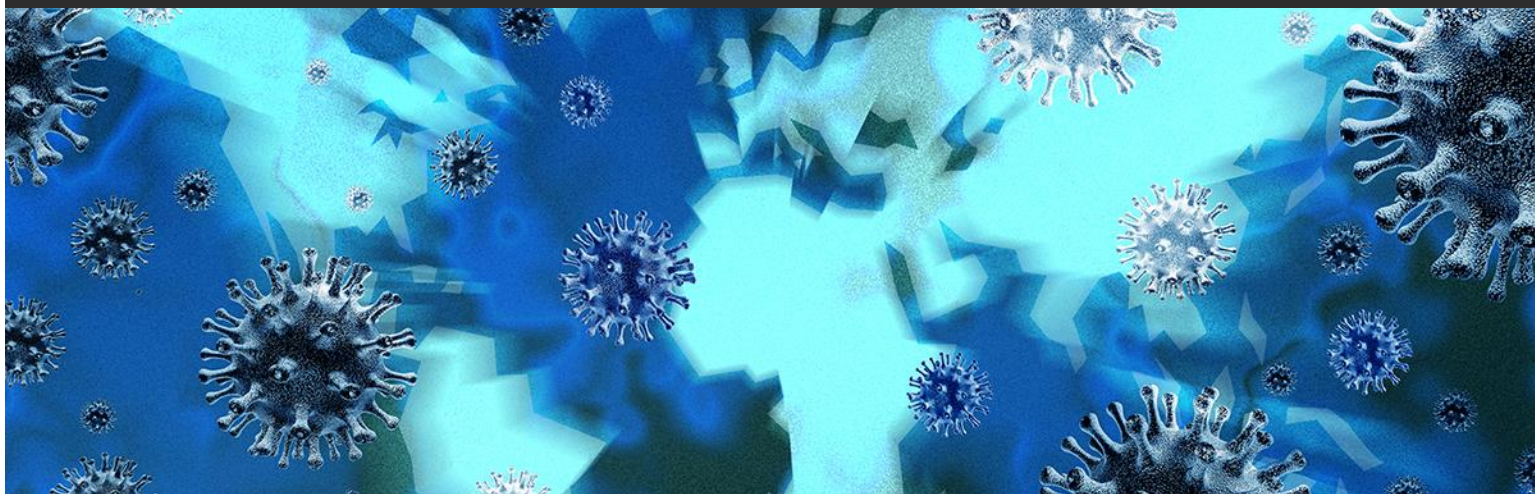


**Alert | Health Emergency Preparedness Task Force:
Koronawirus; COVID-2019**



Marzec 2020

Koronawirus. Wpływ na funkcjonowanie umów dotyczących finansowania, połączeń i przejęć przedsiębiorstw (M&A) w Polsce

Pandemia COVID-19 obejmuje już praktycznie cały świat. Jej efekty odczuwają także firmy i rynki finansowe. Przerwy w łańcuchach dostaw dotyczą przedsiębiorstw na całym świecie a niepokój i ograniczenia podróży wyhamowują wydatki konsumpcyjne. Wiele firm zaczęło ostrzegać rynki o negatywnym wpływie, jaki pandemia COVID-19 będzie miała na ich wyniki i kondycję finansową. W tej sytuacji strony umów dotyczących finansowania, połączeń i przejęć przedsiębiorstw zmuszone są rozważyć zastosowanie klauzul dotyczących występowania istotny niekorzystny wpływ (MAE z ang. *material adverse effect*). MAE nie są jednak jedynym prawnym środkiem naprawczym mogącym mieć zastosowanie w tych nadzwyczajnych okolicznościach. Niezależnie od zapisów umownych, w polskim systemie prawnym funkcjonują dwie doktryny mogące mieć dziś zastosowanie: *rebus sic stantibus* i siły wyższej. Omówimy je w skrócie poniżej.

