Концессия как форма проектного финансирования: проблемы законодательства и перспективы применения в ТЭК

Г.О. Калашников,
кандидат юридических наук,
юрист, DLA Piper

К.Н. Борисенко,
юрист, DLA Piper

В соответствии с Энергетической стратегией России на период до 2020 г. ТЭК является одним из устойчиво работающих производственных комплексов российской экономики. ТЭК определяющим образом влияет на состояние и перспективы развития национальной экономики, обеспечивая около $^1/_4$ производства ВВП, $^1/_3$ объема промышленного производства и доходов консолидированного бюджета России, примерно половину доходов федерального бюджета, экспорта и валютных поступлений.

Однако в различных отраслях ТЭК сохраняются проблемы, связанные с высокой степенью износа основных фондов, сокращением производственных мощностей, высокой аварийностью оборудования, дефицитом инвестиционных ресурсов в целом, а также их нерациональным использованием.

При высоком инвестиционном потенциале отраслей ТЭК приток внешних инвестиций составляет менее 13 % общего объема финансирования капитальных вложений. При этом 95 % указанных инвестиций приходится на нефтяную отрасль. В газовой промышленности и в электроэнергетике не создано условий для необходимого инвестиционного задела, в результате чего эти отрасли могут стать тормозом начавшегося экономического роста[1].

При принятии в 2003 г. вышеупомянутой Энергетической стратегии для поддержки инвестиций в ТЭК государство, в частности, планировало:

- создать «ясные, прозрачные и стабильные правила экономической деятельности компаний, в первую очередь на основе предсказуемого и сбалансированного режима налогообложения и нормативно-правовой базы, защищающей и гарантирующей соблюдение прав инвесторов»;
- усовершенствовать нормативно-правовую базу «в сфере участия инвесторов (в том числе иностранных) в создании объектов добычи, производства и транспортировки топливно-энергетических ресурсов (в том числе обоснованное использование СРП и концессионных соглашений для реализации уникальных и дорогостоящих проектов)».

Кроме того, для реализации политики экологической безопасности энергетики стала совершенно очевидной необходимость реформы соответствующего законодательства и принятия новых нормативных правовых актов, стимулирующих инвестиции и регулирующих обеспечение экологической безопасности и охрану окружающей среды, отвечающей современным экологическим требованиям и уровню научно-технических достижений.

[1] Энергетическая стратегия России на период до 2020 г. // Распоряжение Правительства Российской Федерации от 28 августа 2003 г. № 1234-р.

Статус России как одного из самых крупных поставщиков углеводородов на мировом рынке в скором времени может измениться, и далеко не в лучшую сторону. Усиленная добыча сырья в огромных объемах и отсутствие обеспечения наращивания запасов вряд ли будут иметь положительные результаты для экономики страны. Пока позволяют условия, добыча идет на скважинах, имеющих наибольшую продуктивность и наилучшие условия эксплуатации[2], хотя многие из них уже сегодня наполовину изношены. Естественно, рано или поздно придется осваивать новые территории, разрабатывать более труднодоступные залежи и развивать соответствующую производственную и транспортную инфраструктуру[3]. Вот здесь и возникает довольно серьезная проблема.

Частному инвестору экономически невыгодно, слишком обременительно или вовсе невозможно самостоятельно не только развивать инфраструктуру, но и содержать ее впоследствии. Наиболее удачным решением такой проблемы является проектное финансирование, где в основу положена идея финансирования инвестиционных проектов за счет доходов, которые принесет создаваемая организация в будущем.

К общим чертам проектного финансирования можно отнести следующие:

- возможность привлечения заемного финансирования на длительный срок и не под юридическое лицо, а для реализации конкретного проекта;
- распределение рисков между многими участниками проекта;
- возможность использования различных форм финансирования.

Стоит отметить, что в настоящее время в России уже успешно применяются различные формы проектного финансирования, например:

- частное проектное финансирование (без участия государства);
- соглашения о разделе продукции;
- проекты, в результате реализации которых инвестор получает право собственности на создаваемый объект;
- государственные контракты;
- различные арендные схемы.

