



Михаил Корнев,
юрист практики ГЧП
и инфраструктуры юридической
фирмы VEGAS LEX

180 pts

Новеллы концессионного законодательства: новые механизмы снижения проектных рисков и обеспечения обязательств в концессионных проектах

Механизмы обеспечения проектных рисков, как и способы обеспечения обязательств сторон в соглашениях о государственно-частном партнерстве, являются одними из ключевых вопросов ГЧП-проектов, от эффективности решения которых зависит жизнеспособность всего проекта.

Флагманами ГЧП-проектов в России, в том числе в силу особенностей развития законодательства, являются концессионные проекты. Именно концессии вбирают в себя передовой опыт проектов ГЧП, который довольно оперативно получает правовое закрепление в результате внесения поправок в концессионное законодательство.

Одним из таких пакетов поправок является Федеральный закон от 21.07.2014 № 265-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О концессионных соглашениях» и отдельные законодательные акты Российской Федерации». Его положения, вступающие в силу с 1 февраля и с 1 мая 2015 года, предоставляют дополнительные возможности для минимизации проектных рисков, а также корректируют механизмы обеспечения обязательств в концессионных проектах.

Способы минимизации подавляющего большинства рисков ГЧП-проектов должны быть предусмотрены еще на стадии проработки проекта. Тем не менее государственный партнер при определении параметров проекта прежде всего исходит из публичных интересов, стремится минимизировать затраты бюджета и отнести большинство проектных рисков на частного партнера. Последний в разработке ключевых начальных параметров проекта не участвует и только частично может обеспечить свой коммерческий интерес в рамках предложений конкурсной заявки, которые, тем не менее, не могут выходить за рамки, изначально определенные государственным партнером. На практике это приводит к возникновению нежизнеспособных проектов, старт которых срывается из-за отсутствия интереса со стороны инвесторов либо которые в худшем случае прекращаются уже на этапе реализации, когда появляется понимание коммерческой убыточности проекта.

Ситуация может измениться после 1 мая 2015 года. С этой даты вступают в силу поправки в концессионное законодательство, предусматривающие возможность применения механизма частной инициативы при заключении концессионного соглашения (см. части 4.1—4.12 статьи 37 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» в редакции, вступающей в силу с 1 мая 2015 года). С введением нового порядка инициирования проектов их предынвестиционную проработку может осуществлять потенциальный концессионер. Разрабатывая параметры концессионного соглашения, инициатор, с одной стороны, обеспечивает свой коммерческий интерес, а с другой стороны, ограничен интересами концедента. Корректировка

параметров концессионного соглашения будет происходить на переговорах инициатора и концедента. В соответствии с положениями действующей редакции Закона «О концессионных соглашениях» на переговорах по результатам конкурса не могут быть изменены условия соглашения, являвшиеся его критериями и определенные на основании конкурсного предложения победителя конкурса, а также условия, запрет изменения которых установлен конкурсной документацией. В отличие от действующего механизма переговоров по результатам конкурса, при процедуре частной инициативы на переговорах могут корректироваться любые условия соглашения. Такой механизм позволит обеспечивать баланс интересов концедента и концессионера начиная со стадии проработки проекта, а не конкурсных процедур, на которых уже поздно менять какие-либо ключевые параметры.

Пакет поправок в Закон «О концессионных соглашениях» также предусматривает новый механизм распределения основной составляющей предпринимательского риска концессионера — риска спроса, или, как его чаще называют в сфере проектного финансирования, риска трафика. В действующей редакции предусматриваются два варианта его распределения: в рамках классической концессии концессионер взимает плату с пользователей услуги (потребителей товара) и полностью несет риск трафика. В случае заключения контракта жизненного цикла при установлении платы концедента запрещается взимать с иных лиц плату за создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, а также за его использование (эксплуатацию) (часть 13 статьи 3 Закона «О концессионных соглашениях»). Данный запрет снимается поправками, в результате чего появляется возможность оптимизировать финансовые модели концессионных проектов путем диверсификации источников возврата инвестиций концессионера: плата концедента может компенсировать ту часть, которую не будут покрывать платежи пользователей.

Новая редакция концессионного закона, таким образом, позволит эффективно структурировать схемы партнерства в отношении тех объектов, плату за использование которых (с учетом инвестиционной составляющей) нецелесообразно относить полностью на конечного потребителя, но которые частично смогут обеспечить концессионеру платежеспособный спрос на его услуги (работы, товары). К их числу относятся транспортная инфраструктура с относительно невысоким трафиком, объекты социально-культурного назначения и др. С учетом того,



что концессионные платежи также становятся обязательными во всех концессиях, риск сверхдоходов концессионера при такой финансовой модели также может быть минимизирован.

На распределение рисков концессионных проектов также повлияют поправки, значительно расширяющие объем гарантий концессионеру на период действия концессионного соглашения. В частности, конкретизированы механизмы его защиты от неблагоприятных изменений законодательства, а также основания их применения.

Действующая редакция Закона «О концессионных соглашениях» в качестве основания для внесения изменений в концессионное соглашение определяет изменение правового регулирования, в результате которого концессионер в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении концессионного соглашения (часть 1 статьи 20 Закона «О концессионных соглашениях»). При этом норма не конкретизирует, какие условия концессионного соглашения подлежат изменению в случае наступления указанных последствий, что приводит к необходимости проведения еще одного раунда переговоров концедента и концессионера, не гарантирующего удовлетворение интересов концессионера в объеме и способами, на которые он рассчитывал.

