

COVID-19 – последствия для договоров, подчиненных английскому праву

18 марта 2020 г.

Распространение коронавирусной инфекции (*COVID-19*) вызвало беспрецедентные ответные меры по всему миру. Всемирная организация здравоохранения 11 марта 2020 года объявила распространение *COVID-19* пандемией. Ряд государств, включая Китай, Италию и США, предприняли меры по сдерживанию распространения вируса, в том числе посредством ограничения местных и международных перемещений и отмены публичных мероприятий. На деловую сферу оказывается серьезное давление, поскольку работники не могут попасть на работу, происходят сбои в производстве и работе транспорта, а магазины и предприятия закрываются. При этом не ясно, как долго будут действовать ограничения.

У предпринимателей, которых затронуло распространение *COVID-19*, возникают серьезные вопросы о том, каковы последствия для их договорных обязательств. В настоящем сообщении для клиентов мы описываем последствия распространения *COVID-19* для договоров, подчиненных английскому праву, с точки зрения положений о форс-мажоре (*force majeure*), невозможности исполнения договора (*frustration*) и существенного неблагоприятного изменения (*material adverse change*). На портале *Debevoise Coronavirus Resource Center* (<https://www.debevoise.com/topics/covid19checklist>) представлены руководства по вопросам права иных юрисдикций, включая права штата Нью-Йорк и французского права.

Прежде всего, мы подчеркиваем, что применимость в конкретной ситуации форс-мажора или концепции невозможности исполнения договора в значительной степени зависит от фактических обстоятельств дела и условий рассматриваемого договора. В данном сообщении для клиентов описаны общие пояснения по каждой соответствующей правовой конструкции, однако мы отмечаем, что сторонам, анализирующим применение данных конструкций в отношении своих договоров, следует привлечь опытных юристов для анализа их ситуации. Это особенно актуально в случае, когда сторона, ошибочно ссылающаяся на форс-мажор или невозможность исполнения договора, может подвергнуть себя риску предъявления требований о нарушении договора и возникновения существенной ответственности. Если Вы желаете более детально обсудить какие-либо из

данных вопросов с юристами «Дебевоиз энд Плимpton ЛЛП», контактная информация указана в конце настоящего сообщения.

ОБЩЕЕ ПРАВИЛО

По общему правилу договорные обязательства по английскому праву должны исполняться надлежащим образом. Сторона, которая по какой-либо причине не исполняет свои обязательства, будет считаться нарушившей договор и, по общему правилу, будет нести ответственность перед своим контрагентом в виде возмещения ему убытков за причиненный ущерб вследствие такого нарушения.¹

Тем не менее, если сторона не способна исполнить обязательство в силу имеющего место привходящего обстоятельства, возможны два исключения: (i) в случае возможности применения положения договора о форс-мажоре; или (ii) в случае если применима концепция общего права о невозможности исполнения договора (*frustration*).

ФОРС-МАЖОР

«Форс-мажор» - это не особая юридическая категория английского права, это словосочетание, используемое в договорах для описания положений, регулирующих последствия неспособности стороны исполнить свои обязательства в силу обстоятельств, находящихся вне ее контроля.

Таким образом, применение положения о форс-мажоре по английскому праву зависит от того, содержит ли договор данное положение и как оно сформулировано. При этом на практике возникает ряд типичных вопросов.

Охватываются ли препятствия к исполнению обязательства положением о форс-мажоре?

Сторона, имеющая намерение сослаться на положение о форс-мажоре, должна удостовериться, что соблюдены все требования соответствующего положения. В частности, необходимо учитывать два условия: (i) попадает ли обстоятельство по своей природе под определение «обстоятельство форс-мажора» в рамках соответствующего договора; и (ii) в какой степени данное обстоятельство вызывает препятствие к исполнению обязательства.

Действительные положения о форс-мажоре дают определение того, что является обстоятельством форс-мажора. Оно может быть сформулировано в

¹ Дело *Paradine против Jane* (1647) Aleyn 26.

виде общего определения обстоятельства, которое препятствует исполнению стороной своего обязательства. Формулировка может включать один или несколько перечней обстоятельств, которые считаются форс-мажором, причем такие перечни могут быть исчерпывающими или могут быть приведены в качестве примеров категорий обстоятельств.

