№ 03 (89) 2020 CORONAPRAVO#

# COVID-19: юридические последствия для сторон договора

08.04.2020 НОВОСТИ КОМПАНИЙ СТАТЬИ

*В условиях распространяющейся пандемии коронавируса и принятия все новых ограничительных мер следует задуматься не только об ответственности за неисполнение заключенных договоров, но и проанализировать саму объективную возможность их исполнения, чтобы найти способы минимизации негативного воздействия пандемии. Автор рассматривает правовой инструментарий, который может быть использован участниками внешнеэкономической деятельности для борьбы с юридическими последствиями COVID-19 с точки зрения российского и английского договорного права и практики внешнеэкономической деятельности.*

**ВОЗ и действия национальных правительств**

Мир уже вполне привык к ежедневным новостям о продолжающем свое распространение COVID-19 и мерах по борьбе с ним. Уже никого не удивляет каждодневное выявление новых очагов инфекции и новые ограничительные меры, вводимые в ответ различными государствами. Отмена конференций, соревнований, деловых встреч, ограничения, а то и полное прекращение транспортного сообщения, упавшие биржевые индексы, и резкое падение цены нефти и курса рубля на фоне связанных с пандемией неблагоприятных экономических прогнозов воспринимаются как новая объективная реальность.

Паническая реакция уступила место анализу уже наступивших и возможных последствий для

бизнеса. Первыми неблагоприятные последствия распространения нового заболевания почувствовали на себе судоходные компании и импортеры товаров из Китая, где был обнаружена первая вспышка коронавируса и который является при этом «главной мировой фабрикой». Среди пострадавших оказались и российские импортеры — особенно поставщики по договорам, заключенным с государством.

Как обычные люди, так и представители бизнеса, с вниманием и надеждой следят за заявлениями и ждут положительных прогнозов от Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ). Именно этот авторитетный международный орган, координируя свои усилия с национальными правительствами, возглавляет борьбу с пандемией на международном уровне. Юридической основой этой борьбы являются Международные медико- санитарные правила 2005 г., действующие и на территории России. В рамках указанных Правил 30 января 2020 г. Генеральный директор ВОЗ объявил вспышку COVID-19 «чрезвычайной ситуацией в области общественного здравоохранения, имеющей международное значение». В пресс- релизе ВОЗ от 5 марта 2020 г., вспышка заболевания была названа эпидемией, а в заявлении Генерального секретаря ВОЗ от 11 марта 2020 г. — уже пандемией. Таким образом, продолжающее свое распространение заболевание было не только официально подтверждено на самом высоком уровне, но ей также был придан определенный правовой статус

Ниже мы коротко рассмотрим правовой инструментарий, который может быть использован участниками внешнеэкономической деятельности для борьбы с юридическими последствиями COVID-19 с точки зрения российского и английского договорного права и практики внешнеэкономической деятельности. Влияние COVID-19 на корпоративное поведение компаний, заемные обязательства, арендные отношения или страхование несколько отличается от последствий для торговых отношений и поэтому в настоящей статье не рассматривается.

**Российские правовые концепции**

С точки зрения российского права отклонение от исполнения заключенного договора, в зависимости от ситуации, может быть

- обстоятельством непреодолимой силы,
- существенным изменением обстоятельств, или даже
- обстоятельством, делающим исполнение невозможным и прекращающим его.

**Непреодолимая сила**

Непреодолимая сила — первое что приходит в голову при упоминании влияния эпидемии/пандемии на исполнение обязательств. Обстоятельства непреодолимой силы являются традиционным институтом российского и континентального права. В случае, если сторона договора докажет, что неисполнение ее обязательств по договору было вызвано наступлением обстоятельств непреодолимой силы, такая сторона освобождается от ответственности за допущенное ей неисполнение (п. 3. ст. 401 ГК РФ). Примечательно, что даже не будучи прописанным в договоре, это правило действует по умолчанию, но действие его может быть исключено сторонами в тексте договора.

В соответствии с ГК РФ, для того, чтобы обстоятельства считались непреодолимой силой, они должны быть чрезвычайными и непредотвратимыми при данных условиях. Дополнительные признаки, квалифицирующие обстоятельства в качестве непреодолимой силы, также содержатся и в «Положении о порядке свидетельствования Торгово-промышленной палатой Российской Федерации обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажор)» от 23 декабря 2015 г. (Положение). В соответствии с Положением, обстоятельства должны быть также непредвиденными, возникшими в течение исполнения договора (но не ранее), их нельзя было разумно ожидать при заключении договора, избежать или преодолеть, а также они должны находится вне контроля сторон. В качестве примеров указаны массовые заболевания и эпидемии, ограничения перевозок и запретительные меры государств. Однако и ГК РФ, и Положение содержат указание на то, что не может быть

обстоятельством непреодолимой силы отсутствие на рынке нужных товаров или неисполнение обязательств контрагентами должника.

