**Санкт-Петербургский государственный университет**

***Щеглов Александр Дмитриевич***

**Выпускная квалификационная работа**

***Особенности рассмотрения арбитражными судами споров, возникающих при реализации проектов государственно-частного партнерства***

**Уровень образования:**

**Направление 40.04.01 «Юриспруденция»**

**Основная образовательная программа ВМ.5552.2017 «Гражданский процесс, арбитражный процесс»**

**Научный руководитель:**

**Профессор кафедры гражданского процесса юридического факультета СПбГУ, кандидат юридических наук**

**Шварц Михаил Зиновьевич**

**Рецензент:**

**Начальник отдела, Комитет по промышленной политике и инновациям, Администрация Губернатора Санкт-Петербурга**

**Спиридонов Дмитрий Юрьевич**

**Санкт-Петербург**

**2021**

**Содержание**

[**Глава 1. Введение. Постановка проблемы** 2](#_Toc71801149)

[**Глава 2. Правовая природа расходов концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения** 28](#_Toc71801150)

[**§ 2.1. Расходы концессионера =реальный ущерб концессионера** 30](#_Toc71801151)

[**§ 2.2. Расходы концессионера =** **неосновательное обогащение концедента** 41](#_Toc71801152)

[**§ 2.3. Расходы концессионера =** **фактически вложенные инвестиции, подлежащие безусловному возврату** 50](#_Toc71801153)

[**Заключение** 54](#_Toc71801154)

[**Список использованной литературы** 56](#_Toc71801155)

# ****Глава 1. Введение. Постановка проблемы****

В 2020 году исполнилось 15 лет с момента принятия Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее — Закон о концессионных соглашениях). Этот документ был первым в истории современной России нормативным актом, регулирующим широкий комплекс отношений в сфере публично-частного партнерства. Здесь и далее понятие публично-частное партнерство включает в себя правоотношения, возникающие при реализации концессионных соглашений, соглашений о государственно-частном партнерстве, контрактов жизненного цикла.

Настоящее исследование проводится с целью изучения позиций, которые были сформированы судебными органами при рассмотрении споров о возмещении расходов, убытков, неосновательного обогащения при досрочном расторжении концессионных соглашений за период с 2010 по 2021 год.

При написании данной работы было проанализировано 26 судебных дел. Основными критериями отбора судебной практики были следующие обстоятельства:

1. Концессионное соглашение было досрочно расторгнуто. Основания для досрочного расторжения концессионного соглашения рассматривались любые.
2. Концессионер предъявлял концеденту требование о возмещении расходов, убытков или неосновательного обогащения, возникших на этапе реализации концессионного соглашения.
3. Суды применяли положения ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях.

Прежде чем перейти к описанию позиций судебных органов необходимо остановится на содержании ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях: «в случае досрочного расторжения концессионного соглашения концессионер вправе потребовать от концедента возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, за исключением понесенных концедентом расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения. В случае если при осуществлении концессионером деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, реализация концессионером производимых товаров, выполнение работ, оказание услуг осуществляются по регулируемым ценам (тарифам) и (или) с учетом установленных надбавок к ценам (тарифам), возмещение расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения осуществляется исходя из размера расходов концессионера, подлежащих возмещению в соответствии с законодательством Российской Федерации в сфере регулирования цен (тарифов) и не возмещенных ему на момент расторжения концессионного соглашения. Порядок и срок осуществления указанного возмещения определяются в соответствии с условиями концессионного соглашения»[[1]](#footnote-1).

Вышеприведенное положение было введено в Закон о концессионных соглашениях лишь в 2010 году[[2]](#footnote-2). Часть 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях гарантирует концессионеру (инвестору), что независимо от оснований для досрочного расторжения концессионного соглашения, ему будут возмещены расходы, вложенные в создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения.

По мнению Ю.А. Васильева, отсутствие такой гарантии являлось одной из причин непривлекательности концессионных соглашений для частных инвесторов. Теперь же концессионер был вправе рассчитывать на возврат своих инвестиций в любом случае[[3]](#footnote-3).

Указанная позиция о том, что инвестору будут возвращены инвестиции, фактически вложенные в проект, нашла отражение и в судебных практике.

Так, в деле, рассмотренном Пятнадцатым арбитражным апелляционном судом, концессионер, предъявляя иск о взыскании убытков в связи с досрочным прекращением концессионного соглашения, обосновал свои требования положениями ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях. Рассматривая указанный иск, суды первой и апелляционной инстанции отметили следующее.

«Независимо от оснований досрочного расторжения концессионного соглашения в силу ч. 5 статьи 15 Федерального закона от 21.07.2005г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» концессионер вправе потребовать от концедента возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, за исключением понесенных концедентом расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения.

Приведенной нормой правовые последствия досрочного расторжения концессионного соглашения не ставятся в зависимость от стадии исполнения сторонами принятых на себя обязательств. Поскольку норма ч. 5 статьи 15 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» императивна, не имеет юридического значения и то обстоятельство, что концессионное соглашение расторгнуто без определения сторонами имущественных последствий» [[4]](#footnote-4).

Вопрос о том, является ли ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях императивной или её действие можно нивелировать соглашением сторон, будет рассмотрен далее. Сейчас же необходимо остановиться на правовых нормах Закона о концессионных соглашениях, регулирующих порядок возмещения расходов при досрочном расторжении концессионного соглашения.

Закон о концессионных соглашениях в редакции, существовавшей до 2 июля 2008 года, не содержал никаких положений, регулирующих порядок возмещения расходов концессионера при досрочном расторжении концессионного соглашения. Лишь в 2008 году появилась правовая норма, а именно пункт 14 ч. 2 статьи 10 Закона о концессионных соглашениях, указывающая на возможность включить в концессионные соглашения условие о порядке возмещения расходов сторон в случае досрочного расторжения концессионного соглашения. Примечательно, что на момент появления пункта 14 ч. 2 статьи 10 в Законе о концессионных соглашениях, такое положение концессионного соглашение не признавалось законодателем в качестве существенного условия договора.

6 июля 2010 года, продолжая осуществление политики, направленной на защиту частных инвестиций, законодатель вводит в Закон о концессионных соглашениях положение о возмещении концессионеру понесенных расходов в случае досрочного расторжения концессионного соглашения (ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях). Также законодатель устанавливает, что условие о порядке возмещения расходов сторон в случае досрочного прекращения концессионного соглашения является существенным условием любого концессионного соглашения (пункт 6.3 ч. 1 статьи 10 Закона о концессионных соглашениях).

Следует отметить, хотя законодатель и признал положения концессионного соглашения, регулирующие порядок возмещения расходов сторон в случае его расторжения, существенным условием концессионного соглашения, в судебной практике встречаются примеры, когда отсутствие в договоре именно этого условия не приводило к признанию концессионного соглашения незаключенным. Вопреки ч. 2 статьи 13 Закона о концессионных соглашениях, в которой написано, что концессионные соглашения должны включать в себя существенные условия, установленные настоящим Федеральным законом, суды допускают подход, при котором условие о порядке возмещения расходов при досрочном расторжении концессионного соглашения, можно не предусматривать в тексте договора.

В частности, в деле, рассмотренном Первым арбитражным апелляционным судом, суды отметили следующее: «то обстоятельство, что стороны не предусмотрели порядок возмещения расходов концессионера при досрочном расторжении соглашения, не освобождает концедента от возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения в силу пункта 6.3 части 1 статьи 10, части 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях»[[5]](#footnote-5). Отметим, что концессионное соглашение было заключено в 2016 году, но судебные органы посчитали, что отсутствие одного из существенных условий договора не препятствует возмещению расходов концессионера, исходя, вероятно, из предположения, что любые фактически понесенные расходы концессионера должны быть возвращены.

Научная литература, посвященная вопросам анализа правовых норм Закона о концессионных соглашениях, не останавливается на подробном описании того, что включается в расходы концессионера и каковы пределы возмещения таких расходов. Однако содержание и объем понятия «расходы концессионера» требуют точного установления, поскольку от этого зависит не только предмет доказывания по спорам, возникающим при расторжении концессионного соглашения, но и объем забалансовых обязательств бюджетной системы РФ, которые бюджет будет вынужден исполнить в случае досрочного расторжения концессионного соглашения.

Ю.А. Васильев отмечает, анализируя ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, что «по общему правилу (п. 5 ст. 453 ГК РФ), если основанием для изменения или расторжения договора послужило существенное нарушение договора одной из сторон, другая сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных изменением или расторжением договора. В нашем же случае концессионер имеет право на возврат инвестиций, даже если он сам нарушил условия соглашения, и оно было расторгнуто по инициативе концедента»[[6]](#footnote-6).

С позицией учёного можно согласиться ввиду того, что возмещение убытков – это мера гражданско-правовой ответственности, ее применение возможно лишь при наличии условий ответственности, предусмотренных законом. А «понесенные расходы концессионера» это иное правовое явление. Ибо если мы остановимся на телеологическом толковании ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, то, как и указывал Ю.А. Васильев, принятие данной нормы было направлено на улучшение привлекательности механизма публично-частного партнерства для инвесторов. Данная норма является гарантией того, что все те финансы, которые инвестор вложит в объект, принадлежащий публичному субъекту, безусловно будут возвращены ему концедентом. При таком подходе к определению правовой природы «расходов концессионера» предмет доказывания по спорам о взыскании фактически понесенных расходов концессионера при досрочном расторжении концессионного соглашения составлял бы лишь установление факта расторжения соглашения, а также размера денежных средств, которые концессионер потратил на реализацию проекта.

Однако буквальное толкование положений ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях о том, что если концессионер приступил к осуществлению деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, то возмещение расходов осуществляется исходя из размера расходов, не возмещенных ему на момент расторжения концессионного соглашения, позволяет утверждать, что расходы концессионера не имеют самостоятельной правовой природы, а подчиняются правовым нормам о неосновательном обогащении.

Приведенное толкование рассматриваемой правовой нормы ближе по содержанию не к пункту 5 статьи 453 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), как на это указывает Ю.А. Васильев, а к абзацу второму пункта 4 статьи 453 ГК РФ, в котором содержится следующее положение: «в случае, когда до расторжения или изменения договора одна из сторон, получив от другой стороны исполнение обязательства по договору, не исполнила свое обязательство либо предоставила другой стороне неравноценное исполнение, к отношениям сторон применяются правила об обязательствах вследствие неосновательного обогащения (глава 60), если иное не предусмотрено законом или договором либо не вытекает из существа обязательства»[[7]](#footnote-7).

