

BOT 模式项目融资的法律谈判*

张水波¹ 王辉²

(1. 天津大学管理学院,天津 300072 2. 中国万宝工程公司,北京 100053)

摘要: 本文作者通过参加实际 BOT 项目法律谈判的过程,着重讨论在 BOT 法律谈判所具有的特点,以及从政府的角度来看,谈判过程中应该坚持的原则,采用的方法。本文还对 BOT 法律谈判应该注意的重点、技巧以及谈判中所要注意一些共性问题进行了论述。

关键词: BOT 项目融资 谈判

BOT 是项目融资的一种特殊形式 整个 BOT 项目的含义是:一个承建者或发起者(非国有部门)从委托人(通常为政府)中获得特许权,成为特许权的所有者以后,着手从事项目的融资、建设和经营,并在特许期内拥有该项目的经营权和所有权,特许期结束后,将项目无偿地转让给委托人。在特许期内,项目公司通过对项目的良好经营,得到利润,用于收回融资成本,并取得合理收益。

BOT 项目一般采用有限追索项目融资形式筹集资金,资金的大部分将通过银行贷款获得(一般在 70% 以上),这种融资仅以项目本身作为抵押,其运营期的现金流量是正常偿还债务的唯一保证,所以为使 BOT 项目融资成功,必须有令银行满意的风险分担方式。从银行的角度,只有项目的参与各方充分承担了项目风险,将银行的风险降低到最低,达到可以承受的程度,银行才会提供贷款。因此 BOT 项目的核心在于风险的合理分担。风险如何进行合理分担是由双方在特许权协议谈判时进行确定的。由于 BOT 模式项目融资涉及的资金金额巨大,期限较长,对政府而言,又是在一段时间内对企业的所有权失去控制。总的而言,涉及面广,整个项目的操作过程复杂,因而 BOT 特许权协议在草签之前的法律谈判工作是非常重要的。下面我们对在中国进行 BOT 项目融资法律谈判进行综合论述。

一、BOT 法律谈判的特点

谈判是指和同一事件有各个参与方,他们之间对于这一事件既有共同的利益,又存在着利益的冲突,该矛盾冲突通过各方进行协商和研究,然后双方的利益能在一致的基础上达到了均衡,即,有关各方都在自己能够接受的程度上达到了令自己满意的结果,这一过程可以称之为谈判。

参加 BOT 项目的有关各方有政府、项目发起人、投资者、承包商、运营公司等。由于众多方的参与,使

得他们之间的关系极为复杂,我们可以把 BOT 项目看成是一个庞大的系统工程。BOT 项目的最主要和最复杂的工作是特许权协议的起草和签订,最漫长和最困难的工作是草签前的法律谈判工作。由于项目涉及领域特别广,政府和项目公司都要聘请和雇佣法律以及财务专家或顾问来帮助他们进行 BOT 项目的操作。在草签特许权协议之前,双方要组成法律小组就特许权协议有争议的内容进行反复谈判来确定相关条款。

BOT 法律谈判有以下几个特点:

1. 整个特许权的谈判分成两个部分:法律谈判和技术谈判。BOT 项目涉及时间较长,金额大,因此一般都采用成熟的技术,很少有政府会冒险采用一项不是很成熟或未经过充分论证的技术,因而技术谈判遇到的问题不是很大,我国或国际上 BOT 案例都已表明法律谈判要比技术谈判困难和复杂得多。法律谈判和技术谈判虽然有区别,但是在 BOT 项目中二者又是相辅相成的,技术谈判是法律谈判的基础。在法律谈判中,双方对某一问题提出的变更建议,及其有可能作出的让步,在很大程度上要依据于该 BOT 的技术方案。技术方案的确认是法律方案合理与否的一个重要衡量标准。因此把技术方案和法律方案很好地协调起来,是 BOT 法律谈判的一大特点。

