

**ЛУЧШИЕ РОССИЙСКИЕ ПРАКТИКИ
СТРУКТУРИРОВАНИЯ
ОСОБЫХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ**

2023

Механизм особых обстоятельств является одним из ключевых, используемых в ГЧП-проектах и влияющих на возможность привлечения финансирования. Юристы юридической фирмы Stonebridge Legal Искандер Бинашев и Ольга Ермакова проанализировали практику его применения в России и суммировали лучшие подходы к структурированию механизма особых обстоятельств.

Механизм особых обстоятельств используется в ГЧП-проектах в целях распределения рисков проекта между сторонами. Российское законодательство прямо не закрепляет механизм особых обстоятельств, хотя в последние годы предпринимаются попытки по его урегулированию, в частности:

- Летом 2022 года в первом чтении был принят законопроект, которым в Законе о концессионных соглашениях¹ предлагается прямо закрепить возможность включения в концессионное соглашение положений об обстоятельствах, влекущих нарушение концессионером обязательств по концессионному соглашению и (или) возникновение у концессионера дополнительных расходов и (или) недополученных доходов, а также предусматриваются примеры таких обстоятельств и возможные последствия их наступления;
- В постановлении Правительства РФ от 22 февраля 2021 года № 247, которым утверждены правила предоставления федерального софинансирования проектов в сфере образования, предусмотрены требования к содержанию концессионных соглашений в части критериев для квалификации обстоятельств в качестве особых, перечня таких обстоятельств и последствий их наступления;
- В примерных формах соглашения о государственно-частном (муниципально-частном) партнёрстве, концессионного соглашения в отношении объектов, обеспечивающих перевозки пассажиров общественным транспортом, утверждённых соответственно распоряжением Правительства РФ от 28 декабря 2022 года № 4271-р и распоряжением Правительства РФ от 14 марта 2023 года № 589-р, также содержатся критерии для квалификации обстоятельств в качестве особых и последствия наступления таких обстоятельств.

Отсутствие правового регулирования и вместе с тем широкое применение механизма на практике, привели к тому, что различные участники рынка используют различные варианты структурирования механизма особых обстоятельств. На основании указанных выше документов и практики применения данного механизма в самом общем виде особые обстоятельства можно охарактеризовать как обстоятельства, препятствующие исполнению обязательств концессионера по соглашению, которые влекут определённые договором последствия, целью которых является восстановление баланса интересов и устранение негативных эффектов наступления таких событий.

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

В рамках подготовки данной статьи мы проанализировали ряд концессионных соглашений, профинансированных или готовых к финансированию различными банками², и на основании своего опыта обобщили лучшие российские практики структурирования механизма особых обстоятельств.

ПЕРЕЧЕНЬ И КВАЛИФИКАТОРЫ ОСОБЫХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

В соглашении фиксируют перечень особых обстоятельств. Перечень формируют под каждый проект и, как правило, в него включают особые обстоятельства, характерные:

- для большинства ГЧП-проектов (например, нарушение сроков предоставления финансирования концедентом, невозможность доступа концессионера на земельный участок, изменение законодательства);
- для определённого типа объекта (например, для проектов сферы городского наземного электрического транспорта – превышение объема транспортной работы концессионера планового значения; для проектов сферы ЖКХ, ТКО, электроэнергетики – нарушение предусмотренного законодательством срока согласования инвестиционной программы);
- для конкретного проекта (например, превышение на сумму более 1,2 млрд руб. размера инвестиций, предусмотренных концессионным соглашением, связанное с освобождением от рейдового перегрузочного комплекса места формирования операционной акватории для целей строительства объекта³).

Чаще всего перечень особых обстоятельств является закрытым, что позволяет сбалансировать распределение рисков между сторонами проекта. Тем не менее нам известны отдельные случаи, когда в соглашении предусматривался открытый перечень особых обстоятельств, который фактически позволял признать любое обстоятельство особым (при соответствии его оговорённым в соглашении критериям)⁴.

