

Е.В. ШИШМАРЁВАКАНДИДАТ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК,
СТАРШИЙ ЮРИСТ АЛЛЕН ЭНД ОВЕРИ ЛЕГАЛ СЕРВИСИЗ

ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНЫЕ ПАРТНЕРСТВА В РОССИИ В УСЛОВИЯХ КРИЗИСА: ФАКТОРЫ УСПЕХА И ПРАВОВЫЕ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ

Государственно-частные партнерства (ГЧП) в сфере инфраструктуры - это относительно новое явление в России. Исторически инфраструктурные проекты финансировались в России за счет средств государственного бюджета. Однако по мере роста потребностей в новой инфраструктуре и увеличения дефицита доступных средств государство в лице своих уполномоченных органов все чаще стало инициировать участие частного сектора в инфраструктурных проектах в целях привлечения технического опыта, инновационных знаний и финансовых ресурсов частного сектора. Настоящая статья посвящена вопросам реализации ГЧП проектов в России в период экономического кризиса, в частности, исследует ключевые успехи и преимущества российских ГЧП, а также основные правовые сложности, возникающие при реализации указанных проектов. Основная цель статьи - познакомить читателей с основными формами российских ГЧП проектов с позиции частных инвесторов и международных финансирующих организаций, участвующих в реализации ГЧП проектов в России. Статья кратко знакомит читателей с правовой и институциональной базой реализации ГЧП проектов, исследует основные правовые проблемы реализации ГЧП проектов в России, проводит анализ юридических вопросов, которые могут оказывать влияние на условия предоставления финансирования проектов частным сектором, и предлагает возможные решения таких правовых вопросов и проблем.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство, законодательство о концессионных соглашениях, инфраструктура, проектное финансирование, инвестиции, управление государственным имуществом.

E. SHISHMARIOVA

PH.D., SENIOR ASSOCIATE AT ALLEN & OVERY LEGAL SERVICES

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP IN RUSSIA IN TIME OF CRISIS: SUCCESS FACTORS AND LEGAL CHALLENGES

Public-private partnership (PPP) in infrastructure is a relatively new experience in Russia. Infrastructure projects in Russia have historically been financed through budgetary allotments. However, as the demand for infrastructure grows and access to funds has become limited the public sector has increasingly looked to the private sector to provide technical expertise, innovation and financial resources. This article discusses key successes and major legal challenges of PPPs in Russia during the economic downturn. The purpose of the article is to provide the reader with a better understanding of the sponsor's and international financier's perspective of Russian PPP structures. This article provides a quick review of Russian PPP legislative and institutional framework, looks at major legal challenges associated with Russian PPP structures, provides an overview of legal issues that affect private sector financing and reflects on possible solution to these issues.

Key words: Public-private partnership, concession law, infrastructure, project financing, investments, management of public property.

В современных условиях эффективное управление государственным имуществом предполагает наряду с совершенствованием традиционных методов управления государственным имуществом внедрение и развитие новых институционально-правовых механизмов реализации инфраструктурных проектов по проектированию, строительству, финансированию и эксплуатации объектов

государственной собственности. К таким механизмам, в первую очередь, следует отнести государственно-частное партнерство (далее - «ГЧП»).

За последние пять-шесть лет Россия значительно продвинулась на пути развития ГЧП. Международные финансовые организации, бизнес - сообщество и эксперты в области ГЧП едины во мнении о том, что к основным успе-

хам ГЧП в России могут быть отнесены, в частности:

а) Формирование **законодательной и институциональной базы ГЧП на федеральном и региональном уровнях** (в том числе, например, создание Государственной компании «Российские автомобильные дороги», формирование Центра ГЧП при Внешэкономбанке, создание Инвестиционного Фонда Российской Федерации, принятие федерального законодательства о концессионных соглашениях и законодательства о ГЧП ряда субъектов Российской Федерации);

б) Начало реализации в различных секторах российской экономики **широкого круга ГЧП проектов**, большинство из которых могут быть отнесены к числу крупных (в частности, по оценкам специалистов общая стоимость российских ГЧП проектов, реализация которых началась за последние 6 лет, составляет свыше 1 миллиарда долларов США);

в) Обеспечение **политической поддержки** развития инструментов ГЧП на всех уровнях государственной власти (например, принятие программных документов в различных секторах экономики, в частности, Транспортной Стратегии Российской Федерации на период 2030 года¹, индивидуальных нормативно-правовых актов по отдельным проектам, и т.д.);