2. 内容复杂,涉及面广,时间长。一般 BOT 特许权协议书包括 20 到 30 个条款,这些条款涉及的领域十分广泛和复杂。我国目前的法律体系还不是很健全,且没有成文的 BOT 法,国内可以借鉴的成功的 BOT 案例很少。在整个 BOT 特许权协议的起草和签订过程中参照了成熟的相关合同文件以及一些国际公约,并且借鉴了国外已经成功的 BOT 案例的经验。种种困难和不成熟因素的存在,使在我国在进行 BOT 项目法律谈判中没有一个是衡量的客观标准,不可能在短时间内确定所有的条款,往往需要较长的时间来进行协商和谈判。

*国家自然科学基金资助项目。本刊 1998 年第 10 期《中国实行 BOT 项目的经验》一文亦如此。

3. 参与方众多,人才要求高,人员构成复杂。由于BOT项目是综合性很强的项目,需要有各方面的人来参与,对人才的要求也比较高,一方面要求谈判人员熟悉法律条款并能灵活应用,另一方面谈判人员对BOT项目本身及其协议应有一个全面、深刻的了解,否则就会在谈判中出现顾此失彼,捡了芝麻,丢了西瓜的错误,从而给己方带来无法估量的损失。如政府方在谈判中要有咨询公司,法律顾问、财务顾问、技术专家来参与,项目公司除了有以上各方参加,还要有投资银行的参与。众多方来参与其主要的目的是使谈判小组成员的知识结构比较完整。

谈判小组的成员有时会来自不同的国家,他们的文化背景、知识体系都有很大的差别,例如在四川成都自来水六厂B厂BOT项目中,政府方的谈判小组成员来自美国、挪威和本国,对方则来自法国和日本。成员的差别性和复杂性容易造成小组内部理解的困难,有时就每一问题在内部不容易达成一致的意见而导致在谈判桌上陷于被动局面,使整个谈判进程缓慢。

二、BOT法律谈判的原则

根据我国已经成功的BOT项目的经验,我们在进行BOT法律谈判中一般遵循以下原则:

1. 互惠互利,真诚合作 在谈判的初始阶段,双方基本上本着合作互利的原则,即,希望在哪些使双方的利益共同提高的方案上达成协议,而不是故意地设置种种障碍,这样就会加快谈判的进程。在BOT法律谈判中运用的原理主要有以下两条:

(1) 群体合理性:即整个BOT特许权协议是有效的,在此协议之外不存在任何其它可行协议能使谈判双方获得比此协议更高的利益,或者说,政府、项目公司和贷款银行在此协议的基础上都能获得很大的利益。

(2) 个体合理性:在执行特许权协议后,谈判双方都能获得不小于没有协议时利益,这是谈判必要条件。

2. 明确各自立场,坚持原则和灵活处理相结合

在BOT法律谈判中,政府一方主要想利用私营部门或国外的资金来加强本国的基础设施建设,政府损失是对该项目一段较长时间的拥有,但是它却获得了该项目的效用,即,整个项目能为该地区的经济发展起到促进和推动作用。项目公司一方主要是利用政府给它的特许权,在一定的期限内建设和经营,从项目的收费中来获取利润和偿还债务。政府在谈判前的有利地位是他具有选择不同的投标者进行谈判的决定权;项目公司在谈判前的有利地位是他在标书中的某些方面有很大的优势,这种优势对政府有非常大的吸引

力,如项目产品的较低价格,或项目的融资计划非常完整。

政府一方虽然有优势,但是在谈判桌上是作为商务合同的一方进行签订合同的,因此谈判地位和项目公司是完全平等的,政府不再占有作为政府的优势地位。由于BOT项目成功的关键在于有一个合理的风险分担结构,所以政府在谈判中要坚持原则和灵活处理相结合,既要维护政府的利益,又不能将政府单方面不合理的要求强加与项目公司,而项目公司在谈判中也要伺机而动,不要一味地强调自己的优势,有时优势也有可能变成劣势。

