Особые обстоятельства, и где они обитают

07.05.2019 СТАТЬИ

В проектах государственно-частного партнерства используется большой набор нестандартных инструментов и приемов для достижения поставленных проектных целей. В статье подробно рассматривается один из наиболее эффективных правовых режимов «Особые обстоятельства», применение которого в большинстве случаев позволяет гарантировать корректность и исполнимость договоренностей в самых неожиданных ситуациях.

Любое концессионное соглашение или модель проекта государственно-частного партнерства не обходятся без описания особых обстоятельств — специальных условий,

направленных на восстановление положения концессионера (частного партнера, в дальнейшем в настоящей статье под концессионным соглашением также понимается соглашение о ГЧП, под концессионером — также частный партнер, а под концедентом — также публичный партнер), которое существовало до наступления того или иного события, значительно влияющего на проект. Советы «по селекции» особых обстоятельств и их инкорпорации приводятся в методических рекомендациях практически всех авторитетных международных институтов развития (Например, World Bank, EBRD, комиссия ООН UNCITRAL). Раздел об особых обстоятельствах — эффективный инструмент фиксации так называемых условий «банкабельности» (требований, без удовлетворения которых банки не будут финансировать проект). Таким образом, «ареал обитания» особых обстоятельств — это положения любого концессионного соглашения, где стоимость проекта очень высока и частично финансируется за счет банковских кредитов.

Видовые признаки особых обстоятельств

С научной точки зрения особое обстоятельство — это обстоятельство объективного мира, отрицательно влияющее на исполнение или возможность исполнения обязательств концессионера по концессионному соглашению, урегулированное предусмотренными в нем условиями, при наступлении которых концедент освобождает концессионера от ответственности за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательства по такому соглашению и (или) компенсирует убытки (потери), которые были понесены концессионером или с неизбежностью будут им понесены.

Рассмотрим, что с практической точки зрения можно отнести к видовым признакам особых обстоятельств.

События, связанные или не связанные с волей концедента (наступление которых может и вовсе от него не зависеть). Например, к особым обстоятельствам часто относят непредоставление концессионеру технических условий (далее — ТУ) на присоединение объекта, который он строит, к сетям инженерной инфраструктуры. Несмотря на то что

владельцем такой инженерной инфраструктуры является третье лицо, а не концедент, последний должен будет возместить концессионеру убытки, понесенные в связи с отсутствием ТУ. От представителей рынка часто можно услышать, что стороны должны делить между собой проектные риски, исходя из того, какая из них способна лучше их контролировать, в частности, это следует из матриц рисков, которые содержатся в публикациях международных институтов развития (Например, публикации World Bank Group о распределении рисков в концессионных соглашениях, URL: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/GIHub_Allocating_Risks_PPP_Contracts_EN_2016. (дата обращения: 06.02.2019); или IISD, URL: https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-formoney-discussion-paper.pdf (дата обращения: 06.02.2019)). В данном примере предполагается, что концедент имеет больше рычагов воздействия на ресурсоснабжающую организацию, значит, именно он и должен нести указанный риск (но это, безусловно, является предметом переговоров).

Особое обстоятельство может наступить на любом этапе действия концессионного соглашения и, соответственно, влиять на него. Тем не менее в отдельных зарубежных концессиях действие некоторых особых обстоятельств ограничивается только строительной стадией, исходя из того, что именно на этом этапе концессии имеется больше всего рисков.

В рамках российского законодательства особое обстоятельство не урегулировано и остается договорной конструкцией, что создает творческое пространство для сторон концессии. Внимательный наблюдатель может указать на применимость некоторых общегражданских институтов: например, на то, что освобождение от ответственности возможно в силу ст. 328 ГК РФ «Встречное исполнение обязательства», а по ст. 15 и 16 ГК РФ концессионер вправе требовать возмещения причиненных ему убытков. Однако указанные законодательные механизмы работают только в том случае, если концедентом было допущено нарушение (договора или закона), в то время как особыми обстоятельствами, как уже

упоминалось, являются обстоятельства, не только выражающиеся в виновных действиях концедента, но и не зависящие от него.

Особое обстоятельство должно исключать возможность исполнения концессионером его обязательств в полном объеме или надлежащим образом. Среди прочего это может проявляться в задержке сроков выполнения работ или возникновении у концессионера дополнительных расходов.