В определении ВАС РФ от 16 декабря 2013 года по делу № А56-72748/2012 суд высшей инстанции поддержал позиции нижестоящих судов, которые указали, что в случае невозврата расходов, понесенных концессионером, на стороне администрации поселения образуется неосновательное обогащение. Отметим, что в данном примере суды применили положения ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях к случаю, когда концессионное соглашение было расторгнуто не по решению суда, а по соглашению сторон[[8]](#footnote-8), что привело к расширению пределов действия статьи 15 Закона о концессионных соглашениях (расторжение концессионного соглашения на основании решения суда). В рассматриваемом казусе суд квалифицировал расходы концессионера как неосновательное обогащение концедента, фактически применив положения абзаца второго пункта 4 статьи 453 ГК РФ.

Вернемся к рассуждениям Ю.А. Васильева, который указывал, что по общему правилу (пункта 5 статьи 453 ГК РФ), если основанием для изменения или расторжения договора послужило существенное нарушение договора одной из сторон, другая сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных изменением или расторжением договора, и попробуем обосновать допустимость и такого подхода к определению правовой природы расходов концессионера. В силу ч. 1 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях концессионное соглашение может быть расторгнуто на основании решения суда по требованию стороны концессионного соглашения в случае существенного нарушения условий концессионного соглашения другой стороной концессионного соглашения.

Таким образом, по смыслу пункта 5 статьи 453 ГК РФ и ч. 1 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, если основанием для досрочного расторжения концессионного соглашения является существенное нарушение одной из сторон его условий, то тогда другая сторона вправе потребовать возмещения убытков.

Обратим внимание на судебное дело, в котором суд апелляционной инстанции отождествил расходы, понесенные концессионером на создание объекта концессионного соглашения, с убытками.

Опуская рассуждения суда о том, какие нужны основания для удовлетворения требования о взыскании убытков, мы остановимся на части судебного акта, в которой суд, назначив судебную экспертизу, задал следующий вопрос эксперту: «определить объем и стоимость фактически выполненных работ согласно проектно – сметной документации и концессионного соглашения?». Постановка вопроса в указанной формулировке соответствует тексту ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, и не требует изучения иных обстоятельств.

Однако суд переходит к установлению элементов деликтной ответственности концедента, упоминая при этом, что независимо от оснований досрочного расторжения концессионного соглашения концессионер в силу ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях вправе требовать от концедента возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения. После получения экспертного заключения суд утверждает, что экспертное заключение подтверждает размер понесенных истцом расходов (убытков)[[9]](#footnote-9).

Обжалуя судебный акт суда апелляционной инстанции, концедент привел следующие аргументы:

1. Суд вышел за пределы исковых требований, изменил предмет и основание исковых требований, в связи с чем неясно, взысканы с администрации убытки в соответствии со статьей 15 ГК РФ или расходы на основании части 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях.

2. По мнению заявителя, не доказана вина ответчика, повлекшая невозможность завершения работ по соглашению и причинение истцу убытков, а также причинная связь между фактом причинения вреда и действием (бездействием) и наступившими последствиями.

3. Администрация в жалобе настаивает на пропуске истцом срока исковой давности, полагая, что он начинается со следующего дня после завершения истцом работ на объекте, то есть 01.08.2007.

Суд кассационной инстанции не стал комментировать доводы кассатора, согласившись с позицией нижестоящих судов, которые пришли к верному выводу о наличии совокупности условий, необходимых для удовлетворения требования истца о взыскании убытков[[10]](#footnote-10).

Однако в данном деле можно согласиться лишь с обоснованием суда первой инстанции, а не вышестоящих судов, которые пришли к верному результату, но при неправильной аргументации.

Суд первой инстанции, руководствуясь частью 1 статьи 3, частью 1 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, исходил из того, что сам по себе факт расторжения соглашения не предоставляет администрации права на отказ от возмещения расходов, связанных с созданием объекта соглашения и фактически понесенных концессионером. Суд установил, что до расторжения судом соглашения концессионером были понесены расходы, связанные с выполнением работ по созданию объекта концессионного соглашения, при этом факт выполнения работ ответчиком не оспорен.

Суд первой инстанции верно квалифицировал расходы концессионера не как убытки, для взыскания которых требуется установить элементы деликтной ответственности, а как сумму инвестиций, вложенных в объект концессионного соглашения, и подлежащих безусловному возврату.

Неправильная аргументация суда апелляционной инстанции привела к тому, что концедент, понимая, что оснований для удовлетворения требования о возмещении убытков, нет, безуспешно попытался оспорить судебный акт в вышестоящую инстанцию.

Рассуждения о правовой природе «расходов концессионера», указанных в ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, имеют не только догматическое, но и практическое значение. Концессионеру значительно труднее доказать возникновение убытков, нежели представить суду доказательств фактически понесенных расходов, что при рассмотрении дела № А64-1651/2017 послужило причиной отказа в удовлетворении требования концессионера (его конкурсного управляющего) о взыскании убытков.

Краткая фабула рассматриваемого дела может быть описана следующим образом. Управляющая компания заключила концессионное соглашение, в соответствии с которым она обязалась создать очистные сооружения, которые будут принадлежать концеденту. После создания объекта концессионного соглашения компания будет вправе осуществлять деятельность по очистке стоков и получать доход от осуществления указанной деятельности.

В пояснительной записке к инвестиционной программе, представленной концессионером, было отражено, что возврат собственных средств концессионера возможен только за счет прибыли от регулируемого вида деятельности, полученной в результате введения инвестиционной составляющей в структуру тарифа.

Однако инвестиционная надбавка к тарифу, за счет которой планировалось компенсировать затраты концессионера на создание объекта концессионного соглашения, не была установлена, что послужило причиной расторжения концессионного соглашения в связи с существенным нарушением его условий.

Не получив возмещения своих расходов, когда объект концессионного соглашения был построен и введен в эксплуатацию, конкурсный управляющий обратился в суд с требованием о взыскании убытков с публичного субъекта в сумме 50000000 руб., возникновение которых явилось следствием отказа концедента согласовать инвестиционную программу, предусматривающую инвестиционную надбавку к действующему тарифу для потребителей на услуги по водоотведению (существенное нарушение обязательства), что привело к невозможности компенсации затраченных концессионером собственных средств на строительство объекта по концессионному соглашению.

Суд, отказывая в удовлетворении требования о взыскании убытков, указал, что вина ответчика и причинно-следственная связь в заявленных концессионером убытках отсутствует. Вероятно, вред в виде утраты инвестором фактически вложенных денежных средств в создание нового инфраструктурного объекта судом был установлен. Однако истцу было отказано в удовлетворении требования о возмещении убытков, ввиду отсутствия совокупности элементов деликтной ответственности.

Отметим, что согласно пункту 18 концессионного соглашения, «не возмещенные расходы концессионера, понесенные в течение действия соглашения, подлежат возмещению концедентом на момент окончания действия соглашения за исключением расходов, которые в соответствии с соглашением должны осуществляться за счет средств бюджетов бюджетной системы Российской Федерации и за счет выручки концессионера, полученной от производимых услуг, осуществляемых по регулируемым ценам (тарифам) и (или) с учетом установленных надбавок к ценам (тарифам)»[[11]](#footnote-11).

Суды приводят указанное положение концессионного соглашения в судебных актах, но не дают ему надлежащей оценке. Такое условие, включенное в текст концессионного соглашения, являлось отражением гарантии, установленной в ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, регулирование которой суды оставили без внимания.

Понесенные концессионером расходы на создание и (или) реконструкцию объекта соглашения, даже в случае расторжения соглашения ввиду существенного нарушения его условий, не могут квалифицироваться как убытки.

Как следствие, концессионеры, безуспешно пытавшиеся доказать причинение им убытков, стали квалифицировать инвестиции, вложенные в объект концессионного соглашения, как неосновательное обогащения концедента. Указанный подход опирается на положения абзаца второго пункта 4 ст. 453 ГК РФ и на то, что ч. 1 статьи 3 Закона о концессионных соглашениях содержит правовую норму, согласно которой право собственности на реконструируемый или создаваемый объект концессионного соглашения будет закреплено за концедентом, как следствие, те расходы, которые концессионер вложил в объект, принадлежащий иному лицу, должны быть компенсированы.

Продолжением вышерассмотренного примера о взыскании убытков с концедента явилось предъявление конкурсным управляющим требования о взыскании неосновательного обогащения. Арбитражный суд Центрального округа, поддержав позиции нижестоящих судов, оставил без удовлетворения жалобу конкурсного управляющего на судебные акты, которыми в удовлетворении его требования было отказано[[12]](#footnote-12).

Мотивировочная часть судебных актов содержит следующие ключевые аргументы:

1. Отказ от исполнения концессионного соглашения связан с возбуждением в отношении истца дела о несостоятельности (банкротстве).
2. В рассматриваемом случае денежные средства в размере 50 000 000 руб. не являются неосновательным обогащением ответчика, так как были внесены истцом при исполнении концессионного соглашения при создании объекта концессионного соглашения, права владения и пользования которым были представлены истцу для оказания услуг потребителям водоотведения, и эти услуги не были безвозмездными для истца.
3. Указанные права могли быть внесены конкурным управляющим в конкурную массу должника и реализованы в порядке, установленном Федеральным законом от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Не останавливаясь на допустимости включения прав владения и пользования объектом концессионного соглашения в конкурсную массу должника, поскольку рассмотрение указанного вопроса не входит в предмет настоящего исследования, подчеркнем, что несмотря на досрочное расторжение соглашения, на приведенный в судебных актах анализ положений ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, суд округа указал следующее.

«Вопреки позиции истца в его обязанности входило не только доказывание выполнения обязательства по осуществлению строительства очистного сооружения, передачи объекта соглашения концеденту после расторжения соглашения, но и нарушение со стороны Администрации согласованной сторонами эквивалентности встречных предоставлений в конкретном размере с учётом того, что деятельность истца по эксплуатации сооружения носила коммерческий характер, подлежала тарифному регулированию.

Отказавшись вести регулируемую деятельность, истец несет соответствующий предпринимательский риск неполучения дохода.

При таких обстоятельствах, суд округа считает, что истцом не доказано возникновение у стороны ответчика неосновательного обогащения в размере инвестиций общества в создание объекта недвижимого имущества, не представлен подтверждённый доказательствами расчёт нарушения эквивалентности исполнения концессионного соглашения со стороны концедента»[[13]](#footnote-13).

Примечательно, что одной из причин невозможности осуществления регулируемой деятельности являлось отсутствие утвержденной инвестиционной надбавки к тарифу. Если согласится с позицией суда кассационной инстанции, то тогда концессионер обязан был осуществлять убыточную для него деятельность, чтобы сформировать некий эквивалент выручки и расходов, понесенных на создание объекта концессионного соглашения.