3. 遵循国际惯例和中国国情相结合 BOT项目是一个既面向国际投资方,又面向国际金融机构的招标项目,即,项目本身具有国际性,因此遵循国际惯例是项目具有可操作性的基础。目前,BOT项目在中国仍属于试点阶段,我国BOT法还没有出台,法律基础具有不确定性,商业、金融方面的改革还没有配套,因此许多商业的、金融的方法还不能被应用在BOT项目中。种种因素的存在,使得我国的BOT项目在最初阶段只能过多地依赖政府的信誉。在BOT项目法律谈判中,只有坚持国际惯例和中国国情相结合,合理地设计风险分担结构,使项目具有很大的吸引力,项目谈判的进程就会加快,项目成功的机率就会越高。

4. 遵循公平、公正和透明的原则 遵循公平、公正和透明的原则是一般的招标项目都必须遵循的,在我国已进行的三个BOT项目谈判中,都遵循了此条原则,即,政府不能采取平行谈判的方式,而是先与第一名投标人谈判,只有与第一名投标人的谈判有可能在一定的时间内达不到目标时,才能开始与第二名投标人进行谈判。在与第一名投标人谈判的过程中,政府方面须定期将谈判的进展程度通知其它两家最有竞争力的投标人,以保证项目谈判的公正、透明,并对正在谈判的第一名施加压力。该原则和做法使排在第二和第三的投标人能及时地了解项目的进展情况,有利于在与第一名的谈判不顺利时,能迅速地转与第二名进行谈判。这样做,既可以缩短谈判的时间,又避免了平行谈判时可能出现的投标人之间的不正当竞争。就我国目前已经成功的BOT的项目来看,还没有出现和第一名投标人谈判失败的例子。

三、谈判方法:

1. 重点突出,层次分明 项目的复杂性,使得BOT的法律谈判成为一项漫长而繁琐的过程,谈判双方往往要经过反复长时间的磋商才有可能达成最后的协议。BOT项目的特许权协议涉及内容的广泛性要求在谈判时必须对要谈判的问题有一个清楚的认识。一般在谈判前,谈判小组先对特许权协议的法律

方案进行定性分析。本着先粗后细、先易后难的思想，对投标者标书的法律方案进行仔细的比较和研究，和原来的招标书相比作了哪些修改和变动。在对标书有了一个完整系统的评价之后，根据一定的原则进行分析比较，先确定较重要的条款，然后确定次要的条款，最后再对最重要的条款进行重点分析和研究。确定条款的重要性和先后次序之后，就可以制定一个谈判的策略。注意，谈判的策略不是固定不变的，而要根据谈判的变化进行随时调整以适应谈判的需要。

2. 明确要害，控制谈判进程 在谈判过程中，一般协商谈判的问题是单目标的，即只是围绕一个问题进行协商和谈判。但是在 BOT 法律谈判中，双方就要就多个目标进行协商和解决。在谈判过程中需要对所有需谈判的问题和自己所处的地位有一个透彻的认识，如果在谈判中对某类问题还有一些问题不清楚，那么在谈判中就有可能陷入被动局面。在处理此类多目标的问题时，为了控制谈判的进程，可以采取让步和一揽子相结合的原则来进行具体的谈判。所谓让步原则就是在谈判过程中，要明确重要的问题，从全局着想，不能就某一问题而僵持不下，造成谈判进程缓慢。一个比较好的谈判方法和谈判策略是如果该问题贸易触及自己的根本利益，相互之间可以作出有限度的让步，或把一些不容易解决的问题放在一起形成一揽子交易，在双方进行一揽子交易时，各自在某些问题上作出一点让步，而在另外一些重要问题上获得了自己满意的结果。在谈判中，作为政府一方，加快项目谈判进程的愿望一般很强烈，因此在谈判之前，积极地加强谈判小组内部的管理，提高自身办事的效率，以达到既定的时间目标。如果在谈判中出现进展比较缓慢，就需及时地调整谈判计划，同时准备和第二名投标人谈判，这样做，既可以为可能出现的与第二名投标人的谈判作准备，又可以给谈判对方施加压力。

3. 确定风险分担 BOT 法律谈判焦点是双方都想减少自己将要承担的风险，且围绕着双方应该承担风险的额度来进行谈判。可以说，BOT 法律的谈判就是风险如何合理分配过程的谈判。无论在 BOT 项目中，还是在其它项目中，风险的分配有一个原则：项目的风险应该有项目的参与方中最有可能控制且应该承担的一方来承担，如果双方都没有可能控制该风险，则由双方共同来承担。实践表明，在 BOT 法律谈判中，只要双方能遵守这个原则，项目进展就会比较顺利。

