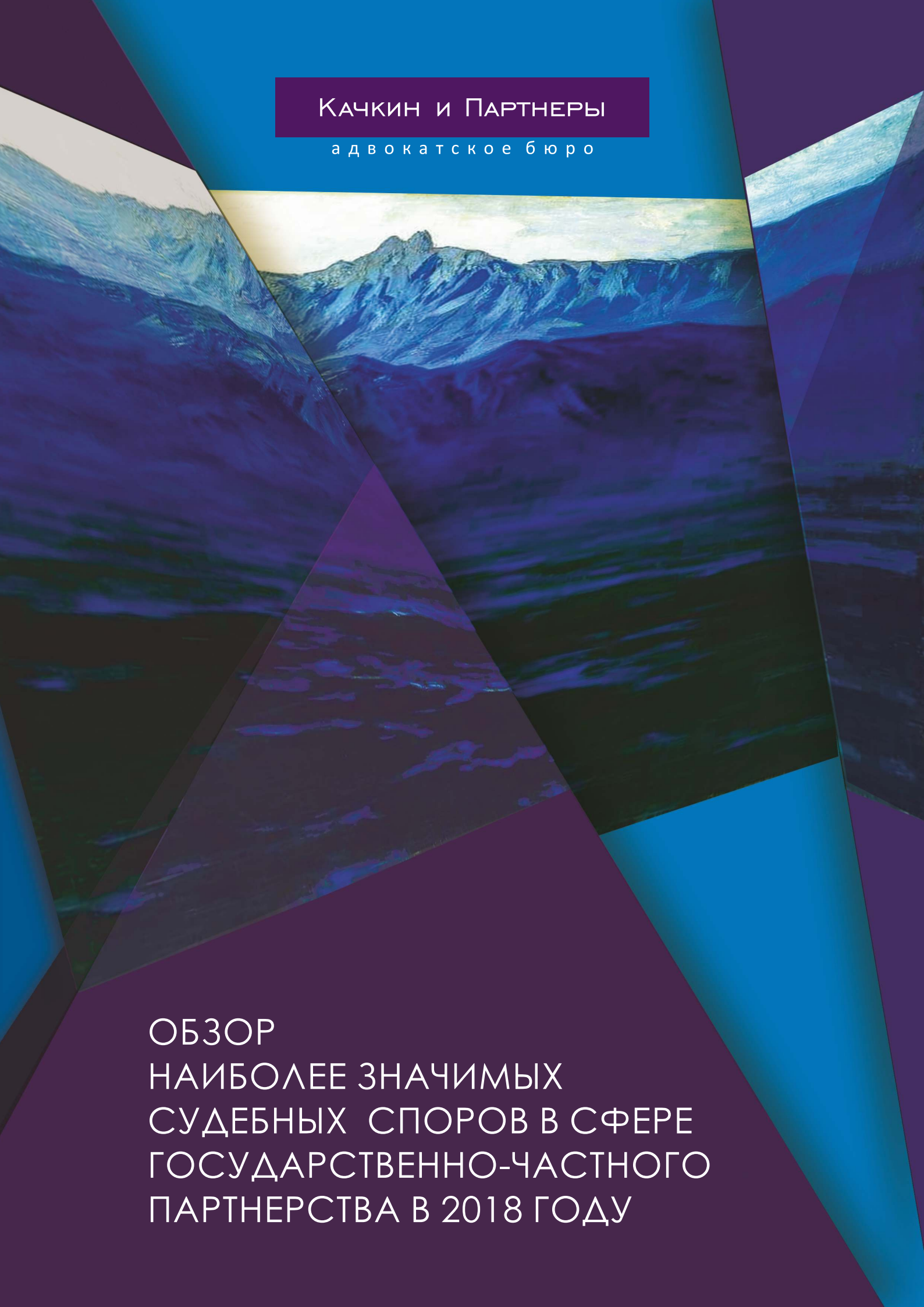
Качкин и Партнеры

адвокатское бюро



ОБЗОР НАИБОЛЕЕ ЗНАЧИМЫХ СУДЕБНЫХ СПОРОВ В СФЕРЕ ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА В 2018 ГОДУ

Несмотря на то что 2018 год не принес сколько-нибудь громких и знаковых споров, мы все же отметили несколько дел, которые могут повлиять на рынок, и решения по которым следует учитывать при сопровождении проектов государственно-частного партнерства.

