Анна ГОРЕЛОВА,
юрист, LECAP

Михаил МАЛИНОВСКИЙ,
партнер, LECAP

COVID–19: непреодолимая сила или триггер для дефолта

Такое непредвиденное событие, как эпидемия коронавируса, ставит вопрос: кто в итоге примет на себя его последствия? Предприниматели, финансовые организации, вкладчики, которые профинансировали такие организации, или все общество? Последствия в любом случае не могут быть распределены равномерно, кто-то пострадает больше, кто-то меньше. Распределению негативных последствий среди всего общества способствуют вводимые органами государственной власти меры (программы выкупа активов, снижение социальных взносов, отсрочки по уплате налогов). Однако распределение рисков и последствий их реализации между бизнесом, финансовыми организациями и их вкладчиками в значительной степени определяется гражданским правом.

Так как наш интерес сконцентрирован на финансовых рынках, мы постараемся затронуть вопросы влияния сложившейся экономической нестабильности на исполнение своих обязательств эмитентами либо сторонами по иным финансовым договорам.

ЧТО ТАКОЕ НЕПРЕОДОЛИМАЯ СИЛА?

Понятие непреодолимой силы (форс-мажора) закреплено в п. 3 ст. 401 ГК РФ. Если иное не предусмотрено законом или договором, то лицо, не исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, не несет ответственности, если докажет, что исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. Таким образом, непреодолимая сила является императивным основанием исключения ответственности лица, нарушившего обязательство.

Согласно той же статье к обстоятельствам непреодолимой силы не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, **отсутствие у должника необходимых денежных средств**. Таким образом, при прямом прочтении статьи можно сделать вывод, что при неисполнении денежных обязательств по финансовым договорам отсылку на обстоятельства непреодолимой силы сделать невозможно. Однако 21 апреля 2020 года Президиум Верховного суда РФ существенно изменил подход

Практика, сложившаяся до COVID-19	После COVID-19
Положения о форс-мажоре и существенном изменении обстоятельств в ходе экономических кризисов практически не применялись судами со ссылкой на то, что возникшие обстоятельства могли быть учтены сторонами при заключении договора. Подобный подход использовался в кризисы 1998, 2008 и 2014 годов.	В скором времени судам необходимо будет сформировать подход к пониманию, является ли коронавирус обстоятельством форс-мажора (ст. 401 ГК РФ) и возможно ли признать сложившуюся экономическую ситуацию существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК РФ). Можно ожидать применения судами концепций форс-мажора, невозможности исполнения и существенного изменения обстоятельств к случаям нарушения как неденежных, так и денежных обязательств, так как такую позицию уже высказал Верховный суд РФ. При этом в любом случае для освобождения от ответственности за неисполнение своих обязательств необходимо будет доказывать: а) наличие и продолжительность обстоятельств непреодолимой силы; б) наличие причинно-следственной связи между возникшими обстоятельствами непреодолимой силы и невозможностью либо задержкой исполнения обязательств; в) непричастность стороны к созданию обстоятельств непреодолимой силы; г) добросовестное принятие стороной разумно ожидаемых мер для предотвращения (минимизации) возможных рисков.

Таблица 1
Форс-мажор и существенное изменение обстоятельств: до и после коронавируса

КОРОНАВИРУС САМ ПО СЕБЕ НЕ ВЛИЯЕТ НА ВОЗМОЖНОСТЬ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО ДОГОВОРАМ, ОСНОВНОЕ ВЛИЯНИЕ ОКАЗЫВАЮТ СОПУТСТВУЮЩИЕ СОБЫТИЯ

к толкованию указанной нормы и ранее сформировавшейся судебной практики[1].

Президиум пояснил, что если отсутствие необходимых денежных средств вызвано установленными ограничительными мерами, в частности запретом определенной деятельности, установлением режима самоизоляции и т. п., то оно может быть признано основанием для освобождения от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств на основании ст. 401 ГК РФ.

Освобождение от ответственности допустимо в случае, если разумный и осмотрительный участник гражданского оборота, осуществляющий аналогичную с должником деятельность, не мог бы избежать неблагоприятных финансовых последствий, вызванных ограничительными мерами (например, в случае значительного снижения размера прибыли по причине принудительного закрытия предприятия общественного питания для открытого посещения).

