

PPP模式法律文本体系和核心条款

2015-02-17 PPP资讯



一、PPP模式的法律文本体系及公、私权益协调

PPP模式的法律文本体系主要由三个方面组成，一是基础交易合同体系，侧重于解决商务层面事宜，二是融资合同体系，侧重于安排资金、资本层面事宜，三是协调机制，侧重于相关重要事项中的权益配置及程序性事宜。事实上商务和融资合同文本中亦会涉及权益配置和程序性条款。但考虑到合同双方在文本中约定第三方义务在法理上是被禁止的，同时公共部门对于基础交易合同和融资合同体系的参与又十分有限，因此这里的协调机制主要是指以特许权协议为核心，涉及公、私间利益协调及公共产品提供的专门性机制设计。

（一）基础交易合同体系

基础交易合同体系按照项目商务架构，可以划分为如下几个子体系。其一，项目建设相关合同。PPP项目前期，通常由公共部门充任的项目发起人，会联合私人部门合作方，对项目发起和组织事宜进行谈判磋商，明确各方行动指南和职责分工，其合同文本成果通常为MOU（合作备忘录）和Route Map（路线图）。由于项目EPC（设计、采购和建设）事项不一定由PPP框架下的项目实质合作方进行，通常外包处理，加之与项目建设施工相关的经济、技术可行性论证以及环境社会影响评估事项绝大多数对外委托给独立第三方，这样就形成了工程合同、委托协议等法律文本。其二，项目运营管理相关合同。如果项目公司仅是一个资本平台，运营管理部专门的项目管理公司来承担，这类合同会由项目公司和项目管理主体签订。否则，相关契约通常会以项目公司章程形式体现。在内容上，通常涉及项目运行和经营管理，以及资产的管理和使用事项，对项目资产使用范围和期限、运营管理和后期投入等进行规约。其三，供应合同及产品销售合同。PPP项目不但要通过产品销售实现预期利润，从而有效吸引社会资本和私人部门参与，同时必须保证公共产品和服务的持续有效提供。供应合同主要保障的是能源或原材料等基础投入品供应的稳定性。项目产品销售合同的核心，一是交易价格，重点关注价格锁定程度，主要体现为阶梯价格或价格调整机制的确定；二是交易数量，重点关注产品的买方接收数量和结算数量的确定，一般有按照实际提供量、实际消费量或固定上限结算，以及Take or Pay（照付不议）等结算方式。

（二）融资合同体系

融资合同体系是PPP模式中政府和社会资本合作关系的本质体现。通常，PPP项目通过设立SPV（特殊目的实体）作为资金和资本整合的平台，因此SPV设立文件是融资文本体系的骨架。尤其是SPV章程和股东间协议，会在明确项目资产边界、协调股东权益和构建项目公司决策机制等方面起到核心作用。此外，项目融资往往会涉及贷款、债券发行和融资租赁等债权性质协议，根据不同的债务融资方式，会包含诸多一般性融资条款，当然其核心内容是资金价格、融资前提条件和放、还款安排。为保障资金安全，项目融资中通常会基于债权人或股权人利益，以及合理规避风险的需求，设置从属于股权和债务融资协议的抵、质押或担保措施，购买财产保险和信用保险，担保协议和保单条款的主干则是风险覆盖范围、受益人及赔付条件。为了有效配置追索、保全乃至债务重组、破产清算等事项中的债权人表决权，并在债权人之间平衡保险和担保权益，对包括PPP模式在内的多数项目融资而言，债权人协议是必不可少的。

（三）以特许权协议为核心的协调机制

PPP文本体系中协调机制的核心部分是特许权协议。赋予特许权是PPP模式能够有效吸引私人资本并成功运行的关键。一般情况下，特许权取得形式可被划分为协议授予和立法授予两种。而特许权协议在法律性质上则包括几个大类：一是特许经营权。此种情况下，经营权管理部门赋予项目公司使用特定公共资源，或在某一领域或地区经营特许业务的权利。特许经营权配置可以是排他性的，也可以是准入型的，但事实上均是对项目收益的保障。二是渠道许可。包括对特定原料或技术的使用许可，以及对产品销售特定渠道的许可。如果项目公司获得必备原材料或技术，以及销售产品均完全通过市场竞争实现，不但会遇到稀缺性的限制，也往往会面临法律限制。尤其是当PPP项目的原材料及技术、产品销售渠道由公共部门垄断管理的情况下，渠道许可成为对特许经营权必不可少的补充，甚至成为特许经营权实现价值的前提。三是经济性优惠政策。通常采取税收优惠、公共事业收费豁免、利息保费补贴及其他财政补贴的形式，也可能附加加速折旧、资本溢价、转增资本等财务支持政策。至于特许权是否必须与PPP项目本身相关，还是可以扩展为在私人部门其他经营行为中给予政策补偿，一直存在争论。从现实情况来看，公共政策可以基于公共需要对同公共福利直接相关的PPP项目给予特许权支持，但如果特许权同PPP项目本身完全脱离，不但难以实现对价平等，而且打乱了公共资源支出与其所应惠及的目标受众之间的对应性。