г) Предоставление **активной поддержки** реализации российских инфраструктурных ГЧП проектов **со стороны Европейского банка реконструкции и развития (ЕБРР), Группы Всемирного Банка** (включая Международную финансовую корпорацию (IFC)), других банков развития и экспортно-кредитных агентств (ECA);

е) Начало формирования рынка российских ГЧП проектов и привлечение к проектам **широкого круга потенциальных российских и иностранных инвесторов**, которые особенно в докризисный период продемонстрировали значительный интерес в отношении транспортных и иных инфраструктурных ГЧП проектов в России;

ф) Обеспечение успешной подготовки проектной документации и **проведения конкурсных отборов по ряду крупных ГЧП проектов**, таких как, например, проект по финансированию, строительству и эксплуатации на платной основе «Нового выхода на Московскую кольцевую автомобильную дорогу с федеральной автомобильной дороги М-1 «Беларусь» Москва-Минск», концессионное соглашение в отношении которого было заключено 17 июля 2009 года; проект «Строительство скоростной автомобильной дороги Москва – Санкт - Петербург на участке 15-й км – 58-й км», концессион-

ное соглашение в отношении которого было заключено 27 июля 2009 года, а также проект по реконструкции, развитию и эксплуатации аэропорта «Пулково» в г. Санкт-Петербург, конкурсный отбор по которому был успешно завершён 25 июня 2009 года.

В то же время анализ хода реализации ГЧП проектов обозначил ряд сложностей финансового, организационного и правового характера, которые ограничивают возможности для применения механизмов ГЧП в России и тормозят развитие российского рынка ГЧП проектов.

Во-первых, на настоящий день ни по одному ГЧП проекту не удалось достигнуть финансового закрытия², что, в частности, снижает уровень доверия и заинтересованности инвесторов в участии в российских ГЧП проектах.

Во-вторых, до сих пор наблюдается **низкий уровень развития региональных и муниципальных ГЧП**, обусловленный, прежде всего, неразвитостью институциональной и законодательной базы для реализации ГЧП проектов во многих субъектах Российской Федерации и муниципальных образованиях (исключение на сегодняшний день составляет только город федерального значения Санкт-Петербург, правительство которого успешно реализует ряд неконцессионных ГЧП проектов на основе Закона Санкт-Петербурга от 20.12.2006 № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах»).

В-третьих, на уровне федерального законодательства также до сих пор сохраняются **неопределенности правового характера**, препятствующие успешному завершению запущенных ГЧП проектов и началу реализации новых проектов. Ключевыми проблемами, в частности, остаются ограничительные нормы российского законодательства о концессионных соглашениях и несовершенство механизмов предоставления государственной поддержки (бюджетного финансирования) проектов.

Ну и наконец, в условиях кризиса развитие российских ГЧП проектов тормозится **ограниченностью финансовых ресурсов**, доступных инвесторам для целей финансирования ГЧП проектов, неразвитостью отдельных инструментов финансирования (например, инфраструктурных облигаций), а также сложившейся в последнее время на международном уровне **высокой конкуренцией между ГЧП проектами**, реализуемыми в различных странах мира³. Все эти факторы привели к тому, что на сегодняшний день наблюдается значительное снижение интереса потенциальных инвесторов и кредиторов к российским ГЧП проектам и объема финансирования, которое они готовы предоставить для целей их реализации.

С учетом вышесказанного, в современных условиях основными задачами, которые возникают перед российским государством в связи с развитием рынка ГЧП, являются, прежде всего, увеличение конкурентоспособности российских ГЧП проектов (как на национальном, так и на международном уровне), предполагающее улучшение качества подготовки ГЧП проектов. Важно также обеспечить повышение привлекательности таких проектов для российских и иностранных инвесторов и их кредиторов, что выражается, главным образом, в росте интереса и доверия к таким проектам со стороны инвесторов и кредиторов, а также в возможности достичь по проектам таких договорных условий, которые бы соответствовали интересам и частного инвестора, и государства.

Решение указанных бизнес - задач требует осознания тех административных и правовых препятствий, которые ограничивают развитие ГЧП в России, и выработки путей их решения.

