой связи заинтересована в обладании связанными с проектом материальными активами, для чего потребуется передача всех материальных активов проекта после окончания договора. В свою очередь, в ПЧП неконцессионного типа договор о ПЧП считается главным образом одним из средств приобретения услуг в течение определенного периода времени, а не средством для сооружения материальных объектов. Таким образом, в случае неконцессионных ПЧП можно законодательно ограничить обязательства частного партнера по передаче активов публичными активами и собственностью, первоначально полученными от организации-заказчика или другого публичного органа, или определенными другими категориями активов, которые были сочтены необходимыми для обеспечения предоставления услуг. В случае назначения нового частного партнера такая собственность передается от одного частного партнера непосредственно другому частному партнеру, который является его преемником в том, что касается предоставления соответствующей услуги (см. также главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты ...).

26. 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 частному партнеру удержать в конце проектного срока определенные активы, может быть стремление снизить расходы, которые будут определять стоимость предоставления услуг. Если считается, что проектные активы имеют для частного партнера остаточную стоимость и эту стоимость можно учесть в процессе отбора, то организация-заказчик может рассчитывать на понижение тарифов, взимаемых за предоставление услуги. Так, если частный партнер ожидает, что ему не придется покрывать всю стоимость активов в течение срока проекта и что он может покрыть ее часть за счет их последующей продажи или использования в других целях после истечения срока договора о ПЧП, то существует вероятность того, что услуги будут предоставляться по более низкой цене по сравнению с ситуацией, когда частному партнеру пришлось бы амортизировать всю стоимость в течение срока проекта. Более того, некоторые активы могут потребовать настолько серьезной реконструкции или технической модернизации в конце проектного срока, 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.

27. По этим причинам в законодательстве некоторых стран не предусматривается при всех видах ПЧП безоговорочной передачи 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 частным партнером для предоставления соответствующей услуги. Такие активы могут включать в себя как объекты, предоставленные частному партнеру организацией-заказчиком, так и новые объекты, сооруженные частным партнером по условиям договора о ПЧП, хотя в случае с ПЧП неконцессионного типа удержание таких активов может не отвечать публичным интересам. В некоторых странах закон требует передачи активов, материальных средств и имущества, впоследствии приобретенных частным партнером 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 принадлежащие частному партнеру 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;

в) активы, которые остаются в частной собственности частного партнера. Ими являются принадлежащие частному партнеру активы, которые не подпадают под пункт (б) выше. Организация-заказчик обычно не вправе претендовать на эти активы, которые могут свободно вывозиться или реализовываться частным партнером.

28. В свете вышеизложенного полезно включить в законодательство требование о том, чтобы в договоре о ПЧП, если это уместно, оговаривалось, какие активы будут являться публичной собственностью, а какие останутся в частной собственности частного партнера. В договоре о ПЧП должны определяться те активы, которые частному партнеру потребуется передать организации-заказчику или новому частному партнеру по истечении или прекращении договора о ПЧП; те активы, которые организация-заказчик может, по своему выбору, выкупить у частного партнера; и те активы, которые частный партнер может свободно вывезти или реализовать по истечении или прекращении договора о ПЧП. Эти положения должны быть дополнены договорными критериями для расчета, если это уместно, той компенсации, которая может причитаться частному партнеру в связи с активами, передаваемыми организации-заказчику или новому частному партнеру или выкупаемыми организацией-заказчиком по истечении или прекращении договора о ПЧП (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 37–40).

2. Приобретение земельного участка, необходимого для осуществления проекта

29. 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, то такой участок или объект обычно передается в распоряжение частного партнера 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, частный партнер 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. Исследования об экологическом и социальном воздействии, проведенные на этапе подготовки проекта, должны оценить стоимость приобретения требуемого земельного участка, в частности определить надлежащую процедуру, необходимые временные затраты и все возможные препятствия или причины задержек (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...). Организация-заказчик может выкупить требуемый земельный участок у его собственников или, если это необходимо, приобрести его в принудительном порядке.

30. Процедура, с помощью которой частная собственность в принудительном порядке приобретается правительством 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». Законодательство большинства стран устанавливает условия и пределы приобретения правительством в принудительном порядке частной собственности, включая выплату компенсации владельцу (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты ...). 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 ПЧП, 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», пункты 22 и 23).

31. Полномочиями на приобретение собственности в принудительном порядке обычно располагает правительство. Однако в случае с ПЧП концессионного типа в некоторых правовых системах операторам инфраструктуры или поставщикам общедоступных услуг (например, железнодорожным компаниям или учреждениям, отвечающим за вопросы энергоснабжения) разрешается предпринимать определенные действия в целях принудительного приобретения частной собственности, которая требуется для предоставления или расширения предоставления услуг населению. Практика этих стран показала, что, особенно в случаях, когда решение о выплате компенсации владельцам собственности выносится с помощью судебных процедур, целесообразно делегировать частному партнеру 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 земельного участка он часто становится публичной собственностью, хотя в ряде случаев законодательство может разрешать организации-заказчику и частному партнеру согласовывать иной порядок с учетом их соответствующих долей в затратах на приобретение собственности.

3. Сервитуты

32. В тех случаях, когда для получения доступа к строительной площадке либо выполнения любых работ или обслуживания любых объектов, необходимых для предоставления соответствующей услуги, частному партнеру 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, принадлежащей третьим сторонам; 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-, газа- или водопровода), может возникнуть необходимость в специальных механизмах.

33. 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 частного партнера 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.

34. Несколько иной альтернативный вариант может состоять в том, чтобы предусмотреть в самом законодательстве право поставщиков общедоступных услуг на доступ к участкам, находящимся в собственности третьих сторон, проезд по таким участкам и проведение на них 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 законодательстве, регулирующем деятельность в конкретных секторах, в том случае, если будет сочтено возможным заранее установить определенные минимальные сервитуты, которые могут потребоваться частному партнеру. Так, например, законодательство, непосредственно касающееся электроэнергетического сектора, может предусматривать условия, при которых частный партнер 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. В тех случаях, когда законодательство принимающей страны прямо не устанавливает размер компенсации, которая может причитаться владельцам собственности, затронутой сервитутами поставщика услуг, рекомендуется установить его в общем или отраслевом законодательстве о ПЧП, в надлежащем случае, если сфера действия прав, предоставленных частному партнеру, такова, что использование собственности их владельцами будет существенно затруднено (например, в случае нарушения функционирования или обслуживания инфраструктуры).

D. Финансовые механизмы

35. Финансовые механизмы для проектов ПЧП обычно соответствуют структуре проектного финансирования и, как правило, включают положения, которые касаются обязательств частного партнера по мобилизации средств для осуществления проекта, механизмов расходования средств и соответствующей отчетности, вознаграждения частного партнера и тех видов обеспечительных интересов, которые могут быть созданы в пользу кредиторов частного партнера и акционеров. Финансовые механизмы для ПЧП концессионного типа могут иметь мало общего с механизмами для ПЧП неконцессионного типа, причем

даже в рамках этих двух категорий для тех или иных проектов в различных секторах могут потребоваться разные финансовые механизмы. Важно обеспечить, чтобы законодательство принимающей страны принимало этот нюанс во внимание и способствовало или, по крайней мере, не создавало препятствий финансовому управлению проектом.

1. Финансовые обязательства частного партнера

36. Частный партнер в ПЧП, как правило, несет ответственность за мобилизацию и обеспечение средств, необходимых для сооружения и эксплуатации объекта инфраструктуры. Обязательства частного партнера в этой связи обычно подробно оговариваются в положениях договора о ПЧП. В большинстве случаев организация-заказчик или иной публичный орган будут заинтересованы в ограничении своих финансовых обязательств теми обязательствами, которые конкретно указаны в договоре о ПЧП, или теми формами прямой поддержки, которые правительство согласилось оказать, в интересах мобилизации средств для проекта (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...).

37. 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 частному партнеру коммерческими банками и международными финансовыми учреждениями, а также за счет поступлений от размещения облигаций и других оборотных инструментов на рынке капитала (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 54–67). В связи с этим весьма важно обеспечить, чтобы законодательство не устанавливало ненадлежащих ограничений на способность частного партнера заключать финансовые договоренности, которые он считает целесообразными для цели обеспечения финансирования инфраструктуры.

2. Источники и методы оплаты

38. Финансовая компенсация, полагающаяся частному партнеру, и методы расчета и обеспечения ее выплаты являются центральными элементами проекта, предусматриваемыми на этапе планирования и составления технико-экономического обоснования (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...). Договор о ПЧП и связанные с ними документы обычно должны включать подробные положения, в которых оговариваются эти вопросы; кроме того, в зависимости от типа проекта, в содействии использованию предусмотренных сторонами финансовых механизмов или даже в создании возможности для их использования важную роль может играть законодательство.

39. Источники и методы оплаты будут варьироваться в зависимости от типа проекта и сектора. В концессионных ПЧП приток наличности обеспечивается главным образом за счет платежей конечных пользователей объекта инфраструктуры, эксплуатируемого частным партнером (например, водители, проезжающие по платному мосту), или клиентов, приобретающих предоставляемые им услуги или товары (например домашние хозяйства, оплачивающие электроэнергию или водоснабжение). В неконцессионных ПЧП, в свою очередь, организация-заказчик непосредственно платит частному партнеру за сооружение объекта инфраструктуры и, если это уместно, за использование или эксплуатацию этого объекта инфраструктуры или услуги. Очевидно, что в основе этих двух противоположных подходов лежит та или иная преобладающая форма вознаграждения. На практике в случае необходимости они часто используются одновременно в целях обеспечения успешного осуществления проекта, а также достижения согласованных показателей в отношении возвращения инвестиций и нормы прибыли для частного партнера. С учетом общих различий, а также возможных сочетаний разных методов оплаты в нижеследующих пунктах излагаются основные имеющиеся варианты и, когда это уместно, указывается роль законодательства в создании возможностей для использования этих методов или содействии их использованию.

а) Сборы с пользователей

40. При концессионных ПЧП тарифы или сборы за использование, взимаемые частным партнером, могут быть основным (а иногда даже единственным) источником поступлений, используемых для возвращения инвестиций, вложенных в проект, в отсутствие субсидий или платежей со стороны организации-заказчика (см. пункты ...) или правительства (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 30–60). По этой причине частный партнер будет стремиться к тому, чтобы располагать 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 частного партнера 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, законодательные положения или общие правила регулирования в некоторых правовых системах устанавливают законодательные параметры ценообразования в отношении товаров или услуг, например, требуя, чтобы соответствующие тарифы отвечали определенным стандартам «разумности», «честности» или «справедливости».

i) Правомочие частного партнера взимать тарифы

41. В некоторых странах может потребоваться предварительное законодательное разрешение для того, чтобы частный партнер взимал тарифы за предоставление общедоступных услуг или требовал уплаты сборов за пользование объектами публичной инфраструктуры. Отсутствие такого общего положения в законодательстве некоторых стран привело к возникновению судебных споров в отношении правомочий частного партнера взимать тарифы за предоставление услуг.

42. В тех случаях, когда положения, касающиеся уровня тарифов и сборов с пользователей, которые может взимать частный партнер, 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 частного партнера в обеспечении притока наличности в таком объеме, какой обеспечивал бы экономическую жизнеспособность и коммерческую прибыльность проекта. В соответствии с успешными видами практики в этой области следует указывать предварительный расчет тарифов в технико-экономических обоснованиях и в тендерной документации. Кроме того, целесообразно предоставлять сторонам необходимые правомочия по заключению соответствующих договоров, включая положения о компенсации, 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 133).

ii) Методы контроля над тарифами

43. 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 договоров о ПЧП. 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 договора о ПЧП. 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.

a. Метод, основанный на норме прибыли

44. В соответствии с методом, основанным на норме прибыли, механизм корректировки тарифов строится таким образом, чтобы обеспечить частному партнеру получение согласованной нормы прибыли на его инвестиции. Тарифы на любой конкретный период устанавливаются с учетом общих поступлений, необходимых для эксплуатации частным партнером 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 частным партнером, 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 частного партнера на постоянном уровне с помощью регулярных корректировок тарифов может оказаться невозможным.

45. Как считается, метод, основанный на норме прибыли, обеспечивает высокую степень надежности для операторов инфраструктуры, поскольку частному партнеру 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 частного партнера поддерживается на относительно постоянном уровне, инвестиции в компании, обеспечивающие общедоступные услуги, связаны с незначительным рыночным риском. Результатом этого являются, как правило, более низкие затраты на привлечение капитала. 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 приземных расходов и распределения издержек).

b. Метод установления верхнего предела цены

46. 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 частной основе.

47. 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 частный партнер 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, частный партнер рискует понести убытки, если издержки оказываются выше, чем предполагалось, поскольку до следующей корректировки тарифов частный партнер 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.

c. Комбинированные методы

48. 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 частным партнером, для определения того, отвечают ли они критериям полезности, с тем чтобы они могли учитываться при расчете потребностей частного партнера 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.

iii) Программные соображения относительно контроля над тарифами

49. 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. Законодательные органы, регуляторы и организация-заказчик, в зависимости от обстоятельств, должны учитывать эти аспекты 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 частных партнеров 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 частного партнера и по эффективному применению выбранного метода корректировки (см. также главу I «Общие законодательные и институциональные рамки», пункты 30–53). При концессионных ПЧП публичный орган должен также, невзирая на интересы частного партнера, обеспечить надлежащий уровень прозрачности по отношению к конечным пользователям. Выбранный метод контроля над тарифами должен быть четко изложен, например, в технико-экономических обоснованиях, критериях предварительного отбора или запросе предложений, и организация-заказчик или регулирующий орган должны обеспечить публичный доступ к расчетам и процессу принятия решения.