Zasady MAE

W skrócie, w typowej umowie dotyczącej finansowania, połączenia lub przejęcia przedsiębiorstwa w Polsce MAE może odgrywać jedną z kilku ról. W transakcjach finansowania klauzule MAE stanowią zazwyczaj wyzwalacz procedur mających zastosowanie w przypadku naruszenia. Wystąpienie MAE może uprawniać kredytodawcę do zawieszenia finansowania lub postawienia niespłaconego kredytu w stan natychmiastowej wymagalności. Kredytodawcy często stosują podobną koncepcję (odwołującą się do

zdarzenia stanowiącego „zaburzeniem”, z ang. disruption), która pozwala kredytodawcy zaprzestać finansowania kiedy na rynkach finansowych, których funkcjonowanie jest niezbędne do dokonywania płatności zachodzą znaczące zaburzenia nie będące skutkiem działania stron umowy kredytu i będące poza ich kontrolą. W transakcjach połączeń i zakupów przedsiębiorstw (M&A) klauzule MAE były zwykle używane w celu umożliwienia kupującemu uchylecia się od wykonania transakcji jeśli przejmowane przedsiębiorstwo znalazło się pod istotnym niekorzystnym wpływem określonych czynników.

Klauzula MAE włączana do umowy jest zwykle przedmiotem intensywnej negocjacji i może przybierać różne kształty. Zazwyczaj jednak określa ona zdarzenia która mają lub mogą, w uzasadnionej ocenie, mieć istotny niekorzystny wpływ na (a) przedsiębiorstwo, działalność, majątek, kondycję (finansową lub inną) lub perspektywy strony, (b) zdolność strony do wykonywania swoich obowiązków wynikających z umowy lub (c) ważność, egzekwowalność, skuteczność lub stopień pierwszeństwa zabezpieczenia ustanowionego przez stronę.

Szczególony charakter MAE leży w tym, że strony zazwyczaj nie określają progów kwotowego ani innych obiektywnych kryteriów uznania określonego wpływu za istotny. Ostatecznie więc to sąd decyduje, czy istotny niekorzystny wpływ miał miejsce. W polskiej rzeczywistości jednak, pozostawienie oceny sądowi może być jedną z największych wad tego rozwiązania. Klauzule MAE przeniesione zostały do umów zawieranych pod polskim prawem z wzorów stosowanych w systemach prawnych Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii, gdzie sposób interpretacji klauzul MAE jest w znacznym stopniu utrwalony, choć nie aż tak szczegółowo, jak mogło by się wydawać i bez pandemii w podtekście. Zasadniczo, MAE obejmują zdarzenia, które stanowią zasadnicze zagrożenie dla całkowitego potencjału generowania dochodów przez stronę przez znaczący okres czasu. Tymczasowe czy przejściowe okoliczności nie kwalifikują się jako MAE.

Czy COVID-19 stanowi MAE

Przesłanki uznania zdarzenia za MAE są bardzo wąskie. Amerykańskie i brytyjskie sądy nieczęsto orzekają na korzyść strony powołującej się na MAE. W tej chwili trudno ocenić długotrwałość wpływu COVID-19. Niektórzy przedstawiciele amerykańskiej i brytyjskiej doktryny prawnej sugerują, że trwająca epidemia raczej nie powinna stać zdarzeniem wywołującym istotny niekorzystny wpływ w rozumieniu typowej klauzuli MAE. Choć można zgodzić się, że ekstremalne i bezprecedensowe działania, takie jak zamknięcie granic czy przestoje przedsiębiorstw mogą wywierać długotrwałe skutki wywołujące istotny niekorzystny wpływ na wykonywanie umów gospodarczych, to dopiero czas pokaże, czy banki będą uznawać pogorszenie sytuacji wynikające z efektów COVID-19 za powód do postawienia kredytu w stan wymagalności (lub czy rządy podejmą działania w celu wykluczenia takiej możliwości), a kupujący będą starali się powoływać na klauzule MAE dla uniknięcia realizacji przejęć przedsiębiorstw.

Według naszej najlepszej wiedzy w Polsce nie miał jeszcze miejsca żaden spór sądowy dotyczący zastosowania klauzuli MAE w kontekście finansowania czy transakcji M&A, a z pewnością żaden z pandemią w tle. Jaki byłby wynik takiego sporu w braku znaczącego dorobku doktryny? Trudno to jednoznacznie rozstrzygnąć. Z jednej strony można racjonalnie przyjąć, że strony stosujące w Polsce klauzulę MAE pragną nadać jej podobne znaczenie do obowiązującego w systemie prawnym, z którego pochodzi (czyli ostatecznego „wyzwalacza” środków naprawczych). Z drugiej strony, polskie sądy nie dysponujące znajomością zagranicznej doktryny mogą zacząć powoływać biegłych i tworzyć własne interpretacje, niekoniecznie zbieżne z celami przyświecającymi stronom przy uzgadnianiu klauzuli.

