

УДК 33

DOI: 10.34670/AR.2022.27.51.063

Концепции изменения обстоятельств в международном торговом обороте: затруднения (hardship), фрустрация (frustration) и иные

Фишич Валерий Андреевич

Аспирант,
Московский государственный юридический университет
им. О.Е. Кутафина,
125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9;
e-mail: valfish@mail.ru

Аннотация

В настоящей статье приводится анализ основных концепций, применимых в ситуациях непредвиденного изменения обстоятельств как в странах англосаксонской правовой семьи, так и в странах романо-германской правовой семьи. С учетом актуальной судебной практики, связанной с пандемией COVID-19, автор рассматривает концепции затруднений (hardship), фрустрации (frustration), существенных неблагоприятных изменений (material adverse change), последующей незаконности исполнения договора (supervening illegality), коммерческой нецелесообразности (commercial impracticability). В условиях непредвиденных обстоятельств, с учетом практики разрешения споров, возникших в связи с пандемией COVID-19, наглядно продемонстрирована разница в подходе, применяемом в странах с различной правовой системой. Так, в странах романо-германской правовой семьи более распространено применение такой концепции, как затруднения, позволяющей сторонам путем переговоров адаптировать условия договора к изменившимся обстоятельствам, тем самым минимизировав убытки от возможного прекращения действия договора. Автор делает вывод об особой роли рассмотренных концепций при заключении международных договоров. Учитывая особенности и условия применения каждой из этих концепций, стороны включают соответствующие оговорки в договор, тем самым гарантируя исполнение обязательств обеими сторонами и долгосрочность действия договора.

Для цитирования в научных исследованиях

Фишич В.А. Концепции изменения обстоятельств в международном торговом обороте: затруднения (hardship), фрустрация (frustration) и иные // Вопросы российского и международного права. 2022. Том 12. № 8А. С. 459-466. DOI: 10.34670/AR.2022.27.51.063

Ключевые слова

Затруднения (hardship), фрустрация (frustration), существенные неблагоприятные изменения (material adverse change), последующая незаконность исполнения договора (supervening illegality), коммерческая нецелесообразность (commercial impracticability).

Введение

Стремительный рост экономической активности и глобального рынка оказали значительное влияние на договорное право. Если раньше международная торговля состояла в основном из импорта и экспорта товаров, в настоящее время она также включает в себя обмен услугами, передачу технологий, создание совместных предприятий для осуществления экономических операций. Это гораздо усложнило договорные отношения, повысив количество возможных рисков при исполнении тех или иных договоров. В связи с тем, что большинство таких договоров заключаются на длительный срок, особенно требуется постоянное сотрудничество между сторонами.

Основная часть

Американский профессор Макнейл описывает такие договоры как «реляционные» [Macneil, 1978, 854-901], которые составлены специальным образом, обеспечивающим возможность ведения переговоров между сторонами для преодоления различных ситуаций, осложняющих исполнение договора. В интересы сторон входит сохранение действия договора даже при нарушении экономического равновесия в результате непредвиденных событий, к примеру при затруднениях (*hardship*). Это можно достичь путем адаптации, при которой предотвращается досрочное расторжение договора, на исполнение которого, как правило, стороны расходуют значительное количество времени и ресурсов. Желание сохранить действие договора обуславливается рядом причин как политического, так и экономического характера. В качестве одной из причин можно выделить существование так называемых «каскадных» или «пирамидальных» договоров, которые распространены в сфере добычи сырой нефти или природного газа. В таких договорах предусмотрен ряд производственных этапов, таких как разведка месторождений ресурсов, добыча, перевозка, переработка и распределение, которые необходимы для производства конкретных ресурсов. И так как каждый из этих договоров связан друг с другом, полное или частичное прекращение действия одного из них неизбежно повлияет на действие других договоров, что повлечет за собой огромные убытки [Frignani, 1992, 327]. Важно понимать, что переговоры по заключению нового договора обычно длятся долго и могут включать в себя существенные расходы, особенно в сфере добычи полезных ископаемых, где не так просто заменить сторону договора. По вышеуказанным причинам в случае затруднений сторонам международного договора будет разумнее продолжить сотрудничество путем пересмотра условий договора и восстановления равновесия договорных обязательств [Sacco, De Nova, 1993, 686].

