

Arbitration.ru

Издание о международном арбитраже



ФОРС-МАЖОР// FORCE MAJEURE

COVID-19 и форс-мажор в странах:

- Республика Беларусь
- Украина
- Франция

Обзор

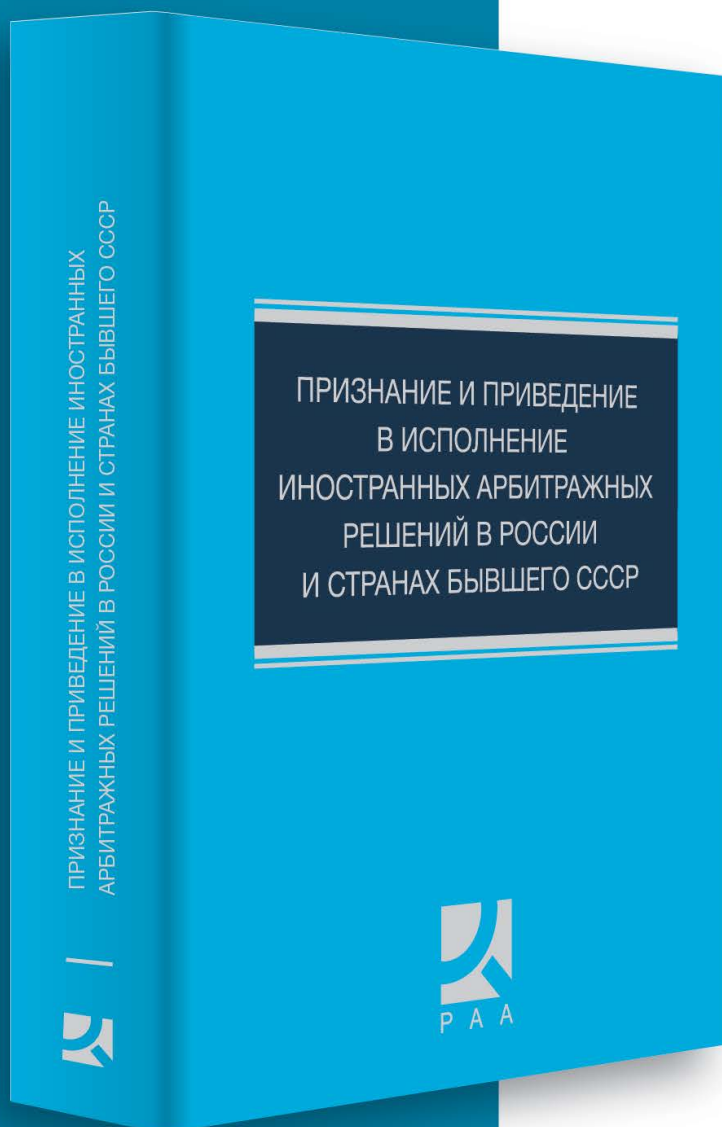
Оговорка ICC
о форс-мажоре – 2020

Аналитика

Коллективные иски
в России и мире

English Section

- Force Majeure doctrine in India, Italy, France
- PwC FM Checklist
- Arbitration Kitchen with Jackie van Haersolte-van Hof (LCIA) and Alexis Mourre (ICC)



В 2018 году исполнилось 60 лет Нью-Йоркской конвенции о признании и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

Арбитражная Ассоциация выпустила книгу, посвященную вопросам признания и приведения в исполнение иностранных решений, оспаривания и исполнения внутренних арбитражных решений в России и странах бывшего СССР. В издание включен постатейный комментарий к Нью-Йоркской конвенции, Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961, АПК, ППК и Закону о международном коммерческом арбитраже. В книге также подробно освещены особенности правового регулирования в странах бывшего СССР.

Уникальной особенностью издания является подробный статистический анализ российских судебных актов об оспаривании, признании и приведении в исполнение арбитражных решений за последние 10 лет.

Твердый переплет, 1000 страниц, тираж 1000 экз.

The New York Convention celebrated its 60-year anniversary in 2018.

To celebrate this occasion, the RAA released a commentary to the New York Convention and related Russian and CIS laws.

The book will offer a detailed analysis of the Russian case law on the Convention for the past 10 years.

Hardcover, 1000 pages, 1000 copies, Russian language.

EDITORIAL BOARD



Dmitry Artyukhov

Arbitration.ru, Editor-in-chief, Moscow



Olena Perepelynska

Integrites, Partner, Kyiv



Ekaterina Grivnova

Paris baby arbitration, Founder, Paris



Galina Zukova

ZUKOVA Legal, Partner, Paris



Roman Zykov

Russian Arbitration Association,
Secretary General, Moscow



Steven Finizio

WilmerHale, Partner, London



Lilia Klochenko

RAA, Member of the Board, Vienna



Vladimir Khvalei

Arbitration Association,
Chairman of the Board, Moscow



Alexander Komarov

VAVT, Chair to international private law,
Professor, Moscow



Alexander Muranov

Muranov, Chernyakov and partners
attorneys-at-law,
Managing partner, Moscow



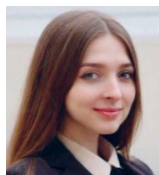
Elina Mereminskaya

Wagemann Abogados & Ingenieros,
Partner, Santiago



Alexandre Khrapoutski

Arbitration Association,
Vice Chairman of the Board,
Lex Torre, Partner, Minsk



Anastasia Konovalova

Arbitration.ru,
Editorial Assistant, Moscow



Журнал Arbitration.ru № 18, апрель 2020
Учредитель и издатель:
Арбитражная Ассоциация
Адрес учредителя и издателя:
115191, Москва, Россия,
Духовской переулок, 17, стр. 12, этаж 4
+7 (495) 201-29-59

На обложке: Мона Лиза в маске. Источник: Фотогалерея Tsn.ua
On the cover: Mona Lisa in a mask. Source: Tsn.ua photoreel

Главный редактор:
Дмитрий Артюхов
editor@arbitrations.ru

Ассистент редакции:
Анастасия Коновалова

Корректор:
Татьяна Левицкая

Возрастное ограничение 16+.

Мнение редакции может не совпадать с мнением авторов. Издание является информационным. Опубликованные в издании законодательные акты, решения судов и другие юридические документы могут изменяться и должны быть запрошены через соответствующие институты и ведомства.

ANALYTICS

- 7 DOCTRINE OF FORCE MAJEURE IN ITALY**
Alberto Croze, Patrizia Sangalli, SDG & Partners, Milano
- 10 VACCINE AGAINST NON-PERFORMANCE LIABILITY? COVID-19 PANDEMIC AS FORCE MAJEURE IN FRENCH ARBITRATIONS**
Valeriya Tsekhanska, DLA Piper, GEG ENS Droit, Paris
- 15 ADDRESSING BLACK SWAN EVENTS IN THE ENERGY SECTOR: FORCE MAJEURE IN INDIA**
Siddharth Aiyanna, Gopika Menon, NALSAR University of Law, India
- 19 IS INDIA'S NEXT MOVE, A DEFENSIVE MASTERSTROKE: ANALYSING HOW FAR IS INDIA'S NEW BIT EQUIPPED TO DEAL WITH ISDS CLAIMS POST ITS STRICT COVID-19 MEASURES**
Mr. Rajarshi Singh, Ms. Anamika Singh, National University Of Study and Research in Law, Ranchi

EXPERT'S CORNER

- 23 PRACTICAL TIPS TO PREPARE YOUR LOSS CLAIM RESULTING FROM THE COVID-19 PANDEMIC**
Sirshar Qureshi, Russia & CIS Dispute Advisory Centre of Excellence Leader, PwC

INTERVIEW

- 26 ARBITRATION KITCHEN WITH JACOMIJN VAN HAERSOLTE-VAN HOF (LCIA)**
Vladimir Khvalei, Partner, Baker McKenzie, Moscow
- 35 ARBITRATION KITCHEN WITH ALEXIS MOURRE (ICC) – STUFFED TOMATOES SICILIAN STYLE. SEASON 1 EPISODE 2**
Vladimir Khvalei, Partner, Baker McKenzie, Moscow
- 48 ICC FORCE MAJEURE CLAUSE 2020**
ICC Court

ОБЗОР

- 52 НОВЫЕ ОГОВОРКИ ICC О ФОРС-МАЖОРЕ И СУЩЕСТВЕННОМ ИЗМЕНЕНИИ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ – 2020: ЧТО ЖЕ ИЗМЕНИЛОСЬ?**
Дмитрий Артюхов, Arbitration.ru, Москва

ДОКУМЕНТ

- 57 НОВАЯ ВЕРСИЯ ОГОВОРКИ ICC**
ICC Russia

АНАЛИТИКА

- 63 КОРОНАВИРУС: КОМУ ФОРС-МАЖОР, А В СТРАХОВАНИИ – ОТЛОЖЕННЫЙ ЭФФЕКТ**
Лилия Клоченко, FCI Arb, КА «Клоченко & Кузнецова», Москва
- 69 БЕЛОРУССКИЙ ПОДХОД К ОЦЕНКЕ ЭПИДЕМИЙ И ЭКОНОМИЧЕСКИХ ШОКОВ КАК ФОРС-МАЖОРА И СУЩЕСТВЕННОГО ИЗМЕНЕНИЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ**
Александр Храпуцкий, Максим Жуков, адвокатское бюро «Лекс Торре», Минск
- 74 КАРАНТИН КАК ФОРС-МАЖОР В УКРАИНЕ**
Елена Перепелинская, INTEGRITES, Киев
- 77 ПАНДЕМИЯ COVID-19 И ФОРС-МАЖОРНЫЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА: ПЕРВОЕ РЕШЕНИЕ ФРАНЦУЗСКИХ СУДОВ**
Галина Жукова, ZUKOVA Legal, Париж
- 79 «РАСТОРГНУТЬ, НЕЛЬЗЯ АДАПТИРОВАТЬ» VS «РАСТОРГНУТЬ НЕЛЬЗЯ, АДАПТИРОВАТЬ», ИЛИ КАК ВОСПОЛЬЗОВАТЬСЯ СКРЫТЫМ ПОТЕНЦИАЛОМ ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ 1980 ГОДА В ПЕРИОД ПАНДЕМИИ**
Даниил Шамело, МГИМО
- 83 COVID-19 И КОЛЛЕКТИВНЫЕ ИСКИ**
Лилия Клоченко, FCI Arb, КА «Клоченко & Кузнецова», Москва
- 87 КОЛЛЕКТИВНЫЕ ИСКИ: ВОЗМОЖНОСТЕЙ ДЛЯ ЗАЩИТЫ НАРУШЕННЫХ ПРАВ СТАЛО БОЛЬШЕ**
Ирина Цветкова, PLATFORMA, Москва

ОТ РЕДАКЦИИ



Дмитрий Артюхов
Arbitration.ru
Главный редактор

Сегодня вечером моя часть Всемирной сети перегружена и не работает: из-за режима самоизоляции слишком много пользователей на линии. Я открываю бумажную книгу: Юрий Лотман, «Пушкин». Глава седьмая, «Болдинская осень». «Около меня Колера Морбус (*cholera morbus* – медицинское название холеры. – Прим. Ю. Лотмана). Знаешь ли, что это за зверь? того и гляди, что забежит он и в Болдино, да всех нас перекусает», – приводит автор фрагмент письма Александра Сергеевича Наталье Гончаровой.

В карантине Пушкин завершит или напишет важнейшие для европейской культуры произведения. Важнейшие потому, что они затрагивают полярные альтернативы жизни. Снисхождение или месть («Выстрел»? Гений или норма («Моцарт и Сальери»? Семейные узы или одиночество («Евгений Онегин»)?

Пандемия 2020 года поставила перед людьми не менее острые вопросы. Для всех: риск неконтролируемого заражения по шведскому сценарию или тотальный контроль по китайскому и российскому? Для врачей: спасение больных коронавирусом или должное внимание другим диагнозам? Для страховщиков: выплаты по COVID-19 здесь и сейчас или исчерпание фондов? Для юристов: приостановка работы по спорам или неопределенность разбирательств онлайн?

Нет сомнения, что в ближайшее время мы увидим нарастающий ком международных и национальных споров, в которых, как и в произведениях Пушкина, за проявлением высшей силы – форс-мажора – будет проследиваться судьба отдельных людей. Возможно, в этом и есть красота и высокая ответственность юриспруденции. Пока что это отдельные эпизоды: история сенегальца-нелегала, решение суда по делу которого (см. статью Галины Жуковой) уже стало составной частью доктрины Франции о форс-мажоре. Скапливается критическая масса коллективных исков к властям курорта Ишгль в Австрии (см. статью Лилии Клоченко). Уверен, лавина «коронавирусных» исков по всему миру станет настолько мощной, что обозреть все кейсы просто не будет возможности, однако обобщенное затем «коронаправо» выведет существующее учение об обстоятельствах непреодолимой силы на новый уровень. Но какой ценой?

«Народ подавлен и раздражен. 1830-й год – печальный год для нас!» – напишет Пушкин об эпидемии два века назад. Интересный факт: поэт отправился в Болдино, чтобы, как бы мы сказали сегодня, совершить юридически значимые действия: получить имущество. Местная судебная палата ввела его во владение отцовской деревней, оформив передачу поместья. В дальнейшем Пушкину пришлось заложить деревню в банке, чтобы выкроить денег на свадьбу. Отправившись в деревню 30 августа, он смог вернуться в Москву к Наталье Николаевне лишь через три месяца, 5 декабря – написав серию уникальных произведений. Думаю, нам есть в чем последовать поэту: прямо смотреть на обстановку, но не давать обстоятельствам торжествовать над нами, чтобы выйти победителями.

EDITOR'S LETTER

Dmitry Artyukhov
Arbitration.ru
Editor-in-chief

Tonight, my part of the World Wide Web is down: because of the self-isolation, there are too many users on the line. I open a paper book by a critic Yuri Lotman, on Pushkin, an eminent poet for Russia. “Colera Morbus is near me (cholera morbus - the medical name for cholera. - Note by Y. Lotman). Do you know what this beast is? and look that she will run into Boldino and have a bite of us all, ”the author quotes a fragment of the poet’s letter to his bride Natalya Goncharova.

During quarantine, Pushkin will finalize or write his literary works that are most important for European culture. This is because they deal with portraying the polarities in life. Mercy or revenge ("Shot")? Genius or craftsmanship ("Mozart and Salieri")? Family ties or solitude ("Eugene Onegin")?

The 2020 pandemic posed questions no less acute. For everyone those were whether to risk the exposure to infection (according to the Swedish scenario) or the imposition of total control in the Chinese and Russian way? For doctors the questions are whether to rescue patients with coronavirus or to pay due attention to other diagnoses? For insurers: COVID-19 payments here and now or the exhaustion of funds? For lawyers: the suspension of litigation or the uncertainty of litigation online?

There is no doubt that in the near future we will see a growing snowball of international and national disputes in which, like in Pushkin’s works, the manifestation of a higher power - force majeure - will be traced to the fate of particular individuals. Perhaps this is the beauty and the high responsibility of jurisprudence. So far, these are separate episodes. The decision of a French court on an illegal Senegalese national has already become an integral part of the French doctrine of force majeure (see the article by Galina Zukova). A critical mass of class action lawsuits against the Ischgl resort authorities in Austria is piling up (see the article by Lilia Klochenko). I’m sure that the avalanche of “coronavirus” lawsuits around the world will become so powerful that it simply will not be possible to review all the cases, but then generalized “corona-law” will bring the existing doctrine of force majeure to a new level. But at what cost?

“The people are depressed and annoyed. The 1830th year is a sad year for us! ” - Pushkin will write about the epidemic two centuries ago. An interesting fact: the poet went through quarantine to Boldino in order, as we would say today, to undertake legal action: to get property. The local court of justice brought him into possession of his father's village, formalizing the transfer of the estate. Later, Pushkin had to pledge this village to a bank in order to carve out money for the wedding. Having gone to the village on August 30, he was able to return to Moscow to his bride Natalya Goncharova only three months later, on December 5, having written a series of unique works. I think we have something to learn from the Russian poet: take the situation seriously, but not let the circumstances triumph over us – and return victorious.

DOCTRINE OF FORCE MAJEURE IN ITALY

SDG & Partners, Milano



Alberto Croze
Of Counsel



Patrizia Sangalli
FCI Arb, Partner

The parties are relieved of responsibility for the non-fulfillment of the obligations contained in the contract if events, contingent facts or circumstances occur which are not dependent on the will of the parties and which cannot be foreseen up to the moment of their occurrence and, in any case, attributable to force majeure.

The concept of force majeure is identified in Italy by article 1467 of the Civil Code, which recognizes the debtor's right to request the termination of the contract when the performance due by him has become excessively burdensome for extraordinary and unpredictable events, unrelated to his sphere of action. In international practice, "extraordinary and unpredictable" events are defined as causes of force majeure (examples of this are earthquakes, hurricanes, wars, rebellions, etc.).

In this regard, it is worth mentioning the judgement of the Italian Supreme Court of Cassation no. 965 of the Cass. Pen., Section V, 28 February 1997, in which it is sanctioned that only an event that prevents the regular execution of the contract and also constitute the failure to comply the contract obligations, can be considered as a situation belonging to the category of force majeure. The Supreme Court also states that the impossibility to fulfil the contract obligations should not derive from debtor's direct or indirect actions or omissions.

The coronavirus COVID-19 pandemic can be qualified as an event of force majeure which may have an impact on the performance of contracts and in particular make the performance not due (or temporarily not due) and justify a failure to fulfil the obligations assumed in the contract.

Force majeure can therefore be compared with the question of the imputability of the breach. The imputability of the non-execution of the contract includes all those events that generate *culpa*: these are inexcusable situations, linked to the behavior of the debtor or in any case foreseeable from the moment of drafting the contract. An event that with the use of normal diligence and average knowledge can be foreseen at the time of signing the contract does not fall into the category of force majeure.