Помимо прочего, в отношении неисполненных денежных обязательств по договорам не исключено применение ст. 451 ГК РФ о существенном изменении обстоятельств в связи с вводимыми против COVID-19 мерами, из которых стороны исходили при заключении договора. При применении указанной статьи возможно изменение или расторжение договора.

В текущей неопределенной экономической ситуации лишь стоит согласиться с мнениями дореволюционных цивилистов о том, что наполнять содержанием термин «непреодолимая сила» должен суд, исходя из конкретных условий, полагаясь на чувство справедливости и здравый смысл[2]. Вот и мы, как и в дореволюционное время, будем полагаться на анализ сложившейся судебной практики по наиболее схожим вопросам и рассчитывать на формирование позитивной судебной практики по форс-мажорам в будущем.

ДОГОВОРНАЯ ОГОВОРКА О ФОРС-МАЖОРЕ

В договорах могут дополнительно прописываться форс-мажорные обстоятельства, на которые стороны могут ссылаться при их наступлении в качестве основания для неисполнения ими обязательств.

Для финансовых договоров подобные оговорки не являются распространенной практикой, но встречаются. Например, в Примерных условиях договора о срочных сделках на финансовых рынках от 2011 года (RISDA)[3] прописаны условия досрочного прекращения обязательств сторон вследствие возникновения непреодолимой силы. Понятие непреодолимой силы определено в RISDA путем перечисления чрезвычайных и непредотвратимых событий (к слову, пандемии среди них нет).

При этом если заключенный договор регулируется российским правом, то вне зависимости от перечисленных в самом договоре оговорок стороны могут воспользоваться ссылкой на п. 3 ст. 401 ГК РФ, если только в договоре прямо не было указано, что обстоятельства непреодолимой силы не признаются основанием для неисполнения обязательств сторонами. Подобная оговорка не влечет недействительности договора[4]. Схожий подход также работает и в иных странах континентальной правовой семьи (Германия, Франция, Китай, страны Латинской Америки).

[1] Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 1 (утв. 21.04.2020 Президиумом Верховного суда РФ).

[2] Гордон А. Принцип ответственности железных дорог за ущерб, причиненный при эксплуатации // Журнал гражданского и уголовного права. — 1887. — Февраль. — Кн. 2. — С. 5.

[3] RISDA — российский аналог стандартных документов, разработанных ISDA, предусматривающих единые для всех участников ассоциации условия, правила и процедуры заключения сделок на российском валютном и фондовом рынках.

[4] См.: Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 15.02.2010 № Ф10-42/10 по делу № А08-4367/2009-19.

Если же речь идет о юрисдикциях англо-американской правовой семьи (Англия, США, Канада, Австралия и т. д.), ситуация осложняется тем, что оговорки о форс-мажорных обстоятельствах должны быть прямо зафиксированы в самом договоре, в противном случае ссылаться в суде на непредвиденные обстоятельства будет проблематично. Условия о форс-мажоре на практике весьма редко включаются в финансовые договоры, однако иногда это происходит, в особенности если речь идет о проектном финансировании. Например, в разгар финансового кризиса 2008 года Дональд Трамп подал в суд иск к кредиторам, финансировавшим его девелоперский проект, с требованием предоставить отсрочку по исполнению обязательств со ссылкой на положение о форс-мажоре в договоре на финансирование проекта. Однако стороны в итоге пришли к мировому соглашению[1].

В то же время к сложившимся обстоятельствам может применяться доктрина фрустрации. Она позволяет суду освободить стороны от дальнейшего исполнения договора при наступлении обстоятельств, из-за которых такое исполнение становится невозможным или чрезмерно экономически невыгодным. Доктрина фрустрации схожа с нормой ст. 416 ГК РФ о невозможности исполнения обязательств.

ЧТО МОЖЕТ ПОВЛИЯТЬ НА НЕВОЗМОЖНОСТЬ ИСПОЛНЕНИЯ ФИНАНСОВЫХ ДОГОВОРОВ В ТЕКУЩИХ УСЛОВИЯХ?

Коронавирус сам по себе не влияет на возможность исполнения обязательств по договорам, основное влияние оказывают сопутствующие события, такие как:

1. Изменение курсов валют в связи с нестабильной экономической ситуацией в мире, а также начало экономического кризиса.