Относительно новым видом проектного финансирования является реализация проектов на основе концессионных соглашений, в основу которых положена концепция государственно-частного партнерства (ГЧП). В соответствии с данной концепцией инфраструктура создается за счет частных инвесторов с возможным привлечением государственных средств, затем передается государству в собственность и эксплуатируется частными инвесторами в течение определенного срока, необходимого для возврата произведенных инвестиций, после завершения такого срока инфраструктура полностью существует за счет государства. О концессионных соглашениях как относительно новой форме проектного финансирования в России речь пойдет далее.

Законодательное регулирование концессии в России

В настоящее время в России законодательная база по концессионным соглашениям находится в стадии формирования и представлена лишь несколькими нормативными правовыми актами:

- Федеральным законом от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»[4];
- постановлением Правительства Российской Федерации от 27 мая 2006 г. № 319 «Об утверждении типового концессионного соглашения в отношении автомобильных дорог и инженерных сооружений транспортной инфраструктуры, в том числе мостов, путепроводов, тоннелей, стоянок автотранспортных средств, пунктов пропуска автотранспортных средств, пунктов взимания платы с владельцев грузовых автотранспортных средств»[5];
- письмом Министерства финансов Российской Федерации от 24 октября 2005 г. № 03-03-04/1/287 «Об амортизации имущества, полученного по концессионному соглашению».

Основные положения Закона о концессиях сводятся к следующему.

[2] См., например: Стратегия изучения и освоения нефтегазового потенциала континентального шельфа Российской Федерации на период до 2020 г. (http://www.mnr.gov.ru/part/?act=more&id=647&pid=45); Комплексный план действий по реализации Стратегии изучения и освоения нефтегазового потенциала континентального шельфа Российской Федерации на период до 2020 г. (http://www.mnr.gov.ru/part/?act=more&id=646&pid=45); Программа развития минерально-сырьевой базы газовой промышленности на период до 2030 г. (разработана и одобрена Правлением ОАО «Газпром» в 2002 г.).

[3] См., например, приказ Министра природных ресурсов Российской Федерации об утверждении плана мероприятий по реализации основных положений Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию на 2006 г. Программа, в частности, предусматривает интенсификацию изучения и освоения Восточной Сибири и Республики Саха (Якутия) // Вестник ТЭК: правовые вопросы. Выпуск 10 (43). 17–30 июня 2006 г. С. 3.

[4] Далее – Закон о концессиях.

[5] Далее – постановление Правительства РФ № 319.

По концессионному соглашению одна сторона *(концессионер)* обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением недвижимое имущество *(объект)*, право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне *(концеденту);* осуществлять установленную соглашением деятельность с использованием (эксплуатацией) данного объекта. Концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный соглашением, права владения и пользования объектом для осуществления указанной деятельности. После истечения срока действия концессионного соглашения соответствующий объект передается концеденту.

Сторонами по концессионному соглашению являются *концедент,* которым может выступать только Российская Федерация, субъект Российской Федерации или муниципальное образование в лице уполномоченных органов, и *концессионер* — индивидуальный предприниматель, российское или иностранное юридическое лицо либо действующие без образования юридического лица по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) два и более указанных юридических лиц. Объектом концессионного соглашения может быть недвижимое имущество, входящее в состав практически любой инфраструктуры.

> Одним из пробелов Закона о концессиях является отсутствие норм о порядке государственной регистрации объекта концессии как единого объекта инфраструктуры.

Пункт 1 статьи 4 Закона о концессиях дает исчерпывающий перечень объектов концессионного соглашения, а именно:

- автомобильные дороги и инженерные сооружения транспортной инфраструктуры, в том числе мосты, путепроводы, тоннели, стоянки автотранспортных средств, пункты пропуска автотранспортных средств, пункты взимания платы с владельцев грузовых автотранспортных средств;
- объекты железнодорожного транспорта;
- объекты трубопроводного транспорта;
- морские и речные порты, в том числе гидротехнические сооружения портов, объекты их производственной и инженерной инфраструктур;
- морские и речные суда, суда смешанного (река — море) плавания, а также суда, осуществляющие ледокольную проводку, гидрографическую, научно-исследовательскую деятельность, паромные переправы, плавучие и сухие доки;
- аэродромы или здания и (или) сооружения, предназначенные для взлета, посадки, руления и стоянки воздушных судов;
- объекты производственной и инженерной инфраструктур аэропортов;
- объекты единой системы организации воздушного движения;
- гидротехнические сооружения;
- объекты по производству, передаче и распределению электрической и тепловой энергии;
- системы коммунальной инфраструктуры и иные объекты коммунального хозяйства, в том числе объекты водо-, тепло-, газо- и энергоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, переработки и утилизации (захоронения) бытовых отходов, объекты, предназначенные для освещения территорий городских и сельских поселений, объекты, предназначенные для благоустройства территорий...

