

ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА

к проекту федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и другие законодательные акты Российской Федерации (в части развития проектного финансирования)»

Настоящий законопроект разработан с целью формирования правовой базы для проектного финансирования. Под проектным финансированием принято понимать финансирование строительства, реконструкции и/или эксплуатации объекта инфраструктуры, разработки месторождения полезных ископаемых или иного объекта, которое осуществляется путем предоставления заемного финансирования, возвращаемого, главным образом, за счет дохода от эксплуатации финансируемого объекта. Законопроект подготовлен с учетом мирового опыта проектного финансирования.

Существующее в российском праве регулирование отношений в сфере проектного финансирования в настоящее время можно охарактеризовать как недостаточное и фрагментарное. Основными законами, регулирующими отношения в сфере проектного финансирования, являются Гражданский кодекс Российской Федерации, Закон «О залоге», Федеральный закон «Об ипотеке», Федеральный закон «Об акционерных обществах», Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» и Федеральный закон «О банкротстве». Вышеуказанные законы не регулируют такие аспекты проектного финансирования, как:

- обособление имущества проекта с помощью специализированного юридического лица – проектной компании;
- предоставление имущества проекта в обеспечение кредиторам по проекту;
- использование будущего дохода для погашения обязательств перед кредиторами стадии строительства;
- коллективная реализация прав кредиторов;
- защита денежного потока проекта.

Данные структурные и правовые особенности проектного финансирования позволяют кредиторам получить надежную защиту своих прав, обеспечить справедливое распределение рисков по проекту, между спонсором (лицо, которое инициирует проект) и кредиторами по проекту, а спонсорам - привлекать более дешевое финансирование для проекта (в силу повышенной защиты прав кредиторов по сравнению с обычным корпоративным финансированием).

В связи с недостаточностью правового регулирования проектного финансирования в российском праве российские спонсоры и кредиторы вынуждены обращаться к инструментам зарубежного права для заключения сделок проектного финансирования. Инструменты российского права используются в сделках проектного финансирования в ограниченной степени или не используются вовсе в силу их неконкурентоспособности по сравнению с инструментами зарубежного права.

В результате принятия законопроекта кредиторы смогут предоставлять заемные средства на развитие инфраструктуры, разработку природных ресурсов и другие цели на условиях повышенной защищенности их прав, а спонсоры получают доступ к менее дорогому заемному финансированию. Заключение сделок проектного финансирования с использованием инструментов российского права

будет способствовать приданию российской юрисдикции статуса финансового центра для таких сделок.

Основным способом финансирования проекта является предоставление долгового финансирования (например, кредит, заем, выпуск облигаций), за счет которого осуществляется строительство и/или реконструкция объекта (как правило, объекта инфраструктуры, предприятия или иного крупного промышленного объекта). Доход, получаемый от эксплуатации объекта, является источником погашения долга. Кроме того, погашение обязательств перед кредиторами может осуществляться также за счет имущества проекта, предоставленного в качестве обеспечения по займу. Остальное имущество спонсора проекта является недоступным для кредиторов по проекту и может быть использовано им для иных целей.

Для обособления имущества проекта от имущества спонсора в проектом финансировании используется проектная компания - юридическое лицо, которое создается исключительно в целях владения и управления проектным имуществом, а также в целях строительства и эксплуатации объекта по проекту. Проектная компания должна отвечать следующим требованиям:

исключительный предмет деятельности;

ограничение возможности реорганизации и ликвидации;

ограничение возможности введения в отношении проектной компании процедуры банкротства.

Главная цель создания проектной компании - обособление имущества проекта и использование этого имущества для реализации проекта и предоставления обеспечения кредиторам. Поскольку требования кредиторов по проекту удовлетворяются только за счет имущества проекта, необходимо устранить возможность предъявления к проектной компании требований со стороны лиц, которые не вовлечены в проект.