Таким образом, эпидемии/пандемии и (или) карантинные или иные ограничительные меры в одних случаях могут, а в других не могут быть признаны обстоятельствам непреодолимой силы. Это зависит от вида деятельности компании, ссылающейся на такие обстоятельства, и ее роли в бизнес- процессе.

В сложившейся ситуации в России одними из самых юридически незащищенных оказались поставщики товаров и услуг, особенно для государственных нужд, закупающие сырье, оборудование или услуги из Китая или других стран, где сложилась неблагоприятная эпидемиологическая ситуация, которыми или в отношении которых введены ограничительные меры. Иностранные поставщики приостановили или приостанавливают исполнение, ссылаясь на обстоятельства непреодолимой силы. Например, согласно сообщениям прессы, Китайский совет по содействию международной торговле уже в течение долгого времени в массовом порядке выдает свидетельства о наступлении в отношении китайских компаний обстоятельств непреодолимой силы.

Однако при этом, согласно договорам о госзакупках, заключенным российскими поставщиками, для них обстоятельства непреодолимой силы не наступили, и они несут серьезную ответственность перед государственными заказчиками за неисполнение своих обязательств. Действительно, отсутствие на рынке нужных товаров или действие (бездействие) контрагентов поставщика прямо исключены законом из обстоятельств непреодолимой силы (ст. 401 ГК РФ). К тому же, ТПП РФ может свидетельствовать обстоятельства непреодолимой силы, имевшие место за пределами Российской Федерации лишь в ограниченном числе случаев, к которым неблагоприятная эпидемиологическая ситуация не относится.

Согласно сообщениям в прессе, Правительство РФ «признает распространение коронавирусной инфекции форс-мажорным обстоятельством при осуществлении

госзакупок». Соответствующий нормативный правовой акт Правительства РФ готовит Минпромторг (Коммерсант № 42 от 10 марта 2020 г., Ведомости, выпуск от 10 марта 2020 г.). При этом пока не ясно, будет ли пандемия признана обстоятельством непреодолимой силы применительно к договорным обязательствам вне государственных закупок, и какие изменения будут внесены в инструментарий подтверждения наступления таких обстоятельств ТПП РФ.

Для стороны договора, затронутой обстоятельствами непреодолимой силы, юридические последствия неисполнения определимы. Однако не всегда ясно, каким же в таких условиях должно быть правомерное поведение другой стороны, не затронутой такими обстоятельствами. Встает вопрос: должна ли сторона, которая не пострадала от обстоятельств непреодолимой силы, продолжать исполнять договор? Особенно важен ответ на этот вопрос в случае, когда исполнение договорного обязательства одной из сторон, не обусловлено исполнением другой стороной в соответствии со статьей 328 ГК РФ. Например, если иностранный поставщик российского импортера не исполняет свои обязательства по поставке из-за обстоятельств непреодолимой силы, то должен ли импортер осуществить авансовый платеж?

Понятно, что если аванс будет переведен, но иностранный контрагент свои обязательства так и не выполнит, то иностранный контрагент будет считаться получившим неосновательное обогащение и будет обязан вернуть его, но это «будет потом» и не факт, что это вообще когда-либо произойдет. Сейчас же для «непострадавшей» стороны встает вопрос ее ответственности в том случае, если она откажется осуществить авансовый платеж.

По общему правилу, сторона осуществляющая платеж авансом, не защищена от неисполнения, поскольку даже если договором и обусловлено встречное исполнение, то такая обусловленность вряд ли может работать в отношении авансового платежа.

Однако, возможно, стороне, платящей аванс, удастся найти в тексте договора элемент некой логической и/или технической обусловленности. Например, сумма аванса должна быть

перечислена покупателем не позднее 10 дней с даты счета поставщика на аванс, а такой счет выставляется лишь после подтверждения поставщиком готовности к поставке. При этом полного состояния готовности к поставке из-за обстоятельств непреодолимой силы на стороне поставщика невозможно достичь (например, из-за обстоятельств непреодолимой силы нельзя получить сертификат подтверждения товара или заключение испытательной лаборатории).

Возможно сложившаяся ситуация и новый практический опыт заставит всех нас внимательнее посмотреть на применение концепции встречного исполнения обязательств и с большей дальновидностью прорабатывать соответствующие формулировки договора.

