

Прямое соглашение в проектах с государственным участием: сравнительно-правовой анализ

Макар Игоревич Куделич, к. ю. н., ведущий научный сотрудник
Центра отраслевой экономики НИФИ Минфина России
E-mail: kudulich@nifi.ru, ORCID 0000-0002-3139-8619

Аннотация

На протяжении последних лет Российская Федерация принимала ряд мер, направленных на развитие действующего законодательства с целью создания привлекательных, стабильных и прозрачных условий для притока частных инвестиций в проекты с государственным участием, с одной стороны, и снижения финансового бремени на бюджетную систему — с другой.

В настоящее время инструментарий предоставления инвесторам специальных правовых режимов осуществления хозяйственной деятельности (таких как особые экономические зоны, территории опережающего социально-экономического развития, промышленные технопарки, кластеры и индустриальные парки, специальные налоговые режимы, зоны территориального развития и т. д.) в достаточной степени реализован в системе российского законодательства и хозяйственной практики. Вместе с тем следует признать наличие существенных пробелов в использовании международно признанных инструментов содействия инвесторам в рамках договорных правоотношений. Иными словами, на сегодняшний день в рамках поддержки реализации инвестиционных проектов с участием государства сформирована необходимая институциональная, но не договорная среда, наличие которой является неперенным требованием для привлечения частных, в том числе иностранных инвестиций.

В связи с этим в статье рассматривается один из ключевых элементов международной практики поддержки реализации инвестиционных проектов с участием государства — прямое соглашение с финансирующим лицом (*Direct Agreement*), а также проводится сравнительно-правовой анализ такой практики с российской системой правового регулирования.

В статье сделаны выводы о необходимости расширения возможностей использования прямых соглашений в инвестиционных проектах с государственным участием в России и сформулированы предложения по приведению их положений в соответствие с лучшими мировыми стандартами.

Ключевые слова: прямое соглашение, инвестиционный проект, частные инвестиции, старший кредитор (инвестор), государство

JEL: K12, L32

Для цитирования: Куделич М. И. Прямое соглашение в проектах с государственным участием: сравнительно-правовой анализ // Финансовый журнал. 2019. № 6. С. 57–69. DOI: 10.31107/2075-1990-2019-6-57-69.

ВВЕДЕНИЕ

В международной практике и в научной литературе сложилось устойчивое понимание понятия, содержания и значения института прямого соглашения (*Direct Agreement*) как договора, заключаемого дополнительно к основному соглашению о реализации инвестиционного проекта между государством, проектной компанией и кредитором (представителем группы кредиторов), которое позволяет кредитору обеспечить гарантии своих прав

при финансировании проекта, а государству — снизить вероятность передачи ему проектного риска. Посредством прямого соглашения его стороны могут установить преимущественное регулирование отдельных вопросов по отношению к основному соглашению о реализации инвестиционного проекта с государственным участием.

Использование прямых соглашений является неперенным условием повышения кредитоспособности (*bankability*) инвестиционных проектов с государственным участием за рубежом, оказывает существенное влияние на возможность привлечения заемного финансирования и на условия его предоставления, однако в российской практике и законодательстве они допустимы к использованию только для соглашений о государственно-частном партнерстве и для концессионных соглашений и лишь в ограниченном объеме прав кредитора и допустимых обязанностей государства.

Такая ситуация приводит к существенному разрыву между лучшими практиками использования прямых соглашений как инструментов поддержки реализации инвестиционных проектов с государственным участием в России и за рубежом и, как представляется, нуждается в исправлении.

ПОНЯТИЕ ПРЯМОГО СОГЛАШЕНИЯ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон о ГЧП) определяет прямое соглашение как гражданско-правовой договор, заключенный между публичным партнером, частным партнером и финансирующим лицом или финансирующими лицами в целях регулирования условий и порядка их взаимодействия в течение срока реализации соглашения, а также при изменении и прекращении соглашения¹.

В отличие от этого Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее — Закон о концессиях) не содержит термина «прямое соглашение» и предусматривает лишь возможность использования прав концессионера по концессионному соглашению в качестве обеспечения исполнения обязательств концессионера перед финансирующей организацией и заключение в данном случае трехстороннего соглашения между концедентом, концессионером и кредитором (ч. 4 ст. 5 115-ФЗ) [Зусман Е. В., Долгих И. А., 2015]. Этим соглашением определяются права и обязанности сторон (в том числе ответственность в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения концессионером своих обязательств перед концедентом и кредиторами).

Применительно к иным действующим и проектируемым нормам российского права, регулирующим другие типы инвестиционных проектов с государственным участием, следует отметить, что они вообще не содержат каких-либо положений о прямых соглашениях. Так, например, ни закон о разделе продукции², ни закон о специальных инвестиционных контрактах³ не оперируют понятием прямого соглашения, несмотря на то что они были приняты в целях государственной поддержки и стимулирования инвестиционной деятельности. Более того, инструмент прямого соглашения не предусматривается и в разработанном Министерством финансов Российской Федерации проекте Федерального закона «О защите и поощрении капиталовложений в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», целью которого декларируется «привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации путем создания

¹ Фактически данное определение полностью дублирует положения Модельного закона СНГ о публично-частном партнерстве (принят в г. Санкт-Петербурге 28.11.2014 Постановлением № 41-9 на 41-м пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ).