В законопроекте данный вопрос решается путем введения в федеральные законы «Об акционерных обществах» (новая статья 2.1) и «Об обществах с ограниченной ответственностью» (новая статья 2.1) конструкции специализированного хозяйственного общества (далее – «СХО»), в уставе которого может быть предусмотрен исчерпывающий список сделок, которые вправе совершать СХО в целях реализации проекта. При этом совершение СХО сделки, которая не предусмотрена его уставом, не влечет возникновения обязанностей для СХО, что позволяет обезопасить имущество проекта от притязаний со стороны лиц, которые не участвуют в его финансировании или реализации.

Для защиты третьих лиц от возможных злоупотреблений со стороны органов СХО при совершении сделок в нарушение положений устава СХО в законопроекте вводится правило о том, что СХО использует в своем наименовании слова «специализированное хозяйственное общество», а иные лица не вправе использовать такое наименование. Это дает третьим лицам сигнал о том, что их контрагент (СХО) может заключать только ограниченный круг сделок.

Для исполнения обязательств проектной компании перед кредиторами по проекту проектная компания должна существовать вплоть до момента исполнения всех своих обязательств перед кредиторами. Реорганизация проектной компании может привести к отчуждению имущества проекта на цели, которые не связаны с реализацией проекта, а также к тому, что кредиторы по проекту утратят

обеспечение, которое служит единственным источником удовлетворения их требований. Ликвидация проектной компании до завершения реализации проекта может привести к тому, что имущества проектной компании окажется недостаточно для удовлетворения требований кредиторов по проекту (поскольку проект еще не вышел на запланированную мощность и не генерирует достаточный доход).

Для ограничения возможности реорганизации и ликвидации проектной компании в законопроекте вводятся правила о том, что добровольная реорганизация и добровольная ликвидация СХО возможны только в случае, если это предусмотрено уставом СХО.

Введение процедуры банкротства в отношении проектной компании в процессе реализации проекта из-за неисполнения ее текущих обязательств перед кредиторами по проекту может быть не в интересах указанных кредиторов, так как приведет к невозможности исполнения обязательств перед ними в полном объеме. Для предотвращения данной ситуации в законопроекте (изменения в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)») предусматривается возможность для кредитора СХО отказаться или ограничить свое право подавать в арбитражный суд заявление о банкротстве СХО.

Поскольку удовлетворение требований кредиторов в проектном финансировании осуществляется только за счет имущества проекта, все это имущество должно предоставляться в качестве обеспечения кредиторам.

Наиболее значимым имуществом проекта является построенный/реконструированный объект, а также доход, генерируемый таким объектом. Но на момент предоставления финансирования это имущество отсутствует, и у кредиторов нет гарантий того, что когда объект будет построен и будет приносить доход, заемщик (проектная компания) предоставит им объект и доход в качестве обеспечения. Поэтому в законодательстве необходимы нормы, которые предоставляют залогодателю возможность предоставлять кредиторам в залог имущество, которое появится у залогодателя в будущем, включая будущие права.

Залог прав по договорам, которые проектная компания заключает на момент предоставления финансирования или заключит в будущем, обеспечивает предоставление дохода по проекту в качестве обеспечения кредиторам по проекту. Такими договорами, например, являются договоры о продаже продукции или оказании услуг, производимых в рамках проекта, договоры о предоставлении в аренду помещений объекта, построенного в рамках проекта.

Существенной особенностью залога будущих прав является тот факт, что на момент заключения договора о залоге проектной компании могут быть неизвестны точные условия будущих договоров, конкретные лица, с которыми будут заключаться такие договоры, а также даты заключения договоров. Соответственно для предоставления в залог прав из будущих договоров у кредиторов и проектной компании должна быть правовая возможность описывать такие права в договоре о залоге путем указания их родовых признаков. Те же проблемы касаются и залога иного будущего движимого имущества проектной компании.

Как и доход по проекту, объект недвижимости еще не существует на стадии предоставления финансирования на его строительство. Поэтому кредиторам необходим правовой инструмент, который бы позволил предоставлять в

обеспечение объект недвижимости еще до начала его строительства. В сделках долевого строительства многоквартирных домов и иных объектов недвижимости таким инструментом является договор долевого участия в строительстве. В то же время для развития рынка проектного финансирования кредиторам необходим инструмент общего действия, который можно использовать в проектах с различными структурами финансирования.