Сторона, имеющая намерение сослаться на положение о форс-мажоре, должна будет подтвердить, что определение в договоре охватывает меру или обстоятельство, помешавшее исполнению данной стороной своего обязательства. Как правило, недостаточно сослаться просто на общую проблему: в большинстве случаев необходимо указать конкретное обстоятельство или ограничение, непосредственно повлиявшие на способность стороны исполнить свое обязательство. Например, таким обстоятельством может быть конкретный случай вспышки COVID-19, непосредственно повлиявший на персонал стороны, или определенное ограничение, установленное государственным органом, которое приводит к существенному затруднению или прекращению деятельности стороны. Аналогичным образом требование о том, что обстоятельство форс-мажора должно быть вне контроля сторон, как правило, означает, что ограничение, установленное стороной в отношении самой себя, не будет являться достаточным для освобождения ее от ответственности, однако ответ на данный вопрос может быть иным в зависимости от конкретных формулировок положения о форс-мажоре или в ситуации, когда у стороны не было иной разумной альтернативы, помимо установления подобного ограничения в силу внешних факторов.

Некоторые положения о форс-мажоре могут также предусматривать, что определенные мера или обстоятельство форс-мажора не могли быть разумно предвидены и предотвращены сторонами. Данные положения могут повлечь за собой необходимость анализа сторонами вопросов о том, являлось ли составление планов на случай возможной вирусной пандемии разумным, в контексте конкретного договора, для стороны, которая подверглась неблагоприятному воздействию, а также о том, могли ли подобные планы позволить избежать соответствующего обстоятельства. Ряд специалистов выдвинули предложение о проведении сравнений с предыдущими вспышками вирусов / инфекций, таких как SARS («атипичная пневмония»), H5N1 («птичий грипп») и MERS («Ближневосточный респираторный синдром»). Однако необходимо проявлять осторожность при проведении подобных сравнений, так как масштаб и распространенность данных вирусов / инфекций по миру различались.

Второе условие предполагает анализ того, является ли степень препятствия к исполнению обязательства достаточной, для того, чтобы имел место форс-мажор. Опять же, это зависит от формулировок конкретного положения.

Многие положения о форс-мажоре требуют, чтобы исполнение «исключалось» (“*prevented*”) или «было невозможным» (“*impossible*”) ввиду произошедшего события. В таком случае стороне, как правило, необходимо обосновать, что исполнение ее договорного обязательства стало физически или юридически невозможным: в таких ситуациях может быть недостаточно того, что исполнение стало более обременительным, что у стороны возросли издержки и договор больше не является прибыльным или что сторона испытывает финансовые трудности и поэтому не может осуществить платежи вовремя.² Кроме того, конкретное положение о форс-мажоре может повлечь за собой необходимость анализа сторонами вопроса о том, возможно ли исполнение договора альтернативными способами (например, могут ли быть альтернативные товары или рабочие привлечены из других источников), прежде чем можно будет сослаться на форс-мажор.³

Напротив, положение о форс-мажоре может предусматривать, что стороне достаточно иметь «препятствия», «трудности», «затруднения» (“*hindered*”, “*impeded*”, “*impaired*”) в исполнении своего обязательства. В этом случае сослаться на форс-мажор может быть проще, включая ситуации, когда исполнение обязательства все еще возможно, однако оно стало существенно более обременительным. Требуемая в этих случаях степень «препятствования» (“*hinderance*”) должна быть определена в соответствии с конкретными условиями договора, однако, в целом, даже положения о форс-мажоре такого рода не будут применимы в случае, если подобные препятствия являются незначительными. В частности, часто возникает вопрос о том, являются ли сугубо экономические факторы, такие как недостаток денежных средств, повышение издержек или уменьшение доходности для стороны, подвергшейся неблагоприятному воздействию, достаточным препятствием для того, чтобы имелась возможность сослаться на положение о форс-мажоре.

Какой процедуры необходимо придерживаться?

Если есть возможность сослаться на положение о форс-мажоре, то сторонам следует понять, какую процедуру необходимо соблюсти в таком случае согласно договору.

Часто договоры содержат условие о том, что сторона, подвергшаяся неблагоприятному воздействию, должна направить письменное уведомление по определенному адресу, используя определенную форму

² См., например, дело *P.J. van der Zijden Wildhandel NV n.pomiv Tucker & Cross Ltd* [1975] 2 Судебный отчет Ллойда 240; дело *Seadrill Ghana Operations Ltd n.pomiv Tullow Ghana Ltd* [2018] Высокий суд Англии и Уэльса 1640 (Коммерческий суд), [2018] 2 Судебный отчет Ллойда 628 на [70]–[80].