Ключевыми факторами, препятствующими развитию ГЧП в России, являются, прежде всего:

1) **Несовершенство правового регулирования отношений**, связанных с управлением государственным имуществом, бюджетным финансированием, проектным финансированием и иных, непосредственно связанных с вопросами реализации ГЧП проектов.

В частности, до сих пор дискуссионным остается вопрос о соотношении федерального законодательства о концессионных соглашениях и законодательства о ГЧП субъектов Российской Федерации и муниципальных образований. В ходе реализации ГЧП проектов выявились многочисленные проблемы в связи с применением к таким проектам действующего налогового, валютного, бюджетного и иного законодательства Российской Федерации в сфере публичных отношений. Это, в том числе, относится и к вопросу о соотношении законодательства о ГЧП (включая законодательство о концессионных соглашениях) и законодательства о размещении заказов на поставки товаров (выполнении работ, оказании услуг для государственных (муниципальных) нужд. Российское земельное законодательство не предусматривает какого-либо упрощенного порядка выделения земельных участков ГЧП инвестору (концессионеру) по проекту, что также в значительной степени осложняет реализацию ГЧП проектов.

2) **Несовершенство правоприменительной практики**, складывающейся в связи с реализацией ГЧП проектов. Это, в частности, проявляется в довольно низком уровне проработки конкурсной документации по ряду новых ГЧП проектов (особенно, например, в части опреде-

ления критериев отбора, гарантий, условий и последствий расторжения концессионного / ГЧП соглашения и т.д.), зачастую обусловленное отсутствием среди ответственных за подготовку такой документации лиц квалифицированных консультантов, специализирующихся на вопросах реализации таких ГЧП проектов. Другой распространенной проблемой является также невысокий уровень координации деятельности участников крупных ГЧП проектов со стороны многочисленных ответственных регулирующих органов, действующих от имени концедента по проекту.

3) **Неготовность государства** (концедента по проекту) более гибко подойти к вопросу о распределении рисков по ГЧП проектам и с учетом текущей кризисной ситуации на финансовых и иных рынках **принять на себя отдельные дополнительные риски**, которые в иных (более стабильных экономических условиях) мог бы на себя принять частный инвестор. Речь, прежде всего, идет о тех рисках, которыми в условиях кризиса частный инвестор (концессионер) по ГЧП проекту не может управлять или которые он не может хеджировать, а именно, риски роста стоимости кредитования, валютные риски, риски инфляции и т.д.

Среди факторов, негативно влияющих на развитие эффективного ГЧП рынка в России, особо следует отметить императивный ограничительный характер российского законодательства о концессионных соглашениях в части отдельных ключевых вопросов финансирования и реализации ГЧП проектов. Несмотря на многочисленные обсуждения данных вопросов среди государственных чиновников, деловых кругов и профессиональных консультантов, Федеральный закон от 21 июля 2005 года № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (с изменениями) (далее – **«Закон о Концессионных Соглашениях»**) до настоящего времени сохраняет положения, устанавливающие ограничения, в частности, в отношении возможности выбора сторонами концессионного проекта иностранного права в качестве применимого права по концессионным соглашениям, а также возможности передачи споров, возникающих из концессии, на рассмотрение в международный коммерческий арбитраж.

С точки зрения частных инвесторов по проекту существенными недостатками Закона о Концессионных Соглашениях являются, например, предусмотренный в нем запрет уступки прав по концессионному соглашению без согласия концедента и только после завершения строительных работ; императивный характер типовых концессионных соглашений и отсутствие в них положений, гарантирующих

защиту инвестора от негативных изменений в применимом законодательстве; ограничение возможности участников концессионного проекта выбрать модель концессии, иную чем «строительство-передача-эксплуатация» (Build-Transfer-Operate). В частности, Закон о Концессионных Соглашениях не предусматривает возможность реализации в России концессии по схеме «строительство-эксплуатация-передача» (Build-Operate-Transfer), которая в большинстве стран с развитым ГЧП рынком, является наиболее распространенной моделью реализации концессионных проектов, особенно в сфере транспортной инфраструктуры.

Оценивая российское законодательство о концессионных соглашениях с точки зрения уровня гарантий, предоставляемых им в пользу потенциальных финансирующих организаций по проекту, нельзя не отметить, во-первых, отсутствие в нем такого важного института как право на вхождение кредиторов в проект, который находится в дефолтном состоянии, в целях восстановления его экономики до приемлемого уровня (так называемое право «step-in»), и, во-вторых, связанного с ним института «прямых договоров» (direct agreements), заключаемых с кредиторами по проекту⁴.