Having said that, it is relevant to deeply analyze the two characteristics that an event must have to be considered a cause of force majeure: **extraordinary and unpredictable**.

The Court of Cassation also intervened in this area by providing a precise description of both terms, in sentence no. 12235, Cass, section III, May 25, 2007.

The requirement of extraordinary nature, according to the Supreme Court, is objective in the sense that it must be an anomalous event, measurable and quantifiable, based on elements such as its intensity and size.

Unpredictability, on the other hand, has a subjective nature, as it relates to the knowledge and diligence of the contracting party. However, the evaluation of this characteristic must take place in a totally objective way, taking as a model the behavior of an average person, who is in the same conditions.

It is necessary, however, to emphasize the fact that the predictability and unpredictability of a circumstance as well as its ordinariness and extraordinary nature are variable elements, as they are closely linked to the type of operation that is intended to be carried out and to the place where this obligation must be acquitted. In drafting a contract, it is therefore strongly advisable to insert the force majeure clause, indicating for what extraordinary and unforeseeable events the liability of the debtor should be considered excluded in case of non-performance of the service. Doing this - together with the designation of the applicable law and the competent court or the arbitration clause - is also valid in order to avoid the possible application of private international law which could be disadvantageous for the defaulting party.

The coronavirus COVID-19 pandemic, as a force majeure event, may lead to the activation of contractual clauses for the management of this type of risk. Common in international trade, such clauses regulate the occurrence of a contingency that cannot be foreseen by the parties and is beyond their control and usually provide for the obligation to renegotiate the contractual terms in good faith before proceeding with the termination of the contract.

If the contract contains a force majeure clause, the content of this clause should be carefully analyzed.

The first contracts affected by the phenomenon are the ones that have normally a long duration, such as lease contracts, business rental contracts, supply and distribution contracts, loan contracts, tender contracts and transport contracts.

Decree Law n. 6 of February 23, 2020, and the Decrees of the Prime Minister of Council of March 11 and 22, 2020, (later merged into Decree Law n. 19 of March 25, 2020) introduced the so-called “containment measures” and suspended some commercial and production activities: these measures represent, at least during the period of validity of the prohibitions, a so-called *factum principis*, which may lead to the suspension of performance and the renegotiation of contractual terms.

Decree Law n. 18 of March 17, 2020 confirmed that compliance with the containment measures can justify some contractual breaches. The Decree also

introduced specific provisions regarding banking, insurance, transport and rental contracts.

Including a force majeure clause in a contract governed by a civil law jurisdiction, which generally recognizes the doctrine of force majeure, allows the parties to circumvent possible limitations on the doctrine set forth in the applicable law.

It is essential to review all pending contracts in order to verify their exact content and in particular:

1. The term within which the services must be performed;
2. If the contract contains a force majeure clause (Force Majeure Clause);
3. What is the applicable law to the contract (Choice of Law Clause).

If the contract does not contain a force majeure clause, the remedies provided by the law applicable to the contract will apply, for example, if the contract is governed by Italian law, articles 1218, 1256, 1258 and 1463 of the Italian Civil Code could apply. In the matter of supervening impossibility, art. 91 of the law Decree n.18 dated March 17, 2020, for pecuniary obligations.

The provision is explained by considering that in synallagmatic contracts the performance of each of the parties is strictly connected to the performance of the other party, therefore, even in the case of force majeure the Latin principle *inadimplenti non est adimplendum*¹ is applicable.

Almost all legal systems recognize the right of the parties to choose the law applicable to the contract according to their convenience. If the parties have not made this choice, the identification of the law applicable to the contract is made according to the rules of private international law of the country of the judge competent to resolve the dispute and the international regulations governing the matter (e.g., for Italy, according to EU Regulation No. 593/2008 on the law applicable to contractual obligations for international contracts stipulated within the EU and according to law No. 218/1995 for commercial contracts stipulated outside the EU).

In particular, it is recommended to check:

1. If among the events covered by the clause are included pandemic (e.g., pandemic;

¹ The principle of a synallagmatic contract meaning one has no need to respect his obligation if the counter-party has not respected his own. (Editor's note).

epidemics) and/or measures of the public authority (e.g., quarantine restrictions; act of authority; acts of government);

2. Where the clause does not include these events among those expressly listed, if related events and/or general expressions are included (e.g., extreme natural event; Acts of God);
3. In any case, if - based on the provisions of the clause itself - the list contained in the clause is to be considered exhaustive or merely exemplary;
4. If there is a deadline within which to notify the counterparty of the event of force majeure (Notice);
5. If the notification is to be sent following particular requirements (of content or form) and/or if it must be accompanied by additional documentation (e.g., a declaration of a Chamber of Commerce certifying the circumstance alleged as force majeure).

Once the notification is received, the recipient counterparty has the right to suspend the payment. Furthermore, if the service becomes definitively impossible or the suspension continues beyond the maximum term that may be provided by the force majeure clause, the counterparty that receives the notification has the right to request:

1. the termination of the contract and
2. the return of what possibly anticipated as consideration for the service that cannot be received due to the impossibility.

If the Force Majeure clause prescribes that the notification must be accompanied by a certification issued by a Chamber of Commerce, it is necessary to obtain this certification and verify that this is issued by the Chamber of Commerce indicated in the contract.

Once the event of force majeure has ceased, it is necessary to promptly notify the other party and immediately resume the execution of the service. It is necessary that this communication is made within the terms provided in the contract or, in the silence of the contract, in the same way in which the notification was made.

The Force Majeure clause can be activated only when the event has occurred. Consequently, the notifi-

cation should be sent only in those cases where the contract was concluded earlier than the preventive event.

In addition:

- As a rule, force majeure cannot be invoked where the party has already been put in default for default at the time when the impediment event occurred (it is therefore necessary that this event occurs before any eventual in default);
- For contracts not yet concluded (or concluded after the events of Covid-19) it can be considered that Covid-19 cannot be invoked as a cause of force majeure. In fact, for these contracts, Covid-19 and the consequent containment measures cannot be considered unforeseeable events at the time of the conclusion of the contract;
- For contracts not yet concluded, it is therefore appropriate not to rely on the Force Majeure clause but to expressly regulate in a specific contractual clause the possible consequences deriving from Covid-19, clearly establishing which party must bear the risk of any delays, inaccurate fulfilments and/or defaults.

With regard to contracts not yet concluded, it is now possible to negotiate specific coronavirus COVID-19 clauses to manage the evolution of the pandemic.

Finally, it is very important to remember that article 1469 of the Italian Civil Code provides that: *“The provisions of the previous articles do not apply to random contracts by their nature or by the will of the parties”*².

Therefore, since in random contracts the parties assume a risk as to their performance, the uncertainty is typical of this type of contracts and, therefore, force majeure does not apply to the specific risk assumed by the parties. Typically, in a contract providing income for life, the uncertainty and the risk is the duration of the life of the beneficiary. The doctrine and the jurisprudence are in disagreement as to the fact that risks other than the one specifically assumed by the parties (e.g. the duration of the life of the beneficiary) can justify force majeure.

² Random contracts are those in which a risk (“alea”) is assumed by the parties. For example short sales: typically short selling of shares is an aleatory contract. Depending on the market, if it is higher you gain, if it goes down, you lose.

VACCINE AGAINST NON-PERFORMANCE LIABILITY? COVID-19 PANDEMIC AS FORCE MAJEURE IN FRENCH ARBITRATIONS



Valeriya Tsekhanska
Intern, DLA Piper, Paris*
Strategic director,
GEG ENS Droit†

As COVID-19 pandemic continues to rage through the world forcing more states to take unprecedented preventive measures, many international commercial contracts become difficult or impossible to perform. This article focuses on when and to what extent French doctrine of *force majeure* is relevant in arbitrations over non-performance of contracts governed by French law. It further seeks to analyse whether COVID-19 pandemic and its effects may constitute a *force majeure* event under French law.

Primacy of Force Majeure Clauses

Finding whether an impediment to contractual performance constitutes a *force majeure* event lies within wide discretion of the arbitral tribunal. Its qualification primarily depends on a *force majeure* clause interpreted in conjunction with other rel-

evant contractual provisions and, in supplement, on the applicable law.

Most international commercial contracts now contain a *force majeure* clause. Its insertion prevents contracting parties from finding themselves subjected to an unfamiliar impossibility of performance doctrine, which can be otherwise implied by the operation of applicable or mandatory local law. As such, the doctrine of *force majeure* is alien to common law systems, and even within civil law jurisdictions “*there are substantial differences as to the nature of events that qualify, whether or not extreme impracticability is sufficient, and the nature of relief among other things.*”¹ The prevalence of *force majeure* clauses thus limits the scope of application for the national law doctrine of impossibility of performance.²

Arbitration tribunals rarely enforce *force majeure* clauses, unless the specific impediment is defined in the clause. Consistent ICC practice demonstrates that *force majeure* is upheld only in “*extreme cases such as war, strikes, riots, embargoes or other incidences listed*” in the *force majeure* provision.³

Under French case law, the contracting parties are free to stipulate in their agreement that a *pandemic* will constitute a *force majeure* event⁴. However, it may still be debatable whether the *force majeure* qualification would be limited to the pandemic itself, or whether it would also encompass the *associated state measures* as a response to the pandemic and not a listed event.

Where the contractual terms are unclear, arbitral tribunals as well as French courts, have broad author-

*The opinions expressed in this publication are those of the author. They do not purport to reflect the opinions or views of the firm or its members.

† Legal department of the Groupe d'Études Géopolitiques - European geopolitics think tank based in Paris, France.

¹ David Rivkin, *Lex Mercatoria and Force Majeure in Transnational Rules in International Commercial Arbitration* 161, 208 (1993).

² M. Polkinghorne and Ch. Rosenberg, *Expecting the Unexpected: The Force Majeure Clause in Paris Energy Series No.9, February 2015*.

³ ICC Case No. 9978/1999 (Extract), 11 ICC Bull. 2000, 117. The tribunal further noted that arbitrators uphold the principle of *pacta sunt servanda* when an impediment relates to a typical commercial risk.

⁴ CA Paris, 26 September 2018, N° RG 15/09123.

ity to construe the provision by ascertaining the will of the parties at the time of contracting. To that end, they usually inquire as to what made good commercial sense in light of the transaction in question. The more detailed the clause is, the less margin of discretion is left to a tribunal or a court.

Importance of the Applicable Law

Although the applicable law plays only residual role when the contract terms are unambiguous and complete, it is referenced in most arbitral decisions on *force majeure*.

The applicable law may be important for contract interpretation or for seeking guidance from case law on a specific point, either rendered in the context of *force majeure* clauses or the applicable *force majeure* doctrine more generally.⁵

Furthermore, if a contract governed by French law does not contain a *force majeure* clause, a *force majeure* term is implied by operation of the law.

Therefore, understanding French doctrine of *force majeure* is indispensable in any arbitration over impossibility of performance where French law applies.

Force Majeure à la Française

Even though the concept of *force majeure* originated in French civil law and was consequently adopted by many jurisdictions that derive their legal systems from *Code Napoléon* (the Napoleonic Code), it was properly codified in France only in 2016 as part of a substantial contract law reform.⁶

Article 1218 (paragraph 1) of the French Civil Code defines *force majeure* as an event which is:

- beyond the control of the debtor (**exteriority** requirement);
- could not reasonably have been foreseen at the time of the conclusion of the contract (**unforeseeability** requirement); and
- whose effects could not be avoided by appropriate measures (**unavoidability** requirement).

Naturally, such event must also prevent the debtor – temporarily or permanently – from the performance of its contractual obligations.

The party seeking to invoke *force majeure* under French law must prove that the event in question satisfies the aforementioned **cumulative** conditions⁷.

However, French *force majeure* provisions are not mandatory (*d'ordre public*)⁸, and therefore may be derogated from by the common will of the parties provided such departure does not amount to an *abus de droit* (abuse of rights). For instance, in the ICC arbitration relating to a hotel in North Africa, the tribunal could find that terrorist attacks in New York in 2001, Djerba in 2002 and Marrakech in 2003 constituted *force majeure* only because the parties “*have expressly agreed that the event or circumstance of force majeure is not one which prevents the performance of the contract [as was required by applicable French law] but one which materially affects the tourist activities of the country in which the Complex is located.*”⁹

Can COVID-19 Pandemic, Ipso Facto, Qualify as a Force Majeure event?

The existence of a pandemic alone is not sufficient under French law to constitute *force majeure*, as has been demonstrated in the course of previous outbreaks:

⁵ Giuditte Cordero-Moss, *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law* 368 (2011). Christoph J.H. Brunner, ‘Chapter 3: Rules on Force Majeure as Illustrated in Recent Case Law’, in Fabio Bortolotti and Dorothy Ufot (eds), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 17 (Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2018)* pp. 82 – 112; at p.107.

⁶ Prior to 2016, *force majeure* was well established in the case law and referenced in Article 1148 of the French Civil Code, but not defined: “No claim for damages arises when a debtor was prevented from transferring or from doing that to which he was bound, or did what was forbidden to him, by reason of *force majeure* or a fortuitous event.”

⁷ Com., 17 March 1998, no. 95-21.547 D, RJDA 7/98 no. 753. See also CA Paris, 17 March 2016, no. 15/04263.

⁸ See the report to the President on Ordinance n° 2016-131 and the wording of Article 1351 of the French Civil Code.

⁹ ICC case No. 15949, Final Award, 2016, para. 108.

- Chikungunya (CA Basse-Terre, 17 December 2018, no. 17/00739);
- Ebola (CA Paris, 17 March 2016, no. 15/04263 ; CA Paris, 29 March 2016, no. 15/05607);
- H1N1 (CA Besançon, 8 January 2014, no. 12/02291);
- Dengue Fever (CA Saint-Denis de la Réunion, 29 December 2009, no. 08/02114; CA Nancy, 22 November 2010, no. 09/00003);
- SARS (CA Paris, 29 June 2006, no. 04/09052); and
- Plague (CA Paris, 25 September 1998, no. 1996/08159).

However, French courts did consider that an “unprecedented health crisis” (in that case, caused by the bluetongue disease epidemic), could be qualified as a *force majeure* event.¹⁰

Moreover, as many other affected jurisdictions, the French government has declared the COVID-19 pandemic a *force majeure* event in several public addresses and a Note issued by the Directorate of Legal Affairs of the Ministry of Economy and Finance.¹¹ This qualification is currently confined to public procurement sector and is not directly transposable to private contracts, although it may constitute one factor in favour of characterising an event as *force majeure*.

In France, *force majeure* is relative, i.e. the same event may or may not constitute a *force majeure* depending on all the circumstances of the case. Providing a general qualification of COVID-19 as *force majeure* is insufficient and misleading,¹² as the assuming party is not released of its duty to demonstrate

the causality between the event and impossibility of performance *in concreto*.¹³

Does COVID-19 Pandemic Satisfy the *Force Majeure* Test under Article 1218 of the Civil Code?

On 12 March 2020, The Court of Appeal of Colmar rendered the first decision in France ruling that COVID-19 constitutes a *force majeure* event.¹⁴ The Court found that all three requirements of exteriority, unforeseeability and irresistibility were met. The significance of this finding, however, is limited owing to the specific circumstances of the case, context of immigration proceedings, and the particular focus on procedure and appearance in court. The need to apply the *force majeure* test to COVID-19 pandemic in the context of commercial contract persists.

Exteriority (*extériorité*) requirement from French case law focuses on the control of the affected party over the occurrence of the event.

There is no doubt that COVID-19 pandemic and related state measures do not result from a fault of the debtor or persons under its control, thus satisfying this criterion.

Unforeseeability (*imprévisibilité*) of the *force majeure* event at the time of contracting¹⁵ poses greater difficulty.

Some characterise pandemics as inevitable yet unpredictable events constituting a “classic *force majeure*” example.¹⁶ Others argue that due to their seasonal and recurrent nature as well as the increased frequency of serious outbreaks, pandemics became foreseeable.¹⁷ Hence, failure to contemplate them in a contract may amount to a waiver.

If the pandemic itself, *arguendo*, was foreseen, its unprecedented magnitude and drastic state mea-

¹⁰ CA Bourges, 10 August 2010, N° RG 10/00008; CA Toulouse, 3 October 2019, N° RG 19/01579 in abstracto.

¹¹ Available at: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/fiche-passation-marches-situation-crise-sanitaire.pdf. In an address held after the meeting with the social partners at the Ministry of Labor, Bruno Le Maire, the French Minister of Economy, confirmed that the State consider “the coronavirus as a *force majeure* event for companies” and will not apply penalties in the event of late delivery by suppliers in the context of public procurement.

¹² Montpellier, 2e ch., 18 décembre 2018, n° 16/04959.

¹³ CA Paris, 17 March 2016, no. 15/04263.

¹⁴ CA Colmar, chamber 6, 12 mars 2020, n° 20/01098.

¹⁵ In CA Saint Denis of Reunion, 29 December 2009, N° RG 08/02114 *force majeure* argument was rejected, because the contract at issue was signed after the start of the chikungunya epidemic.

¹⁶ Patrick J. O’Connor, *Allocating Risks of Terrorism and Pandemic Pestilence: Force Majeure for an Unfriendly World*, *Constr. Law.*, Fall 2003, at 5, 10.

¹⁷ CA Nancy, 22 November 2010, N° RG 09/00003.

asures – that put some states around the world on total lockdown – are unlikely to have been contemplated by a reasonable person.

The fulfillment of this criterion is likely to turn on when these far-reaching consequences have become reasonably foreseeable, taking into account the global media coverage¹⁸ of Coronavirus and its geographical dynamics.

Unavoidability or the former **irresistibility** (*irrésistibilité*) requirement under French law is met only if the impediment made the performance of the debtor's obligations impossible in spite of its best efforts.¹⁹ There must be no alternative way to perform the contract, even if at higher cost to be borne by the debtor.