Настоящий обзор подготовлен по состоянию на 10 января 2019 года.

Принятые сокращения и термины

Закон о концессионных соглашениях – Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

ПЛАТА КОНЦЕДЕНТА

Вслед за решением УФАС по широко известному «Башкирскому делу»[1] антимонопольный орган по Республике Северная Осетия-Алания вынес решение по жалобе[2] и предписание в отношении Управления РСО-Алания по информационным технологиям и связи, организатора открытого конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении элементов обустройства автомобильных дорог (работающие в автоматическом режиме специальные технические средства, имеющие функции фото и киносъемки, видеозаписи для фиксации нарушений правил дорожного движения) на территории РСО-Алания.

При этом один из пунктов жалобы касался Платы концедента, предусмотренной конкурсной документацией, а вывод, изложенный УФАС в решении, строился на невозможности возмещения 100% затрат концессионера на строительство объекта в соответствии с толкованием Закона о концессионных соглашениях, используемым антимонопольным органом.

Арбитражный суд, удовлетворяя заявление Управления РСО-А по информационным технологиям и массовым коммуникациям, признал решение УФАС недействительным и сделал вывод, что ч. 13 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях не ограничен размер и объем расходов, принимаемых на себя концедентом.

Напомним, что спор о возможности 100% возмещения затрат концессионера на создание объекта обусловлен формулировками ч. 1 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях о том, что концессионер обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением имущество, а также ч. 13 ст. 3 этого закона, согласно которой концедент вправе принимать на себя часть расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения. Указанные нормы в совокупности с подп. 9 ч. 2 ст. 10 Закона о концессионных соглашениях, которая устанавливает, что концессионное соглашение может содержать обязательства концедента по финансированию части расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, расходов на использование (эксплуатацию) указанного объекта, позволяли антимонопольным органом толковать их как законодательный запрет на полное возмещение затрат концессионера за счет платы концедента.

При этом суд указал, что в качестве основного критерия правомерности условия о 100% возмещении затрат концессионера законом предусмотрено положение о том, что размер принимаемых концедентом на себя расходов должен быть указан в решении о заключении концессионного соглашения, в конкурсной документации, в концессионном соглашении (ч. 13 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях).

Примечательно, что, мотивируя свои выводы в решении, суд сослался на постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28.08.2017 г. по «Башкирскому делу», которым была подтверждена правомерность полного возмещения затрат концессионера за счет платы концедента. Таким образом, можно сделать вывод, что законность стопроцентного возмещения из бюджета расходов концессионера подтверждается сложившейся судебной практикой[3].

---

1 Дело № А40-23141/17, рассмотренное Арбитражным судом г. Москвы, по заявлению ООО «Башкирдорстрой», Государственного комитета Республики Башкортостан по транспорту и дорожному хозяйству к Федеральной антимонопольной службе о признании незаконными решения и предписания

2 Решение Северо-Осетинского УФАС России по делу № АМЗ 31-08/17 от 01.09.2017 г.

3 Решение Арбитражного суда Республики Осетия от 22.12.2017 г. и Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.03.2018 г. по делу № А61-4492/2017

ТРЕТЕЙСКАЯ ОГОВОРКА

В деле №А40-93716/2017 по иску ОАО «Главная дорога» к Государственной компании «Автодор» суд рассматривал вопрос применимости третейской оговорки, установленной концессионным соглашением, о подсудности споров Международному коммерческому арбитражному суду при Торгово-промышленной палате РФ. Несмотря на наличие указанной оговорки, истец обратился с требованием к концеденту о взыскании в арбитражный суд г. Москвы. Первая инстанция рассмотрела и удовлетворила требования к ответчику[4]. В отношении третейской оговорки судом был сделан вывод о ее недействительности со ссылкой на публичность правоотношений. В частности, в своем решении суд приводил в качестве обоснования позицию Конституционного Суда РФ, изложенную в Постановлении от 26.05.2011 г. № 10-П.

В решении первой инстанции есть также ссылка на то, что процедура проведения публичного конкурса на право заключения концессионного соглашения имеет аналогичную правовую природу с порядком заключения государственных контрактов в соответствии с Федеральным законом «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», следовательно, споры из концессионных соглашений имеют ту же правовую природу, что и споры по контрактам о государственных закупках. В мотивировочной части решения можно найти также упоминания судебных актов Высшего Арбитражного суда и Верховного суда в поддержку вывода о том, что споры, вытекающие из государственных контрактов неарбитрабельны.