Судебная практика однозначно свидетельствует о том, что экономический кризис, девальвация рубля и иные подобные обстоятельства не могут являться основанием для изменения или расторжения финансового договора по п. 3 ст. 401 ГК РФ и по ст. 451 ГК РФ, поскольку данные события не являются существенным изменением обстоятельств. А к обстоятельствам непреодолимой силы нельзя отнести финансово-экономический кризис, недофинансирование или иные финансовые затруднения из-за отсутствия такого квалифицированного признака, как непредотвратимость[2].

Подобный подход не является российским ноу-хау, он также применяется и в мировой практике. Например, то, что к форс-мажорным обстоятельствам не относится экономический или финансовый кризис, было подтверждено в Великобритании в решении Tandrin Aviation Holdings Ltd v. Aero Toy Store LLC and Insured Aircraft Title Service Inc (2010).

Но нам также известны иные подходы в трактовке влияния экономической ситуации в стране на условия исполнения обязательств по договору. Так, в декабре 2017 года арбитры Стокгольмского арбитража пересмотрели условия поставочного контракта между украинским «Нафтогазом» и российским «Газпромом», снизив обязательства «Нафтогаза» по объемам покупки газа более чем в 10 раз, а основанием для этого стало «резкое ухудшение состояния украинской экономики».

Тем не менее вероятнее, что в предстоящих спорах ссылки должника на изменение курсов валют либо на наличие экономического кризиса в мире/стране не будут являться достаточным для суда аргументом наличия оснований неисполнения обязательств по финансовому договору либо даже для изменения условий подобного договора.

2. Принятие актов органами государственной власти, которыми запрещается осуществление той или иной деятельности.

Для предупреждения распространения коронавируса органами государственной власти принимается значительное количество актов, ограничивающих некоторые виды предпринимательской деятельности. Все это может привести к тому, что стороны будут ссылаться на невозможность исполнения своих договорных

НАПОЛНЯТЬ СОДЕРЖАНИЕМ ТЕРМИН «НЕПРЕОДОЛИМАЯ СИЛА» ДОЛЖЕН СУД, ИСХОДЯ ИЗ КОНКРЕТНЫХ УСЛОВИЙ, ПОЛАГАЯСЬ НА ЧУВСТВО СПРАВЕДЛИВОСТИ И ЗДРАВЫЙ СМЫСЛ

[1] https://www.jstor.org/stable/23058673?read-now=1&seq=1#metadata_info_tab_contents

[2] См., например: постановления Президиума ВАС РФ от 07.08.2001 и от 30.11.2010 по делу № А17-1960/2009; Апелляционное определение Московского городского суда от 12.07.2017 по делу № 33-25169/2017; Апелляционное определение Московского городского суда от 26.09.2017 по делу № 33-38082/2017; Апелляционное определение Московского городского суда от 26.03.2018 по делу № 33-12181/2018; Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 31.05.2017 № 33-11033/2017 по делу № 2-1414/2016; Решение МКАС при ТПП РФ от 06.08.2009 по делу № 27/2009.

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ КРИЗИС, ДЕВАЛЬВАЦИЯ РУБЛЯ И ИНЫЕ ПОДОБНЫЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА НЕ МОГУТ ЯВЛЯТЬСЯ ОСНОВАНИЕМ ДЛЯ ИЗМЕНЕНИЯ ИЛИ РАСТОРЖЕНИЯ ФИНАНСОВОГО ДОГОВОРА

обязательств в связи с возникновением обстоятельств непреодолимой силы — принятием актов государственной власти.

Анализ судебной практики демонстрирует отсутствие релевантного опыта по спорам, вытекающим из финансовых договоров.

Полагаем, что при рассмотрении подобных споров суды будут учитывать позицию Президиума Верховного суда РФ, а именно определять существование обстоятельств непреодолимой силы с учетом характеристик конкретного дела (в том числе срока исполнения обязательства, характера неисполненного обязательства, разумности и добросовестности действий должника и т. д.).

Вопрос о возможности переноса сроков исполнения обязательств по офертам либо по выплате регулярных платежей также является актуальным. В подобных случаях крайне важно понимать порядок исчисления сроков выходных дней, установленных указами Президента № 206 и № 239[1]. Полагаем, что в случае возникновения споров по допущенным просрочкам имеет смысл делать отсылку к ст. 451 ГК РФ. В то же время при наличии возможности рекомендуем заранее договориться о переносе сроков исполнения.