While French courts assess irresistibility *in abstracto* with reference to an average person placed the same circumstances, arbitral tribunals are free to adopt a more rigorous standard. In the CAP (International Arbitration Chamber of Paris) arbitration – when applying French doctrine of *force majeure* – the tribunal found that impossibility of obtaining the required under contract certificates due to the absence of bodies authorised to issue them in France was not “absolute”, as two other operators in the French market were able to obtain them from German authorities.²⁰

However, if an unperformed obligation is in direct conflict with a mandatory state measure adopted to curtail the spread of COVID-19, the debtor may avail itself of the *fait du prince* (mandatory act of state) doctrine under French law, whereby legally binding subject to penalties prohibitions issued by national or regional governments are systematically considered as *force majeure* events.²¹

Lastly, prevailing position of French law is that payment obligations may not be made impossible.²² The *Cour de Cassation* (French Supreme Court) held that “*the debtor of a contractual obligation to pay a sum of money that is not performed cannot be released from its obligation by invoking a force majeure event*”.²³

In the context of a pandemic, the *Cour d'appel de Paris* (Paris Court of Appeal) ruled that the Ebola epidemic is not exoneratory: “*even if it were considered as force majeure, it is not enough to establish ipso facto the decrease or lack of funds invoked by the appellant*”²⁴. It also held that “[...]the spread of the Ebola virus in West Africa and the presence of jihadism in Senegal do not render the performance by the lessee of its obligations [i.a. payment of the rent by the company] impossible”.²⁵

The Consequences of Establishing Force Majeure under French Law

Pursuant to Article 1231-1 of the French Civil Code, if *force majeure* is upheld, the defaulting party is exonerated from contractual liability for its default and consequences thereof.

Under Article 1218 paragraph 2 of the French Civil Code, if the inability to perform is temporary, the performance of the obligations by the affected party is suspended until the preventing circumstance ceases to exist.²⁶ However, if the timely performance of such obligations is an essential part of the contract, even a temporary inability may result in its termination.

¹⁸ *CA Besancon*, 8 January 2014, N° RG 12/02291. (The Court of Appeal found that H1N1 flu epidemic was “widely announced and foreseen”, and thus did not constitute a force majeure event.)

¹⁹ *Cass. Civ. 1st*, 9 March 1994, n° 91-17459 and 91-17464.

²⁰ *CAP Award No. 3150 of 2011, YCA 2014*, at p. 65 et seq. (Chambre arbitrale de Paris or the Arbitration Chamber of Paris is a non-profit organization whose mission is to provide companies of all sizes the means to resolve disputes through arbitration or conciliation. Founded in 1926 as a union of trade associations, it is the oldest arbitration center in France.)

²¹ *Cass. Civ. 2nd*, 17 June 2010, n°09-13583; *Cass. Civ. 3rd*, 1st June 2011, n°09-70502.

²² There are scattered precedents of trial judges seeming to find the contrary.

²³ *Cass. Com.*, 16 September 2014, No. 13-20306; See also *CA Aix en Provence*, 30 January 2020, n°18/06115.

²⁴ *CA Paris*, section 6, chamber 12, 17 March 2016, No. 15/04263.

²⁵ *CA Paris*, section 1, chamber 3, 29 March 2016, No. 15/12113.

²⁶ *Cass. civ. 3* 22 February 2006, n° 05-12032

The parties are then deemed to have discharged their obligations under the conditions set forth in Articles 1351 and 1351-1 of the French Civil Code which respectively provide:

“*Impossibility of performing the act of performance discharges the debtor to the extent of that impossibility where it results from an event of force majeure and is definitive, unless he had agreed to bear the risk of the event or had previously been given notice to perform.*”;

and “*Where the impossibility of performance is a result of the loss of the thing that is owed, the debtor who has been given notice to perform is still discharged, if he proves that the loss would equally have occurred, if his obligation had been performed. He must, however, assign to the creditor his rights and claims attached to the thing.*”

Hardship as an Alternative to Force Majeure

If COVID-19 pandemic and its consequences did not make the performance of the contract impossible *per se*, but only excessively burdensome for the debtor, the latter may avail itself of statutory **hardship** (*imprévision*) provision.

To invoke hardship, the contract must have been concluded on or after 1 October 2016. Prior to the French contract law reform, courts failed to uphold the *théorie de l'imprévision* in commercial contracts, absent a specific agreement of the parties.

Pursuant to the newly inserted Article 1195 of the French Civil Code, hardship may be invoked if:

- a change of circumstances,
- unforeseeable at the time of the conclusion of the contract,
- renders its performance excessively onerous; and

- if that party did not agree to bear the risks of such a change of circumstances.

If hardship is upheld, the affected party may request the renegotiation of the contract to reinstate the contractual equilibrium. Pending the renegotiation, however, the parties must continue to perform the contract. Should renegotiation fail, the parties may elect to terminate the contract, or seize a judge or an arbitrator for it to be revised or terminated.

What makes the performance to be excessively onerous has not yet been clearly defined by the tribunals or French courts, yet the standard is likely to be very high and hard to sustain. For instance, prior to the codification of *imprévision*, *Cour de Cassation* considered that a 60% change in gross margin was not sufficient to qualify as hardship.²⁷

Finally, Article 1195 is not a mandatory rule²⁸ and international contracts oftentimes provide for “no hardship” clauses, the presence of which would render the abovementioned regime inapplicable.

Conclusion

Arbitrators generally exercise wide discretion and are reluctant to uphold *force majeure* defences. French applicable law guides tribunal’s interpretation of the contract, facts and legal principles only insofar as the *force majeure* clause is unclear or absent. The threshold for invoking *force majeure* - or in alternative, *imprévision (hardship)* - under French law is high. The analysis of whether measures related to COVID-19 constitute *force majeure* under French law will have to be conducted on case-by-case bases, yet the discussion is likely to focus on whether they rendered the performance of the obligation at issue impossible (as opposed to simply more onerous).

²⁷ Cass. Com., 17 February 2015, No. 12-29550, 13-18956, 13-20230.

²⁸ See the report to the President on Ordinance n° 2016-131.

ADDRESSING BLACK SWAN EVENTS IN THE ENERGY SECTOR: FORCE MAJEURE IN INDIA

BA LL.B (Hons.)
Candidates, NALSAR
University of Law



Siddharth Aiyanna

In 2019, India and Russia committed to increasing bilateral trade to USD 30 Billion. The Energy sector, particularly oil and natural gas, was one of the key sectors through which this target was sought to be met. Unfortunately, the energy sector has been struck by two separate black swan events in the recent past – events that are unexpected and characterised by potentially severe consequences – a steep decline in global oil prices, followed by the COVID-19 pandemic. In these circumstances, Russian parties, which are generally suppliers to Indian counterparties in the energy sector, may seek to avoid contractual obligations. Or worse, may be faced with a situation where the Indian buyer looks to avoid its payment obligations.

Naturally, contracting parties will therefore be looking to their force majeure clauses which were intended to protect the parties from unforeseen events beyond their control.¹ This article therefore examines the Indian position of force majeure and other relevant remedies for contracting parties. It then examines the likelihood of success of claims of force majeure under Indian law in the context of the Indo-Russian energy market.

Force Majeure in India

In common law, force majeure is typically a creation of the contract and recourse to the same depends on the construction of the contractual clause, and the allocation of risk between the parties. The Indian position on *force majeure*, is governed by the Indian Contract Act, 1872 (“ICA”), and is slightly complicated. The ICA certainly governs force majeure contained under contractual clauses in Section 32. Additionally, it is also understood to cover “*force majeure event[s] de hors [a] contract*”.

Force majeure clauses in contracts

Courts in India have held that *force majeure* clauses are governed by Section 32 of the ICA.² Whether a party can successfully be exempted from performance of its obligations thereafter depends on the construction of the clause itself. Generally, the following points should be considered by parties before invoking a *force majeure* clause:

First, satisfy the court that all the conditions required for the event to qualify as a *force majeure* event have been met. Typically, there is a requirement in these clauses to demonstrate that the event was unforeseen, and beyond the control of the performing party.³ *Second*, performance will not be excused if an alternative mode of performance exists. Therefore, unless the contract provides for it, a contract cannot

¹ *Davis Contractors v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696.

² *Energy Watchdog vs. Central Electricity Regulatory Commission and Others*, 2017 (4) SCALE 580, para 32.

³ *Dhanrajamal Gobindram v. Shamji Kalidas & Co.*, AIR 1961 SC 1285.



Gopika Menon

be avoided simply because its performance has become more onerous. The event should strike at the very root of the contract. *Third*, there is a duty of mitigation on the party invoking the force majeure clause, and the remedy will not be available to parties who have failed to explore alternative methods of performance.⁴ *Fourth*, parties must be conscious of the nature of a performance exemption their contract permits - whether it is a temporary suspension of performance, or the dissolution of the contract in its entirety. *Fifth*, the burden to prove that the conditions stipulated to invoke *force majeure* in a clause have been met, rests with the party seeking the performance exemption. *Sixth*, there can be three types of FM clauses broadly: 1) specific clauses 2) general clauses 3) combination clauses. A specific clause will list out a particular set of events that will be covered by the FM clause. Parties will be inclined to interpret such a clause using the rule of *expressio unius* which may indicate that events not explicitly mentioned will be excluded from the ambit of the clause. A general clause with a non-exhaustive list of events may include a “catch all” language but here parties may rely on the rule of *eiusdem generis* thereby limiting the ambit of the clause.

Force majeure de hors a contract

Typically, the only remedy in common law when performance is rendered impossible is under the doctrine of frustration which is covered by Section 56 of the ICA. However, in 2017, the Supreme Court of India in *Energy Watchdogs* stated that force majeure *de hors* a contract would fall under Section 56. For doing so, the court has been criticised for conflating *force majeure* with the doctrine of frustration.⁵ In its relevant part Section 56 states:

“A contract to do an act which, after the contract made, becomes impossible or, by reason of some event

which the promisor could not prevent, unlawful, becomes void when the act becomes impossible or unlawful.”

The law in India on frustration under Section 56 has been spelled out in the ‘seminal’ decision of *Satyabrata Ghose v. Mugneeram Bangur & Co*, which clarified that the use of the term ‘impossibility’ in Section 56 did not limit its application to literal impossibility. It would suffice to demonstrate that performance was rendered impracticable vis-a-vis the object and purpose of the parties.⁶ *Satyabrata Ghose* also clarifies that a contract cannot be frustrated merely because the circumstances in which the contract were made are altered or if performance of the obligations thereunder have become more onerous.

In *Energy Watchdogs*, Adani Power sought to avoid performance under a power supply agreement by invoking the *force majeure* clause in the Power Purchase Agreement because of an increase in the price of coal because of governmental action in Thailand. Despite this claim of force majeure, the analysis and reasons of the court however were largely based on the doctrine of frustration.

The court correctly found that the parties had allocated the risk of a price rise of raw materials and could not avoid performance. However, it seems to have erred in conflating *force majeure* and frustration. This conflation led the court to rule that once a claim under a *force majeure* clause was rejected, the claimant could attempt to argue her case under the doctrine of frustration in Section 56. Ideally, force majeure and frustration should not be mutually exclusive. It is possible that the basis for this error lies in a misinterpretation of the *Satyabrata Ghose* case. Or perhaps the court’s observations were applicable only to the facts in *Energy Watchdogs* since the regulation of the risk claimed in the *force majeure* clause itself precluded any other remedy.

At first blush, the Supreme Court appeared to have extended the operation of *force majeure* to include claims made in the absence of a force majeure clause. However, the effect of the decision has in fact been to limit the remedies available to parties seeking

⁴ *Mamidoil - Jetoil Greek Petroleum Company SA Moil - Coal Trading Company Limited vs. Okta Crude Oil Refinery [2003] 2 Lloyd’s Rep. 635.*

⁵ *Isha Jain, Force Majeure Clauses and Impossibility Under the Indian Contract Act, INDIACORPLAW. Available at <https://indiacorplaw.in/2017/05/force-majeure-clauses-and-impossibility.html>.*

⁶ 1954 SCR 310.

to avoid their contractual obligations. It is important for the Supreme Court to course correct, and it is likely that this course correction will happen due to a dispute that arises in the context of COVID-19.

The following conclusions can be drawn from proceeding under Section 56. *First*, unlike *force majeure* clauses in contracts, there is no notice requirement to invoke the defence. *Second*, frustration is evaluated on a “multi-factorial” approach that accounts for the terms of contract, their context, the parties’ knowledge and contemplation, and allocation of risk before a remedy shall be available under Section 56.⁷ *Third*, the test for frustration is whether the unforeseen event makes the obligations undertaken “radically different”. *Fourth*, Section 56 provides a scheme where the promisor must pay compensation for loss through non-performance, where he knew or could have known that the promised act was impossible or unlawful. Moreover, even if it is *force majeure* that is claimed under Section 56, and not frustration, the consequence under Section 56 is that the contract will be rendered void. Under Section 32 however, the consequences will be determined by the terms of the agreement.

Avoiding Payments through Force Majeure in the Energy Sector

At the time of writing this piece the OPEC+ countries resolved to end the global price war by cutting down

on production. While this will come as a relief to companies in the sector, the prolonged price wars have already left them bleeding. The pandemic could therefore not have come at a worse time. Although there is no Indian case on this point, parties would do well to avoid alleging that a combination of factors has given rise to a force majeure event.⁸ Therefore where Bharat Petroleum issued notice of force majeure to Golar energy citing a combination of a seasonal decline in demand and the spread of coronavirus, it may be possible to object to such an invocation of *force majeure*.⁹

Companies would do well to points raised in the previous section when invoking *force majeure* clauses since there has been an upsurge in *force majeure* declarations. Most notably, Indian Oil Corporation Ltd., the leading oil refiner in India declared force majeure on crude oil purchases from four of its largest suppliers because demand fell - with flights suspended and motor vehicles off the road- after a 21 day nationwide lockdown was announced to tackle the coronavirus.¹⁰ This lockdown has since been extended further. Whether this invocation of force majeure will be challenged, and if challenged, upheld, is left to be seen. Moreover, it is uncertain whether Indian Oil Corporation will attempt to invoke *force majeure* in its contract signed with Rosneft in February, 2020.¹¹ Since COVID-19 had already started running rampant by this time however, it would be difficult for parties to successfully claim that the event was unforeseen at the time of signing the contract.

There is yet to be a case decided by Indian courts as to whether economic difficulties like insufficient funds will exempt a party from its payment obliga-

⁷ *Sea Angel Case, 2013 (1) Lloyds Law Report 569 as cited in Energy Watchdogs para 39.*

⁸ *Seadrill Ghana Operations Limited v Tullow Ghana Limited, 2018 EWHC 1640 (comm).*

⁹ *BP issues force majeure to Golar over Tortue Ahmeyim LNG project, ECONOMIC TIMES, <https://energy.economictimes.indiatimes.com/news/oil-and-gas/bp-issues-force-majeure-to-golar-over-tortue-ahmeyim-lng-project/75057373>.*

¹⁰ *Shuttered buyers send force majeure notices to energy companies, ECONOMIC TIMES. Available at https://economictimes.indiatimes.com/industry/energy/power/shuttered-buyers-send-force-majeure-notices-to-energy-cos/articleshow/74920676.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=text&utm_campaign=cppst; India will be under complete lockdown for 21 days: Narendra Modi, ECONOMIC TIMES. Available at https://economictimes.indiatimes.com/news/politics-and-nation/india-will-be-under-complete-lockdown-starting-midnight-narendra-modi/articleshow/74796908.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=text&utm_campaign=cppst.*

¹¹ *Rosneft-IOC ink crude supply pact; India, Russia discuss BPCL, OUTLOOK. Available at <https://www.outlookindia.com/newscroll/rosneftioc-ink-crude-supply-pact-india-russia-discuss-bpcl/1727099>.*

tions although common law precedent seems to indicate that such claims will not be entertained.¹² There have been mixed reactions from Indian parties on this point. When a state-run power corporation invoked *force majeure* to justify non-payment of dues, it was not well received by Solar Energy Corporation of India (SECI), the counterparty.¹³ SECI pointed that the *force majeure* clause applied when unforeseen events prevented delivery or supply (perhaps as per the terms of the clause). Since neither delivery nor supply was affected, and because power production was proceeding as usual, it was not an appropriate instance to invoke *force majeure*. SECI also added that the inability of the state corporation to collect payments from its customers is not a valid ground to invoke the *force majeure* clause.

It might be useful to apply the principles identified in the preceding section to a force majeure clause contained in Gazprom's Model Gas Sales Agreement, in which Article 7 deals with *force majeure*.¹⁴ It is noteworthy that Article 7.1 contains a non-exhaustive list of events that amount to force majeure, and restricts the scope of *force majeure* to release a party unable to perform delivery or acceptance obligations from its obligations because of *force majeure*. Only if the party responsible for delivery is unable to do so, is the counterparty exempt from payment.

Needless to say, the approach taken by IOC would not stand under Indian law if this were the contract. Article 7.1 explicitly clarifies in the end that no event of force majeure would relieve the buyer of its payment obligations. A counterparty would appear not to have recourse to Section 56 to claim extra contractual exculpatory relief.

Conclusion

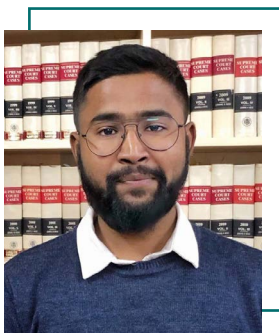
The preceding discussion reveals that there are certain aspects of the Indian position on *force majeure* that lack clarity. It is likely that an increase in litigation associated with *force majeure* in the wake of the COVID-19 will result in some clarity. As a matter of urgency, there is a need to clarify the interaction between force majeure and frustration in the Indian context. For now, parties should carefully examine their contracts to decide whether an argument under Section 56 is an option at all, if they have force majeure clauses in their contracts, and should not assume frustration is open to them as an alternate remedy. Additionally, in respect of the energy sector where an emerging trend is that buyers are invoking force majeure clauses to avoid payment obligations, parties would be well advised not to permit this in the language of the clause itself.

