

**ДАРЬЯ ГОДУНОВА**

Управляющий партнер «Пионеры ГЧП»,
член Экспертно-методического совета НАКДИ

**Заразна ли пандемия для ГЧП
проектов или как воспитать
внутренний иммунитет**

Управляющий партнер «Пионеры ГЧП», член Экспертно-методического совета НАКДИ Дарья Годунова Дарья рассмотрела ситуацию на рынке ГЧП проектов в России в условиях пандемии коронавируса, а также описала, как действовать концессионным компаниям в данной ситуации, исходя из норм действующего законодательства РФ и практики.

Представим ситуацию: компания среднего звена ООО «Счастливчик», заключила осенью 2019 года концессионное соглашение. На днях осуществила финансовое закрытие, через кредитование в получастном банке и намеривалась через полтора года закончить реконструкцию с переходом в новое строительство социально настроенного комплекса объектов, который по окончании стройки намеревалась эксплуатировать через предоставление социальных услуг населению. Объект компании не принадлежит, принадлежит муниципалитету, а «Счастливчику» передан на баланс на 15 лет. Сумма соглашения до 500 млн рублей. Из них вы должны вложить в стройку свои (кредитные) средства, ну и банку, конечно, платить проценты за выплату кредита, который вы должны вернуть не раньше, чем через 7 лет. Возвратность средств вам должны обеспечить через плату муниципалитета, которая начнется только после сдачи объекта и начала эксплуатации. Типичное такое соглашение, без изысков.

И вот случилась пандемия, губернатор региона запретил любые неаварийные стройки «до особого распоряжения», график сам собой сдвигается. Мало того, что вас могут наказать за просрочку исполнения обязательств, кредит тоже никто не отменял, так как банк пока не определился с отсрочкой.

Да и вы, как мы помним, компания скромная, особо запасов не накопили, живете исходя из потока работа-деньги-работа (предположим, что у вас строительный бизнес + сфера услуг и т.п.). А потока нет, даже по основной деятельности, все же на карантине «до особого распоряжения». Да и в стратегически важные компании вас тоже никто не звал. Вы пытаетесь как-то выяснить ситуацию на федеральном уровне, но опять же пока только неопределенные обещания. Без объявления в таких случаях «чрезвычайного положения» и только противоречивый Указ Президента России от 25.03.2020 № 206 «Об объявлении в Российской Федерации нерабочих дней» по которому вы как злостный капиталист – всем должны.

Тезис первый (основополагающий):
исходя из действующего
законодательства и практики, суд
оценивает влияние обстоятельств
непреодолимой силы на договорные
обязательства, независимо от того, кто
стороны соглашения в каждом
конкретном случае индивидуально.

Поэтому, так важно тщательно прописывать условия соглашения на берегу, с пониманием, что вам с ним жить ближайшие 15 лет. И даже, если дело дойдет до суда не пытаться заниматься самодеятельностью, потому как

решение зависит именно от способности и мастерства вашего юриста в обосновании причин ваших возможных нарушений в рамках соглашения. Надо понимать, что типового решения нет, есть только направление, которое можем указать.

Тезис второй (обосновывающий): необходимо обосновать, что именно возникновение непредвиденного обстоятельства, условий (форс-мажор) привело к нарушению с вашей стороны соглашения.

Доказывать невиновность должна сторона, которая не смогла выполнить обязательства. Распространение свиного гриппа в 2009 году или финансово-экономический кризис - не признавались форс-мажором, в отношении последнего суды относят его к предпринимательским рискам, а вместе с ними противоправные действия третьих лиц. Также изменение валютного курса, девальвация национальной валюты, банкротство контрагента кредитора – не обстоятельства непреодолимой силы.

Еще один классический пример из международной практики, которое относится к отношениям по международно-частному праву, но как пример будет уместным и показательным. В решении МКАС при ТПП РФ констатировалось, что продавец из ФРГ выполнил свои договорные обязательства, поставив покупателю из России товар. Выставленный счет покупателем оплачен не был со ссылкой на наличие обстоятельств непреодолимой силы, а именно: отсутствие валютных средств для оплаты импортируемого товара. МКАС данное обстоятельство не было признано обстоятельством непреодолимой силы, поскольку ст. 10 контракта содержала исчерпывающий перечень оснований, дающих право продлить сроки исполнения обязательств; такое обстоятельство, как отсутствие у покупателя валютных средств, включено не было.

Кроме того, согласно ст. 54 Венской Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Россия участвует)

обязательство уплатить цену включает также принятие мер, которые могут потребоваться для осуществления платежа. В данном случае покупатель ограничился лишь поручением банку перечислить стоимость товара на счет продавца, однако конкретных мер, обеспечивающих осуществление платежа, не предпринял.

