

ЯВЛЯЕТСЯ ЛИ ФОРС-МАЖОРОМ САМА ЭПИДЕМИЯ ИЛИ ЕЁ ПОСЛЕДСТВИЯ?

IS IT THE EPIDEMIC ITSELF OR ITS OUTCOMES THAT MAKE A FORCE MAJEURE?

Петербургский Международный Юридический Форум 9 ½: Законы коронавируса
11 апреля 2020 года

St. Petersburg International Legal Forum 9 ½: Rule of Corona
April 11, 2020

ОГЛАВЛЕНИЕ

Организатор	3
Предисловие	4
<hr/>	
Приветственное слово	
Виктория Манько	6
<hr/>	
Модератор	
Антон Иванов. Коронавирус и непреодолимая сила в России	10
<hr/>	
Спикеры	
Энрико Дель Прато. Коронавирус, стихийные бедствия, форс-мажор, «оговорки о затруднительных обстоятельствах», исполнение и неисполнение	18
Ян Льюис. Форс-мажор и китайская специфика	31
Флориан Хайндлер. COVID-19 как обстоятельство непреодолимой силы и частное право Австрии	38

TABLE OF CONTENTS

Organizer	3
Foreword	5
<hr/>	
Welcoming Remarks	
Victoria Manko	8
<hr/>	
Moderator	
Anton Ivanov. COVID-19 and Force Majeure in Russia	14
<hr/>	
Speakers	
Enrico del Prato. COVID-19, Act of God, Force Majeure, “Hardship Clauses”, Performance and Nonperformance	25
Ian K. Lewis. Force Majeure with Chinese Characteristics	35
Florian Heindler. COVID-19 as Act of God and Private Law Regulation in Austria	41





INTERNATIONAL
AND COMPARATIVE
LAW RESEARCH
CENTER

ОРГАНИЗАТОР

Центр международных и сравнительно-правовых исследований – российский некоммерческий неправительственный *think tank*, который проводит исследования по вопросам международного публичного и частного права, а также сравнительного правоведения, имеющим стратегическое значение для Российской Федерации и российских компаний.

В рамках реализации проектов Центр создаёт платформу для обсуждения между всеми заинтересованными сторонами, включая государственные органы и бизнес. Центр оказывает экспертную поддержку российским делегациям в международных организациях (ISA, UNIDROIT и др.), в качестве наблюдателя принимает участие в работе UNCITRAL. Как некоммерческая организация Центр регулярно проводит мероприятия в различных форматах для открытого обсуждения актуальных вопросов с экспертным сообществом, государственными органами и бизнесом, а также практико-ориентированные семинары.

Центр также реализует проекты, направленные на популяризацию изучения международного права, в том числе ежегодную премию «Международное право в XXI веке», Летнюю Школу по международному публичному праву. Постоянно пополняемая библиотека Центра предоставляет доступ к печатным изданиям и информационным ресурсам по международному публичному, частному праву и сравнительному правоведению на различных языках.

ORGANIZER

The International and Comparative Law Research Center is a Russian non-profit non-governmental think tank that conducts research on various issues of public and private international law as well as comparative law that are strategically important for the Russian Federation and Russian business.

Within the framework of different projects, the Center creates a platform for negotiation between all participating stakeholders, including government and business entities. The Center provides expert support to the Russian delegations to the international organizations (ISA, UNIDROIT, etc.), it takes part in the work of UNCITRAL as an observer. As an independent organization, the Center regularly holds events in various formats for open discussion of relevant topics with the expert community, public authorities, business, as well as practice-oriented seminars and workshops.

The Center also implements projects aimed at promoting the study of international law, including the annual International Law in the XXI Century Award and the Summer School on Public International Law. The Center's constantly replenished Library provides access to printed publications and online resources on public and private international law, as well as comparative law in different languages.

Кадашёвская набережная, д.14, к.3, г. Москва, Россия, 119017
14 bldg. 3 Kadashevskaya Naberezhnaya, Moscow, 119017, Russia

+7 495 640-65-65
info@iclrc.ru www.iclrc.ru

ПРЕДИСЛОВИЕ

11 апреля 2020 года в рамках Петербургского Международного Юридического Форума 9 1/2: Законы коронавируса* Центр международных и сравнительно-правовых исследований провёл дискуссионную сессию «Является ли форс-мажором сама эпидемия или её последствия?». Обсуждение данной темы с привлечением иностранных экспертов было организовано с целью обобщения и использования практики других стран для формирования российской позиции по актуальному вопросу влияния пандемии коронавируса и мер государств по борьбе с его распространением на гражданско-правовые отношения. Его результаты могут стать основой для формирования общих системных принципов, понятных бизнесменам разных стран, в том числе вовлечённых в международную торговлю.

Во вступительном слове от организатора Виктория Манько (Генеральный директор Центра) отметила необходимость в сравнительно-правовых исследованиях по влиянию пандемии в свете беспрецедентных ограничительных мер, принятых уже более чем 80 странами.

Модератор дискуссии Антон Иванов (Научный руководитель Факультета права, Руководитель Департамента дисциплин частного права, НИУ «Высшая школа экономики») рассказал о концепции непреодолимой силы в российском праве. Энрико Дель Прато (Профессор гражданского права, Римский университет Ла Сапиенца) в своей презентации коснулся общих вопросов договорного права, позволяющих в исключительных случаях расторгнуть контракт либо изменить его действие. Об особенностях квалификации вспышек коронавируса и принятых мер как форс-мажора в Китае рассказал Ян Льюис (Управляющий партнёр пекинского офиса, *Mayer Brown*). Флориан Хайндлер (Доцент, Венский университет имени Зигмунда Фрейда) описал действия Австрии по борьбе со вспышками COVID-19, позволяющие потенциально заявлять о действии форс-мажора.

В настоящем сборнике представлены материалы, которые легли в основу выступлений участников в ходе данной дискуссионной сессии.

* Специальный Форум, который прошёл в онлайн-формате 10-12 апреля 2020 года. URL: <https://spblegalforum.com/>.

FOREWORD

On April 11, 2020, within the framework of St. Petersburg International Legal Forum 9 1/2: Rule of Corona*, the International and Comparative Law Research Center held the discussion session on the topic “Is it the Epidemic itself or its Outcomes that Make a Force Majeure?”. A discussion of legal issues emanating from this topic, with foreign experts’ involvement and overview of other countries’ practices, has been designed to contribute to the development of Russia’s approach to the acute legal problem of how COVID-19 and states’ measures affect private-law transactions. The outcome of this discussion may contribute to the shaping of general systemic principles clear to business people around the globe, including those involved in international trade.

In her welcome speech, Victoria Manko (General Director of the Center) stressed the need for comparative law studies of the impact of the pandemic in the light of unparalleled restrictive measures taken so far by more than 80 countries.

The moderator of the discussion Anton Ivanov (Academic Supervisor, Faculty of Law, School Head, School of Private Law, National Research University Higher School of Economics) told about the concept of force majeure in Russia. The focal points of Enrico del Prato’s presentation (Professor of Civil Law, The Sapienza University of Rome) were on the issues common to contractual law of many countries allowing in the extraordinary circumstances to terminate or to cure a contract. Ian Lewis (Managing Partner of the Beijing office, *Mayer Brown*) explained the difficulties of the qualification of the COVID-19 outbreaks and taken measures as force majeure in China. Florian Heindler (Assistant Professor in Law, Sigmund Freud University of Vienna) articulated how Austria had been coping with the COVID-19 outbreaks and how these measures present the opportunities for many to claim force majeure.

The collected works produced here contain the papers of the participants they used while presenting in the course of the discussion session.

* A special Forum held on April 10-12, 2020, in the online format. URL: <https://spblegalforum.com/>.

ВИКТОРИЯ МАНЬКО*

Приветственное слово**



Добрый день, уважаемые коллеги!

Я рада приветствовать участников дискуссии и всех, кто смотрит нас сегодня онлайн.

Хотела бы поздравить и поблагодарить оргкомитет Петербургского Международного Юридического Форума, который нашёл новые тему и формат, отвечающие вызовам времени, сохранив уровень спикеров и качество дискуссий.

Центр международных и сравнительно-правовых исследований, который я возглавляю, проводит исследования, а также организует различного рода обсуждения актуальных вопросов с точки зрения международного и сравнительного права.

Хотя и формат нашего обсуждения, и актуальность темы продиктованы чрезвычайно печальными обстоятельствами, я надеюсь, что выводы, к которым мы придём сегодня, станут основой для принятия правильных, юридически выверенных решений. И в будущем это позволит встречать схожие вызовы во всеоружии с юридической точки зрения.

Стремительно развивающаяся пандемия коронавируса, помимо серьёзной угрозы жизни людей, спровоцировала введение беспрецедентных ограничительных мер в отношении бизнеса по всему миру.

ВОЗ официально объявила COVID-19 эпидемией всемирного масштаба 11 марта, и на настоящий момент более 80 стран ввели разного рода ограничительные меры, которые могут рассматриваться как форс-мажор.

В результате множество договорных обязательств оказались в ситуации вынужденной паузы без внятного срока действия. Это обрушило на участников таких правоотношений серьёзные экономические риски в отсутствие понятной юридической базы для их действий.

В этой связи важно обсудить, является ли сама пандемия форс-мажором или же таким обстоятельством является введение различных режимов – от самоизоляции граждан и приостановления деятельности отдельных видов юридических лиц до введения полноценного режима чрезвычайной ситуации.

При этом как и пандемия в целом, данная проблема носит

* С 2018 года – Генеральный директор Центра международных и сравнительно-правовых исследований. Ранее занимала позицию эксперта по международному публичному праву, помощника Генерального директора Центра, регулярно принимала участие в сессиях UNCITRAL в составе российской делегации. До прихода в Центр работала в московских юридических фирмах, консультируя по различным вопросам международного права.

** Текст приведён на языке оригинала и в редакции, предоставленной автором, с незначительными редакторскими правками.

трансграничный характер и требует широкого обсуждения и координации действий разных стран. Представляется чрезвычайно важным поэтому сравнить и обсудить подходы, существующие в различных юрисдикциях, уже столкнувшихся с указанными проблемами.

Напомню, что Китай ввёл ограничительные меры с 23 января, Италия – с 10 марта, Австрия – с 16 марта, Россия – с 30 марта, и я рада, что сегодня в нашей дискуссии участвуют эксперты – представители перечисленных стран.

Передаю слово модератору сессии Антону Александровичу Иванову для последующего обсуждения.

Желаю всем плодотворной и интересной дискуссии!



VICTORIA MANKO*

Welcoming Remarks**



Good afternoon, dear colleagues!

I am happy to welcome all participants of the discussion and all those watching us online today.