50. 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 договора о ПЧП, 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 частному партнеру надлежащую компенсацию (см. также пункт 133). 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 предсказуемого потока поступлений. 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 договор о ПЧП.

b) Платежи со стороны организации-заказчика

51. Функции и характер платежей со стороны организации-заказчика будут различаться в зависимости от типа ПЧП. Они могут включать прямые платежи за фактически оказанные услуги, прямые платежи за предоставленные площади или производственные мощности, публичные субсидии или другие формы финансовых трансфертов, согласованные между организацией-заказчиком и частным партнером. При неконцессионных ПЧП, когда частный партнер не взимает платежей с конечного пользователя объекта инфраструктуры или услуги

(например, когда частный партнер эксплуатирует общедоступный объект), прямые платежи со стороны организации-заказчика могут быть для частного партнера единственным источником поступлений. Кроме того, если частный партнер 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. При ПЧП концессионного типа, в свою очередь, прямые платежи не являются главным источником финансирования проекта, поскольку частный партнер обычно получает операционный доход, взимая плату с конечных пользователей объекта или покупателей предлагаемых им услуг или продуктов. Тем не менее при некоторых концессионных ПЧП организация-заказчик или другой публичный орган могут взять на себя обязательство производить прямые платежи частному партнеру в качестве замены сборов за услуги, которые должны уплачиваться пользователями, или в качестве дополнения к ним (например, в форме так называемых теневых сборов, предназначенных для обеспечения притока доходов, предусмотренных в согласованных прогнозах путевых расходов). В любом случае финансовое положение организации-заказчика и ее рейтинг у финансовых учреждений, если это применимо, имеют крайне важное значение для обеспечения финансирования по разумной стоимости.

52. Без прямых платежей осуществление многих проектов ПЧП может оказаться невозможным, будь то в силу отсутствия прямого рыночного спроса на услуги или объекты за пределами публичного сектора (например, сбор отходов, исправительные учреждения или очистные сооружения), будь то по причине недостаточно высокого спроса для покрытия расходов по проекту (например, мосты или туннели в регионах с низкой интенсивностью движения) или будь то вследствие того, что фактическим клиентом частного сектора является организация-заказчик (например, когда правительственное учреждение использует служебные помещения, построенные и обслуживаемые частным партнером, или когда частный партнер строит и обслуживает больницу, эксплуатируемую в рамках национальной системы здравоохранения и социального обеспечения). При неконцессионных ПЧП прямые платежи производятся организацией-заказчиком частному партнеру. Соответственно, частный партнер не подвержен риску в отношении спроса (размер платежа не связан с уровнем спроса), а только риску в отношении наличия (например, риску того, что частный партнер может оказаться не в состоянии оказать услуги в объеме, согласованном в договоре о ПЧП). Положение частного партнера является другим при ПЧП концессионного типа, когда вознаграждение обеспечивается благодаря платежам пользователей объекта, что подвергает частного партнера риску возникновения спроса ниже ожидаемого. В любом случае тип, объем и методы расчета платежей должны определяться с учетом показателей исполнения и соответствовать финансовой модели, подготовленной в ходе оценки проекта и в момент принятия решения о заключении договора (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ..., и главу III «Решение заключить договор», пункт ...). Кроме того, обеспечение прозрачности может потребовать, чтобы организация-заказчик или правительство, в зависимости от обстоятельств, регулярно отчитывались о прямых платежах частному партнеру в поддержку проекта или предоставляли обоснование этих платежей, например, количественные показатели или отчеты об оценке эффективности (см. пункт 104 ниже и главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...). Основные примеры таких механизмов кратко рассматриваются ниже.

i) Авансовые или арендные платежи

53. Авансовые или арендные платежи часто используются при неконцессионных ПЧП, когда не предусматриваются платежи со стороны конечных пользователей. В таких случаях организация-заказчик платит частному партнеру в соответствии с согласованной в договоре формулой за проведение работ по сооружению, модернизации или других работ по договору о ПЧП и, когда это уместно,

за эксплуатацию объекта инфраструктуры или услуги и управление ими. Наиболее распространенным методом является привязка ежемесячных или ежегодных платежей к согласованному графику строительства объекта инфраструктуры. После завершения работ и ввода объекта в эксплуатацию договором предусматриваются платежи за обеспечение доступа к объекту или его фактическое использование в соответствии со шкалой вознаграждения в расчете на единицу площади или аналогичного физического параметра.

54. Вне зависимости от типа ПЧП организация-заказчик должна внимательно рассматривать вопрос о необходимости авансовых и арендных платежей, поскольку они являются важным стимулом для частного партнера к участию в торгах в связи с проектом ПЧП, и многие потенциальные инвесторы могут включать такие платежи в свои первоначальные модели финансовых операций. При некоторых типах неконцессионных ПЧП авансовые и арендные платежи могут оказаться абсолютно необходимыми (например, когда частный партнер предоставляет объекты в распоряжение организации-заказчика), однако в других проектах, например при многих концессионных ПЧП, авансовые платежи могут противоречить самой цели механизма ПЧП и лишить частного партнера стимула эффективно осуществлять работы по сооружению и эксплуатации объекта. Целесообразно увязывать эти платежи с предусмотренными договором механизмами контроля за исполнением обязательств (см. ниже, пункты ... и ...), например посредством системы вычетов и поощрений для стимулирования эффективного исполнения обязательств. Кроме того, для платежей может потребоваться заблаговременное выделение бюджетных ассигнований, а сами платежи могут подлежать ревизии и другим формам государственного контроля, поэтому важно обеспечить, чтобы эта формула была четкой, а договорные механизмы и параметры контроля и измерения эффективности работы частного партнера были проверяемыми и объективными.

ii) Платежи на основе пропускной способности и использования

55. В некоторых проектах предусматривается обязательство организации-заказчика производить выплаты в порядке компенсации частному партнеру за предоставление определенной услуги или за пропускную способность и использование объекта. Платежи на основе пропускной способности и использования, как правило, рассчитываются по формуле, согласно которой количество единиц предоставления услуги умножается на согласованную цену за каждую единицу. В неконцессионных ПЧП эти платежи являются единственным источником вознаграждения для частного партнера или используются наряду с другими видами прямых платежей со стороны организации-заказчика (например, авансовыми или арендными платежами). В ПЧП концессионного типа такие платежи, как правило, используются в качестве дополнения к фактическим платежам конечных пользователей, объем которых оказался ниже расчетных показателей, предусмотренных в договоре.

56. Широко известным примером платежей на основе использования в транспортном секторе является механизм под названием «установление скрытых сборов». Скрытые сборы представляют собой механизмы, с помощью которых частный партнер принимает на себя обязательства по проектировке, строительству, финансированию и эксплуатации какой-либо дороги или иного транспортного объекта в течение указанного ряда лет в обмен на периодические платежи вместо реальных или прямых сборов, уплачиваемых пользователями, или в дополнение к ним. Схемы скрытых сборов могут использоваться для уменьшения рисков, которые присущи проектам в области транспорта, например риска меньшей, чем ожидавшаяся, насыщенности дорожного движения (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт ...). Кроме того, схемы скрытых сборов могут быть в политическом отношении более приемлемыми, чем прямые сборы, например тогда, когда существует опасение, что введение платы за проезд по общедоступным 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 (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 4–6).

57. Скрытые сборы (и любые аналогичные дополнительные платежи на основе оценки использования) могут быть сопряжены со значительными расходами для организации-заказчика и могут требовать осуществления жесткого и широкого контроля. В странах, которые использовали скрытые сборы для осуществления проектов по строительству новых дорог, платежи частному партнеру со стороны организации-заказчика основывались главным образом на фактической интенсивности дорожного движения, измеряемой в автомобилекилометрах. Считается целесообразным предусмотреть, чтобы такие платежи не производились до тех пор, пока не начнется дорожное движение, с тем чтобы стимулировать частного партнера к скорейшему открытию дороги. В то же время было сочтено полезным исчислять платежи на основе фактической интенсивности дорожного движения в течение срока договора о ПЧП. Такая система побуждает частного партнера обеспечивать, чтобы на дороге в течение этого времени ремонтные работы проводились в минимальных объемах, поскольку они препятствуют дорожному движению. В качестве альтернативы договор о ПЧП может содержать положение о выплате штрафа или возмещении заранее оцененных убытков в связи с отсутствием свободных полос вследствие проведения ремонтных работ. От частного партнера, как правило, требуется производить непрерывные подсчеты интенсивности дорожного движения для расчета годовых показателей, выраженных в автомобилекилометрах, и эти показатели должны периодически проверяться организацией-заказчиком. Несколько модифицированная система может сочетать скрытые сборы и прямые сборы, выплачиваемые пользователями. В такой системе скрытые 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 частный партнер прибыльно эксплуатировал дорогу.

iii) Закупочные обязательства

58. Если частный партнер эксплуатирует объект, производящий товары или услуги, которые могут предоставляться на долгосрочной основе конкретному приобретателю (например, отдельная электростанция), организация-заказчик или другой публичный орган часто принимает на себя обязательство закупать такие товары и услуги по согласованной ставке, как они предлагаются частным партнером. 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 фиксированных затрат частного партнера на финансирование и техническое обслуживание проекта, включая обслуживание долга и другие текущие финансовые затраты, фиксированные 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 фиксированных затрат частного партнера, а скорее для возмещения переменных

или маргинальных затрат, которые частный партнер 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 частного партнера, 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 частного партнера или с индексом, который в разумной степени отражает изменения в эксплуатационных затратах.

59. С точки зрения частного партнера, 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 частным партнером, 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 подкреплены гарантией, выданной правительством принимающей страны или каким-либо национальным или международным учреждением, предоставляющим гарантии (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...).

Е. Обеспечительные интересы

60. 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 дополнение к этому общему экономическому и правовому разделу см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты ...). В общей практике проектного финансирования обеспечительные механизмы, как правило, играют защитительную и превентивную роль, поскольку позволяют в том случае, если какая-либо третья сторона приобретает предприятие должника (например, путем лишения прав на заложенную собственность в результате банкротства или путем приобретения 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 на заложенную собственность 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 проекта в своей собственности в течение неограниченного срока и получения поступлений от него.

61. Механизмы обеспечения играют центральную роль в финансировании проектов в области инфраструктуры, в частности, когда структура финансирования создана по схеме «проектного финансирования». Документы, касающиеся финансирования ПЧП, обычно включают обеспечение как в материальных активах, относящихся к этому проекту, так и в нематериальных активах, находящихся во владении частного партнера. 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 частным партнером. Эти условия часто основываются на общих принципах права или законодательных положениях, и организация-заказчик не вправе отказаться от их соблюдения на основании заключения договоренностей об ином.

1. Обеспечительные интересы в материальных активах

62. Создание механизмов обеспечения, необходимых для получения финансирования на цели проекта, может столкнуться с юридическими препятствиями в случаях, когда активы проекта являются публичной собственностью. Если частный партнер 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 частный партнер, 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.

63. Кроме того, обеспечительные интересы могут также создаваться в том случае, когда договор о ПЧП 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 имеется 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 частным партнером.

2. Обеспечительные интересы в нематериальных активах

64. Основным нематериальным активом проекта концессионного типа в области инфраструктуры является сама концессия, т.е. право концессионера эксплуатировать инфраструктуру или предоставлять соответствующую услугу и взимать с населения плату за пользование предоставляемой им услугой. В большинстве правовых систем концессия, являющаяся частью договора о ПЧП, предоставляет ее держателю правомочие контролировать весь проект и дает частному партнеру право на получение доходов от проекта. Таким образом, стоимость концессии превышает общую стоимость всех материальных активов, связанных с проектом. Поскольку частный партнер обычно имеет право владения и распоряжения всеми активами проекта (с возможным исключением тех активов, которые принадлежат другим сторонам, например, публичной собственности, находящейся во владении частного партнера), 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 частным партнером. Залог самой концессии может давать различные практические преимущества частному партнеру 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», пункты 10–16). Такие преимущества могут включать следующее: устранение необходимости создавать отдельные обеспечительные интересы в каждой категории активов проекта, предоставление частному партнеру возможности продолжать распоряжаться этими активами в ходе обычной предпринимательской деятельности и создание возможности обременять залогом определенные активы без передачи фактического владения этими активами кредиторам. Кроме того, залог концессии может дать кредиторам право предотвращать, в случае нарушения своих обязательств частным партнером, прекращение проекта посредством вступления во владение концессией и принятия мер для продолжения осуществления проекта при участии другого частного партнера. 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 162–165).