Следует отметить, что чаще всего срыв сроков бывает напрямую связан с дополнительными затратам концессионера в связи со следующими обстоятельствами:

- задержкой начала выплаты концедента (при более позднем вводе объекта концессионного соглашения в эксплуатацию);
- сокращением общего размера выплат концедента (меньшим сроком эксплуатации);
- упущенной выгодой концессионера от сбора платы с пользователей объекта;
- необходимостью внесения дополнительного акционерного капитала (equity) спонсорами (бенефициарами) акционера;
- уплатой процентов по кредитному договору за невыборку средств или штрафных процентов за просрочку платежа (платежей) в счет обслуживания долга.

В исключительных случаях убытки концессионера могут выражаться во всей сумме кредита, привлеченного для реализации проекта, в ситуации, когда банк-кредитор заявил о досрочном истребовании кредита в связи с просрочкой платежа или иным дефолтом концессионера, связанным с наступлением особого обстоятельства.

СОВЕТ В концессионном соглашении целесообразно предусмотреть состав возмещаемых убытков, что позволит снизить риск установления судами факта отсутствия прямой причинно-следственной связи между событием (особым обстоятельством) и последствием

(убытками концессионера. На особые обстоятельства распространяются классические проблемные вопросы гражданского права о причинно-следственных связях между деянием и последствием. См., в частности, Взыскание основного денежного долга и убытков в гражданском праве России: монография / Д.В. Добрачев. — М.: Волтерс Клувер, 2010).

Наступление особого обстоятельства приводит к освобождению концессионера от ответственности за допущенные нарушения и (или) к возмещению его потерь концедентом. При этом освобождение от ответственности в коммерческом отношении равно продлению срока исполнения обязательства. Однако, такое продление сроков, как правило, распространяется только на промежуточные этапы концессионного проекта и не влечет за собой продления общего срока концессионного соглашения. С учетом поправок в концессионное законодательство (в частности, ч. ч. 2 и 3 ст. 6 и ч. 3.8 ст. 13 Закона о концессиях) условие о таком продлении без согласования с ФАС России (и только по узкому перечню оснований) в любом случае было бы недействительным. Кроме того, освобождение от ответственности должно осуществляться на срок действия не особого обстоятельства, а его последствий, то есть на период влияния отрицательного эффекта на исполнение обязательств концессионера по концессионному соглашению. Эти сроки часто не совпадают.

С точки зрения концедента среди особых обстоятельств могут быть выделены те, наступление которых дает концессионеру право только на освобождение от ответственности, а также те, наступление которых может дать ему право на компенсацию понесенных убытков.

В зарубежных проектах ГЧП первая группа обстоятельств называется relief events, вторая — compensation events. Данное разделение имеет исключительно схоластический смысл и уже давно не соблюдается. Разница между этими категориями часто заключается только в размере возмещаемых концессионеру убытков (для первой категории этот размер меньше, обычно в пределах суммы, необходимой для обслуживания кредита).

Порой от юристов концессионера можно услышать, что нет рисков, которые обусловливали

бы только необходимость освобождения от ответственности. Данное мнение хотелось бы опровергнуть следующим практическим примером. В проекте с платой концедента отсутствует (не по вине концессионера) энергоснабжение объекта в период его эксплуатации, что сказывается лишь на невозможности соблюдения некоторых KPI концессионера и не влечет за собой наложения каких-либо санкций или предъявления требования о выплате какой-то суммы.

Иногда концеденты настаивают на том, что возмещение убытков в связи с наступлением особого обстоятельства должно ограничиваться только реальным ущербом и, соответственно, исключать упущенную выгоду. В такой ситуации мы рекомендуем согласиться с предложением концедента при условии, что он также должен быть вправе требовать от концессионера возмещения только реального ущерба по допущенным последним нарушениям и что в соглашении будет приведен подробный список видов компенсации реальных убытков концессионера.

К отличительному видовому признаку особых обстоятельств также следует отнести ограничение средств правовой защиты концессионера.