Порядок действий при затруднениях в разных странах неодинаков и не всегда отвечает потребностям развивающейся глобальной торговли. В странах англосаксонской правовой семьи или общего права по большей части не распространено освобождение стороны от исполнения обязательств или пересмотр договора при значительном удорожании исполнения такого договора, что обосновывается тем, что сторона договора могла заранее предвидеть все возможные риски и включить их в договор [Perillo, 1996]. Противоположная ситуация в таких странах романо-германской правовой семьи или гражданского права, как Германия и Италия, которые, в том числе в результате экономической нестабильности в XX в., посчитали необходимым принять в свое законодательство такие правовые концепции как *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (пер. с нем. «утрата основы сделки», раздел 313 Германского гражданского уложения) и *Eccessiva Onerosità Sopravvenuta* (пер. с ит. «возникновение чрезмерной нагрузки»,

статья 1467 Гражданского кодекса Италии), предусматривающие адаптацию или расторжение договора в случаях нарушения экономического равновесия сторон. Указанное различие между странами общего и гражданского права, однако, не говорит о том, что в последних обеспечивается куда лучшая защита сторон договора в случае затруднений, в связи с тем, что даже в странах, принадлежащих к одной правовой семье, подход может быть разным [Puelinckx, 1986, 47]. И даже в одной и той же стране может быть распространено несколько подходов к решению данной проблемы.

Страны общего и гражданского права имеют различный подход к концепциям форс-мажора, существенных неблагоприятных изменений (*material adverse change*), последующей незаконности исполнения договора (*supervening illegality*), фрустрации (*frustration*), затруднений и другим. Далее мы определим основные концепции, применимые как в странах общего, так и в странах гражданского права, а также выявим вопросы, с которыми столкнулось правовое сообщество на фоне пандемии COVID-19.

В отличие от форс-мажора фрустрация представляет собой признанную концепцию общего права, направленную на прекращение обязательств сторон по исполнению договора. Фрустрация применяется при возникновении обстоятельств, которые значительно изменяют возможность исполнения договора в соответствии с достигнутыми на момент заключения такого договора условиями. В английском праве определение фрустрации было дано Лордом Редклиффом в деле *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC*. Согласно определению фрустрация применяется в ситуациях, не связанных с дефолтом одной из сторон договора, когда исполнение обязательств по договору становится невозможным на условиях, к которым стороны пришли при заключении такого договора. Кратко суть фрустрации заключается в латинском выражении “*non haec in foedera veni*” (пер. с лат. «это не является тем, что я обещал сделать»). В обычном праве условием применения концепции фрустрации является не только невозможность предвидеть возникновение соответствующих обстоятельств. Одним из условий является также степень распределения риска возникновения соответствующего события между сторонами договора. Последствием фрустрации является автоматическое прекращение договора, что влечет прекращение обязательств сторон без возникновения ответственности за их неисполнение. Важно отметить, что финансовые последствия прекращения такого договора будут регулироваться, в том числе, положениями закона о реституции (в частности, в Англии будут применяться положения *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*). Учитывая значительный характер последствий фрустрации английские суды крайне осторожно применяют данную концепцию, аналогично поступают суды и в иных юрисдикциях. Так, в штате Нью-Йорк, в котором применяются такие концепции общего права как концепция невозможности исполнения (*doctrine of impossibility*) и фрустрации цели договора (*frustration of purpose*), суды также ограничивают применение фрустрации наличием условия возникновения «катастрофических событий». В рассмотренных выше случаях фрустрация применяется при отсутствии возможности каким-либо способом исполнить предмет договора на достигнутых условиях или же когда в результате возникновения непредвиденных событий утерян коммерческий интерес сторон в дальнейшем исполнении договора. Однако при возникновении задержек в поставках товаров, например при ограничениях, вызванных пандемией COVID-19, когда у стороны договора все же остается возможность распределять имеющиеся ресурсы для выполнения части обязательств, фрустрация применяться не будет.