Однако банкротство концессионера, по мнению конкурсного управляющего, было вызвано убыточностью концессионного соглашения. Не останавливаясь на рассмотрении вопроса об обязанности концессионера вести убыточную для него деятельность уже после создания объекта концессионного соглашения, отметим, что источники внешнего финансирования, в частности, банки заинтересованы в том, чтобы реализация концессионного соглашения приносила доход, из которого будут погашаться кредитные обязательства.

Всё это образует замкнутый круг, при котором концессионер не может получить выручку от ведения регулируемой деятельности, а кредитные организации требуют возвратить вложенные денежные средства. Суды отказывают в удовлетворении требований о взыскании с концедента размера фактически вложенных инвестиций в создание объекта концессионного соглашения. В результате инвестиционная привлекательность проектов, заключенных в сфере реконструкции жилищно-коммунального хозяйства, будет снижаться.

Продолжая рассмотрение вопроса о правомерности квалификации расходов концессионера в качестве неосновательного обогащения концедента, приведем следующий спор, возникший между концессионером и концедентом, в котором концессионеру удалось взыскать неосновательное обогащение с концедента.

В 2010 году стороны решают расторгнуть концессионное соглашение, заключенное в целях строительства полигона твердых бытовых и нетоксичных отходов. Объект незавершенного строительства был передан концеденту в 2011 году.

Считая, что в связи с досрочным добровольным расторжением концессионного соглашения концессионер лишен возможности эксплуатировать полигон, получить иные предусмотренные соглашением права и льготы, учитывая, что право собственности на объект принадлежит ответчику, истец обратился в арбитражный суд с иском о взыскании с ответчика 6 932 036 руб. 68 коп., которые представляют собой освоенные истцом денежные средства при строительстве полигона.

Суд первой инстанции указал: «истец, затратив на строительство полигона денежные средства в размере 6 932 036 рублей 38 копеек, в связи с расторжением концессионного соглашения не получил возможности извлекать доход от использования объекта, а ответчик, напротив, получил увеличение стоимости объекта незавершенного строительства, принадлежащего ему на праве собственности.

Таким образом, имеет место неосновательное обогащение на стороне ответчика за счет истца»[[14]](#footnote-14).

Суд апелляционной инстанции не стал указывать на возникновение неосновательного обогащения на стороне концедента, ограничившись умозаключением, что «поскольку Общество предъявило к взысканию сумму фактических расходов, которая подтверждена материалами дела, ответчиком не оспорена, суд первой инстанции правомерно установил обязанность Администрации возместить истцу понесенные расходы»[[15]](#footnote-15).

Еще один спор о взыскании конкурсным управляющим неосновательного обогащения с концедента был рассмотрен Четвертым арбитражным апелляционным судом в 2019 году. Фабула дела сводится к тому, что в период реализации концессионного соглашения концессионер был признан несостоятельным (банкротом). Объект концессионного соглашения был передан концеденту, а конкурсный управляющий потребовал компенсировать затраты на реконструкцию объектов спорных соглашений.

Суд пришел к выводу, что у концессионера имелись затраты по содержанию муниципального имущества. Однако, отказывая в удовлетворении исковых требований, суды применили положения статей 453 и 1102 ГК РФ, указав, что «истец, используя предоставленное ему муниципальное имущество, принимал платежи за оказание коммунальных услуг»[[16]](#footnote-16).

Анализируя вышеприведенный кейс, Денис Владимирович Качкин приходит к следующему выводу: «несмотря на то что в решениях по рассматриваемому делу содержатся отдельные фактические ошибки (так, например, досрочное расторжение концессионных соглашений произошло до принятия заявления о признании истца банкротом), выводы судов необходимо учитывать.

Так, вопросы компенсации расходов концессионеру в случае расторжения концессионного соглашения по соглашению сторон должны разрешаться либо непосредственно при досрочном расторжении, либо уже должны быть урегулированы в концессионном соглашении»[[17]](#footnote-17).

Позиция учёного не является бесспорной, поскольку, во-первых, при такой логической конструкции (Tertium non datur) законодательное регулирование полностью исключается, а, во-вторых, если стороны обо всём договорились, то спор не возникнет. Порядок возмещения расходов, как уже было описано выше, должен содержаться в концессионном соглашении, однако не следует игнорировать положения ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях. В противном случае данная норма должна быть признана законодателем излишним положением закона, и исчезнуть из Закона о концессионных соглашениях.

На основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы:

1. Ни стороны концессионного соглашения, ни судебные органы, ни научное сообщество не сформировали единый подход к определению правовой природы расходов концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, гарантия возмещения которых установлена в ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях.

2. Концессионеры квалифицируют свои расходы как убытки, причиненные им в связи с досрочным расторжением концессионного соглашения по причине существенного нарушения обязательств со стороны концедента.

3. После рассмотрения судами ряда отказных дел по спорам о взыскании убытков инвесторы начали предъявлять требования о взыскании неосновательного обогащения, что представляется нам верным в случае, если объект концессионного соглашения начал эксплуатироваться концессионером, как следствие, стал приносить доход.

4. Зачастую концессионеры, предъявляя исковые требования, ошибочно игнорируют правовые нормы, установленные в ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, которые специально были введены законодателем для целей обеспечить возврат инвестиций, вложенных в создание и (или) реконструкцию объекта, который будет принадлежать публичному субъекту.

Рассмотрим вопрос о диспозитивном или императивном характере ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях.

Действительно концессионные соглашения могут и должны содержать условие о порядке возмещения расходов сторон при досрочном расторжении концессионного соглашения в силу пункта 6.3 ч. 1 статьи 10 Закона о концессионных соглашениях. Однако договорное регулирование привело к тому, что ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, утратила своё значение.

Обратим внимание на следующий пример судебного спора[[18]](#footnote-18), в котором концессионное соглашение содержало существенное условие о порядке возмещения расходов концессионера.

Концедент обратился в суд с требованиями о расторжении концессионного соглашения, а также об определении последствия расторжения концессионного соглашения в виде не возмещения концессионеру затрат на создание объекта концессионного соглашения.

Истец обосновал свою позицию тем, что согласно пункту 16.6 концессионного соглашения расходы концессионера не возмещаются концедентом в случае досрочного расторжения соглашений в связи с невыполнением концессионером полностью или частично существенных условий концессионных соглашений. Ответчик факт нарушения им условий концессионного соглашения не оспаривал.

Однако суд отказал в удовлетворении требования об определении последствия расторжения концессионного соглашения в виде не возмещения концессионеру затрат на создание объекта концессионного соглашения, обосновав свою позицию тем, что в законе (статья 453 ГК РФ, ст. 15 Закона о концессионных соглашениях) и в заключенном сторонами концессионном соглашении уже определены последствия расторжения концессионного соглашения.

Из вышеприведенного примера можно сделать вывод, что стороны вправе нивелировать действие ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, предусмотрев соответствующее ограничение в самом концессионном соглашении.

В 2018 году суды рассматривали группу схожих по своей фабуле дел, в которых ОАО «Региональная управляющая компания жилищнокоммунального хозяйства» (далее – ОАО «РУК ЖКХ») в лице её конкурсного управляющего предъявило требование о взыскании затрат на реконструкцию объектов концессионного соглашения.

При заключении концессионного соглашения стороны договорились, что «в случае досрочного расторжения соглашения возмещение расходов концессионера по реконструкции объекта соглашения осуществляется в объеме, в котором указанные средства не возмещены концессионеру на момент расторжения настоящего соглашения, за счет выручки от реализации производимых товаров, выполнения работ, оказания услуг по регулируемым ценам (тарифам) с учетом установленных надбавок к ценам (тарифам) в течение трех месяцев с момента расторжения настоящего соглашения (пункт 92)».

Отказывая в удовлетворении требований конкурсного управляющего, суд указал: «иной порядок возмещения расходов концессионера по реконструкции объекта соглашения концессионным соглашением, а также соглашением о его расторжении, не предусмотрен, в связи с чем правовые основания для удовлетворения требования истца о компенсации затрат на реконструкцию объектов концессионного соглашения отсутствуют.

Внедоговорное требование истца о компенсации расходов охватывается содержанием прав и обязанностей сторон и урегулировано соглашением, в соответствии с которым данные затраты не подлежат возмещению за счет концедента. Волеизъявление сторон соглашения направлено на отсутствие дополнительной компенсации расходов со стороны муниципального образования (концедента).

Предъявление истцом внедоговорного требования по вопросу, урегулированному соглашением сторон, нарушает принцип свободы договора (статья 421 ГК РФ), поскольку требование истца фактически направлено на преодоление существенных условий договора и является злоупотреблением правом»[[19]](#footnote-19).

В заключение суд подчеркнул, что действия общества фактически направлены на взыскание денежных средств с бюджета при отсутствии на то правовых оснований. Верховный Суд РФ поддержал позицию и выводы нижестоящих судов, согласившись с подходом, при котором действие положений ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях можно изменить условиями концессионного соглашения.

Насколько правомерна позиция судов, которые поддержали соответствующее договорное регулирование, умаляющее значение ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, ссылаясь на положения о свободе договора?

Согласно абзацу третьему пункта 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах»[[20]](#footnote-20), применяя положения о свободе договора, судам следует учитывать, что норма, определяющая права и обязанности сторон договора, толкуется судом исходя из ее существа и целей законодательного регулирования, то есть суд принимает во внимание не только буквальное значение содержащихся в ней слов и выражений, но и те цели, которые преследовал законодатель, устанавливая данное правило.

Часть 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях принималась, как уже было описано выше, с целью гарантировать инвестору возврат вложенных инвестиций в имущество публичного субъекта в случае досрочного расторжения концессионного соглашения.

Буквальное содержание рассматриваемой правовой нормы содержит указание, что лишь порядок и срок возмещения расходов определяются в соответствии с условиями концессионного соглашения. Указания на то, что стороны вправе своим соглашением установить условия, при наступлении которых норма не будет применяться, текст ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях не содержит.

В соответствии с пунктом 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» при отсутствии в норме, регулирующей права и обязанности по договору, явно выраженного запрета установить иное, она является императивной, если исходя из целей законодательного регулирования это необходимо для защиты особо значимых охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов и т.д.), недопущения грубого нарушения баланса интересов сторон либо императивность нормы вытекает из существа законодательного регулирования данного вида договора.

Грубое нарушение баланса интересов сторон концессионного соглашения проиллюстрировано на примере концессионного соглашения, по условиям которого концессионер мог получить возмещение только из той выручки, которую он мог получить за 3 месяца использования объекта концессионного соглашения уже после его досрочного расторжения.