² Федеральный закон от 30.12.1995 № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции».

³ Федеральный закон от 31.12.2014 № 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации».

для инвесторов дополнительных правовых гарантий прогнозируемости условий ведения производственной и иной хозяйственной деятельности при реализации инвестиционных проектов и правовой защиты капиталовложений»⁴.

Вместе с тем в контексте инвестиционных потребностей ключевое значение имеет не столько определение понятия, сколько допустимое с точки зрения законодательства и практики правоприменения содержание прямых соглашений в проектах с государственным участием.

Положения прямых соглашений, которые обычно предусматриваются как непосредственно в них самих⁵, так и в законодательстве зарубежных стран, могут быть разбиты на две группы: это права инвесторов и обязанности государства (здесь и далее в лице публично-правового образования или уполномоченного хозяйствующего субъекта)⁶ [Axelsson S., 2006; World Bank, 2016; Vinter G., Price G., 2006].

ПРАВА ИНВЕСТОРА (ГРУППЫ ИНВЕСТОРОВ)

Права «вмешательства» в проект

Так называемые права «вмешательства» инвестора⁷ в проект в международной практике предполагают реализацию кредитором права на перемену проектной компании в обязательстве по основному соглашению о реализации инвестиционного проекта с государственным участием в случаях:

- нарушения проектной компанией⁸ своих обязательств по кредитному или иному договору, в рамках которого осуществляется финансирование и (или) рефинансирование инвестиционного проекта с государственным участием (далее также — кредитный договор, кредитное соглашение);
- лишения проектной компании лицензионных, разрешительных или иных документов, необходимых для реализации инвестиционного проекта с государственным участием,
- наступления событий, на основании которых допускается расторжение основного соглашения о реализации инвестиционного проекта с государственным участием, в том числе в одностороннем порядке по инициативе государства.

Прямые соглашения выгодны инвесторам, поскольку они обеспечивают защиту их прав и вложений, однако одновременно с этим использование прямого соглашения выгодно и государству, поскольку реализация указанного права на осуществление перемены лица в обязательстве по основному соглашению о реализации инвестиционного проекта с государственным участием страхует его от так называемой передачи проектного риска.

Как известно, при реализации инвестиционных проектов с государственным участием существует опасность передачи рисков государственному сектору в силу дефолта, ненадлежащего или недобросовестного поведения проектной компании или ее менеджмента, однако, как отмечают специалисты, «поскольку государственный сектор несет соответствующую ответственность за проект, и если проект потерпит неудачу, то государственный сектор не сможет легко оставить финансовые последствия частным партнерам, если это приведет к завершению проекта со всеми отрицательными политическими последствиями»

⁴ См.: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=179512#017067309168357203> (дата обращения: 22.09.2019).

⁵ См., напр., *Queensway Carleton Lender's Direct Agreement. Published by Infrastructure Ontario*. URL: <https://www.infrastructureontario.ca/workarea/downloadasset.aspx?id=34359738698>.

⁶ *National PPP Guidelines. Volume 6: Jurisdictional Requirements. December 2014*. URL: <https://www.infrastructure.gov.au/infrastructure/ngpd/files/Volume-6-Jurisdictional-Requirements-Dec-2014-FA.pdf>.

⁷ Здесь и далее понятия кредитор, инвестор, финансирующее лицо используются в одинаковом значении.

⁸ Здесь и далее понятия проектной компании, концессионера и частного партнера используются в одинаковом значении.

[Старополов В. А., 2014]. Иными словами, особенностью инвестиционных проектов с государственным участием является то, что в конечном счете социальные риски за их успешную реализацию всегда несет государство вне зависимости от того, каким образом они распределены или управляются в соглашении о реализации проекта.

Таким образом, в ходе осуществления проекта могут возникнуть ситуации, когда в случае нарушения обязательств проектной компанией 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 лицу. Интересы кредиторов, главным обеспечением которых являются поступления, получаемые от реализации проекта, в первую очередь пострадают от приостановления или прекращения проекта до погашения кредитов. В случае нарушения обязательств проектной компанией или возникновения препятствия для ее деятельности кредиторы заинтересованы в обеспечении того, чтобы работы по строительству (реконструкции) объекта соглашения не остались незавершенными и чтобы осуществлялась деятельность, приносящая прибыль. Государство также заинтересовано в том, чтобы проект продолжался новым частным партнером, ведь в противном случае государству будет необходимо принять на себя ответственность за реализацию проекта и самостоятельно продолжить его осуществление [Жмулина Д. А., 2015].

Таким образом, через данное право вмешательства «обеспечивается возможность продолжения работы над проектом в случае, если частный партнер оказывается не способен продолжить работу над проектом самостоятельно при возникновении у него как временных, так и постоянных затруднений»⁹. И государство, и финансирующее лицо получают возможность избежать прекращения проекта и продолжить его реализацию путем замены проектной компании¹⁰.