Стороны нередко устанавливают пороговые значения, которые позволяют не признавать в качестве особых обстоятельств незначительные для конкретного проекта события. Такие пороговые значения могут устанавливаться в виде:

- суммы дополнительных расходов (превышение фактической стоимости технологического присоединения над стоимостью, предусмотренной в проектной документации на 10 млн руб.);
- срока действия события (задержка в предоставлении концессионеру прав на земельный участок более чем на 3 месяца);

² Перечень использованных для анализа соглашений и критерии их отбора более подробно описаны в конце данной статьи.

³ Проект Морской порт «Лавна».

⁴ См., например, проект Медицинский центр в г. Магадан.

- иных пороговых значений, которые могут быть оцифрованы (превышение ставки по соглашениям о финансировании на 1% от величины, существовавшей на дату финансового закрытия).

Нам также известны отдельные примеры, когда в соглашениях наряду с пороговыми значениями для конкретных особых обстоятельств предусматривались пороговые значения для последствий, применимых к любым особым обстоятельствам⁵.

Дополнительно в соглашение включают общие критерии, которым любое особое обстоятельство из перечня должно соответствовать для применения режима, установленного соглашением:

- Момент возникновения особого обстоятельства – после даты заключения соглашения. При этом причины, приведшие к наступлению особого обстоятельства, могут возникнуть и до даты заключения соглашения;
- Отсутствие вины концессионера (привлечённых им лиц) в наступлении особого обстоятельства. К особым обстоятельствам обычно относят обстоятельства, зависящие от публичной стороны (концедента и, если в соглашении участвует субъект РФ в качестве самостоятельной стороны соглашения, также субъекта РФ), и обстоятельства, не зависящие ни от одной из сторон соглашения;
- Последствия возникновения особых обстоятельств для проекта – невозможность надлежащего исполнения концессионером своих обязательств по соглашению, возникновение дополнительных расходов и реже снижение запланированной выручки у концессионера.

ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ НАСТУПЛЕНИЯ ОСОБЫХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

Наступление особых обстоятельств может являться основанием для выплаты концессионеру компенсации. Как правило, соглашения предусматривают компенсацию только реального ущерба (понесённых и предполагаемых расходов). Однако иногда в компенсацию включают также упущенную выгоду (недополученные доходы) концессионера⁶. Размер компенсации определяется на основании документов или, если стороны не могут достигнуть соглашения по размеру, определяется судом. Для снижения споров по размеру компенсации стороны включают в соглашение порядок (формулы) расчёта компенсации⁷.

Мы также встречали отдельные соглашения, в которых размер возмещаемых дополнительных расходов концессионера ограничивался путём:

⁵ См., например, Коробочное решение в сфере образования, проект Морской порт «Лавна».

⁶ См., например, проект Центр ядерной медицины в Бурятии.

⁷ См., например, проект ГЭТ в г. Курск.

- установления франшизы, то есть суммы дополнительных расходов, при достижении которой осуществляется полная компенсация⁸, или суммы, в пределах которой компенсация не осуществляется;
- установления лимитов размера дополнительных расходов по проекту, а в случае достижения лимита дальнейшая компенсация не осуществляется или вместо компенсации могут наступать иные последствия (например, прекращение соглашения)⁹.

В отдельных соглашениях мы встречали альтернативное компенсации следствие: возможность выполнения концедентом выявленных в процессе реализации соглашения непредвиденных работ¹⁰. Здесь необходимо обратить внимание на то, что такое следствие имеет весьма ограниченную возможность применения и, на наш взгляд, может быть использовано для единичных проектов. Это связано с тем, что органы власти, ввиду необходимости соблюдения контрактного и бюджетного законодательства, существенно ограничены в оперативном выборе подрядчиков и, как следствие, в быстром выполнении необходимых работ.

Наступление особых обстоятельств может являться основанием для продления сроков исполнения обязательств по соглашению (например, сроков проектирования) или в отдельных случаях изменения иных условий соглашения, когда изменение параметров проекта необходимо для его дальнейшей реализации (например, изменение технических характеристик объекта).