65. 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 70 и 71), в некоторых правовых системах может не существовать возможности создания частным партнером обеспечительных интересов в самой концессии. Принятое в последнее время в некоторых испаноговорящих 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 концессии на публичные работы»), и которая в целом позволяет кредиторам получать снабженный правовой санкцией обеспечительный интерес, охватывающий все права, которые были предоставлены частному партнеру в соответствии с договором о ПЧП. 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. Обеспечительные интересы в коммерческой дебиторской задолженности

66. Другой формой обеспечения, которое, как правило, предоставляется в связи с большинством ПЧП, является уступка кредиторам поступлений по контрактам с клиентами частного партнера. Эти поступления могут представлять собой поступления по одному контракту (например, обязательство о закупке электроэнергии со стороны предприятия по распределению электроэнергии или арендные платежи со стороны организации-заказчика при неконцессионных ПЧП) или по большому количеству отдельных сделок (например, ежемесячные платежи за газ или воду). При ПЧП концессионного типа 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 частным партнером (например, плата за электроэнергию). Они могут также включать доходы

от вспомогательных договоров о ПЧП. 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 кредитором. Такой механизм может также играть важную роль при выпуске частным партнером облигаций и других оборотных инструментов.

67. Коммерческая дебиторская задолженность в качестве обеспечения играет центральную роль в механизмах финансирования, которые предусматривают размещение облигаций и выдачу других оборотных инструментов. Такие инструменты могут выдаваться самим частным партнером, 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 частного партнера, со специальной задачей проведения деловых операций по секьюритизации активов или дебиторской задолженности. Такое юридическое лицо часто называется «специальным целевым механизмом». Частный партнер 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 частного партнера с его клиентами. Частный партнер 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 частного партнера 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 несостоятельности частного партнера может быть целесообразным принятие необходимых законодательных мер, позволяющих разделить частного партнера и специальный целевой механизм в юридическом плане.

68. В большинстве случаев у частного партнера 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 частного партнера 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», пункты 10–16).

4. Обеспечительные интересы в акциях проектной компании

69. В тех случаях, когда концессия не может быть уступлена или передана без согласия организации-заказчика (см. пункты 70 и 71), 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-частного партнера 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 72–76).

Е. Уступка прав частным партнером

70. Концессии, содержащиеся в договорах о ПЧП, предоставляются с учетом конкретных квалификационных данных и надежности частного партнера, и в большинстве правовых систем они не подлежат свободной передаче. Так, внутреннее законодательство часто запрещает уступку прав, приобретенных частным партнером после принятия решения о заключении договора, 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. В некоторых странах также исключается уступка прав до завершения работ по строительству проектного объекта.

71. 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 частным партнером всех обязательств по договору о ПЧП и подтверждение технической и финансовой способности нового частного партнера предоставлять соответствующую услугу. Общие законодательные положения такого рода могут дополняться конкретными положениями договора о ПЧП, устанавливающими сферу действия таких ограничений, а также условия, на которых может быть дано согласие организации-заказчика. В этой связи следует отметить, что раннее предание гласности проекта договора о ПЧП на этапе торгов позволит возможным инвесторам быть в полной мере осведомленными об условиях, на которых может передаваться концессия (см. главу III «Решение заключить договор», пункты ...). Следует отметить, что такие ограничения, как правило, применимы к добровольной передаче частным партнером своих прав; они не исключают принудительной передачи концессии какому-либо субъекту, назначенному кредиторами в соответствии с соглашением между ними и организацией-заказчиком с целью предотвращения прекращения проекта вследствие серьезного нарушения обязательств частным партнером (см. также пункты ...). В любом случае ограничения на уступку прав должны соответствовать ограничениям, налагаемым на передачу контрольного пакета акций проектной компании (см. пункты 72–75 ниже).

Г. Передача контрольного пакета акций проектной компании

72. Организация-заказчик может быть заинтересована в том, чтобы первоначальные члены консорциума, принимавшего участие в торгах, 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. Частные партнеры выбираются для осуществления проекта в области инфраструктуры, по меньшей мере отчасти, на основе их опыта и способности реализовать такого рода проект (см. главу III «Решение о заключении договора», пункты 38–40). Поэтому организации-заказчики обеспокоены тем, что если акционеры компании-частного партнера будут пользоваться полной свободой передачи своих инвестиций в какой-либо проект, то не будет никакой уверенности в том, кто фактически будет предоставлять соответствующие услуги. Однако с практической точки зрения

такое обязательство со стороны частного партнера и консорциума, принимавшего участие в торгах, имеет смысл только с учетом их способности выполнить свои обязательства.

73. Организации-заказчики могут опереться на опыт, который выбранный консорциум, принимавший участие в торгах, продемонстрировал на этапе предварительного отбора, а также на гарантии исполнения, предоставленные организациями, образовавшими первоначальный консорциум, и его субподрядчиками. Вместе с тем на практике не следует переоценивать ту уверенность, которая может основываться на очевидном специализированном опыте акционеров компании-частного партнера. Когда для осуществления ПЧП учреждается отдельное юридическое лицо, как это часто происходит на практике (см. пункт ...), то поддержка со стороны акционеров компании-частного партнера 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 частным партнером своих обязательств. В частности, такие ограничения не являются заменой для соответствующих договорных средств защиты, предусмотренных договором о ПЧП, таких, как осуществление контроля за уровнем предоставляемой услуги (см. пункты ...) или прекращение проекта без полной компенсации в случае неудовлетворительных результатов (см. главу V, «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 44 и 45).

74. Помимо вышеизложенного, установление ограничений в отношении возможности передачи акций компаний, предоставляющих общедоступные услуги, может быть также сопряжено с некоторыми недостатками для организации-заказчика. Как это уже отмечалось ранее (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 54–67), существуют многочисленные виды финансирования, которое можно получить 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, чтобы иметь возможность принять участие 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, который будет согласен на получение меньшей нормы прибыли. Когда определенность в вопросах эксплуатации еще более укрепляется, 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 проявить желания принять 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 свободе передавать свой интерес в ПЧП.

75. По вышеизложенным причинам, возможно, было бы целесообразным сузить предусмотренные законом ограничения, касающиеся передачи контрольного пакета акций проектной компании, предусмотрев их определенный предельный срок (например, в несколько лет после заключения договора о ПЧП или завершения этапа строительства) или определенными ситуациями, когда такие ограничения оправданы публичными интересами (например, когда организация-

заказчик считает, что продолжение присутствия определенного члена консорциума в составе акционеров частного партнера является необходимым для функционирования инфраструктуры или оказания услуг в соответствии с договором или регламентирующими требованиями). Одна из таких ситуаций может возникнуть тогда, когда во владении частного партнера находится публичная собственность или когда частный партнер 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, в отношении которой первоначальные инвесторы будут сохранять свои обязательства в течение разумного срока. Другая ситуация, которая может оправдывать введение ограничений в отношении передачи акций компаний-частных партнеров, может возникнуть 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.

76. В этих исключительных случаях было бы, возможно, целесообразно потребовать, чтобы первоначальные инвесторы заручились предварительным согласием организации-заказчика до передачи своей доли акций. В договоре о ПЧП 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 договора о ПЧП, — 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 договоре о ПЧП, должны ли такие ограничения, если они установлены вообще, применяться только к передаче какого-либо долевого участия в деятельности частного партнера или интересы организации-заказчика будут сосредоточиваться на одном конкретном инвесторе (например, строительной компании или проектировщике объекта) в течение этапа строительства или же в течение длительного срока после его завершения.

Н. Строительные работы

77. При традиционных закупках 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 окончательное разрешение на эксплуатацию объекта. В этой связи организации-заказчики берут на себя риски перерасхода средств и несоблюдения графика работ, а также риски, связанные с эффективностью строительного проекта после его завершения.

78. В рамках проектов ПЧП именно частный партнер несет ответственность за своевременное завершение проекта в соответствии со стандартами и стоимостью, указанными в договоре о ПЧП, а также берет на себя сопутствующий финансовый риск (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...).

В этой связи частный партнер будет 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.

79. По этим причинам в некоторых странах законодательные положения, касающиеся сооружения объектов в рамках ПЧП, ограничиваются общим определением обязательства частного партнера выполнить публичные работы в соответствии с положениями договора о ПЧП. Эти положения предоставляют организации-заказчику общее право следить за ходом работ для обеспечения их соответствия условиям соглашения. В этих странах более подробное регулирование осуществляется в договоре о ПЧП.

1. Рассмотрение и утверждение планов строительства

80. В договорах о ПЧП рекомендуется предусмотреть процедуры, которые помогают сохранять согласованные сроки завершения работ и стоимость строительства в пределах оговоренных графиков и смет и уменьшить возможность возникновения споров между частным партнером и соответствующими публичными органами. Если законодательные положения требуют, чтобы организация-заказчик рассматривала и утверждала строительный проект, то в договоре о ПЧП следует установить процедуру и предельный срок для рассмотрения 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 договоре о ПЧП 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 строительства

81. 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 будут использоваться при осуществлении работ или предоставлении строительных услуг, требуемых согласно спецификациям, чертежи и нормативы работ. В настоящем *Руководстве* используется термин «изменения», который обычно включает изменения в каком-либо аспекте строительных работ по сравнению с первоначальной договорной документацией. Изменения, как правило, предусмотрены договором и не влекут за собой изменения договора или внесения в него поправки. Кроме того, изменения не охватывают корректировки тарифов или пересмотр цены в результате роста издержек или колебаний валютных курсов, а также пересмотр условий платежа, хотя то или иное изменение может привести к корректировке цены на условиях, предусмотренных в договоре о ПЧП (см. пункты ...). Аналогично, пересмотр договора о ПЧП в случае существенного изменения условий, а также наличия препятствий, освобождающих от ответственности, и других оснований не считается изменением согласно настоящему *Руководству* (см. пункты ...).

82. 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 частного партнера исполнение договора о ПЧП. Кроме того, расходы в связи с выполнением распоряжений о внесении крупных изменений могут превысить собственные финансовые возможности частного партнера, 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 «Решение о заключении договора», пункты ... и ...), что помогает избежать внесения последующих изменений в проект.

83. В договоре о ПЧП следует указать конкретные обстоятельства, при которых организация-заказчик может потребовать внести изменения в строительные спецификации, а также размеры компенсации, которую, возможно, потребуется выплатить частному партнеру для покрытия дополнительных расходов и задержек, связанных с внесением таких изменений. В договоре о ПЧП следует также четко определить, в какой степени частный партнер 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, частный партнер может быть освобожден от своих обязательств, если сумма дополнительных расходов, обусловленных внесением изменений, превышает установленный максимальный предел. Следует отметить, что не все изменения во всех случаях инициируются организацией-заказчиком. На практике изменения могут быть также результатом согласия организации-заказчика на осуществление предложений частного партнера, например, о внедрении более эффективных методов или материалов на этапе строительства для снижения издержек и повышения результативности работ. Для поощрения предложений о повышении эффективности или снижении издержек сторонам может быть полезно признать в договоре о ПЧП право частного партнера предлагать технические изменения при согласии организации-заказчика. Кроме того, многие страны считают правильной политику, в соответствии с которой изменения, превышающие определенную индивидуальную или совокупную стоимость, подлежат утверждению вышестоящим органом.

84. 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 договору о ПЧП³. Вместе с тем следует отметить, что в случае договоров о ПЧП 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 договорами о ПЧП в области инфраструктуры, иногда включают сочетание различных методов от единовременных платежей до повышения тарифов или продления срока действия договора о ПЧП. Например, может возникнуть необходимость в изменениях, которые приведут к увеличению расходов, которое частный партнер сможет покрыть или профинансировать самостоятельно и компенсировать с помощью соответствующей корректировки тарифов или платежных механизмов. Если частный партнер не может самостоятельно рефинансировать или оплатить изменения, стороны могут договориться о единовременных выплатах в качестве альтернативы дорогостоящему и сложному механизму рефинансирования. В любом случае сторонам, возможно, придется прибегнуть к прямым переговорам о пересмотре.

³ 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 № R.87.V. 10), глава XXIII, «Оговорки о внесении изменений».

3. Полномочия организации-заказчика по осуществлению контроля

85. 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. Придать уверенность потенциальным инвесторам в этом отношении может определение в законодательстве событий, которые квалифицируются как соображения, связанные с публичными интересами, например экологические проблемы в крупных масштабах или создание угрозы для населения, проживающего в зоне сооружения объекта, как это предусматривается договором о ПЧП. Может также оказаться полезным договориться о максимальном сроке приостановления или предусмотреть соответствующую компенсацию для частного партнера. Кроме того, можно предоставить гарантии выплаты компенсации частному партнеру или возмещения его убытков в результате приостановления осуществления проекта и восстановления экономической и финансовой сбалансированности договора о ПЧП после возобновления работ (см. также пункт 140 ниже и главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 48–50).

86. 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 ...). 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 частного партнера), может часто возникать необходимость в согласовании положений в отношении проведения итоговой инспекции и одобрения проведенных строительных работ организацией-заказчиком для обеспечения соблюдения норм, касающихся здравоохранения, техники безопасности, строительства и труда. В договоре о ПЧП 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, в частности за использование независимых инженерно-консультационных услуг 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 частному партнеру возможность исправить дефекты, которые могут быть обнаружены на этой стадии.

4. Гарантийный срок

87. Заключаемые частным партнером контракты 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 частного партнера в материально-техническом обслуживании или эксплуатации

объекта). Законодательные положения или общие принципы применимого права могут также устанавливать дополнительную ответственность, например, специальный более длительный срок ответственности за строительные дефекты объекта, который предусматривается в некоторых правовых системах. В договоре о ПЧП следует предусмотреть, что окончательное одобрение или заключительная 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 контрактам на строительство или применимым правом.