¹² *The Concoloro* [1916] 2 AC 199]

¹³ *Coronavirus: Power Discoms Can't Invoke Force Majeure To Stop Buying Renewable Energy*, BLOOMBERG QUINT. Available at <https://www.bloomberquint.com/business/coronavirus-power-discoms-cant-invoke-force-majeure-to-stop-buying-renewable-energy>.

¹⁴ *Gazprom Gas Sales Agreement (Inchukalns UGS)*. Available at [http://www.gazpromexport.ru/content/file/auctions/GPE_Auction_March_2016_Gas_Sales_Agreement_\(Inchukalns_UGS\).pdf](http://www.gazpromexport.ru/content/file/auctions/GPE_Auction_March_2016_Gas_Sales_Agreement_(Inchukalns_UGS).pdf).

IS INDIA'S NEXT MOVE, A DEFENSIVE MASTERSTROKE: ANALYSING HOW FAR IS INDIA'S NEW BIT EQUIPPED TO DEAL WITH ISDS CLAIMS POST ITS STRICT COVID-19 MEASURES



Mr. Rajarshi Singh
4th year student,
National University Of Study
and Research in Law, Ranchi



Ms. Anamika Singh
4th year student,
National University
Of Study and Research
in Law, Ranchi

In an effort to minimize the impact of the Covid-19 virus on its demography, the Indian government on March 23 announced a 21-day nationwide lockdown. This follows the decision of the World Health Organization ('WHO') dated 11th March 2020, wherein it declared Covid-19 as a global pandemic.¹ Executive measures taken by the State to contain the spread of the virus continue to have adverse effects on the economic interests. These measures have a significant impact across various sectors of the economy. Businesses are drying up as restrictions are placed on movement of individuals and goods.

The government is taking various regulatory steps to ensure that the country is stocked in terms of medical supplies. To this end, the government has banned the export of [26 active pharmaceutical ingredients](#). Additionally, in order to ameliorate the medical infrastructure of the country, it is anticipated that the government may undertake several regulatory steps such as ordering manufacturers to allow their

production facility to be used for producing ventilators or personal protective equipment ('PPEs') for health professionals; issuing compulsory licenses for certain drugs made by foreign pharmaceutical companies; or even nationalising some of the industries for a limited duration.²

2015 Model BIT Provisions Which can Preclude Investment Claims

These measures may result in disturbing the 'normative environment' of the investment, as envisaged under respective Bilateral Investment Treaties ('BITs'), resulting in limitations on property rights of foreign investors, interference in contractual relations and unpredicted disruption in business. Looking at the crystal ball, this apprehension finds basis that as soon as

¹ WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11 March 2020. Available at <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Last accessed on 08.04.2020.

² Prabhash Ranjan, Covid-19: Why India doesn't need to worry about investor-State dispute settlement claims. Available at <https://www.hindustantimes.com/analysis/covid-19-why-india-should-not-worry-about-investor-state-dispute-settlement-claims/story-iV8VHHoQGxMrc7Hao3Jj7L.html>. Last accessed on 02.04.2020.

the dust settles, India may face investment claims from foreign investors alleging a breach of BITs.

Since arbitration jurisprudence is guided largely by contractarian origins, these treaties typically set out procedural preconditions for submitting a claim, the substantive obligations owed by the contracting states to a foreign investor, and remedies available in the event of a breach.³ These BITs provide the legal basis for investor-state claims by defining the contours of a State's obligation to foreign investors.

Under the new BIT⁴, Article 5.5 limits State's obligation vis-à-vis expropriation of an investment, having its foundational basis in protection of public health. It reads;

"5.5 Non-discriminatory regulatory measures by a Party or measures or awards by judicial bodies of a Party that are designed and applied to protect legitimate public interest or public purpose objectives such as public health, safety and the environment shall not constitute expropriation under this Article."

Further, Article 32.1(ii), as represented below, creates an exception for measures applied which are necessary for safeguarding of public health. However, such measures must be non-discriminatory in nature.

"32.1 Nothing in this Treaty shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a Party of measures of general applicability applied on a non-discriminatory basis that are necessary to:

..... (ii) protect human, animal or plant life or health;"

Article 32.1 qualifies the measures taken under this provision by a condition of 'necessity.' Hence, it is imperative to understand the threshold of this qualification. In other words, what would constitute as a 'necessary' measure and whether the measures undertaken by the Indian government in response to Covid-19 will qualify this condition. The assessment of what constitutes a 'necessary' measure lies with the Arbitral Tribunal. As provided for in the Treaty, in considering whether a measure is "necessary",

the Tribunal shall take into account whether there was no less restrictive alternative measure reasonably available to the government.⁵

The WHO declared Covid-19 a Public Health Emergency of International Concern. The connotation carried with such a declaration is that it is 'serious, unusual or unexpected' and can potentially result in trans-national implications requiring immediate international action. Hence, expeditious interference to restrict the outbreak was imperative. Practices such as 'isolation' and 'social distancing' have attained global recognition as essential methods to combat Covid-19. Moreover, the necessity of a complete lockdown can be ascertained by considering that globally, several countries have adopted this method including India, the list consists of UK, China, France, Italy, South Africa, New Zealand and several others. Additionally, owing to the fact that countries which declared lockdown are currently in a better position against the impact of this virus, it should not be a hard task to evidence that the lockdown was a 'necessary' measure. Examining the coronavirus pandemic in this light, it should, in principle, be able to meet this qualification of necessity as envisaged under this BIT.

Measures Undertaken were in Exercise of State's Police Power

Investors may raise claims assailing State's regulatory actions as being expropriatory in nature. In such a case of indirect expropriation, the doctrine of police power serves as a frontier defence. Police powers mean powers that vest with the States, which enables them to undertake bona fide, non-discriminatory measures for the protection of public health and public welfare in general. Though there is no specific provision regarding this in the new BIT, but since it is a principle of customary international law,

³ Beharry, Christina L., and Melinda E. Kuritzky. "Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration." *American University International Law Review* 30 no. 3 (2015).

⁴ https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf.

⁵ Chapter VI: Exceptions, Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty. Available at https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf. Last accessed on 10.04.2020.

its applicability is not conditional upon a specific provision to that effect.

The tribunal in *Philip Morris v Uruguay* considered that the police power of States was reflected in customary international law and applies to the expropriation analysis accordingly.⁶ This holding was further acknowledged in *Saluka v Czech Republic*.⁷ In *Philip Morris*, the tribunal held that “*State’s reasonable bona fide exercise of police powers in such matters as the maintenance of public order, health or morality, excludes compensation even when it causes economic damage to an investor and that measures taken for that purpose should not be considered expropriatory.*”

Another significant ruling on this point is the *Bischoff Case*⁸, wherein the Claims Commission held that “*during an epidemic of an infectious disease there can be no liability for the reasonable exercise of police power.*” Hence, on a close assessment of the factual matrix around coronavirus pandemic, and the ease of its transmission amongst humans, State measures in exercise of its police powers, which may result in economic damage, bearing a direct nexus with the objective, will not constitute as expropriation of investment from the vantage of international investment law.

Customary Law Defence of Force Majeure

Another defence which could be invoked against ISDS claims is that of force majeure. It must be noted that the new BIT does not provide for a specific *force majeure* clause and it will have to be invoked as a principle of international law. However, since the term *force majeure* has been used and accepted by international tribunals on a regular basis, thus it can be said to constitute a rule of customary international law hence reinforcing its validity in such claims.⁹

Force majeure precludes the acts of a state in non-conformity with an international obligation if an act is due to the occurrence of an *irresistible force*¹⁰ or of an *unforeseen event*¹¹ that is beyond the control of the state, making it ‘materially impossible in the circumstances to perform the obligation.’¹² Force Majeure is said to be scantily argued in investment treaty arbitration but it has been in fact, successfully invoked at several instances.¹³ Moreover, there is a precedent in this regard since a deadly virus outbreak in West Africa was considered to be a *force majeure* event.¹⁴

⁶ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, (2018).

⁷ *Saluka Investments BV v Czech Republic, Saluka Investments BV v Czech Republic, Partial Award, ICGJ 368 (PCA 2006), 17th March 2006, Permanent Court of Arbitration.*

⁸ *Bischoff Case, Reports of International Arbitral Awards, VOLUME X pp. 420-421 (1903).*

⁹ *William W. Burke-White & Andreas von Staden, Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties, 48 Va. J. Int’l L. 307 (2008).*

¹⁰ Article 23, ILC Articles. An irresistible force is defined as “a constraint which the State was unable to avoid or oppose by any means”; See also Doug Jones, *Investor-State Arbitration in Times of Crisis*, 25 Nat’l L. Sch. India Rev. 27 (2013), P. 33. [hereinafter ‘Investor-State Arb in Crisis’].

¹¹ Article 23, ILC Articles. An unforeseen event is one that is “neither foreseen nor easily foreseeable”; See also *Investor-State Arb in Crisis*, *ibid* n 9.

¹² Article 23, ILC Articles. Materially impossible is qualified with the statement that “a more difficult performance is not sufficient, for example in case of political or economic crisis.”; See also *Investor-State Arb in Crisis*, *ibid* n 9.

¹³ *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of National Defence of Iran, Interlocutory Award No., ITL 24-29-2 (Jul. 27, 1983); Amoco International Finance Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran, Award (Jul. 14, 1987), 15 Iran-U.S. CI. Trib. Rep. 189; Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran & the National Iranian Oil Company, Award (Jun. 29, 1989), 21 Iran-U.S. CI. Trib. Rep. 79.*

¹⁴ *Klaus Peter Berger, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, 1(4) Transnat’l Disp. Mgmt. (2004), at 4; see also Hubert Konarski, Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice, 2003 Int’l Bus. L. J. 405, 425 (2003) (noting that force majeure clauses “constitute ordinary commercial safeguards as a means of protecting the parties against an unexpected turn of events”).*

From a national policy perspective, it is evident that Indian government is willing to rely on Force majeure since a recent direction issued by the Ministry of Finance, Government of India stated that unwarranted disruption in supply chains, as a result of spread of coronavirus, should be considered as a 'natural calamity' and hence the defence of Force Majeure can be invoked.¹⁵ A similar reading of the situation was furthered by the Ministry of New & Renewable Energy with respect to 'solar project developers.'¹⁶ This interpretation of the situation is not merely a domestic practice as similar approach is taken in other jurisdictions, for example, on Feb 17, 2020, the China Council for Promotion of International Trade (CCPIT) issued over 1600 Force Majeure certificates to firms in 30 sectors.¹⁷

Moreover, it must be noted that the threshold of invocation of this clause is particularly high and on account of no definition under the new BIT, its application becomes onerous since they do not specifically enumerate public health events. Having said that, the determination of it being a *force majeure* event will depend on a case-to-case basis bestowing attention to the obligations arising out of the instrument as well as the surrounding circumstances applicable such as the nature of obligation,

extent of impact, expediency of the disputed measure and the underlying factual situation.

Conclusion

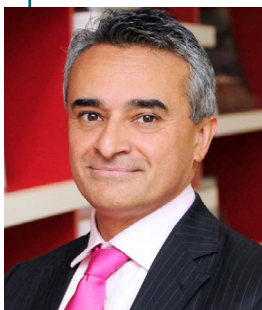
The measures undertaken by the Indian government to curb coronavirus pandemic will significantly impact the flow of foreign direct investment and severely effect current investments. As a result, there is a strong apprehension that several ISDS claims will be brought against the State, once the coast is clear. The new model BIT on the basis of which India has been negotiating its bilateral investment relations post 2015, seems to provide solace for executive State actions aimed at protection of public health. Though it is difficult to ascertain with certainty how the tribunals will be moved, it seems there is sufficient basis to preclude responsibility under the new BIT. From the vantage of international investment law, the contours of the tussle between private economic interest and sovereign powers are well accounted for in the new BIT. And under the regime of this new BIT, it is difficult to attribute State responsibility for measures put into place by the Indian government, regardless of whether one views *lex lata* through the lens of investment protection, sovereignty or development.

¹⁵ Memorandum No. F18/4/2020-PPD, Ministry of Finance, Government of India, 19.12.2020. Available at [https://doe.gov.in/sites/default/files/Force Majeure Clause -FMC.pdf](https://doe.gov.in/sites/default/files/Force%20Majeure%20Clause%20-FMC.pdf). Last accessed on 10.04.2020.

¹⁶ Memorandum No. 283/18/2020-GRID SOLAR, Ministry of New & Renewable Energy, Government of India, 20.03.2020. Available at https://mnre.gov.in/img/documents/uploads/file_f-1584701308078.pdf. Last accessed on 10.04.2020.

¹⁷ China Council issues 4,811 force majeure certificates to firms amid virus disruptions, Reuters, March 3 2020. Available at <https://www.reuters.com/article/media-china-council-issues-4811-force-ma/media-china-council-issues-4811-force-majeure-certificates-to-firms-amid-virus-disruptions-idUSL4N2AW3MA>. Last accessed on 10.04.2020.

PRACTICAL TIPS TO PREPARE YOUR LOSS CLAIM RESULTING FROM THE COVID-19 PANDEMIC



Sirshar Qureshi
CEE, Russia & CIS
Dispute Advisory
Centre of Excellence
Leader, PwC

The COVID-19 outbreak is causing uncertainty around the world. Organisations are facing or have faced various challenges in terms of health and safety of employees, infrastructure of working from home, supply chain disruption and liquidity to name a few. But in order to emerge as unscathed as possible, organisations need to start looking forward.

Drawing on our experience working on cases in local courts and international arbitration, we have seen the same challenges consistently arise. Whether a client is facing claims brought against them or they are bringing a claim forward, the commonalities in their reactions often stem from the same lack of preserving and documenting critical evidence needed.

In all cases, parties need to prove their losses and have accurate, detailed documentation pertaining to the specific claim. Companies often wish they had collected evidence sooner, consistently documented the steps they took, or had internal processes to prepare for potential litigation.

These lessons from our experience can be applied to help organisations during the unprecedented current COVID-19 outbreak. Lawyers around the world are debating the recovery of losses and the mechanisms that are available for companies to claim them back. While the legal mechanisms may not be clear currently, businesses can prepare now for future loss claims.

Why you should start collecting evidence of losses sooner rather than later

Organisations are currently suffering losses in connection with the COVID-19 pandemic. Losses could be pursued under various mechanisms including against business partners, under insurance policies or as losses claimed from governments in response to decrees and / or measures or under bilateral investment treaties. The mechanism to be pursued may differ, but irrespective of the mechanism, the process to quantify the losses is similar – and this is something that should be done sooner rather than later.

From the point of view of mechanisms aimed at compensating for losses, whether actual (*damnum emergens*) or lost profit (*lucrum cessans*), there is generally an obligation of the injured party to prove the losses incurred – specifically, the occurrence and the amount of losses, as well as the causal link between the loss and the loss event or breach of duty (e.g. what losses were caused as a result of the government measures in the case of a claim against the government). The injured party would also need to prove that it had taken reasonable steps to mitigate the losses incurred and disclose whether these losses have already been fully or partially compensated in other ways.

It is important to act now and start collecting evidence in relation to potential losses as later it may be difficult to go back and recreate and capture all of the infor-

mation retrospectively; plus later on it is possible you may miss documents and information that may have supported your position.

5 steps to quantify losses effectively:

1. Review any contracts that may give rise to a claim for compensation for actual loss or lost profit, or an obligation to reimburse a counterparty. It is also important to examine the terms of the contracts which relate to the current situation and which could lead to a limitation or cancellation of the right to compensation.
2. Identify the documents required to substantiate the loss and the deadlines by which the claim, including the documentation, is to be submitted. If the required information is not entirely clear, communicate it with your insurance company or an insurance broker.
3. Set up internal processes so that the information you need to prove the loss is stored in one place, and you do not have to search for it when you need it. It is better to have more data and documents than less, but all of them should be relevant.
4. If the compensation includes lost profit or consequential type losses, it is appropriate to obtain the services of an expert ahead of time and to discuss with him/her the documents he/she will need to calculate the loss. The necessary supporting documents may vary depending on the calculation method applied, which will be dependent upon the given situation. Consideration will also need to be given to the period that the losses will be incurred and whether permanent losses need to be assessed.
5. Make a request for compensation in a timely manner, within the time limit specified under the applicable contract, policy or regulation, and ensure it is as thorough as possible.
6. Empower a person / team to drive the data collection and define data collection rules

and procedures. It is of great importance, particularly in the remote working environment.

Case study

The documents to be collected will vary according to the type of organisation. However, let us use the example of a Company that operates a luxury hotel and restaurant, which targets mainly foreign affluent clientele. In addition to hotel guests, the hotel restaurant is also open to the public, which accounts for about 50% of sales.

As a result of the measures imposed due to the outbreak of COVID-19, the Company has suffered significant financial losses:

1. The hotel was closed until further notice and all booked reservations were cancelled.
2. The restaurant had to close its premises to the public, resulting in a decrease in sales; in addition, the restaurant had to discard or donate part of the inventory which it could not use.
3. In order to mitigate the decrease in sales, the restaurant has begun to offer its customers take-away food.
4. The average spend of customers on take-away food is only around 30% of the pre-crisis level, mainly due to a lack of the hotel clients from abroad.
5. The Company has a contract with its key food supplier that sets a minimum value of goods which it is obligated to purchase each month. If it fails to do so, the supplier has the right to demand the payment of a penalty.

Due to the restriction of business activities, the Company reduced its purchases of goods and services, as well as labour costs, by combining layoffs and forced holidays.

Examples of documents to be collected

Actual losses:

- costs of spoiled / expired goods / products that are no longer usable due to limitation

/ closure of business activities, including proof of disposal / donation;

- cancelled reservations of clients requesting to return deposits, including communication with them and the bank account statements confirming the refunds;
- sanctions from trading partners relating to / caused by the crisis;
- additional costs that would not have been incurred if the crisis had not occurred (increased cleaning requirements, disinfection needs, purchase of protective equipment); and
- documentation of penalties, sanctions, late payment interest including consequences of non-compliance with bank covenants and other financing terms.