Пути решения указанных проблем являются вполне очевидными и неоднократно обсуждались и обсуждаются как в научной литературе, так и на публичных конференциях с участием практикующих специалистов и сторон ГЧП проектов. Основными практическими действиями, которые должны быть предприняты ответственными регулирующими органами и которые в первую очередь сейчас ожидаются потенциальными инвесторами и кредиторами по проектам являются:

а) создание в России единого централизованного ГЧП центра с участием высококвалифицированных специалистов, ответственного на постоянной основе за разработку единообразной политики (комплексного законодательства) в сфере ГЧП и за мониторинг исполнения такого законодательства. Дополнительной функцией такого ГЧП центра должно быть оказание услуг «медиатора» во взаимоотношениях между

государством (концедентом) в лице его уполномоченных органов и частными инвесторами, финансирующими организациями и профессиональными финансовыми, техническими, юридическими и иными консультантами с другой стороны, в целях координирования их совместных действий в рамках проекта и содействия достижению баланса интересов всех участников процесса.

б) Внести изменения в российское законодательство о концессионных соглашениях и иное связанное с ним законодательство в целях устранения правовых неопределенностей и ограничений, не соответствующих международной практике проектного финансирования и реализации ГЧП проектов, в особенности в части повышения надежности гарантий бюджетного финансирования ГЧП проектов, возможности получения государственных гарантий по обязательствам концедента по ГЧП проектам, повышения привлекательности ГЧП проектов для финансирующих организаций (так называемая «bankability» проектов), устранения административных барьеров реализации ГЧП проектов, не соответствующих сути партнерства (например, в части земельных, валютных, налоговых и иных аспектов реализации ГЧП проектов).

с) Обеспечить прозрачность конкурсных процедур и повысить качественный уровень разрабатываемой по проектам конкурсной документации, в частности, посредством привлечения к разработке такой документации опытных российских и международных консультантов; проведения открытых совещаний при подготовке тендеров, обеспечивающих учет мнения финансирующих банков и международных финансовых институтов; установления реалистичных сроков реализации проектов и т.д.).

д) В условиях финансового кризиса провести повторный анализ финансовых, организационно-правовых и иных моделей текущих ГЧП проектов и при необходимости пересмотреть их условия о сроках реализации таких проектов, о распределении рисков и иных, обеспечив принятое на себя государством тех дополнительных рисков, которые частный инвестор не может принять или хеджировать.

¹ Утверждена Распоряжением Правительства РФ от 22.11.2008 г. № 1734-р «О Транспортной стратегии Российской Федерации».

² Под «финансовым закрытием» (financial close) для целей ГЧП проектов, по общему правилу, понимается такой этап реализации проекта, когда все договоры по проекту подписаны и вступили в силу и когда все предварительные условия (отлагательные или отменяющие) по таким договорам были исполнены (или в отношении таких условий стороны договорились об ином). С финансовым закрытием связано начало получения заемного финансирования по проекту.

³ По данным Dealogic на начало 2010 года в мире было объявлено около 594 проектов, из которых 185 проектов реализуется на условиях ГЧП (PPP/PFI), общей стоимостью около 70 миллиардов долларов США, включая 69 ГЧП проектов в сфере транспортной инфраструктуры, реализуемых в Европе, Америке и Африке. При этом, если

сравнивать с российскими ГЧП проектами, для потенциальных инвесторов высокий уровень привлекательности ГЧП проектов в отдельных зарубежных государствах обеспечивается не только развитостью институционально-правовой базы таких стран, наличием единого центра регулирования ГЧП рынка, успешным опытом реализации предыдущих ГЧП проектов, но и активной финансовой и иной поддержкой национальных ГЧП проектов со стороны правительств соответствующих государств.

⁴ Более подробно о порядке реализации концессионных проектов в России, в том числе, анализ российского Закона о Концессионных Соглашениях с точки международных принципов проектного финансирования и реализации ГЧП проектов, см.: Государственно-частные партнерства в России. / Под ред. А.Баева, А. Долгова, В. Кондрусевой и Е. Шишмаревой. Аллен энд Овери. 2009. С. 54-65.