В связи с этим в законопроекте (изменения в Федеральный закон «Об ипотеке (залоге недвижимости)») предлагается общий инструмент залога будущего объекта недвижимости – договор об ипотеке будущего объекта недвижимости, в котором так же, как и в договоре долевого участия в строительстве, идентификация строящегося объекта осуществляется на основе земельного участка, на котором строится объект. Кроме того, законопроект (изменения в Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним») вводит норму о внесении записи об ипотеке в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним на основании договора об ипотеке будущего объекта недвижимости в момент регистрации права собственности на строящийся объект недвижимости.

Залог денежных средств на банковском счете проектной компании позволяет кредиторам получить в качестве обеспечения наиболее ликвидное имущество проекта. Поэтому в законопроекте вводятся нормы о залоге денежных средств на банковском счете, включая правила об обращении взыскания на заложенные денежные средства.

Договоры проектной компании, на основе которых осуществляется строительство и эксплуатация объекта недвижимости, являются ключевыми для реализации проекта и получения дохода. Досрочное прекращение ключевого договора, например, вследствие его нарушения проектной компанией, может привести к тому, что объект недвижимости окажется недостроенным и кредиторы по проекту понесут убытки.

Для предотвращения возникновения у кредиторов убытков вследствие неисполнения обязательств проектной компанией им необходима возможность замены проектной компании в ключевом договоре проекта на более надежного контрагента. Это позволит сохранить договорные отношения с поставщиками проекта и выполнить его до конца. В международной практике для такой замены используется институт передачи договора, который функционально объединяет уступку прав и передачу обязанностей (перевод долга) по договорному обязательству.

Необходимость введения этого института в законодательство обусловлена текущей судебной практикой, в соответствии с которой в договоре о переводе долга необходимо подробно описывать размер долга, период задолженности и обязательство, из которого возник долг. При этом суды признают, что указание сторон договора, номера и даты его заключения является недостаточным для заключения договора о переводе долга. Такая судебная практика ставит под сомнение передачу неденежных обязанностей, обязанностей, срок исполнения которых не наступил на момент передачи, а также обязанностей по договору в целом.

В связи с вышеизложенным законопроект (изменения в главу 24 Гражданского кодекса Российской Федерации) вводит нормы о передаче договора,

которые позволяют передавать все права и обязанности одной стороны договора третьему лицу при наличии согласия другой стороны договора.

Обязательства проектной компании перед кредиторами, которые предоставили финансирование для строительства объекта недвижимости, как правило, погашаются за счет дохода, получаемого на стадии эксплуатации построенного объекта недвижимости. Построенный объект недвижимости приносит предсказуемый доход, который можно «продать» (переуступить) и использовать полученную выручку в том числе для погашения обязательств перед кредиторами стадии строительства.

В международной практике продажа будущего дохода осуществляется за счет уступки будущих прав по договорам проектной компании, по которым проектная компания получает доход от эксплуатации объекта недвижимости. Соответственно, в законопроекте вводятся нормы об уступке будущих прав, идентификация которых осуществляется так же, как и при залоге будущих прав.

Финансирование проектов обычно осуществляется путем привлечения значительных денежных средств от нескольких кредиторов. Такие кредиторы заинтересованы в том, чтобы взаимодействовать с проектной компанией на основе единой для всех кредиторов позиции, чтобы оппортунистическое поведение отдельных кредиторов не ставило проект под угрозу срыва. Кроме того, кредиторы и проектная компания заинтересованы в возможности гибкого распределения кредитных рисков между кредиторами с тем, чтобы у кредиторов с меньшим риском была возможность предложить проектной компании финансирование по более низкой цене. Соответственно, в законопроекте вводятся такие инструменты коллективной реализации прав кредиторов, как:

соглашение между кредиторами, включая соглашение о субординации требований;

управляющий залогом;

доверительное управление правами залога.

