



Владимир Килинков

К.ю.н., руководитель российской практики ГЧП Dentons

Об актуальности и роли соглашений о ГЧП в развитии публичной инфраструктуры России

Руководитель российской практики ГЧП Dentons Владимир Килинков оценивает актуальность и роль соглашений о ГЧП в развитии публичной инфраструктуры России. По его мнению, Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации...» пока не смог оправдать возлагавшиеся на него надежды и только начинает наращивать объемы применения: в последние два года наблюдается всплеск интереса к соглашениям о ГЧП.

Течение времени и сложные экономические условия, в которых оказалась страна в последние десять лет, потребовали активного и повсеместного участия частного капитала в модернизации инфраструктуры.

Политические, социальные и экономические реалии приводят к необходимости достижения компромисса с инвестором, заинтересованным в праве собственности как гарантии сохранности и эффективности вложенных ресурсов. Данный компромисс нашел отражение в принятом почти пять лет назад Федеральном законе 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 № 224-ФЗ, Закон о ГЧП), вступившем в силу 01.01.2016. Этот Закон позволяет структурировать проекты ГЧП таким образом, что право собственности на построенный (реконструированный) объект возникает у частного партнера, — в совокупности с другими инструментами и гарантиями, предусмотренными законом. Это должно было придать импульс развитию инфраструктуры за счет внебюджетных источников.

Следует отметить, что Закон № 224-ФЗ стал результатом почти трехлетней работы

экспертов и имел довольно непростую судьбу. С момента принятия закона в первом чтении в апреле 2013 г. сменилось множество редакций законопроекта, а объем итогового документа превысил объем законопроекта, принятого в первом чтении, более чем в 10 раз. Несмотря на то, что подготовка правового акта курировалась Министерством экономики РФ и Комитетом по вопросам собственности Государственной Думы, а в разработке текста Закона принимали участие многие известные специалисты в сфере ГЧП в России, процесс согласования проекта с Министерством финансов, Федеральной антимонопольной службой и Администрацией Президента оказался чрезвычайно тяжелым и позиции сторон значительно расходились по целому ряду ключевых вопросов. Данные трудности отчасти объясняются отсутствием в нашей стране единого понимания эффективных механизмов развития публичной инфраструктуры, общего подхода к оценке рисков и последствий злоупотреблений в проектах ГЧП, а также острой нехваткой опыта в области ГЧП как таковой.

Отсутствие научной поддержки и общий низкий уровень компетенции отдельных государственных органов в отношении механизмов ГЧП во многом стали причиной того, что изменения, внесенные в Федеральный закон «О концессионных

соглашениях» (далее – Закон о КС), и последующее принятие Закона о ГЧП в период с 2013 по 2015 годы привели к размыванию концепции государственно-частного партнерства в отечественном законодательстве, искусственному разделению концессионных соглашений и соглашений о государственно-частном, муниципально-частном партнерстве (соглашения о ГЧП, СГЧП) на основе нетрадиционных для общепринятой мировой практики критериев (право собственности на объект инфраструктуры, целевая эксплуатация объекта публичным партнером). При этом ни Закон о КС, ни Закон о ГЧП нельзя назвать сбалансированными, оба закона содержат в себе множество барьеров и недостатков, на которые накладывается низкое качество правоприменительной практики по фундаментальным вопросам (природа соглашений в сфере ГЧП, природа платежей публичного партнера, гарантий частного партнера и пр.), что существенно затрудняет приток частных инвестиций в государственную и муниципальную инфраструктуру.

Как указано выше, Закон № 224-ФЗ вводит особую концепцию ГЧП. В традиционном, принятом во многих странах понимании термин «публично-частное партнерство» («государственно-частное партнерство») обозначает те специальные проекты публично-частного взаимодействия, в которых возврат инвестиций происходит за счет публичного партнера, в отличие от концессий, при которых возврат инвестиций осуществляется частным партнером за счет сбора платы с потребителей. В трактовке нового Закона под государственно-частными и муниципально-частными партнерствами (МЧП) понимаются проекты ГЧП, реализуемые исключительно по модели частной собственности на объект инфраструктуры, а все остальное называется концессиями, под которые подпадают как традиционные концессии, так и традиционные проекты ГЧП, основанные на публичной собственности.