Положения ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях должны быть признаны императивными ввиду того, что зачастую (исключая частную концессионную инициативу) условия концессионного соглашения формируются публичным субъектом при проведении конкурса. Поэтому недопустимо, чтобы волеизъявлением концедента была упразднена гарантия возврата частных инвестиций.

Однако судебная практика истолковала ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях иначе. Рассмотрим спор, в котором истец и ответчик заключили соглашение о расторжении концессионного соглашения от 31.12.2013 в связи с существенным изменением обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении концессионного соглашения.

Суд апелляционной инстанции, проанализировав материалы дела, пришел к следующему выводу: «при прекращении действия концессионного соглашения по соглашению сторон концессионер не вправе потребовать уже исполненное им по договору, а именно возмещения своих расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, что не противоречит положениям пункта 4 статьи 453 Гражданского кодекса Российской Федерации. Законом о концессионных соглашениях не установлено иное, но может быть установлено по соглашению сторон»[[21]](#footnote-21). С приведенным выводом согласился и Верховный Суд РФ. Вероятно, соглашение о расторжении концессионного соглашения содержало порядок возмещения расходов (судебные акты не приводят таких условий), однако утверждение, что Закон о концессионных соглашениях не устанавливает гарантии возмещения концессионеру фактически понесенных им расходов, является ошибочным.

Наиболее явными примерами игнорирования судами положений ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях являются судебные акты, принятые в рамках дела № А10-514/2018.

В этом деле суд, установив, что «концессионным соглашением от 14.06.2013, а также соглашением о его расторжении от 06.10.2017 не предусмотрено возмещение концессионеру концедентом расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения при досрочном расторжении концессионного соглашения»[[22]](#footnote-22), пришел к выводу, что действия общества фактически направлены на взыскание денежных средств с бюджета при отсутствии на то правовых оснований.

То обстоятельство, что концессионер владел и пользовался на протяжении четырех лет объектом концессионного соглашения не может являться причиной, из-за которой концессионер утрачивает право на возмещение фактически понесенных расходов. Действительно, если часть расходов компенсирована выручкой от осуществления концессионером деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, то тогда требуется определить размер некомпенсированной, но вложенной в создание объекта концессионного соглашения, части расходов. Утверждение о том, что у концессионера отсутствуют основания для возврата таких расходов, уничтожает действие гарантии, предусмотренной ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях.

В заключение обратим внимание на последнее дело, рассмотренное в рамках спора между конкурсным управляющим ОАО «РУК ЖКХ» и Администрацией муниципального образования городского поселения Бабушкинское Кабанского района Республики Бурятия. Суды, отказали конкурсному управляющему в удовлетворении требования о возмещении затрат на реконструкцию объектов концессионного соглашения, мотивируя свои судебные акты следующим:

«Поскольку прекращение деятельности концессионера вследствие банкротства послужило основанием для расторжения концессионного соглашения и возврата имущества концеденту, и концессионеру была предоставлена возможность после расторжения соглашения получать плату за оказанные потребителям тепловой энергии услуги, то основания для удовлетворения требований конкурсного управляющего отсутствуют»[[23]](#footnote-23).

В рассматриваемом споре нас прежде всего интересуют даты наступления юридических фактов:

1. 28.02.2017 стороны заключили соглашение о расторжении концессионного соглашения от 02.11.2015 в связи с существенным изменением обстоятельств (банкротство концессионера).
2. До 31.07.2017 концессионер продолжал пользоваться муниципальным имуществом, начислял и собирал плату с потребителей за коммунальные услуги по теплоснабжению и водоснабжению.

Мы не видим материалов дела, чтобы оценить правильность позиции судов, которые могли прийти к выводу, что за период с 28.02.2017 по 31.07.2017 года концессионер мог полностью возместить понесенные расходы, оказывая услуги потребителям. Однако суды приводят аргументы не о фактической достаточности срока для возмещения понесенных затрат, а о наличии лишь права концессионера (банкрота) использовать муниципальное имущество уже после расторжения концессионного соглашения.

При анализе вышеприведенных судебных актов возникает несколько вопросов. Во-первых, какие правовые основания для получения платы от потребителей имеет концессионер, находящийся в процедуре признания несостоятельным (банкротом), после прекращения договорных отношений между сторонами? Во-вторых, допустимо ли «переживание» концессионным соглашением факта своего расторжения лишь с целью продолжения оказания услуг потребителю и снижения долговых обязательств бюджета? В-третьих, насколько универсален подход, предложенный судами, при условии, когда субъект, оказывающий услуги, является узкоспециализированной организацией и заменить его невозможно, например, в качестве концессионера выступает главный оператор аэродрома?

Должны ли мы, опираясь на вышеприведенные судебные акты, прийти к выводу, что стороны своим соглашением вправе установить период, в течение которого государственное имущество будет использоваться лишь с целью возмещения фактических затрат концессионера?

К сожалению, ответы на поставленные вопросы не были разрешены в научной литературе. Доктрина нейтрально отнеслась к вышеприведенной позиции судов, придя к практическому выводу о том, что гарантии компенсации затрат концессионера в случае досрочного расторжения соглашения во многом обусловлены степенью проработанности проекта концессионного соглашения, нежели предполагаемым императивным характером нормы[[24]](#footnote-24).

Таким образом, суды подтвердили приоритет договора над законом в части регулирования компенсации при расторжении, и в этой логике признали, что положения, ограничивающие право сторон на компенсацию при расторжении, не противоречат закону, если стороны об этом договорились.

Однако суды не стали анализировать правовую природу ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях через призму положений, содержащихся в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах».

Изучение цели принятия рассматриваемой нормы, поиск баланса интересов сторон концессионного соглашения, буквальное содержание ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, всё это должно было явиться предпосылкой для иного вывода о диспозитивности указанной нормы.

# ****Глава 2. Правовая природа расходов концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения****

В первой главе был сделан вывод, что ни участники концессионных правоотношений, ни судебные органы не сформировали единый подход к определению того, что входит в содержание и объем понятия «расходы на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения».

В судебной практике можно выделить три основные направления квалификации института, предусмотренного ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях:

1. Расходы концессионера на создание и (или) реконструкцию концессионного соглашения (далее – Расходы концессионера) являются реальным ущербом, который подлежит возмещению в случае досрочного расторжения концессионного соглашения по причине существенного нарушения обязательств концессионером или концедентом.
2. Расходы концессионера квалифицируются как неосновательное обогащение концедента, которое образуется на стороне публичного субъекта в момент расторжения концессионного соглашения по причине увеличения стоимости, принадлежащего ему имущества, при отсутствии встречного эквивалентного предоставления.
3. Расходы концессионера признаются денежными средствами, подлежащими возврату вне зависимости от оснований расторжения концессионного соглашения, то есть являются гарантией защиты частных инвестиций, императивно установленной законодателем.

Основной общей идеей, к которой как к достигаемой цели восходит большинство этих концепций, очевидно, является понятие корректирующей справедливости. Корректирующая справедливость основывается на идее равенства, предполагающей, что каждая сторона по результатам обмена должна получать равное тому, что она отдает. В рассматриваемом сфере правового регулирования концессионер, вкладывая деньги в объект, принадлежащий публичному субъекту, рассчитывает на то, что в процессе эксплуатации такого объекта он сможет компенсировать понесенные расходы и извлечь прибыль.

Прежде чем перейти к рассмотрению каждого из вышеперечисленных подходов следует обозначить стадии реализации концессионного соглашения, при которых концессионное соглашение может быть досрочно расторгнуто.

Во-первых, концессионное соглашение может быть расторгнуто на этапе создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения до ввода его в эксплуатацию.

Во-вторых, уже после получения разрешения на ввод объекта в эксплуатацию, но до начала осуществления концессионером деятельности, приносящей доход, стороны могут прекратить договорные правоотношения, например, в результате признания концессионера несостоятельным (банкротом) или по причине существенного нарушения сроков создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения.

В-третьих, мыслима ситуация, при которой концессионер приступил к эксплуатации объекта концессионного соглашения, однако, в частности, ввиду изменения макроэкономических показателей деятельность, предусмотренная концессионным соглашением, стала убыточной, что привело к досрочному расторжению концессионного соглашения по причине существенного изменения обстоятельств. В частности, в 2020-2021 году аэродромные и транспортные концессии столкнулись с проблемой отсутствия потребителей, имеющих возможность воспользоваться услугами, оказываемыми концессионером.

Всегда ли должен осуществляться возврат полученного? И всегда ли он должен осуществляться в полном объеме? Это вопрос приобретает актуальность ввиду того, что существуют ситуации, где возврат полученного было бы справедливо и целесообразно ограничивать.

Далее будут описаны существенные признаки Расходов концессионера, выявленные на основе анализа судебной практики и подходов цивилистической доктрины.

# ****§ 2.1. Расходы концессионера =реальный ущерб концессионера****

Квалификация Расходов концессионера в качестве убытков характерна для досрочного расторжения концессионного соглашения ввиду существенного нарушения обязательств одной из сторон.

Правовым основанием для такой квалификации являются положения статей 15, 393, 453 ГК РФ, по смыслу которых если основанием для расторжения соглашения послужило существенное нарушение договора одной из сторон, другая сторона вправе требовать возмещения расходов, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права.

Неравенство при нарушении договорного обязательства может устраняться различными средствами: как установлением такого положения, как если бы обмен был надлежаще осуществлен обеими сторонами, так и установлением такого положения, как если бы этого обмена вовсе не было.

Обратим внимание на спор, рассмотренный в 2020 году Тринадцатым арбитражным апелляционным судом. Дело примечательно тем, что основным аргументом, положенным в основу апелляционной жалобы, является следующее утверждение концессионера:

«Податель жалобы полагает, что независимо от оснований досрочного расторжения концессионного соглашения концессионер в силу пункта 5 статьи 15 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» вправе требовать от концедента возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, за исключением понесенных концедентом расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения»[[25]](#footnote-25).

Суд, описав положения ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, отметил, что вступившим в законную силу решением суда по делу № А21-10012/2018 установлен факт нарушения концессионером сроков строительства объекта концессионного соглашения. Решением суда концессионное соглашение расторгнуто в связи с нарушением концессионером его существенных условий.

Перечислив в судебном акте основные нарушения, допущенные концессионером, которые уже были установлены при рассмотрении дела № А21-10012/2018, суд сформулировал следующий вывод: «поскольку именно действия концессионера послужили основанием для расторжения концессионного соглашения, ввиду чего, оснований для возмещения концессионеру, понесенных им расходов при исполнении концессионного соглашения судом не установлено»[[26]](#footnote-26). Суд не стал истолковывать положения ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях во взаимосвязи с правовыми нормами, содержащимися в Гражданском кодексе РФ, разрешив спор, руководствуясь исключительно гражданско-правовым регулированием.