Следует подчеркнуть, что реализация прав на замену проектной компании не освобождает ее от возмещения государству и (или) инвестору убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств как по основному соглашению о реализации инвестиционного проекта с государственным участием, так и по кредитному договору.

В зависимости от положений законодательства той или иной страны замена проектной компании может осуществляться по требованию инвестора как с проведением, так и без проведения нового конкурса, в том числе в зависимости от того, в отношении кого проектная компания допустила неисполнение обязательств — самого кредитора или государства.

При реализации данного права финансирующих лиц в прямом соглашении обычно предусматриваются не только указанные выше основания для осуществления замены, но также ее порядок, сроки, основания для отклонения новой проектной компании, порядок проверки ее соответствия имеющимся требованиям, правила перехода к новой проектной компании соответствующих разрешительных и иных необходимых документов, правила перехода к новой проектной компании долговых обязательств замененного лица в соответствующей неисполненной части и т. д.

В российском праве в целом реализована возможность осуществления финансирующим лицом «прав вмешательства», однако, как уже отмечалось, только в рамках соглашений о государственно-частном партнерстве и о концессионных соглашениях.

⁹ Комментарий к модельному закону «О публично-частном партнерстве» (принят в г. Санкт-Петербурге 20.05.2016 Постановлением № 44-15 на 44-м пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ).

¹⁰ Любопытная разновидность права вмешательства финансирующего лица предусмотрена Законом Республики Узбекистан «О государственно-частном партнерстве» № ЗРУ-537 от 19.05.2019, по которому кредитор вправе не только заменить частного партнера, но и «отстранить» его от руководства реализацией проекта на условиях, предусмотренных в соглашении о государственно-частном партнерстве (ст. 35).

Так, при неисполнении или ненадлежащем исполнении частным партнером своих обязательств перед публичным партнером и (или) финансирующим лицом п. 13 ст. 13 Закона о ГЧП предусмотрена возможность перехода прав и обязанностей по соглашению двумя способами: путем проведения публичным партнером нового конкурса по выбору частного партнера и без проведения такового.

Следует отметить, что в отличие от лучших мировых практик [ЮНСИТРАЛ, 2001] российский закон связывает возможность замены частного партнера путем проведения нового конкурса исключительно с неисполнением или ненадлежащим исполнением им своих обязательств перед публичным партнером и (или) финансирующим лицом (п. 13 ст. 13 Закона о ГЧП), но не с наступлением других событий, которые могут представлять собой иные основания для прекращения основного соглашения по инвестиционному проекту с государственным участием, в том числе в одностороннем порядке по инициативе государства, или которые могут быть связаны с утратой проектной компанией необходимых для реализации проекта разрешительных документов.

Без проведения конкурса замена частного партнера допускается на основании решения публичного партнера и с учетом мнения в письменной форме финансирующего лица только в случае, когда «неисполнение или ненадлежащее исполнение частным партнером обязательств по соглашению повлекло за собой нарушение существенных условий соглашения и (или) причинение вреда жизни или здоровью людей либо имеется угроза причинения такого вреда и (или) возбуждено производство по делу о банкротстве в отношении частного партнера»¹¹. При этом новый частный партнер, к которому переходят права и обязанности по соглашению, должен соответствовать требованиям к частным партнерам, установленным законом и конкурсной документацией. Кроме того, условия соглашения изменяются на основании данных о фактически исполненных замененным частным партнером к моменту проведения конкурса обязательствах по соглашению.

С проведением конкурса замена частного партнера осуществляется с соблюдением следующих требований к этому конкурсу:

«1) вид конкурса (открытый конкурс или закрытый конкурс), условия и критерии конкурса, проводимого в целях замены частного партнера по соглашению, устанавливаются решением о реализации проекта, в соответствии с которым было заключено соглашение;

2) положения конкурсной документации, на основании которой проводится конкурс в целях замены частного партнера, должны соответствовать положениям конкурсной документации, утвержденной решением о реализации проекта, в соответствии с которым было заключено соглашение, за исключением положений, в том числе параметров критериев такого конкурса, которые изменяются с учетом фактически исполненных частным партнером к моменту проведения такого конкурса обязательств по соглашению;

3) условием конкурса, проводимого в целях замены частного партнера, является обязательство победителя конкурса по исполнению обязательств частного партнера перед финансирующим лицом в порядке и на условиях, которые согласованы с финансирующим лицом и предусмотрены конкурсной документацией на проведение конкурса в целях замены частного партнера по соглашению»¹².

Кроме того, отсутствие необходимости проведения нового конкурса в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения частным партнером своих обязательств перед финансирующим лицом может быть предусмотрено соглашением о ГЧП или прямым соглашением (п. 15 ст. 13 Закона о ГЧП), что следует признать положительным аспектом правового регулирования, который соответствует лучшим практикам.

¹¹ П. 14 ст. 13 Закона о ГЧП.

¹² П. 15 ст. 13 Закона о ГЧП.