Поэтому, стоит все же доказать, что в нашей ситуации (пандемии) мы имеем дело с непреодолимой силой, форс-мажором. В настоящее время на территории РФ режим неблагоприятной эпидемиологической обстановки не объявлен, то есть по состоянию на 16 апреля 2020 года эпидемия COVID-19 в России не объявлена. Но на территории субъектов РФ объявлена «повышенная готовность». Согласно Указу Президента России от 25 марта 2020 года № 206 в России объявлены нерабочие дни в качестве ограничительных мер. Органами власти субъектов РФ введены такие ограничительные меры. Также введены меры, суть которых заключается в недопущении массового скопления людей и «минимизации рисков по распространения коронавирусной инфекции».

Согласно ст. 1 ФЗ № 52 от 30 марта 1999 года «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» под инфекционными заболеваниями понимаются инфекционные заболевания человека, возникновение и распространение которых обусловлено воздействием на человека биологических факторов среди обитания (возбудителей инфекционных заболеваний) и возможностью передачи болезни от заболевшего человека, животного к здоровому человеку.

Ограничительные мероприятия (карантин) – административные, медико-санитарные, ветеринарные и иные меры, направленные на предотвращение распространения инфекционных заболеваний и предусматривающие особые режимы хозяйственной деятельности, ограничение передвижения населения, транспортных средств, грузов, товаров и животных. В сложившихся обстоятельствах мы имеем

дело именно с ограничительными мерами, которые влекут или могут повлечь за собой соответствующие последствия для ведения нормальной хозяйственной и предпринимательской деятельности, а сама угроза распространения коронавируса объявлена в сложившихся условиях чрезвычайным и непредотвратимым обстоятельством, т.е. форс-мажором.

Тезис третий (правоустанавливающий): принцип свободы договора, который позволяет сторонам соглашения структурировать свои правоотношения любым незапрещенным законом способом.

В нашем случае в приоритете Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях». Т.е. мы обязаны были внести в концессионное наше соглашение существенные условия, закрепленные законом и также добавить не противоречащие действующему всему возможному законодательству РФ наши согласованные права и обязанности исходя из конкурсной документации, критериев и достигнутых договоренностей. Все что хотим, что поможет нам в реализации и существовании соглашения в установленный долгий срок.

Тезис четвертый (понятийный): в 2/3 случаев в концессионные соглашения включают главу об особых обстоятельствах. Под особыми обстоятельствами, понимаются такие заранее установленные в соглашениях обстоятельства, наступление которых не зависит от действий или бездействий инвестора и имеет ряд правовых последствий для сторон.

Речь идет о практикующем термине, в законе понятия «особых обстоятельств» не прописаны. Например, нарушение сроков предоставления публичных платежей, обнаружение на участки скрытых сетей или археологических объектов, не существование правоустанавливающих документов на объект и т.п. Целями закрепления особых обстоятельств в соглашениях может быть

устранение (или смягчение) негативных последствий какого-либо события. Перечень таких особых обстоятельств носит закрытый характер.

И теперь следует отметить отдельно близкий по смыслу институт обстоятельств непреодолимой силы, которые законом уже закреплены напрямую, в отличие от предыдущего термина. «Лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств».

Федеральное законодательство не содержит указания на то, что именно относится к «чрезвычайным» и «непреодолимым» условиям, а также не содержит критериев такой относимости. Но данный вопрос был разрешен судебной практикой, например, разъяснено, что в силу ГК РФ для признания обстоятельства непреодолимой силы необходимо, чтобы оно носило чрезвычайных и непредотвратимый при данных условиях характер. Сходство с особыми обстоятельствами - чрезвычайный характер, который невозможно предусмотреть заранее, непредотвратимый, то есть независимый от воли сторон. И как следствие основание для освобождения от ответственности стороны соглашения.

Обстоятельства непреодолимой силы могут соотноситься с особыми обстоятельствами, где любое из обстоятельств непреодолимой силы может быть поименовано и как особое обстоятельство. Но не все особые обстоятельства могут быть отнесены сторонами к обстоятельствам непреодолимой силы – обратите внимание. Также наступление обстоятельства непреодолимой

силы само по себе не прекращает обязательство должника, если исполнение договора остается возможным после их устранения. Однако в ситуации, когда на государственном уровне вводятся определенные ограничения, направленные, в частности, на запрет оказания услуг, это влечет за собой объективную невозможность исполнения обязательства. В подобной ситуации обязательство должника подлежит автоматическому прекращению в связи с невозможностью его исполнения.