Минимальный порог расходов, которые концессионер обязан понести, прежде чем будет вправе претендовать на компенсацию. В России такой порог обычно небольшой и начинается от 10 млн рублей. В ряде иностранных проектов он значительно выше и составляет 5–10 % от размера капитальных затрат по проекту. Это частично корреспондирует российской практике резерва непредвиденных расходов, который любой подрядчик, выполняющий работы с объектом капитального строительства по государственным контрактам, должен предусмотреть в проектной документации (Постановление Госстроя России от 05.03.2004 N15/1 «Об утверждении и введении в действие Методики определения стоимости строительной продукции на территории Российской Федерации»). Собственно, в некоторых проектах ГЧП в России указанный порог определялся сверх данного резерва.

При этом, используя страховую терминологию, порог расходов может предусматриваться в концессионных соглашениях как условная или безусловная франшиза. В первом случае при достижении порога концессионеру возмещаются все убытки (включая сумму этого порога), во втором — за вычетом такого порога. Вид франшизы стороны выбирают на свое усмотрение.

В концессионном соглашении предусматривается обязательство концессионера предпринимать все разумные усилия для смягчения последствий особых обстоятельств. В некоторых проектах стороны помимо приведенной общей формулировки включают еще обязательство концессионера обратиться за страховым возмещением (если соответствующий случай является страховым), а также за возмещением убытков от лиц, непосредственно причинивших ущерб концессионеру. Степень императивности таких формулировок разнится, однако авторам статьи неизвестны российские проекты, где концессионеру полностью было бы отказано в выплатах по особым обстоятельствам из-за того, что он еще не до конца исчерпал иные средства правовой защиты.

Средства правовой защиты не предоставляются концессионеру, если особое обстоятельство наступило по причинам, за которые отвечают концессионер или связанные с ним лица.

СОВЕТ Концессионеру важно позаботиться о том, чтобы такая оговорка включалась в концессионное соглашение не как абсолютное, а как относительное ограничение: средства правовой защиты в таком случае уменьшаются пропорционально вине концессионера или такого третьего лица (но концессионер полностью их не лишается).

Классификация особых обстоятельств по распространенности

С практической точки зрения особые обстоятельства можно классифицировать по признаку стандартизации. Есть обстоятельства, которые квалифицируются в качестве особых в большинстве проектов, и, соответственно, обстоятельства, встречающиеся редко, raison d’être которых обусловлен технологическими, юридическими или коммерческими

особенностями конкретных проектов.

Типичными для проектов ГЧП в России являются следующие особые обстоятельства:

- непредоставление или изъятие земли;
- конфискация имущества концессионера;
- специальное изменение законодательства (изменение законодательства, регулирующего наиболее сенситивные для концессионера вопросы: строительные нормативы, налогообложение и пр.);
- нестрахуемость (отказ страховщиков от страхования риска, который обычно страхуется в проектах ГЧП);
- акции протеста;
- макроэкономические риски (прежде всего гиперинфляция и существенное повышение ключевой ставки);
- действие или бездействие концедента или государственного органа, из-за которого концессионер не может исполнить своих обязательств;
- отказ или невыдача технических условий ресурсоснабжающей организацией;
- существенный рост капитальных затрат по проекту в связи с непредвиденными обстоятельствами.

Более редкими и часто зависящими от конкретного проекта (его экономики, стадии реализации, имущественных прав сторон на объекты имущества и пр.) являются следующие особые обстоятельства:

- непредоставление концессионеру иного имущества (имущества, не составляющего объект концессионного соглашения);
- введение новых антироссийских санкций;
- причинение вреда объекту соглашения или имуществу концессионера при движении специальных транспортных средств (например, военной техники, способной нанести ущерб дорожному покрытию);
- невозможность переноса (выноса) с территории земельных участков проекта объектов, препятствующих строительству и эксплуатации;
- нарушение концедентом своих обязательств по концессионному соглашению;
- снижение спроса на услуги, оказываемые по проекту / предоставление концедентом некорректных прогнозных расчетов (актуально только для тех проектов, где риск спроса полностью или частично лежит на концессионере и где отсутствует механизм минимального гарантированного дохода);
- невозможность присоединения линейного объекта, созданного по проекту, к линейным объектам, технологическую часть которых он будет составлять.

Наконец, есть особые обстоятельства, которые целиком связаны с особенностями проекта, и в таком виде могут больше нигде не встречаться. Это, например, особые обстоятельства, обусловленные геологическими рисками конкретного проекта (моста, создаваемого в условиях вечной мерзлоты, и т. п.), выбором концедентом правовых механизмов предоставления имущества концессионеру, необходимостью интеграции проекта в уже существующие инфраструктурные системы и пр.