Между публичным партнером и победителем конкурса заключается соглашение о замене лица по соглашению, при этом права и обязанности «старого» частного партнера по соглашению о государственно-частном партнерстве прекращаются. В случае если победитель нового конкурса представил лучшие условия по сравнению с условиями соглашения о ГЧП, в него вносятся соответствующие изменения. Однако в любом случае, как и при замене частного партнера без проведения конкурса, условия соглашения изменяются на основании данных о фактически исполненных замененным частным партнером к моменту проведения конкурса обязательствах по соглашению.

Следует отметить, что в отличие от лучших международных практик законодательство Российской Федерации о ГЧП оставляет открытым вопрос перехода к новому частному партнеру необходимых разрешительных и иных документов, если они необходимы для осуществления деятельности по проекту.

В случае если кредитор не воспользуется своим правом на замену частного партнера и такая замена не будет осуществлена в течение 360 дней, соглашение подлежит досрочному расторжению.

Применительно к концессионным правоотношениям замена концессионера также может осуществляться с проведением или без проведения нового конкурса. Основания и условия для замены концессионера аналогичны тем, которые предусмотрены для соглашений о ГЧП, за исключением того, что замена концессионера без проведения конкурса не может быть связана с возбуждением в его отношении дела о несостоятельности (банкротстве). Ввиду того что права собственности на объект концессионного соглашения всегда принадлежат концеденту, специальные правила относительно перехода прав на объект концессионного соглашения законодательство не содержит, однако содержит аналогичные требования об обязанности «выбывающего» лица передать технические средства обеспечения функционирования объектов информационных технологий, информацию в документальной форме или в форме записи на электронных носителях, полученную при осуществлении деятельности в соответствии с соглашением.

Следует отметить, что в отличие от рекомендаций руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, которые отмечают нецелесообразность использования для выбора нового частного партнера те же процедуры, которые применялись при выборе первоначального частного партнера, российское законодательство, как было показано выше, предусматривает использование аналогичных требований к конкурсу и условиям конкурсной документации (с поправкой на объем выполненных заменяемым лицом обязательств).

Таким образом, следует признать не только ограниченные возможности использования инструмента прямых соглашений в инвестиционных проектах с государственным участием в России, но и их неполное соответствие лучшим мировым практикам в части «прав вмешательства» инвестора в проект даже в тех случаях, когда их применение допустимо (соглашения о ГЧП, концессионные соглашения). В частности, имеет место ограниченный перечень оснований для реализации инвестором прав «вмешательства», не решены вопросы перехода к новому частному партнеру необходимых разрешительных и иных документов в случае, если они необходимы для осуществления деятельности по проекту, и т. д.

Права «вступления» в проект (step in rights)

Большое значение для реализации инвестиционных проектов с государственным участием имеет возможность переуступки прав и обязанностей проектной компании по соглашениям об их реализации в случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) ею своих обязательств. Данное положение прямого соглашения так же, как и реализация прав «вмешательства», позволяет избежать расторжения основного соглашения, влекущего в свою очередь прекращение осуществления проекта, и расходов на компенсационные выплаты кредитору.

В отличие от права «вмешательства», рассмотренного выше, право «вступления» (*step-in*) финансирующего лица в проект предполагает, что кредитор может принять на себя как все права и обязанности по основному соглашению, так и некоторые из них.

Международно признанными составляющими права вступления финансирующего лица в проект являются получение финансирующим лицом:

- прав проектной компании по приему платежей от пользователей объекта, создаваемого (реконструируемого) в рамках инвестиционного проекта с государственным участием¹³;

- прав проектной компании на объект соглашения (в силу реализации права залога);

- прав на отчуждение долей в уставном (складочном) капитале проектной компании и изменение его размера без получения согласия государства.

Иными словами, реализация прав вступления в проект может быть осуществлена финансирующим лицом как в полном объеме (путем полной переуступки прав и обязанностей проектной компании), так и частично путем получения финансирующим лицом только прав на непосредственное получение денежных поступлений по проекту, прав на объект соглашения или прав на отчуждение долей в уставном (складочном) капитале частного партнера и изменение его размера.

В российской практике и законодательном регулировании права вступления инвестора в инвестиционный проект с государственным участием посредством использования прямого (трехстороннего) соглашения реализованы лишь частично.

Так, в части соглашений о государственно-частном партнерстве допускается возможность передачи в залог объекта соглашения и (или) прав частного партнера по соглашению финансирующему лицу. При этом обращение взыскания на предмет залога допускается исключительно «если в течение не менее чем ста восьмидесяти дней со дня возникновения оснований для обращения взыскания не осуществлена замена частного партнера либо если соглашение о ГЧП не было досрочно прекращено по решению суда в связи с существенным нарушением частным партнером условий соглашения»¹⁴. Таким образом, по соглашениям о государственно-частном партнерстве не допускается возможность вступления финансирующего лица в проект в полном объеме (путем полной переуступки прав и обязанностей частного партнера), однако возможно осуществление отдельных составляющих права вступления финансирующего лица в проект, в том числе права на получение платежей от пользователей объекта и прав на объект соглашения. Возможность осуществления отчуждения долей в уставном (складочном) капитале частного партнера (если финансирующее лицо владеет ими прямо или косвенно) и изменение его размера без получения согласия государства законодательством не запрещено, но и не предусмотрено, что потенциально означает возможность возникновения значительного количества правоприменительных споров относительно правомочности кредитора по свободной реализации этого права, поскольку смена состава акционеров (участников) частного партнера потенциально способна существенным образом повлиять на исполнение его обязательств по соглашению.