Земельный участок, на котором располагается объект и (или) который необходим для осуществления концессионером деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, предоставляется концедентом концессионеру в аренду (субаренду) на срок действия концессионного соглашения. Согласно Закону о концессиях договор аренды (субаренды) земельного участка должен быть заключен с концессионером в течение 60 рабочих дней со дня подписания концессионного соглашения. Однако практика показывает, что заключение подобного договора в такой срок представляется маловероятным.

Концессионер не вправе передавать свои права по договору аренды (субаренды) земельного участка другим лицам и сдавать земельный участок в субаренду, если иное не предусмотрено договором аренды земельного участка. Прекращение концессионного соглашения является основанием для прекращения договора аренды (субаренды) земельного участка.

Концессионное соглашение заключается на конкурсной основе (открытый или закрытый конкурс). Закрытый конкурс проводится в случае, если концессионное соглашение заключается в отношении объекта, сведения о котором составляют государственную тайну, а также объекта, имеющего стратегическое значение для обеспечения обороноспособности и безопасности государства.

Перемена лиц по концессионному соглашению путем уступки требования или перевода долга допускается с согласия концедента только с момента ввода в эксплуатацию объекта.

Залог или отчуждение объекта концессионного соглашения, равно как и залог прав по концессионному соглашению, не допускаются.

Риски строительства и эксплуатации несет концессионер. Концедент может принимать на себя отдельные риски, в том числе гарантировать уровень доходности, либо производить выплаты в зависимости от эксплуатационной готовности и (или) иные компенсационные платежи.

Согласно Закону о концессиях право собственности на объект концессии всегда принадлежит государству. Одним из пробелов Закона о концессиях является отсутствие норм о порядке государственной регистрации объекта концессии как единого объекта инфраструктуры. Например, непонятно, как, где и в собственность какого субъекта будет регистрироваться скоростная автомагистраль Москва — Санкт-Петербург. Очевидно, что аналогичные проблемы возникнут и в ТЭК.

Одностороннее расторжение или изменение концессионного соглашения возможно только по решению суда в случаях, предусмотренных законодательством. При изменении государственных тарифов возможно изменение условий концессионного соглашения, если такое изменение затрагивает результаты экономической деятельности инвестора.

Следует обратить внимание, что в соответствии с Законом о концессиях концессионные соглашения заключаются только на основе типового соглашения, разрабатываемого Правительством Российской Федерации, т.е. условия типового соглашения имеют императивный характер.

Модели осуществления инфраструктурных проектов

Мировой практике известны различные модели реализации инфраструктурных проектов. Исходя из критериев принадлежности права собственности на объект, все модели представляют собой разновидность двух основных:

1) BOT «Build — Operate — Transfer» (строительство, эксплуатация, передача);

2) BOO «Build — Own — Operate» (строительство, владение, эксплуатация).

По модели BOT право собственности на объект, как правило, принадлежит государству. Такие модели реализуются в рамках концессионного законодательства. В частности, к таким моделям можно отнести следующие:

BOT («Build — Operate — Transfer») — строительство, эксплуатация, передача (классическая концессия);

ROT («Reconstruction — Operate — Transfer») — реконструкция, эксплуатация, передача (также классическая концессия);

BTO («Build — Transfer — Operate») — строительство, передача, эксплуатация;

DBOT («Design — Build — Operate — Transfer») — проектирование, строительство, эксплуатация, передача;

BLT/BRT («Build — Lease/Rent — Transfer») — строительство, аренда, передача;

BOLT («Build — Operate — Lease — Transfer») — строительство, эксплуатация, аренда, передача;

DBOT («Design — Build — Operate — Transfer») — проектирование, строительство, эксплуатация, передача.