I. Эксплуатация инфраструктуры

88. После завершения этапа строительства исчезает один из наиболее значительных рисков, связанных с ПЧП, — риск незавершения реализации проекта (см. пункт 75 и главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...). Таким образом, в договоре о ПЧП строительным компаниям нередко предоставляется возможность выйти из проектной компании в конце первого этапа (см. пункты ...).

89. Условия эксплуатации и материально-технического обслуживания объекта, а также стандарты качества и техники безопасности часто указываются в законах и детализируются в договоре о ПЧП. 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.

90. 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 договора о ПЧП в такие положения и требования, возможно, потребуется внести изменения. Соответственно, изменения, запрашиваемые организацией-заказчиком или иным образом согласованные сторонами на этапе эксплуатации, могут быть более существенными, чем на этапе строительства. Они будут иметь особое значение и будут прорабатываться весьма подробно в тех проектах, в которых частный партнер предоставляет услуги или товары конечным пользователям, как, например, в ПЧП концессионного типа. Однако важно помнить о потребности частного сектора в стабильной и предсказуемой нормативной основе регулирования. Изменения в регулятивных положениях или частое введение новых и более жестких правил могут негативно сказаться на осуществлении проекта и подорвать его финансовую жизнеспособность. Поэтому, хотя стороны и могут согласовать договорные условия для противодействия неблагоприятным последствиям будущих изменений нормативных положений (см. пункты 131–134), регулирующим учреждениям или правительству, в зависимости от обстоятельств, рекомендуется избегать чрезмерного регулирования или неразумно частых изменений действующих правил.

1. Технические стандарты и стандарты обслуживания

91. Поставщики общедоступных услуг обычно должны соблюдать целый ряд 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. Вместе с тем в законодательстве могут быть изложены основные принципы, которыми следует

руководствоваться при разработке подробных стандартов, или требование о соблюдении международных стандартов, таких как стандарты эффективности международной финансовой корпорации⁴ (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты ...). Стандарты обслуживания часто подробно указываются в рамках требований организации-заказчика, которые были доведены до сведения участников торгов в ходе процедуры принятия решения заключить договор (см. главу III «Решение заключить договор», пункты ...) и которые также впоследствии отражаются в самом договоре о ПЧП. 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 социальной сфере и в области охраны окружающей среды и охраны труда, здравоохранения и техники безопасности.

92. Организация-заказчик, как правило, сохраняет за собой право следить за соблюдением проектной компанией эксплуатационных стандартов, установленных в порядке регулирования. Частный партнер 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 использование 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 частного партнера.

2. Расширение услуг

93. В некоторых правовых системах считается, что предприятие, занимающееся предоставлением некоторых основных услуг по правительственному договору о ПЧП, например, снабжением электроэнергией или питьевой водой общины или территории и ее жителей, обязано создать систему услуг, отвечающую разумным потребностям этой общины или территории. Такая обязанность часто обуславливается не только историческим спросом, сложившимся на момент принятия решения о заключении договора о ПЧП, 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, выполнение которого, в зависимости от конкретных обстоятельств, может быть обеспечено в принудительном порядке организацией-заказчиком или регулирующим учреждением.

94. В некоторых правовых системах такое обязательство не является ни абсолютным, ни безусловным. Обязанность частного партнера 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 частного партнера; публичная заинтересованность в осуществлении такого расширения; и масштабы обязательств, которые принимает на себя частный партнер в этой связи по договору о ПЧП. В некоторых правовых системах частный партнер иногда обязан расширять свою сеть 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 частный партнер, может в итоге охватить неприбыльные районы. В то же время в отношении этого обязательства устанавливается ряд ограничений, поскольку

⁴ Международная финансовая корпорация, стандарты эффективности, размещены по адресу: <https://www.ifc.org/>.

частный партнер не обязан производить расширения, которые накладывают на него или его клиентов чрезмерное бремя. В зависимости от конкретных обстоятельств расходы в связи с расширением сети по оказанию услуг могут покрываться самим частным партнером, 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 договоре о ПЧП те обстоятельства, при которых от частного партнера может потребоваться расширение его сети по оказанию услуг, и надлежащие методы финансирования расходов в связи с любым таким расширением.

3. Непрерывный характер предоставления услуг

95. Еще одной обязанностью поставщиков общедоступных услуг является обеспечение непрерывного предоставления услуг в большинстве обстоятельств, за исключением случаев наступления событий, освобождающих от ответственности, причем круг таких событий определяется весьма узко (см. также пункты ...). В некоторых правовых системах эта обязанность носит характер обязательства по закону, которое действует даже в том случае, если оно конкретно не оговорено в договоре о ПЧП. 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 договора приостановить или прекратить выполнение ее обязанностей, например, в случае экономических трудностей или нарушения условий другой стороной, не могут использоваться частным партнером в качестве основания для приостановления или прекращения общедоступных услуг, будь то в полном объеме или частично. В некоторых правовых системах организация-заказчик может даже обладать специальными принудительными полномочиями, позволяющими ей заставить частного партнера продолжать оказывать услуги в случае неправомерного прекращения.

96. Эта обязанность также регулируется общим правилом разумной обоснованности. Различные правовые системы признают право частного партнера на справедливую компенсацию за продолжение оказания услуг в сложных экономических ситуациях (см. пункты ...). Кроме того, в некоторых правовых системах указывается, что от поставщика общедоступных услуг нельзя требовать продолжения оказания услуг, если соответствующая деятельность 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, частный партнер может получить право на прямую компенсацию от организации-заказчика или, в качестве альтернативы, на прекращение договора о ПЧП. 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 договоре о ПЧП те исключительные обстоятельства, которые могут оправдывать приостановление оказания услуг или даже освободить частного партнера от обязанностей по договору о ПЧП (см. пункты ..., а также главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункт 34).

4. Равное отношение к клиентам или пользователям

97. На предприятия, которые предоставляют определенные услуги населению, в некоторых правовых системах накладывается особая обязанность обеспечивать услуги для всех пользователей и клиентов, подпадающих 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, в той мере, в которой аналогичные

услуги предоставляются клиентам и пользователям, осуществляющим аналогичные операции при аналогичных обстоятельствах. 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, таким образом, 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 различия в плате или других условиях оказания услуг основаны на фактических различиях в предоставляемых услугах (например, более высокая плата за услуги, предоставляемые в часы пикового потребления), то они, как правило, должны быть соизмеримыми с величиной этих различий.

98. Помимо дифференциации, устанавливаемой самим частным партнером, различные режимы в отношении определенных пользователей или клиентов могут обуславливаться законодательными решениями. Во многих странах закон предусматривает, что определенные 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 «Планирование и подготовка проектов», пункты 42–44, и главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты ...).

5. Подключение и доступ к сетям инфраструктуры

99. 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 договоре о ПЧП или закрепляться в законах или регулятивных актах по отдельным 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 ПЧП», пункты 21–46).

100. 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.

101. 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.

102. 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 более высокую 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 и обязательство по обеспечению прозрачности

103. Во многих странах законодательство налагает на поставщиков общедоступных услуг обязанность представлять регулирующему учреждению точную и своевременную информацию о своих операциях и наделяет такие учреждения специальными правами по обеспечению соблюдения этого требования. К их числу могут относиться права на направление запросов и проведение 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.

104. 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 отдельно контролировать различные аспекты деятельности компании. Может также требоваться тщательная проверка финансовых операций в отношениях между частным партнером и его дочерними компаниями, поскольку частные партнеры могут попытаться перевести доходы в нерегулируемые предприятия или иностранные филиалы. У самих операторов инфраструктуры 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 обеспечения конфиденциальности любой защищенной правами собственности информации, которую частный партнер и его дочерние компании могут представить регулирующему учреждению. Помимо информации, которую частный партнер может быть обязан предоставлять организации-заказчику или регулирующим учреждениям для обеспечения прозрачности и обоснованности платежей частному партнеру, организации-заказчики могут быть сами обязаны раскрывать общественности информацию о некоторых элементах оценки эффективности (см. пункт 52, а также главу II «Планирование и подготовка проектов», пункт ..., и главу III «Решение заключить контракт», пункт ...).

7. Права частного партнера по обеспечению исполнения договора

105. В странах с устоявшимися традициями в отношении решений о заключении договоров о ПЧП для предоставления общедоступных услуг частный партнер 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. С этой целью в большинстве правовых систем может действовать требование о том, чтобы такие полномочия были предусмотрены в общем законодательстве или чтобы законодательный орган наделял ими частного партнера в каждом конкретном случае. Объем полномочий, предоставляемых частному партнеру, обычно определяется в договоре о ПЧП 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 частным партнером эксплуатационные правила не должно являться дискреционным, и частный партнер должен иметь право обжаловать решение об отказе в утверждении предложенных правил (см. главу I «Общие законодательные и институциональные рамки», пункты 49 и 50).

106. Особую важность представляет вопрос о возможности частного партнера прекратить предоставление услуг в результате неисполнения или несоблюдения правил со стороны пользователей, несмотря на общую обязанность обеспечивать непрерывное предоставление услуг (см. пункты ... и ...). Во многих правовых системах признается, что предприятия, предоставляющие общедоступные услуги, могут устанавливать правила, предусматривающие прекращение предоставления услуг потребителю или пользователю, который не платит за предоставленные услуги или который серьезно нарушил условия, касающиеся пользования услугами, и принимать меры по обеспечению соблюдения этих правил. 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, применительно к осуществлению этих полномочий может предусматриваться 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», пункты 45 и 46).

J. Общие договорные механизмы

107. В настоящем разделе рассматриваются отдельные договорные механизмы, которые, как правило, встречаются в договорах о ПЧП 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

108. Учитывая сложность проектов в области инфраструктуры, для выполнения некоторых видов или основного объема строительных работ по договору о ПЧП

частный партнер, как правило, привлекает услуги одного или нескольких строительных подрядчиков. На эксплуатационном этапе проекта частный партнер может также пожелать прибегнуть к услугам подрядчиков, имеющих опыт работы в области эксплуатации и материально-технического обслуживания инфраструктуры. В законодательстве некоторых стран в целом признается право частного партнера 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 частным партнером такое право. В зависимости от вида объекта, сооружаемого или эксплуатируемого по договору о ПЧП, организация-заказчик может пожелать узнать, кто именно занимается осуществлением договорных работ или предоставлением услуг на строительных площадках или кто работает в зданиях, на объектах инфраструктуры или в районах (например, в зданиях муниципалитета, муниципальных школах, на спортивных объектах, в портах или на автомагистралях), находящихся в введении или под контролем организации-заказчика.

а) Выбор субподрядчиков

109. В некоторых странах право частного партнера нанимать субподрядчиков ограничивается правилами, предписывающими использование торгов или аналогичных процедур для выдачи субподрядов поставщиками общедоступных услуг. Во многих случаях такие законодательные положения устанавливались в тот период, когда эксплуатация объектов инфраструктуры осуществлялась главным образом или исключительно правительством при незначительном участии частного сектора или практически без его участия. Цель этих законодательных положений состояла в том, чтобы обеспечить экономичное, эффективное, объективное и прозрачное использование публичных средств. Однако в случае ПЧП такие положения могут оттолкнуть потенциальных инвесторов, поскольку спонсоры проектов могут счесть эти правила слишком обременительными или ограничивающими их свободу при найме субподрядчиков.

110. Независимо от наличия или отсутствия таких явных ограничений свобода выбора частным партнером своих субподрядчиков все же, тем не менее, не является неограниченной. Во всех случаях, будь то процесс торгов или этап строительства, на основного подрядчика возлагается обязанность раскрывать информацию о субподрядчиках. В некоторых странах частный партнер должен указывать в своем предложении тех подрядчиков, к услугам которых он собирается прибегнуть, включая информацию об их технических возможностях, финансовом положении и корпоративном управлении (см. главу III «Решение заключить договор», пункт ...). Другие страны либо требуют, чтобы такая информация представлялась во время заключения договора о ПЧП, либо распространяют на такие договоры процедуры предварительного рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком. Прозрачность в субподрядной цепочке служит различным целям. Организация-заказчик заинтересована в получении информации о субподрядчиках и заверений относительно выполнения ими всех применимых обязательств в областях природоохранного, социального и трудового права, а также мер регулирования, предписанных учреждениями по проведению трудовых инспекций или по охране окружающей среды. Раскрытие информации о субподрядчиках также позволит организации-заказчику удостовериться, что сами субподрядчики никоим образом не станут причиной отстранения частного партнера от участия в торгах на получение договора о ПЧП. Благодаря этому компании, отстраненные от участия в торгах на получение публичных подрядов (например, в связи с нарушениями законов по борьбе с коррупцией или отмыванием денег, см. главу III «Решение о заключении», пункты ...), не смогут обходить эти нормативные ограничения и незаконно получать выгоду от публичного подряда. Прозрачность в субподрядной цепочке также поможет предотвратить коллизии интересов организации-заказчика и субподрядчиков, например в тех случаях, когда лица или компании, находящиеся в нежелательных непрямых отношениях с агентами организации-заказчика, владеют акциями компании-

субподрядчика или заинтересованы иным образом в операциях этой компании. Возможны также коллизии 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 договоре о ПЧП должны четко указываться цель таких процедур рассмотрения и утверждения и условия, при которых организация-заказчик может не утвердить субподряды. Как правило, объем предоставляемых организации-заказчику полномочий по осуществлению контроля ограничен, а субподряды не утверждаются только в том случае, если в них содержатся положения, явно противоречащие публичным интересам (например, предусматривающие выплату завышенных сумм субподрядчикам, необоснованно ограничивающие ответственность или указывающие на коррупцию) или субподрядчики не соблюдают носящие публично-правовой характер императивные нормы, применяющиеся в принимающей стране в отношении ПЧП (например, международное или национальное природоохранное, социальное и трудовое законодательство). Иными словами, необходимо, чтобы любые ограничения, налагаемые на публичный орган при выборе частного партнера, применялись и к частному партнеру при выборе субподрядчиков.

b) Применимое право

111. Частный партнер 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 оговорок 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 частный партнер, возможно, согласится на применение права принимающей страны в отношении договоров, заключаемых с местными клиентами.