Применительно к концессионным правоотношениям допускается передача в залог прав концессионера по концессионному соглашению, а перемена лиц по концессионному соглашению путем уступки требования или перевода долга допускается только с согласия концедента (причем такая перемена лиц осуществляется не в рамках трехстороннего соглашения и может быть реализована в отношении любого лица, не только финансирующего,

¹³ Речь идет о том, что права проектной компании на получение денежных средств от пользователей объекта, который создается (реконструируется) в рамках проекта, передаются финансирующему лицу, предоставляя таким образом необходимые денежные поступления (*cash flow*) в счет кредитного обязательства.

¹⁴ П. 6 ст. 7 Закона о ГЧП.

которое не имеет в данном случае никакого приоритета). Запрет на перемену лиц по концессионному соглашению путем уступки требования или перевода долга предусмотрен для случаев, когда объектом концессионного соглашения являются системы теплоснабжения, централизованные системы горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельные объекты таких систем, а уступка требования или перевод долга осуществляется в пользу иностранных физических и юридических лиц и иностранных структур без образования юридического лица либо осуществляется передача прав по концессионному соглашению в доверительное управление (п. 2–3 ст. 5 и п. 7 ст. 42 Закона о концессиях). В силу обязательного нахождения объекта концессионного соглашения в собственности концедента (п. 1 ст. 3 Закона о концессиях) предоставление финансирующему лицу залоговых прав на объект концессионного соглашения в данном случае не допускается.

Сравнительный анализ степени реализации прав вступления в проект в прямых (трехсторонних) соглашениях в рамках российского концессионного законодательства и законодательства о ГЧП представлен в табл. 1.

Таблица 1

**Реализация прав вступления инвестора в проект
в прямых (трехсторонних) соглашениях в рамках российского
концессионного законодательства и законодательства о ГЧП /
Realization of the investor rights to step into a project in direct (tripartite) agreements
within the framework of the Russian concession law and legislation on PPP**

Вид соглашения/ права вступления	Соглашение о ГЧП	Концессионное соглашение
Полная переуступка прав	В рамках прямого соглашения не предусмотрена	Возможна с согласия концедента не в рамках трехстороннего соглашения. Финансирующее лицо не имеет преимуществ, и уступка не может быть совершена по его требованию
Приобретение прав проектной компании на получение платежей от пользователей объекта	Допускается в форме залога	Допускается в форме залога
Приобретение прав проектной компании на объект соглашения	Допускается в форме залога	Не допускается
Право на отчуждение долей в уставном (складочном) капитале проектной компании и изменение его размера без получения согласия государства	Не регулируется	Не регулируется

Источник: составлено автором / Source: compiled by the author.

Право отчуждения кредиторских прав

Данное право инвестора предполагает возможность без согласия иных участников передать третьим лицам свои права и обязанности по кредитному или иному соглашению, в рамках которого осуществляется финансирование и (или) рефинансирование инвестиционного проекта с государственным участием.

Реализация данного права в прямом соглашении предполагает, что финансирующее лицо до завершения инвестиционного проекта с государственным участием может уступить свои права финансирования проектной компании другому лицу и не будет сталкиваться в связи с этим с каким-либо противодействием со стороны государства или самой проектной компании.

Данное право является исключительно важным, поскольку практика работы большинства крупнейших международных финансовых институтов, таких как Всемирный банк или Международная финансовая корпорация, свидетельствует о том, что их инвестиционные стратегии ориентированы на финансирование проектов на начальных этапах их

реализации. Иными словами, крупные международные инвесторы, обладающие статусом институтов развития, как правило, выходят из инвестиционных проектов с государственным участием до их завершения путем перевода долга на иное лицо, поскольку в их задачи входит не столько получение прибыли, сколько стимулирование последующей инвестиционной активности частных инвесторов и запуск (*kick off*) проектов.

Вместе с тем в российской практике и законодательстве возможность передать свои права и обязанности по кредитному или иному соглашению с проектной компанией до его завершения теоретически возможна лишь в рамках общих норм гражданского законодательства о переводе долга (гл. 24 Гражданского кодекса РФ). Однако это не отражено в специальном законодательстве, посвященном прямому соглашению, что, как и в случае с отчуждением долей в уставном (складочном) капитале проектной компании, потенциально означает возможность возникновения значительного количества правоприменительных споров относительно правомочности кредитора по свободной реализации этого права, поскольку изменение качественного состава инвесторов зачастую рассматривается государством как важный фактор, влияющий на риски реализации проекта.