I would like to begin with congratulating and thanking the Organizing Committee of the St. Petersburg International Legal Forum that has managed to find a new format and theme that respond to the challenges of the day, all while maintaining the high level of speakers and the quality of discussion.

The International and Comparative Law Research Center where I am General Director, carries out research and organizes various discussions of the topical issues from the standpoint of international and comparative law.

Although both the format of our discussion and the urgency of the topic stem from extremely dire circumstances, I hope that the conclusions that we come to today will serve as a foundation for the best and legally well-considered solutions. I also hope that in the future they will allow us to meet similar challenges being fully prepared from the legal perspective.

Apart from posing a serious threat to the lives of numerous people, the rapidly unravelling COVID-19 pandemic has caused unprecedented restrictive measures that are being imposed on businesses throughout the globe.

The WHO officially declared COVID-19 a global pandemic on March 11, and at present, over 80 countries have introduced restrictions that may be viewed as force majeure.

As a result, numerous contracts had to be suspended without a clear date when their performance can be resumed. As a result, their parties are facing serious economic risks for their legal relations, as they have no comprehensible legal framework for responding to them.

It is for this reason that it is essential to discuss whether it is the pandemic itself that constitutes force majeure, or the introduction of various regimes, from the requirement that individuals stay at home and suspension of operations of some legal entities to a full-fledged state of emergency.

Here, just like the pandemic itself, this issue is a cross-border one and necessitates inclusive discussions and coordination of the measures

* General Director of the International and Comparative Law Research Center since 2018. Before that, she took the position of an Expert on Public International Law and Assistant General Director, being a regular member of the Russian delegation to UNCITRAL. Before joining the Center, she worked in Moscow-based international law firms advising clients on international law matters for several years.

** This is a translation of the original text as submitted by the author, with minor editorial changes.

taken by different countries. It thus appears to be of extreme importance to compare and discuss the approaches existing in various jurisdictions already confronted with these problems.

You will recall that China introduced restrictions from January 23; Italy, from March 10; Austria, from March 16; and Russia, from March 30. I am happy to see experts representing these countries taking part in our discussion today.

I now yield the floor to the moderator of this panel, Anton Alexandrovich Ivanov, who will continue with the presentations.

May we all have a fruitful and engaging discussion!





Коронавирус и непреодолимая сила в России**

Среди других дискуссий нашего экстраординарного форума именно наш круглый стол «Является ли форс-мажором сама эпидемия или её последствия?», исходя из его названия, места в расписании и круга участников, претендует на то, чтобы в общем виде определить, как коронавирус влияет на частное право, на правоотношения с участием частных лиц, гражданские правоотношения. Частное право издавна регулирует ситуации, при которых различные экстраординарные обстоятельства вторгаются в нормальный ход гражданских правоотношений, создавая для последних разного рода препятствия. Когда такие препятствия становятся чрезвычайно разрушительными, то праву приходится вносить свои коррективы, изменять или прекращать правоотношения, освобождать от ответственности и т. д.

Эту роль выполняет специальное понятие, закреплённое в разных правовых системах: *vis major*, *force majeure*, *act of God*, непреодолимая сила и т. д. Несмотря на разные названия, существо этого понятия одинаково. Оно определяет, как и когда можно вносить изменения в частноправовые отношения помимо воли их участников. Однако при едином существе конкретное регулирование данного понятия различается от страны к стране. Участники нашего круглого стола готовы представить своё видение понятия «форс-мажор» в тех странах, которые они представляют, чтобы можно было выработать общие подходы применительно к эпидемии коронавируса. Возможно, прежние подходы к форс-мажору, устоявшиеся в международной практике, потребуют ревизии с учётом того, что эпидемия охватила весь мир, переходит из страны в страну, по-разному в каждой из них проявляясь.

Я, как участник дискуссии, связанный с Россией, представлю вашему вниманию трактовку форс-мажора на основе национального российского законодательства. Признание Всемирной организацией здравоохранения (ВОЗ) распространения коронавируса пандемией (мировой эпидемией) и введение Российской Федерацией, её субъектами и их должностными лицами в связи с этим принудительных мер препятствует обычной деятельности частных лиц, порой запрещая её, причиняет убытки, иным образом негативно влияет на их гражданско-правовые отношения. В свою очередь, частные лица лишаются возможности исполнять свои обязанности перед другими

* Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ в отставке, Научный руководитель Факультета права, Руководитель Департамента дисциплин частного права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики».

** Текст приведён на языке оригинала и в редакции, предоставленной автором, с незначительными редакторскими правками.

лицами, что позволяет последним ставить вопрос о понуждении их к исполнению и об их гражданско-правовой ответственности¹.

Одним из условий гражданско-правовой ответственности, по общему правилу, является наличие вины, хотя возможна ответственность и без вины, которая, однако, исключается, если имеет место непреодолимая сила (ст. 401 ГК)². Непреодолимая сила по российскому праву – и есть то понятие, которое в других странах называется *vis major, force majeure, act of God* и т. д. Отечественный законодатель определяет это понятие весьма скупно – как «чрезвычайные и непредотвратимые при данных условиях обстоятельства». У непреодолимой силы, таким образом, имеются два обязательных признака: чрезвычайность и непредотвратимость, которые должны наличествовать в совокупности.

Понятие «непреодолимая сила» является оценочным, то есть о его наличии или отсутствии можно делать выводы лишь применительно к конкретной ситуации. Главную роль в его определении играют судебная практика и доктрина гражданского права. Из их анализа следует, что чрезвычайность – это особая вредоносность, не встречающаяся в обычной жизни людей, а непредотвратимость – невозможность избежать воздействия, даже зная о нём. Непреодолимой силой могут выступать как природные катаклизмы, так и социальные бедствия. Словосочетание же «при данных условиях» предполагает относительность непреодолимой силы: то, что при одних обстоятельствах она есть, а при других – её нет. Таков, вкратце, подход гражданского права России к форс-мажору.

Из этого следует вывод, что эпидемия коронавируса может быть обстоятельством непреодолимой силы при наличии соответствующих условий... Однако нужно учитывать, что наличие непреодолимой силы может быть признано лишь судом при рассмотрении конкретного гражданско-правового дела, в котором речь идёт об ответственности. Ни законодательная, ни исполнительная власть не могут заранее установить, какое обстоятельство является непреодолимой силой, а какое – нет. Тем более это не может сделать мэр г. Москвы или любой другой глава субъекта РФ, поскольку по Конституции гражданское законодательство относится к предмету ведения исключительно Федерации. Ни одно суждение о непреодолимой силе не должно иметь для суда заранее предустановленного значения³.

Сказанное не означает, что государственные органы или должностные лица лишены права вводить связанные с коронавирусом принудительные меры. Но они должны делать это на основании закона и в строгом соответствии с ним, в противном случае за их действия должна наступать гражданско-правовая ответственность перед частными лицами. Причём порой можно потребовать возмещения убытков даже за законные действия

¹ В России ответственность государства, его органов и должностных лиц перед частными лицами за убытки, причинённые актами власти, регулируется гражданским правом.

² Иногда возможны случаи, когда ответственность наступает и при наличии обстоятельств непреодолимой силы.

³ Как не имеют такого значения признание ВОЗ коронавируса пандемией или даваемые периодически заключения торгово-промышленных палат о признании непреодолимой силой того или иного обстоятельства.

государства, если они причинили вред. Здесь не должно быть формализма! А непреодолимая сила – совершенно иное понятие, в отличие от принудительных мер в публичном праве. И она не может использоваться ни для введения таких мер, ни для их обоснования.

То, что является законным согласно публичному праву, должно определяться им самим, а не зависеть от того, как непреодолимая сила трактуется частным правом. Причём публичное право имеет, как любит выражаться наш Конституционный Суд, известную дискрецию, которая позволяет выбирать принудительные меры. Однако такие меры должны предприниматься в соответствии с законом, быть соразмерными предотвращаемой угрозе, сбалансированными и т. п. Причём даже законные меры должны соответствовать конституционным принципам, предполагая по умолчанию возмещение понесённых убытков. Анализ реакции публичного права на эпидемию коронавируса выходит за рамки моего выступления, однако именно она как никогда важна сейчас!

Многим кажется, что вопрос о чрезвычайности эпидемии коронавируса решён. Однако для окончательного его решения время ещё не пришло. Суды ещё не разрешили соответствующих дел: в России их работа временно приостановлена. К тому же недостаточно простой ссылки на коронавирус. Истцам необходимо обосновать, что эпидемия находится в причинной связи с убытками. В одном случае такая связь будет, а в другом – нет. Да и сам вопрос о непреодолимой силе не до конца ясен, особенно в части такого свойства, как чрезвычайность. Я постоянно вижу в Сети сравнение коронавируса и обычного гриппа, который часто приводит к более тяжким последствиям. Как тут не вспомнить хрестоматийный пример: осенние штормы в Северной Атлантике – обычное дело и потому не могут считаться непреодолимой силой.

Так или иначе, непреодолимая сила освобождает лишь от гражданско-правовой ответственности (проще говоря, от возмещения убытков, уплаты неустойки, последствий просрочки и т. д.), а не от исполнения обязанности. Ведь никто не отменял действие принципа *pacta sunt servanda*! А для того чтобы освободиться от той или иной обязанности, как правило, нужно изменить или прекратить обязательство по специальному основанию, например, в соответствии со ст. 451 ГК. Кстати, в данной статье вообще нет упоминания о непреодолимой силе: это разноплоскостные явления. Однако подробное рассмотрение этого вопроса не входит в мои задачи, тем более что на форуме будет немало сказано на данную тему.

Скажу лишь, что реакция на эпидемию коронавируса со стороны представителей бизнеса и обслуживающих их юристов оказалась нервной, местами, я бы сказал, истерической, во всяком случае в России. Одни хотели поскорее сбросить с себя обязательства, другие предпринимали все усилия для того, чтобы оставить всё как есть. Не в последнюю очередь на это повлияла реакция государства на коронавирус, которую можно коротко выразить следующей формулой: «Спасение утопающих – дело рук самих утопающих». При таких обстоятельствах задача гражданского права как минимум –

обеспечить баланс интересов всех участников гражданских отношений, позволить по мере сил выжить всем пострадавшим. А потому цивилист должен быть сдержанным, а значит, не может быть никем иным, кроме как корона-скептиком!

Вообще, применительно к социальным явлениям непреодолимая сила должна пониматься ограничительно. Большинство согласно, что война или революция – обстоятельства непреодолимой силы для тех, кто в них вовлечён помимо их воли. Однако рукотворность таких событий должна учитываться.