В данном деле была продолжена и логически завершена позиция по делу об «Орловском тоннеле» в Санкт-Петербурге[5], в котором, правда, невозможность рассмотрения спора третейским судом была обоснована наличием в соглашении третейской оговорки о передаче дела в ICC (Международную торговую палату, г. Париж), в то время как формулировка ст. 17 Закона о концессионных соглашениях допускает возможность рассмотрения споров «в третейских судах Российской Федерации».

Однако в рассматриваемом нами деле решение суда было отменено Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 12.12.2017 г., а иск оставлен без рассмотрения на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Суд вышестоящей инстанции отверг довод о публичности правоотношений и провел четкое разграничение концессионных соглашений и государственных контрактов. Порядок заключения концессионных соглашений установлен Законом о концессионных соглашениях и предусматривает проведение специального конкурса на право заключения концессионного соглашения. Указанный порядок не является аналогией порядка заключения государственных контрактов, в связи с чем не представляется возможным применять законодательство о закупках к отношениям, возникающим из концессионных соглашений. Более того, Закон о концессионных соглашениях не является частью законодательства Российской Федерации о закупках.

Суд, в частности, обратил внимание на то, что Законодательство о концессионных соглашениях, в отличие от законодательства о закупках, предоставляет участникам конкурса широкие дискреции по проведению переговоров по условиям заключаемых соглашений, в том числе после определения победителя конкурса (ст. 36 федерального закона «О концессионных соглашениях»).

Наконец, сослался суд и на то, что ст. 17 Закона о концессионных соглашениях прямо предусматривает возможность разрешения споров между сторонами концессионного соглашения (концедентом и концессионером) в третейских судах.

Суд кассационной инстанции своим Постановлением от 03.05.2018 г.[6] полностью оставил в силе решение апелляционного суда и, надеемся, поставил точку в вопросе арбитрабельности споров из концессионных соглашений.

---

4 Решение Арбитражного суда г. Москвы от 14.09.2017 г. по делу № А40-93716/2017

5 См. Определение об отказе в выдаче исполнительного листа Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 09.12.2015 г. по делу А56-9227/2015 и акты вышестоящих инстанций

6 Постановление Арбитражного суда Московского округа от 03.05.2018 г. по делу № А40-93716/2017

ОТКАЗ В РАСТОРЖЕНИИ КОНЦЕССИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ ПО ПРИЧИНЕ ДЛИТЕЛЬНОСТИ ПРАВООТНОШЕНИЙ

В другом деле Комитет по управлению городским имуществом г. Лангепас (ХМАО-Югра) обратился в 2017 г. с иском к концессионеру по соглашению, заключенному ранее в 2015 г., ссылаясь на существенные нарушения, в частности неисполнение или ненадлежащее исполнение ответчиком установленных соглашением обязательств по представлению гражданам и другим потребителям услуг по теплоснабжению, которые, по мнению истца, заключались в недостаточной температуре теплоносителя, перерыве в подаче тепловой энергии, аварии в котельной. Истец также ссылался на недофинансирование концессионером своих обязательств по соглашению.

Отказывая в расторжении соглашения, суд указал, что истец не представил достаточно доказательств в обоснование своих доводов. Концессионер же, напротив, представил доказательства, подтверждающие несение им затрат на исполнение обязанностей по реконструкции объекта соглашения, паспорт готовности объекта к следующему отопительному сезону, заключение строительной экспертизы о качестве выполненных работ.

Суд, рассматривая доводы истца и оценивая фактическое исполнение соглашения ответчиком, указал также на цели концессионного соглашения, которыми согласно ч. 1 ст. 1 Закона о концессионных соглашениях являются: привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации, обеспечение эффективного использования имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на условиях концессионных соглашений и повышение качества товаров, работ, услуг, предоставляемых потребителям.

Таким образом, делая вывод,суд указал, что, принимая во внимание заключение сторонами соглашения на 30 лет, с целью сохранения стабильности гражданского оборота, исходя из целей и смысла Закона о концессионных соглашениях, существа принятых на себя сторонами долгосрочных обязательств, а также за недоказанностью истцом обратного, имеются основания для вывода о преждевременности обращения истца в суд [7].