ОБЯЗАННОСТИ ГОСУДАРСТВА

Российское законодательство весьма лаконично в вопросах определения обязанностей публичной стороны, подлежащих включению в прямые соглашения как в рамках соглашений о ГЧП, так и в рамках концессионных соглашений. Фактически такие обязанности не определяются прямо, а могут быть лишь косвенно выделены исходя из имеющегося режима правового регулирования прямых соглашений в применимом законодательстве. Так, применительно к прямым соглашениям, заключаемым в рамках ГЧП и к трехсторонним соглашениям в рамках концессий, обязательства государства по существу ограничиваются лишь самой обязанностью производить замену частного партнера (концессионера) в установленном конкурсном или внеконкурсном порядке (и, соответственно, подписать соглашение с новым частным партнером или концессионером) с некоторым дополнительным обременением в виде, например, обязанности получить письменное мнение финансирующего лица (кредитора) в случае замены частного партнера (концессионера) по своему решению без проведения конкурса (п. 14 ст. 13 Закона о ГЧП, п. 4 ст. 5 Закона о концессиях). Кроме того, косвенная обязанность государства не выдвигать возражений против передачи концессионером своих прав по концессионному соглашению в качестве способа обеспечения исполнения обязательств концессионера перед кредиторами либо против передачи частным партнером в залог объекта соглашения о ГЧП и (или) своих прав по соглашению о ГЧП финансирующему лицу следует, соответственно, из п. 4 ст. 5 Закона о концессиях и из п. 6 ст. 7 Закона о ГЧП. Иных обязанностей государства в рамках прямых соглашений российский закон прямо не предписывает. Вместе с тем в мировой практике использования прямых соглашений круг обязанностей государства, обычно включаемых в такие договоры, значительно шире.

Так, предусматриваемые в мировой практике дополнительные обязанности государства в рамках прямого соглашения включают в себя следующие обязательства.

1. Информировать кредитора (здесь и далее — также представителя группы кредиторов) об имеющихся, а также исполненных и подлежащих исполнению обязательствах проектной компании в случае, когда кредитор уведомит государство о нарушении проектной компанией своих обязательств по кредитному или иному договору, в рамках которого осуществляется финансирование и (или) рефинансирование инвестиционного проекта с государственным участием.

Данное право необходимо финансирующему лицу для того, чтобы заблаговременно установить взаимосвязь между просрочками или иными нарушениями со стороны проектной компании по кредитному договору и текущей ситуацией, которая имеет место

по основному соглашению о реализации инвестиционного проекта с государственным участием. Получение такой информации позволяет эффективно осуществлять управление рисками и предотвращать факты долгосрочного неисполнения или ненадлежащего исполнения проектной компанией своих обязательств.

2. Информировать кредитора о ставших известными фактах лишения проектной компании необходимых лицензионных или иных разрешительных документов и (или) нарушении иных обязательных требований, предъявляемых законодательством к осуществляемой в рамках проекта деятельности.

Данное право необходимо финансирующему лицу для того, чтобы управлять рисками, связанными с осуществлением своевременной замены проектной компании или реализации своих прав вступления в проект. Как известно, замена проектной компании требует определенного времени, и чем раньше кредитор получит информацию, свидетельствующую о возможности скорого наступления оснований для реализации прав вмешательства или вступления в проект, тем ниже вероятность его прекращения по пресекательным условиям законодательства. Так, например, как было показано выше, согласно императивному требованию Закона о ГЧП в случае, если кредитор не воспользуется своим правом на замену частного партнера и такая замена не будет осуществлена в течение 360 дней, соглашение подлежит досрочному расторжению.

3. Осуществлять расторжение соглашения о реализации инвестиционного проекта с государственным участием в одностороннем порядке по своей инициативе по основаниям, которые предусмотрены таким соглашением только по согласованию с кредитором (а также не расторгать в одностороннем порядке по собственной инициативе соглашение о реализации инвестиционного проекта с государственным участием по основаниям, которые им предусмотрены в случае, если причина, которая является основанием для такого расторжения, будет устранена новой проектной компанией в рамках произведенной замены в установленный срок).

Данное право является дополнительным защитным фактором к правам вмешательства и вступления в проект, предотвращающим возможность прекращения проекта (и, как следствие, потери возможности для кредитора вернуть предоставленные средства с учетом необходимой нормы доходности), который позволяет финансирующему лицу предпринять необходимые действия в отношении проектной компании, чтобы не допустить досрочного расторжения соглашения о реализации инвестиционного проекта с государственным участием.

4. Не применять штрафные и иные санкции, предусмотренные соглашением о реализации инвестиционного проекта с государственным участием, не возбуждать процедур несостоятельности (банкротства) в отношении проектной компании без предварительного уведомления кредитора.

Данная обязанность позволяет как финансирующему лицу, так и государству более эффективно управлять рисками, связанными с возможным потенциальным дефолтом проектной компании и последующими негативными последствиями для проекта, общества и кредитных обязательств. Обеспечение согласованного поведения государства и кредитора в этом отношении существенным образом повышает качество управления инвестиционным проектом с государственным участием.