Суд апелляционной инстанции обосновал своё постановление тем, что «в рассматриваемом деле вина концедента в расторжении концессионного соглашения отсутствует, как и причинная связь между неисполнением и ненадлежащим исполнением обязательства должником и названными убытками».

Однако если мы обратимся к мотивировочной части судебного решения суда первой инстанции, то сможем выявить иные ключевые причины, в результате которых исковые требования не были удовлетворены.

Суд первой инстанции установил, что концессионер преждевременно заключил договоры с третьими лицами о разработке рабочей документации, в ходе подготовки которой и были выявлены существенные препятствия для реализации концессионного соглашения (проектная документация объекта концессионного соглашения не соответствовала техническим условиям газоснабжения). Как выяснилось в процессе реализации концессионного соглашения, газопровод, необходимый для реализации концессионного соглашения, отсутствовал.

Однако суд отклонил аргумент концессионера о том, что именно концедент обязан передать всё необходимое для исполнения концессионного соглашения имущество, указав, что наличие и отсутствие газопровода не зависит от концедента.

Суд, отказывая в удовлетворении требования о возмещении расходов (убытков), сделал следующее утверждение: «если истец полагал, что ответчик не исполняет надлежащим образом свои обязательства, и такое неисполнение причиняет ему убытки, то последнему надлежало принять все необходимые меры для недопущения неблагоприятных последствий для его предпринимательской деятельности, которая в силу ст. 2 ГК РФ осуществляется на свой страх и риск»[[27]](#footnote-27).

Отметим, что концессионер был вынужден соблюдать сроки, предусмотренные концессионным соглашением, нарушение которых и привело к досрочному расторжению концессионного соглашения, поэтому им были оформлены договорные отношения с третьими лицами, в результате исполнения которых концессионер понёс расходы.

Позиции, изложенные в судебных актах, не представляются убедительными, поскольку суд первой инстанции ссылается на преждевременность понесенных концессионером расходов и их экономическую необоснованность, а суд апелляционной инстанции указывает на существенное нарушение сроков строительства объекта концессионного соглашения, в результате чего концессионное соглашение было досрочно расторгнуто не по вине причинителя убытков (концедента).

Однако судебные органы едины в том, что расходы, понесенные концессионером, являются реальным ущербом, а для их возмещения необходимо доказать совокупность элементов деликтной ответственности, чего концессионер не смог сделать. Очевидно, что в случае расторжения концессионного соглашения в связи с существенным нарушением обязательств со стороны концессионера, установить вину концедента, противоправность его поведения, а также причинную связь между неисполнением и ненадлежащим исполнением обязательства должником и названными убытками, не представляется возможным.

Как следствие, суды правомерно отказали в удовлетворении требования концессионера о возмещении расходов, которые концессионер, руководствуясь пунктом 2 статьи 15 ГК РФ, квалифицировал как реальный ущерб.

Обратим внимание на соотношение объема понятий «реальный ущерб» и «Расходы концессионера».

В силу пункта 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» в состав реального ущерба входят не только фактически понесенные соответствующим лицом расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права.

Содержание ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях позволяет предположить, что законодатель включил в текст указанной правовой нормы родовое понятие «расходы» для того, чтобы действие нормы распространялось как на фактически понесенные расходы, так и на будущие расходы концессионера, связанные с созданием и (или) реконструкцией объекта концессионного соглашения.

Постараемся усугубить ситуацию, представив, что в процессе создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения стоимость таких работ незначительно возрастет. Возникновение такой ситуации может зависеть как от действий сторон, так и от макроэкономических показателей, которые могут измениться в процессе реализации концессионного соглашения. Подлежат ли возмещению расходы концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, которые он понесёт дополнительно, то есть вне пределов, установленных, например, условиями концессионного соглашения, инвестиционной программой, которые хотя и являются экономически обоснованными, но не были в установленном порядке согласованы концедентом и включены в условия концессионного соглашения?

Ответ на данный вопрос представляется, на первый взгляд, очевидным.

Поскольку, по смыслу пункта 3 ч. 1 статьи 42, пункта 1 ч. 1 статьи 47 Закона о концессионных соглашениях в концессионном соглашении должен быть определен предельный размер расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, которые предполагается осуществить концессионером, то расходы концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения не могут превышать такой размер. Применив указанные положения и к иным видам объектов концессионных соглашений, можно сделать вывод, что возмещению подлежат лишь те расходы, которые определены сторонами в концессионном соглашении.

Как следствие, положения ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях имплицитно включают в себя обязанность концессионера инвестировать в создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения только те денежные средства, которые предусмотрены концессионным соглашением, и не приведут к возникновению «лишних» убытков (реального ущерба) в случае его досрочного расторжения.

В Постановлении Правительства РФ от 22.02.2021 № 247 «О внесении изменений в приложение № 27 к государственной программе Российской Федерации «Развитие образования» дано следующее определение исследуемого понятия применительно к объектам концессионного соглашения в сфере образования:

«Расходы концессионера в связи с созданием (реконструкцией) объекта образования» - расходы концессионера на создание (реконструкцию) объекта образования, подключение объекта образования к сетям инженерно-технологического обеспечения, уплату процентов и комиссий по кредитам (займам), комиссии за предоставление обеспечения исполнения обязательств по концессионному соглашению и страхование в соответствии с концессионным соглашением, возникшие до ввода объекта образования в эксплуатацию»[[28]](#footnote-28).

Как мы видим, подзаконным нормативно-правовым актом установлено, что подлежат возмещению лишь те расходы концессионера, которые были включены в перечень расходов концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения в размере, установленном сторонами в концессионном соглашении.

Аргументом в пользу возмещения «дополнительных» расходов концессионера, то есть тех, которые не были определены сторонами в условиях концессионного соглашения, является толкование ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях как гарантии полного возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, которые концессионер инвестирует в объект, принадлежащий публичному субъекту.

Таким образом, концессионер, заключая концессионное соглашение, должен понимать, что по смыслу ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях ему будут компенсированы не все фактически понесенные, пусть и экономически обоснованные, расходы, а лишь те, которые были определены сторонами в условиях концессионного соглашения.

Автор настоящей работы, соглашаясь с тем, что такой подход допустим и не противоречит действующему регулированию, критически относится к подобному толкованию ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях ввиду следующего.

Во-первых, степень проработанности концессионного соглашения при таком толковании пределов действия ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях должна быть настолько высокой, что деятельность концессионера по созданию и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения будет строго регламентированной. Любая ошибка сторон, допущенная на этапе согласования условий концессионного соглашения, будет являться латентным риском невозмещения концессионеру расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения.

Значение такой ошибки может быть устранено лишь путем внесения изменений в концессионное соглашение, что всегда влечет риски нарушения сроков создания объекта концессионного соглашения.

Во-вторых, спрогнозировать точный (предельный) размер всех необходимых расходов концессионера на создание и (или) реконструкцию соглашения если и возможно, то довольно сложно, поскольку, повторяя вышеизложенный аргумент, внешнеэкономические факторы оказывают существенное влияние на сроки создания и стоимость объекта концессионного соглашения, а это приводит к тому, что размер расходов должен быть определимым, а не определённым.

В-третьих, установление конкретного перечня и размера Расходов концессионера в условиях концессионного соглашения приведет к ограничению действия ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, поскольку стороны будут вправе установить, что расходами на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения являются лишь расходы на строительство объекта. А все иные расходы, в частности, расходы на проектирование, расходы на консультантов (юристов, экономистов), комиссия по привлеченному финансированию, будут относиться к тем расходам, которые, хотя и были понесены концессионером до ввода объекта концессионного соглашения, но не будут возмещены концессионеру при досрочном расторжении соглашения.

Как следствие, поиск объема понятия Расходы концессионера будет сводиться лишь к изучению условий концессионного соглашения, а не к поиску телеологического содержания правовой нормы, установленной в ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, пределы действия которой, по мнению автора настоящей работы, охватывают все экономически обоснованные расходы концессионера, направленные на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, вложенные в период с момента заключения концессионного соглашения до ввода объекта концессионного соглашения в эксплуатацию.

Пример концессионного соглашения, к которому автор настоящей работы получил доступ в процессе оказания юридических услуг, содержал следующие условия, позволяющие определить объем понятия Расходы концессионера.

Так, концессионное соглашение, заключенное с целью создания трамвайных линий и приобретения подвижных составов для последующего оказания услуг перевозок, включало условие о том, что «под инвестициями концессионера, подлежащими возврату, понимаются расходы на создание объекта концессионного соглашения, в том числе, но не исключительно, следующие расходы: Расходы на проектирование, расходы на строительство объекта концессионного соглашения, аренда земельных участков, расходы на консультантов…». Отметим, что в приведенном примере перечень является открытым, что противоречит вышеприведенному выводу о том, что виды Расходов концессионера должны быть полностью определены в концессионном соглашении.

Примерные формы концессионных соглашений, за исключением концессионных соглашений, заключаемых в сфере систем коммунальной инфраструктуры, утверждаемые Правительством РФ, в частности, форма концессионного соглашения в отношении объектов железнодорожного транспорта, не содержит положений, определяющих объем и перечень расходов концессионера на создание объекта концессионного соглашения.

Однако Постановление Правительства РФ от 05.12.2006 № 748 «Об утверждении примерного концессионного соглашения в отношении систем коммунальной инфраструктуры и иных объектов коммунального хозяйства, в том числе объектов водо-, тепло-, газо- и энергоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, объектов, на которых осуществляются обработка, утилизация, обезвреживание и размещение твердых коммунальных отходов, объектов, предназначенных для освещения территорий городских и сельских поселений, объектов, предназначенных для благоустройства территорий, а также объектов социального обслуживания граждан» содержит положение, подлежащее включению в текст концессионного соглашения, регулирующее предельный размер расходов концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения[[29]](#footnote-29).

Как следствие, превышение предельного размера расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения становится риском концессионера, который будет вынужден самостоятельно адаптироваться к макроэкономическим показателям.

Рассмотрим судебное дело, разрешенное арбитражными судами Волго-Вятского округа, по иску концессионера к концеденту о расторжении концессионного соглашения по причине нарушения концедентом обязательств, установленных концессионным соглашением, и компенсации понесенных расходов на реализацию концессионного соглашения, в том числе расходов на управление инвестиционным проектом по договору с третьим лицом, расходов по уплате процентов по договору займа.

Обстоятельствами данного спора являются следующие факты. Концессионер выполнил работы по созданию объекта и понёс соответствующие расходы по управлению проектом, заключив договор с третьим лицом. Посчитав, что указанные расходы, предусмотренные инвестиционной программой, подлежат полному возмещению, концессионер обратился в суд с исковым требованием.