Порой государство совершает акты, препятствующие частным лицам исполнять свои обязательства. И если такие акты приняты в условиях отсутствия объективной чрезвычайности, то они по сути не становятся (и не должны становиться!) обстоятельствами непреодолимой силы, освобождающими от ответственности. Да, от частных лиц подобные акты не зависят, но государство вводит их по своему желанию, а потому к ним нужно применять правила, касающиеся ответственности за акты власти.

Сейчас можно найти немало суждений о том, что в Российской Федерации в связи с коронавирусом вводятся принудительные меры, не предусмотренные на такого рода случай законом (вводится частичная принудительная изоляция, которая почему-то называется самоизоляцией⁴), и не принимаются меры, законом предусмотренные (режим чрезвычайного положения, карантин по решению санитарных органов). Если это так, то частные лица имеют право на возмещение убытков, причинённых государством, путём обращения с иском в суд. В конечном счёте, если они не добьются удовлетворения в России, у них есть возможность обратиться в Европейский Суд по правам человека⁵.

Но даже если действия государственных органов или их должностных лиц санкционированы законом, недостаточно просто сослаться на это для освобождения от гражданско-правовой ответственности. Нужно, чтобы закон прямо разрешал причинять вред частным лицам. В противном случае действует принцип недопустимости причинения вреда, причинённые убытки всё равно остаются правонарушением и, следовательно, наступает гражданско-правовая ответственность. Поэтому было бы лучше, если бы государство само по себе согласилось компенсировать частным лицам их потери: для того оно как социальное государство и собирает налоги. Вспомним Ветхий Завет: за семью тучными годами следуют семь голодных лет!

Спасибо за внимание!

⁴ Конечно, никто сам себя добровольно не изолирует.

⁵ В связи с этим уместно напомнить о часто применяемой мотивировке ЕСПЧ по так называемым делам о пропаже людей в Чечне: поскольку государство не объявило режим чрезвычайного или военного положения, нужно применять режим обычного времени.



COVID-19 and Force Majeure in Russia**

Among other discussions of our extraordinary Forum, it is our panel “Is it the Epidemic Itself or its Outcomes that Make a Force Majeure?” that, due to its title, its place in the schedule and its participants that claims to give a general understanding of how COVID-19 affects private law, the legal relations involving private parties, and civil law relations. Private law has, for a long time, regulated situations where various extraordinary circumstances interfered with the normal course of civil law relations, creating all manner of impediments. When such impediments become too destructive, the law has to make adjustments, alter or terminate legal relations, release the parties from liability and so on.

This role is fulfilled by a special concept stipulated in various legal systems, namely *vis major*, *force majeure*, *act of God*, irresistible force, etc. While it has many names, it is, in essence, one and the same notion. It determines when and how one can amend private law relations for reasons beyond their parties’ will. But, despite its universal essence, the specific rules that regulate it differ depending on the country. The participants of our panel are willing to share their understanding of the concept of “force majeure” in the countries they represent, which could enable developing common approaches in the context of the coronavirus pandemic. Former approaches to force majeure established in the international practice might need revising given that the pandemic has engulfed the entire world, is spilling over from country to country, producing a different impact in each.

As a participant of the discussion affiliated with Russia, I will present to you the interpretation of force majeure in our domestic Russian laws. That the World Health Organization (WHO) declared the spreading of the COVID-19 virus a pandemic (a global epidemic) and that the Russian Federation, its constituent entities and their officials introduced restrictions due to that, prevents the regular activities of private parties, at times prohibiting them and causing losses, or otherwise adversely affects their civil law relations.

In turn, private parties are prevented from performing their obligations to other parties, which allows the latter to consider enforcing their performance and civil law liability.¹

One of the preconditions of civil law liability as a general rule is fault (intent). Absolute liability is possible, but it is ruled out in cases of force

* Former Chairman of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation, Academic Supervisor with the Faculty of Law, Head of the School of Private Law, National Research University Higher School of Economics.

** This is a translation of the original text as submitted by the author, with minor editorial changes.

¹ In Russia, the liability of the state, its agencies and officials to private parties for the losses caused by acts of state is governed by civil law.

majeure (Art. 401 of the Civil Code).² Force majeure (*nepreodolimaya sila*, i.e., irresistible force) under the Russian law is the term used for what other countries call *vis major*, *force majeure*, *act of God*, etc. The Russian legislator defines it rather scantily as “exceptional and unavoidable circumstances in given conditions.” Thus, force majeure has two *sine qua non* elements: exceptional nature and unavoidability, which must be present cumulatively.

The notion of “force majeure” is an evaluative one, that is, whether it exists or not may be concluded only with respect to a specific situation. Court practice and civil law doctrine play the key role in defining it. It follows from their analysis that exceptional nature means extraordinary harmfulness otherwise not occurring in normal life, while unavoidability means the impossibility to avoid the impact even when you are aware of it. Force majeure can include both natural (acts of God) and social disasters. The wording “in given conditions” suggests that force majeure is relative: that is, it would be present in one set circumstances, but not the other. This is, in brief, how the Russian civil law approaches force majeure.

It follows that COVID-19 pandemic may constitute force majeure if the relevant conditions are met... However, one must note that force majeure may be established only by a court seized with a specific civil law case that concerns issues of liability. Neither the legislative, nor the executive powers may prescribe, in advance, which circumstance would constitute force majeure and which would not. Least of all this could be done by the Moscow Mayor or any other head of a constituent entity of the Russian Federation, since the Constitution reserves civil law legislation for the exclusive competence of the Federation. No opinion on force majeure may have predetermined effect for a court.³

This does not mean that state authorities or officials have no right to introduce compulsory measures related to the coronavirus pandemic. But they must do it on the basis of the law and in strict compliance with the law, otherwise they would be liable under the civil law to private parties for their acts. Moreover, in some cases damages can be claimed even for the lawful acts of the state if they resulted in harm. There can be no formalism here! Force majeure, on the other hand, is a completely different concept, unlike compulsory measures in the public law. It can be used neither to take such measures, nor to justify them.

What is lawful under the public law must be defined by the public law itself, rather than depend on how force majeure is construed by the civil law. That said, the public law provides, as our Constitutional Court likes to say, a certain degree of discretion allowing state authorities to choose compulsory measures. However, such measures must be taken in accordance with the law, be proportionate to the threat they are intended to prevent, be balanced, etc. Even lawful measures must be consistent with constitutional principles when they provide for compensation of the damages suffered as a default rule. Analysis of the

² Sometimes, liability would be possible even where force majeure is present.

³ Nor would such an effect follow from the WHO's declaration that COVID-19 is a pandemic or the opinions of chambers of commerce and industry issued from time to time declaring this or that circumstance force majeure.

public law response to the COVID-19 pandemic is beyond the scope my presentation, but it is exactly what we need now more than ever!

Many think that the issue of exceptional nature of the coronavirus pandemic has been settled and closed. But it is yet to be resolved definitively. Courts are yet to try the respective cases; in Russia, their operation has been temporarily suspended. Furthermore, simple reliance on the coronavirus is insufficient. A claimant must demonstrate a causal link between the pandemic and the damages. In some cases, this link will be present, but not necessarily in others. That said, the issue of force majeure itself is not entirely clear, especially as regards one of its attributes, namely, exceptional nature. Online, I constantly see people comparing the coronavirus with the flu which often causes graver consequences. One is reminded of this textbook example: autumn storms in the North Atlantic are an ordinary occurrence and, for this reason, cannot be deemed force majeure.

In any event, force majeure only exempts one from civil law liability (simply put, from compensation of damages, payment of penalties, consequences of delay, etc.), but not from performance. After all, *pacta sunt servanda* stands!

Further, to be released from a specific obligation, one generally has to amend or terminate the obligation based on a special ground such as, for instance, that found in Art. 451 of the Russian Civil Code. By the way, that Article contains no mentions of force majeure at all: these are the phenomena that belong to different dimensions. However, looking into this issue is not my purpose, all the more so that it will be amply covered during the Forum.

I will only say this: the response to COVID-19 pandemic among the representatives of businesses and the lawyers that support them has been one of anxiety, and at times, I would say, hysteria, in Russia at any rate. Some wanted to hurry up and exempt themselves from any obligations, while others did their best to preserve the status quo. That was caused, in no small measure, by the reaction of the state to the coronavirus that can be summarized with the maxim: "If you need a helping hand, you'll find one at the end of your arm". In these circumstances, the job of the civil law, in the very least, is to ensure the balance of interests of all participants of the civil relations and, as much as possible, to allow all the injured to survive. A civil lawyer must, therefore, exercise restraint and, hence, cannot be other than a COVID-19 skeptic!

Generally speaking, as regards social phenomena, force majeure must be understood narrowly. The majority agrees that a war or a revolution are force majeure for those dragged into them against their will. However, the man-made nature of such events should not be forgotten.

Sometimes, the state takes action that prevents private parties from performing their obligations. And if such action is taken in the circumstances where no objective emergency is at hand, they effectively do not (and should not!) become force majeure exempting such parties from their liability. Of course, such action does not depend on the private

parties, but the state takes it as it wills, hence one must apply to it the rules of liability for the acts of state.

Even now, one can find plenty of opinions that in the Russian Federation, compulsory measures are being introduced in view of the coronavirus that are not provided by the law for that eventuality (partial compulsory isolation has been introduced, for some reason called self-imposed isolation⁴), while the measures that are so provided are not taken (the state of emergency, quarantine based on the decision of health and sanitation authorities). If it is so, private parties are entitled to the compensation of damages caused by the state, by filing claims with courts. Ultimately, if they find no satisfaction in Russia, they can approach the European Court of Human Rights.⁵

But even where the measures of state authorities and their officials are authorized by the law, it would be insufficient to simply invoke that to be released from civil law liability. For that, one needs an express provision of the law that would allow causing harm to private parties. Otherwise, the principle of prohibition of harm would apply, the damages caused would still remain a wrong, and, consequently, civil law liability would ensue. Thus, it would be better if the state itself agreed to compensate to the private parties their losses: that is precisely why it is a social state and collects taxes. Remember the Old Testament: after seven years of great plenty shall arise seven years of famine!

Thank you for your attention!

⁴ Of course, nobody isolates themselves voluntarily.

⁵ It would be appropriate here to recall the often-used reasoning of the ECtHR on the so-called Chechnya disappearance cases: since the state itself did not declare a state of emergency or martial law, we must apply the regular regime.



Коронавирус, стихийные бедствия, форс-мажор, «оговорки о затруднительных обстоятельствах», исполнение и неисполнение**

1 Бесспорно, COVID-19 нельзя было предвидеть всего несколько месяцев назад. С точки зрения гражданского права мы рассматриваем его как чрезвычайное и непредотвратимое событие. И очевидно, что он имеет последствия, которые оказывают огромное влияние на правоотношения. Я постараюсь резюмировать некоторые из наиболее важных последствий в том, что касается обязательств и, если конкретнее, договоров. Я занимаюсь исследованиями итальянского гражданского права, но в этой краткой речи не буду рассматривать ни непосредственно точку зрения итальянского права, ни, в частности, конкретные чрезвычайные императивные нормы, принятые в связи с COVID-19, но расскажу о средствах правовой защиты, которые, как правило, являются общими для всех правовых систем мира, поскольку в них выражены принципы разумности и справедливости, которые не может не учитывать ни один правопорядок.