Можно констатировать, что вследствие такого подхода законодатель не только не внес ясность в понимание термина «государственно-частное партнерство», в отношении которого в российской науке уже давно идет полемика, а лишь добавил для него еще одно значение. Концептуально, ввиду единой экономической и правовой природы концессионных соглашений и соглашений о ГЧП, отсутствия значительных юридических, финансовых и административных различий между данными механизмами, вслед за многими зарубежными странами, имеющими единый закон о ГЧП, международным опытом и стандартами, полагаем вполне корректным ставить вопрос о целесообразности объединения Закона о КС и Закона о ГЧП в единый федеральный закон о государственно-частном партнерстве. С учетом того, что содержательно данные законы по меньшей мере на 2/3 совпадают, но одни и те же по смыслу положения сформулированы зачастую по-разному, это вполне соответствовало бы принципу законодательной экономии и способствовало бы взаимному восполнению многих пробелов и неточностей данных актов. В то же время, в текущих кризисных условиях своевременность подобной кодификации неочевидна. Возможно, сейчас было бы более правильным сосредоточиться на ключевых изменениях и мерах поддержки, необходимых рынку для сохранения существующих проектов и обеспечения дальнейшего притока частных инвестиций в государственную инфраструктуру.

Возвращаясь к оценке Закона о ГЧП и его роли в развитии инфраструктуры, следует признать, что российское экспертное сообщество в большинстве своем приветствовало принятие Закона № 224-ФЗ — несомненно, это стало знаменательным событием для российского рынка инфраструктуры. Справедливости ради можно констатировать, что, в целом, Закон получился неплохим, он учитывает значительную часть интересов публичных и частных партнеров, желающих

реализовывать инвестиционные проекты по модели частной собственности в отношении инфраструктуры. Среди других достоинств Закона № 224-ФЗ, помимо возможности приобретать объект инфраструктуры в собственность частного партнера, следует, конечно, отметить возможность осуществления частным партнером технического обслуживания объекта ГЧП без необходимости осуществления частным партнером функциональной, целевой эксплуатации, то есть использования объекта по его назначению путем оказания с использованием объекта ГЧП услуг, выполнения работ, производства товаров.

Также можно вспомнить условную возможность залога объекта ГЧП в целях финансирования проекта, а также отсутствие требования об обязательности типовых/примерных соглашений, утвержденных постановлениями Правительства РФ (есть в Законе о концессионных соглашениях), и регулирование вопросов заключения трехсторонних прямых соглашений публичного и частного партнеров с финансирующей организацией. Все это в совокупности должно было повысить банкуемость (bankability) проектов ГЧП в России.

В то же время сейчас, спустя пять лет после принятия Закона № 224-ФЗ, следует признать, что он ожидаемо не смог оправдать возлагавшиеся на него надежды и только начинает более-менее активно применяться. Недоработки данного Закона, очевидные для всего профессионального сообщества еще на момент его принятия и на которые умышленно закрыли глаза профильные министерства и ведомства, привели к тому, что на настоящий момент по Закону № 224-ФЗ крайне редко структурируются крупные проекты объемом инвестиций более 1 млрд. руб., а общее количество таких проектов не превышает трех десятков на всю Россию.

Среди существенных недостатков Закона № 224-ФЗ можно, в частности, обозначить:

- длительные (пусть и сокращенные недавно в два раза) сроки рассмотрения частной инициативы, оценки эффективности проекта и установления его сравнительного преимущества перед проектами ГЧП;
- несовершенство положений об объекте СГЧП, включая ограниченную сферу его применения, проблемы и риски залога объекта частным партнером;
- проблемы положений о субъектах СГЧП - повышенные требования к частному партнеру, запрет на прямой и косвенный контроль частного партнера со стороны государства или компаний, контролируемых государством (а в ряде случаев также иностранными лицами), на участие таких компаний на стороне частного партнера;
- усложненный механизм привлечения субподрядчиков;
- ошибки в положениях о предоставлении земельных участков, участков недр, водных объектов и др.