Однако даже учитывая общий признак «радикальной перемены обстоятельств», на практике фрустрация не применяется в случае возникновения затруднений. В деле *Viscount Simon in British Movietonews Ltd v London and District Cinemas Ltd*. был сделан вывод, что неожиданно

высокий рост цен, девальвация или иные осложнения исполнения договора не влияют на действие самого соглашения между сторонами. В данном деле была применена фрустрация не по причине чрезмерно обременительного исполнения, а в связи с тем, что возникшие события изменили сам характер и способ исполнения договора, о чем стороны не договаривались.

Приведенный выше вывод нашел свое подтверждение в так называемых делах о Суэцком канале, которые рассматривались после закрытия Суэцкого канала в результате Арабо-Израильской войны 1973 г. Следствием закрытия канала стало существенное повышение расходов на торговое мореплавание, вследствие того, что кораблям пришлось оплывать южные берега Африки, однако суд не применил фрустрацию, посчитав что указанные обстоятельства не повлияли в значительной степени на возможность исполнения обязательств по заключенным договорам. Единственным делом из этой серии, в котором суд все-таки применил фрустрацию, стало дело *Société Franco Tunisienne d'Armement v Sidermar SpA*, в котором суд ссылаясь на условие договора, по которому обязательство по поставке товаров должно исполняться через Суэцкий канал.

Фрустрация может применяться также в случае, если исполнение договора стало противоречить закону (*supervening illegality*). Однако при этом необходимо доказать, что возникший запрет действительно помешал стороне исполнить взятые на себя обязательства на согласованных договором условиях, особенно при временных запретах. Так, во время вспышки атипичной пневмонии (SARS) в Гонконге суды определили, что временный запрет правительства на посещение арендаторами снимаемых квартир, действующий в течение 10 дней, не является достаточным основанием, чтобы применить фрустрацию в отношении долгосрочных договоров аренды. Аналогично и во время пандемии COVID-19 возникает вопрос о том, что является достаточным основанием для фрустрации, необходим ли полный запрет той или иной деятельности? В английском праве ведутся обширные дебаты по вопросу того, по какому праву определяется запрет исполнения договора – по применимому к договору или непосредственно по праву места исполнения договора. Это может быть крайне важным в условиях пандемии, т.к. в различных юрисдикциях в отношении физических и юридических лиц могут устанавливаться разные запреты и ограничения. По общему правилу, исполнение не может быть осуществлено, если оно противоречит законам места такого исполнения. Во время таких чрезвычайных ситуаций, как пандемия, власти могут издавать инструкции и заявления различного юридического характера о текущем порядке действий по исполнению договоров. Так, в Испании во время вспышки атипичной пневмонии стороны ссылались на правительственные инструкции при включении в договор условий о форс-мажоре. Во время COVID-19 государства также издают различные акты о чрезвычайных мерах, направленных на поддержание исполнимости обязательств по тем или иным видам договоров, в особенности с участием потребителей.

Фрустрация, как концепция общего права, согласно которой изменение обстоятельств само по себе не является поводом к расторжению договора, отличается от подхода, применимого в таких странах гражданского права, как Германия, Франция или Нидерланды, где суд в таком случае прекращает действие договора, но только если не удастся осуществить адаптацию условий договора к изменившимся обстоятельствам. Благодаря более широкому применению и возможностям такой подход является наиболее практичным в различных чрезвычайных ситуациях, к примеру, во время пандемии COVID-19. Например, статья 1195 Гражданского кодекса Франции содержит положение о затруднениях (*imprévision*), позволяющее стороне договора в случае чрезмерного обременения исполнения потребовать проведение переговоров с другой стороной по пересмотру условий такого договора. Эта статья гарантирует такое право

даже в случае отсутствия соответствующей оговорки в договоре. В случае отказа от переговоров или их прекращения стороны могут по соглашению расторгнуть такой договор или направить заявление в суд на изменение условий договора. В случае отсутствия согласия между сторонами заявление в суд может направить любая из сторон, потребовав проведение адаптации или расторжение договора. Похожие положения можно найти в законодательстве многих других стран романо-германской правовой семьи.