Конечно же, в разных правовых системах закреплены разные конкретные средства правовой защиты: но общим ядром таких средств является идея о том, что в чрезвычайной и непредвиденной ситуации, которая совершенно не зависит от вины должника, исполнения нельзя требовать либо временно, либо вовсе. В первом случае должник не несёт ответственности за просрочку, а во втором – обязательство погашается. Кроме того, в случае временной невозможности исполнения по договору контрагент вправе расторгнуть договор, если не заинтересован в исполнении перед ним обязательств с просрочкой.

Но рассмотрим первый момент общего характера. Этот вопрос всегда связан только с исполнением, которое ещё не было осуществлено и которое не должно было быть осуществлено ранее. Иными словами, затруднение имеет значение для прекращения обязательства или его изменения только тогда,

* Профессор гражданского права в Университете Ла Сапиенца, Римская школа права. Директор программы высшего образования «Юридический менеджмент». Директор магистерской программы по направлению «Антикоррупционное право». Научный руководитель программы *Erasmus*. В 2015-2018 гг. – декан юридического факультета, директор аспирантуры по гражданскому, коммерческому и трудовому праву, член Совета университета. Член Высшего суда спортивной юстиции при Национальном олимпийском комитете Италии. Председатель секции Комитета по кинематографии Министерства культуры. Член римской коллегии адвокатов с 1986 г.

** Текст приведён в переводе с оригинала в том виде, в котором он представлен автором, с незначительными редакторскими правками.

когда исполнение должно быть осуществлено ранее, поскольку его срок ещё не истёк. В противном случае должник будет считаться ответственным за неисполнение ввиду того, что риск просрочки лежал на нём самом.

По этой причине ясно, что обстоятельства, которые невозможно предотвратить на момент заключения договора, могут иметь место только в тех случаях, когда исполнение договора растянуто на определённый период времени или когда его исполнение не связано с моментом его заключения, и в случае действия договоров, согласно которым одна или более сторон должна исполнить свои обязательства независимо от момента заключения таких договоров. Иначе просрочка должника до наступления затруднения влечёт его ответственность за нарушение договора или за такую просрочку, поскольку риск наступившей невозможности исполнения договора становится бременем, которое должна принять на себя не исполнившая сторона.

2 Но вернёмся к нашему вопросу. Как я уже говорил, я не буду сосредотачиваться на конкретной правовой системе: однако полезно отметить, что все исследования, проведённые международными правовыми институтами для гармонизации договорного права – которые стороны могут предусмотреть как применимое обычное право с помощью оговорки, указывающей на него как на частное регулирование именно их договора, – предусматривают так называемые «затруднения» как основание для расторжения или изменения договора. Некоторые такие нормы предусмотрены Принципами международных коммерческих договоров УНИДРУА (Ст. 6.2.3: Последствия затруднений), Модельными правилами европейского частного права (Ст. III – 110 об изменении или расторжении судом договора ввиду изменения обстоятельств) и Принципами европейского договорного права (Ст. 6.111: Изменение обстоятельств).

Также стороны могут включить в свой договор одно или более положений, регулирующих затруднительные обстоятельства (так называемые «оговорки об освобождении от ответственности»), которые позволяют одной или обеим сторонам в качестве средства правовой защиты в определённых уточнённых в договоре обстоятельствах приостановить исполнение или полностью расторгнуть договор.

В обоих случаях стороне также могут быть предоставлены разные виды средств правовой защиты, направленные на сохранение договорных правоотношений на различных условиях. Стороны могут, к примеру, договориться об автоматическом изменении условий или сроков исполнения; они могут предусмотреть, что третье лицо как эксперт, которому они обе доверяют, изменит содержание некоторых положений; наконец, они могут предусмотреть, что некоторые положения соглашения подлежат пересогласованию.

Разумеется, этот третий способ устранить препятствия для исполнения договора наиболее проблематичен, поскольку он ставит стороны в ситуацию новых преддоговорных отношений, хотя между ними уже есть обязательный договор; как правило, затруднительно решить в случае спора, возможно ли и как определить, была ли надлежащим образом исполнена обязанность сотрудничать в целях урегулирования разногласий. Естественно, этот вопрос должен оцениваться в соответствии с принципом добросовестности, который является общим стандартом, используемым для оценки усилий сторон по разрешению новой ситуации.

Если такие договорные положения присутствуют, мы можем, в принципе, считать саморегулирование, осуществлённое сторонами, исчерпывающим для установления действия и/или изменения договора. Но, на мой взгляд, такой вывод будет верным, только если исходное соглашение предусматривает, в целом, все случаи временной невозможности исполнения и последствия такой ситуации, связанные с интересом стороны, обременённой таким исполнением.

Я сомневаюсь, что это решение полностью верно. Чтобы понять мои сомнения, нужно вспомнить, что, кроме случаев нормативного запрета исполнения, в большинстве ситуаций исполнить договор всё же возможно, но стало гораздо сложнее по сравнению с обстоятельствами, которые существовали на момент договора и которые можно было предвидеть на будущее.

Здесь трудно заранее установить общее правило, и, полагаю, уместно оценивать каждую конкретную ситуацию, во-первых, с точки зрения принципа добросовестности. Но как бы то ни было, необходимо различать те случаи, в которых исполнение затруднено или сопряжено с гораздо большими расходами, чем ожидалось изначально, и случаи, где исполняющая сторона подвержена повышенному риску для своего здоровья.

С этой точки зрения также следует отметить, что «стихийное бедствие» и «непреодолимую силу» нельзя считать сопоставимыми с невозможностью исполнения, к которой применим более высокий стандарт (например, когда завод закрывают по приказу властей). Но эти понятия требуют менее строгой оценки и охватывают область, в которой исполнение всё ещё возможно, но сильно затруднено по сравнению с тем, что предусматривал договор.

Надлежащее основание для заявления о непреодолимой силе, в том числе о стихийном бедствии, можно определить – хотя всякое определение может быть опасным – как непредсказуемое событие, которое нельзя устранить с помощью обычного тщания и надлежащей осмотрительности, которые требуются от сторон при исполнении конкретного договора в конкретной ситуации.

3 Последние соображения также касаются случая, в котором договор ничего не предусматривает в отношении новых обстоятельств, возникающих из непреодолимой силы или стихийного бедствия.

Очевидно, что, если он не урегулирован в самом договоре, этот вопрос усложняется, и решение может зависеть от подходов, принятых каждой из различных правовых систем. Однако же я полагаю, что не только возможно, но даже необходимо отыскать общее ядро, чтобы выявить некие общие нормы. Постараюсь раскрыть эту краткую мысль следующим образом.

Во-первых, рассмотрим самый простой случай, в котором исполнение будет запрещено правопорядком. В настоящем случае в связи с COVID-19 имеет место – мы все надеемся – лишь временная, но объективная невозможность исполнения. При таком обстоятельстве надлежит далее рассмотреть вопрос о том, освобождается ли сторона, как она сама заявляет, от ответственности в силу распоряжения органа власти, которое полностью независимо от поведения должника. Иными словами, стало ли исполнение должника совершенно невозможным, а не просто более обременительным не по его вине.

Согласно этому подходу сторона, чьё исполнение стало невозможным, не несёт ответственности за просрочку и, следовательно, другая сторона полностью освобождается от исполнения своего обязательства. В этой ситуации действие договора приостанавливается до снятия правового запрета или утраты стороной, чьё исполнение всё ещё возможно, интереса в получении встречного предоставления.

Второй случай ставит вопрос определения крайнего срока, который оправдывает обязательное действие договора несмотря на то, что его нельзя исполнить принудительно (он не имеет исковой силы). Такой случай возникает, когда договорное положение, устанавливающее конкретный срок, подлежит строгому соблюдению (т.е. когда договор предусматривает, что «срок является существенным условием»). В противном случае необходимо оценить интерес в получении исполнения относительно всех конкретных обстоятельств, с учётом общей нормы договорного права: а именно, что в случае сомнений предпочтительно сохранить договор, а не расторгнуть его.

С этой точки зрения утрату интереса стороной, которая должна получить выгоду из договора, исполнить который временно невозможно, можно оценивать как существенную, когда просрочка исполнения после наступления установленного срока лишает договор смысла для такой стороны, и в этом случае последняя вправе его расторгнуть. Это решение отражает принцип добросовестности, который можно применять в качестве альтернативы как средство правовой защиты для устранения препятствий для договора и для его прекращения.

4 Вышеизложенные соображения можно, в частности, применить к договорам аренды между юридическими лицами, которые часто оказываются затронуты настоящим чрезвычайным кризисом, поскольку в рамках него органы государственной власти запрещают многие не являющиеся первостепенными виды коммерческой деятельности.

Хотя такие запреты не касаются исполнения со стороны арендодателя, они определённо имеют резко отрицательное воздействие на деятельность арендатора. Тем не менее основное обязательство последнего по уплате арендной платы всегда остаётся возможным, поскольку его объектом является уплата денежной суммы.

В некоторых правовых системах невозможность для арендатора использовать имущество для целей, обозначенных договором, является достаточным основанием для расторжения договора. Но, хотя временная невозможность может оправдать такое средство правовой защиты, по всей вероятности, оно может оказаться чрезмерным ввиду заинтересованности обеих сторон в сохранении договора. Без договорённости сторон о приостановлении начисления арендатору арендной платы было бы возможно – но с этим можно поспорить – предположить, что исполнение арендодателя состоит не только в предоставлении имущества в пользование арендатору, но, более конкретно, в его предоставлении для определённого вида деятельности, временная невозможность которой приостанавливает действие договора.

Однако это решение не лишено сложностей. Так, оно возлагает бремя временной невозможности полностью на арендодателя. В связи с этим, на мой взгляд, это решение может быть целесообразным только при наличии в договоре оговорки, которая прямо указывает на вид деятельности, для которого арендуется объект. Отсутствие такой оговорки нельзя восполнить без соглашения сторон об урегулировании этого вопроса.

5 Более сложен вопрос о том, что происходит, если исполнение не запрещено властью, но невозможно с материальной точки зрения или становится слишком обременительным или дорогостоящим.

Когда исполнение невозможно с материальной точки зрения, в конечном итоге речь о ситуации временного форс-мажора. И решение то же, которое мы уже рассмотрели выше.

Когда исполнение возможно, но было затруднено или стало более дорогостоящим, решение иное.