Суд апелляционной инстанции, руководствуясь положениями статей 12, 15, 393, 453 ГК РФ, статьей 15 Закона о концессионных соглашениях, пришел к следующему умозаключению и частично удовлетворил исковые требования концессионера:

«Судом первой инстанции сделан обоснованный вывод о том, что заключение договора на управление инвестиционным проектом на всю сумму согласованных инвестиционных затрат на указанные цели только на предпроектном этапе реализации инвестиционного проекта нельзя признать разумным и обоснованным, в связи с чем, вопреки мнению истца, сам факт расходования средств на оплату услуг по договору от 11.09.2015 № 2015/09/11/2 не может являться основанием для их возмещения ответчиком в полном размере»[[30]](#footnote-30).

Суд установил обоснованный размер инвестиционных затрат на управление проектом, после чего отказал в удовлетворении требования о взыскании расходов по уплате процентов по договору займа, указав: «поскольку обоснованный размер расходов концессионера по управлению проектом, подлежащих возмещению концедентом составляет 1 578 902 рубля 64 копейки, истец обязан был принять меры к минимизации привлечения заемных средств»[[31]](#footnote-31).

Однако суды учли ненадлежащее исполнение концедентом обязательств, установленных концессионным соглашением, что послужило основанием для удовлетворения требования о возмещении убытков (реального ущерба).

Таким образом, обобщая вышеизложенные аргументы, расходы концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения квалифицируются судами и заинтересованными лицами как реальный ущерб, подлежащий возмещению лишь в той части, о которой стороны договорились, заключая концессионное соглашение.

Указанный подход существенно ограничивает пределы действия гарантии возврата инвестиций, вложенных в создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, ибо стороны своим волеизъявлением способны ограничить фактически понесенные концессионером затраты, утвердив исчерпывающий перечень расходов на создание и (или) реконструкцию в условиях концессионного соглашения.

Однако рассматриваемая квалификация не учитывает тех расходов, которые могут быть вызваны ввиду изменения внешних факторов, наступивших в процессе реализации долгосрочного инвестиционного проекта, но не урегулированными в концессионном соглашении. В результате возникновения таких обстоятельств стоимость объекта концессионного соглашения может увеличиться. Поэтому в случае досрочного расторжения концессионного соглашения инвестиции, вложенные в объект концессионного соглашения, станут неэквивалентны тому размеру возмещения, которое будет взыскано судом.

Как следствие, все те ошибки, которые были допущены сторонами при подписании концессионного соглашения, повлияют лишь на имущественное положение концессионера, а концедент, в свою очередь, получит увеличение стоимости принадлежащего ему имущества при отсутствии правовых оснований.

Всё это привело к тому, что в судебной практике, появились требования о взыскании неосновательного обогащения ввиду ошибочного установления в концессионном соглашении и (или) инвестиционной программе значения долгосрочных параметров регулирования деятельности концессионера.

# ****§ 2.2. Расходы концессионера =**** ****неосновательное обогащение концедента****

Часть 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях устанавливает, что если концессионер осуществляет деятельность, предусмотренную концессионным соглашением, реализация концессионером производимых товаров, выполнение работ, оказание услуг осуществляются по регулируемым ценам (тарифам) и (или) с учетом установленных надбавок к ценам (тарифам), возмещение расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения осуществляется исходя из размера расходов концессионера, подлежащих возмещению в соответствии с законодательством Российской Федерации в сфере регулирования цен (тарифов) и не возмещенных ему на момент расторжения концессионного соглашения.

Соответствующее положение указывает на то, что именно осуществление деятельности, приносящей доход, должно послужить источником для возмещения концессионеру расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения.

В силу абзаца второго пункта 4 статьи 453 ГК РФ в случае, когда до расторжения или изменения договора одна из сторон, получив от другой стороны исполнение обязательства по договору, не исполнила свое обязательство либо предоставила другой стороне неравноценное исполнение, к отношениям сторон применяются правила об обязательствах вследствие неосновательного обогащения (глава 60), если иное не предусмотрено законом или договором либо не вытекает из существа обязательства.

Встречным предоставлением со стороны концедента следует признать предоставление имущества, принадлежащего публичному субъекту, в пользование для оказания концессионером услуг потребителям на возмездной основе.

По смыслу пункта 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.01.2000 № 49 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении» полученные до расторжения договора денежные средства, если встречное удовлетворение получившей их стороной не предоставлено и обязанность его предоставить отпала, являются неосновательным обогащением.

Таким образом, в случае досрочного расторжения концессионного соглашения, как следствие, отпадения у концессионера возможности использовать имущество публичного субъекта и компенсировать свои затраты, вложенные в объект концессионного соглашения, увеличение стоимости имущества публичного субъекта должно признаваться неосновательным обогащением концедента.

Рассмотрим судебное дело № А57-8034/2013, в котором концессионер обратился в суд с иском о расторжении концессионного соглашения и взыскании неосновательного обогащения в размере стоимости строительных материалов и выполненных работ[[32]](#footnote-32).

Суды, установив, что концедент нарушил условия концессионного соглашения, назначили судебную экспертизу с целью установления фактически понесенных расходов концессионера на создание объекта концессионного соглашения.

После получения экспертного заключения, содержащего фактический размер затрат концессионера, суды, мотивируя свои выводы положениями статьи 1102 ГК РФ и п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.01.2000 № 49 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении», удовлетворили исковые требования о взыскании неосновательного обогащения.

Схожее дело было рассмотрено Арбитражным судом Свердловской области. Фабулу данного спора состоит из следующих обстоятельств. Концессионер обратился в суд с требованием к концеденту о взыскании неосновательного обогащения. Свои требования истец обосновал тем, что он фактически произвел реконструкцию объекта концессионного соглашения, однако по причине досрочного расторжения концессионного соглашения его затраты не были компенсированы концедентом.

Суд привел следующие основания для удовлетворения исковых требований:

«Принимая во внимание, что условиями концессионного соглашения порядок и сроки возврата концессионеру инвестированного капитала в виде его затрат на реконструкцию объекта не предусмотрено, концедент обязан произвести такой возврат по факту прекращения обязательств по договору.

Расторжение соглашения повлекло возникновение на стороне ответчика неосновательное обогащение в размере произведенных истцом расходов по реконструкции объекта»[[33]](#footnote-33).

В заключение суд указал, что доказательств возврата истцу данных денежных средств либо предоставления иного встречного представления концедент не представил.

Однако суд не учёл, что встречным предоставлением в концессионных соглашениях является право пользования имуществом, которое находится в собственности концедента. Возможность использовать реконструированный объект концессионного соглашения в период действия концессионного соглашения уже является встречным предоставлением, размер которого должен быть установлен судом, чего в этом деле сделано не было.

В силу ч. 2 статьи 3 Закона о концессионных соглашениях концессионное соглашение является договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами.

В статье Владимира Витальевича Килинкарова подчеркнуто, что «смешанный характер концессионного соглашения не раз подтверждался судебной практикой. Так, суды неоднократно признавали концессионное соглашение смешанным договором, содержащим элементы договоров подряда (строительного подряда), аренды, возмездного оказания услуг»[[34]](#footnote-34).

Еще до появления в Законе о концессионных соглашениях положений, устанавливающих гарантию возмещения Расходов концессионера, научное сообщество критиковало отсутствие положений о какой-либо компенсации произведенных концессионером затрат. Анализируя положения Гражданского Кодекса РФ и пытаясь обнаружить регулирование, гарантирующее возмещение Расходов концессионера, коллектив учёных сделал следующий вывод:

«Общие положения о подряде предусматривают, что в случае прекращения договора подряда до приемки результата работ заказчик вправе требовать передачи ему незавершенной работы с компенсацией подрядчику произведенных затрат (ст. 729 ГК РФ). Однако положения о подряде вряд ли компенсируют отмеченный пробел (отсутствие в Законе о концессионных соглашениях положений, регулирующих компенсацию затрат, понесенных концессионером), ведь концессионное соглашение предполагает создание (реконструкцию) объекта за счет концессионера, а встречное предоставление осуществляется лишь на этапе эксплуатации объекта концессионером. Как следствие, при расторжении концессионного соглашения в связи с неисправностью концессионера последний, построивший, например, для Российской Федерации новый объект недвижимости за свой счет, может пытаться восстановить свою имущественную сферу только посредством применения нормы главы 60 ГК РФ о неосновательном обогащении»[[35]](#footnote-35).

Таким образом, в случае досрочного расторжения концессионного соглашения допустима квалификация Расходов концессионера как неосновательного обогащения в силу положений Гражданского кодекса РФ, регулирующих подрядные отношения.

Возвращаясь к проблеме, описанной в конце параграфа 2.1 настоящего исследования, обратим внимание на следующий казус, в котором количественный показатель потребителей услуг концессионера был ошибочно определён в концессионном соглашении, в результате деятельность, предусмотренная концессионным соглашением, стала для концессионера убыточной.

Концессионер обратился в суд с требованием о расторжении концессионного соглашения по реконструкции и модернизации общественной бани и взыскании задолженности.

Истец привел следующие аргументы, которые, по его мнению, должны были привести к удовлетворению исковых требований:

«В ходе реализации концессионного соглашения было выявлено, что реальная потребность населения в помывках, более чем в два раза ниже, чем следовало из описания объекта концессионного соглашения. Данное обстоятельство делает невыполнимым существенное условие концессионного соглашения по внесению концессионной платы в форме предоставления 5 000 бесплатных помывок в год. Продолжение реализации концессионного соглашения и внесение инвестиций в объект концессионного соглашения на указанных условиях ставит истца в заведомо невыгодное положение»[[36]](#footnote-36).

При заключении соглашения концессионер исходил из данных, представленных прежним эксплуатантом бани (муниципальным предприятием), из которых следовало, что в год осуществляется от 9389 до 10915 помывок (при условии, что баня находилась в аварийном состоянии). Фактически оказалось, что данная сумма была завышена почти в 3 раза. Так, за период с 18 октября 2016 г. по 17 ноября 2017 года общее количество оказанных услуг составило 3 934 помывок (включая льготные и не льготные категории населения).

Суд апелляционной инстанции согласился со следующим выводом нижестоящего суда: «низкая потребность населения в банных и помывочных услугах является предпринимательским риском истца, вследствие чего отсутствовали основания для расторжения концессионного соглашения по мотивам, изложенным Обществом в иске. Вместе с тем, в настоящий момент концессионное соглашение расторгнуто»[[37]](#footnote-37).