Lost profit

- the business and marketing plans of the company and pre- and post-crisis budgets and their changes in relation to the evolution of the situation reflecting expected sales and the number of hotel and restaurant guests during normal operations and during the crisis, including post-crisis prospects; and
- documentation of savings due to limitation / closure of business activities, documentation of the “usual” costs and revenues vs. an overview of actual expenditures and revenues.

Mitigation measures

- documentation of the steps taken to mitigate the effects of the crisis and their evolution as the crisis develops, such as: seeking to reduce wages and other fixed costs, finding alternative suppliers, changing the distribution channels (take-away), changing assortment, negotiating deferrals of contractual obligations and loan repayments, transfer of employees to another job; and
- the impact of the state measures on limiting the losses caused by the crisis.

Considerations to keep in mind:

In addition to evidence about the losses incurred, it is important to clearly document the decisions made by the organisation in reaction to the crisis that were implemented to mitigate any losses including governmental anti-crisis measures.

For a multi-country business, it is important to precisely monitor restrictions in all countries in which the organisation is operating, as restrictions impacting them may have different timescales.

For periodically prepared documents, such as cash flow reports, save versions for individual periods during the crisis, as well as shortly before and shortly after the crisis. Continue to capture the impact as and when restrictions are lifted and when businesses return to normal – as there may be longer lasting effects.

Set up cost centres internally so that management can charge / allocate time to dealing with the crisis.

ARBITRATION KITCHEN WITH JACOMIJN VAN HAERSOLTE-VAN HOF (LCIA)



Vladimir Khvalei: *We decided to start with Jackie our “ArbitRAAtion Kitchen” webinars. What are we going to cook tonight?*

Tonight we are cooking white asparagus with potatoes, herbs, eggs and ham, it is served with a simple butter sauce. What is special about it is this white asparagus, which are only available at a very short time a year and not in every country of the world, I think. Sometimes it is a very Dutch, German type of asparagus.

So, now is a good season for white asparagus, right?

Right, although this immediately shows you how Dutch is this. I ordered asparagus that I wanted to use and I ordered everything now by email and collect everything at my green grocers. When I came up to pick asparagus, the seller said: “I put everything in the bag that you needed except for the asparagus because I think they

are too expensive”. This is something that only Dutch people would do. They refuse to sell you something if they think it is too expensive. Then he explained to me that it has been a little bit cold, that is why they have not been available as much as they normally would be but it is starting now, the season.

Ok, but for example in Moscow I normally see green asparagus in supermarkets. If we have green asparagus, what we have to do with this to make it?

Green asparagus are in a way easier, because you just chop off a little piece at the end. You boil it and that is fine. The white ones have a finer taste, a finer texture but you do need to slice them.

The trick about this meal is that everything needs to be served at exactly the same time. So I need to boil potatoes which is about 20 minutes, the asparagus should not be more than

15 minutes, eggs should be 10 minutes and then the butter which needs to be just melt. Also you need a hot plate at the end.

It is very easy recipe but the issue is in the timing. And also the potatoes I should say, it is the similarities between Russia and the Netherlands. The only thing that is truly Dutch in terms of food, that is potatoes, only we do not make vodka, we just eat plain potatoes and what is really Dutch, is to mesh up potatoes with whatever vegetable is available.

By the way, Russians can make vodka from everything including the wooden chair, but traditional method is to make it from wheat. Potato vodka is not a good one. You will have a headache next morning, so normally it is not recommended. But I understand that in the Netherlands you normally drink beer, the Netherlands is famous for beer, right?

Yes, that is right and Jenever, that sort of our vodka, it is sort of gin, if you will.

I understand that you now in the Netherlands, which city?

I am in the Hague, very close to the Peace Palace.

And who is working in the LCIA, if you are now in the Netherlands? Sometimes on a flight, you can see a pilot sitting somewhere, relaxing in the chair and then you ask yourself: "who is driving the jet?"

No, no, the jet is completely under control. We have been working remotely for a bit more than two weeks now so it became obvious the English government would impose measures that offices need to close. So Thursday two weeks ago we closed the office and basically within one week before that we have converted the LCIA into a remote office, everybody was provided with computers and insofar as they had computers we ensured that the safety measures were in place and we sent everybody home. I stayed in the office for one more day with two people and left, and it really felt like captain leaving the ship as it is sinking but the good news is that all 43 people are working remotely and this is entirely business, we are using Zoom quite a lot for various meetings and LCIA is operating remotely.

So you accept cases but only electronically, right?

Correct. So the first week we had like 27 cases were coming, absolutely no sign of slowing down. Under the 2014 Rules, pretty much everything is done electronically anyhow. There are very few things which in line with what other institutions are experiencing, needs to be done on paper, it is quite rare and of course, we encourage people now to do everything electronically, which is also in the interest of people being in the cases. So there is only some old legacy cases where we would not have email addresses where we may find, that, for instance, we need to send out award on paper, which we can do. But everything much happens electronically now.

So one files a case in a paper form that will be delivered to LCIA, you will not start the case?

No, no. We also accept paper filings, however, encourage people to file electronically. People have adjusted incredibly quickly to this new remote environment. I am not suggesting it is easy, most of us are suggesting as it continues it will be challenging to keep everybody motivated and happy. Some people have children at home, some people are completely alone at home, some people do not have great facilities at home but overall it's gone quite well and we are lucky to have all the work that we have with the new cases coming in and ongoing cases.

What is happening with the hearings?

The hearings are the part of the proceedings that we have least influence over or actually involvement in. That is up to the arbitrators and they choose hearing centers. We do see in the cases that we administer a lot of correspondence about hearings but that is not something that we are involved with. What we are seeing is a mixture, people are postponing some hearings, people are converting hearings into remote hearings, people are making hearings shorter or saying, or do we actually need a hearing?

How do you cope with your self-isolation, what you do, how do you kill your time?

Well, that is not very much time to kill, that problem resolves itself. The closing of the office coincided with my teaching at Leiden Universi-

ty where I was appointed as a professor a while ago. There we had to convert the course into the remote course. I have also a couple of cases as an arbitrator, for some reason these cases to be seem as active as ever. But I am actually pretty used to working by myself, it is interesting that I am now in the Hague. Normally during the week I am not here, so maybe my family may be very sick of me in a couple of weeks. But I go for a run in the morning, at night we have dinner together, tonight the asparagus. What of the main things I do now, I listen to music I always do, music is always important to me and that keeps me motivated as well.

What kind of music, is it rap or something more fashionable?

No, you said fashionable. I do not know is it fashionable, maybe it is very unfashionable. No, classic music and in particular chamber music. Although at this time of the year, well, you can say fashionable in the time leading up to Easter Holland is obsessed with passion music, in particular, Bach, German authors, pretty much every night there are performers, people debating actively which performance is superior, but yes, classical music.

What is really nice, the weather is amazing. In the mornings I go for my run and we are in a certain, they do not call it lockdown altogether but I think it is what is essentially it is, most shops are closed except for food shops and you are not allowed to get too close to other people. So basically there is nobody on the street, very few cars, very few bicycles and what of the few things that you can do is go for a run, so I go at 7.30 and I see other idiots running around but otherwise there is nobody in the streets, so it is actually a nice way to start the day.

How many children do you have?

Two, excluding my husband. A 15-year-old girl and 17 years old boy, who are doing school from home.

Can you tell us is it you on this photo?

Yes, this is me in a single scull I used to roll when I was in a high school. Perhaps it tells you something what a great team player I am, I used a single scull, this is at the end of some strange race,



I do not quite remember where this was. It was on a river but typically you have a racing sort of rowing course. But this is a long-distance course, a long distance race and I just finished. I lean back. I think I was 16 years old on that picture.

But this is a serious sport you need to be strong to do it. It is amazing.

Yes and you need to be able to concentrate.

So you were involved in arbitration already at the time when you were in university, right?

Even before that, when I was doing my basic law course I did some arbitration.

Once a second, I have some more, is this the one?



This is where I sign my name on the wall in a so called Sweat Room, where you sit to wait for the outcome of the results. So I've just finished my law school and you see my parents who

are holding the ladder they signed this wall a few decades before that, when they finished medical school in the same university.

Where is this wall?

In the oldest building of the university building in Leiden.

So if I go to the university building I will still find your name?

Absolutely. When you come to my inaugural lecture, which is now not going to take place in June, but probably in December, then you can still see this wall and every student who graduates puts their name on the wall.

What's a nice tradition. This is really nice. Do you also recognize yourself in this picture?



This is actually my PHD graduation. This is the oral defense of the PHD process, which is a four-year thing. And behind me you see, that is very Dutch, it is something similar to having bridesmaids when you get married. When you do your PHD here you may have two people who are there as your support act and should you completely fail theoretically or at least historically, they are allowed to answer on your behalf (but they are not supposed to do it). You do not bring your neighbor or a random best friend. It has to be somebody who knows what you are doing, so this is Judith Freedberg, who was at a time at ICCA and Beth Garrett, who was at the time at Iran-US Claims Tribunal with whom I worked with quite closely and they are standing there watching me nervously, as I am trying to answer the question.

Ok, what was the topic of your thesis?

The UNCITRAL arbitration rules as applied by the Iran-US Claims Tribunal.

What about this photo?



Well, this is special. You see me and on the left you see Pete Sanders, the Godfather of Arbitration, who is the reason why I took up arbitration. He was a colleague of my parents, who were professors in Rotterdam and one of the few lawyers, I think, that they knew. So when I needed to write a paper in university, they said: "Well, go and speak to Pete". And Pete said that what you want is arbitration, which I actually looked up in the dictionary. I never heard of arbitration. So I did my masters paper on arbitration, I did my PHD. And this is where Pete congratulates me on the PHD, I think in 1991 it would have been.

When I read your CV, I actually first time realized that you were a trainee at Baker & McKenzie. Was it in New York?

That is right. I have been in a private practice for about 25 years before I joined the LCIA. But while I was doing my PHD, I spent 4 months or something like that, not very long with Baker & McKenzie New York. Because Baker & McKenzie was a depository of all filings by claimants before the Iran-US Claims Tribunal, so it was a very vital and the story Grant Hanessian always told me, it was some smart associate who said: "Why do not we team up all these American claimants and collect all our submissions and keep them in one place". And I think all those documents, which are now in Baker, David Caron was instrumental in taking over those re-

cords, it was a really important place to be. This is before the internet. If you wanted to study what was happening at the Iran-US Claims Tribunal, one of the best places to do it was to be there. So I worked with Arthur Rovine and the then very young associate Grant Hanessian. That is my Baker connection.

Yea, Grant is still with Baker. When I was preparing for our webinar, I looked at what I have in my dacha, and found nice Dutch shoes.



It has Baker & McKenzie logo, this is an old logo but it is still here. And we had a partners meeting in Amsterdam and everyone was presented with such kind of wooden shoes.

Do you wear them?

I tried. Honestly, I tried and I found them extremely inconvenient. It looked like a torture. I am wondering, is it really the case that people used to wear that kind of wooden shoes in the Netherlands?

I think that actually people still wear them, but apparently they are really good if you want to work in sort of muddy soil and you can slip out of them quite easily, so there is really nothing else that is, well, will not say comfortable, but convenient, for walking in semi-wet soil and then leaving them outside the kitchen door and stepping out. But I think you need to wear them with thick socks or maybe even some sort of inner shoes. I must admit I am a sort of a city girl and I am not the best person to ask.

I thought that people adjust the shoes to the shape of the feet, maybe this is the way to handle it?

No, no, you just suffer.

This is what makes Dutch people strong.

Exactly.

Coming back to pictures, I have a very nice picture to show you.



Yes, this was my first job after doing my PHD. It is the small hall in the Peace Palace and I was a tribunal secretary to the US UK tribunal, between the United States and the United Kingdom. So I worked with a tribunal for a year and we had a month-long hearing in the Peace Palace, so it was a pretty steep promotion from an obscure academic to sitting at this table where most people only seat when they are 85 and have a lot less hair than I had on that picture. But of course I was there as a tribunal secretary but it was quite an amazing experience.

I want you to show one very nice painting, I believe you must recognize it.



Migration | Nefe Ogodo

It is a picture I bought in Abuja in Nigeria. But it is actually very special painting. There is a bit more air on top and sand underneath, and it is a very moving picture of the displaced persons' camp in Northern Nigeria, and there is something about it because it is so narrow and long and it gives an impression of movement. So I found it an incredibly moving picture, which I took on with me, enframed it and now I have it in my study here, in the Hague.

You were, I think, one of the first persons, who raised in 2014 at ICCA Miami Congress the problem of diversity in international arbitration. The reason why I am showing you this picture, because you referred

to this picture and you said that you were amazed looking at these people as they were different but they were equal in some sense because they are moving in the same direction. Then you made some parallel in international arbitration. Right? Do you remember it?

Yes, I do and ICCA was special. This was just before I joined LCIA and I did not invent this myself but I had read about an initiative years earlier, when American law firms took this pledge to effectively force law firms to have inclusive teams when they pitched for work, and I suggested that we would do something similar in arbitration where princes of arbitrators would refuse to take on an appointment if they felt that the tribunal was not sufficiently diverse. And at the time I did not focus specifically on gender. But the pledge that was picked up by others, particular by Suveneru Lori, who was really made into something tangible. Gender perhaps is one of the easier, difficult as it is, because it is very concrete and it is quite clear what your targets are: name 50% and you can measure that. What is also special about it, it is not just a painting what is special, but what is special about the circumstances, when I was in Nigeria to promote the pledge at the time that was the pledge on inclusion of women. A lot of African participants rightly stressed the importance of racial inclusivity as well. So I have very special memories of that trip because it highlights that diversity is more than gender diversity, it is about every kind of diversity and we are all in this together and we need to work on all these kinds of diversity.

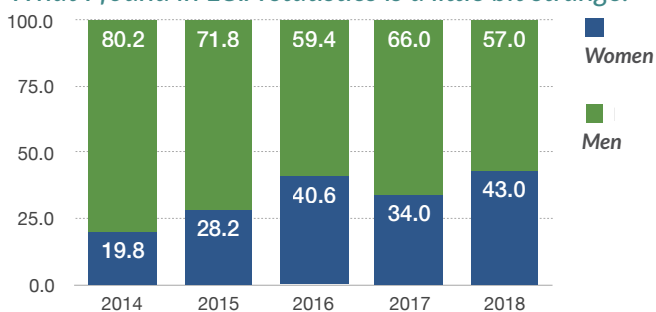
After you started this pledge in arbitration, did situation with diversity in arbitration changed now, 6 years later?

I think it is massively changed the environment. And I think, certainly with hindsight, focusing initially on gender was really smart and really important. Because I do not think that the pledge would have gained attention that it has gained. The challenges are now gonna be to move from gender. As I look at the numbers, there is a bit of a sneak preview of 2019: the LCIA numbers are not yet published, they will be published shortly. LCIA selects arbitrators in addition

to the parties and co-arbitrators selecting arbitrators. For LCIA-selected arbitrators we have achieved 47% female appointees last year. So that is almost a gender parity. And I think why the pledge has been so successful, it gives institutions, co-arbitrators, people something that they can refer to even when they feel a little bit uncomfortable discussing gender, they can say: well, it is not just me, it is not just my personal perspective, but I think my law firm has signed up to the pledge, or the company has signed up to the pledge. It is almost as if that you can blame somebody else or at least point to something very quick in support of your desire to promote diversity. So I think it has been and if you look at other institutions and appointment numbers, number of female appointees has risen enormously.

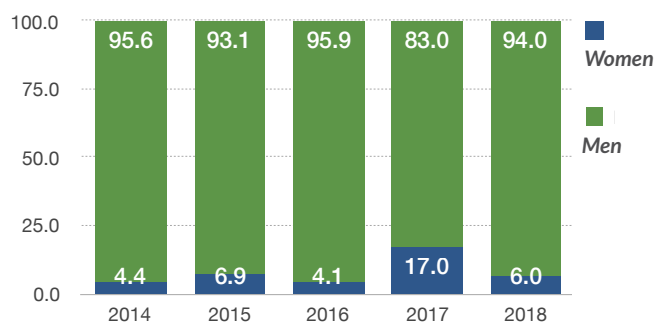
And I have a couple of questions in this regard.

What I found in LCIA statistics is a little bit strange.



LCIA Statistics on Gender Diversity (2014-2018).
The ratio of men and women appointed by the LCIA Court in 2014-2018

You see here a ratio of men and women appointed by LCIA and you see that female appointments by LCIA are growing.



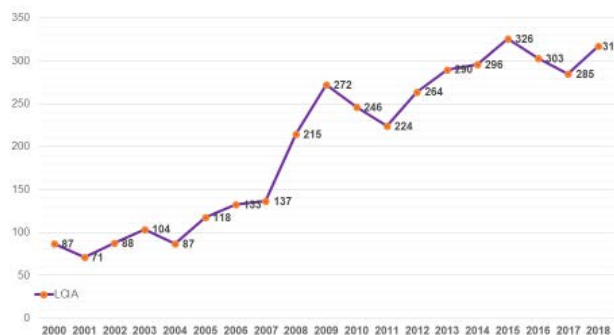
LCIA Statistics on Gender Diversity (2014-2018).
The ratio of men and women appointed by the parties in LCIA arbitrations in 2014-2018

But if you look into the party's appointments, you will see that there was some raise in 2017 and then there was a drop in 2018. So the parties are still pretty reluctant to appoint female arbitrators.