Если возникает такая ситуация, то разумный подход к проблеме – принять решение, оценив, превосходит ли наступившая обременительность исполнения порог риска, который обычно присущ каждому договору. Ответ зависит от оценки чрезвычайности и непредсказуемости (невозможности

предвидеть) события, если чрезвычайность объективна, а непредсказуемость связана с положением сторон.

Вместе с тем в тех правовых системах, где не предусмотрены конкретные правовые нормы об изменяющихся обстоятельствах, инструментом, с помощью которого можно решить, можно ли принудить сторону исполнить её обязательства ввиду новой и непредсказуемой ситуации, послужит добросовестность.

В действительности возможны – и, вероятно, на данный момент часто имеют место – случаи, когда волновой эффект такой ситуации существенным образом влияет на цепочки поставки.

В конечном итоге этот вид средства правовой защиты также можно считать аналогом непреодолимой силы, несмотря на сохраняющуюся фактическую возможность исполнения. Это учитывает то, что всякий договор, исполнение которого откладывается или продолжается в течение протяжённого периода времени (например, договоры с оплатой в рассрочку, среди прочих), в континентально-правовой традиции подчинены принципу *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, хорошо известному системам гражданского права и закреплённому в ряде конкретных положений.

В некоторых правовых системах с тем, чтобы избежать полной неисполнимости или невозможности исполнения договора в будущем, также предусматривается, что кредитор по исполнению вправе предложить изменить договор, чтобы восстановить исходный баланс сделки.

Настоящая ситуация имеет временный характер. Поэтому основополагающую роль в регулировании договорных правоотношений играет добросовестность. Из добросовестности вытекает обязанность стороны, чьё исполнение временно стало более обременительным, при том, что оно фактически или юридически возможно, уведомить другую сторону о своих препятствиях для исполнения, и тот же принцип, я полагаю, позволяет последней стороне расторгнуть договор, только если установлен срок, после которого исполнение больше не приносит выгоду, поэтому интерес в исполнении утрачивается.

Естественно, существенным выражением добросовестности является обязанность сотрудничать, чтобы отыскать или попытаться отыскать способ мирно договориться о том, как устранить препятствия для исполнения договора, очевидно, путём изменения некоторых его положений, особенно тех, которые касаются сроков.

Этот подход учитывает, что COVID-19 – серьёзная угроза для здоровья общества, тогда как во всех правовых системах, насколько я знаю, право на жизнь и здоровье имеет первостепенное значение среди основополагающих прав. Таким образом, его защита затмевает любые иные права человека, такие как право на неприкосновенность частной жизни и,

естественно, имущественные права. Так баланс достигается через разумность.

Другой вывод возможен в отношении алеаторных договоров, поскольку в этом случае обязанность одной стороны исполнить её обязательство обусловлена наступлением случайного события, а другая сторона принимает на себя риск исполнения, даже если указанное событие наступит и освободит первую сторону от её исполнения. Но в этом случае также было бы уместно оценить риск, характерный для конкретного договора, чтобы определить, входит ли в область риска причина чрезмерной обременительности исполнения.

6 Пара слов о денежных обязательствах. Для традиционной максимы *pecunia non perit* (лат. деньги не гибнут) отсутствие денег значения не имеет. Должник по обязательству в любом случае допускает неисполнение, и другая сторона вправе отказаться исполнять своё обязательство, если оно должно быть исполнено одновременно с обязательством должника, или же отказаться исполнять его, когда материальное положение другой стороны указывает на то, что она не сможет исполнить своё обязательство.

7 Договор – это обязательное соглашение. Но его существование помещено в реальность и связано с внешними обстоятельствами. Каждому договору присущ риск того, что каждая сторона исходит из возможности изменения ситуации в будущем. Однако праву, невзирая на его строгость или независимо от системы, в которой оно действует, известно, что договорной риск каждой стороны не беспределен, но ограничен и не включает в себя чрезвычайные обстоятельства.

Тот факт, что в этом году мы с вами не встретимся в Санкт-Петербурге, к сожалению, наилучшее тому доказательство.

Завершу на мысли об исполнении врачебных обязанностей в войне с коронавирусом.

Всем известна особенность этой деятельности – что она состоит в том, чтобы приложить все усилия для излечения заболевания, но без гарантий выздоровления. Обычно признается, что корректность исполнения врачебных обязанностей можно оценить по соблюдению руководств и врачебных стандартов.

Однако сейчас мы находимся в чрезвычайной ситуации, где подобные указания находятся на стадии подготовки. Это текущий проект. Это обстоятельство позволяет считать, что ответственность врачей должна оцениваться не так строго, естественно, с учётом конкретных обстоятельств.



COVID-19, Act of God, Force Majeure, “Hardship Clauses”, Performance and Nonperformance**

1 It is undoubtable that COVID-19 was, some months ago, unpredictable. In the perspective of Civil Law, we can consider it an extraordinary and unpreventable event. And it is obvious that it produces effects, strongly relevant, on the juridical relationships. I will try to summarize some of the more relevant consequences with respect to obligations and, more specifically, in contracts. I am an Italian Civil Law Scholar, but, in this short speech, I will consider directly neither the Italian Law perspective, nor, in particular, the specific exceptional mandatory rules adopted for COVID-19, but kind of remedies generally common to all legal systems around the world, because they are an expression of reasonableness and justice, which every juridical experience cannot ignore.

Surely, the different legal systems adopt different specific remedies: but the common core of those remedies is that in such an exceptional and unforeseeable situation, which is totally independent of the fault of the debtor, the performance is temporally or totally uncollectible. In the first case, the debtor is not liable for the delay, in the second, the obligation is extinguished. Moreover, in the case of temporary impossibility, in contracts, the counterparty can terminate the contract if he doesn't have an interest in receiving a delayed performance.

We must address a first and general point. This matter is always connected only to performance which has not yet been fulfilled, and it should not be performed before. In other words, the hardship is relevant to the termination of the obligation or on its remodulation only when the performance has to be fulfilled before because the expiration term was not yet expired. Otherwise, the debtor can be considered as responsible for the non-performance for the reason that the risk of the delay burdens himself.

For this reason, it is clear that there can be an incidence of circumstances that are unpreventable at the time of the stipulation of a contract only in those cases where the performance of the contract extends over time, or where its performance is not contextual to its stipulation and in case of duration contracts when

* Professor of Civil Law at Sapienza University of Rome Law School. Director of the Course of higher learning in Legal Management. Director of the Master Anti-corruption. Erasmus Program Director. In 2015-2018, he was Head of the Law Department, Director of the PhD School in Civil Law, Commercial Law and Labour Law, Member of the Council of the University. Member of the High Court of the Sport National Committee [C.O.N.I.]. President of a section of the Movie Commission in the Ministry of Culture. Member of the Roman Bar since 1986.

** The text is reproduced in the original language as submitted by the author, with minor editorial changes.

one or more performances must be executed not contextually to the stipulation. Otherwise, the delay of the debtor before the occurrence of the hardship makes him responsible for breach of contract or such delay, because the risk of the supervening impossibility of the contract is a burden that the defaulting party must assume.

- 2 Turning now to our issue. As I said, I will not focus my attention on a specific legal system: however, it is useful to note that all the studies developed by international legal institutions in order to harmonize contract law – which parties can stipulate to apply as conventional law through a clause indicating it as the private regulation that governs their contract – provide for the so-called “hardship” as a cause of termination or variation of the contract. Some rules are provided by the *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (art. 6.2.3: effects of hardship), in the *European Draft Common Frame of Reference* (art. III – 110 on variation or termination by a court on the basis of a change of circumstances), in the *Principles of European Contract Law* (art. 6.111: change of circumstances).

It is also possible that the parties include one or more provisions in their contract on how to regulate circumstances of hardship (so-called “escape clauses”) which allow one or both of them the remedy, under certain specified circumstances, to suspend performance or to terminate the contract entirely.

In both cases, the party can also be afforded different types of remedies aimed at preserving the contractual relationship under different conditions. The parties may, for example, convene for automatic modification of the terms, or of the time to fulfill the performance; they stipulate that a third party, like an expert, whom they both confide in, shall modify the content of some clauses; finally, they can provide that certain clauses of the agreement are subject to renegotiation.

Of course, the third way to cure the contract is the most problematic because it places the parties in a new situation of pre-contractual relationship, although there is a binding contract; and it is normally difficult to decide, in case of dispute, if and how it is possible to determine that the duty to cooperate in the way of a settlement has been correctly fulfilled. Naturally, this issue must be assessed in accordance with the principle of good faith, which is the general standard useful to evaluate the efforts of the parties in dealing with the new situation.

In presence of such contractual clauses, we can consider, as a matter of principle, that the self-regulation done by the parties is exhaustive in order to establish the consequence on the effectiveness and/or the modification of the contract. But, in my opinion, such a conclusion is correct only when the original agreement provides, in general, for all the cases of temporary impossibility of performance and the consequence of such a situation relating to the interest of the party that was burdened by such performance.

I question if this solution is totally correct. To understand my doubt one must consider that, except in those cases where performance is legally prohibited, in most cases, the performance can be fulfilled, but it is much more difficult compared with the circumstances existing at the time of the agreement and predictable for the future.

Here it is difficult to establish in advance a general rule, and I think that evaluation on a case-by-case basis is appropriate, firstly, to the principle of good faith. But, in any case, it is necessary to distinguish those cases where performance is difficult, albeit through at much greater cost than originally anticipated, from those cases which expose the performing party to an elevated risk to his health.

From this perspective, it is also noteworthy that an “act of God” and “force majeure” must not be considered as comparable to impossibility of performance, which entails a higher standard (for example, when a factory is shut down by order of authority). Both those terms require a less stringent evaluation and include the area where the performance is yet possible, but much more difficult as it was contractually provided.

A valid cause to invoke force majeure, among which is the act of God, can be defined – despite every definition can be dangerous – as an unpredictable event not to be remedied by the ordinary diligence and due care that is required in the performance of any contract and in that specific situation.

3 The latter considerations concern also the case where the contract doesn't provide anything for unexpected new circumstances arising either by force majeure or an act of God.

Obviously, in the absence of self-regulation, the issue is more complex and the solution can depend on the choices adopted by each of the different legal systems. Nevertheless, I think that it is not only possible but rather necessary to find a common core in order to identify some general rules. I will try to develop this short thought in this way.

First, is to consider the simplest event wherein the performance is forbidden by legal order. In this case, regarding COVID-19, there is – we all hope – only a temporary, but objective, impossibility. Under this circumstance, one must further consider whether the asserted exemption of liability arises by an order of the authority that is entirely independent of the behaviour of the obliged party. In other words, the debtor's performance was entirely unpreventable through no fault of his own, and not just more onerous for him.