В юридической литературе (Скрябина Мария и Лусине Арутюнян Особые обстоятельства в ГЧП // ГЧП-Журнал, № 13. — Москва: 2016 г. — Октябрь) можно найти рекомендацию

разделять особые обстоятельства на несколько групп: обстоятельства, направленные на возмещение имущественных потерь по ст. 406.1 ГК РФ (для особых обстоятельств, вины концедента в возникновении которых нет), обстоятельства, влекущие убытки концессионера по ст. 15 ГК РФ (обратная по сравнению с предыдущей группой ситуация), и обстоятельства с заранее оцененной суммой компенсации по ст. 330 ГК РФ (то есть неустойка). Такое разделение, по мнению авторов данной концепции, должно помочь концессионеру получить возмещение при наступлении обстоятельств, в возникновении которых нет вины концедента (и к которым, соответственно, не может быть применена ст. 15 ГК РФ). Хотя мы не возражаем против такого разделения, мы не считаем его обязательным: с юридической точки зрения, помимо оценки особых обстоятельств в качестве мер, направленных на возмещение убытков, их можно рассматривать в качестве обусловленного исполнения обязательств (ст. 327.1 ГК РФ). В соответствии с указанным положением стороны гражданско-правового договора (включая концессионное соглашение) вправе предусмотреть, что исполнение обязанностей одной из сторон (в нашем случае — концедента) обусловлено совершением или несовершением одной из сторон обязательства определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором (в нашем случае — концессионным соглашением), в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон. Данная конструкция идеально соответствует институту особых обстоятельств, ведь он регулирует условные обязательства сторон и юридические последствия их наступления, выражающиеся не только в материализации обязательства концедента уплатить концессионеру определенную сумму денежных средств, но и в возникновении иных обязательств как концедента (например, предоставить отсрочку исполнения обязанностей концессионера), так и концессионера (например, уведомлять концедента о наступлении особого обстоятельства, предоставлять ему подтверждающие документы, митигировать последствия и проч.). Такой подход также избавляет от необходимости оценивать отношения сторон по концессионному соглашению в качестве предпринимательских (что неизбежно при применении ст. 406.1 ГК РФ). Забегая вперед, именно нашу интерпретацию правовой природы особых обстоятельств выбрал законодатель в законопроекте,

регулирующем данный институт законодательства о ГЧП (см. ниже).

Судебная практика по особым обстоятельствам

К настоящему времени судебная практика по особым обстоятельствам еще не сложилась, поэтому далее будут приведены выводы из наиболее релевантных судебных решений по рассматриваемой теме.

Стороны могут включить в концессионное соглашение условие о компенсации одной из сторон другой стороне потерь, которые могут быть не связаны с нарушением одной из сторон обязательств по договору.

Решение Арбитражного суда г. Москвы от 14.09.2017 по делу № А40–93716/2017, хотя и было обжаловано (отменено), содержит важный тезис, не оспариваемый в апелляции. Суд рассмотрел несколько вопросов структурирования проектов ГЧП. Например, был рассмотрен вопрос включения особых обстоятельств в концессионное соглашение: «В соответствии с условиями Концессионного соглашения № К 1 от 17.07.2009 стороны предусмотрели возможность наступления особых обстоятельств, оказывающих влияние на порядок и размер выплат. В частности, к особым обстоятельствам по п. 5.8.1. Концессионного соглашения № К 1 от 17.07.2009 отнесено нарушение концедентом своих обязательств, предусмотренных п. 2.1.4, 2.1.6, 2.1.7 Соглашения (своевременное предоставление земельных участков в аренду концессионеру). На основании п. 5.8.9 Концессионного соглашения № К 1 от 17.07.2009 концедент взял на себя обязательство возмещать сокращение доходов концессионера (сокращение плановой выручки концессионера) при наступлении особых обстоятельств».

Многократно ссылаясь на урегулированные концессионным соглашением положения об особых обстоятельствах, суд делает таким образом вывод об их законности.

СОВЕТ Если концессионное соглашение прямо устанавливает вид бюджетного ассигнования, оформляющего обязательство концедента заплатить концессионеру при наступлении

определенного условия, то суд может отказать в рассмотрении иска о таком платеже, если не исполнены условия, предусмотренные бюджетным законодательством. В связи с этим в концессионных соглашениях целесообразно воздерживаться от указания вида бюджетного ассигнования, ограничиваясь только гражданско-правовым условием о платеже.