В случае если особое обстоятельство приводит к невозможности (например, гибель объекта соглашения), существенно затрудняет или делает нецелесообразным дальнейшую реализацию проекта (например, стоимость проекта увеличивается настолько, что приводит к утрате обеими сторонами выгод от проекта), особое обстоятельство может являться основанием для досрочного расторжения соглашения по решению суда. Конкретный перечень особых обстоятельств, влекущих такие последствия, зависит от проекта, но в любом случае он должен быть ограничен. Зачастую сокращение случаев достигается за счёт дополнения особых обстоятельств критериями в виде продолжительности действия особого обстоятельства и (или) превышения определённого уровня выплачиваемой публичной стороной компенсации¹¹.

Кроме того, наступление особых обстоятельств, как правило, является основанием для освобождения концессионера от ответственности за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательств, которое было допущено им из-за особого обстоятельства.

Стоит отметить, что в ряде соглашений регулируется последовательность применения последствий наступления особых обстоятельств. Например, в первую очередь продляются сроки исполнения обязательств концессионера, вносятся изменения в соглашение. Если эти

⁸ См., например, проект Мост через р. Пур.

⁹ См., например, проект ГЭТ в г. Липецк.

¹⁰ См., например, проект Школа в Свердловской области.

¹¹ См., например, Проект Платон.

меры не позволяют устранить последствия особого обстоятельства, возмещаются дополнительные расходы или осуществляется выполнение непредвиденных работ силами концедента¹². Эти положения защищают интересы публичной стороны, поскольку позволяют снизить или по меньшей мере отсрочить возникновение дополнительной бюджетной нагрузки. В то же время стоит иметь в виду, что они снижают уровень защищённости концессионера, поскольку, например, допускают ситуацию, при которой возмещение убытков будет осуществляться за счёт будущих потоков проекта, и в моменте концессионеру потребуется привлечение дополнительного акционерного или банковского финансирования для покрытия возникших убытков.

Чаще всего стороны предусматривают автоматическое применение последствий наступления особого обстоятельства, в том числе автоматическое изменение условий соглашения, без заключения дополнительного соглашения. Такое регулирование позволяет ускорить адаптацию проекта к изменениям и избежать возможных споров сторон. Тем не менее, если для устранения последствий наступления особого обстоятельства стороны вносят изменение в соглашение, то изменение отдельных условий соглашения (в частности, существенных условий) может потребовать соблюдения специальной процедуры внесения изменений в соглашение, в том числе внесение изменения в решение о заключении соглашения, согласование изменения условий с ФАС или заключение дополнительного соглашения к концессионному соглашению. См., например, Коробочное решение в сфере мостов, теплотрасс, платных переездов.

СООТНОШЕНИЕ ОСОБЫХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ И ОБСТОЯТЕЛЬСТВ НЕПРЕОДОЛИМОЙ СИЛЫ

Отдельные особые обстоятельства могут иметь схожие с обстоятельствами непреодолимой силы признаки, которые в конечном итоге могут привести к возможности одновременной квалификации одного обстоятельства как особого обстоятельства или как обстоятельства непреодолимой силы (например, изменение законодательства). С целью устранения коллизии в соглашении определяют применимый режим. Зачастую приоритет отдается режиму особых обстоятельств, в редких случаях выбор режима предоставляется концессионеру¹³. Последний вариант может быть актуальным для случаев, когда режим обстоятельств непреодолимой силы имеет отличия в правовых последствиях.

МЕТОДОЛОГИЯ ОТБОРА КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ ДЛЯ АНАЛИЗА

Для анализа было отобрано 20 концессионных соглашений из различных сфер, соответствующих следующим требованиям:

- 1** в публичном доступе размещён текст концессионного соглашения; и
- 2** проект был профинансирован или в публичном доступе содержится информация о намерении предоставить финансирование для реализации концессионного соглашения хотя бы одной финансирующей организацией.

¹² См., например, Коробочное решение в сфере мостов, теплотрасс, платных переездов.

¹³ См. Типовую концессию ПроШколы.