Инструмент частной инициативы в реализации проектов ГЧП отражен в Законе № 224-ФЗ также в весьма ограниченном виде, как, впрочем, и в случае с Законом о концессионных соглашениях — частный партнер не получает ни льгот в рамках конкурса за право заключения соглашения о ГЧП, ни какого-либо возмещения расходов на подготовку проекта (предложения) в случае проигрыша в конкурсе.

Механизм определения сравнительного преимущества и оценки эффективности проектов ГЧП, заложенный в Законе № 224-ФЗ и отсутствующий в Законе о концессионных соглашениях, также вызывает большое количество вопросов и на деле становится серьезным препятствием для привлечения частных инвестиций в крупные инфраструктурные проекты.

Даже само по себе право собственности по Закону о ГЧП в силу большого количества ограничений в отношении распоряжения

объектом инфраструктуры не может быть признано полноценным и в период действия соглашения о ГЧП больше напоминает ограниченное вещное право. Оно не идентично обычному праву собственности, которое предусмотрено Гражданским кодексом РФ. Частный партнер обладает полномочиями по владению, пользованию и распоряжению объектом соглашения, однако последнее в значительной степени ограничено в период действия соглашения о ГЧП. Так, частный партнер не вправе по своему усмотрению отчуждать объект соглашения в собственность другим лицам. Исключением из данного правила является замена частного партнера по соглашению в соответствии с Законом о ГЧП, при этом переход права собственности на объект соглашения от одного частного партнера к другому частному партнеру не является основанием для прекращения указанного обременения (ограничения). Также частному партнеру запрещено передавать объект соглашения в залог, за исключением его использования в качестве способа обеспечения исполнения обязательств перед финансирующим лицом при наличии прямого соглашения. Наконец, частный партнер обязан в определенных случаях передать объект соглашения в собственность публичного партнера по истечении определенного таким соглашением срока, но не позднее дня прекращения соглашения.

Данные запреты накладывают серьезный отпечаток на статус частного партнера и позволяют говорить о том, что в Законе о ГЧП установлено особое, ограниченное право собственности частного партнера на объект соглашения.

По сути Закон № 224-ФЗ создает для частных инвесторов и финансирующих организаций большое количество критических рисков, которые на фоне отсутствия существенных преимуществ перед концессионными

соглашениями и необязательности применения СГЧП лишают применение соглашений о ГЧП (МЧП) большого смысла за исключением в основном тех случаев, когда:

- объект соглашения в соответствии с законодательством не может быть объектом концессии (например, объект промышленности, частная автодорога, объект связи и коммуникации);
- целевая эксплуатация объекта частным партнером нецелесообразна или запрещена (ограничена) в соответствии с законодательством;
- объект может приносить прибыль частному партнеру после прекращения СГЧП, частные инвестиции в создание объекта инфраструктуры превышают публичные и объект не планируется передавать публичному партнеру в течение или по истечении срока действия соглашения.

Тем не менее, в последние два года мы видим всплеск интереса к соглашениям о ГЧП, их заключается все больше. По всей видимости, рынок стал лучше осознавать все преимущества и недостатки данного механизма, ищет новые гибкие и надежные инструменты для реализации совместных инвестиционных проектов с государством, в особенности в указанных выше случаях, когда использование концессии кажется по тем или иным причинам неоптимальным. Соглашения о ГЧП предоставляют частным партнерам и государству уникальные гарантии защиты их прав и законных интересов в сложных инфраструктурных и промышленных проектах. Поэтому мы имеем все основания полагать, что при условии сохранения общих темпов инвестиционной активности, дальнейшей поддержки и совершенствования данного механизма законодателем и участниками рынка, интерес к соглашениям о ГЧП будет расти, и они будут набирать популярность.