协调机制的一个重要组成部分是程序性文本，解决的是程序性事项，一般不涉及实体权益的配置。主要有法律适用相关约定、仲裁条款、解约程序条款、争端解决机制和再谈判条款等内容。一个争议较多的问题是，PPP项目中的争端事项可否通过仲裁方式解决。在一般的项目融资中，仲裁因为其便捷高效的特性而被普遍运用。但PPP模式涉及公共部门，许多争端是围绕特许权协议而发生的。根据一般理论，政府行为中，类似PPP项目市场监管等行政行为只能纳入行政诉讼范畴，而政府作为公共法人所施行的民商事行为可以诉诸仲裁。另一争议较多的问题是，PPP项目中的税收优惠可否通过税收合同赋予。从目前国际来看，这种处理方式尚停留在讨论阶段，绝大多数国家不认可政府与纳税人间通过签订合同的方式约定税收义务。其主要原因在于，这种方式无疑将对税收法定形成破坏，因此几乎所有PPP项目中，税收优惠均通过法定形式赋予。

二、PPP法律文本体系中涉及公共利益的几项关键条款

PPP法律文本体系极其庞大，从近年来的国际实践来看，应对这种复杂性的有效手段是推广标准化合同。尽管PPP文本体系中诸多条款交织所形成的勾稽关系错综复杂，但这却是维护公共利益并激发项目效率所必需的。

（一）公、私部门风险配置条款

良好的风险配置机制是隔离PPP项目经营风险和公共财政风险的屏障。PPP项目中，公、私部门间风险配置条款的设计，不但要基于项目风险管理的需要，同时也应该基于有效激励的需要。在风险管理方面，一般认为应该根据不同主体对不同风险的控制力来进行风险配置。第一，不可抗力风险、法律风险及政策变化风险具有一定的共同特征，即它们均不属于公、私任一方在具体项目中可独立掌控的风险因素，因此一般由双方共同承担；第二，包括通货膨胀风险和需求风险等在内的市场风险，通常由公、私两部门共同承担，但私人部门承担主体部分。这主要由于在风险管理中起到决定性作用

的是风险控制能力而非风险承担能力。尽管公共部门在通货和需求风险方面具有更大的承担力，但作为项目经营权的主要控制者，私人部门在项目市场化运营中更具风险控制与规避能力。并且如此分配市场风险能够有效隔离公共部门政策取向对项目实施的不当扭曲；第三，利率、运营收入不足、建设成本超支、建设拖期、运营成本超支等一般风险，通常由私人部门完全承担。这不但是公共部门实现项目风险转移的有效手段，同时也是约束私人部门项目经营行为的重要手段。

在行为激励方面，尽管将风险完全转移给私人部门被认为是不适当的，但通过风险配置条款进行适当转移，能够促使项目公司有主动性将项目风险及项目风险管理成本控制在最低水平。PPP模式中，公、私部门不但实现资本融合，而且事实上在公共产品提供方面形成委托代理关系，即PPP模式是公、私部门在民商事行为中的人资两合。PPP模式下，出于公共利益需要，公共部门是完整意义上的风险厌恶者。而私人部门的风险成本和预期收益不可能完全对等，并且往往基于对公共资源的良好评价而赋予PPP项目较高溢价。更主要的是，适当承担更多的项目风险，被认为是私人部门社会责任体系的一项重要内容。为了管控风险，私人部门必须提高管理水平和经营业绩，并采取包括信用保险、完工担保、财产保险等在内的保险措施，运用金融体系进一步覆盖风险暴露。由此，在贷款协议、股权协议和保单等融资合同中，往往又涉及保险权益转让和代位求偿条款。

（二）经营约束和监管条款

经营约束和监管条款事实上针对的是项目公司特许权使用行为。特许权配置实现了市场经营行为同公共利益导向的衔接，对特许经营权进行约束和监管的两个主要方面是实施范围和定价。其一，对特许权实施范围进行约束监管的重心在于，特许权的实施是否惠及目标受众，即PPP项目是否通过特许权配置实现了公共产品的供给目标。一些电力、水务、燃气等类别的基础设施项目，经常会在文本中设计一种接口模式，生产一端通过PPP模式运作，产品或服务接入后的销售环节则由公共性更强，甚至全国有或纯公共性的机构运作，由此来杜绝生产商进行价格歧视或特定消费者歧视。例如在罗马尼亚电力市场中，政府以赋予牌照、配额以及峰值调节等手段，组织私人资本投资建厂发电，而其国家电力公司负责整合电能和电网系统运营，ANRE（电力监管局）组织电力交易，各电力批发商和零售商负责与消费端对接。其二，价格约束和监管的方式，主要有资本回报率控制和产品或服务价格监管。目前看来，后者的应用更加普遍。一方面是由于价格监管更为简便，并能直接影响消费者剩余和公共产品供给水平，另一方面价格监管能够将对公共服务及产品质量的监督融合其中。