Именно концессионер обосновывал свои исковые требования указанием на существенное изменение обстоятельств, которые учитывали стороны, заключая концессионное соглашение, но суд отнёс риск снижения количества потребителей услуг концессионера к предпринимательскому риску.

Однако если снижение количества потребителей услуги, оказываемой концессионером, является его риском, то как, в случае досрочного расторжения концессионного соглашения, будет определяться эквивалентность встречного предоставления?

Представим, что согласно условиям концессионного соглашения, концессионер был обязан оказать по состоянию на дату расторжения концессионного соглашения, допустим, 25 услуг потребителям, получив соответствующий доход. Однако инвестор смог оказать их значительно меньше, например, ввиду падения спроса. И, как указывает суд, такое снижение относится к рискам инвестора.

Тогда публичный субъект, в силу ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, должен компенсировать Расходы концессионера за вычетом дохода концессионера, который был обязан оказать 25 услуг, но смог оказать лишь 10. Убыток в размере дохода за оказание 15 услуг будет отнесён полностью на концессионера ввиду предпринимательского риска.

Либо мы должны сделать обратный вывод, что смысл ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях заключается в том, чтобы концессионеру были возмещены все его расходы за исключением тех, которые были ему компенсированы фактически полученным доходом от оказания услуг. Более того, поскольку публичный субъект, в любом случае, был бы обязан оказывать подобного рода услуги, эксплуатируя принадлежащий ему объект, то риск снижения спроса, установленного в концессионном соглашении, должен быть отнесен именно на него.

Еще одним аргументом против того, что рассматриваемый предпринимательский риск относится к рискам концессионера, являются положения ч. 1 статьи 20 Закона о концессионных соглашениях. По смыслу данной нормы если принятые публичным субъектом акты приводят к ухудшению положения концессионера таким образом, что он в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении концессионного соглашения, концедент обязан принять меры, обеспечивающие окупаемость инвестиций концессионера и получение им валовой выручки (дохода от реализации производимых товаров, выполнения работ, оказания услуг по регулируемым ценам (тарифам) в объеме не менее объема, изначально определенного концессионным соглашением.

В вышеприведенном деле отсутствовал акт публичного субъекта, которым бы ухудшалось положение концессионера, однако утверждение о том, что уменьшение валовой выручки ввиду снижения количества потребителей услуг, установленного в концессионном соглашении, является риском концессионером, представляется автору настоящей работы, неоднозначным.

Отметим, что в описанном деле, концессионное соглашение содержало условие о том, что в случае досрочного расторжения концессионного соглашения по причине существенного нарушения его условий, концедент возмещает 95 % расходов, понесенных концессионером по концессионному соглашению включая, но не ограничиваясь: расходы по реконструкции объекта концессионного соглашения, расходы на закупку оборудования и другие расходы.

Также стороны установили, что при досрочном расторжении соглашения по соглашению сторон порядок возмещения расходов концессионера определяется соглашением о расторжении концессионного соглашения. Однако в соглашении о расторжении концессионного соглашения порядок возмещения расходов концессионера не был определен.

Суд не стал исследовать эквивалентность встречных предоставлений каждой из сторон, а установил лишь размер расходов концессионера, связанных с производством строительно-монтажных работ, после чего взыскал с концедента 95 % от установленного размера понесенных концессионером расходов:

«Сумму возмещения суд определяет с учетом выводов судебной экспертизы в размере 4 200 979 руб. 87 коп. (4422084,08 х 95 %)»[[38]](#footnote-38).

Автор настоящей работы не может согласиться с выводами и аргументацией судов, которые рассмотрели вышеприведенный спор, по следующим основаниям.

Во-первых, суд проигнорировал ведение концессионером деятельности, предусмотренной концессионным соглашением.

Как следствие, тот доход, который концессионер извлекал в процессе эксплуатации объекта концессионного соглашения, не был учтён при взыскании с концедента расходов концессионера.

Во-вторых, суд, установив снижение количества потребителей услуг, оказываемых концессионером, уклонился от определения последствий такого снижения для эквивалентности встречного предоставления сторон. Так, если бы концессионное соглашение не было расторгнуто, концессионер должен был бы понести убыток, вызванный возникновением предпринимательского риска (снижение спроса).

Однако суд взыскал все «обоснованные и необходимые расходы, понесенные в связи с реконструкцией вверенного ему объекта», что нарушает имущественные интересы публичного субъекта.

Таким образом, обобщая проблемы, возникающие в судебной практике, при квалификации Расходов концессионера как неосновательное обогащение концедента можно сделать следующие выводы.

1. Концессионеры обращаются с требованием к концеденту о возмещении неосновательного обогащения, состоящего из расходов на создание и (или) реконструкцию концессионного соглашения, в случае расторжения концессионного соглашения не по причине существенного нарушения обязательств одной из сторон, что соответствует положениям абзаца второго п. 4 статьи 453 ГК РФ и разъяснениям высших судебных инстанций по вопросам взыскания неосновательного обогащения.

2. В судебной практике, исследованной автором настоящей работы, суды не устанавливали величину встречного предоставления со стороны концедента, делая вывод о размере затрат концессионера на основе экспертных заключений.

3. Поскольку суды уклонялись от установления эквивалентности затрат и выгод каждой из сторон, в частности, путем сравнения эксплуатационных расходов концессионера, расходов на строительство и (или) реконструкцию концессионного соглашения с тем размером дохода, который концессионер получил от осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, путем эксплуатации чужого имущества.

Как следствие, концессионеры, обращаясь в суд с иском о взыскании расходов, выбирают путь меньшего сопротивления, указывая, что ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях устанавливает обязанность концедента возместить инвестору расходы на создание и (или) реконструкцию концессионного соглашения без учёта гражданско-правовых институтов, ибо исследуемая норма является гарантией.

# ****§ 2.3. Расходы концессионера =**** ****фактически вложенные инвестиции, подлежащие безусловному возврату****

Рассмотренные выше позиции судебных органов и сторон концессионного соглашения по вопросу квалификации Расходов концессионера основаны на ошибочном понимании, а иногда и на игнорировании места ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях в системе правовых норм.

Представим, что такое положение отсутствовало бы в Законе о концессионных соглашениях. Общие правила, установленные в статье 453 ГК РФ, определяющей последствия расторжения договора, позволяют разрешить споры, возникающие между концедентом и концессионером при досрочном расторжении концессионного соглашения.

Если концессионное соглашение было расторгнуто ввиду существенного нарушения обстоятельств одной из сторон, то тогда другая сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора (пункт 5 статьи 453 ГК РФ).

Если концессионное соглашение было досрочно расторгнуто по иным основаниям, то применялись бы положения главы 60 ГК РФ в силу абзаца второго пункта 4 статьи 453 ГК РФ. Суды устанавливали бы эквивалентность встречного предоставления, полученного каждой из сторон, и нивелировали бы отсутствие неравноценности такого предоставления. Следует отметить, что рассматриваемая норма содержит пределы применения: «если иное не предусмотрено законом или договором либо не вытекает из существа обязательства».

Законодатель ввёл в Закон о концессионных соглашениях правовую норму, устанавливающую, что в концессионном соглашении должен быть определен порядок возмещения при досрочном расторжении соглашения (пункт 6.3 ч. 1 статьи 10 Закона о концессионных соглашениях). Однако, понимая, что концессионер в таких правоотношениях является слабой стороной, законодатель дополнительно предусматривает гарантию возврата расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения (ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях), которая, на первый взгляд, представляется излишней, поскольку стороны, заключая концессионное соглашение обязаны определить имущественные последствия досрочного расторжения сторон.

Если воспринимать ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях как субсидиарную (дополнительную) норму, дублирующую положения Гражданского кодекса РФ, то её значение утрачивается, норма становится «лишней». Однако, руководствуясь правилами, установленными в пункте 4 статьи 453 ГК РФ, мы можем сделать, что ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях имеет самостоятельное значение в системе правовых норм, устанавливает самостоятельное регулирование размера возмещения расходов концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения и гарантирует возврат вложенных инвестиций.

Более того, буквальное толкование первого и второго предложения ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных положениях позволяет сделать вывод, что ограничение объема возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения предусмотрено лишь для деятельности концессионера, которая осуществляется по регулируемым ценам (тарифам) и (или) с учетом установленных надбавок к ценам (тарифам). Расходы концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения в случае осуществления им деятельности, не подлежащей тарифному регулированию, должны быть полностью компенсированы концедентом, за исключением расходов, понесенных концедентом расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения.

Однако такое толкование нарушает баланс интересов сторон, в частности, может быть нарушена эквивалентность встречного предоставления, поскольку концессионер не только получит право использовать имущество, принадлежащее публичному субъекту, но и получит полное возмещение расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения в случае досрочного расторжения концессионного соглашения.

Автор настоящей работы, соглашается с позицией, сформулированной судебными органами следующим образом:

«Независимо от оснований досрочного расторжения концессионного соглашения в силу ч. 5 статьи 15 Федерального закона от 21.07.2005г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» концессионер вправе потребовать от концедента возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, за исключением понесенных концедентом расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения.

Приведенной нормой правовые последствия досрочного расторжения концессионного соглашения не ставятся в зависимость от стадии исполнения сторонами принятых на себя обязательств»[[39]](#footnote-39).

Таким образом, норма, предусмотренная ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, содержит специальное правило, устанавливающее порядок возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения независимо от оснований досрочного расторжения концессионного соглашения, за исключением того дохода, который был получен концессионером от эксплуатации им объекта концессионного соглашения.

Отметим, что в процессе осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением концессионер неизбежно несет эксплуатационные расходы, которые также должны учитываться при установлении эквивалентности встречного предоставления.

# ****Заключение****

Отсутствие единого подхода к толкованию ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях привело к тому, что концессионеры, предъявляя требования о возмещении расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, ошибочно ссылаются на положения Гражданского кодекса об убытках, о порядке возврата неосновательного обогащения, в результате чего суды отказывают в удовлетворении таких требований по причине отсутствия оснований (элементов деликтной ответственности; наличием у концессионера права использовать имущество в период действия концессионного соглашения; отнесение предпринимательского риска на концессионера, который не смог возместить свои затраты от приносящей доход деятельности, которая всегда фактически была убыточной).

Как следствие, правоприменитель умаляет значение правовой нормы, содержащейся в ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, которая была введена законодателем в целях гарантировать инвестору, что его денежные средства, вложенные в объект концессионного соглашения, будут возмещены концедентом при досрочном расторжении концессионного соглашения.

Стороны концессионного соглашения самостоятельно определяют конкретный Перечень расходов, включая его в условия концессионного соглашения и квалифицируя такие затраты как «расходы на Создание объекта соглашения». В результате часть расходов концессионера, понесенных им в процессе создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения, ему не возмещается ввиду сформулированной позиции Верховного суда РФ о диспозитивности ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях.