Co najważniejsze, każde zastosowanie klauzuli MAE ma charakter indywidualny, dlatego w każdym przypadku konieczne jest uwzględnienie precyzyjnego sformułowania danej klauzuli oraz stanu faktycznego, w którym znalazła się strona. Na taką analizę wpływać mogą również reakcje rządów i

uwarunkowania regulacyjne, takie jak deklaracje podjęcia szczególnych działań lub uchwalenia ustaw kryzysowych.

Na koniec, choć klauzule MAE są powszechnie stosowane w umowach dotyczących finansowania, przejęć i zakupów przedsiębiorstw, to z opisanych wyżej powodów strony nieczęsto je egzekwują. Typowa umowa zawiera bowiem wiele innych postanowień, takich jak zobowiązania o charakterze finansowym, szczególnie zapewnienia dotyczące działalności i terminowego regulowania płatności itp., które zostaną uruchomione w przypadku narastających problemów. Stronom może być o wiele łatwiej dochodzić swoich uprawnień na podstawie tych bardziej przejrzystych i obiektywnych kryteriów, niż powoływać się na MAE.

Rebus sic stantibus i siła wyższa

Niezależnie od tego, czy nasza umowa zawiera klauzulę MAE, doktryny *rebus sic stantibus* i siły wyższej mogą wpływać na zobowiązania umowne i powinny być brane pod uwagę przez przedsiębiorcę starającego się zrozumieć wpływ epidemii COVID-19 na zawarte przez niego umowy.

Rebus sic stantibus to zasada pozwalająca na modyfikację warunków umowy w przypadku znaczącej zmiany warunków i okoliczności względem tych, w których umowa została pierwotnie zawarta. Można się na nią powołać, jeśli spełnione są następujące przesłanki: (i) wystąpiły nadzwyczajne okoliczności, (ii) zawierając umowę strony nie spodziewały się wystąpienia tych okoliczności, (iii) wykonywanie umowy wiązałoby się z nadmiernymi ciężarami lub poniesieniem istotnych strat przez stronę i (iv) pomiędzy przesłankami z pkt. (i) i (iii) zachodzi związek przyczynowo-skutkowy. Jeśli wszystkie te przesłanki są spełnione, sąd może, uwzględniając interesy stron i zasady współżycia społecznego, zmodyfikować sposób wykonywania obowiązków wynikających z umowy, wielkość wynagrodzenia lub nawet rozwiązać umowę. Umowy często wykluczają lub modyfikują możliwość stosowania środków prawnych opartych na doktrynie *rebus sic stantibus*.

Ponieważ klauzule MAE są powszechne w umowach finansowania i występują niekiedy w umowach M&A, umowy takie zazwyczaj nie zawierają klauzul dotyczących działania siły wyższej spotykanych często w różnego rodzaju umowach gospodarczych (tzn. pozwalających stronom na „wyjście” z umowy w nadzwyczajnych okolicznościach). Niemniej, prawna doktryna siły wyższej (a nie umowna klauzula jej dotycząca) może służyć do ograniczania odpowiedzialności strony wykonującej zobowiązania. Siła wyższa nie jest w polskim prawie definiowana ustawowo, jednak przyjmuje się, że stanowi ona zdarzenie (i) niezależne od stron, (ii) nieprzewidywalne i (iii) nieuniknione. Często przywoływanymi przykładami siły wyższej są działania rządów, niepokoje społeczne, klęski żywiołowe. Generalnie, zgodnie z polskim prawem dłużnik odpowiada za naruszenie umowy o ile naruszenie to nie wynika z okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Powołanie się na działanie siły wyższej może pozwolić dowieść, że strona zobowiązana do świadczenia nie ponosi odpowiedzialności za jego wykonanie, a zatem nie powinna odpowiadać za szkody wynikające z jego niewykonania lub nieprawidłowego wykonania.

Naturalnie możliwość zastosowania doktryny *rebus sic stantibus* lub siły wyższej w związku z epidemią COVID-19 musi zostać ustalona dla każdego przypadku indywidualnie.