112. Внутреннее специальное законодательство по вопросам ПЧП редко содержит положения, касающиеся выбора права, регулирующего контракты, заключаемые частным партнером. Так, большинство стран не нашли достаточных оснований для принятия специальных положений, касающихся права, регулирующего контракты между частным партнером и его подрядчиками. Таким образом, в большинстве стран эти контракты регулируются правом, применимым к сторонам в соответствии с оговорками о выборе права, включенными в договор, или применимыми нормами частного международного права. Следует, однако, отметить, что применительно к свободе выбирать право, применимое 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 обязались принять 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. Выбор иностранного права в контрактах между частным партнером и его субподрядчиками не должен освобождать их от обязательства соблюдать

императивные нормы страны, регулирующие строительство или эксплуатацию объекта (например, законы и нормативные акты, касающиеся окружающей среды, условий труда, техники безопасности или общественной безопасности).

113. В некоторых случаях во внутреннее законодательство в порядке уточнения включались положения о том, что контракты, заключаемые частным партнером 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

114. Дефекты в конструкции или ненадлежащая эксплуатация объекта инфраструктуры могут привести к гибели или травмам персонала частного партнера, 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 договору о ПЧП и регулирующие вопросы ответственности из договора, а применимым юридическим нормам, регулиующим 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, в частности в тех случаях, когда ПЧП реализуется в сфере общедоступных услуг. Более того, договор о ПЧП не может ограничивать ответственность частного партнера или организации-заказчика применительно к компенсации третьим сторонам, не являющимся сторонами договора о ПЧП. В силу этого организации-заказчику и частному партнеру целесообразно предусмотреть внутренний порядок распределения рисков между ними в отношении компенсации, которая должна выплачиваться третьим сторонам в результате смерти, травмы или ущерба имуществу, в той мере, в которой такое распределение не регулируется императивными нормами. Сторонам также целесообразно предусмотреть страховое покрытие таких рисков (см. пункты 128 и 129).

115. Если третьей стороне нанесена травма или причинен ущерб ее имуществу в результате сооружения или эксплуатации объекта и если она предъявляет требование организации-заказчику, то законодательство может предусматривать, что любая ответственность в этой связи должна лежать только на частном партнере 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 нарушения обязательств организацией-заказчиком 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 исковой силы в отношении третьих сторон, будет, возможно, целесообразно предусмотреть в договоре о ПЧП, что организация-заказчик должна быть защищена и освобождена от ответственности в том, что касается требований о компенсации, заявленных третьими сторонами, которым были нанесены травмы или собственности

которых был причинен ущерб в результате сооружения или эксплуатации объекта инфраструктуры.

116. В договоре о ПЧП 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

117. Обязательства частного партнера обычно подкрепляются предоставлением тех или иных гарантий исполнения на случай нарушения обязательств и обеспечением страхового покрытия ряда рисков, возникающих на этапе строительства (см. пункты ...) и эксплуатации (см. пункты ...). В некоторых странах закон обычно требует предоставления частным партнером надлежащих гарантий исполнения, а вопрос о подробной регламентации этого требования оставляется на урегулирование в договорах о ПЧП. 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

118. 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 частного партнера в случае неисполнения со стороны последнего. Денежные гарантии исполнения могут иметь форму договорной гарантии, резервного аккредитива или гарантии по требованию⁵. 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 договора. В соответствии с обязательством по обеспечению исполнения гарант часто оставляет за собой возможность исполнить свое обязательство только путем выплаты организации-заказчику соответствующей денежной суммы. Обязательства по обеспечению исполнения, как правило, выдаются специализирующимися на гарантиях учреждениями, такими, как гарантийные и страховые компании. Особым видом обязательства по обеспечению 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 частным партнером и за его счет.

119. Что касается их характера, то гарантии исполнения в целом могут быть разделены на независимые гарантии и аксессуарные гарантии. Гарантия считается «независимой», если обязательство гаранта не связано с обязательствами

⁵ Дополнительную информацию о гарантиях по требованию см. Единообразные правила Международной торговой палаты для гарантий по требованию (RUGD 758), пересмотренные в 2010 году и одобренные ЮНСИТРАЛ на ее сорок четвертой сессии: *Генеральная Ассамблея, Официальные отчеты, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (пункты 247–249).

частного партнера по договору о ПЧП. 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 документального требования платежа, но и возможную оценку доказательств ответственности подрядчика за неисполнение контракта на производство работ. Характер этой связи в различных гарантиях может варьироваться и включать необходимость доказывания ответственности подрядчика в арбитражном порядке. По своей сути обязательство по обеспечению исполнения носит акцессорный характер по отношению к основному контракту.

b) Преимущества и недостатки различных видов гарантий исполнения

120. 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 нарушения обязательств частным партнером. Денежные гарантии исполнения могут также служить инструментом оказания давления на частного партнера для обеспечения своевременного завершения строительства и исполнения других взятых им на себя обязательств в соответствии с условиями договора о ПЧП. 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 частного партнера или его подрядчиков.

121. 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. Таким образом, гаранты не участвуют в спорах между организацией-заказчиком и частным партнером по вопросу о том, имело ли место неисполнение по договору о ПЧП. Еще одно преимущество выдачи банком гарантии по первому требованию связано с возможностью быстрого и эффективного возмещения сумм, выплаченных по этой гарантии, благодаря наличию прямого доступа к активам частного партнера.

122. 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 частный партнер обычно вынужден отыскивать и резервировать крупные суммы для контргарантий в пользу учреждений, выдающих гарантии по первому требованию или резервные аккредитивы. Кроме того, частный партнер, 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 частного партнера не было, и стоимость такого страхования включается в расходы по проекту. Частный партнер 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.

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

124. 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 палатой⁶. 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 частным партнером.

125. 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 договору о ПЧП. 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. Вместе с тем, если строительство связано с использованием технологии, известной только частному партнеру, 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 частного партнера, преимущество акцессорных гарантий заключается в том, что они не снижают возможности частного партнера по заимствованию, поскольку эти гарантии, в отличие от гарантий по первому требованию и резервных аккредитивов, не влияют на кредитную линию частного партнера у кредиторов.

126. На основе вышеизложенных соображений можно сделать вывод о том, что различные обязательства, принимаемые на себя частным партнером, могут эффективно обеспечиваться различными видами гарантий. Хотя целесообразно потребовать от частного партнера 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 частным партнером, а не

⁶ Текст Унифицированных правил для договорных гарантий воспроизводится в документе [A/CN.9/459/Add.1](#).

предусматривать в законодательстве только одну форму гарантий, исключив другие. Следует отметить, что проектной компании самой потребуется ряд гарантий исполнения со стороны своих подрядчиков (см. пункты 109 и 110) и что дополнительные гарантии в пользу организации-заказчика, как правило, ведут к увеличению общей стоимости проекта и усложняют его. В некоторых странах для национальных организаций-заказчиков составлены практические руководства, в которых им рекомендуется тщательно рассмотреть вопросы 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.

c) Срок действия гарантий

127. Одна из особых проблем, касающихся ПЧП, 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 задача 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 может 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 скрытые 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 договора о ПЧП, 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 договора о ПЧП», пункты 50–62).

d) Механизмы страхования

128. Механизмы страхования, используемые в связи с ПЧП, 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 частным партнером 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.

129. 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 некоторыми практическими трудностями. В некоторых странах обычно предлагаемое покрытие может оказаться более ограниченным, чем стандартное покрытие, которое может быть приобретено на международном рынке, в связи с чем частный партнер 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

130. ПЧП обычно рассчитаны на длительный срок, в течение которого многие обстоятельства, касающиеся проекта, могут измениться. Последствия многих изменений могут быть заранее урегулированы в договоре о ПЧП либо с помощью финансовых механизмов, таких, как тарифная структура, включающая положение об индексации (см. пункты 43–50), 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 частного партнера). Однако некоторые изменения предусмотреть в механизме автоматической корректировки может оказаться невозможно, либо стороны могут предпочесть исключить возможность автоматической корректировки и предоставить сторонам возможность изменять договор по взаимной договоренности, когда они согласны с тем, что этого требуют обстоятельства. Хотя в целом считается эффективной практикой включать в договор о ПЧП долгосрочные механизмы корректировки, устраняющие необходимость в пересогласовании договора, законодательному органу не рекомендуется пытаться составить перечень всех обстоятельств, при которых необходима автоматическая корректировка договора. Разделы (а) и (б) касаются ситуаций, которые часто приводят к изменению договора, независимо от того, является ли такое изменение результатом действия автоматического механизма (корректировки); или результатом переговоров сторон (поправка); или результатом действия внешнего механизма, такого как урегулирование споров (адаптация). С точки зрения законодательства, особого внимания заслуживают две отдельные категории изменений: законодательные или регулятивные изменения и непредвиденные изменения экономических условий.

а) Законодательные или регулятивные изменения

131. Учитывая долгосрочный характер ПЧП, частный партнер может столкнуться с дополнительными расходами при исполнении своих обязательств по договору о ПЧП в результате будущих непредвиденных изменений в законодательстве, которое регламентирует его деятельность. В экстремальных случаях законодательство может даже сделать невозможным осуществление проекта частным партнером с финансовой или материальной точки зрения. В целях надлежащего решения проблемы изменений в законодательстве может оказаться полезным провести разграничение между законодательными изменениями, конкретно касающимися ПЧП 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.

132. Изменения в законодательстве затрагивают все коммерческие организации, будь то в частном или публичном секторе, и обычно им необходимо 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 публичному 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 частного партнера, и правительству может оказаться сложно обеспечить защиту операторов инфраструктуры от экономических и финансовых последствий изменений в законодательстве, которые в равной мере затрагивают и все другие коммерческие организации. Это особенно верно в тех случаях, когда ПЧП реализуется местным органом, не находящимся под непосредственным контролем центрального правительства, которое сохраняет за собой право регулировать соответствующий сектор. Таким образом, может не иметься оснований *prima facie* для того, чтобы частный партнер не испытывал на себе последствий общих законодательных рисков, включая риск увеличения издержек в результате изменений в законах, относящихся ко всему коммерческому сектору.

133. Если механизмы контроля над тарифами предусмотрены в договоре о ПЧП, то частный партнер 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, то целесообразно наделить организацию-заказчика полномочиями договариваться с частным партнером о компенсации, на которую частный партнер может быть вправе рассчитывать в том случае, если меры контроля над тарифами не позволяют полностью возместить дополнительные издержки, вызванные общими законодательными изменениями. Целесообразно предусмотреть такой экономический и финансовый сценарий в подготовительной документации на этапе планирования (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...) и в договорном документе.

134. Иная ситуация возникает в том случае, когда частный партнер сталкивается с ростом издержек в результате законодательных изменений специального характера, касающихся конкретного проекта, или класса аналогичных проектов, или же в целом ПЧП. Такие изменения нельзя рассматривать как обычный коммерческий риск, и они могут существенно изменить экономические и финансовые предположения, на основе которых был заключен договор о ПЧП. 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 ПЧП. Например, в рамках проектов прокладки автомагистралей закон, касающийся конкретного проекта или дорожно-эксплуатационной компании, или же соответствующего класса проектов автодорог, эксплуатируемых частным сектором, может повлечь за собой корректировку тарифов согласно соответствующим положениям договора о ПЧП. В тех случаях, когда в ПЧП участвуют иностранные инвесторы, частный партнер может также иметь возможность задействовать механизмы урегулирования споров любого применимого международного договора о поощрении и защите инвестиций (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункт ...).

b) Изменения экономических условий

135. В некоторых правовых системах действуют правила, которые допускают возможность изменения положений договора о ПЧП в случае изменения экономических или финансовых условий, которое, хотя и не создает препятствий исполнению обязательств частного партнера по договору, делает их исполнение рискованным с финансовой точки зрения по сравнению с тем, что предусматривалось первоначально в тот момент, когда был заключен договор о ПЧП. В некоторых правовых системах возможность изменения условий соглашения обычно подразумевается во всех правительственных контрактах или конкретно оговаривается в соответствующем законодательстве. В некоторых странах изменение договора может быть также предписано судами. В то же время важно обеспечить, чтобы такие общие правовые теории не привели к возникновению неограниченных обязательств для организаций-заказчиков.

i) Обстоятельства, обуславливающие изменение условий договора

136. Переговоры по финансовым и экономическим условиям для осуществления инвестиций частным партнером 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 экономический и финансовый сценарий, изложенный в тендерной документации организации-заказчика, а также в финансовые предложения, подготовленные участниками процедур торгов (см. главу III «Решение о заключении договора», пункт 68). В то же время могут произойти некоторые события, наступления которых стороны не могли разумно ожидать в момент переговоров по договору о ПЧП и которые, если бы они были учтены, привели бы к иному распределению рисков или установлению иной нормы вознаграждения на инвестиции частного партнера. Учитывая долгосрочный характер проектов в области инфраструктуры, важно разработать механизмы, которые регулировали бы финансовые и экономические последствия таких событий. В ряде стран применяются правила об изменении условий договора, которые помогают сторонам в поиске справедливых решений для сохранения экономической и финансовой жизнеспособности проектов в области инфраструктуры и предотвращают неисполнение со стороны частного партнера, которое привело бы к краху проекта. Однако эти правила могут иметь и ряд недостатков, особенно с точки зрения правительства.