4. 利润互享，违约制裁 在 BOT 项目各方中，既有共同利益的一面，又有利益相矛盾一面，且不同项目的特点也是有显著差异的，因此在法律谈判中，最后所达成的协议的合同模式也是不一样的。在电力和

供水项目中，政府和项目公司签订或取或付合同，这种合同保证项目公司的运营和维修的费用能及时地被提供，从而保证项目公司正常地运营。在一些道路设施中，项目公司的收入主要来自对过路客户的收费，如果每一年的交通量不够政府和项目公司之间制定的特许权协议中所规定的最低限额，则需要政府来补贴项目公司。而项目公司的收益如果超过了一定的限额，则要和政府按一定的比例进行分享。在特许权协议中规定项目公司所承担的义务是必须为政府提供必要的符合质量要求的产品。对于双方能够起到约束力的有效措施是制定一个合理而有效的协议书，如有违约则按合同所规定的处罚条例来进行处理，以达到约束双方行为促使项目能以预先规定的目标进行，这样违约金就成为制约双方行为的协议书的货币载体。

四、BOT 法律谈判的内容

由于不同的 BOT 项目有不同的特点，法律谈判的内容也有很大的不同。我们在此主要讨论 BOT 法律谈判中可能涉及的一些共性问题。根据在我国已经成功或正在谈判的 BOT 项目的经验来看，BOT 法律方案谈判中要涉及的几个比较重要的问题是：融资和技术调研的确认，法律的变更，预定违约金的设置。

1. 融资和技术调研的确认 在 BOT 特许权协议的法律谈判中，根据一般的规律和经验，首先须对融资方案进行确认。BOT 项目一般都是大项目，项目公司不会在投标前全部完成调研工作，而项目公司的调研又是贷款银行进行融资承销分析的主要依据。由于在投标前，技术调研不会彻底完成，如果在投标后签订协议之前承销银行又提出新的要求，此时造成的风险由谁来承担。这个问题如不在谈判中明确解决，可能在草签协议时造成节外生枝，但是到此阶段，谈判已经基本完成，如果不签协议，则前功尽弃，造成大量物力、财力的浪费。

项目公司在这个问题上的做法和立场一般是：坚持由自己来承担风险，但在标书中，想写明让政府在自己力所能及的且自愿的情况下提供帮助。政府在这种情况下的立场应该是：政府和最有竞争力的投标者进行谈判，是基于政府确认该投标者的融资方案是完整的，在已经调研的基础上是可行的，承销银行不应再要求政府出具支持函，他的要求应是项目公司的内部事务，政府并没有义务一定要帮助项目公司进行技术调研。

从中国现在正在实行的三个 BOT 项目的法律谈判的经验和结果来看，项目公司的承销银行根据项目的融资需求所提出的融资和技术的进一步要求和政府没有关系，政府可以就项目公司和其可能的承销银

行进行任何调研提供合理的协助,但项目公司须确认它没有权利在授标之前或授标之后,因为任何该等项目调研或任何其它原因要求变动、修改其标书或提出其它前提条件。如果项目公司或其承销银行有任何该等变动、修改或前提条件,且政府没有同意该等变动、修改或前提条件,则项目公司自行承担与此有关的风险,并且不应就该等变动、修改或前提条件提出任何额外条件。

2. 法律变更 有关法律变更的问题在整个 BOT 法律谈判中占有很大的比例。法律变更是指在某一确定的日期之后,任何政府部门通过、颁布、废除或重新解释的任何适用法律;或者,任何政府部门施加的关于签发、续展或修改任何批准的任何重要条件。

法律变更容易导致的后果:法律变更导致适用于项目公司或项目公司承担的税收、税收优惠或关税发生变化,或者对项目的融资、建设、所有权运营或维护的要求发生变化。法律变更发生以后,政府和项目的权利及义务乃至整个特许权协议的履约条件都发生变化。