5. Приостановить исполнение своих обязательств по соглашению о реализации инвестиционного проекта с государственным участием в течение периода, в рамках которого кредитору предоставлено право на осуществление замены проектной компании, с момента уведомления финансирующим лицом о намерении осуществить такую замену.

Данная обязанность исключительно важна в контексте обеспечения прав финансирующего лица в течение срока, во время которого происходит замена проектной компании. Дело в том, что вне зависимости от того, в какой форме она осуществляется

(с проведением или без проведения нового конкурса), данная процедура требует достаточно продолжительного времени, и без соответствующей оговорки в прямом соглашении о приостановлении исполнения обязательств публичной стороны последствия могут иметь негативный характер как для инвестора, так и для государства. С точки зрения государства они могут быть связаны с неэффективными расходами бюджетных средств, когда такие средства предоставляются в проект в отношении проектной компании, по которой кредитором принято (или может быть принято) решение о замене. С точки зрения инвестора отсутствие обязательной и заблаговременно оговоренной приостановки исполнения может повлечь необходимость последующего долгосрочного истребования полученных дефолтной проектной компанией государственных средств в оплату предоставленного кредита.

6. Принимать по требованию кредитора все меры, необходимые для надлежащего обеспечения перемены лица в обязательстве.

Данная обязанность подкрепляет законодательно установленные требования в отношении действий государства, направленных на замену проектной компании, которые в ряде случаев могут быть недостаточны с точки зрения финансирующего лица. Кроме того, их закрепление в прямом соглашении позволяет осуществлять их судебную защиту, в том числе понуждать к исполнению.

7. Заключить новое прямое соглашение на аналогичных условиях в случае замены кредитора (или группы кредиторов) по кредитному или иному договору, в рамках которого осуществляется финансирование и (или) рефинансирование инвестиционного проекта с государственным участием.

Данная обязанность корреспондирует рассмотренному выше праву кредитора без согласия иных участников передать свои права и обязанности по кредитному или иному соглашению, в рамках которого осуществляется финансирование и (или) рефинансирование инвестиционного проекта с государственным участием, то есть праву досрочного выхода из проекта. Уступая свой долг, финансирующее лицо (в особенности если это международный финансовый институт, которому не безразлична репутация инвестиционных проектов, в которых он принимал участие) должно быть уверено, что новый кредитор получит аналогичный объем прав по прямому договору, который был у него самого.

8. Не ссылаться на нарушение положений соглашения о реализации инвестиционного проекта с государственным участием в случае, если кредитор (кредиторы) реализовали свои права, предусмотренные кредитным или иным договором, в рамках которого осуществляется финансирование и (или) рефинансирование проекта, в том числе путем реализации прав в отношении долей в уставном капитале проектной компании или уступки собственных прав по кредитному договору.

Данная обязанность позволяет исключить возможные судебные разбирательства относительно возникающих по тем или иным причинам возражений со стороны государства в части реализации финансирующим лицом своих прав в отношении проектной компании, стоимость которых в развитых государствах исключительно высока. Гарантии отказа государства от каких-либо претензий, связанных с реализацией кредиторами своих прав, существенным образом влияют на снижение стоимости заемного финансирования.

9. Не вносить изменений в соглашение о реализации инвестиционного проекта с государственным участием без предварительного извещения (или согласования) инвестора.

Это положение прямого соглашения является одной из ключевых гарантий в отношении финансирующих лиц, поскольку оно никогда не предусматривается в законодательстве и имеет исключительно договорную природу, обусловленную свободным волеизъявлением государства. Вместе с тем его значение трудно переоценить, поскольку изменение условий основного соглашения о реализации инвестиционного проекта с государственным участием способно существенным образом повлиять на характер, объемы и сроки исполнения проектной компанией своих обязательств по кредитному договору, который

также может нуждаться в корреспондирующем изменении. В отсутствие такого условия инвестор лишается важнейшего рычага управления кредитными рисками.

К сожалению, необходимо признать, что все из перечисленных выше дополнительных обязанностей государства применительно к прямым соглашениям не только не предусмотрены действующим российским законодательством, но и не реализуются на практике либо в силу имеющихся законодательных ограничений, либо в силу исключительно консервативного подхода публично-правовых образований, избегающих заключения договоров, содержание которых прямо не предписано законодательством.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, с целью обеспечения соответствующих мировым стандартам прав финансирующих лиц (инвесторов, кредиторов) в инвестиционных проектах с государственным участием необходимо на законодательном уровне:

1. Предусмотреть возможность использования прямых соглашений не только в проектах ГЧП и концессионных соглашениях, но и в специальных инвестиционных контрактах, инвестиционных соглашениях, соглашениях о защите и поощрении капиталовложений, соглашениях, заключаемых в рамках территорий опережающего социально-экономического развития, и т. д.

2. Расширить перечень оснований для реализации инвестором прав «вмешательства» в проект в связи с наступлением событий, которые могут представлять собой иные (помимо указанных в законодательстве) основания для прекращения основного соглашения по инвестиционному проекту с государственным участием, в том числе в одностороннем порядке по инициативе государства, или которые могут быть связаны с утратой проектной компанией необходимых для реализации проекта разрешительных документов.