137. 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 частному партнеру компенсацию в связи с изменениями экономических условий может привести к переносу на публичный сектор существенной доли коммерческих рисков, изначально возлагавшихся на частного партнера, 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 частного партнера (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты ...). Чрезмерно льготное применение процедуры пересмотра условий проекта стимулирует 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 изменение договора о ПЧП из-за изменения экономических условий.

138. Может оказаться целесообразным предусмотреть в договоре о ПЧП, что изменение обстоятельств, оправдывающее изменение условий договора о ПЧП, должно быть вне сферы контроля частного партнера и что его характер должен быть таким, чтобы частный партнер не мог разумно его предвидеть в момент заключения договора о ПЧП 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 каким-либо субъектом, не являющимся организацией-заказчиком. Однако, как правило, будет ожидаться, что частный партнер 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 изменения договора о ПЧП.

139. Кроме того, возможно, будет желательно предусмотреть в договоре о ПЧП, что для представления просьбы об изменении договора о ПЧП необходимо, чтобы стоимостное воздействие якобы произошедших изменений экономических и финансовых условий было выражено определенной минимальной процентной долей от общих расходов по проекту, как они определены в тендерной документации (см. главу III «Решение заключить договор», пункты ...), или поступлений частного партнера. Введение такого порога 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 договора о ПЧП. 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 договоре о ПЧП. Однако, с точки зрения частного партнера 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.

ii) Круг приемлемых изменений в договоре

140. Организации-заказчики должны иметь возможность внесения изменений в договор о ПЧП в определенных разумных пределах. Наилучшим решением для сторон было бы включение в договор о ПЧП специальных положений об обзоре или возможности выбора, предусматривающих, например, четкие механизмы корректировки цен или индексации (см. выше, пункты ...) или точно очерчивающих пределы других возможных изменений в договоре в связи с техническими трудностями, возникшими в ходе эксплуатации объектов, например осуществлением любых незапланированных работ по материально-техническому обслуживанию, которые, возможно, потребуются для обеспечения непрерывного предоставления общедоступной услуги (см. ниже, пункты ...).

141. Помимо согласованных в договоре механизмов для внесения изменений, индексации или корректировки организации-заказчики могут также столкнуться с внешними условиями, первоначально не предусмотренными в момент принятия решения о заключении договора о ПЧП. Здесь было бы целесообразно предусмотреть возможность внесения изменений в договор в целях сохранения экономической и практической устойчивости договора о ПЧП в тех случаях, когда исполнение обязательств по действующему договору существенно затрудняется в результате событий или обстоятельств, которые организация-заказчик не могла предвидеть, несмотря на достаточно тщательную подготовку перед выдачей первоначального подряда, с учетом характера и особенностей конкретного

проекта и успешных видов практики в соответствующей области. В то же время следует ограничить права сторон по внесению поправок в договор во избежание ситуаций, когда предполагаемое изменение повлечет за собой радикальное видоизменение характера договора в целом. Такое может произойти, например, если стороны решат предусмотреть другие работы вместо тех, которые должны быть выполнены, или другие услуги взамен тех, которые должны быть предоставлены, или кардинальным образом изменить тип механизма ПЧП (т.е. вместо ПЧП концессионного типа — схема совместного несения рисков, предусматривающая значительные суммы прямых платежей со стороны организации-заказчика).

142. Внесения существенных изменений в договор следует избегать из соображений прозрачности, добросовестности и экономии при принятии решений о заключении договоров о ПЧП и регулировании их исполнения. Так, по крайней мере теоретически, процедура принятия решения о заключении договора могла бы завершиться иначе, если бы измененные условия были известны или предполагались еще на этапе торгов: тогда, возможно, другой участник торгов мог бы представить более выгодное предложение, которое оказалось бы в целом более предпочтительным для организации-заказчика с точки зрения соотношения цены и качества, нежели фактически выбранное предложение. В принципе, в законодательстве следует установить требование о проведении новой процедуры для принятия решения о заключении договора в случае существенных изменений в первоначальный договор, в особенности в части, касающейся сферы охвата и содержания прав и обязанностей сторон или изменений изначально предусмотренной схемы распределения рисков.

143. Тем не менее необходимо сохранить возможность внесения в договор о ПЧП изменений, приводящих лишь к незначительному увеличению стоимости договора в определенных пределах, без необходимости проведения новой процедуры для принятия решения о заключении договора. В этой связи и в целях обеспечения правовой определенности в законодательстве могут предусматриваться максимальные пороговые значения, при превышении которых внесение изменений в договор о ПЧП возможно лишь в исключительных и четко определенных случаях. Для определения порогового значения, при превышении которого потребуется заключение нового договора, в законодательстве можно указать текущую стоимость договора о ПЧП, как она определена в тендерной документации (см. главу III «Решение заключить договор», пункты ...). Примером исключительного случая, ведущего к изменению договора, может быть необходимость удовлетворения просьб организации-заказчика в отношении соблюдения требований об охране окружающей среды, обеспечении безопасности или других требований, предусмотренных в законодательстве, которое может меняться с течением времени. Другим примером может быть необходимость рефинансирования договора о ПЧП. Такая ситуация не является необычной для крупных проектов ПЧП, и правительство, возможно, пожелает оказать содействие в создании финансовых механизмов, позволяющих продолжить осуществление проектов ПЧП.

144. В целях предотвращения установленного порогового значения в законодательстве можно также предусмотреть, что в случае последовательных изменений оценка стоимости должна производиться на основе чистой совокупной стоимости последовательных изменений. Такое совокупное исчисление можно применять только к определенному сроку, а не ко всему сроку действия договора о ПЧП.

5. Препятствия, освобождающие от ответственности

145. 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. Данное понятие, иногда именуемое «форс-мажором», существует уже долгое время, имеет четкое определение и влечет за собой серьезные последствия для сторон договора о ПЧП.

а) Определение препятствий, освобождающих от ответственности

146. Для препятствий, освобождающих от ответственности, характерны два аспекта: к числу таких препятствий, как правило, относятся не поддающиеся контролю любой из сторон события, 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 беспорядки; 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.

147. 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 договору о ПЧП. 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 частного партнера распределение рисков является более благоприятным, чем то, которое предусмотрено в других договорах о ПЧП. Однако важно рассмотреть возможные недостатки включения в законодательные или регулятивные 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 и 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 соответствующем регионе, должен заранее предвидеть.

148. 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 частного партнера может потребоваться получить лицензию или иное официальное разрешение на исполнение некоторых из его обязательств. Таким образом, договор о ПЧП может предусматривать, что если в выдаче лицензии или разрешения будет отказано или если они будут выданы, но потом отозваны из-за того, что частный партнер не отвечает определенным критериям для выдачи лицензии или разрешения, то частный партнер не может ссылаться на отказ в качестве препятствия, освобождающего от ответственности. Вместе с тем если в выдаче лицензии или разрешения будет отказано или же если они будут отозваны по посторонним или необоснованным причинам, то будет справедливо предусмотреть, что частный партнер может ссылаться на отказ в качестве препятствия, освобождающего от ответственности. Другим возможным основанием для освобождения может служить приостановление проекта, произведенное каким-либо публичным органом или 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 договора о ПЧП организацией-заказчиком в зависимости от того, могла ли организация-заказчик осуществлять разумный контроль за действиями другого публичного органа или оказать на них влияние.

b) Последствия для сторон

149. 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 договора о ПЧП. Задержки в завершении строительства объекта сокращают продолжительность эксплуатационного периода и могут негативно сказаться на общей смете поступлений частного партнера и кредиторов. Поэтому может оказаться целесообразным рассмотреть вопрос о том, при каких обстоятельствах продление срока договора о ПЧП 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 договор о ПЧП (см. также главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункт 34).

150. Другой важный вопрос состоит в том, будет ли частный партнер 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 договоре о ПЧП. За исключением случаев, когда правительство оказывает прямую поддержку в той или иной форме, ПЧП, как правило, осуществляется частным партнером на свой страх и риск, включая риск убытков, которые могут являться следствием стихийных бедствий и других препятствий, освобождающих от ответственности, и в отношении которых частному партнеру обычно требуется приобрести надлежащее страховое покрытие. Таким образом, некоторые законы прямо исключают любую форму компенсации частному партнеру в случае убытков или ущерба, являющихся следствием возникновения препятствий, освобождающих от ответственности. Однако это не обязательно подразумевает, что те или иные события, квалифицируемые как препятствия, освобождающие от ответственности, не могут в то же время служить основанием для пересмотра условий договора о ПЧП в целях восстановления его экономической и финансовой сбалансированности (см. также пункты 135–144).

151. 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 частному партнеру помощи в ремонте или реконструкции объектов инфраструктуры, пострадавших в результате стихийных бедствий или аналогичных событий, указанных в договоре о ПЧП, при условии, что возможность такой помощи предусматривалась в запросе предложений. Иногда организация-заказчик вправе согласиться выплатить компенсацию частному партнеру 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 частного партнера.

152. Если частный партнер оказывается не в состоянии исполнять свои обязательства из-за любого такого препятствия и если сторонам не удастся добиться

приемлемого пересмотра условий договора, согласно некоторым национальным законам частному партнеру предоставляется право прекратить договор о ПЧП без ущерба для той компенсации, которая может причитаться при таких обстоятельствах (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункт 34).

153. 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 95 и 96). В этих случаях целесообразно определить, в какой степени такое обязательство может, исходя из разумных соображений, накладываться на частного партнера и какая компенсация может причитаться за дополнительные издержки и трудности, с которыми он сталкивается.

154. Помимо перечисленных ниже механизмов, некоторые риски (в частности, риски вооруженных конфликтов и гражданских беспорядков) могут частично покрываться за счет международных финансовых учреждений, например Всемирного банка и Многостороннего агентства по инвестиционным гарантиям (МИГА), если соответствующая страна имеет право на получение гарантий МИГА и если соблюдены определенные условия (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты ...).

6. Нарушение обязательств и средства правовой защиты

155. В целом, существует широкий набор средств правовой защиты — вплоть до прекращения договора о ПЧП, — которые, по согласованию сторон, могут применяться для урегулирования последствий нарушения обязательств. В нижеследующих пунктах рассматриваются общие соображения, касающиеся случаев нарушения обязательств и средств правовой защиты, имеющихся у любой из сторон (см. пункты 156 и 157). В них рассматриваются законодательные последствия применения некоторых средств правовой защиты, которые направлены на устранение причин нарушения и обеспечение непрерывного осуществления проекта, в частности мер вмешательства организации-заказчика (см. пункты 158–161) или замены частного партнера (см. пункты 162–165). Конечно средство правовой защиты в виде прекращения договора о ПЧП и последствия такого прекращения рассматриваются в других разделах *Руководства* (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», разделы D и E).

а) Общие соображения

156. К средствам правовой защиты в случае нарушения обязательств частным партнером, как правило, относятся те, которые обычно используются в контрактах на строительство или долгосрочное оказание услуг, такие, как удержание гарантий, договорные штрафы и заранее оцененные убытки⁷. 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 возможностей для исправления таких случаев. В некоторых странах для наложения договорных штрафов требуется заключение официальной инспекции и осуществление других процедур, включая проведение старшими должностными лицами

⁷ 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».

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. Хотя предварительное уведомление может быть не всегда практически осуществимым, особенно в чрезвычайных обстоятельствах, организация-заказчик, как правило, должна уведомлять частного партнера, требуя от него устранения нарушения в течение разумного срока. Кроме того, возможно, целесообразно предусмотреть выплату частным партнером 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 или заранее оцененные убытки, может дополняться системой премий, выплачиваемых частному партнеру за результаты работы, превышающие согласованные условия.

157. В то время как организация-заказчик может защитить себя от последствий нарушения обязательств частным партнером при помощи ряда различных договоренностей, соблюдение которых обеспечивается в судебном порядке, на средства правовой защиты, имеющиеся у частного партнера, в соответствии с применимым законодательством могут накладываться некоторые ограничения. Важные ограничения могут вытекать из национальных или международных правил, 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 частным партнером, последний может быть лишен возможности принятия принудительных мер для обеспечения исполнения обязательств, взятых на себя этими публичными учреждениями (см. главу VI «Урегулирование споров», пункты 33–35). В этой ситуации важно обеспечить механизмы для защиты частного партнера от последствий нарушения обязательств организацией-заказчиком, например, при помощи правительственных гарантий, охватывающих конкретные случаи нарушений, или гарантий, предоставляемых третьими сторонами, такими, как многосторонние кредитные учреждения (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 61–71).

b) Права организации-заказчика на вмешательство

158. В законодательстве некоторых стран прямо предусматривается, что организация-заказчик имеет право временно брать на себя функции по эксплуатации объекта, обычно в случае неисполнения частным партнером 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 является неотъемлемой частью большинства правительственных контрактов и считается существующей, даже если о ней прямо не упоминается в законодательстве или договоре о ПЧП.