Статья 6:258 Гражданского кодекса Нидерландов позволяет любой из сторон попросить суд изменить условия договора или расторгнуть его, кроме случаев, когда сторона, не исполнившая обязательство в результате изменения обстоятельств, ответственна за это по договору. Раздел 313 Германского гражданского уложения также дает право осуществить адаптацию в случае нарушения договорного равновесия сторон вследствие таких «социальных потрясений», как война, революция, гиперинфляция. Однако данное правило не применяется в случае, если соответствующий риск был принят стороной договора. В случае применения данной нормы другая сторона обязана осуществлять содействие в адаптации договора.

Интересным представляет также случай применения доктрины *clausula rebus sic stantibus*, согласно которой договор остается в силе до тех пор, пока остаются неизменными обстоятельства, обусловившие его заключение и действие. Перемена таких обстоятельств служит обоснованием правомерности отказа от дальнейшего исполнения договора как полностью, так и в части. Испанский суд применил данную доктрину на практике в следующем деле. Крупная группа сталелитейных производителей обратилась в суд с заявлением о запрете банкам применить условие кредитного соглашения о немедленной выплате огромного кредита. Судьи установили, что платежеспособность заемщиков высчитывалась исходя из показателей осуществления деятельности в обычных условиях функционирования рынка. Суд сослался на действующую пандемию COVID-19, в результате которой произошел спад как производства, так и спроса. Как итог, суд постановил применить доктрину *clausula rebus sic stantibus* как необходимую меру в условиях экономического кризиса. Схожий подход прослеживается и в Китае. Закон КНР «О договорах» 1999 г. также устанавливает право сторон направить заявление в суд об изменении или расторжении договора при изменениях обстоятельств, делающих дальнейшее исполнение договора попросту несправедливым. Во время вспышки атипичной пневмонии в 2003 г. Верховный народный суд Китая постановил, что дела, связанные с влиянием данной вспышки на исполнение договоров, должны быть разрешены при соблюдении принципа справедливости со ссылкой на форс-мажор.

Концепция коммерческой нецелесообразности (*commercial impracticability*) впервые была применена в 1916 г. в деле *Mineral Park Land Company v P.A. Howard*. По соглашению с истцом ответчик вывозил гравий и землю с земли истца на место строительства моста. Однако в определенный момент работы пришлось остановить, т.к. оставшиеся залежи гравия и земли находились под водой, в связи с чем стоимость работ значительно бы возросла. Суд вынес решение в пользу ответчика, указав на нецелесообразность дальнейшего исполнения договора ответчиком в связи со значительным удорожанием работ. В 1932 г. данный принцип нецелесообразности был включен в статью 451 Переиздания (первого) Закона США о договорах, а впоследствии и в статью 281 Переиздания (второго) Закона США о договорах 1981 г., согласно которой принцип нецелесообразности может быть применен в случаях чрезвычайного роста цен, крайне осложняющего дальнейшее исполнение договора.

Раздел 2-615 Единого Торгового кодекса США также содержит получившую широкое распространение концепцию коммерческой нецелесообразности. Продавец может быть освобожден от ответственности за задержку или непоставку товаров в случае, если исполнение

обязательства стало нецелесообразным ввиду обстоятельств, непредвиденных сторонами на момент заключения договора, или по причине добросовестного исполнения подлежащего применению иностранного или внутреннего закона или распоряжения. Согласно официальному комментарию к данной статье под действие рассматриваемого раздела также подходят случаи острой нехватки сырья или материалов, возникшие по причине войны, эмбарго, неурожая, непредвиденного закрытия основных источников снабжения и иных подобных событий, влекущих заметный рост цен или невозможность продавцу обеспечить соответствующие поставки.

Концепция существенных неблагоприятных изменений (*material adverse change*) включает оговорки о ситуациях, в которых, например, сторона договора объявляет дефолт исполнения обязательств, отказывается от финансирования или выходит из сделки по причине отсутствия у другой стороны возможности исполнения обязательств в связи с резким ухудшением финансового состояния. Такие оговорки обычно встречаются в финансовой или корпоративной сфере, однако лишь в редких случаях они являются предметом рассмотрения в суде. Это может быть связано с тем, что некорректное применение такой оговорки несет за собой серьезные репутационные и юридические последствия, в том числе в связи с нарушением прав другой стороны. Однако учитывая огромное экономическое влияние пандемии COVID-19 применимость таких оговорок увеличилась.