Следует помнить, что обстоятельства непреодолимой силы — инструмент освобождения от ответственности, который никоим образом не определяют дальнейшую судьбу договора. Однако, как постановил Пленум Верховного Суда РФ сторона, не получавшая исполнения, не лишена права отказаться от договора, если вследствие просрочки, возникшей в связи с наступлением обстоятельств непреодолимой силы, она утратила интерес в исполнении. Во избежание неясности и споров в отношении дальнейшей судьбы договора, его сторонам крайне желательно подробно прописать в договоре последствия обстоятельств непреодолимой силы.

Возможность ТПП свидетельствовать обстоятельства непреодолимой силы (форс-мажора), имевшие место за пределами Российской Федерации, но оказывающие непосредственное влияние на исполнение договоров российскими компаниями — это вопрос, обсуждаемый на уровне Правительства РФ.

**Существенное изменение обстоятельств**

В отличие от обстоятельств непреодолимой силы, существенное изменение обстоятельств (ст. 451 ГК РФ) — это инструмент, обращенный в будущее. Существенное изменение обстоятельств не имеет прямого отношения к исключению ответственности за имевшее

место в прошлом или в настоящий момент нарушение обязательств. Целью существенного изменения обстоятельств является лишь предоставление сторонам договора возможности определить его судьбу по-иному, нежели она складывалась бы первоначально в старых реалиях.

Изменение обстоятельств является существенным, если они изменились настолько, что если бы стороны могли их разумно предвидеть, то договор не был бы заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях. Существенное изменение обстоятельств является основанием для расторжения или изменения договора. Ожидается, что при существенном изменении обстоятельств для одной из сторон, по ее просьбе стороны проведут добросовестные переговоры об изменении и расторжении договора во внесудебном порядке, и если согласия не будет достигнуто, то заинтересованная сторона будет вправе обратиться в суд с иском о расторжении договора или изменения его условий. При этом до расторжения договора или внесения в него изменений, стороны должны исполнять его. Примечательно, что внесудебный отказ стороны от договора по причине существенного изменения обстоятельств, по общему правилу, невозможен. Однако, очевидно, что внесудебный отказ можно предусмотреть для тех видов договоров, для которых законом предусмотрена возможность для одностороннего отказа (например, для заказчика в договоре оказания услуг).

Применение концепции существенного изменения обстоятельств в случае эпидемии/пандемии и (или) карантинных или иных ограничительных мер представляется маловероятным. Особенно, если речь идет о долгосрочных договорах, когда есть основания полагать, что ситуация нормализуется, и к тому же у соответствующей стороны есть возможность оградить себя от ответственности за временное неисполнение по причине наступления непреодолимой силы. Однако, уже есть примеры применения концепции существенного изменения обстоятельств — российские туристические операторы и агентства соглашаются расторгнуть или изменить договоры с клиентами и вернуть полученное с них именно в связи с существенным изменением обстоятельств. Это

обусловлено специальными требованиями законодательства о туристской деятельности и защите прав потребителей, и, соответственно, особым характером обстоятельств (угроза жизни и здоровью, подтвержденная Ростуризмом).

**Обстоятельства, делающие исполнение невозможным и прекращающим его**

Наконец, третьей потенциально применимой концепцией российского права является прекращение обязательства невозможностью его исполнения: либо ввиду наступления обстоятельства наступившего после возникновения обязательства, за которое ни одна из сторон не отвечает (ст. 416 ГК  РФ), либо ввиду издания органом государственной власти акта, делающего исполнение невозможным (ст. 417 ГК РФ). При этом для прекращения обязательства по закону не требуется дополнительного судебного решения. Однако в законодательстве отсутствует определение или четкое указание на то, что может являться обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает, также в нем не содержится четких критериев разграничения таких обстоятельств и обстоятельств непреодолимой силы. Кроме того, некоторые отечественные правоведы считают, что нельзя исключить применение мер ответственности за неисполнение обязательства, вызванное наступлением обстоятельства, за которое ни одна из сторон не отвечает. Не меньше вопросов вызывают и достаточно зыбкие правила ст. 417 ГК РФ — невозможность исполнения ввиду издания органом государственной власти акта, делающего такое исполнение невозможным.

При этом очевидно, что, как и существенное изменение обстоятельств, невозможность исполнения скорее обращена в будущее, она не освобождает от ответственности за неисполнение, цель ее — определить судьбу обязательства. Однако устойчивой судебной практики в отношении применения концепции невозможности исполнения не сложилось. Маловероятно, что невозможность исполнения ввиду эпидемии/пандемии и (или) карантинных или иных ограничительных мер будет признана российским судом, подпадающим под действие ст. 416 или ст. 417 ГК РФ.