³ См., например, дело *Dunavant Enterprises Inc n.pomiv Olympia Spinning & Weaving Mills Ltd* [2011] Высокий суд Англии и Уэльса 2028 (Коммерческий суд), [2011] 2 Судебный отчет Ллойда 619 на [29], [32].

связи. Договоры могут предусматривать, что данное уведомление должно быть направлено в течение определенного времени после возникновения обстоятельства, которое препятствует исполнению обязательства.

В случае если обстоятельство форс-мажора является длящимся, соответствующее положение о форс-мажоре может предусматривать, что сторона, подвергшаяся неблагоприятному воздействию, должна регулярно информировать другие стороны по договору, при этом могут быть установлены предельные сроки для направления соответствующих сообщений.

Какие наступают последствия?

Последствия форс-мажора в отношении обязательств сторон зависят от формулировки соответствующего положения о форс-мажоре. Некоторые положения предусматривают освобождение пострадавшей стороны от исполнения соответствующего обязательства в полном объеме. Положения о форс-мажоре в других договорах, особенно долгосрочных, могут предусматривать только приостановление исполнения обязательства на определенный период времени, или увеличение сроков исполнения обязательств по договору на период действия форс-мажорного обстоятельства.

Стороны должны уделить особое внимание тому, влияет ли форс-мажорное обстоятельство на все обязательства сторон либо остаются обязательства, подлежащие исполнению.

Как правило, каждая сторона самостоятельно несет свои расходы, связанные с форс-мажорным обстоятельством, однако определенные договоры могут предусматривать отнесение таких расходов только на одну из сторон.

Может ли договор быть прекращен?

Положение о форс-мажоре также может предоставлять право расторгнуть договор. Расторжение договора может быть автоматическим, либо оно может происходить по выбору одной или нескольких сторон.

Стороны должны обратить пристальное внимание на условия предоставления любого такого права. Наиболее распространенные вопросы включают в себя следующие:

- возникает ли такое право незамедлительно или только после того, как форс-мажорное обстоятельство просуществует в течение определенного промежутка времени, а в последнем случае – ясно ли, какова начальная дата для расчета данного периода;

- требуется ли определенная форма для уведомления;
- установлен ли срок для осуществления указанного права, и что происходит в случае его неосуществления в установленный срок при том, что форс-мажорное обстоятельство продолжается на протяжении длительного периода времени в дальнейшем; и
- в многосторонних договорах: прекращается ли договор в полном объеме, или же только между отдельными сторонами.

Расторжение договора часто является шагом, который влечет существенные коммерческие последствия, и споры о том, надлежащим ли образом и правомерно ли было использовано право на расторжение договора, являются распространенными. При наличии любой неопределенности в договоре относительно того, когда и как право на расторжение договора может быть реализовано, стороны могут предпочесть оперативно вступить во взаимодействие друг с другом, вместо того, чтобы ждать наступления какого-либо установленного договором срока. Такое обсуждение может быть «открытым» (“*open*”), либо стороны могут предпочесть провести его на основе принципа «без причинения ущерба правам сторон» (“*without prejudice*”).

Что происходит после прекращения форс-мажорного обстоятельства?

Положение о форс-мажоре может также предусматривать, когда обстоятельство форс-мажора будет считаться прекращенным и какие последствия это влечет для договора. Стороны должны быть осведомлены о событиях или обстоятельствах, которые повлекут за собой возобновление их обязательств, а также удостовериться в том, что они предусмотрели соответствующие условия для возобновления выполнения своих обязательств с даты прекращения действия форс-мажорного обстоятельства.

Синхронизированы ли положения о форс-мажоре?

В отношении сложных проектов или сделок, в которых участвуют несколько сторон и которые включают несколько договоров, стороны должны также тщательно проверить, синхронизированы ли положения о форс-мажоре в каждом из договоров, то есть будет ли обстоятельство форс-мажора по одному договору являться также форс-мажорным обстоятельством в соответствии с условиями других договоров в рамках проекта / сделки. Если имеются какие-либо неопределенности, опять же, для сторон может быть предпочтительным попытаться оперативно решить данную проблему.

Представляется вероятным, что многие ситуации, возникающие вследствие COVID-19 и принимаемых мер по борьбе с данной инфекцией, могут быть

квалифицированы в качестве «форс-мажора» по многим договорам. Однако формулировки соответствующих положений о форс-мажоре должны быть тщательно проанализированы, а предусмотренный порядок действий должен быть соблюден, если стороны, подвергшиеся неблагоприятному воздействию, желают воспользоваться возможностью не исполнять обязательства по договорам.