Применение данных оговорок будет зависеть от содержащихся в них условий, в частности, последствия пандемии COVID-19 могут быть прямо включены или исключены из действия оговорки. В деле *Grupo Hotelero Urvasco S.A. v Carey Value Added S.L.* при рассмотрении кредитного соглашения английский суд установил общее правило, по которому ухудшение финансового состояния будет считаться существенным, если оно значительно влияет на способность заемщика исполнять свои обязательства в течение длительного времени и при этом кредитор не знал о возможности наступления соответствующих событий на момент заключения соглашения. Данный подход применяется и в прецедентной практике США. При рассмотрении сделки слияния и поглощения в деле *IBP Inc v Tyson Foods Inc* суд дал толкование оговорки существенных неблагоприятных изменений, согласно которой оговорка представляет собой меру поддержки, защищающую приобретателя от возникновения непредвиденных событий, которые могут повлиять на ожидаемые доходы от объекта приобретения в долгосрочной перспективе.

В период пандемии COVID-19 возникли вопросы о том может ли данная оговорка применяться, если экономические последствия пандемии были ожидаемы для сторон, однако столкнулись стороны с такими последствиями гораздо позже (например, когда наступил срок погашения кредита). В данных случаях внимательному изучению подлежит содержание таких оговорок в каждом из договоров. В ряде судов уже рассматриваются крупные иски, связанные со сделками слияния и поглощения, в которых покупатель стремится выйти из сделки вследствие наступления пандемии.

В непростые времена закон должен обеспечивать прочную, практичную и понятную основу для разрешения споров и внушать участникам рынка уверенность, необходимую для дальнейшего экономического восстановления. Ситуации, когда лишь одна сторона договора получает прибыль с исполнения своих обязательств, не будут являться двигателем мировой торговли, в связи с чем крайне важно подходить со всем вниманием к оценке возможных рисков, заложив соответствующие положения в заключаемом договоре.

Заключение

Учитывая изложенное, закон должен поддерживать соглашения, к которым стороны приходят во время переговоров, с целью продолжения дальнейшего исполнения договоров, которые были затронуты чрезвычайными обстоятельствами, к примеру, пандемией COVID-19. Иногда сторонам действительно стоит взять своего рода передышку и обсудить дальнейший план действий с целью минимизации возможных убытков. Суды должны способствовать стремлению сторон к продолжению исполнения обязательств. Точно также суды должны придерживаться принципа справедливости в случае расторжения договоров вследствие дальнейшей невозможности их исполнения. При не достижении сторонами соглашения в процессе переговоров суд должен быть внимательным и не допустить в результате расторжения договора нарушения чьих-либо прав.

Библиография

1. British Movietonews Ltd v London and District Cinemas Ltd [1952] AC 166.
2. Davis Contractors Ltd v Fareham UDC [1956] AC 696.
3. Frignani A. Le clause di hardship // Inadempimento, Adattamento, Arbitrato. Patologie dei Contratti e Rimedi. Milan: Egea, 1992. 575 p.
4. Grupo Hotelero Urvasco S.A. v Carey Value Added S.L. [2013] EWHC 1039 (Comm).
5. IBP Inc v Tyson Foods Inc 789 A2d 14 (Del Ch 2001).
6. Li Ching Wing v Xuan Yi Xiong [2004] 1 HKLRD 754.
7. Macneil I.R. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law // Northwestern University Law Review. 1978. 72.
8. Mineral Park Land Company v P.A. Howard, 172 Cal 289 (1916).
9. Notice of the Supreme People's Court on Effectively Conducting Trial and Execution Work according to Law During the Period of Prevention and Control of Contagious Severe Acute Respiratory Syndrome (effective from June 11, 2003 to April 18, 2013), Fa [2003] No. 72.
10. Perillo J.M. Hardship and its impact on contractual obligations: a comparative analysis. Roma, 1996. 14 p.
11. Puelinckx A.H. Frustration, hardship, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, changed circumstances // Journal of International Arbitration. 1986. 3 (2).
12. Restatement (First) of Contracts s 454 (1932).
13. Roj: AJPI 13/2020 - ECLI: ES: JPI: 2020: 13A (30 April 2020).
14. Sacco R. Il Contratto. Turin: Utet, 1993. 750 p.
15. Société Franco Tunisienne d'Armement v Sidermar SpA [1961] 2 QB 278.
16. U.S. v. Gen. Douglas MacArthur Senior Village, Inc., 508 F.2d 377, 381 (2d Cir. 1974).