According to this, the party whose performance is impossible is not liable for the delay, and, consequently, the other party shall be exempt to fulfill his obligation. In this situation, the effectiveness of the contract is suspended until the legal prohibition shall cease or the party whose performance is still possible loses the interest to receive the consideration

The second eventuality raises the question of determining the deadline which justifies the binding effectiveness of the contract despite its unenforceability. It is simple when there is a contractual clause providing a specific period that must be strictly observed (i.e. when the contract provides that “time is of the essence”). Otherwise, it is necessary to evaluate the interest to receive the performance in relation to all the concrete circumstances having regard to a general rule of contract law: that, in the doubt, it is preferable to preserve the contract rather than dissolve it.

In this perspective, the evaluation of the loss of interest of the party who has to receive the benefit of a contract that is temporarily impossible to perform can be considered serious, and thus significant, when a delay past a given time makes the contract of no use to the other party, in which case the latter can terminate the contract. This solution reflects the principle of good faith which can be applied alternatively as a remedy to cure and to termination of the contract.

- 4 The foregoing considerations can be applied in particular to leasehold agreements for enterprises, which are often affected in this extraordinary crisis, in which the public authorities prohibit many non-essential commercial activities from conducting business.

Although those prohibitions don't touch the lessor's performance, they certainly have a strong negative impact on the activity of the lessee. Nevertheless, the principal obligation of the latter to pay fees remains always possible because its object is the payment of a sum of money.

In some legal systems, the impossibility for the lessee to use the property for the scope provided by the contract is a just-cause of termination. But, although a temporary impossibility can justify such a remedy, probably it can appear excessive because of the interest of both the parties to preserve the contract. Without an agreement of the parties on a suspension of the lessee's debt, it would be possible – but this question can be debated – to suggest that the lessor's performance is not only to give the use of the property to the lessee but, more specifically, the use for a type of activity, temporally impossibility of which suspends the effects of the contract.

However, this solution is not without complications. Indeed, it places the burden of the temporary impossibility entirely on the lessor. For this reason, I think that it can be a practicable solution only when there is a clause in the contract that expressly indicates the type of activity for which the property is rented. The lack of such a clause cannot be remedied without a settlement agreement of the parties.

- 5 More difficult is the issue when the performance is not prohibited by the authority but it is materially impossible, or it becomes extremely arduous or expensive to comply with.

When it is materially impossible, we have, ultimately, a cause of temporary force majeure. And the solution is the same that we have already examined.

When the performance is possible, yet more difficult or expensive, the solution is different.

When faced with such a situation, a reasonable approach to the problem derives from a solution based on an assessment as to whether the supervening onerousness of the performance exceeds the threshold of the risk normally inherent in each contract. The answer depends on an evaluation of the extraordinary and unpredictable nature of the events, where the extraordinary nature is objective and the unpredictability is related to the situation of the parties.

However, in the legal systems where there are no specific legal rules on supervening circumstances, the good faith in the execution of the contract is the instrument by which one must decide if the performance is yet enforceable considering the new and unpredictable situation.

In fact, there are possible, and probably frequent now, ripple effects of this situation that are significant when it comes to supply chains.

In the end, also this kind of remedy can be considered as similar to force majeure, despite the permanent factual possibility of the performance. It is to consider that each contract, execution of which is deferred or continued over a protracted period (i.e. instalment contracts, to name a few), in the Roman Legal tradition is governed by the principle *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, well known in the civil law systems in some specific legal provisions.

In some legal experiences, in the perspective to avoid the entire frustration or impracticability of the contract, it is also provided that the creditor of the performance can offer a modification of the contract in order to restore the original balance of the operation.

The present situation is temporary. So, good faith takes on a fundamental rule in the administration of the contractual relationship. From good faith arises the duty of the party whose performance is temporally much more onerous but not factually or legally impossible to give notice to the other party of its impediments in the performance of the agreement, and the same principle, I think, allows the latter party to terminate the contract only if there is a time limit after which the performance becomes no more useful, and so there is no interest to receive it.

Naturally, a significant expression of good faith is the duty to cooperate in order to find, or to try to find, a settlement agreement with a view to cure the contract, obviously modifying some clauses, especially relating the time-period.

It is to consider that COVID-19 is a serious danger for the common health, and in all legal systems, as far as I know, the right to life and to health is of primary importance among the fundamental rights.

Therefore, its protection overshadows any other human rights, such as the right to privacy, and, obviously, patrimonial rights. This is an explication of balance through reasonableness.

A different conclusion is possible for aleatory contracts because here one party's duty to perform is conditional on the occurrence of a fortuitous event and the other party takes the risk of performance, even though the event occurs and excuses the first party from rendering its performance. But also, in this case, it would be appropriated to evaluate the risk which characterises the specific contract in order to determine if the cause of the excessive onerousness of a performance is included in the area of the risk.

6 Only a few words on pecuniary obligations. For the traditional statement *pecunia non perit*, the lack of money has no relevance. The debtor is in default in any case, and the other party can refuse to fulfill his obligation if it must be performed contemporaneously, or, otherwise, refuse to fulfill when the economic conditions of the other party indicate that he cannot fulfill.

7 A contract is a binding agreement. But its life is in reality and connected to the circumstances. Inherent in every contract is the risk that each party assumes that the future situation can modify. But the law, despite its rigour, irrespective of the system in which it operates, is aware that the contractual risk of each party doesn't stretch indeterminately, but is limited when exceptional circumstances arise.

The fact that this year, we will not meet each other in St. Petersburg is, unfortunately, the best evidence.

I conclude with a thought on sanitary performances through war against COVID-19.

We know the particularity of such an activity, that is to make the best efforts to cure a disease without assurance of healing. It is generally accepted that the correct fulfillment of sanitary performances can be appreciated by observing the guidelines and sanitary protocols.

But we are now in a situation of emergency where such indications are being drafted just now. It is a work in progress. This circumstance authorises to regard that the responsibility of the doctors must be evaluated with less rigour, naturally having regard to the concrete circumstances.



Форс-мажор и китайская специфика**

Положения о форс-мажоре (непреодолимой силе) в силу своей природы согласовываются без какого-либо знания о конкретных обстоятельствах, при которых они будут применяться. Такие положения, как правило, предусматривают освобождение от обязательств ввиду событий или обстоятельств, которые сторона, заявляющая о непреодолимой силе, не могла контролировать. Очевидно, за последние недели многие компании изучают такие положения, учитывая крайне сложную обстановку, с которой они столкнулись в Китайской Народной Республике в связи с коронавирусом.

Под непреодолимой силой, согласно Статье 117 Закона КНР о договорах, понимаются «объективные, непредвиденные, неустраняемые и непреодолимые обстоятельства». Почти во всех договорных положениях о форс-мажоре конкретно расширительно указываются события, подпадающие под это определение, с учётом прямого положения об обязанности приложить усилия для смягчения их последствий. Вспышку COVID-19, очевидно, было невозможно предвидеть, и во многих случаях стороны мало что могут сделать, чтобы смягчить последствия этих обстоятельств, особенно в периоды, которые подпадают под распоряжения государственных органов. Однако эта позиция не всегда может быть недвусмысленной, и сторонам следует проявлять осмотрительность при рассмотрении вопроса о том, как применяются положения о форс-мажоре.

Основание для иска

Праву КНР присуща определённая специфика, на которую следует обратить внимание.

1. Как во многих других юрисдикциях, в КНР сторона, добивающаяся освобождения от ответственности ввиду непреодолимой силы, может пожелать сослаться на «эпидемию» как на одно из обстоятельств, указанных в положении о форс-мажоре, или, возможно, на общее определение форс-мажора как события или обстоятельства, которое выходит за рамки контроля заявляющей о нём стороны.

* Управляющий партнёр пекинского офиса *Mayer Brown* с более чем 31-летним опытом работы в различных азиатских юрисдикциях, включая Вьетнам, Таиланд и Гонконг. Имеет значительный опыт работы в сфере торговли, недвижимости и гостиничного бизнеса в Китае. За годы работы в Азии получил опыт ведения переговоров по крупным трансграничным сделкам, включая инфраструктурные проекты, совместные предприятия и другие инвестиционные проекты. Помимо прочего, был признан ведущим юристом в области слияний и поглощений по версии *IFLR1000* (2012-2015 гг., с 2017 г. по наст. вр.).

** Текст приведён в переводе с оригинала в том виде, в котором он представлен автором, с незначительными редакторскими правками. Соавторы: Элфи Дж.И. Ванг, Миррор Джоу.

2. Либо же сторона, заявляющая о непреодолимой силе, может также сослаться на распоряжения государственных органов, политики и местные подзаконные нормативные акты, которые содержат либо предписания о закрытии предприятий, либо рекомендации об изменении порядка ведения деятельности.
3. Хотя средства правовой защиты в случае непреодолимой силы обычно применяются к обязательствам, которые не могут быть исполнены, такие как обязательства по передаче вещи или оказанию услуги, платёжное обязательство, как правило, не будет подпадать под эту категорию, хотя некоторые распоряжения и политики государственных органов предусматривают дополнительные положения о мерах по реагированию на финансовые последствия COVID-19.

Эти вопросы особенно важны, когда одна сторона оспаривает право другой заявлять о непреодолимой силе вовсе либо период, в течение которого возможно освобождение от ответственности в силу форс-мажорных обстоятельств, а также могут влиять на то, какое именно средство правовой защиты или изменение договорных обязательств будет возможно.

Различающиеся обстоятельства

Известно, что распоряжениями государственных органов, изданными в крупных городах, таких как Пекин и Шанхай, компаниям предписали или рекомендовали попросить своих сотрудников оставаться дома или, в некоторых случаях, закрыть предприятие на разные сроки. Из-за различий в требованиях можно поспорить о том, как применяются положения о непреодолимой силе, особенно если государственные органы издадут рекомендацию, а не правило, которому надлежит строго следовать. Между разнообразными изданными распоряжениями есть различия, часто зависящие от степени серьёзности эпидемии на конкретный момент.

Дата издания таких распоряжений также может быть значимым фактором для споров о действительности требований о непреодолимой силе. Некоторые периоды до или сразу после периода, который охватывает распоряжение государственного органа, могут ограничить возможность стороны заявлять о применении непреодолимой цели или иным образом поставить её под вопрос.

Ещё одна переменная – характер деятельности. В некоторых случаях распоряжения государственных органов сосредоточены на конкретных областях коммерческой деятельности, таких как туристические достопримечательности, кинотеатры и иные услуги, которые предполагают скопление в одном месте большого числа людей. К примеру, Шанхай ввёл чрезвычайные меры по закрытию мест развлечений и достопримечательностей. В то же время, в других секторах изменилась среда. Например, многие рестораны закрылись добровольно ещё в самом начале, и лишь некоторые остались открытыми. Затем последовал период, когда многие рестораны стали только доставлять еду на вынос или закрылись вообще.