НЕВОЗМОЖНОСТЬ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРА

Если договор не содержит положения о форс-мажоре, может быть применима концепция общего права о невозможности исполнения договора (*frustration*). И наоборот, данная концепция не применяется в отношении обстоятельства, которое подпадает под положение о форс-мажоре.⁴

По английскому праву концепция невозможности исполнения договора может применяться в случае, когда обстоятельство:

- произошло после заключения договора;
- не было предвидено сторонами;
- не было вызвано любой из сторон и не находилось под контролем любой из сторон;
- делает последующее исполнение договора одной или несколькими сторонами невозможным или неправомерным или означает, что исполнение договора становится существенно иным по сравнению с тем исполнением, которое стороны имели в виду на момент заключения их договора.

В случаях, когда применима вышеуказанная концепция, последствием невозможности исполнения договора является автоматическое расторжение договора. Все стороны автоматически освобождаются от своих оставшихся неисполненных договорных обязательств, но при этом договор не признается аннулированным, поэтому у сторон автоматически не возникает право истребовать ранее предоставленное или переведенное по договору до его прекращения. Применительно к большинству договоров сторона, находящаяся в невыгодном положении от такого автоматического расторжения, может заявить основанное на законе требование о возмещении справедливой (реальной) стоимости того, что было предоставлено до возникновения невозможности исполнения. Однако существуют определенные договоры, на которые не распространяется

⁴ Дело *Jackson против Union Marine Insurance Co. Ltd* [1874] LR 10 CP 125.

действие данного закона, и возможное возмещение в ряде случаев может отличаться от возмещения, которое сторона ожидала получить, если бы действие договора продолжилось.

Потенциально серьезные последствия невозможности исполнения договора приводят к тому, что признание договора неисполнимым по английскому праву может быть затруднительным, а сторона, которая полагается на данную концепцию, будет должна достоверно обосновать, что обязательства исполнить невозможно или что исполнение обязательств стало существенно иным.

Могут возникнуть сложные вопросы относительно того, является ли достаточным для признания договора неисполнимым то, что исполнение обязательств стало более обременительным, существенно возросли издержки стороны, или что сторона находится в трудной финансовой ситуации и не может исполнить свои платежные обязательства. Однако в условиях вспышки COVID-19 и последовавших широко распространенных ограничений и отмен возможны случаи признания договоров неисполнимыми.

СУЩЕСТВЕННОЕ НЕБЛАГОПРИЯТНОЕ ИЗМЕНЕНИЕ / СУЩЕСТВЕННОЕ НЕБЛАГОПРИЯТНОЕ ВОЗДЕЙСТВИЕ

В дополнение к положениям о форс-мажоре современные коммерческие договоры часто содержат положения о существенном неблагоприятном изменении (*material adverse change*) или о существенном неблагоприятном воздействии (*material adverse effect*) (“МАС”), которые часто называют «Положения о МАС». Такие положения содержатся, в частности, в финансовых договорах, подчиненных английскому праву, по которым возникновение МАС, как правило, наделяет займодавца правом потребовать досрочного возврата долга.

Как и в случае с положениями о форс-мажоре, вопрос о том, будет ли применяться положение о МАС в связи с пандемией COVID-19 или мерами, принимаемыми для борьбы с ней, зависит от формулировки конкретного положения. Английские суды ранее указывали, что положение о МАС часто не применяется в связи с событиями, которые являются всего лишь временными,⁵ однако еще предстоит увидеть, будет ли пандемия COVID-19 иметь последствия достаточно долгой продолжительности для применения таких положений. Неправомерная попытка стороны договора применить положение о МАС может повлечь значительную ответственность для такой стороны, а также негативно повлиять на ее репутацию. Таким образом,

⁵ [2013] Высокий суд Англии и Уэльса 1039 (Коммерческий суд).

сторонам, желающим применить Положение о МАС, следует тщательно проанализировать свой договор. Стороны могут также обратиться за помощью к внешнему юридическому консультанту.

* * *

Для более детального обсуждения любого из вопросов, затронутых в настоящем сообщении, пожалуйста, обращайтесь к нам через Ваше контактное лицо в «Дебейвиз энд Плимington ЛЛП» или используйте контактные данные, предоставленные ниже, и на портале *Debevoise Coronavirus Resource Center*.

ЛОНДОН



Кристофер Бойн
cboyne@debevoise.com



Тони Даймонд
tdymond@debevoise.com



Лорд (Питер) Голдсмит,
королевский адвокат
phgoldsm@debevoise.com



Гэвин Чесни
gchesney@debevoise.com