Concepts of changing circumstances in the international trade turnover: hardship, frustration and others

Valerii A. Fishich

Postgraduate,
Moscow State Law University named after O.E. Kutafin,
125993, 9, Sadovaya-Kudrinskaya str., Moscow, Russian Federation;
e-mail: valfish@mail.ru

Abstract

The rapid growth of economic activity and the global market have had a significant impact on contract law. This article provides an analysis of the main concepts applicable in situations of

unforeseen change of circumstances both in the countries of the Anglo-Saxon legal family and in the countries of the Romano-Germanic legal family. Considering the current judicial practice related to the COVID-19 pandemic, the author analyses the concepts of hardship, frustration, material adverse change, supervening illegality, commercial impracticability. Under unforeseen circumstances, given the practice of dispute resolution arising from the COVID-19 pandemic, the difference in approach taken in countries with different legal systems has been clearly demonstrated. Thus, in the countries of the Romano-Germanic legal family, the use of such a concept as hardship is more prevalent, allowing the parties through negotiations to adapt the terms of the contract to changed circumstances, thereby minimizing losses from the possible termination of the contract. The author makes a conclusion about the special role of the considered concepts in the conclusion of international contracts. Considering the peculiarities and conditions of application of each of these concepts, the parties include appropriate clauses in the contract, thereby guaranteeing the fulfilment of obligations by both parties and the long-term validity of the contract.

For citation

Fishich V.A. (2022) Kontseptsii izmeneniya obstoyatel'stv v mezhdunarodnom torgovom oborote: zatrudneniya (hardship), frustratsiya (frustration) i inye [Concepts of changing circumstances in the international trade turnover: hardship, frustration and others]. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* [Matters of Russian and International Law], 12 (8A), pp. 459-466. DOI: 10.34670/AR.2022.27.51.063

Keywords

Hardship, frustration, material adverse change, supervening illegality, commercial impracticability.

References

1. British Movietonews Ltd v London and District Cinemas Ltd [1952] AC 166.
2. Davis Contractors Ltd v Fareham UDC [1956] AC 696.
3. Frignani A. (1992) Le clausole di hardship. In: Inadempimento, Adattamento, Arbitrato. *Patologie dei Contratti e Rimedi*. Milan: Egea.
4. Grupo Hotelero Urvasco S.A. v Carey Value Added S.L. [2013] EWHC 1039 (Comm).
5. IBP Inc v Tyson Foods Inc 789 A2d 14 (Del Ch 2001).
6. Li Ching Wing v Xuan Yi Xiong [2004] 1 HKLRD 754.
7. Macneil I.R. (1978) Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, 72.
8. Mineral Park Land Company v P.A. Howard, 172 Cal 289 (1916).
9. Notice of the Supreme People's Court on Effectively Conducting Trial and Execution Work according to Law During the Period of Prevention and Control of Contagious Severe Acute Respiratory Syndrome (effective from June 11, 2003 to April 18, 2013), Fa [2003] No. 72.
10. Perillo J.M. (1996) Hardship and its impact on contractual obligations: a comparative analysis. Roma.
11. Puelinckx A.H. (1986) Frustration, hardship, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, changed circumstances. *Journal of International Arbitration*, 3 (2).
12. Restatement (First) of Contracts s 454 (1932).
13. Roj: AJPI 13/2020 - ECLI: ES: JPI: 2020: 13A (30 April 2020).
14. Sacco R. (1993) *Il Contratto*. Turin: Utet.
15. Société Franco Tunisienne d'Armement v Sidermar SpA [1961] 2 QB 278.
16. U.S. v. Gen. Douglas MacArthur Senior Village, Inc., 508 F.2d 377, 381 (2d Cir. 1974).