Хочется выделить это судебное решение как прогрессивное, вынесенное судом при полном понимании не только юридических аспектов взаимоотношений сторон концессионного соглашения, но и экономической направленности концессии на длительные и партнерские взаимоотношения. Фактически суд призвал стороны решать спорные вопросы в сотрудничестве, а не бежать за расторжением соглашения в суд при каждом удобном поводе и при наличии любой конфликтной ситуации.

Несмотря на то что позднее, в апелляционной инстанции [8] стороны заключили мировое соглашение (в котором концессионер по сути подтвердил свое намерение и свои обязанности исполнять концессионное соглашение надлежащим образом), решение суда первой инстанции направлено на сохранение стабильного оборота в сфере государственно-частного партнерства и может быть ориентиром при рассмотрении споров о расторжении соглашений.

---

7 Решение Арбитражного суда ХМАО-Югра от 08.12.2017 г. по делу № А75-12752/2017

8 Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 21.03.2018 г. по делу № А75-12752/2017

ПОНУЖДЕНИЕ К ИСПОЛНЕНИЮ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В НАТУРЕ

Одной из характерных особенностей концессионных правоотношений является гарантия целевой эксплуатации объекта соглашения. В рассматриваемом деле суд оценивал требования концедента к ответчику об осуществлении в натуре обязанности осуществлять услуги по водоснабжению потребителей поселка Экимчан (Амурская обл.) с помощью переданного по соглашению концессионеру грузового автомобиля ЗИЛ (водовозка). Иск был подан в связи с тем, что с сентября 2017 г. ответчик не исполняет обязанность по подвозу воды в рабочий поселок и вернул автомобиль ЗИЛ истцу.

В ходе рассмотрения дела было установлено (и ответчик это не отрицал), что соглашение выполнялось до сентября 2017 г., а конфликтная ситуация и односторонний отказ ответчика от исполнения обязанности осуществлять подвоз воды населению возник после того, как Администрация рабочего поселка отказалась отвечать на претензию ответчика (об изменении условий концессионного соглашения), который, в свою очередь, воспользовался правом приостановить исполнение соглашения, предусмотренным ч. 3.7 ст. 13 Закона о концессионных соглашениях. В суде ответчик заявил ряд возражений, но все они были отвергнуты судом.

В частности, со ссылкой на статьи 3, 4, 10 Закона о концессионных соглашениях суд не принял довод о том, что автомобиль как движимое имущество не может передаваться по соглашению.

Также суд проигнорировал отсутствие зарегистрированного права собственности концедента на объекты недвижимого имущества, передаваемые по соглашению, указав со ссылкой на ст. 6 Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», что отсутствие государственной регистрации права собственности муниципального образования на объекты концессионного соглашения не означает отсутствие у муниципального образования права собственности на эти объекты недвижимости.

Отвергая аргумент об отсутствии, в нарушение ч. 15 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях, регистрации в Едином государственном реестре прав на недвижимость, суд указал, что государственная регистрация права владения и пользования концессионера недвижимым имуществом, входящим в состав объекта, лишь ограничивает права собственника на распоряжение объектами в течение срока действия концессионных соглашений и предусмотрена исключительно для защиты прав концессионера, а также не исключает осуществление им деятельности, предусмотренной концессионным соглашением.

Рассматривая возражения ответчика о том, что соглашением не предусмотрена передача земельного участка и заключение договора аренды, суд сослался на нормы ГК, касающиеся свободы договора, и Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» и сделал вывод, что, поскольку такая обязанность соглашением не была установлена, то непередача земельного участка не препятствует ответчику осуществлять права и нести обязанности, предусмотренные спорным соглашением.

На основании п. 1 ст. 308.3 ГК РФ в целях побуждения должника к своевременному исполнению обязательства в натуре суд, удовлетворяя исковые требования, присудил ко взысканию денежные средства на случай неисполнения судебного акта в пользу кредитора-взыскателя (судебная неустойка). Сумма астрента в размере 4000 рублей в день была рассчитана с использованием ежемесячной суммы расходов по подвозу воды, указанной самим ответчиком [9].

Ответчик проявил настойчивость в обжаловании решения и последовательно, но безрезультатно дошел до Верховного суда РФ, который Определением от 08.10.2018 г. по делу № А04-9249/2017 отказал в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам.

