



Дмитрий Пицков

юрист практики ГЧП и инфраструктуры юридической фирмы VEGAS LEX

ФОРМИРОВАНИЕ УСЛОВИЙ КОНЦЕССИИ: КОНФЛИКТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

За последние несколько лет заметно увеличилось число подготавливаемых и запускаемых концессионных проектов, а также усложнились условия и юридические техники концессионных соглашений и иной контрактной документации по проекту. При этом использование некоторых договорных механизмов может быть сопряжено с конфликтом концессионного и гражданского законодательства и, как следствие, является риском для сторон.

При определении условий концессионных соглашений часто встречаются неточные формулировки, в том числе основанные на нормах Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ), или прямые ошибки, которые могут привести к сложностям исполнения таких условий. Такие ошибки тиражируются из проекта в проект, что негативно влияет на практику реализации и риски концессионных проектов.

В качестве примера в настоящей статье рассмотрены некоторые аспекты изменения условий об объекте и сроке соглашения как наиболее значимых (существенных) условий соглашения и выделены основные точки риска, возникающие при подготовке проектов.

ИЗМЕНЕНИЕ ОБЪЕКТА СОГЛАШЕНИЯ

В одном из аэропортовых проектов

была применена формулировка об объектах расширения аэропорта и дополнительных объектах, относящихся к объекту соглашения, создание которых поставлено под условие. Еще в одном соглашении было оговорено право одностороннего частичного отказа концессионера от соглашения (в отношении определенных элементов объекта соглашения при наступлении особых обстоятельств). В этих соглашениях стороны предусмотрели изменение таких условий без заключения дополнительного соглашения.

Действительно, в практике могут встречаться случаи, когда для целей дальнейшей реализации проекта необходимо изменить объект соглашения, его отдельные параметры. При этом стороны ошибочно используют не соответствующие законодательству механизмы, что может привести к обжалованию такого изменения или иным рискам по проекту.

Условие об объекте соглашения изначально формулируется в решении о заключении соглашения и конкурсной документации. Отдельные параметры объекта могут уточняться предложением победителя конкурса по критериям в отношении проектной документации или технико-экономических показателей, а также в самом соглашении. Окончательные параметры объекта становятся известны по итогам проектирования.

На практике во время проектирования, на стадии строительства и эксплуатации в зависимости от обстоятельств возникают случаи, когда для дальнейшей реализации проекта в интересах одной или обеих сторон необходимо внести изменения в условия о создаваемом объекте или изменить сам объект.

Особую сложность представляет ситуация, когда корректировки проектной документации недостаточно или эксплуата-

ция уже началась и желаемое изменение объекта (увеличение или уменьшение) явно выходит за рамки существующих технико-экономических показателей.

В такой ситуации сторонам, согласно положениям ст. 13 Закона о концессионных соглашениях¹, необходимо использовать механизм внесения изменений в соглашение в следующих случаях и порядке: *по соглашению сторон:*

1) если такие изменения являются изменением (существенных) условий, определенных на основании решения о заключении соглашения и конкурсно-го предложения концессионера по критериям конкурса, — на основании решения концедента с учетом согласования с антимонопольным органом;

2) если такие изменения не являются изменением (существенных) условий, определенных на основании решения о заключении соглашения и конкурсно-го предложения концессионера, — без решения концедента и согласования с антимонопольным органом;

по решению суда — по основаниям, предусмотренным ГК РФ, при существенном нарушении договора другой стороной и в иных случаях, предусмотренных законами или соглашением.

Такие существенные нарушения и иные случаи, в соответствии с ГК РФ, а также критерии их наступления на практике часто именуется особыми обстоятельствами и могут служить основанием как для внесения изменений, так и для уплаты компенсации или расторжения соглашения.

При этом в практике, в том числе в приведенных выше примерах, встречаются подходы, когда при недостаточности правового регулирования subsidiarily применяются нормы ГК РФ в целом, что, по мнению сторон, следует из ч. 2 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях. Однако такие условия и ситуации, когда объект соглашения может быть значительно изменен без заключения сторонами дополнительного соглашения, противоречат ст. 13 Закона о концессионных соглашениях, но при этом соответствуют нормам ГК РФ об отказе от исполнения (ст. 450.1 ГК РФ) или исполнении обязательств в заранее согласованном сторонами порядке (фактически — изменение или

частичное расторжение соглашения в случае уменьшения объекта соглашения)².