Опыт атипичной пневмонии

Случается, что стороны могут оказаться без положения о непреодолимой силе или с таким положением, которое не охватывает соответствующее обстоятельство. Однако тогда можно выступать за гибкость и требовать добросовестных переговоров с тем, чтобы скорректировать платёжные обязательства. Этот вопрос рассматривался в ходе вспышки атипичной пневмонии (ТОРС – тяжёлый острый респираторный синдром) в 2003 году, когда 11 июня указанного года Верховный народный суд издал уведомление (Уведомление о ТОРС), затронув, помимо прочего, вопрос применения принципа справедливости в договорных спорах в ходе вспышки ТОРС. Хотя Уведомление утратило силу, оно может указать на подход, применения которого можно ожидать в период текущей эпидемии COVID-19.

В Уведомлении о ТОРС сказано, что непреодолимую силу можно считать установленной, если (i) неисполнение стало прямым следствием административных мер, принятых государственными органами для предотвращения эпидемии ТОРС; или (ii) сторона полностью лишена возможности исполнить свои обязательства из-за эпидемии ТОРС. Было указано общее требование – стороны должны действовать справедливо и разумно, в том числе в том, что касается изменения обязательств и (что важно) требований о финансовых корректировках, – хотя конкретные договорённости должны формироваться исходя из конкретного случая; никаких твёрдых правил Уведомление не предусматривало, а только выражало ожидание, что стороны будут использовать справедливый подход. Очевидно, порядок применения Уведомления о ТОРС был обусловлен конкретными договорённостями и всеми иными обстоятельствами, но оно содержало общее указание судам подходить к разрешению споров с позиции принципа справедливости.

Новые распоряжения государственных органов

В 2020 году стороны могут пожелать потребовать проведения добросовестных переговоров, опираясь на опыт ТОРС как на пример того, как в прошлом решались схожие вопросы. Кроме того, похоже, что сейчас идёт разработка новых руководящих принципов. К примеру, сообщается, что 10 февраля спикер Комиссии по законодательству при Постоянном комитете Всекитайского собрания народных представителей заявил, что, если стороны не могут исполнять свои договорные обязательства из-за правительственных мер в связи с COVID-19, следует позволить им требовать освобождения ввиду непреодолимой силы в соответствии с договорным правом КНР. Первая палата по гражданским делам Высшего народного суда провинции Чжэцзян также, как сообщается, заявила в тот же день, что в случае споров необходимо предоставлять правовую защиту в связи с форс-мажором и руководствоваться принципом справедливости (что очень похоже на подход в период ТОРС, о котором сказано выше).

Следует также отметить, что правительства Пекина и Шанхая ранее в феврале издали распоряжения о предоставлении особой поддержки

малым и средним предприятиям в том, что касается освобождения от арендной платы.

- В частности, в распоряжении властей Пекина, изданном 5 февраля, указывалось, что арендодатель, являющийся государственным предприятием, обязан предоставить двухмесячную отсрочку по платежам за аренду производственных помещений и 50%-ную скидку на аренду офисных помещений (с учётом соблюдения определённых критериев). Власти города также рекомендовали частным арендодателям предоставить освобождение своим арендаторам. Некоторые меры финансового поощрения, похоже, будут доступны для арендодателей, которые пойдут на такое освобождение от арендной платы.
- Муниципальное правительство Шанхая издало распоряжение от 7 февраля, в котором, как представляется, также указывалось, что арендаторы потенциально освобождаются от арендной платы за февраль и март, если арендодатель является государственным предприятием, и поощрялось освобождение арендаторов от арендной платы со стороны частных предприятий, эксплуатирующих крупные офисные здания, торговые центры и индустриальные парки.

Некоторые из этих программных документов могут быть очень общими, но ожидается принятие более конкретных мер по их имплементации. Вместе с тем в целом, как представляется, они соответствуют подходу, принятому в 2003 году, и указывают на то, что в случае спора суды, по всей вероятности, будут склоняться в пользу тех, кого серьёзно затронул COVID-19. Что, вероятно, ещё важнее, такие программные документы можно использовать в переговорах, чтобы побудить контрагента к сотрудничеству и компромиссу.

Кризис COVID-19 в КНР продолжается, и связанные с ним юридические вопросы, вне всяких сомнений, продолжат разрабатываться в ближайшие недели. По мере того, как финансовые последствия кризиса становятся все более ощутимыми, рассмотренные выше вопросы, скорее всего, приобретут значение для многих деловых правоотношений.



Force Majeure with Chinese Characteristics**

Force majeure provisions are by their nature, negotiated without any knowledge of the precise circumstances in which they will apply. Such provisions will ordinarily provide relief from obligations based on events or circumstances beyond the control of the party claiming force majeure. Clearly, many companies have been reviewing such provisions in recent weeks given the very difficult circumstances encountered in the People's Republic of China in connection with the COVID-19 virus.

Force majeure, in Article 117 of the PRC Contract Law, refers to “the objective circumstances that are unforeseeable, unavoidable and insurmountable”. Almost all force majeure contractual provisions will specifically refer to events broadly within this definition subject to an express duty to mitigate. The COVID-19 outbreak was obviously not foreseeable and in many cases parties can do little to mitigate circumstances, particularly during periods that government directives cover. However, the position may not always be clear-cut and parties must be careful when considering how force majeure provisions apply.

Basis of a Claim

There are particular features relevant to the PRC that should be noted.

1. As in many jurisdictions, a party seeking force majeure relief may wish to rely on ‘epidemic’ as one of the circumstances specified in a force majeure provision or perhaps the general definition of force majeure as being an event or circumstance beyond the control of the party claiming it.
2. Alternatively, a party claiming force majeure may also rely on government directives, policy statements and local regulations which have either ordered businesses to close or encouraged changes in the way business is conducted.
3. Although force majeure relief is usually applied to obligations that cannot be performed, such as an obligation to deliver something or provide a service, a payment obligation usually would not fall into this category, although some government directives and policy statements provide additional scope to address the financial consequences of COVID-19.

* Managing Partner of the *Mayer Brown* Beijing office. He has over 31 years' experience gained in several Asian jurisdictions, including Vietnam, Thailand and Hong Kong. He has significant China commercial, real estate and hospitality experience. Over his years in Asia, he has had experience of negotiating large cross-border transactions including infrastructure projects, joint ventures and other investment arrangements. Inter alia, he has been recognized as a Leading Lawyer in M&A by *IFLR1000* (2012 to 2015, 2017 – present).

** The text is reproduced in the original language as submitted by the author, with minor editorial changes. Co-authors: Elfie J.Y. Wang, Mirror Zhou.

These issues will be particularly important where one party disputes another's rights to claim force majeure at all, the period during which force majeure relief is available and may also impact on precisely what sort of relief or variation to contractual obligations is available.

Differing Circumstances

Clearly, government directives issued by major cities such as Beijing and Shanghai have either required or encouraged companies to ask their employees to remain at home or in some cases have shut down business for various periods of time. Differing requirements may provide room for argument as to the way in which force majeure provisions apply, particularly where government makes a recommendation only rather than a rule that must be strictly followed. There have been differences between the various directives issued, often depending on the severity of the virus at a particular time.

The date that such directives are issued may also be a factor relevant in disputes about the validity of force majeure claims. Some periods before or immediately after a period covered by a government directive may limit the ability for a party to claim force majeure or otherwise make it more open to question.

The other variable is the nature of business being conducted. In some cases, government directives are focused on particular business areas, such as visitor attractions, cinemas and other services industries involving the gathering of members of the public in one place. For example, Shanghai has issued emergency measures to close entertainment and visitor attractions. At the same time, the environment in other sectors has evolved. For example, many restaurants closed voluntarily in the beginning, leaving a small number open. A period then followed when many restaurants started to serve takeaway food only or closed completely.

SARS Experience

Separately, parties may find themselves in circumstances with no, or an inadequate, force majeure provision. However, there may be scope to argue for flexibility and request good faith negotiations with a view to an adjustment of payment obligations. This issue was examined during the SARS outbreak in 2003, when the Supreme People's Court issued a notice (SARS Notice) on 11 June of that year addressing, among other things, the application of the principle of fairness in contractual disputes during the SARS outbreak. Although this Notice is no longer effective, it may be indicative of the approach that might be expected during the present COVID-19 period.

The SARS Notice said a force majeure could be treated as having been established if (i) a failure to perform was directly caused by administrative measures taken by government to prevent the SARS epidemic; or (ii) it is fundamentally impossible for a party to perform its obligations due to the SARS epidemic. The general requirement was that the parties act in a fair and reasonable manner including in respect of the variation of obligations and (significantly) requests for financial adjustments –

although the precise arrangements to be made were to be considered on a case-by-case basis, with no hard rules but simply an expectation that the parties adopt a fair approach. Clearly, the way the SARS Notice was applied was subject to contractual arrangements and all other circumstances but with a direction to the courts to adopt the principle of fairness in deciding disputes.

New Government Directives

In 2020 parties may wish to request good-faith discussion using the SARS experience as an example of how similar issues have been addressed in the past. Furthermore, it does appear that new guidance is being developed. For example, a spokesperson for the Legislative Affairs Commission of the National People's Congress Standing Committee is reported to have stated on 10 February that if parties are unable to perform their contractual obligations due to the government measures relating to COVID-19, they should be allowed to claim force majeure relief in accordance with the PRC Contract law. The First Civil Division of Higher People's Court of Zhejiang Province is also reported to have stated on the same day that in disputes force majeure relief and the principle of fairness should be adopted (being very similar to the SARS approach discussed above).

One should also note that the Beijing and Shanghai governments both issued notices earlier in February granting special support for small and medium-sized businesses for rent relief.

- In particular, the Beijing notice, issued on 5 February, stated that a landlord that is a state-owned enterprise should grant a two-month rent exemption for manufacturing premises and a 50% reduction for office leases (subject to certain criteria). It also encouraged private landlords to grant rent relief to tenants. Certain financial incentives appear to be available to landlords offering such rent relief arrangements.
- A Shanghai municipal government notice on 7 February also appeared to indicate that of February and March rent could be potentially exempted where the landlord is a state-owned enterprise and encourage private operators of large office buildings, malls and industrial parks to grant rent relief to tenants.

Some of these policy statements may be very general, though more detailed implementation measures are expected. They nevertheless collectively appear to be consistent with the approach taken in 2003 and indicate that in the event of a dispute, the courts are likely to be sympathetic to those severely impacted by the COVID-19. Perhaps more importantly, such policy statements can be used in negotiations to encourage cooperation and compromise.