政府和项目公司在谈判中相应于法律变更的焦点是:法律变更的范围;法律变更发生以后,风险分担问题。

根据经验,有关法律变更谈判的结果有以下几条:

(1) 如果因为法律变更使项目公司无法履行特许权协议下的义务,且满足有关不可抗力的要求,包括因法律变更使项目公司履行其在特许权协议下的重要义务按照适用法律成为非法行为。此时项目公司可以有权:中止其在特许权协议下的义务,在项目公司开始商业运营以后发生法律变更应视为由于额外不可抗力事件的发生,此时政府必须对项目公司进行支付。

(2) 在政府和项目公司有关法律变更的谈判中,项目公司若因某项批准没有在适用法律规定的期限内颁发或续展,或如适用法律没有规定期限,则该批准未在合理期限内颁发或续延,从而使项目公司无法全部或部分履行其在特许权协议下的重要义务,则此等情况应视为法律变更,但条件应是项目公司已适当、及时地遵守适用法律有关获得或维持该批准的所有要求。

在我国已有的三个 BOT 项目中,政府承担了绝大部分的法律变更造成的风险,这与我国现阶段在 BOT 法律方案谈判方面的经验和技術欠缺有关,同时也和我国的法律体系不完善有关,随着经验的增多,法律体系的完善,这方面的缺憾会得到弥补的。

3. 违约金的设置问题 在 BOT 特许权协议中,

违约金是以量化的形式出现的。政府在招标书中已规定了比较明确的公式,确定了违约金的计算标准。项目公司,出于自己利益立场的考虑,在投标书也会提出自己的计算方法。违约金的制定标准对双方都是比较敏感的。政府在设置违约金标准方面的目的是要项目公司能够严格地按照特许权协议的规定来履约,但是政府在设置违约金标准的问题上所遇到的麻烦是:

(1) 如果违约金标准设得太高,项目公司很有可能因某一项违约而导致破产;(2) 如果违约金标准设置太低,由于违约而导致的罚金远远地小于因违约而节省的资金,项目公司可能经常违约;(3) 违约金标准设置得不合理,也有可能导致项目公司宁愿停产,因为这样其遭受的损失可能要比生产不合格而受罚要轻得多。

由于违约金问题与今后双方利益、风险分担密切联系,并且切实影响到项目公司的融资能力,因此违约金问题可能是在 BOT 法律谈判中属于重中之重,也是一个难以解决的问题。根据我们的经验,在谈判中违约金的设置一般以以下原则为重:

(1) 违约金的计算必须和技术方案结合起来;(2) 违约金的计算机制必须简单;(3) 违约金计算实行一罪一罚;(4) 违约金的上限根据项目公司的收入而定。这四项原则对政府和项目公司都是有利的,也大大地减轻了融资银行的担心,能够促进谈判进程加快。

五、结论

通上文的论述,我们知道在整个 BOT 特许权协议法律谈判中,双方期望机会损失的下限是确实存在的。因为在谈判中,双方对通过谈判能达到的大体目标是清楚的,在这种情况下就不可能出现一方损失极大,而另一方盈利极大的情况。这种期望损失究竟是多少,不由任何一方的单独意愿决定,而主要取决于双方谈判的策略、技巧和一些实际情况,我们研究 BOT 法律谈判的目的就是要进一步搞清楚有关技巧、方法,提高整个谈判的质量。

BOT 在国外应用得比较早,但在我国属于一项新兴的项目融资模式,它具有许多优点,如可以加强我国的基本建设,但并不增加外债;可以引进先进的设备和管理经验,提高国内的管理水平等。由于 BOT 自身的许多优点和中国基础设施的落后,BOT 在中国会有强大的生存空间,以后 BOT 模式有可能向通讯、化工等行业发展,这对政府和一些有雄厚实力的国际大集团和大公司具有无比的吸引力,同时也是难得的一个机会。本文对 BOT 特许权协议法律谈判的讨论可能会对在我国进行 BOT 的实际操作有一些启发和帮助。

(本文责编:罗尚忠)