Однако рассматриваемая норма не может восприниматься судебной практикой как диспозитивная, поскольку для такого вывода о её характере нет правовых предпосылок, напротив, разъяснения, содержащиеся в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», позволяют сделать обратный вывод (об императивности положений ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях). Концессионер является слабой стороной в концессионном правоотношении, поскольку объект концессионного соглашения, который он создаёт и (или) реконструирует останется у концедента в собственности.

В условиях, когда риск изменения рыночной конъюнктуры относится к предпринимательским рискам концессионера, снижение доходности концессионного проекта, как следствие, источника возмещения затрат концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения не будет, то в целях соблюдения баланса интересов норма, содержащаяся в ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, должна быть признана императивной.

Пределы возмещения Расходов концессионера должны быть определены судом в каждом конкретном случае. Бремя доказывания концессионера, по смыслу ч. 5 статьи 15 Закона о концессионных соглашениях, будет состоять в подтверждении факта создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения и размера понесенных расходов. Концедент, в свою очередь, имея возможность осуществлять контроль за деятельностью концессионера, должен доказать, что Расходы концессионера были полностью компенсированы извлечением концессионером дохода от использования имущества, принадлежащего публичному субъекту.

Как следствие, суд, установив, затраты концессионера и его доход от осуществления приносящей доход деятельности, определит размер возмещения, подлежащего выплате концессионеру при досрочном расторжении концессионного соглашения.

# ****Список использованной литературы****

1. **Нормативно-правовые акты и иные официальные документы**
2. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020). [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
3. Федеральный закон от 21.07.2005 N 115-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «О концессионных соглашениях». [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
4. Федеральный закон от 02.07.2010 N 152-ФЗ (ред. от 29.12.2014) «О внесении изменений в Федеральный закон «О концессионных соглашениях» и отдельные законодательные акты Российской Федерации». [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
5. Постановление Правительства РФ от 05.12.2006 № 748 «Об утверждении примерного концессионного соглашения в отношении систем коммунальной инфраструктуры и иных объектов коммунального хозяйства, в том числе объектов водо-, тепло-, газо- и энергоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, объектов, на которых осуществляются обработка, утилизация, обезвреживание и размещение твердых коммунальных отходов, объектов, предназначенных для освещения территорий городских и сельских поселений, объектов, предназначенных для благоустройства территорий, а также объектов социального обслуживания граждан» [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
6. Постановление Правительства РФ от 22.02.2021 № 247 «О внесении изменений в приложение № 27 к государственной программе Российской Федерации «Развитие образования» [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
7. **Специальная литература**
8. Васильев Ю.А. Концессионные соглашения: лицом к инвесторам // Жилищно-коммунальное хозяйство: бухгалтерский учет и налогообложение. 2010. N 8. С. 48 - 58.
9. Килинкаров В.В. Актуальные проблемы и тенденции в практике разрешения споров в сфере публично-частного партнерства в России // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 4. С. 62 - 103.
10. Статья: Концессионное соглашение - правовая форма взаимодействия бизнеса и государства (Зинченко С.А., Ломидзе О.Г., Галов В.В.) [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
11. **Материалы судебной практики**
12. Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах». [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
13. Определение ВАС РФ от 16 декабря 2013 года по делу № А56-72748/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
14. Постановление Арбитражного Суда Восточно-Сибирского округа от 13 марта 2019 года по делу № А10-948/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
15. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 09 июля 2015 года по делу № А75-10901/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
16. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 15.12.2020 по делу № А64-9923/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
17. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 09 июля 2013 года по делу № А56-72748/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс»;
18. Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 29 апреля 2015 года по делу № А75-10901/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
19. Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15 января 2018 года по делу № А64-1651/2017 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
20. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.08.2014 по делу № А32-41317/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
21. Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 10.12.2020 по делу № А39-1420/2020 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
22. Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28 апреля 2014 года по делу № А13-15506/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
23. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 4 сентября 2019 года по делу № А10-513/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
24. Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 сентября 2019 года по делу № А49-2795/2019 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
25. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 3 апреля 2019 года по делу № А10-516/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
26. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 марта 2020 года по делу № А21-1398/2019 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
27. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 7 февраля 2018 года по делу № А31-6610/2016 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
28. Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 20 февраля 2014 года по делу № А57-8034/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
29. Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17 декабря 2019 года по делу № А52-65/2019 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
30. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.08.2014 по делу № А32-41317/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
31. Решение Арбитражного суда Вологодской области от 19 февраля 2014 года по делу № А13-15506/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
32. Решение Арбитражного суда Республики Бурятия от 15 октября 2018 года по делу № А10-949/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
33. Решение Арбитражного суда Республики Бурятия от 5 декабря 2018 года по делу № А10-514/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
34. Решение Арбитражного суда Калининградской области от 19 декабря 2019 года по делу № А21-1398/2019 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
35. Решение Арбитражного суда Свердловской области от 17 сентября 2015 года по делу № А60-20236/2015 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».
36. **Интернет – ресурсы**
37. Институт развития государственно-частного партнёрства Право на компенсацию: с какими последствиями сталкивается инвестор при расторжении концессий [Электронный ресурс]. URL: https://p3institute.ru/novosti-gchp/novosti\_3525.html (дата обращения: 18.04.2021).
38. Разбор значимых судебных кейсов по ГЧП / концессионным соглашениям за ноябрь 2019 года [Электронный ресурс]. URL: https://www.kachkin.ru/podborka-interesnoj-sudebnoj-praktiki-po-konczessionnym-soglasheniyam-i-soglasheniyam-o-gchp-za-period-s-01-11-2019-po-01-12-2019/ (дата обращения: 05.05.2021).

1. Федеральный закон от 21.07.2005 N 115-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «О концессионных соглашениях». [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-1)
2. Федеральный закон от 02.07.2010 N 152-ФЗ (ред. от 29.12.2014) «О внесении изменений в Федеральный закон «О концессионных соглашениях» и отдельные законодательные акты Российской Федерации». [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-2)
3. Васильев Ю.А. Концессионные соглашения: лицом к инвесторам // Жилищно-коммунальное хозяйство: бухгалтерский учет и налогообложение. 2010. N 8 - 51 с. [↑](#footnote-ref-3)
4. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.08.2014 по делу № А32-41317/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-4)
5. Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 10.12.2020 по делу № А39-1420/2020 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-5)
6. Васильев Ю.А. Концессионные соглашения: лицом к инвесторам // Жилищно-коммунальное хозяйство: бухгалтерский учет и налогообложение. 2010. N 8. – 51 с. [↑](#footnote-ref-6)
7. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020). [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-7)
8. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 09 июля 2013 года по делу № А56-72748/2012; Определение ВАС РФ от 16 декабря 2013 года по делу № А56-72748/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-8)
9. Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 29 апреля 2015 года по делу № А75-10901/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-9)
10. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 09 июля 2015 года по делу № А75-10901/2012 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-10)
11. Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15 января 2018 года по делу №

    А64-1651/2017 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-11)
12. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 15.12.2020 по делу № А64-9923/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-12)
13. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 15.12.2020 по делу № А64-9923/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-13)
14. Решение Арбитражного суда Вологодской области от 19 февраля 2014 года по делу № А13-15506/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-14)
15. Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28 апреля 2014 года по делу № А13-15506/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-15)
16. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 4 сентября 2019 года по делу № А10-513/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-16)
17. Разбор значимых судебных кейсов по ГЧП / концессионным соглашениям за ноябрь 2019 года [Электронный ресурс]. URL: <https://www.kachkin.ru/podborka-interesnoj-sudebnoj-praktiki-po-konczessionnym-soglasheniyam-i-soglasheniyam-o-gchp-za-period-s-01-11-2019-po-01-12-2019/> (дата обращения: 05.05.2021) [↑](#footnote-ref-17)
18. Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 сентября 2019 года по делу № А49-2795/2019 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-18)
19. Решение Арбитражного суда Республики Бурятия от 15 октября 2018 года по делу № А10-949/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-19)
20. Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах». [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-20)
21. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 3 апреля 2019 года по делу № А10-516/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-21)
22. Решение Арбитражного суда Республики Бурятия от 5 декабря 2018 года по делу № А10-514/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-22)
23. Постановление Арбитражного Суда Восточно-Сибирского округа от 13 марта 2019 года по делу № А10-948/2018 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-23)
24. Институт развития государственно-частного партнёрства Право на компенсацию: с какими последствиями сталкивается инвестор при расторжении концессий [Электронный ресурс]. URL: <https://p3institute.ru/novosti-gchp/novosti_3525.html> (дата обращения: 18.04.2021). [↑](#footnote-ref-24)
25. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 марта 2020 года по делу № А21-1398/2019 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-25)
26. Там же С. 6. [↑](#footnote-ref-26)
27. Решение Арбитражного суда Калининградской области от 19 декабря 2019 года по делу № А21-1398/2019 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-27)
28. Постановление Правительства РФ от 22.02.2021 № 247 «О внесении изменений в приложение № 27 к государственной программе Российской Федерации «Развитие образования» [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-28)
29. См. пункт 32 Постановления Правительства РФ от 05.12.2006 № 748 «Об утверждении примерного концессионного соглашения в отношении систем коммунальной инфраструктуры и иных объектов коммунального хозяйства, в том числе объектов водо-, тепло-, газо- и энергоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, объектов, на которых осуществляются обработка, утилизация, обезвреживание и размещение твердых коммунальных отходов, объектов, предназначенных для освещения территорий городских и сельских поселений, объектов, предназначенных для благоустройства территорий, а также объектов социального обслуживания граждан» [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-29)
30. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 7 февраля 2018 года по делу № А31-6610/2016 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-30)
31. Там же. С. 7. [↑](#footnote-ref-31)
32. Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 20 февраля 2014 года по делу № А57-8034/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-32)
33. Решение Арбитражного суда Свердловской области от 17 сентября 2015 года по делу № А60-20236/2015 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-33)
34. Килинкаров В.В. Актуальные проблемы и тенденции в практике разрешения споров в сфере публично-частного партнерства в России // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 4. – 76 с. [↑](#footnote-ref-34)
35. Статья: Концессионное соглашение - правовая форма взаимодействия бизнеса и государства (Зинченко С.А., Ломидзе О.Г., Галов В.В.) [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-35)
36. Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17 декабря 2019 года по делу № А52-65/2019 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-36)
37. Там же. С. 10 [↑](#footnote-ref-37)
38. Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17 декабря 2019 года по делу № А52-65/2019 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-38)
39. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.08.2014 по делу № А32-41317/2013 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-39)