159. 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 частного партнера. 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 частному партнеру не удалось решить самостоятельно. После того, как чрезвычайная ситуация будет исправлена, частный партнер должен вновь взять на себя ответственность за оказание услуг.

160. Возможности вмешательства со стороны организации-заказчика могут быть ограничены, поскольку иногда бывает сложно быстро найти и выбрать субподрядчика для принятия мер, ради которых организация-заказчик и намеревается вмешаться в работу частного партнера. Помимо этого, существует опасность того, что частые вмешательства могут переложить на организацию-заказчика те риски, которые, согласно условиям договора о ПЧП, были возложены на частного партнера. Частный партнер не должен полагаться на вмешательство организации-заказчика для устранения того или иного конкретного риска, а сам должен принимать необходимые меры, как это предусмотрено в договоре о ПЧП.

161. В договоре о ПЧП целесообразно указать, какая из сторон несет расходы в связи с вмешательством организации-заказчика. В большинстве случаев, если вмешательство обусловлено неисполнением по вине частного партнера, то ответственность за расходы, понесенные организацией-заказчиком, должен нести частный партнер. 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 частного партнера. Однако если такое вмешательство происходит после возникновения препятствий, освобождающих от ответственности (см. пункты 131–139), то стороны могут договориться об ином решении в зависимости от того, на кого был возложен конкретный риск в договоре о ПЧП.

с) Права кредиторов на вмешательство

162. В ходе осуществления проекта могут возникнуть ситуации, когда в случае нарушения обязательств частным партнером или возникновения чрезвычайного события вне сферы контроля частного партнера стороны, тем не менее, будут заинтересованы в том, чтобы избежать прекращения проекта путем передачи ответственности за продолжение осуществления проекта другому частному партнеру. Кредиторы, главным обеспечением которых являются поступления, получаемые от реализации проекта, в первую очередь обеспокоены риском приостановления или прекращения проекта до погашения кредитов. В случае возникновения препятствия по причине нарушения обязательств частным партнером кредиторы будут заинтересованы в обеспечении того, чтобы работы не остались незавершенными и чтобы договор о ПЧП по-прежнему приносил прибыль. Организация-заказчик также может быть заинтересована в том, чтобы проект мог быть продолжен новым частным партнером, в качестве альтернативы необходимости принять на себя ответственность за реализацию проекта и самостоятельно продолжить его осуществление.

163. Положения, которые позволяют кредиторам с согласия организации-заказчика выбрать нового частного партнера для исполнения обязательств по действующему договору о ПЧП, были включены в ряд недавних соглашений, касающихся крупных проектов в области инфраструктуры. Такие положения, как правило, дополняются прямым соглашением между организацией-заказчиком и кредиторами, которые предоставляют финансовые средства частному партнеру. Главная цель такого прямого соглашения состоит в том, чтобы дать кредиторам возможность избежать прекращения проекта организацией-заказчиком в случае нарушения обязательств частным партнером путем его замены новым частным партнером, который будет продолжать исполнять обязательства по договору о ПЧП вместо частного партнера, 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 частным партнером 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 выбрать альтернативного частного партнера обеспечивает кредиторам дополнительные гарантии на случай нарушения обязательств частным партнером. В то же время это предоставляет организации-заказчику возможность избежать трудностей, связанных с прекращением договора о ПЧП, и тем самым обеспечить непрерывность предоставления услуг.

164. Однако в некоторых странах, в которых такие положения не предусмотрены в законодательном порядке, их применение может быть сопряжено с трудностями. Неспособность частного партнера исполнять свои обязательства обычно служит основанием для передачи эксплуатации объекта организации-заказчику или прекращения соглашения (см. главу V «Срок действия, продление и прекращение договора о ПЧП», пункты 15–23). Для выбора нового частного партнера вместо частного партнера, допустившего нарушение, организации-заказчику иногда необходимо использовать те же процедуры, которые применялись при выборе первоначального частного партнера, и у организации-заказчика может не иметься возможности договориться с кредиторами о привлечении нового частного партнера, 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 частным партнером, может потребоваться заключение с ним нового договора о ПЧП и его возможности по принятию на себя обязательств его предшественника могут быть ограниченными.

165. 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 частного партнера для исполнения обязательств по действующему договору о ПЧП, если частный партнер допускает серьезные нарушения при предоставлении услуг, предусмотренных в договоре о ПЧП, или в случае других оговоренных событий, которые могут являться основанием для прекращения договора о ПЧП. В соглашении между организацией-заказчиком и кредиторами следует, в частности, указывать следующее: обстоятельства, при которых кредиторам разрешается назначать нового частного партнера; процедуры замены частного партнера; 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 договору о ПЧП.

III. Содержание и исполнение договора о ПЧП

Типовое положение 33. Содержание и исполнение договора о ПЧП

В договоре о ПЧП регулируются такие вопросы, которые стороны считают уместными³⁷, например, следующие:

a) характер и объем работ, которые должны быть выполнены, а также услуг, которые должны быть предоставлены частным партнером (см. пункт 1 главы IV);

b) условия предоставления таких услуг и степень исключительности прав частного партнера, если таковая предусматривается, согласно договору о ПЧП;

c) помощь, которую организация-заказчик обязалась предоставить частному партнеру в связи с получением лицензий и разрешений в той мере, в которой это необходимо для осуществления проекта в области инфраструктуры;

d) любые требования, касающиеся образования и минимального капитала юридического лица, зарегистрированного в соответствии с типовым положением 35 (см. типовое положение 30);

e) собственность на активы, связанные с проектом, и обязательства сторон, если это уместно, в связи с приобретением строительной площадки и любыми необходимыми сервитутами в соответствии с типовыми положениями 36–39 (см. типовые положения 36–39);

f) если вознаграждение частного партнера состоит из операционных поступлений, таких как тарифы и сборы за использование объекта или предоставление услуг: сумма и способ оплаты, разбивка платежа, условия их изменения и любые публичные субсидии, в применимых случаях;

g) если вознаграждение частного партнера состоит из платежей, произведенных организацией-заказчиком: общая стоимость услуг, оказанных публичному органу, и ее разбивка; методы и формулы расчета или корректировка таких платежей; порядок платежей, в частности условия, когда суммарные суммы, подлежащие ежегодной оплате организацией-заказчиком частному партнеру, зачитываются в счет любых сумм, которые частный партнер может быть обязан уплатить в связи со штрафами, штрафными санкциями или неустойками по договору, если таковые имеются;

h) процедуры для рассмотрения и утверждения организацией-заказчиком проектно-конструкторской документации, строительных планов и спецификаций, а также процедуры для испытаний и итоговой инспекции, одобрения и принятия объекта инфраструктуры;

i) объем обязательств частного партнера по обеспечению, если это уместно, приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения фактического спроса на нее, непрерывности ее предоставления и ее предоставления всем пользователям на практически одних и тех же условиях (см. типовое положение 43);

j) право организации-заказчика или другого публичного органа на контроль за работами, которые должны быть выполнены, и услугами, которые должны быть предоставлены частным партнером, а также условия и степень, в которой организация-заказчик или регулирующее учреждение может

³⁷ Принимающие государства, возможно, пожелают отметить, что включение в договор о ПЧП положений, касающихся некоторых вопросов, которые перечислены в данном типовом положении, является обязательным в силу других типовых положений.

потребовать внести изменения в том, что касается работ и условий предоставления услуг, или принятия таких других разумных мер, которые, по их мнению, являются уместными для обеспечения надлежащей эксплуатации объекта инфраструктуры и предоставления услуг в соответствии с применимыми юридическими и договорными требованиями;

k) объем обязательства частного партнера предоставлять организации-заказчику или регулирующему учреждению, если это уместно, отчеты и другую информацию о своих операциях;

l) механизмы решения вопросов о дополнительных затратах и других последствиях, которые может повлечь за собой любое распоряжение, сделанное организацией-заказчиком или другим публичным органом в связи с подпунктами (i) и (j) выше, включая любую компенсацию, на которую может иметь право частный партнер;

m) любые права организации-заказчика рассматривать и утверждать основные контракты, которые должны быть заключены частным партнером, в частности контракты с лицами, являющимися акционерами компании-частного партнера, или другими связанными с ней лицами;

n) гарантии исполнения, которые должны быть предоставлены, и страховые полисы, которые должны быть приобретены частным партнером в связи с осуществлением проекта в области инфраструктуры;

o) средства правовой защиты, имеющиеся в случае неисполнения обязательств любой из сторон;

p) объем возможного освобождения любой из сторон от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения любого обязательства, предусмотренного в договоре о ПЧП, в результате обстоятельств, находящихся вне сферы ее разумного контроля;

q) срок действия договора о ПЧП и права и обязательства сторон по его истечении или прекращении;

r) способ расчета компенсации согласно типовому положению 53;

s) применимое право и механизмы урегулирования споров, которые могут возникнуть между организацией-заказчиком и частным партнером (см. типовые положения 34 и 54);

t) права и обязательства сторон в отношении конфиденциальной информации (см. типовое положение 29).

Типовое положение 34. Применимое право

Договор о ПЧП регулируется законодательством [*принимającego Типовые положения государства*], если иное не предусмотрено в договоре о ПЧП³⁸.

³⁸ Вопрос о том, могут ли стороны договора о ПЧП избрать в качестве права, регулирующего этот договор, законодательство другого государства, чем принимающая страна, решается в различных правовых системах по-разному. Кроме того, как об этом говорится в *Руководстве для законодательных органов* (см. главу IV «Реализация ПЧП: законодательные рамки и договор о ПЧП», пункты 5–8), в некоторых странах договоры о ПЧП могут подпадать под действие административного права, в то время как в других государствах они могут регулироваться нормами частного права (см. также главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», пункты 24–27). Применимое право может также включать юридические нормы, относящиеся к другим областям правового регулирования и применимые к различным вопросам, которые возникают в ходе осуществления проектов в области инфраструктуры (см. главу VII «Другие области права, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам», раздел В).

Типовое положение 35. Корпоративная структура частного партнера

Организация-заказчик может потребовать, чтобы победивший участник тендерных процедур учредил юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством [*принимающего государства*], при условии, что заявление об этом было включено в документацию для предварительного отбора или в запрос предложений, если это уместно. В договоре о ПЧП в соответствии с условиями запроса предложений оговариваются любые требования в отношении срока создания такого юридического лица, его минимального капитала и процедуры для получения согласия организации-заказчика с его уставными документами, а также с внесением существенных изменений в эти документы.

Типовое положение 36. Собственность на активы³⁹

В договоре о ПЧП оговаривается, если это уместно, какие активы находятся или будут находиться в публичной собственности и какие активы находятся или будут находиться в частной собственности частного партнера. В договоре о ПЧП указывается, в частности, какие активы относятся к следующим категориям:

- a) активы, если таковые имеются, которые частный партнер должен возвратить или передать организации-заказчику или другому указанному организацией-заказчиком субъекту в соответствии с условиями договора о ПЧП;
- b) активы, если таковые имеются, которые организация-заказчик, по своему выбору, может выкупить у частного партнера; и
- c) активы, если таковые имеются, которые частный партнер может сохранить или реализовать по истечении или прекращении договора о ПЧП.

Типовое положение 37. Приобретение прав, связанных со строительной площадкой

1. Организация-заказчик или другой публичный орган в соответствии с законодательством и условиями договора о ПЧП предоставляет в распоряжение частного партнера такие связанные со строительной площадкой права, включая право собственности, какие могут быть необходимы для

³⁹ Участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктуры может принимать различные формы (см. «Введение и справочная информация по ПЧП», пункты 47–53). Эти общие программные решения обычно определяют подход к законодательному регулированию вопросов собственности на связанные с проектами активы. Независимо от общей или секторальной политики, проводимой принимающей страной, режим собственности на различные активы, связанные с проектом, должен быть четко определен и основываться на достаточных законодательных полномочиях. В этих вопросах необходима ясность, поскольку предусматриваемые решения будут непосредственно затрагивать способность частного партнера создать обеспечительные интересы в проектных активах для целей мобилизации финансирования проекта. С учетом гибких подходов, используемых в различных правовых системах, в данном типовом положении не предусматривается безоговорочной передачи всех активов организации-заказчику, а допускается возможность проведения различия между активами, которые должны быть переданы организации-заказчику, активами, которые могут быть выкуплены организацией-заказчиком по ее выбору, и активами, которые остаются в частной собственности частного партнера по истечении или прекращении договора о ПЧП или в какой-либо другой момент.

осуществления проекта, или, если это уместно, оказывает частному партнеру помощь в их приобретении.

2. Любое приобретение в принудительном порядке земельного участка, который может потребоваться для осуществления проекта, проводится в соответствии с ... [*принимающее Типовые положения государство указывает положения своего законодательства, регулирующие вопросы приобретения частной собственности публичными органами в принудительном порядке в публичных интересах*⁴⁰].