---

[9] См. Решение Арбитражного суда Амурской обл. от 11.12.2017 г., Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 28.02.2018 г., Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 07.06.2018 г. и Определение Верховного суда от 08.10.2018 г. по делу № А04-9249/2017

Несмотря на некоторую курьезность кейса и множество вопросов о соответствии соглашения законодательству, которые возникают после ознакомления с конкурсной документацией по концессионному соглашению [10], вынесенное по делу решение так же, как и в предыдущем кейсе, направлено на стабильность отношений по уже заключенным соглашениям. Можно отметить общую позицию судов, которые при рассмотрении споров из концессии не ставят своей задачей полную ревизию текста соглашения, часто указывая сторонам на то, что они добровольно участвовали в конкурсной процедуре и заключали соглашение.

НЕСООТВЕТСТВИЕ ПРЕДМЕТА КОНЦЕССИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ ЗАКОНУ КАК ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ПРИЗНАНИЯ СОГЛАШЕНИЯ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМ

В настоящем деле суд рассмотрел требования третьего лица, претендента на участие в конкурсе на право заключения концессионного соглашения, заявка которого была отклонена, о признании недействительными Постановления Администрации городского округа Кинешма (Ивановская обл.) и заключенного на его основании концессионного соглашения.

По концессионному соглашению предусматривались следующие виды работ в отношении объекта соглашения (речного причала): навешивание недостающих швартовных устройств с восстановлением элементов крепления (металлических пластин); очистка территории причала от растительности и мусора, очистка фасадной надводной части шпунтовой стенки от растительности; восстановление ограждения объекта; восстановление антикоррозийного покрытия всех металлических конструкций причальной стенки; выполнение противопожарных мероприятий; очистка дна прилегающей акватории.

Истец утверждал, что указанные виды работ не являются реконструкцией, а подпадают под понятие текущего ремонта или эксплуатационного обслуживания причала. Концессионное соглашение в связи с этим является притворной сделкой (ч. 2 ст. 170 ГК РФ), фактически прикрывающей арендные отношения, возникающие с нарушением требований статьи 17.1 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Со ссылкой на п. 9 ч. 1 ст. 4 Закона о концессионных соглашениях суд указал, что причал может быть объектом концессионного соглашения, так как согласно абз. 12 ст. 3 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ является гидротехническим сооружением.

Понятие реконструкции объекта концессионного соглашения содержится в ч. 3 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях - это мероприятия по его переустройству на основе внедрения новых технологий, механизации и автоматизации производства, модернизации и замены морально устаревшего и физически изношенного оборудования новым, более производительным оборудованием, изменению технологического или функционального назначения объекта концессионного соглашения или его отдельных частей, иные мероприятия по улучшению характеристик и эксплуатационных свойств объекта концессионного соглашения.

---

10 https://torgi.gov.ru/restricted/notification/notificationView.html?notificationId=9927664&lotId=9927704&prevPageN=24

Используя словарь экономических терминов и ч. 2 ст. 257 Налогового кодекса, суд пришел к выводу, что работы, предусмотренные конкурсной документацией и концессионным соглашением, не могут считаться реконструкцией (модернизацией) по смыслу Закона о концессионных соглашениях.

В связи с тем что обязательства по созданию (реконструкции) объекта являются существенным условием соглашения в соответствии с положениями п. 1 ч. 1 статьи Закона о концессионных соглашениях, суд пришел к выводу о наличии оснований для признания оспариваемых постановлений Администрации незаконными.

В отношении второй части требований суд не согласился с позицией истца о притворности оспариваемой сделки, сославшись на недостаточность доказательств этого. Тем не менее, признавая сделку недействительной, суд сослался на п. 2 ст. 168 ГК РФ – ничтожность сделки, нарушающей требования закона или иного правового акта и при этом посягающей на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц (если из закона не следует, что такая сделка оспорима или должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки).

Поскольку Закон о концессионных соглашениях не предусматривает возможность оспаривания концессионного соглашения только по основаниям оспоримости, суд признал сделку ничтожной.