Новая редакция указанной нормы конкретизирует основания таких изменений и определяет конкретные меры, которые должен принять концедент для восстановления баланса интересов. В дополнение к основанию, предусмотренному действующей редакцией, механизм, обеспечивающий коммерческие интересы концессионера, начинает действовать в том числе в случае увеличения совокупной налоговой нагрузки на концессионера, а также при установлении в отношении него запретов и ограничений, ухудшающих его положение. Определен также перечень мер, которые обязан принять концедент, в частности увеличить размер платы по концессионному соглашению, продлить его срок с согласия

концессионера, увеличить размер принимаемых на себя расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения. Концедент также вправе предоставить концессионеру дополнительные государственные или муниципальные гарантии.

Благодаря данной поправке концессионер сможет подкрепить свою переговорную позицию требованиями законодательства, а также на его основе обосновать финансовые расчеты для внесения необходимых изменений в соглашение, ведь предел гарантий интересов концессионера (достижение окупаемости инвестиций и получение валовой выручки в объеме не менее изначально определенного концессионным соглашением) также установлен. Тем не менее в силу прямого законодательного запрета стороны не могут сократить расходы концессионера путем смягчения требований к качеству и потребительским свойствам объекта концессионного соглашения.

Еще один блок гарантий концессионера, предусмотренный поправками, конкретизирует основания и порядок изменения условий концессионного соглашения в случае, если его реализация стала невозможной в установленные в нем сроки в результате наступления не зависящих от концессионера обстоятельств. К ним относятся обстоятельства непреодолимой силы; существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении концессионного соглашения; установленная решением суда или федерального антимонопольного органа невозможность исполнения концессионером или концедентом обязательств из концессионного соглашения вследствие решений, действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления и (или) их должностных лиц. При этом концедент в течение тридцати дней обязан отреагировать на предложение концессионера об изменении условий концессионного соглашения (принять решение об изменении существенных условий концессионного соглашения, уведомить концессионера о начале рассмотрения вопроса в рамках подготовки

проекта закона (решения) о бюджете на очередной финансовый период или представить концессионеру мотивированный отказ). В противном случае концессионер вправе приостановить исполнение концессионного соглашения.

Отметим, что новые механизмы гарантии интересов концессионера еще больше сближают концессионное законодательство с инвестиционным и гражданским. Защита от изменения законодательства является классическим механизмом защиты инвестора, в то время как право на приостановление исполнения концессионного соглашения можно отнести к мерам оперативного воздействия, применение которых допускается в гражданско-правовых отношениях.

Одна из наиболее важных поправок возвращает механизм залога прав концессионера по концессионному соглашению в концессионное законодательство. В соответствии с действующей редакцией концессионного закона концессионер не вправе передавать в залог свои права (часть 2 статьи 5 Закона «О концессионных соглашениях»). Новой редакцией предусмотрено исключение из указанного правила: залог допустим в случае заключения прямого соглашения между концедентом, концессионером и кредиторами.

Вместе с тем возможность применения залога в рамках прямого соглашения существенно усложнит его содержание: в отсутствие специального правового регулирования в прямом соглашении необходимо определить все диспозитивные условия, предусмотренные гражданским законодательством в отношении залога прав. В противном случае применение норм Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) может вступить в противоречие с интересами сторон концессионного соглашения и кредиторов. Например, нецелесообразно применять положения статьи 350.1 ГК РФ о продаже прав концессионера с публичных торгов: интерес финан-

сирующих организаций в данном случае заключается прежде всего в замене недобросовестного концессионера. Кроме того, Закон «О концессионных соглашениях» предусматривает специальный порядок замены концессионера, который не позволяет применить положения ГК РФ об оставлении залогодержателем объекта залога за собой: в соответствии с концессионным законодательством финансирующая организация не имеет права требовать перевода на себя прав и обязанностей концессионера даже в случае нарушения им положений прямого соглашения. Решение о замене концессионера без конкурса принимается концедентом всего лишь с учетом мнения кредиторов. Вместе с тем залог, как и любой иной механизм обеспечения обязательств концессионера, открывает новые возможности структурирования кредитных сделок для привлечения заемного финансирования в концессию, а диспозитивное регулирование залоговых обязательств расширяет свободу структурирования финансового закрытия. Например, в определенных случаях в прямом соглашении можно будет предусмотреть перечисление платы концедента по концессионному соглашению напрямую банку как залогодержателю права концессионера в случае нарушения последним своих обязательств (пункт 1 статьи 358.7 ГК РФ).

Таким образом, рассматриваемый пакет поправок направлен на улучшение инвестиционного климата концессий и потенциально будет способствовать повышению интереса частного сектора и финансирующих организаций к концессионным механизмам. Механизм частной инициативы позволит снизить коммерческие риски уже на этапе проработки концессионных проектов, а наличие конкретизированных гарантий прав концессионера, и в особенности применение механизмов залогового обеспечения его обязательств перед банками, дадут возможность привлекать заемное финансирование на существенно более выгодных условиях.