КОРОНАВИРУСНЫЕ ЗАКОНЫ И АКТЫ ПРАВИТЕЛЬСТВА

В настоящее время государство заявляет о желании принимать меры по спасению бизнеса. Органы власти уделяют внимание сегменту МСП и физическим лицам, но вот для более крупных организаций и эмитентов послабления пока не вводятся, им необходимо справляться с исполнением обязательств своими силами.

Среди мер, которые в настоящее время рассматриваются правительством и Банком России, можно выделить следующие основные направления:

- **предоставление рассрочек по уплате уже имеющихся кредитов.**

Например, для сегмента МСП обсуждается система переноса платежей по кредитам, согласно которой на полгода могут быть перенесены все платежи по телу кредита[2].

Таким образом, послабления для эмитентов облигаций и крупного бизнеса, а также меры по отсрочке кредитов МСП могут вызвать триггеры для досрочного погашения, например, в секьюритизациях МСП-активов;

- **введение моратория на банкротство.**

Для защиты бизнеса от кредиторов по денежным обязательствам правительством введен мораторий на подачу заявлений о банкротстве. Однако этот мораторий не позволит защититься от кредиторов, принудительно исполняющих свои требования на добанкротной стадии (исполнительное производство)[3]. К тому же актами правительства определяются отдельные виды экономической деятельности, пострадавшие от пандемии, следовательно, мораторий не будет распространяться на все организации.

По нашим предварительным оценкам, отсутствие моратория может существенно сказаться на секторе high-yield, так как если компания не будет включена в специальный список правительства, то единоличные исполнительные органы по-прежнему будут обязаны предъявлять заявления о банкротстве.

В ряде стран (Австралия[4], Германия[5], Испания[6], США[7]) также уже приняты или готовятся к принятию пакеты изменений в законодательство о банкрот-

---

[1] Указами Президента Российской Федерации от 25.03.2020 № 206 «Об объявлении в Российской Федерации нерабочих дней» и от 02.04.2020 № 239 «О мерах по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)» дни с 30.03.2020 по 03.04.2020 и с 04.04.2020 по 30.04.2020 были установлены нерабочими.

[2] http://government.ru/news/39359/

[3] Законопроект № 931192-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций (в части урегулирования отношений, возникающих в связи с необходимостью экстренного реагирования на вызовы, связанные с распространением новой коронавирусной инфекции, вызванной 2019-nCOV).

[4] http://www.klgates.com/covid-19-australia-temporary-changes-to-insolvency-laws-to-support-businesses-during-coronavirus-crisis-03-23-2020/

[5] https://www.allenovery.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/covid-19-coronavirus-temporary-suspension-of-obligation-to-file-for-insolvency-in-germany

[6] https://www.jdsupra.com/legalnews/economic-measures-in-spain-against-20988/

[7] https://drive.google.com/file/d/1oyWbkJgFj3Y_jKr4mRVJpQduXvqGzl1H/view

стве по защите бизнеса в кризисный период. Однако интересно, что развитые страны пока не спешат вводить мораторий на банкротство/взыскание задолженности в целом. Ключевой мерой является освобождение директоров от ответственности за неподачу заявления о банкротстве в течение кризисного периода. Хотя ассоциация специалистов по банкротству США в письме конгрессу предложила рассмотреть и введение моратория на банкротство/взыскание[1];

- **налоговые аспекты.**

Правительство приняло решение о предоставлении отсрочек по выплате налогов и страховых взносов на 3–6 месяцев для субъектов МСП, действующих в отраслях, наиболее пострадавших от распространения COVID-19. Для всех предпринимателей и организаций, в том числе не являющихся МСП, действующих в пострадавших отраслях, предусмотрена также возможность просить о предоставлении более длительной отсрочки (от 3 месяцев до 1 года) и рассрочки (от 3 до 5 лет) по уплате налогов и взносов. Однако для получения таких отсрочек организации должны будут продемонстрировать ухудшение доходов своей деятельности более чем на 10% по сравнению с 2019 годом.