По модели BOO право собственности на объект будет принадлежать частному инвестору в результате реализации инфраструктурного проекта. Разновидностями такой модели являются следующие:

BOO («Build — Own — Operate») — строительство, владение, эксплуатация;

BOOT («Build — Own — Operate — Transfer») — строительство, владение, эксплуатация, передача;

BOOST («Build — Own — Operate — Subsidize — Transfer») — строительство, владение, эксплуатация, субсидирование, передача;

FBOOT («Finance — Build — Own — Operate — Transfer») — финансирование, строительство, владение, эксплуатация, передача;

DBFO («Design — Build — Finance — Operate») — проектирование, строительство, финансирование, эксплуатация;

DBOM («Design — Build — Operate — Maintain») — проектирование, строительство, эксплуатация, техническое обеспечение;

DCMF («Design — Construct — Maintain — Finance») — проектирование, строительство, управление, финансирование;

BBO («Buy — Build — Operate») — покупка, строительство, эксплуатация.

В рамках российского законодательства реализация инфраструктурного проекта возможна практически по всем вышеприведенным моделям.

Пробелы в законодательстве о концессионных соглашениях

Несмотря на недостаточно развитое концессионное законодательство России, интерес к концессиям набирает силу. Сегодня ведется разработка уже нескольких крупных проектов, например, по вышеупомянутому строительству автомагистрали Москва — Санкт-Петербург, а также строительству Западного скоростного диаметра в г. Санкт-Петербург и строительству Центральной кольцевой автодороги вокруг г. Москва. И хотя все эти проекты связаны со строительством автомобильных дорог, тем не менее уже на этапе их разработки возник ряд вопросов, требующих либо дополнительного законодательного регулирования, либо внесения изменений в действующий Закон о концессиях.

уже ... возник ряд вопросов, требующих либо дополнительного законодательного регулирования, либо внесения изменений в действующий Закон о концессиях.

К настоящему времени Правительство Российской Федерации утвердило лишь одно типовое соглашение (в отношении автомобильных дорог и инженерных сооружений транспортной инфраструктуры). В то же время стоит отметить активность Российского газового сообщества, которое уже выступило с предложением о процессе разработки типового концессионного соглашения совместно с Министерством экономического развития и торговли Российской Федерации и Федеральной службой по тарифам для привлечения инвестиций в объекты газификации, а также предложением о структуре данного типового соглашения[6]. Остальные проекты типовых соглашений пока находятся в стадии разработки, и сроки завершения этой работы совершенно не ясны. В Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации тем временем поднят вопрос о придании типовым концессионным соглашениям статуса рекомендательных.

До сих пор не определены конкретные органы власти, уполномоченные на заключение концессионных соглашений.

Разработчики концессионных проектов уже столкнулись с такой проблемой, как множественность лиц на стороне концедента. В частности, этот вопрос возник при работе над проектом скоростной автомагистрали Москва — Санкт-Петербург, где на роль концедента претендуют органы власти сразу нескольких субъектов Российской Федерации, в том числе Москвы, Московской области, Санкт-Петербурга и Ленинградской области. Поэтому Государственная Дума уже рассматривает ряд предложений о внесении поправок в Закон о концессиях, в том числе связанных с возможностью заключения концессионного соглашения с множественностью лиц со стороны концедента.

Стоит также отметить, что в связи с требованием Закона о концессиях о том, чтобы объект концессии всегда находился в государственной собственности, участникам инфраструктурного проекта необходимо определить, какому государственному образованию будет передан данный объект после завершения его строительства или реконструкции. Если участники инфраструктурного проекта не предполагают, что объект будет находиться в государственной собственности (т.е. владеть объектом и осуществлять его эксплуатацию будет какое-либо акционерное общество, пусть и с государственным участием), то использование механизма концессии для реализации такого проекта в силу Закона о концессиях будет невозможно. В этом случае надо будет рассматривать иные формы проектного финансирования инфраструктурных проектов.

***

В основу проектного финансирования положена идея финансирования инвестиционных проектов за счет доходов, которые принесет создаваемая организация в будущем. Во всем мире роль проектного финансирования становится главенствующей в финансировании, строительстве и управлении инфраструктурными объектами. Несмотря на некоторые пробелы в существующем законодательстве роль подобного источника финансирования будет расширяться и в России, в частности, в области ТЭК. Возможно, ожидания «нефтяников и газовиков» оправдаются. Частный сектор будет играть всевозрастающую и важную роль в предоставлении общественных услуг. ☐

[6] См. подробнее: *Жилин О.Ф.* Законодательные инициативы Российского газового общества и роль государства в области газоснабжения // Нефть, Газ и Право. 2006. № 3. С. 14.