В деле, описанном в Постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.02.2016 № Ф04–28894/2015 по делу № А45–7720/2015, было заключено концессионное соглашение по обслуживанию тепловых сетей. Соглашением предусматривалась компенсация концедентом недостаточного объема полученных концессионером тарифных платежей путем предоставления субсидий. В ходе исполнения предусмотренных обязательств имело место указанное в концессионном соглашении обстоятельство, однако концедент отказался компенсировать недостаток в поступающей тарифной плате, так как субсидия не была предусмотрена в акте бюджета на соответствующий период. Суд поддержал позицию концедента, указав, что в отсутствии оформления субсидии в соответствии с правилами бюджетного законодательства указание на обязанность концедента перечислить компенсацию в концессионном соглашении не имеет правового значения и не влечет за собой правовых последствий.

Анализ судебной практики по особым обстоятельствам был бы неполным без упоминания о Постановлении Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.10.2017 № 18АП 9960/2017 по делу № А76–31705/2016. Остается только догадываться, чем руководствовались судьи при вынесении данного решения, но по числу абсолютно одиозных и, главное, немотивированных выводов оно может соперничать с некоторыми решениями судов образца 1990-х гг.

Не останавливаясь на выводах, не относящихся к предмету данной статьи, процитируем следующее: «Нарушающими требования Закона № 115-ФЗ антимонопольный орган признал действия заявителя по включению в конкурсную документацию положений об обязанности концедента возместить затраты и недополученные доходы концессионера, образовавшиеся вследствие установления государственными органами льгот по оплате услуг концессионера

для отдельных категорий потребителей; снижения уровня загрузки единиц недвижимого имущества объекта концессионного соглашения (за исключением полигона ТКО) ниже минимального уровня, определенного конкурсной документацией, приведшего к недополучению доходов концессионера либо к возникновению неучтенных органом тарифного регулирования экономически обоснованных расходов. Соответствующие положения приведены в п. 21.8.9.1 и 21.8.9.3 конкурсной документации.

[...]

Ни положениями ч. 1.1 ст. 10 Закона № 115-ФЗ, ни положениями ч. 1 ст. 20 этого Закона не предусмотрена возможность компенсации расходов концессионера в случаях, приведенных в п. 21.8.9.1 и 21.8.9.3 конкурсной документации. В этой связи вывод управления о несоответствии действий заявителя по включению таких условий в конкурсную документацию требованиям ч. 1.1 ст. 10 Закона № 115-ФЗ является правомерным».

Из данных пассажей вытекают вопросы о знании судом:

> того, в чем заключается принципиальное отличие частного права (к коему в силу прямого указания ч. 2 ст. 3 Закона о концессиях относится правовое регулирование в области концессионных соглашений) от публичного — ubi jus incertum, ibi nullum;

> содержания нормы ч. 2 ст. 10 Закона о концессиях о том, что концессионное соглашение может включать иные не противоречащие законодательству Российской Федерации условия, при этом перечень таких условий является открытым;

> содержания п. 3 ст. 421 ГК РФ и Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах».

Хочется надеяться, что данное решение так и останется казусом, а его выводы вскоре будут опровергнуты судебной практикой.

***

Являясь адептами государственно-частного партнерства как правового института, позволяющего осуществлять масштабные прогрессивные шаги в развитии государства, мы рассматриваем дальнейшее развитие законодательства в этой сфере как безусловную необходимость.

В одном из законопроектов, подготавливаемых Минэкономразвития России, нам встретилась следующая формулировка: «В концессионном соглашении могут быть предусмотрены обязательства концедента, в том числе финансовые обязательства, исполнение которых в соответствии с концессионным соглашением обусловлено совершением или несовершением одной из сторон концессионного соглашения определенных действий либо наступлением или ненаступлением обстоятельств, независящих от воли сторон, а также полностью зависящих от воли одной из его сторон, предусмотренных концессионным соглашением». Если данное положение сохранится в итоговой редакции законопроекта, вопрос о законности особых обстоятельств можно будет считать закрытым.

Статья опубликована в Legal Insight №3, 2019.

СТАТЬИ