Таковы три основные концепции отклонения от нормального исполнения договоров ввиду

наступления особых обстоятельств по российскому праву.

**Англоправовые концепции и международная практика**

Поскольку многие внешнеторговые договоры регулируются английским правом и международными обычаями, встает вопрос, какие концепции и соответственно возможности для сторон существуют применительно к исполнению договоров по английскому праву и с учетом международной практики? Вне российского правового контекста, ситуации, когда нормальное исполнение договора невозможно ввиду непредвиденных обстоятельств (в том числе по причине эпидемии/пандемии и (или) карантинных или иных ограничительных мер), необходимо анализировать на предмет наличия признаков:

- форс-мажорных обстоятельств
- тщетности/недостижимости цели договора (frustration) и
- затруднений (hardship).

**Форс-мажор**

Концепция форс-мажора была принесена в английское право из континентального (прежде всего, французского права). Признаки форс-мажорных обстоятельств в английском праве в достаточной степени сходны с признаками обстоятельств непреодолимой силы в российском праве, и отметим лишь важные признаки обстоятельств форс-мажора с точки зрения английского права и международной договорной практики.

Прежде всего, обстоятельства форс-мажора не обязательно должны называться форс-мажором или обстоятельствами непреодолимой силы или упоминаться в договоре в качестве таковых. Очень часто используются такие термины как «особые или исключительные обстоятельства» (exceptional circumstances) или «любые обстоятельства вне

разумного контроля сторон» (any circumstance not within a party’s reasonable control). Более того, часто в тексте договора указанные термины не используются вообще, и вместо этого подробно прописываются ситуации, причины и условия, когда ответственности определенной стороны за неисполнение не наступает. Многочисленные примеры таких подробных конструкций можно найти в отраслевых типовых договорах (например, в проформах чартеров и иных морских договорах BIMCO, некоторых версиях проформ строительных договоров FIDIC, в договорах на укладку подводных трубопроводов, некоторых типовых судостроительных контрактах).

Очень важно учитывать невозможность применения форс-мажорных (особых или иных аналогичных) обстоятельств по умолчанию — если в договоре нет соответствующих положений, освобождающих стороны от ответственности за неисполнение в тех или иных условиях, ссылаться на обстоятельства форсмажора не получится. Именно поэтому в контрактах, подчиняющихся английскому праву, очень важно подробно прописывать положения о форс-мажорных обстоятельствах. Чем подробнее указано или описано форс-мажорное особое обстоятельство, тем лучше. Например, в условиях невозможности исполнения ввиду эпидемии или пандемии опасной болезни ссылка на act of God (стихийное природное явление) может быть недостаточной, поскольку в основном формулировка act of God относится только к природным аномалиям, но не эпидемиологической обстановке и, тем более, связанных с ней карантинных или иных ограничительных мерах.

Пожалуй, самой привычной к влиянию эпидемий/пандемий и связанных с ними запретительных или ограничительных мер традиционно является морская отрасль. История договорной защиты в морском бизнесе, прежде всего, интересов судовладельца, уходит корнями в средневековье, когда в Европе, на Ближнем Востоке и в Северной Африке свирепствовали эпидемии чумы и других опасных болезней. Во многом такая защита основана на старых принципах английского права. Например, в Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте (правила Гаага- Висби) карантинные ограничения прямо указаны в качестве событий, освобождающих перевозчика

от ответственности. Практически в любом договоре морской перевозки перевозчик освобождается от ответственности перед фрахтователем, если неисполнение или задержка исполнения были вызваны эпидемиями или карантинными мерами.

Более того, еще в 2015 г., в качестве реакции на вспышку лихорадки Эболы и имевшую место десятью годами ранее вспышку атипичной пневмонии, BIMCO была разработана отдельная оговорка об инфекционных или заразных болезнях. Оговорка представляет собой достаточно развернутый и хорошо структурированный текст с определениями, занимающий примерно 1,5 страницы. Оговорка была принята в двух разных редакциях — для рейсовых чартеров и тайм-чартеров.

Наконец, сторона, ссылающаяся на форс-мажорное или иное особое обстоятельство, указанное в договоре, должна успешно пройти так называемый but for test (тест если «бы не»). Это тест на проверку причинно- следственной связи между чрезвычайным непредвиденным обстоятельством, на которое ссылается сторона, и событием неисполнения. Если коротко, то он сводится к ответу на вопрос: если бы не это обстоятельство, были ли обязательства выполнены стороной? Применительно к теме нашей статьи этот вопрос мог бы звучать, например, так: если бы не введенные карантинные меры, были бы товары поставлены (поставлены в указанный в договоре срок)?