The COVID-19 crisis in the PRC is ongoing and the legal issues relevant to it will no doubt continue to develop in the weeks ahead. As the financial impact of the crisis begins to bite, the issues discussed above are likely to become relevant to many business relationships.



COVID-19 как обстоятельство непреодолимой силы и частное право Австрии**

Едва ли можно усомниться в том, что далеко идущие ограничения торговли, бизнеса и передвижения, принятые в ответ на эпидемию COVID-19, сделают своевременное исполнение некоторых договорных правоотношений невозможным. Существует консенсус относительно того, что такие ограничения – это типичные меры, принимаемые в связи со вспышкой заболеваний. В Австрии такие меры предусмотрены Законом о борьбе с заболеваниями, который был принят в 1913 году. Тем самым, нет никаких сомнений в том, что стороны, лишённые возможности исполнить свои договорные обязательства ввиду таких ограничений, могут ссылаться на непреодолимую силу. Также общепризнанно, что тяжёлая финансовая ситуация, возникшая из-за эпидемии COVID-19, не приостанавливает платёжные обязательства, если это прямо не предусмотрено законом. Договоры не прекращаются автоматически, если одна из сторон испытывает финансовые трудности из-за мер по борьбе с COVID-19.

Необходимо сосредоточиться на намерении сторон и природе их договора, чтобы ответить на вопрос о том, имела ли место непреодолимая сила в связи с их правоотношением. Едва ли кто-то поспорит с тем, что эпидемия коронавируса – это непредвиденное событие для тех сторон, которые заключили своих договоры хотя бы до середины марта 2020 года. Обычно это зависит от уровня осведомлённости о заболевании и принятых мер в конкретном регионе. Но, как правило, стороны не могут предвидеть событие, подобное эпидемии COVID-19. Вспышки заболеваний, которые влекут меры, подобные мерам, принятым в ответ на текущую эпидемию, случаются редко. Так, ещё в 1812 году составитель ГК Австрии, Франц фон Цайллер, подтвердил, что сторонам нужно, в частности, упомянуть заболевания в положениях своего договора, иначе их нельзя будет подозревать в том, что они подумали о заболеваниях (то есть предвидели их).

Право обычно должно признавать, что договоры прекращаются, если прекращают существовать основания таких договоров. Такие основания могут быть сформулированы прямо. Также они могут вытекать из характера договора и ожиданий сторон. Сегодняшняя ситуация повлияла, к примеру, на множество договоров аренды

* Доцент кафедры права в Университете им. Зигмунда Фрейда в Вене (Австрия). Президент Междисциплинарной ассоциации сравнительного правоведения и международного частного права (IACPIL). Член-корреспондент Международной академии сравнительного правоведения (AIDC/IACL). Внештатный советник фирмы *Specht & Partner* и штатный советник по юридическим вопросам Национального банка Австрии.

** Текст приведён в переводе с оригинала в том виде, в котором он представлен автором, с незначительными редакторскими правками.

и соглашений об оказании услуг. Договоры об аренде помещений для проведения юридической конференции заключаются на том основании, что юридическая конференция может быть проведена. Но вот такие основания утрачиваются – следовательно, прекращается и договор. То же относится к соглашениям об оказании услуг фотографов и спикеров, заключённым для такого мероприятия.

Благодаря принципу автономии воли сторон, стороны вправе договориться об исключении возможности расторгнуть свой договор. Но здесь применяются некоторые ограничения. Во-первых, следует включить прямое упоминание заболеваний, чтобы доказать, что стороны намеревались урегулировать свои правоотношения в случае эпидемии, когда заключали договор, и, во-вторых, следует предусмотреть компенсацию за включение такой оговорки в договор. Иначе соответствующее положение договора может быть признано несправедливым.

Право континентальной Европы охватывает давнюю традицию реагирования на события, схожие с текущей эпидемией коронавируса, и на их последствия для договоров. Здесь можно сослаться на римское право: если кто-то покинул своё арендованное помещение из-за страха, то он/она не обязан платить арендную плату, если имелось уважительное с точки зрения права основание для такого страха (*justa causa timoris*). В Римской империи если люди покидали дома, спасаясь от чумы, других болезней или врагов, и бежали в другие провинции империи, они не были обязаны платить арендную плату, если их страх был обоснованным с точки зрения права, даже если реальной опасности не было. Эта норма получила дальнейшее развитие в праве континентальной Европы и вошла в ГК Франции и Австрии. В Австрии, в частности, она применялась во время Первой мировой войны, когда людям в восточной части Австрийской империи приказывали отменять праздники, прекращать продажу алкогольных напитков или покидать их помещения ввиду приближения врага. Схожим образом австрийские арендаторы, которые испытали на себе воздействие мер, принятых против эпидемии COVID-19 и обязавших их закрыть свои рестораны, офисы или другие помещения, вправе не платить арендную плату.

В дополнение к традиционным нормам, применяемым в Австрии на протяжении уже более двух веков, австрийский законодатель ввёл несколько гражданско-правовых положений в качестве чрезвычайных мер реагирования на эпидемию COVID-19. Приведу несколько примеров: до 30 июня 2020 года арендодатели не вправе расторгнуть договор аренды за неуплату арендной платы. Арендаторы также не вправе взыскивать неоплаченную арендную плату до 1 января 2021 года. Срок уплаты любых платежей по потребительским кредитам и кредитам малым предприятиям не наступит до 1 июля 2020 г. В этот период не могут начисляться никакие проценты за неуплату. Займодатели не вправе расторгать договоры займа. Никакие договорные неустойки не начисляются за какое-либо неисполнение в результате COVID-19 или, что крайне любопытно, если должник может испытывать финансовые трудности. Вот лишь некоторые из наших текущих мер в области гражданского права.

От банков требуют пересмотреть правила об отказе от принудительных мер по взысканию задолженности и о проблемных кредитах. Это необходимо для того, чтобы избежать массовой несостоятельности банков.

Большинство связанных с коронавирусом мер в гражданском праве можно квалифицировать как сверхимперативные нормы. Международное частное право ЕС ограничивает применение иностранных сверхимперативных норм и предусматривает применение национальных сверхимперативных норм. По сути, мы наблюдаем активное возрождение применения права места суда и, соответственно, недостаточную координацию трансграничных дел.





COVID-19 as Act of God and Private Law Regulation in Austria**

There is little doubt that the far-reaching restrictions on trade, business, and mobility adopted in reaction to the COVID-19 pandemic will render a timely performance of some contractual obligations impossible. There is a consensus that the restrictions are typical measures adopted in relation to the outbreak of diseases. In Austria, these measures are prescribed in the Act Against Epidemic Diseases which has been promulgated in 1913. Therefore, there is little doubt that parties, unable to meet their contractual obligations due to such restrictions, can refer to *force majeure*. It is also common ground that a difficult financial situation caused by the COVID-19 pandemic does not suspend payment obligations unless explicitly prescribed by the law. Contracts do not cease automatically if one party is financially impaired due to COVID-19-measures.

There is a need to focus on the intention of the parties and the nature of the contract to answer whether a force majeure in relation to the legal relationship has occurred. There is little doubt that the COVID-19 pandemic is an unforeseen event for parties contracting at least before mid of March 2020. This, however, generally depends on the regional level of awareness of the disease and the measures taken. Typically, parties do not foresee an event like the COVID-19 pandemic. The outbreak of a disease causing measures as in the current pandemic occurs rarely. Therefore, as early as in 1812, the drafter of the Austrian Civil Code, *Franz von Zeiller*, confirmed that parties need to particularly include a reference to diseases in their contractual terms otherwise they cannot be suspected to have thought about diseases.

The law, generally, has to acknowledge that contracts will terminate if the grounds to enforce these contracts cease to exist. These grounds can be formulated explicitly in a contract, but can also be derived from the nature of the contract and the expectations of the parties. Today's situation affects, for instance, many lease agreements and service agreements. Lease agreements to rent premises for having a legal conference are concluded on the grounds that a legal conference can take place. These grounds ceased to exist. Accordingly, those contracts terminate. The same applies to service agreements with photographers and speakers concluded for such an event.

* Assistant Professor in law at Sigmund Freud University Vienna (Austria). President of the Interdisciplinary Association of Comparative and Private International Law (IACPIL). Associate Member of the International Academy of Comparative Law (AIDC/IACL). Of Counsel of *Specht & Partner* and permanent legal counsel of an Austrian Bank.

** The text is reproduced in the original language as submitted by the author, with minor editorial changes.

Thanks to the principle of party autonomy, parties may agree to exclude contractual termination rights. However, restrictions shall apply. First, explicit references to diseases should be made to prove that the parties' will was directed at regulating their relationship in case of a pandemic when entering into a contract. Secondly, for the inclusion of such a clause compensation should be awarded. Otherwise, a respective contractual term could be found unfair.

Continental European law encompasses a long tradition of dealing with events similar to the current COVID-19 pandemic and its effects on contracts. Reference is made to Roman law: when someone left his or her rented facilities out of fear, he or she would owe no rent if there was a legally acceptable ground for fear (*justa causa timoris*). In the Roman Empire, if people left their homes in fear of plague or other diseases, or enemies, and escaped to other provinces of the Empire, they would owe no rent if their fear was based on legally acceptable grounds, even though there was no real danger. This legal rule was refined in Continental European law and is part of the French *Code civil* and the Austrian Civil Code. It was applied in Austria, in particular, during World War One, after people had been ordered to cancel festivities, to stop selling alcohol, or to leave their premises in the eastern part of the Austrian Empire in the face of the enemy approaching. Similarly, Austrian tenants affected by measures against the COVID-19 pandemic obliging them to close their restaurants, offices, or other premises are entitled to pay no rent.

In addition to traditional rules applied in Austria for more than two centuries, the Austrian legislator has enacted several civil law provisions as an emergency reaction to the COVID-19 pandemic. Some examples: until the 30th of June 2020, lessors are neither entitled to terminate a lease agreement due to non-payment of rents nor to claim the outstanding rents earlier than on the 1st of January 2021. Also lenders are not entitled to terminate credit agreements. Furthermore, any payment in relation to consumer credits and credits to small enterprises will not become due before the 1st of July 2020. During this period, no default interest rate may be charged. In general, no contractual penalty shall be charged due to any non-performance caused by COVID-19 or, most interestingly, if the debtor would be suffering financial hardship. These are just some of our current measures in civil law.

Banks are requested to reinterpret the rules on forbearance and non-performing loans. This is necessary, to avoid massive insolvency of banks.

Most COVID-19 measures in civil law can be qualified as overriding mandatory rules. EU private international law restricts the application of foreign overriding mandatory rules and provides for the application of domestic overriding mandatory rules. In effect, we will see a strong revival of the application of forum law and, accordingly a lack of coordination in cross-border cases.