В таких подходах не принимаются во внимание следующие нормы законодательства:

- согласно упомянутой ч. 2 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях предусмотрена отсылка не в целом к ГК РФ, а к правилам гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в соглашении, если иное не вытекает из Закона о концессионных соглашениях или существа концессионного соглашения;

- п. 3 ст. 420 ГК РФ предусмотрено, что к обязательствам, возникшим из договора, применяются общие положения об обязательствах (ст. 307–419), если иное не закреплено правилами гл. III и правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в ГК РФ.

Таким образом, следует руководствоваться следующей последовательностью норм при недостаточности их регулирования (в приоритете от более значимых):

- нормы специального закона — Закона о концессионных соглашениях;
- нормы части второй об отдельных видах договоров и гл. 27 «Понятие и условия договора» ГК РФ;
- общие положения об обязательствах (ст. 307–419) ГК РФ.

Закон о концессионных соглашениях имеет специальные инвестиционные и социальные цели³, особенные предмет и методы правового регулирования — гражданско-правовые и публично-правовые. В частности, предметом правового регулирования являются отношения, возникающие в связи с подготовкой, заключением, исполнением, *изменением и прекращением соглашений*, устанавливаются гарантии прав и законных интересов сторон⁴.

Следовательно, оснований для применения напрямую общих положений об обязательствах ГК РФ не усматривается. То есть нет возможности задать какой-либо иной порядок изменения объекта соглашения (или внесудебного частичного отказа), кроме дополнительного соглашения сторон согласно Закону о концессионных соглашениях, который напрямую и в достаточном объеме регламентирует такие вопросы.

Сам по себе внесудебный частичный отказ как способ изменения соглашения также следует считать не соответствующим Закону о концессионных соглашениях, поскольку законом предусмотрен специальный порядок как судебного изменения, так и судебного расторжения соглашения⁵.

Тем не менее существует несколько судебных прецедентов, отражающих противоположный подход. Так, в нескольких случаях суд допустил, что концессионер (будучи подрядчиком и основываясь на квалификации соглашения как договора подряда) в соответствии с п. 1 ст. 719 ГК РФ вправе не приступать к работе, приостановить начатую или отказаться от исполнения договора в случаях, когда нарушение заказчиком (концедентом) своих обязанностей по договору, в частности непредоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи, препятствует исполнению договора подрядчиком, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок⁶.

В отношении концедента как заказчика по договору подряда судебная практика именно по гл. 37 ГК РФ не встречается. Тем не менее согласно ст. 450.1 и 310 ГК РФ односторонний внесудебный отказ концедента от исполнения обязательств по соглашению признается некоторыми судами⁷, что не может считаться законно обоснованным.

Приведенные примеры судебной практики пока не носят обширного и устойчивого характера, и, вероятно, такая практика может измениться по мере увеличения количества споров, передаваемых в суд. В частности, условия о порядке изменения или частичного отказа от исполнения соглашения могут быть квалифицированы как недействительные (не соответствующие закону) на основе приведенного выше толкования законодательства.

Представляется, что, обходя установленный Законом о концессионных соглашениях порядок по прямой аналогии регулирования какого-либо гражданско-правового договора, нарушаются указанные

¹ Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

² В таком случае в соглашение фактически включено отменительное условие (ст. 157 ГК РФ), наступление которого прекращает соглашение (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2012 г. № 7454/12).

³ Часть 1 ст. 1 Закона о концессионных соглашениях.

⁴ Часть 2 ст. 1 Закона о концессионных соглашениях.

⁵ Статьи 13, 15 Закона о концессионных соглашениях.

⁶ Постановление ФАС Поволжского округа от 18 декабря 2012 г. по делу № А12-7331/2012; Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 9 октября 2015 г. № 08АП-10117/2015 по делу № А75-6376/2015.

⁷ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 12 января 2009 г. по делу № А26-3259/2008; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28 февраля 2014 г. № 17АП-2178/2014-АК по делу № А50-20139/2013.

выше цели правового регулирования. Могут быть ущемлены права и интересы государства, усиливаются дисбаланс интересов сторон и риски проекта в целом, включая риск приостановления или прекращения деятельности концессионером. Особенно это относится к крупным и долгосрочным проектам.

Очевидно, что, принимая специальный закон о самостоятельном виде договора, законодатель ограничил применение общих норм гражданского законодательства кроме случаев, когда

ник развития проекта и расширения состава имущества, используемого в проекте.

Таким образом, при подготовке проекта в целом и формировании условий соглашения в частности основным участникам проекта предстоит оценить целесообразность включения предусмотренных и не предусмотренных Законом о концессионных соглашениях механизмов изменения и расторжения соглашения полностью или в части, риски и сложности реализации таких условий, в том числе с

Как и для изменения объекта, изменение срока соглашения необходимо в форме дополнительного соглашения. В данном случае следует использовать нормы Закона о концессионных соглашениях как более жесткие нормы специального закона.