Соглашения между кредиторами используются в проектном финансировании для установления порядка коллективного принятия решений кредиторами с целью реализации своих прав по отношению к должнику. Коллективное принятие решений позволяет кредиторам действовать с единой позицией по отношению к должнику в правоотношениях с множеством кредиторов по единому инструменту финансирования и не допускать оппортунистического поведения отдельных кредиторов, которое может привести к неоправданной остановке реализации проекта и возникновению убытков у кредиторов и проектной компании.

Так, в договоре коллективного (синдицированного) кредита решение о предъявлении заемщику требования о досрочном исполнении обязательств по кредиту вследствие наступления обязательств, которые негативным образом влияют на финансовое положение заемщика, обычно принимается большинством кредиторов.

Соглашение между кредиторами также может предусматривать предоставление одним кредиторам (старшие кредиторы) права преимущественно получать исполнение от должника по сравнению с другими его кредиторами (младшие кредиторы), т.е. субординацию требований. Субординация требований позволяет гибко распределять риски между старшими и младшими кредиторами путем ограничения прав младших кредиторов в пользу старших кредиторов и,

соответственно, позволяет проектной компании и спонсору получать от старших кредиторов финансирование по более низкой цене (во многих международных сделках проектного финансирования младшим кредитором является спонсор проекта).

Важным аспектом соглашения между кредиторами является возможность назначения единого представителя всех кредиторов для представления их интересов в определенном круге правоотношений (осуществление прав по договору о залоге, представительство в банкротстве проектной компании) или выполнения иных функций (агент по договору синдицированного кредита, который является техническим посредником между кредиторами и заемщиком).

Управляющий залогом назначается кредиторами по проекту для осуществления их прав по предоставленному проектной компанией обеспечению. Обычно управляющий залогом осуществляет контроль за сохранностью предмета залога, а также обращение взыскания на него по решению кредиторов. Управляющий залогом обеспечивает единство воли кредиторов в отношениях с залогодателем (проектной компанией). Если в качестве залогодержателя по договору о залоге выступает управляющий залогом, то кредиторы по проекту могут свободно уступать права по обеспечиваемому обязательству без необходимости уступать и перерегистрировать права залога, что повышает ликвидность их прав (это особенно важно в случае финансирования при помощи облигаций).

Соответственно в законопроекте вводятся нормы о назначении управляющего залогом, его правах, обязанностях, порядке замены, сохранении полномочий при смене кредитора по обеспечиваемому обязательству.

Осуществление залоговых прав кредиторов по проекту также возможно путем передачи этих прав в доверительное управление. При этом доверительный управляющий осуществляет права залогодержателя в интересах выгодоприобретателей, которыми являются кредиторы по проекту.

Однако в действующем законодательстве вопрос о возможности определения выгодоприобретателей доверительного управления путем указания в договоре доверительного управления не решен с достаточной определенностью. Кроме того, возможность учредителя доверительного управления отказаться от договора создает неприемлемый для кредиторов риск досрочного прекращения доверительного управления. Для решения этих задач в законопроекте введена возможность определять выгодоприобретателей доверительного управления путем указания порядка такого определения в договоре доверительного управления, а возможность учредителя доверительного управления отказаться от договора доверительного управления ограничена случаями, предусмотренными договором доверительного управления.

Для обеспечения ликвидности прав кредиторов в законопроекте предусмотрена возможность передачи имущества в доверительное управление с переходом права собственности на такое имущество к доверительному управляющему. Это позволит передавать имущество в залог/регистрировать залог только в отношении доверительного управляющего и передавать права по проектному кредиту без необходимости перерегистрации прав залога на нового кредитора и получения согласия существующих кредиторов на изменение договора о залоге.

Для лучшей защиты прав кредиторов по проекту целесообразно разрешить проектной компании использовать различные типы счетов для различных денежных потоков. Для этого в законопроекте вводятся нормы о номинальных банковских счетах, которые существуют во многих юрисдикциях. Номинальный счет используется для зачисления и перечисления денежных средств, которые не принадлежат владельцу счета. Контроль за распоряжением денежными средствами на счете осуществляет лицо, которому принадлежат денежные средства; на денежные средства не может быть обращено взыскание по обязательствам владельца счета.