Yea, I do not have the precise numbers here and I would not necessarily disclose them anyhow, but I think for 2019 we get up to total average of 22 to 24%, so given that the Court accounts for 47% you see the parties and co-arbs are legging behind. I think that the drop you just showed was very unfortunate and I do not know, because it did coincide with people talking a lot more about diversity. It was a lot of discussion that people saw many lists including women. But it was more like going through the notion, so co-arbitrators would say: oh year, we do need to put some women on the list but then really nothing would be done with it. The situation has improved, situation can improve further. It goes to my point that I do not think parties are necessarily the best place to make selections anyhow and the same to large extent applies to co-arbitrators. I think institutions are often better placed, we know the market better than individual parties or even co-arbitrators. At the LCIA we appoint typically the chairs and sole arbitrators, so arguably more difficult slots where we require the previous experience and still we are able to find women to fill the slots. So it is taking time but I do not think we should be too pessimistic about it. Actually those numbers are quite forceful and law firms are definitely doing what they can.

I want to show you some LCIA statistics for last 18 years, because 2019 are not available yet. And you see, the number of cases grew significantly in the last 18 years including the time when you were at LCIA. So tell me what where your major achievements with LCIA?

Well, in terms of numbers, I think that numbers are a combination of factors. Numbers are certainly not attributable to one person only. What I think, I have been part is professionalizing of LCIA, it has grown and it has required professionalization. And I think that has worked and that in turn has then led to increasing trust in the institution. I think also changes to the organization, making it more robust and what we



LCIA Statistics on Case Filings (2000–2018)

have been seeing now, with the crisis, the fact that we were able to convert the organization into a remote institution within, effectively, a week shows that it was not only the organization, that it was 10 years ago - much smaller and more dependent on a few individuals. So it is much more robust organization. I think that in terms of specific initiatives diversity has definitely been one of my focuses and something I am very proud of, and I do think that I personally have contributed to the increase in diversity.

What we see these days, the rules of all arbitration institutions are more or less the same. Because if one institution introduces an emergency arbitrator – in couple of years you will see others doing this. If one institution starts publishing the reasons for decision on challenges, than other institutions do the same. If I ask you what are three major specific selling points of the LCIA, how LCIA is different than any other institution, what would you say?

Well, I think the primary difference and again that is something which, I have started to speak much more explicitly about than previously, is the remuneration system is completely different and that is a much more cost-effective system. So the hourly rates-based system works out cost-efficiently for users across the board - so both for smaller and for larger cases. And I did appreciate that if you do not publicize that with real numbers, people do not necessarily believe it. If you have an *ad valorem* system you can have a cost calculator on the web site.

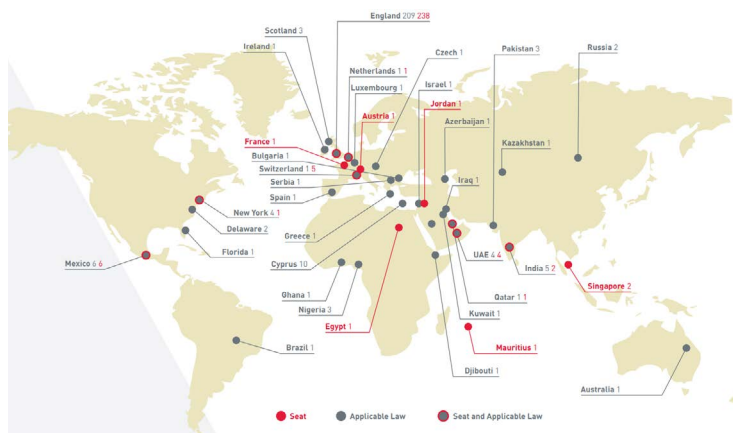
It is more predictable.

It is more predictable but it is also more transparent. So I decided that we would go the full

monty, if you will, and give actual numbers so not only the cost calculator in abstract and give actual numbers. In fact, one of the things we are doing in this period is updating the cost and duration analysis. That is gonna be the third time that we will publish numbers. And I think cost and the fact that our system is cost affective is the biggest distinguishing factor compared to other institutions. Number two and that is related I think that LCIA arbitrations are time efficient. 16 months duration so we have not really seen the need to introduce too many specific procedures like expedited. We may do that but I think already for average proceedings we have seen a very swift pattern of these cases, where the institution only intervenes in administration if it is very necessary. And that is a big difference which I also see as arbitrator. Different institutions have a different way of administrating. We are very hands-off if we can and it is only if and when there are issues that we get involved in the arbitration. I think the third thing arising due to the LCIA's position in being international in London. A lot of our cases are governed by English law not because there have anything to do with English parties but for instance in banking and finance which is important part of our caseload, people want English law and we are closer to arbitrators who are best at dealing with those cases.

I have a couple of slides here. You will see that England is normally a seat for LCIA cases and English law is usually applicable law. And if you look at the nationality of arbitrators, you will also see that the majority of arbitrators are British. As a result some people believe that LCIA is a very Anglo-centric institution. I do not know where it is good or bad. I personally believe it is good.

If you look at the pattern of English law and English seat, you will see that in the last three years there has been a considerable increase in non-English law governed cases and in non-English seated cases. What is very interesting is with a few exceptions, and I can talk



LCIA Statistics on Seat and Applicable Law (2018)



LCIA Statistics on Nationality of Arbitrators (2018)

more about one notable exception, it is not as if people will choose, for instance, Nigerian law and Nigerian seat. People are becoming increasingly creative saying: «I like the case to be seated in London but with Nigerian law». Or the case to be seated in Athens but with English law. So there is mixing and matching. The exception is with some Mexican cases that we have, both Mexican law and Mexican seat. But that is the exception. So we are seeing more cases where people choose something other than English law and English seat. And they are choosing different combinations. And that is one of the things I am working on, without trying to suggest this is a bad thing, as you say. I think London is according to the Queen Mary's study – the premier place of arbitration in the world. Well, there are many of others good places of arbitration but we should be very careful not

to throw away the baby with the potato water. England is simply a very good place of arbitration and English law is very popular as you know also with Russian parties. There are many other laws and we can handle all of them. But it does not mean that English law is a bad thing.

Well, in Russia we saw war is war but dinner should go according to the schedule. And so people are reminding me that it is already 7 PM in Europe and people are hungry. I wish all the luck to your family, be safe and stay home these days.

You too stay safe! Bye, bye.

By the way, I promised you Jackie to have a nice surprise by the end of our webinar. Unfortunately, I am not as good as you at bargaining, and I am afraid I am a victim of Nigerian more talented people. Yesterday I looked at the website of Nigerian artists and I found this painting, which you like so much. I did not realize that they are selling it in many copies. Anyway, I bought it already at a price quoted and arranged for the delivery to LCIA. So after this situation with the virus is over you will receive another copy of the nice painting which you have already in the Hague.

Thank you very much!

List of ingredients for Dutch Asparagus



What do you need before we start (dinner is served for 4 people):

- 1) Asparagus: 1.5 kg (white is recommended and needs to be peeled).
- 2) New potatoes: 0.75 kg
- 3) Slices ham (slightly thicker than used for sandwiches): 8 (300 gram)
- 4) Eggs: 6
- 5) Butter: approx. 100 gram
- 6) Green herbs (mixture of parsley, chives, savoury chervil or what is available).



Cooking utensils which we suggest are kept ready:

- Big pot of boiling water for the asparagus
- Smaller pot to boil the potatoes
- Small pot to boil the eggs
- Small saucepan to melt the butter
- Chopping board
- Large serving dish for the asparagus
- Dish for the potatoes



Traditionally, Pinot Blanc, Riesling or Sauvignon Blanc are recommended to serve with Asparagus.

However, Jackie's personal preference is a White Burgundy. Bon appetit!

Dutch asparagus cooking recipe

Thinly peel the asparagus, and chop off the woody ends of the stem (2 cm). Prepare the potatoes – personally, certainly with new potatoes, I prefer to leave the skin on and simply wash them.

Boil a large and a medium size pot of salted water. Start with potatoes which are likely to take longer (some 15 mins depending on size). The asparagus will probably take around 10 minutes.

Next, boil the eggs. Typically they are served hard-boiled; I prefer them somewhere between medium and hard. Remove the ham from the fridge so that it is not stone cold when you're ready to serve.

Chop the herbs finely, and place in a serving bowl, with a knob of butter. Melt the rest of the butter in a small saucepan over low heat. Peel the eggs and cut in halves.

Warm a large serving dish and a small pitcher or sauce boat.

The trick is to get everything ready at same time. When the potatoes are ready, drain them and add to the herbs/butter and toss.

Carefully extract the asparagus from the pot and place them on the heated serving dish. Roll up the slices of ham and place these around the asparagus. Place the eggs around the ham. Serve the asparagus with the melted butter on the side, and the boiled potatoes. Best served with white wine -- my personal but atypical preference is Chardonnay, preferably a burgundy.

Enjoy!

ARBITRATION KITCHEN WITH ALEXIS MOURRE (ICC) – STUFFED TOMATOES SICILIAN STYLE. SEASON 1 EPISODE 2



Tonight we have tomatoes in Sicilian Style cooked by Alexis Mourre, the President of ICC Court of Arbitration. And my first question why you choose Sicilian dish?

Alexis Mourre: Hello everyone, happy Easter! So tonight, first of all, I have to make a disclaimer because I think it is the first time in my life I am cooking. So the result will be what it will be. So tonight, we will have Sicilian Stuffed Tomatoes. If you ask me why Sicilian, because my wife Claudia is from Palermo. Thus, I am cooking Sicilian dish, because my boss here is a Sicilian.

Ok, I understand that you are assisted tonight by your wife Claudia and by your daughter, right?

It is more that assistance, it is guidance.

Just before you start cooking just tell us how long time, do you believe it will take to make it?

It depends on my ability, which is quite low, but I do not think more than, perhaps, 30-40 minutes.

We need 15 tomatoes for how many people?

For three, four, five ?

Two tomatoes per guest I would say.

Just tell us what you do.

I take the tomatoes and I cut the head like this, you take the top part of the tomato away and then you take the inner part of the tomato and put it into one plate and the empty tomato on the other. And add some oil to the plate.

I understand that you are not in Paris now.

Where are you?

I am in Normandy, in the countryside. I am here with two of my daughters. One is studying at a law school in Paris, the other one is still in a college. My eldest daughter is studying medicine. She is helping in Paris at the hospital.

She is on the frontline this moment. We are very proud of her.

Oh really, we hope that she is ok.

She is ok, she said she got COVID already. Many people get COVID and do not even realize that as they are a-symptomatic. So she said that she got it but I am not sure.

But what is the situation generally in France?

We all are fine until this bottle is empty. That is Normandy Calvados.

So you are staying in your countryside with your family. So, what is about other ICC staff?

Are they also working from home?

They all are working from home, essentially. We have management with Alex and Anna going everyday to the office to check notifications. They are really doing an excellent job in ensuring that the Court remains open for business. But essentially people at the secretariat work from home remotely and it works very well.

What about Court Committees and the Plenary Sessions?

They take place as usual, all by videoconference. The Court is continuing its activities normally, irrespective of COVID. We are receiving requests for arbitration and final awards, and I can say that we do not see significant delays in our case administration activities. Of course, there are delays in cases due to postponement of hearings. We have just issued a very good Practice Note that came out on the website two days ago, encouraging parties and tribunals to organize their hearings by videoconference, and informing the parties of the support that is given by Secretariat in this regard. We have seen very complex, important hearings organized by videoconference on different platforms.

So you have prepared tomatoes. Can you show me your table? What do you have on your table now?

These are tomatoes, parsley, that are raisins, capers, this is onion, and that is anchovies, and the tomato pulp.

What is next?

What is next to put a little salt there. Now we will put the onion. This is the unpleasant part of it because you can cry with it very easily.

You know in arbitration very often you see one losing party crying, so at least those people who lost their ICC cases will be happy to see you crying as well.

It is very much like arbitration. You stuff the arbitrators' head, just like these tomatoes. And I have my secretary here, who's really in command. And the party is crying.

Claudia, what are you adding? Some more oil?

Claudia: I add some oil because the onion was too dry. Once it gets golden we will cut very small the tomato pulp. You need to put two anchovies, so it will melt.

I love anchovies, I will put more than two.

Claudia: You just need two minutes, it will not take you long. You need to cut the tomato pulp very small.

So he is cutting what he has got from tomatoes, right, into small pieces?

The pulp.

The pulp, ok.

Now I am going put this to the fire. And I am going to put bread crumbs to onions and anchovies. The next step is to put the tomatoes.

Yes, we can see it. So, basically the composition here is: onion, and then we have anchovies, then tomatoes pulp and bread.

And now we are going to add some more ingredients in it. Sugar.

Just for my understanding. Alexis, you are French, your wife is from Italy. Which language do you speak at home?

With my daughters I speak mostly Italian and French. With my wife I speak Italian. Now I am adding the parsley.

Where did you learn Italian?

My mother is Italian.

Your mother is Italian. So this is why you speak French and Italian. And also you speak Spanish, right?

Yes, I do speak Spanish.

And English, I understand?

Yes, English of course, yes.

So how many languages do you speak?

And some Portuguese.

Unbelievable.

My working languages are essentially English and Spanish. At times, I think I will lose my

French, because I rarely work in French, which is a pity. Capers and peanuts.

The whole family is assisting you Alexis, we can hear it. What is this?

This is raisins.

So you are adding also raisins.

Yes, putting some raisins there. So you dry it, you take the water out of them. Now we are almost done.

So basically you prepare this mix and then, after it is ready, you put it in tomatoes.

Exactly, then I start with the tomatoes. Then I will put tomatoes into the oven for 45 minutes.

Tomatoes would be nicely crispy on top.

So you can fish yourself? You can catch a fish in the sea?

I love to dive, but I do not fish myself. I never did. When I dive, I think I could not kill these fishes. I love to see fishes but no to fish. But I love to eat them.

Well, I have now a nice photo to show people.



That is a big bulldog shark. The two persons behind are my daughter Blanche and me. It was in Yucat'n, close to Cancun.

You told me once that you like diving and you can dive in a pretty deep sea.

Well, it depends if you are with tanks or not. If you are with tanks and oxygen, you can not go that deep. I would go down perhaps 45-50 meters maximum. Below, the oxygen becomes toxic.

What is the temperature in the oven?

Claudia: This is a very old cooking oven. I put it at 220. You just watch the tomatoes when they are crispy, you can put them out. It takes time

(40-45 minutes) because the tomatoes have a lot of water. So it needs to shrink.

Well, it was well done, Alexis. We have started to talk about your hobbies. We understand that you are diving and you are skiing, right? Are you a good skier?

I think so, better skier than cook.



Where did you ski this year?

In Italy. Close to Selva di Val Gardena, in the Dolomites.

Close to the place where all this disaster has started.

Yes, close to.



And you also sent me a nice photo, this one. And tell me what you are doing here.



That is a sculpture. Wood and plaster.
Is it still work- in- progress?

Yes, I am still working on this, it is a recent photo.
Do you have something that you have done already?

Not here, but I can show you a statue. Wait a second. I will show you one, it is in my garden.
Do you see this?



Oh, it is modern art.

Well, there are several things that I have done myself, but I do not have them here.

What are you doing with what you do, do you sell it or do you present it as a gift? Or do you keep it at home, what do you do?

Oh, I would be embarrassed to sell, I do not think anyone would buy them.

Well, it depends, some people are buying this modern art, I have to confess. I never understand it. So it some kind of modern art, you might be famous because of that.

Ok, we'll have a discussion on modern art with vodka.

Ok, next time. Talking about more serious stuff. Please tell me, when did you have your first arbitration case?

As counsel you mean?

As arbitrator. Do you remember?

That must have been in 1999, I think.

Do you still remember the case? What was the case about?

I think it was a sale of tractors, as I would remember.

Not from Belorussia?

No, not from Belorussia. There was a Scottish party with agricultural tractors.

So in 1999, what age were you at that time?

I was 37.

So you have got your first appointment at 37, right?

Yes.

20 years have passed now, you are the President of the ICC court and how many cases you have had as arbitrator since then?

More than 150.

More than 150 cases. And you are still sitting, I believe as arbitrator but not in ICC arbitrations.

No, of course not. I cannot sit in ICC arbitrations at the moment.

So, you are sitting under other rules.

Yes, I do quite a lot of the investment work at the moment. I do other rules, UNCITRAL work and other institutions.

You spent some time with the Arbitration Committee of IBA. You were the Chairman of the Committee, right?

I have been chairman of IBA Arbitration Committee. Yes.

And if I am not mistaken, at that time, you are one of the main advocates and promoter of the IBA Rules for Counsel Conduct.

That is right, I drafted them. I was the one presiding over the Committee when these Guidelines were approved.

I want to show you my favorite part of it.

IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (2013)

Remedies for Misconduct

- a) admonish the Party Representative;
- b) draw appropriate inferences;
- c) consider the Party Representative's Misconduct in apportioning the costs of the arbitration;
- d) take any other appropriate measure.

The IBA Guidelines provides as a remedy for misconduct: “admonish the Party representative”. I have to tell you, when I first time saw it, I did not know what is “admonish”. Can you tell me what “admonish” means, something when tribunal says to the counsel: “Ha-ha-ha. Never do it again!”.

I am not sure I know, after so many years.

We know what was one of the reasons behind these rules for party counsel conduct, we had this problem with barristers. When barrister sometime appeared just before the hearing before the panel where his fellow from the same chamber was sitting as an arbitrator. And then the question was: what to do? Should you challenge the arbitrator or should you dismiss the counsel? We know, of course, this famous ICSID case (Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia, ICSID Case No. ARB/05/24), where the tribunal excluded the counsel from the case. But in the IBA Guidelines for Counsel Conduct you did not go that far, you did not say that the tribunal is allowed to exclude counsel.

Yes, I think that the Guidelines say that, more or less. The guidelines says that the tribunal can take measures after consulting parties, to the effect of excluding new counsel that is introduced in conflict of interest.

And I believe that LCIA introduced something in the Rules with regard to that.