3. Гарантировать возможность включения в прямые соглашения дополнительных обязанностей государства, рассмотренных в настоящей статье.

4. Закрепить право инвестора на отчуждение долей в уставном (складочном) капитале проектной компании или на изменение его размера, а также на уступку своих прав финансирования проектной компании другому лицу без получения согласия государства (если иное не будет предусмотрено прямым соглашением).

5. Определить порядок полной переуступки прав и обязанностей проектной компании в концессионных проектах при наличии прямого соглашения, а также права финансирующего лица при такой переуступке.

Список источников

Жмулина Д. А. Перемена лиц в обязательстве из соглашения о публично-частном партнерстве // Юрист. 2015. № 21. С. 32–37.

Зусман Е. В., Долгих И. А. Концессия: анализ ключевых новелл // Закон. 2015. № 3. С. 50–59.

Руководство для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников / ЮНСИТРАЛ, ООН. 2001. URL: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurem/pfip/guide/pfip-r.pdf>.

Старополов В. А. Зарубежный и отечественный опыт использования государственно-частного партнерства в современных условиях // Вестник Института мировых цивилизаций. 2014. № 8. С. 93–119.

Axelsson S. Project Finance and the Efficiency of Direct Agreements Under Swedish Law / The Department of Law School of Business and Law at Göteborg, University, 2006. URL: <https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/1891/1/200636.pdf>.

Key Issues in Developing Project Financed Transactions / World Bank, 2016. URL: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/issues-in-project-financed-transactions#direct>.

Vinter G., Price G. Project Finance A Legal Guide. 3d ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.

Поступила в редакцию 22 сентября 2019 г.

Принята к публикации 12 декабря 2019 г.

DOI: 10.31107/2075-1990-2019-6-57-69

Direct Agreements in Projects With State Participation: Comparative Legal Analysis

Makar I. Kudelich¹ (e-mail: kudelich@nifi.ru), ORCID 0000-0002-3139-8619

¹ Financial Research Institute, Moscow 127006, Russian Federation

Abstract

Over the past years, the Russian Federation has taken a number of measures aimed at developing existing legislation in order to create attractive, stable and transparent conditions for private investment in projects with state participation, on the one hand, and to reduce the financial burden on the budget system, on the other.

Currently, the tools to provide investors with special legal regimes for carrying out economic activities (such as special economic zones, territories of priority social and economic development, industrial technology parks, clusters and industrial parks, special tax regimes, territorial development zones etc.) are sufficiently implemented in the system of Russian legislation and economic practice. However, it should be recognized that there are significant gaps in the use of internationally recognized instruments to assist investors in the framework of contractual relations.

In other words, today, regarding supporting the implementation of investment projects with state participation, only the necessary institutional, but not contractual environment has been formed, the latter being an indispensable requirement for attracting private (including foreign) investors. In this regard, the article considers one of the key elements of the international practice in supporting the implementation of investment projects with state participation — a direct agreement with senior creditors, and also contains a comparative legal analysis of such practice with the Russian system of legal regulation.

The article concludes that it is necessary to expand the possibilities of using direct agreements in investment projects with state participation in Russia, and formulates proposals to bring their provisions in line with the best international standards.

Keywords: direct agreement, investment project, private investment, senior creditor (investor), state

JEL: K12, L32

For citation: Kudelich M.I. Direct Agreements in Projects With State Participation: Comparative Legal Analysis. *Financial Journal*, 2019, no. 6, pp. 57–69 (In Russ.). DOI: 10.31107/2075-1990-2019-6-57-69.

References

Axelsson S. (2006). Project Finance and The Efficiency of Direct Agreements Under Swedish Law. The Department of Law School of Business and Law at Göteborg, University. Available at: <https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/1891/1/200636.pdf>.

Staropolov V.A. (2014). Foreign and Domestic Experience of Using Public-Private Partnerships in Modern Conditions. *Vestnik Instituta Mirovykh Tsivilizatsij — Bulletin of the Institute of World Civilizations*, no. 8, pp. 93–119 (in Russ.).

UNCITRAL (2001). Legislative Guide to Privately Financed Infrastructure Projects (in Russ.). Available at: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurem/pfip/guide/pfip-r.pdf>.

Vinter G., Price G. (2006). *Project Finance: A Legal Guide*. 3d ed. London: Sweet & Maxwell, p. 273–275.

World Bank (2016). Key Issues in Developing Project Financed Transactions. Available at: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/issues-in-project-financed-transactions#direct>.

Zhmulina D.A. (2015). Substitution of Parties to an Obligation under the Public-private Partnership Agreement. *Yurist — Lawyer*, no. 21, pp. 32–37 (in Russ.).

Zusman E.V., Dolgikh I.A. (2015). Concession: Analysis of Key Novelities. *Zakon — Law*, no. 3, pp. 50–59 (in Russ.).

Received 22.09.2019

Accepted for publication 12.12.2019