Как же действовать, если оказались в подобной ситуации и что вас может защитить «Счастливчика» исходя из норм действующего законодательства РФ и практики.

1. Для того чтобы сознательно минимизировать убытки сторон, в первую очередь не потерять расположение вашего контрагента-муниципалитета (концедента), компании (концессионеру) попавшей в столь непредсказуемую ситуацию стоит уведомить концедента о наступлении обстоятельств, которые привели к невозможности исполнения соглашения. Обязательно в письменной форме с уверенностью, что такое уведомление дошло и получено адресатом. И, конечно, собрать как можно больше доказательств, как самого форс-мажора, так и причинно-следственной связи между ним и нарушенными обязательствами.
2. Далее изучаем соглашение, которое было заключено. Не каждый Руководитель тратит на это время до подписания, к сожалению. В большинстве случаев, как мы писали, в нем должны быть прописаны «особые обстоятельства». Однако в силу того, что данные обстоятельства устанавливаются сторонами самостоятельно исходя из договоренностей и практики, не все обстоятельства могут быть приняты тем же антимонопольными органами однозначно, все зависит от качества прописывания таких статей.
3. Возможно, в вашем соглашении также есть статьи «о форс-мажоре». Включение в

договор подобной формулировки существенно облегчит доказывание наступления обстоятельства непреодолимой силы, при этом правомерность включения таких условий в договор подтверждалась позициями Высшего арбитражного суда РФ. Кроме того, возможно соглашением также прямо закреплено последствия наступления форс-мажорных обстоятельств, в частности, в виде освобождения должника от ответственности за просрочку либо предоставления сторонам соглашения права его изменить либо расторгнуть в одностороннем порядке (в зависимости от того, какие последствия наступления обстоятельства непреодолимой силы соответствуют интересам сторон).

4. Факт наступления обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажора) должен быть зафиксирован соответствующим образом, в подтверждении его правового статуса. Деятельность по свидетельствованию обстоятельств непреодолимой силы отнесена к полномочиям торгово-промышленных палат. Порядок и механизм выдачи сертификатов о форс-мажоре установлен Положением о порядке свидетельствования Торгово-промышленной палатой Российской Федерации обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажор). Также в Правилах ТПП, сказано, что решение о выдаче сертификата о форс-мажоре принимается отдельно для каждого обращения и только после анализа условий соглашения и документов, которые подтверждают наличие события, на которое компания опирается в заявлении о выдаче сертификата. Ранее, правда, ТПП такой сертификат по договорам между резидентами, не выдавала т. к. это было не предусмотрено. Потому что по внутренним соглашениям общая практика пока была однозначной: или стороны договора приходят к соглашению и ответственность за нарушение снимается, или же конфликт разрешает суд. Поэтому, в любом случае, факт обращения в ТПП

лучше зафиксировать, пусть даже для будущего суда, обязательно пригодится.

5. Применительно к уже действующим соглашениям, как в нашем случае, стороны для минимизации возможных убытков должны провести переговоры для обсуждения дальнейших действий.

По результатам переговоров возможно несколько развитий событий:

- пересмотр условий относительно порядка исполнения соглашения в части;
- пролонгация срока исполнения соглашения;
- расторжение соглашения с урегулированием всех взаимных притязаний.

Так вы можете снизить риски, связанные с потенциальными судебными разбирательствами, а также с сопутствующими денежными и временными издержками. Более подробно надо смотреть от обстоятельств и соглашения. Не забывать вести реестр расходов, которые, по вашему мнению, у вас возникли в сложившихся обстоятельствах. И в любом случае, помнить, что обстоятельства непреодолимой силы являются основанием для согласования с антимонопольным органом изменений условий такого нашего концессионного соглашения.

6. Необходимо понимать, что последствия коронавируса скорее всего не получится признать форс-мажором для целей освобождения от санкций за просрочку кредитов, это вопрос взаимоотношений с банками, индивидуально насколько они готовы пойти навстречу. Заморозить платежи или не начислять штрафные санкции.

Следует признать, что в скором времени можно ожидать новой волны судебных споров, связанных с влиянием коронавируса на исполнение обязательств по тем или иным контрактам.

Очевидно, что ГЧП контракты не исключение. Именно в части изменения финансовых возможностей, стратегических целей и внешних обстоятельств для частного инвестора.

В этих условиях важно сконцентрироваться на фиксации всех шагов и обсуждений: своевременно уведомить контрагента о форс-мажоре, рассмотреть варианты модификации условий соглашения, активно собирать документальное подтверждение наступления таких обстоятельств и их влияния на исполнение соглашения.

И важно помнить, что форс-мажор не снимает обязательства по соглашениям, а лишь избавляет от ответственности за их нарушение.