Типовое положение 38. Сервитуты⁴¹

Вариант А

1. Организация-заказчик или другой публичный орган в соответствии с законодательством и условиями договора о ПЧП предоставляет в распоряжение частного партнера право вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, как это уместно и требуется для целей осуществления проекта, или, если это уместно, оказывает частному партнеру помощь в пользовании этим правом в соответствии с ... [*принимающее Типовые положения государство указывает положения своего законодательства, регулирующие сервитуты и другие аналогичные права, которыми пользуются компании-поставщики общедоступных услуг и операторы инфраструктуры в соответствии с ее законами*].

Вариант В

1. Частный партнер имеет право вступать на территорию, находящуюся в собственности третьих сторон, осуществлять транзитные перевозки по этой территории и производить на ней работы или устанавливать сооружения, как это уместно и требуется для целей осуществления проекта, в соответствии с ... [*принимающее Типовые положения государство указывает положения своего законодательства, регулирующие сервитуты и другие аналогичные права, которыми пользуются компании-поставщики общедоступных услуг и операторы инфраструктуры в соответствии с ее законами*].

2. Любой сервитут, который может потребоваться для осуществления проекта, создается в соответствии с ... [*принимающее Типовые положения государство указывает положения своего законодательства, регулирующие создание сервитутов в публичных интересах*].

⁴⁰ Если принимающее закон государство не имеет такого законодательства, то это следует предусмотреть в специальном законе о ПЧП.

⁴¹ Право на транзитный проезд по прилегающей территории, принадлежащей третьим сторонам, или через такую территорию для связанных с проектом целей или на выполнение работ на такой территории может быть приобретено самим частным партнером или может быть приобретено публичным органом в принудительном порядке одновременно с приобретением строительной площадки. Несколько иной альтернативный подход, который отражен в варианте В, может заключаться в том, что в самом законодательстве будет предусматриваться право поставщиков общедоступных услуг на доступ к участкам, находящимся в собственности третьих сторон, проезд по таким участкам и проведение на них работ или установку сооружений, как это необходимо для сооружения, эксплуатации и материально-технического обслуживания объектов публичной инфраструктуры.

Типовое положение 39. Финансовые механизмы

1. В случае, если частный партнер эксплуатирует объект, используемый населением, или предоставляет услугу населению в соответствии с договором о ПЧП, он имеет право устанавливать, получать или взимать тарифы или сборы за использование объекта или предоставляемые им услуги в соответствии с договором о ПЧП. В договоре о ПЧП предусматриваются методы и формулы для расчета и корректировки таких тарифов или сборов [*в соответствии с правилами, установленными компетентным регулирующим учреждением*]⁴².
2. Организация-заказчик имеет полномочия соглашаться на осуществление прямых платежей частному партнеру в качестве замены тарифов или сборов за использование объекта или предоставляемые им услуги или в дополнение к таким тарифам или сборам в соответствии с предыдущим пунктом.
3. В случае если частный партнер эксплуатирует объект, используемый населением, или предоставляет услугу организации-заказчику или другому публичному органу в соответствии с договором о ПЧП, он имеет право получать арендную плату, сборы за использование или другие платежи, предусмотренные договором за фактическое использование объекта или предоставленные услуги или за их наличие в соответствии с договором о ПЧП. В договоре о ПЧП предусматриваются методы и формулы для расчета и корректировки таких платежей.

Типовое положение 40. Обеспечительные интересы

1. С учетом любых ограничений, которые могут содержаться в договоре о ПЧП⁴³, частный партнер имеет право создавать обеспечительные интересы в любых своих активах, правах или интересах, включая те из них, которые связаны с проектом в области инфраструктуры, как это требуется для обеспечения любого финансирования, необходимого для проекта, включая, в частности, следующее:
 - a) обеспечение в движимом или недвижимом имуществе, принадлежащем частному партнеру, или в его интересах в проектных активах;
 - b) залог поступлений и дебиторской задолженности, причитающейся частному партнеру в связи с использованием объекта или предоставляемыми им услугами.
2. Акционеры компании-частного партнера имеют право на залог или создание любого другого обеспечительного интереса в своих акциях компании-частного партнера.

⁴² Плата, ставки вознаграждения, цены или другие сборы, которые причитаются частному партнеру и которые в *Руководстве для законодательных органов* называются «тарифами», могут быть основным (а иногда и единственным) источником поступлений для возврата инвестиций, произведенных в проект, в отсутствие субсидий или платежей со стороны организации-заказчика или других публичных органов (см. главу II «Планирование и подготовка проектов», пункты 30–60). Плата за предоставление общедоступных услуг, как правило, является элементом политики правительства в отношении инфраструктуры и непосредственно затрагивает широкие слои населения. Таким образом, во многих странах рамки регулирования предоставления общедоступных услуг включают специальные нормы, касающиеся контроля над тарифами. Кроме того, законодательные положения или общие нормы права в некоторых правовых системах устанавливают параметры ценообразования в отношении товаров или услуг и требуют, например, чтобы сборы отвечали определенным стандартам «разумности», «честности» или «справедливости».

⁴³ Эти ограничения могут, в частности, затрагивать принудительную защиту прав или интересов, связанных с активами проекта в области инфраструктуры.

3. Никакое обеспечение согласно пункту 1 не может быть создано в публичной собственности или другом имуществе, активах или правах, необходимых для предоставления общедоступной услуги, в тех случаях, когда создание такого обеспечения запрещается законом [*принимającego Типовые положения государства*].

Типовое положение 41. Уступка договора о ПЧП

Если иное не предусмотрено в типовом положении 40, права и обязательства частного партнера согласно договору о ПЧП не могут быть уступлены третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В договоре о ПЧП оговариваются условия, при которых организация-заказчик дает свое согласие на уступку прав и обязательств частного партнера согласно договору о ПЧП, включая вопросы принятия на себя новым частным партнером всех обязательств по этому договору и представления доказательств наличия у нового частного партнера технических и финансовых возможностей, необходимых для предоставления соответствующей услуги.

Типовое положение 42. Передача контрольного пакета акций⁴⁴ компании-частного партнера

Если иное не предусмотрено в договоре о ПЧП, контрольный пакет акций частного партнера или пакет акций акционера, участие которого считается необходимым для успешного осуществления и эксплуатации проекта, не может быть передан третьим сторонам без согласия организации-заказчика. В договоре о ПЧП оговариваются условия, при которых организация-заказчик может дать свое согласие.

Типовое положение 43. Эксплуатация инфраструктуры

1. В договоре о ПЧП устанавливается, если это уместно, объем обязательств частного партнера по обеспечению:

- a) приспособления параметров предоставления услуги для удовлетворения спроса на нее;
- b) непрерывность предоставления услуги;
- c) предоставления 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 частным партнером.

⁴⁴ Понятие «контрольный пакет» обычно подразумевает полномочия назначать администрацию корпорации и оказывать влияние на ее коммерческие операции или определять такие операции. В различных правовых системах или даже в различных сводах правовых положений в рамках одной и той же правовой системы могут применяться разные критерии, начиная от формальных критериев признания контрольным пакетом наличия такой ситуации, когда в собственности какого-либо лица находится определенное количество акций (обычно более 50 процентов), рассчитанное исходя из общей совокупности голосов, принадлежащих всем классам акций какой-либо корпорации, и до более сложных критериев, учитывающих фактическую управленческую структуру корпорации. Принимающим Типовые положения государствам, в которых отсутствует законодательное определение понятия «контрольного пакета», возможно, потребуются определить этот термин в правилах, принимаемых во исполнение данного типового положения.

2. Частный партнер имеет право вводить, по согласованию с организацией-заказчиком или регулирующим учреждением, правила, регламентирующие использование объекта, и обеспечивать их соблюдение.

Типовое положение 44. Компенсация в связи с конкретными изменениями в законодательстве

В договоре о ПЧП устанавливается объем, в котором частный партнер имеет право на компенсацию в случае, если затраты на исполнение частным партнером договора о ПЧП существенно возросли или стоимость, которую частный партнер получает от такого исполнения, существенно сократилась по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью, связанными с исполнением, в результате изменений в законодательстве или регулировании, непосредственно затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги.

Типовое положение 45. Изменение договора о ПЧП

1. Без ущерба для типового положения 44 в договоре о ПЧП далее устанавливается объем, в котором частный партнер имеет право ходатайствовать об изменении договора о ПЧП, если затраты на исполнение частным партнером договора о ПЧП существенно возросли или стоимость, которую частный партнер получает от такого исполнения, существенно сократилась по сравнению с первоначально предусматривавшимися затратами и стоимостью, связанными с исполнением, в результате:

- a) изменений в экономических или финансовых условиях; или
- b) изменений в законодательстве или регулировании, непосредственно не затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги;

при условии, что экономические, финансовые, законодательные или нормативные изменения:

- происходят после заключения договора;
- происходят вне сферы контроля частного партнера; и
- носят такой характер, что частный партнер не мог их разумно предвидеть в момент заключения договора о ПЧП, или избежать, или преодолеть их последствия.

2. С учетом положений пункта 5 организация-заказчик и частный партнер могут договориться о расширении сферы охвата договора о ПЧП, включив в нее выполнение частным партнером дополнительных работ или услуг, не указанных в первоначальном договоре, но ставших необходимыми, для обеспечения которых выбор другого частного партнера не будет отвечать публичным интересам:

- i) в силу экономических или технических причин, таких как требования о взаимозаменяемости или совместимости с уже существующим оборудованием, услугами или сооружениями, закупленными в соответствии с первоначальным договором; и
- ii) в силу того, что выбор другого частного партнера может создать значительные неудобства для организации-заказчика или привести к существенному дублированию ее затрат.

3. В договоре о ПЧП устанавливаются процедуры для изменения условий договора о ПЧП в соответствии с пунктами 1 и 2.

4. Организации-заказчику требуется утверждение [*принимаящее Типовые положения государство указывает публичный орган или учреждение*] для внесения в договор о ПЧП любых поправок:

а) превышающих [*принимаящее Типовые положения государство указывает определенный процент*] от стоимости первоначального договора; или

б) предусматривающих выполнение частным партнером дополнительных работ или предоставление им дополнительных услуг, не указанных в первоначальном договоре, в соответствии с пунктом 2.

5. Организация-заказчик не может принять какие-либо поправки или изменения в договоре о ПЧП, которые существенно изменяют его суть, по сравнению с первоначально заключенным договором. Изменение считается существенным в тех случаях, когда соблюдены одно или несколько следующих условий:

а) общая стоимость вознаграждения частному партнеру в результате изменения превышает [*принимаящее закон государство указывает процентную долю*] от совокупной суммы текущей стоимости предлагаемых видов вознаграждения, сборов, удельных цен и иных сборов в течение срока действия договора и текущей стоимости предлагаемых платежей организацией-заказчиком, если таковые предусмотрены, которые рассматриваются организацией-заказчиком для оценки предложений в соответствии с подпунктами 2(а) и 2(б) Типового положения 19. В случае внесения нескольких последовательных изменений стоимость оценивается на основе чистой совокупной стоимости этих последовательных изменений [*принимаящее закон государство указывает желаемый срок*];

б) изменение вводит условия, которые — если они были бы частью первоначальной процедуры принятия решения о заключении договора — разрешили бы принять участие в процедурах другим участникам тендерных процедур, иным чем те, которые первоначально были отобраны, или принять другое предложение, чем то, которое первоначально было принято, или привлечь дополнительных участников к процедуре принятия решения о заключении договора;

с) изменение значительно расширяет сферу действия договора;

д) на смену частному партнеру, в отношении которого организация-заказчик изначально приняла решение о заключении договора, приходит новый частный партнер, за исключением случаев, предусмотренных типовым положением 47.

Типовое положение 46. Переход проекта в области инфраструктуры в ведение организации-заказчика

В обстоятельствах, указанных в договоре о ПЧП, организация-заказчик имеет право временно взять на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и бесперебойного предоставления услуг в случае серьезного неисполнения частным партнером его обязательств и его неспособности исправить нарушения в течение разумного срока после получения соответствующего указания от организации-заказчика.

Типовое положение 47. Замещение частного партнера

Организация-заказчик может согласовать с субъектами, предоставляющими финансирование на цели проекта в области инфраструктуры, и частным партнером процедуры замены частного партнера новым субъектом или лицом, назначенным для исполнения действующего договора о ПЧП, в случае серьезного нарушения со стороны частного партнера или других событий, которые могут представлять собой иные основания для прекращения договора о ПЧП, или возникновения иных аналогичных обстоятельств⁴⁵.

⁴⁵ Замена частного партнера другим субъектом, предложенным кредиторами и приемлемым для организации-заказчика в соответствии с согласованными ими условиями, преследует цель предоставить сторонам возможность избежать разрушительных последствий прекращения договора о ПЧП (см. главу IV «Реализация ПЧП: законодательные рамки и договор о ПЧП», пункты 147–150). Стороны могут пожелать обратиться в первую очередь к другим практическим мерам, возможно в последовательном порядке, например к временному принятию на себя функций по осуществлению проекта кредиторами или назначенным ими временным управляющим или к взысканию обеспечения кредиторов в акциях компании-частного партнера путем продажи этих акций третьей стороне, приемлемой для организации-заказчика.