Wnioski

Niezależnie od obecności klauzul MAE, przedsiębiorstwa mocno odczuwają skutki rozprzestrzeniającej się epidemii. Planowanie sposobów radzenia sobie z jej skutkami jest niezbędne. Jak w skrócie opisaliśmy powyżej, obok MAE istnieją zbliżone zasady umowne, regulacje i doktryny prawne, które mogą zmieniać sposób wykonywania umów w nadzwyczajnych okolicznościach (tzn. *rebus sic stantibus* i siła wyższa).

Przedsiębiorcy powinni już teraz zacząć aktywnie rozważać kwestie związane ze swoimi umowami, zasięgać doradztwa prawnego i kontaktować się z kontrahentami.

Niniejszy Alert GT dotyczy spraw i porządków prawnych poza USA.

Dalsze informacje i aktualizacje dotyczące rozwoju sytuacji można znaleźć na stronie służby kryzysowej GT: [GT's Health Emergency Preparedness Task Force: Coronavirus Disease 2019](#).

Autorzy:

Niniejszy Alert GT został przygotowany przez **Aleksandra Janiszewskiego** i **Stephena J. Horvatha III**[‡].

[‡]bez prawniczych uprawnień zawodowych w Anglii i Walii.

Albany. Amsterdam. Atlanta. Austin. Boca Raton. Boston. Chicago. Dallas. Delaware. Denver. Fort Lauderdale. Germany.~ Houston. Las Vegas. London.* Los Angeles. Mexico City.+ Miami. Milan.* Minneapolis. Nashville. New Jersey. New York. Northern Virginia. Orange County. Orlando. Philadelphia. Phoenix. Sacramento. San Francisco. Seoul.∞ Shanghai. Silicon Valley. Tallahassee. Tampa. Tel Aviv.^ Tokyo.* Warsaw.~ Washington, D.C.. West Palm Beach. Westchester County.

*Niniejszy Alert Greenberg Traurig został wydany wyłącznie w celach informacyjnych. Nie należy go wykorzystywać ani interpretować jako porady prawnej lub zachęty do jakichkolwiek działań. W kwestii aktualności danych zawartych w niniejszym dokumencie prosimy o kontaktowanie się ze swoim prawnikiem prowadzącym w Greenberg Traurig. Zatrudnienie doradcy prawnego do ważna decyzja. Przed jej podjęciem poproś prawnika o pisemną informację o jego kwalifikacjach i doświadczeniu. Greenberg Traurig to znak usługowy i nazwa handlowa Greenberg Traurig, LLP i Greenberg Traurig, P.A. ~Biuro Greenberg Traurig w Berlinie prowadzi Greenberg Traurig Germany, spółka stowarzyszona z Greenberg Traurig, P.A. i Greenberg Traurig, LLP. *Działa jako oddzielny podmiot prawny zarejestrowany w Wielkiej Brytanii. +Biuro Greenberg Traurig w Meksyku prowadzone jest przez Greenberg Traurig, S.C., spółkę stowarzyszoną z Greenberg Traurig, P.A. and Greenberg Traurig, LLP. »Biuro Greenberg Traurig w Mediolanie prowadzone jest przez Greenberg Traurig Santa Maria, spółkę stowarzyszoną z Greenberg Traurig, P.A. i Greenberg Traurig, LLP. ∞Działa jako zagraniczne biuro doradcze Greenberg Traurig LLP. ^Biuro Greenberg Traurig w Tel Awiwie jest oddziałem Greenberg Traurig, P.A., Florida, USA. #Biuro Greenberg Traurig w Tokio jest prowadzone przez GT Tokyo Horitsu Jimusho, spółkę stowarzyszoną z Greenberg Traurig, P.A. i Greenberg Traurig, LLP. ~Biuro Greenberg Traurig w Warszawie jest prowadzone przez Greenberg Traurig Grzesiak sp.k., spółkę stowarzyszoną z Greenberg Traurig, P.A. i Greenberg Traurig, LLP. Niektórzy partnerzy Greenberg Traurig Grzesiak sp.k. są także współnikami Greenberg Traurig, P.A. Ilustracje w niniejszym dokumencie nie przedstawiają prawników, klientów, pracowników ani biur Greenberg Traurig. Żaden aspekt niniejszego dokumentu nie został zatwierdzony przez Sąd Najwyższy New Jersey. ©2020 Greenberg Traurig, LLP. Wszystkie prawa zastrzeżone.*