Подход, когда срок изменяется вне дополнительного соглашения, несет в себе большие риски для сторон, так как взаимоотношения сторон после окончания установленного соглашением срока его действия больше не регулируются концессионным соглашением. В таком случае тот же отказ от исполнения обязательств одной из сторон будет решаться не в рамках положений соглашения, а в соответствии с общими нормами законодательства. При этом процедура судебной защиты действий сторон вне соглашения значительно усложняется. Такая ситуация приводит к срыву проекта и убыткам сторон.

Более того, последние поправки в Закон о концессионных соглашениях усилили подход о пресекательном сроке соглашения введением механизма единовременного продления срока соглашения на 5 лет.

Оптимальным вариантом в такой ситуации может быть детальная проработка условий соглашения об ответственности и особых обстоятельствах, иных положений, являющихся основанием для требования стороны внести изменения в соглашение в форме дополнительного соглашения.

Таким образом, при изменении срока соглашения следует руководствоваться только Законом о концессионных соглашениях.

ВАРИАНТЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Несомненно, в большинстве случаев необходимость внесения изменений в условия об объекте или сроке соглашения обоснована интересами обеих сторон и направлена на дальнейшую эффективную реализацию проекта. Однако стороны могут использовать неоптимальные механизмы реализации таких изменений.

В подобных случаях возрастает необходимость более точного с точки зрения юридической техники формулирования условий соглашений, основанного на законодательстве. Выстраивание положительной практики позволит повысить качествоготавливаемых проектов, эффективность их реализации, упростит разрешение споров, минимизирует возможные убытки сторон. ■

Срок соглашения должен включать в себя все сроки обязательств по соглашению.

это необходимо исключительно в отношении отдельных обязательств (элементов соглашения) при недостаточности существующих норм специального закона.

В отдельных проектах возможным вариантом урегулирования такой ситуации может быть создание дополнительного недвижимого имущества, которое не будет являться объектом соглашения или иным (передаваемым концессионеру) имуществом и которое будет являться собственностью концедента или концессионера⁸.

Такой механизм предусмотрен в одном из подготавливаемых в настоящее время аэропортовых проектов на региональном уровне, но также может быть применен и к линейным объектам и иным видам объектов соглашения в зависимости от обстоятельств.

Через данный механизм стороны вправе предусмотреть законные основания и порядок создания недвижимого имущества дополнительно к объекту соглашения. Создание таких объектов может быть сформулировано как обязательство, причем при наступлении заранее определенных условий или обстоятельств (отлагательных условий) или с учетом согласования с финансирующими организациями. При этом отдельные части такого создаваемого дополнительного имущества передаются в собственность концедента, но не являются объектом соглашения, а отдельные части могут быть оставлены в собственности концессионера.

В данном случае такой механизм с учетом его особенностей можно рассматривать как дополнительный источник

учетом интересов финансирующих организаций.

ИЗМЕНЕНИЕ СРОКА СОГЛАШЕНИЯ

В нескольких реализуемых проектах условия соглашения допускают автоматическое соразмерное продление срока соглашения в случаях просрочки со стороны концедента или наступления особых обстоятельств. Предусмотрено, что такое продление срока не требует дополнительного соглашения сторон.

Согласно Закону о концессионных соглашениях, срок действия соглашения должен устанавливаться с учетом срока создания или реконструкции объекта концессионного соглашения, объема инвестиций, срока окупаемости, иных сроков⁹. То есть срок соглашения должен включать в себя все сроки обязательств по соглашению.

По общему правилу ГК РФ, истечение срока действия договора не прекращает исполнение обязательств по нему¹⁰ кроме случаев, когда законом или договором может быть предусмотрено, что окончание срока действия договора влечет за собой прекращение обязательств сторон.

Таким образом, возникает несогласованность положений о сроке соглашения между нормами ГК РФ и Законом о концессионных соглашениях. Остается неясным, можно ли отнести Закон о концессионных соглашениях к такому упомянутому в ГК РФ закону? Прекращаются ли в соответствии с ним обязательства по истечении срока соглашения? Во всех ли случаях необходимо вносить изменения в форму дополнительного соглашения?

⁸ Часть 10 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях.

⁹ Часть 1 ст. 6 Закона о концессионных соглашениях.

¹⁰ Статья 425 ГК РФ.