Часто форс-мажорные или иные особые обстоятельства позволяют стороне лишь приостановить исполнение обязательства на период их действия, но не прекращают такое обязательство полностью. Поэтому для стороны, затронутой форс-мажорными обстоятельствами, важно полностью соблюсти порядок уведомления другой стороны о наступлении таких обстоятельств. В случае нарушения процедуры уведомления сторона, затронутая обстоятельствами форс-мажора может быть признана не имеющей права ссылаться на них, и соответственно защитный механизм концепции форс-мажора может не сработать.

**Недостижимость цели договора**

Концепцию форс-мажора или исключительных обстоятельств не следует путать с доктриной тщетности/недостижимости цели договора (frustration). Эта доктрина имеет достаточно долгую историю. Она нацелена на определение объективной возможности достижения цели договора, в том виде, в каком стороны видели ее изначально. Самым простым примером тщетности / недостижимости цели договора является безвозвратная потеря имущества, с которым напрямую связан договор (например, гибель зафрахтованного судна) по причинам, за которые стороны объективно не могут отвечать.

Нельзя исключить, что в определенных обстоятельствах, связанных с неблагоприятной эпидемиологической обстановкой, такие действия, как например закрытие предприятия поставщика или размещение на его территории карантинного госпиталя по постановлению властей, может стать основой для прекращения договора в силу его тщетности, особенно, если у поставщика нет альтернативной возможности исполнить обязательство (например, у поставщика нет другого завода- изготовителя).

Важным отличием концепции тщетности договора от форс-мажора (особых обстоятельств) является то, что тщетность «смотрит в будущее» и ее целью является прекращение договора, но не исключение ответственности за прошлое неисполнение.

**Затруднение**

Наконец, в контексте международных договоров также имеет смысл упомянуть третью концепцию — затруднение (hardship). Хорошим примером формулировки затруднения и комментариев к ней являются Принципы международных коммерческих договоров, разработанных УНИДРУА (далее — Принципы Унидруа). Они могут применяться к заключенным договорам если в договоре стороны согласились об их применении полностью или частично, или если в тексте договора содержатся те или иные формулировки или концепции Принципов Унидруа, либо если при рассмотрении возникшего спора

арбитраж счел, что они должны или могут применяться к нему.

Схожесть между затруднением и непреодолимой силой/форс-мажором (особыми обстоятельствами) очевидна. В частности, присутствуют временной критерий (возникновение событий после заключения договора), объективная невозможность учесть их при заключении и контролировать их. Но есть и несколько существенных отличий.

Во-первых, стороны имеют большую свободу в определении того, что может и что не может являться затруднением для каждой из них.

Во-вторых, сторона, ссылающаяся на затруднение, может лишь обратиться к другой стороне с просьбой пересмотреть договор, но не может приостановить исполнение, и соответственно, не освобождается от ответственности за неисполненное.

В-третьих, главным признаком затруднения является общеэкономический эффект — дисбаланс договора (изменения равновесия договорных обязательств). Соответственно, ссылка на затруднение не может применяться лишь когда исполнение затруднено, но не невозможно. В случае невозможности, очевидно должны применяться положения о форс-мажоре (особых обстоятельствах).

По меньшей мере, в одном затруднение сходно с тщетностью договора. Как и тщетность договора, затруднение «смотрит в будущее» и его целью является определение возможности изменить договор, но не исключить ответственность за прошлое неисполнение.

**Как защититься?**

Не вникая в обстоятельства дела и не анализируя заключенный договор, невозможно определить способы правовой защиты доступные соответствующей стороне договора в условиях, когда на исполнение в прошлом или будущем влияет, или может повлиять неблагоприятная эпидемиологическая обстановке в той или иной стране или ограничительные меры, введенные в ней.

При рассмотрении возможности правовой защиты и выборе оптимального инструментария желательно воспользоваться помощью опытных юристов и необходимо учитывать ряд важных факторов. Самым главным из них является право, выбранное сторонами для регулирования отношений между ними. Помимо этого, необходимо внимательно проанализировать степень влияния эпидемии/пандемии или ее последствий на стороны и исполнение ими договора, причинно- следственную связь между эпидемией/пандемией и неисполнением или возможным неисполнением, ожидаемое время негативного воздействия заболевания или ее последствий, возможность изменения алгоритма исполнения или предоставления альтернативного исполнения, и, конечно, готовность сторон к добросовестным переговорам.

Статья опубликована в LEGAL INSIGHT № 03 (89) 2020

Андрей Тарапов советник Dentons

НОВОСТИ КОМПАНИЙ СТАТЬИ