The LCIA made what I regard to be a very good move, they adopted an appendix to the LCIA Rules regulating counsel conduct, in a different way from what the ICC did, as the appendix is broader and it gives quite broad powers to the tribunal. Essentially, based on the same principle, which is that the counsel has a duty to act in good faith. I think that LCIA move was a very good one and I supported at the time. And the ICC took a slightly different approach by including in our practice Note an encouragement to the parties to adopt the IBA Guidelines on Counsel Conduct. And now we will introduce in the Rules that the tribunal has a power, again in the appropriate circumstances, after having heard the parties, to exclude counsel from all or parts of the hearing.

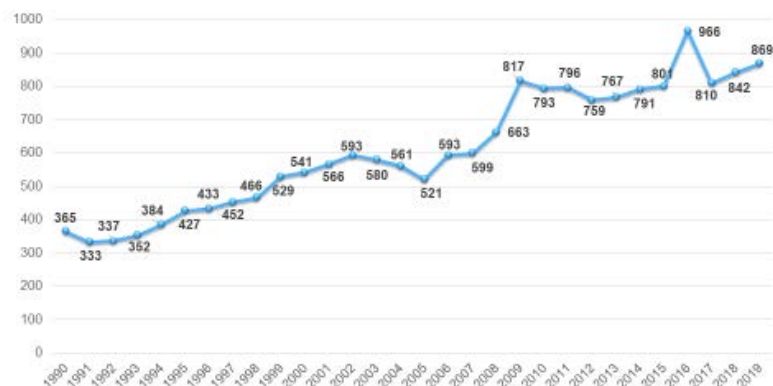
But in your 150 cases, how often did you use this kind of remedies when the counsel was excluded or admonished because of misconduct?

Well, to warn the counsel in case of misconduct, that has happened to me in several occasions, but arguably you don't need guidelines to do that. But it never happened to me to exclude counsel because of a conflict of interests. However, we have seen at the ICC, in several instances, that scenario happening. We have had, at least in three occasions, challenges based on a conflict of interest that had arisen between one of the arbitrators and the newly introduced counsel. And at least in one occasion, that challenge had to be accepted, and we, I personally, regretted that the tribunal did not take the initiative to exclude counsel, because, in fact, we did hit the wrong target, but we did not have a choice. So that is something that happens, of course not frequently, but it does happen. And it is good that there is awareness of the powers of the tribunal to address these situations.

Ok, coming back to the ICC, for how long are you now with the ICC?

I was elected as the President of the ICC Court in July 2015. And before that I was Vice-President of the Court for 6 years.

I just want to show you again some chart with the ICC statistics.



ICC International Court of Arbitration: Case Filings in 1990-2019

You see that the number of cases is growing. Although from 2008 until 2015 the number of cases was more or less flat, because normally between crises you do not have rise and then you had a peak in 2016, but I believe this peak was specific to some class arbitration cases.

It is an interesting chart, because what you see here is that the total number of cases has tripled in the past thirty years. There is a period between 2005 and 2009 when there is a very sharp rise. Then, from 2009 until 2015, the line is essentially flat, from 817 to 801 new cases per year. 2016 is a bit of an outlier because among these 966 new cases we had about 130 cases originating from a collective action in California. So the real number in 2016 was 830 new cases more or less. But overall, we now have situation in which we are back to growth, a modest growth, every year, but a steady one. It is not like a 10 or 15 percent growth per year, of course, and I think that this is completely understandable, as the ICC is a traditional institution, well established, and of course we do not have the same kind of growth than other younger institutions. But it is a growth and it is sustainable and steady and that is good. I also think that when you read these figures, you have to read them in conjunction with the average amount of dispute, which is, I think different in the ICC context than in other institutions. When I became president

in 2015, I remember having said that I would have liked in the next 6 years to bring ICC to a 1000 new cases per year. We will not get there when I leave next year. But I think that the fact that the ICC has maintained its market share in a market that has completely changed and which is much more competitive is certainly a success.

You know that ICC court is expanding its presence throughout the world and I believe that ICC is the only institution that is doing it.



ICC International Court of Arbitration: Offices of the Court

In addition to the headquarter in Paris in 2008 ICC Court opened a case management office in Hong Kong, then in 2012 in New York. Then a repoffice in Shanghai in 2016, in Abu Dhabi in 2017. Then again case management offices were opened in Sao Paulo in 2017 and in Singapore in 2018, rep. office in Tunisia in 2019. So ICC court has several case management offices around the world and rep-offices. Is it a part of ICC strategy? Not to be just a Paris-based organization but to make case management closer to regions?

Yes, I think that one of the real distinctive features of the Court of the ICC is that it is a truly global organization. And I think that it is the only arbitral institution in the world that can claim to be truly global, administering cases from five different cities: Paris, New York, San Paolo, Singapore, and Hong Kong. I do not think that anyone can say that ICC is a Eu-

ropean, or North-American or a common law or civil law organization. We are truly global, and what is really important is that this is reflected in the diversity of offices from which we conduct our business. Another important aspect of this strategy is the fact that as part of the changes that the market has undergone, we now see more expectations that institutions be closer to the market. There was a time, 10 or 15 years ago, when it really did not matter where an institution would be: the ICC was global in Paris and no one would expect the ICC to move headquarters in different regions, in different cities. We opened Abu Dhabi recently, Abu Dhabi is not really a case management team, it is a rep-office, but it is a rep-office where parties can file a request for arbitration. Now, many people there came to me and told me: “Oh, good. Now that you are in Abu Dhabi we can start including ICC clauses in our contract”.

I answered that of course there was no need for the ICC to have an office in Abu-Dhabi for an ICC arbitration to take place in Abu Dhabi. But that was the perception. Another example is Singapore with respect to the Indian market. It is amazing how Indians love to arbitrate in Singapore, but until when we opened our office in Singapore, many Indian users believed that if they wanted to arbitrate in Singapore, they had to do it at SIAC. If you look at the statistics of SIAC, you will see that a very large share of their caseload originates from India. So we went to India, we now have a strong presence there, and we opened in Singapore so that, now, that trend is starting to be reversed. So I think that being local is becoming more important, and for the ICC it is somewhat a challenge because we need at the same time to be global and to be local, “glocal” as some would say.

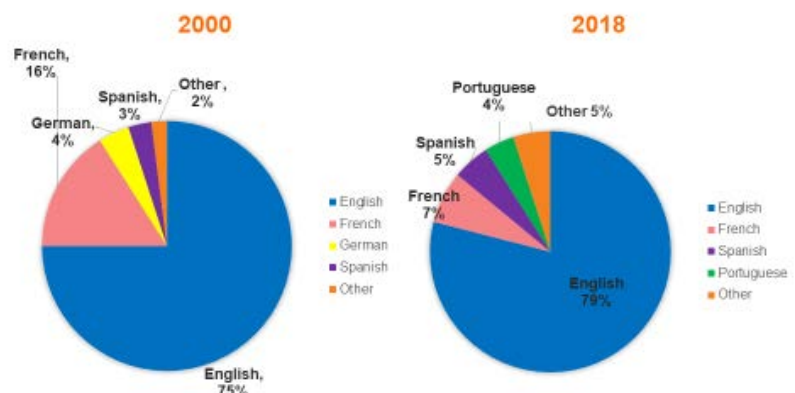
Why you did not open it in India? Because, you know, that LCIA at some point of time had its office in India.

Yes, they had an office in Mumbai, which they closed recently. India is a place where, again, we

have displayed lots of efforts in the past years. I have traveled to India more than ten times in the past five years. We have a very very strong arbitral commission there. Our friend Mr. Ciccu Mukhopadhaya is its chair. We may consider opening an office in India in the years to come. The fact is that we have been very busy opening the offices in Singapore and elsewhere. We have ongoing discussions at the moment with Abu Dhabi. But we may consider India in future, of course.

So, where do you believe next time ICC will open its case management office or a rep-office, in which country?

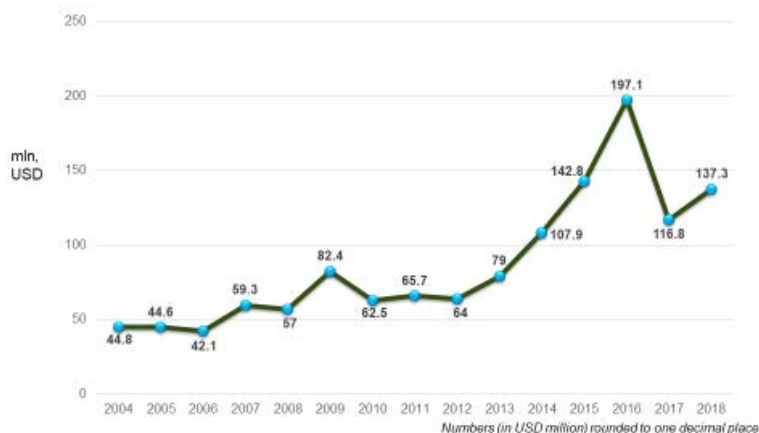
As I said, we’ll have to see how things evolve. At the moment, it is a bit difficult for everybody because of the COVID situation. But as I said, I would like to expand our office in Abu Dhabi to become a case management team.



ICC International Court of Arbitration: Languages of Awards

I want to show you also some interesting statistics with regard to languages of the ICC awards. You see here the diagrams of 2000 and 2018. In terms of prevailing languages it is still English. 20 years ago it was 75% and in 2018 it is 79%. It is interesting that in 2000 French was the second language, 16% of the awards were issued in French. And now it is only 7%. Now we have more Spanish and Portuguese awards. Does it reflect the general trend that French is becoming less popular in international arbitration and English is more popular, and then we have Spanish world, Portuguese world, which includes Brazil. What is your observation?

If you would like to say, Vladimir, that France is slowly and softly slipping into irrelevance, that slide might be a good example of it. Apart from the joke, I think, yes, it is true, French is less relevant now, and Portuguese is more relevant. I am surprised by the data about Spanish cases, I would have thought that it was more. We have lots of cases in Spanish language, and without any doubts it is a very relevant language in the arbitration world.



ICC International Court of Arbitration: Average Amount in Disput in Cases Pending in 2004-2018

There is also another interesting chart, which shows the average amount in dispute. For me, it is even more important, frankly, than the total number of cases. Because you see in 2004 the average amount in dispute was 44 million USD, and in 2016 it was 197 million USD. This is an average amount and for me it is a lot!

In 2019 it was something like 141 million. It shows that ICC is administering mainly big cases. On the one side this is good, that ICC takes this niche of administering big complicated cases. From the other side my question is where the small disputes go?

First of all, this is the average value of our disputes. If you look at the median, of course the chart would be different. What is true is that we have the largest share of large complex multi-party, multi-contract disputes. I think that our record was a case in which the claim was on top of 77 billion USD. So, of course, when you see

a case like this, it draws your statistics upward tremendously. But we do have very large and complex disputes. If you compare these numbers to the average amount in dispute in the statistics of other well-known institutions, you will find that an average dispute is less than 20 million USD. So that is one of the striking differences between the ICC and all other institutions. Now, the reality is also that we have, I would say, about 40% of our caseload with cases involving claims of less than 5 million USD. If you take the 2 million USD threshold, which is the current threshold for the expedited proceedings rules, I think it is about 30% of our cases. In terms of number of cases, we therefore have a very, very large number of cases involving lower amount in dispute. One of the challenges that we have and that I quickly saw when I became the president, is how do you deal as an institution at the same time administers cases involving 77 bln USD and cases involving a couple of hundreds thousand USD. So you need to treat cases differently, and that is what we have done of course with the expedited rules.

Alexis, according to statistics only 70 proceedings were initiated or conducted under Expedited Rules as of 1 April 2019. From one side you could say: "Well, in comparison to the total number of the ICC cases this is a significant number. But frankly for me, if you think about the whole world and that the ICC is the world trade organization in a sense that the mission of the ICC is to assist the world trade, this is very small number. I could not image that the world has less than 100 small arbitrations per year. Of course, these cases are going to some local chambers, some other institutions. But still, I believe, and it is my theory, that small arbitrations are in a sense under-served, so people are prevented by the high arbitration costs to file new arbitrations. Or maybe my feeling is wrong. What do you think?"

You should look at the statistics in the context of what the rules provide. As you know, expedited arbitration proceedings do not apply retroactively. They only apply to cases introduced as from 1 of March 2017, but based on arbitral agree-

ments that were signed after 1 March 2017. That explains why the number of cases under EPP are still low. But because it is an opt-out and not an opt-in, mechanically you will have a much larger number of EPP cases in the years to come. Of course, you can also apply the EPP based on an opt-in for any kind of dispute, including for arbitration agreements that predate the 1 March 2017. That happens frequently for arbitrations that involve large amounts in dispute. As far as the opt-out application is concerned, we will increase the threshold from 2 to 4 USD million. That means that with time, the caseload under the EPP rules will increase exponentially and will in the years to come represent about 40% of our total number of cases which now is about 1600 cases. That will be very significant.

You said that you see the major difference between the ICC and the other institutions that the ICC Court is truly international. So it does not have a link to any particular seat or any particular country. What else you would say? How are you different from LCIA, SIAC from HKIAC, Vienna Center? Where are the major differences?

I think there is one feature at the ICC which is of course a distinctive feature, and that is the process of scrutiny of awards. That is something that some other institution may try to emulate in the future, but for now, we are the only institution offering it. And you know how it works, of course. It is a very, very time consuming and demanding process of review of awards, first at the level of the Secretariat, then by the management, and finally by the Court either in a Committee session or at the Plenary. There is an agenda, a report on the case presented by a Court member, and then a very active discussion at the Court. As you know, the court can impose changes as to the form of the award and draw the attention of the tribunal to questions of substance, and it is now very rare that an award is approved without some comments as to the substance. I think that it is a process that tremendously increases the quality of awards. Especially in an institution which is less homogeneous, I would say, than others in terms

of the cultural background of arbitrators, of the types of cases that we get. Again, we have multi-billion cases with very experienced arbitrators, but we also have smaller cases involving first-time appointed arbitrators, arbitrators from different jurisdictions or jurisdictions where the arbitration culture is less established and it is important that the Court provides that kind of quality control process. So I would say that this quality control process is one of the important and distinctive features of the Court. The other one, and this is not cheap advertisement, I really mean it, is the way in which the secretariat monitors the arbitration, attends to time limits, looks at what happens. When the tribunal is late in making the award, you can be sure that the secretariat will write or call, and that does not happen in many other institutions.

You started as the President of the Court in 2015 and I understand that you are stepping down next year, right?

I will step down on 1 July 2021.

If I ask you, what were the major achievements of the ICC Court under your presidency, what would you say?

One thing or several things?

Several things.

Well, first of all, as you said, and I think that you were there as vice-president in the first three years, and you will remember of discussions we had at the bureau. We worked essentially on three lines of policy which were: improving the efficiency, increasing the transparency, and establishing the highest level of ethics, both for the institution and for arbitrators and counsel. Another line of policy was diversity, for example the fact that we managed to achieve gender parity in the Court. That was not easy to achieve as you will understand if you know the intricacies of the way in which Court members are appointed, but we did it. We still do not have as many women in our tribunals as we should, but the numbers are improving. Particularly, last year was a significant growth, so that as well is positive and is something on which we will continue to work. On transparency, we have amended the rules to include

provisions to allow the Court to provide reasons for its decisions, not only for challenges but also for decisions such as *prima facie* jurisdictional decisions and consolidations. We are now publishing the compositions of ICC tribunals, and there is a very ambitious program for the publication of awards. We have introduced expedited rules, and we have created a time limit for the submission of draft awards to the Court. We have introduced guidance in our Practice Note on Disclosure. Many things have been done and I would say that it is a collective achievement of the Court and all members of the Secretariat. And I have to say that I have been completely and magnificently supported by Alexander Fessas and Ana Serra e Moura.

So after you leave the Court next year, what you believe would be the major challenges for a new president?

I think that one of the challenges will remain business development. We are an institution, and perhaps it is an interesting difference between the ICC and some other institutions, that spends much more time in serving its users than promoting itself, and in fact we are not always as good as we should in promotion and marketing. When I became president, in 2015, in Asia, which is of course a critical region, we had only one regional director the entire continent. We now have two regional directors, plus one deputy in India, and now one deputy in Indonesia, but that is not enough. We have also been too absent from Sub-Saharan Africa. We have spent a lot of efforts on India, as well as in China, in Asia in general, but we need to be more active and more present in Africa. And, of course, another challenge will be to maintain very high quality of the Court services. And also to continue with our process of globalization. All this will require investments and I hope that, when I am be gone, the ICC will continue making the required investments not only in the new projects that are needed, but also in our workforce.

That you, Alexis, for your thoughts. You know, that before this webinar I sent information about it to people at the ICC court, at the Secretariat and ask them to give me some ideas with the questions.

One of the question was: "Are there any decisions you took as the President of the ICC Court, which you regret". Do you believe there were some mistakes done by you?

One should not regret what has been done, one should only regret what has not been done.

Or, in the other words, it is better to do and then regret what you did rather than not to do and regret that you did not do it, right?

I do not think that I regret anything that we have done. Perhaps, some individuals may have felt a bit pushed by some of our changes. Arbitration is a conservative world. Some of the things that have done may not have pleased everyone. Some would say that I am a kind of an authoritarian guy, which is completely wrong, I think everyone at the Secretariat would say that it is wrong. But if I have been too authoritarian at times, I regret it, but beyond that, what should be regretted is only what has not been done.

Next year you will leave the position at the ICC Court, what are you going to do? What is your next goal?

I will continue to work as an arbitrator of course. That is my plan.

You are not going to try some luck with some other institutions or organizations?

To take a function at another institution?

Yes. Not necessarily with the ICC, you can go to ICCA, or the other institution.

I don't think that I would take an office in another institution.

It is enough?

It is enough.

Last year you talked in Istanbul about some challenges to arbitration and about current trend of regulation of institutions from local governments. Why do you have concerns with it?