Перечень концессионных соглашений:

- 1 Рекомендуемая форма концессионного соглашения о финансировании, проектировании, строительстве и эксплуатации участка автомобильной дороги с мостом/путепроводом, разработанная Сбербанком (**«Коробочное решение в сфере мостов, путепроводов, платных переездов»**);
- 2 Рекомендуемая форма концессионного соглашения для стандартного отраслевого решения в теплоснабжении, разработанная Сбербанком;
- 3 Рекомендуемая форма концессионного соглашения для стандартного отраслевого решения в водоснабжении и (или) водоотведении, разработанная Сбербанком;
- 4 Рекомендуемая форма концессионного соглашения для стандартного отраслевого решения в сфере обращения с твёрдыми коммунальными отходами, разработанная Сбербанком;
- 5 Рекомендуемая форма концессионного соглашения о финансировании, проектировании, строительстве и эксплуатации объекта образования, разработанная Сбербанком (**«Коробочное решение в сфере образования»**);
- 6 Типовое концессионное соглашение о финансировании, проектировании, строительстве и эксплуатации объекта образования, разработанного компанией ПроШкола (**«Типовая концессия ПроШколы»**);
- 7 Концессионное соглашение о создании, реконструкции и эксплуатации имущественного комплекса наземного электрического транспорта общего пользования в Курске (Курская область, **«ГЭТ в г. Курск»**);
- 8 Концессионное соглашение о создании, реконструкции и эксплуатации объектов транспортной инфраструктуры и технологически связанных с ними транспортных средств, используемых для перевозки пассажиров в Липецке (Липецкая область, **«ГЭТ в г. Липецк»**);
- 9 Концессионное соглашение на финансирование, создание и эксплуатацию объектов инфраструктуры морского порта Мурманск (**«Морской порт «Лавна»**);
- 10 Концессионное соглашение в отношении объектов, предназначенных для взимания платы, используемых в целях обеспечения функционирования системы взимания платы в счёт возмещения вреда, причиняемого автомобильным дорогам общего пользования федерального значения транспортными средствами, имеющими разрешённую максимальную массу свыше 12 тонн (**«Проект Платон»**);
- 11 Концессионное соглашение о финансировании, создании, эксплуатации участка автомобильной дороги Коротчаево – Красноселькуп, в том числе моста через р. Пур (Ямало-Ненецкий автономный округ, **«Мост через р. Пур»**);
- 12 Концессионное соглашение о создании и эксплуатации средней общеобразовательной школы № 4 в Верхней Пышме (Свердловская область, **«Школа в Свердловской области»**);

- 13 Концессионное соглашение о финансировании, проектировании, строительстве и эксплуатации объектов здравоохранения в городе Магадане (Магаданская область, **«Медицинский центр в г. Магадан»**);
- 14 Концессионное соглашение о создании и эксплуатации центра ядерной медицины в Республике Бурятия (**«Центр ядерной медицины в Бурятии»**);
- 15 Концессионные соглашения в отношении объектов теплоснабжения и централизованных систем горячего водоснабжения Орехово-Зуево (Московская область);
- 16 Концессионное соглашение о финансировании, проектировании, строительстве и эксплуатации объекта – круглогодичного детского центра отдыха и оздоровления «Полярная звезда» (Республика Саха (Якутия));
- 17 Концессионное соглашение в отношении создания и последующей эксплуатации объекта социального обслуживания граждан в городе Магадан (Магаданская область);
- 18 Концессионное соглашение о создании и эксплуатации автомобильной дороги обход Тольятти (Самарская область);
- 19 Концессионное соглашение о создании автомобильной дороги «Москва – Егорьевск – Тума – Касимов» на участке от городского поселения Люберцы до деревни Кошерово (Московская область);
- 20 Концессионное соглашение о создании и эксплуатации сети автомобильных дорог «Солнцево – Бутово – Видное – Каширское шоссе – Молоково – Лыткарино – Томилино – Красково – Железнодорожный» (Московская область).



Сведения и материалы, представленные в настоящем документе, подготовлены исключительно в информационных целях и не являются юридической консультацией или заключением.