（三）退出机制及项目移交

对于PPP项目，尤其是基础设施类PPP项目而言，很难在其十几年甚至几十年的项目期间保持项目发起时的结构不变。尤其是当前项目管理中角色细分化和专门化日益明显的情况下，多数项目初始参与者仅专司个别职能，其退出和权益转让属于常态。例如Blackstone（黑石集团）在PPP领域，尤其是世界范围内的大型基础设施项目发掘、发起及运营管理方面具有卓越表现，但其并不长期持有多数PPP项目资产，而更集中于资本运作。为了保持项目管理的有效性，通常公共部门会在协议文本中要求关键的项目参与方在一定期限内不得退出，融资方也通常以此设定违约事项条款来规避风险。出于维护项目运行、保护公共利益的目的，在限制退出期结束之后，相关参与方可以选择退出，但对于其权益承接方做全面的资格限制，通常会对其管理能力、资本实力和信用水平提出较高要求。有些PPP项目会要求初始参与人的参与比例不得低于某一最低限制，以此来督促初始参与人继续履行职能，并在其承接方的遴选中负有履职尽责义务。

PPP项目使命完成之后，并不是无一例外地移交给公共部门。根据当初项目资产移交项目公司使用的方式，以及融资模式的不同，项目移交的处理方式也不尽相同。在直接股权融资的PPP项目中，除非公共决策认为项目PPP运作有延长期限的必要，否则公共部门在项目期结束之后一般会选择从项目中退出，从而将股份公开转让，同时赋予项目私人合作方优先受让权。在融资租赁模式融资的PPP项目中，公共部门通常在项目期结束之后以象征性对价将项目资产余值转让给项目公司或私人部门。而在资产支持债券、信用贷款等债务融资模式中，PPP项目公司在项目期结束之后通常走上重组之路，而公共部门则有可能从资产持有和信用支撑两个层面有步骤地退出。无论项目采取哪种形式移交，保证公共财产的保值增值都是一项不变的原则。

（四）项目拖期和支付

建设工程合同中对承包商有实质性约束作用的,是目标日期而非中间进度。尽管业主会根据事先的施工进度提出工期警示,但一般将由于承包商原因导致的工程拖期和延期交付视为承包商违约,其法律责任的厘定十分明确。而对于经业主批准的延长工期请求,除了双方协商调整施工进度之外,一般会导致业主对承包商的经济补偿。业主对延长工期计划的批准通常会被视为工程合同的补充条款,尽管这类条款通常附加解除业主对承包商经济补偿责任的表述,但在仲裁中承包商仍具有提出经济补偿要求的权利。因为业主既然批准延长工期,显然是同意将此视为不可预见事项,而承包商不可能在原报价中将这一不可预见事项考虑进去。

目前建设工程合同的移交接收和支付结算方面,通常采取的方式有固定价格、固定工期并一次性支付的“交钥匙”模式,以及分段移交、里程碑式付款的“实报实销”模式。必须说明的是,在合理的工期范围内,工程招投标通常会采用“低价者得”原则,但不排除因急于交付公共使用而将工期视为更重要的评标因素。完工支付的方式事实上是承包商提供给业主的卖方信贷融资,存在巨大的信用风险,通常会配备完整的风险分担机制和保险计划。而里程碑式节点付款对预算准确性和现金流量计划要求相对较高,通常还要在合同文本中载入工期和施工内容调整情况下的预算及定价调整机制。成本超支是工程概算中不可回避的风险因素,其处理方式同工程拖期较为一致。

总体来看,法律文本体系是维系PPP模式中公、私合作的基本纽带,也是PPP这一融资模式得以有效运行的灵魂。PPP模式作为一种公共项目运作模式,涉及公共利益,通过法律文本体系和条款设计,有效进行主、客体选择及权力义务配置,是公共财政的核心关切,并应被视为提升公共福利,同时又不致损失效率的有效途径。(来源财政部经济建设司,作者王春成, **PPP资讯**整理)

关注“**PPP资讯**”,加入专业人士行列,分享PPP领域要闻、资料、案例、培训交流和项目合作信息。

办法一:点本篇文章标题下的蓝色“**PPP资讯**”,加关注。

办法二:“添加朋友”→“公众号”→查找公众号“**PPPinfo**”,加关注。

办法三:扫一扫以下二维码,加关注:



PPP资讯