Кроме того, эмитенты, размещающие выпуски среди физических лиц, могут потерять свою аудиторию в связи с тем, что с 2021 года отменяются льготы по налогу на купонный доход по выпущенным после 1 января 2017 года корпоративным облигациям. Купонный доход по ним будет облагаться налогом в 13%, независимо от суммы инвестиций, даты выпуска и ставки. Пока сложно предсказать, какое влияние это окажет на рынок. Аргументом против сокращения вложений физических лиц в облигации является параллельное введение налогообложения вкладов на сумму более 1 млн рублей. Можно допустить, что данные правила будут заставлять физических лиц более активно инвестировать на фондовом рынке, в том числе используя налоговые льготы, предоставляемые по индивидуальным инвестиционным счетам.

[1] https://drive.google.com/file/d/1oyWbkJgFj3Y_jKr4mRVJpQduXvqGzl1H/view

ЧТО ДЕЛАТЬ С ДОЛГОМ?

Как видим, выбор дальнейших действий у частных заемщиков невелик. Скорее всего, единственный путь в случае ухудшения финансового положения — реструктуризация долга.

Как бы то ни было, поведение заемщика будет наиболее добросовестно, если все его действия будут направлены на принятие любых мер, способствующих надлежащему исполнению обязательств и недопущению просрочки платежей, в крайнем случае он может своевременно уведомить кредиторов о невозможности исполнения обязательств в срок и выдвинуть предложения о реструктуризации долга.

В целом подобный подход подтверждает и судебная практика по делам, связанным с обстоятельствами непреодолимой силы. Так, суды учитывают не только наличие или отсутствие обстоятельств непреодолимой силы, но и иные фактические обстоятельства (наличие и исследование уважительных причин допущенных нарушений обязательств), а также юридические обстоятельства (период просрочки, сумма просрочки, вина одной из сторон) в целях соблюдения паритетности в отношениях между сторонами, что соответствует конституционному принципу равенства[2]. Должник обязан принять все разумные меры для уменьшения ущерба, причиненного кредитору обстоятельством непреодолимой силы, в том числе уведомить кредитора о возникновении такого обстоятельства, а в случае неисполнения этой обязанности — возместить кредитору причиненные этим убытки[3].

Хотим заметить и то, что затронувшие экономику изменения могут привести к тому, что по ряду сложноструктурированных сделок появятся основания для досрочного погашения. В частности, это касается «револьверных» секьюритизаций или концессионных облигаций, где пул залогового обеспечения формируется благодаря регулярным и обновляемым потокам денежных средств либо состоит из будущих прав требования. Вопрос о применении к подобным ситуациям ссылки на ст. 451 ГК РФ остается открытым, поэтому, скорее всего, будет необходима реструктуризация.

Таким образом, если есть основания полагать, что потребуется реструктуризация долга, рекомендуем незамедлительно уведомить об этом кредиторов. В случае если эмитент чувствует невозможность выплаты по очередному купону, советуем незамедлительно созывать общее собрание владельцев облигаций с предложениями по реструктуризации платежей.

[2] Постановление Президиума ВАС РФ от 30.10.2012 № 8983/12 по делу № А40-102819/11-46-900.

[3] Постановление Пленума Верховного суда РФ от 24.03.2016 № 7 (ред. от 07.02.2017) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

OUR HOPES AND DREAMS

Учитывая, что в ближайшие месяцы законотворческим органам предстоит большая работа, выражаем надежду, что будут приниматься следующие меры, которые в конечном счете смогут ослабить долговую нагрузку заемщиков вне зависимости от того, как сильно они пострадали от сложившейся экономической ситуации:

- требуется освобождение директоров от субсидиарной ответственности за неподачу заявлений о банкротстве либо приостановка представления подобных заявлений на определенный срок (изменения такого рода сейчас вносятся в Германии, Австралии);
- необходима отмена взыскания процентов по ст. 395 ГК РФ и иных санкций, начисленных за нарушение денежных обязательств в кризисный период, либо их размер должен снижаться судами;
- следует ввести мораторий на обращение взыскания на залог, хотя бы для организаций, наиболее пострадавших от сложившихся обстоятельств;
- введение карваутов из моратория позволит сохранить возможность для компаний перекредитоваться в кризисный период;
- необходимо введение дополнительных мер, способствующих реструктуризации задолженности (в том числе ускорение административных процедур), во всех сегментах предпринимательской деятельности, а не только среди существенно пострадавших от коронавируса.