Обосновывая этот вывод, суд также ссылался на п. 74 и 78 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Из разъяснений абз. 2 п. 74 следует, что договор, условия которого противоречат существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательства, может быть квалифицирован как ничтожный полностью или в соответствующей части, даже если в законе не содержится прямого указания на его ничтожность. В п. 78 названного постановления Пленума разъяснено, что иск лица, не являющегося стороной ничтожной сделки, о применении последствий ее недействительности может также быть удовлетворен, если гражданским законодательством не установлен иной способ защиты права этого лица и его защита возможна лишь путем применения последствий недействительности ничтожной сделки.

Рассматривая вопрос о праве на иск, суд указал как на п. 4 ст. 166 ГК (право суда применить последствия недействительности ничтожной сделки по своей инициативе, если это необходимо для защиты публичных интересов), так и на п. 3 ст. 166 ГК РФ (право лица, не являющегося стороной сделки, заявить требование о ее недействительности, если лицо, предъявляющее такое требование, имеет охраняемый законом интерес в признании этой сделки недействительной) [11].

Несмотря на то что в апелляционной инстанции решение было отменено по формальным основаниям (к участию в рассмотрении дела в первой инстанции не был привлечен концессионер), Постановлением Второго арбитражного апелляционного суда от 16.11.2018 г. удовлетворено заявление истца и практически полностью поддержаны выводы суда первой инстанции. В настоящее время дело принято к производству Арбитражного суда Волго-Вятского округа по кассационной жалобе ответчика.

[11] Решение Арбитражного суда Ивановской области от 16.07.2018 г. по делу № А17-1285/2018

Об авторах обзора

Денис КАЧКИН

Управляющий партнер
Руководитель практики
по инфраструктуре и ГЧП

тел.: +7 812 602 0225
e-mail: dk@kachkin.ru

Практикует право с 1996 года. Выпускник юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета. До основания в 2001 году «Качкин и Партнеры», в течение нескольких лет работал и стажировался в ведущих российских и зарубежных юридических компаниях.

На сегодняшний день Денис один из немногих квалифицированных IPЗ Институтом (Вашингтон, округ Колумбия (США) специалистов в области ГЧП в России, прошедших обучение по специальности «Оформление законодательных, институциональных и регуляторных основ для государственно-частных партнерств».

Денис обладает значительным практическим опытом сопровождения проектов в сфере ГЧП и инвестиций, а также консультирования публично-правовых образований по вопросам законотворчества в сфере ГЧП.

Уровень юридической экспертизы «Качкин и Партнеры» под руководством Дениса неоднократно признавался в качестве одного из самых высоких в России как российскими коллегами (по итогам рейтингов Право.RU-300), так и зарубежными (ChambersEurope 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017; The Legal500 EMEA 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017; BestLawyers 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017; IFLR1000 2015, 2016, 2017).

Денис является активным участником ведущих российских инициатив в сфере ГЧП: Национальный центр ГЧП, Рабочая группа по разработке федерального закона о ГЧП при Министерстве экономического развития РФ (до июля 2015 г.), Комитет ТПП РФ по государственно-частному партнерству, НАКДИ, Infraclub.

Денис регулярно участвует в образовательных программах вузов как приглашенный лектор по специализации: ГЧП/инфраструктурные проекты (МГИМО, СПбГУ, Санкт-Петербургский государственный политехнический университет).

Член Международной ассоциации юристов (IBA) с 2011 года, заместитель Председателя Комитета по проектному финансированию IBA.

Андрей ГРИГОРЬЕВ

Старший юрист практики по инфраструктуре и ГЧП

тел.: +7 812 602 0225
e-mail: ag@kachkin.ru

Андрей окончил юридический факультет Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена, специализируясь в гражданском праве.

Начав свою профессиональную карьеру еще в период обучения, Андрей получил опыт работы в консалтинговых компаниях и коммерческих фирмах.

Андрей специализируется в сфере государственно-частного партнерства, в частности в разрешении в органах ФАС и судебных органах споров, возникающих из концессионных соглашений и соглашений о государственно-частном партнерстве. Имеет опыт сопровождения проектов государственно-частного партнерства в сфере здравоохранения и IT.

Кроме того, Андрей обладает обширным опытом представления интересов клиентов в судебных спорах в области корпоративного права, банкротства, недействительности сделок и взыскания задолженности. Андрей участвовал в многочисленных разбирательствах как в арбитражном суде, так и в третейских судах.

© АБ «Качкин и Партнеры», 2019

На обложке использована картина художника А.И.Куинджи «Ай-Петри. Крым» 1898-1908