Well, there are concerns about would-be institutions that are in fact vehicles for fraud or do not have a track record in arbitration. But beyond that, it is a reality that the system of international arbitration, as we know it today, as a global system of justice, rests essentially on institutions, on their good governance, their ethics, the quality of their work and their independence. Now, one of the striking features of institutional arbitration is that the activities of institutions

are not regulated in any way, and without regulation anyone can create an institution from one day to another with no controls. As I said, when I spoke in Istanbul, I do not think that hard regulation is the right answer to this. But I think that there should be some level of, if not soft regulation, at least institutional cooperation. We have, for example, IFCAI [International Federation of Commercial Arbitration Institutions]. IFCAI could do more. There are for example projects that could be the object of cooperation programs between institutions, such as, for example a common platform for the publication of awards. Institutions could join forces on the question of liability and arbitrators' insurance, which is a very difficult question. We still see, sometimes, institutions purporting to administrate cases under the ICC rules, which is not good. So I think that generally the idea of cross-institutional cooperation is a good one. Beyond that, governance has been the subject of an initiative by the Spanish Club of Arbitrators under the presidency of our friend Juan Fernández-Armesto, who took the excellent initiative of publishing guidelines on the good governance of institutions. Of course, some of these rules go too far, or may be debatable. But I think that the idea that there should be some common rules, some transnational rules on the governance of institutions is a good idea, particularly on questions such as transparency and independence that are common to all institutions. It would be good that these questions be addressed in a transparent way.

Yes, but who should do it, who should produce the soft law? It should be IBA or ICCA, or a Federation of arbitration institutions, who is best suited for it?

I think that we are not there yet. We should perhaps start with identifying projects. There are many hypotheses of common interest: publication of awards is something that could be done by institutions. Another idea could be a program for the exchange of feedback between institutions, insofar as compatible with data protection

rules, on arbitrators, particularly on how arbitrators behaved from an ethical point of view.

What do you want to achieve before the end of your mandate? You still have more than 1 year.

We have several important projects that are ongoing. One of these is the amendment of the rules. It was supposed to come before the ICC Commission this month for a second round of discussions after having been discussed in Seoul in September. Because of the COVID pandemic, the ICC Commission could not take place in April and has been postponed to July. I do not think that the July meeting will take place physically, but it will happen by video conference because we want this project to be achieved by the end of this year. We also have launched the process for my succession by establishing an independent selection committee, which is an important project as well, which will have to be completed by the end of this year because it is important that my successor be in place early enough to have a proper transition, and be able to work with me on the appointment of the new court members and vice-presidents who will have to be appointed in June. I mentioned our cooperation with Abu Dhabi Global Markets, which is an important project. I also want, as soon as we are able to travel again, to visit many our friends in Africa and some parts of Asia before I leave. There is still much to do, and I will remain active until the last days of work.

We have got a question from Teheran, Iran. The question is: "Expedited arbitration somehow limits the length and scope of the submissions and even could result in the decision on the dispute without a hearing. Do you think that the growth of adopting expedited arbitration rules by institutions could reshape the matter of arbitration advocacy? If that is the case, could you please tell us how?"

Well, surely, resolving a case in 6 months from the case-management conference, as our rules provide, requires a certain level of cooperation between parties and counsel. We had so far roughly 50 awards made under the EPP, and what is really interesting is that almost all of these 50 awards have been made within the six-month time limit, or with very short extensions

of 2 weeks or perhaps a month. So it works, the system works, and in many instances you had no document production, which is something I know you like, Vladimir, or no evidentiary hearing. That shows two things. First, parties, counsel and arbitrators can come together and cooperate in a very pro-active way in making arbitration much more efficient than it otherwise is. And second, the idea that arbitration necessarily takes years and costs millions of dollars is not always true.

We have got also a question from Roman Zykov, he is asking, whether there is any chance that we will see a Netcase back in ICC electronic platform?

I hope so, this is one of my regrets, even though the suppression of Netcase predates my term. It is an incredibly complicated and difficult project. We have been working in the past 5 years on a new IT platform. It is now done, and I have to say that Ana Serra e Moura has done an amazing job on this. We will now need to offer a performing online arbitration platform to our users, which is one of the things we will start working on.

A question from Grant Hannessian, in the years you can say that increasing the threshold of expedited rule cases to 4 mln, may hurt ICC arbitration, since parties will not be able to appoint their own arbi-

trators in such cases. What do you think about it? Because as you know, under expedited rules, it is normally ICC Court that is appointing the sole arbitrators, so the parties will lose their ability to appoint arbitrators.

Yes and no, because most of the clauses provide for “one or more arbitrators”. At the end of the day, clauses providing for three arbitrators are quite rare and, as you know, the practice of the Court has been since before the expedited rules to appoint a sole arbitrator in instances where the amount in dispute was less than 5 million dollars. So, even if we did not raise the threshold to 4 million, for these cases there would be a sole arbitrator anyway. The only change is that, whenever the arbitration agreement provides for three arbitrators, the Court may still appoint a sole arbitrator. But in the 70 cases we have had, we do not see that situation happening very often.

Oh, this looks excellent, it is perfect.

For the first time in my life, I will eat a dish cooked by me. By the way, I have to make a confession, I am very good at doing barbecue.

Ok, let's leave it for next time. Thank you very much. It was a wonderful evening, a wonderful lesson how to cook Sicilian tomatoes and I believe people are very happy.

List of ingredients for Stuffed tomatoes sicilian style



What do you need before we start:

1) Fifteen round, medium size, ripe tomatoes



2) Breadcrumbs (150 gr.)



3) One big onion



4) One small bunch of parsley



5) One or two preserved in oil anchovies



5) Handful of capers



6) Good handful of pine nuts



7) Good handful of dried black raisins



8) Salt



9) Olive oil



Cooking utensils which we suggest are kept ready:

– Strainer



– Glass of water



– Chopping board



– Large serving dish



– Baking dish



Alexis recommends to serve it with a dry white wine (e.g. Sauvignon) or a light red wine (e.g. Pinot).

Bon appetit!

Stuffed tomatoes sicilian style

15 round, medium size, ripe tomatoes, about 150 gr. breadcrumbs, 1 big onion, 1 small bunch of parsley, 1 or two preserved in oil anchovies, a handful of capers, a good handful of pine nuts, a good handful of dried black raisins, salt, olive oil.

Cut off the superior part of the tomatoes, as if you were taking off a lid. Empty the tomato and save the pulp in a strainer. Then mince the pulp taking off the hardest parts. Put the emptied tomatoes in an oiled baking dish while you prepare the stuffing as follows. Put the raisins in a glass of water for a few minutes to revive. You may use small sultanas if you don't find the black (or Corinth) raisins. Grind the onion and stir-fry it with some olive oil. Add the anchovies which will immediately melt in the hot oil, then add the breadcrumbs and stir it for about 10 minute while you start adding all the other ingredients, including the tomato pulp, the minced parsley, the pine nuts, the strained raisins and the well rinsed capers (rinsed from salt or vinegar depending on how they are preserved). Stir to brown the breadcrumbs. If necessary add some olive oil, and be sure that the water coming from the tomato pulp has dried completely and the breadcrumbs is well dried and crunchy. You may now stuff your tomatoes pressing in the stuffing with a little spoon.

Bake at 200° for about 45 min. until the tomatoes will have shrunk a bit.

ICC FORCE MAJEURE CLAUSE (“CLAUSE”) (LONG FORM)

The concept of force majeure is known by most legal systems, but the principles developed in national laws may imply substantial differences. In order to overcome this problem parties tend to agree on autonomous solutions, by including in their contracts force majeure clauses containing solutions which do not depend on the particularities of national laws. In order to assist parties in drafting and negotiating such clauses, the ICC has created two balanced Force Majeure Clauses, the “Long Form” and the “Short Form”.

The ICC Force Majeure Clause (Long Form) can be included in the contract or incorporated by reference by stating “The ICC Force Majeure Clause (Long Form) is incorporated in the present contract”. Parties may also use the Clause as the basis for drafting a “tailor-made” clause, which takes into account their specific needs.

Should the parties prefer a shorter clause, they can include in their contract the “Short Form” of the ICC Force Majeure Clause. The Long Form nevertheless gives guidance on issues in which the Short Form is silent.

As regards the question of what constitutes force majeure, the ICC Force Majeure Clause intends to achieve a compromise between the general requirements of force majeure, which need to be met in all cases and the indication of events presumed to be beyond the control of the parties and not foreseeable at the time of the conclusion of the contract. For that purpose, the ICC Force Majeure Clause provides a general definition (paragraph 1) and a list of force majeure events (paragraph 3) which are presumed to qualify for force majeure (Paragraph 3). Parties are invited to check the list and verify if some events should be deleted from or added to it, in accordance with their specific needs.

The main consequence of successfully invoking force majeure is that the Affected Party is relieved from its duty to perform and from responsibility or damages from the date of occurrence of the event (provided that the other party has been notified timely) and, in case of a temporary impediment, until the impediment ceases to prevent the performance.

1. Definition. “Force Majeure” means the occurrence of an event or circumstance (“Force Majeure Event”) that prevents or impedes a party from performing one or more of its contractual obligations under the contract, if and to the extent that the party affected by the impediment (“the Affected Party”) proves:

- a) that such impediment is beyond its reasonable control; and
- b) that it could not reasonably have been foreseen at the time of the conclusion of the contract; and
- c) that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome by the Affected Party.

The definition of Force Majeure provides a lower threshold for invoking the clause than impossibility of performance. This is expressed by the reference to reasonableness in conditions

(a) to (c) of the clause.

2. Non-performance by third parties. Where a contracting party fails to perform one or more of its contractual obligations because of default by a third party whom it has engaged to perform the

whole or part of the contract, the contracting party may invoke Force Majeure only to the extent that the requirements under paragraph 1 of this Clause are established both for the contracting party and for the third party.

This paragraph intends to exclude that non-performance by a third party or sub-contractor can be considered as such as Force Majeure. The Affected Party must prove that the Force Majeure conditions are as well met for the non-performance of the third party, to which also the presumption of paragraph 3 of this Clause will apply.

3. Presumed Force Majeure Events. In the absence of proof to the contrary, the following events affecting a party shall be presumed to fulfil conditions (a) and (b) under paragraph 1 of this Clause, and the Affected Party only needs to prove that condition (c) of paragraph 1 is satisfied:

The Presumed Force Majeure Events commonly qualify as Force Majeure. It is therefore presumed that in the presence of one or more of these

events the conditions of Force Majeure are fulfilled, and the Affected Party need not prove the conditions (a) and (b) of paragraph 1 of this Clause

(i.e. that the event was out of its control and unforeseeable), leaving to the other party the burden of proving the contrary. The party invoking Force Majeure must in any case prove the existence of condition (c), i.e. that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome.

a) war (whether declared or not), hostilities, invasion, act of foreign enemies, extensive military mobilisation;

b) civil war, riot, rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, act of terrorism, sabotage or piracy;

c) currency and trade restriction, embargo, sanction;

d) act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, expropriation, seizure of works, requisition, nationalisation;

e) plague, epidemic, natural disaster or extreme natural event;

f) explosion, fire, destruction of equipment, prolonged break-down of transport, telecommunication, information system or energy;

g) general labour disturbance such as boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises.

Parties may add or delete events from the list, according to particular situations, e.g. by excluding acts of authority or export restrictions, or by including labour disturbances affecting only their own enterprise. Parties are reminded that adding new events to the list does not relieve them from proving that condition (c) of paragraph 1 is satisfied.

4. Notification. The Affected Party shall give notice of the event without delay to the other party.

5. Consequences of Force Majeure. A party successfully invoking this Clause is relieved from its duty to perform its obligations under the Contract and from any liability in damages or from any other contractual remedy for breach of contract, from the time at which the impediment causes inability to perform, provided that the notice thereof is given without delay. If notice thereof is not given without delay, the relief is effective from the time at which no-

tice thereof reaches the other party. The other party may suspend the performance of its obligations, if applicable, from the date of the notice.

The main purpose of this paragraph is to clarify that the Affected Party is relieved from the performance of the obligations subject to Force Majeure from the occurrence of the impediment, provided that a timely notice is given. In order to avoid the Affected Party invoking Force Majeure only at a later stage (e.g. when the other party claims non-performance) where a timely notice is not given, the effects of the Force Majeure are delayed until the receipt of the notice.

The other party may suspend the performance of its obligations upon the receipt of the notice to the extent these obligations result from the obligations impeded by Force Majeure and they are suspendable.

6. Temporary impediment. Where the effect of the impediment or event invoked is temporary, the consequences set out under paragraph 5 above shall apply only as long as the impediment invoked prevents performance by the Affected Party of its contractual obligations. The Affected Party must notify the other party as soon as the impediment ceases to impede performance of its contractual obligations.

7. Duty to mitigate. The Affected Party is under an obligation to take all reasonable measures to limit the effect of the event invoked upon performance of the contract.

8. Contract termination. Where the duration of the impediment invoked has the effect of substantially depriving the contracting parties of what they were reasonably entitled to expect under the contract, either party has the right to terminate the contract by notification within a reasonable period to the other party. Unless otherwise agreed, the parties expressly agree that the contract may be terminated by either party if the duration of the impediment exceeds 120 days.

This paragraph 8 establishes a general rule for determining in each particular case when the duration of the impediment is unsustainable and entitles the parties to terminate the contract. In order to increase certainty and foreseeability, a maximum duration of 120 days has been provided, which can of course be changed by agreement of the parties at any time according to their needs.

9. Unjust enrichment. Where paragraph 8 above applies and where either contracting party has,

by reason of anything done by another contracting party in the performance of the contract, derived a benefit before the termination of the contract, the party deriving such a benefit shall pay to the other party a sum of money equivalent to the value of such benefit.

ICC FORCE MAJEURE CLAUSE (“CLAUSE”) (SHORT FORM)

This Short Form is a reduced version of the Long Form, which is limited to some essential provisions. It is intended for users who wish to incorporate in their contract a balanced and well-drafted standard clause covering the most important issues, which can arise in this context.

Users must be aware that this Short Form, by its very nature, has a limited scope and does not necessarily cover all issues, which may be relevant in the specific business context. When this is the case, parties should draft a specific clause on the basis of the ICC Long Form.

1. “Force Majeure” means the occurrence of an event or circumstance that prevents or impedes a party from performing one or more of its contractual obligations under the contract, if and to the extent that that party proves: [a] that such impediment is beyond its reasonable control; and [b] that it could not reasonably have been foreseen at the time of the conclusion of the contract; and

[c] that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome by the affected party.

2. In the absence of proof to the contrary, the following events affecting a party shall be presumed to fulfil conditions (a) and (b) under paragraph 1 of this Clause: (i) war (whether declared or not), hostilities, invasion, act of foreign enemies, extensive military mobilisation; (ii) civil war, riot,

rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, act of terrorism, sabotage or piracy;

(iii) currency and trade restriction, embargo, sanction; (iv) act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, expropriation, seizure of works, requisition, nationalisation; (v) plague, epidemic, natural disaster or extreme natural event; (vi) explosion, fire, destruction of equipment, prolonged break-down of transport, telecommunication, information system or energy; (vii) general labour disturbance such as boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises.

3. A party successfully invoking this Clause is relieved from its duty to perform its obligations under the contract and from any liability in damages or from any other contractual remedy for breach of contract, from the time at which the impediment causes inability to perform, provided that the notice thereof is given without delay. If notice thereof is not given without delay, the relief is effective from the time at which notice thereof reaches the other party. Where the effect of the impediment or event invoked is temporary, the above consequences shall apply only as long as the impediment invoked impedes performance by the affected party. Where the duration of the impediment invoked has the effect of substantially depriving the contracting parties of what they were reasonably entitled to expect under the contract, either party has the right to terminate the contract by notification within a reasonable period to the other party. Unless otherwise agreed, the parties expressly agree that the contract may be terminated by either party if the duration of the impediment exceeds 120 days.

ICC HARDSHIP CLAUSE (“CLAUSE”)

Several domestic laws deal with hardship situations, through rules intended to protect the disadvantaged party in case events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. However the solutions adopted by national laws may be substantially different from

country to country. When the national laws request the parties to renegotiate the contract, and the renegotiation fails, the consequences of such failure may vary: under some laws the disadvantaged party will only be entitled to terminate the contract, while under others the disadvantaged party will have the right to request adaptation of the contract to the changed circumstances by the judge or arbitrator.

In order to increase certainty, parties may wish to regulate this situation in their agreement, independently from the law governing the contract. The ICC Hardship Clause intends to satisfy this need through a standard clause which can be included in an individual contract.

Since one of the most disputed issues is whether it is appropriate to have the contract adapted by

a third party (judge, arbitrator) in case the parties are unable to agree on a negotiated solution, the clause provides two options between which the parties must choose: adaptation or termination.

1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow to overcome the consequences of the event.

3A – Party to terminate

Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to terminate the contract, but cannot request adaptation by the judge or arbitrator without the agreement of the other party.

3B – Judge adapt or terminate

Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided for in that paragraph, either party is entitled to request the judge or arbitrator to adapt the contract with a view to restoring its equilibrium, or to terminate the contract, as appropriate.

3C – Judge to terminate

Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, either party is entitled to request the judge or arbitrator to declare the termination of the contract.

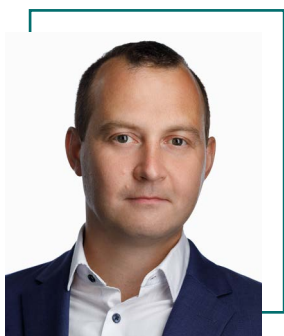
Paragraph 3 deals with the situation where the parties are unable to agree alternative contract terms. In this case, there are mainly two options: contract termination by one of the parties, or adaptation or termination by the judge or arbitrator having jurisdiction under the contract. Under option A, the party invoking hardship will be entitled to terminate the contract on its initiative.

Under option B, (which is admitted under a number of national laws as well as under the Unidroit Principles), the parties are entitled to request a judge or arbitrator to adapt or terminate the contract. In this case the judge or arbitrator may decide which of the two alternatives is more appropriate, in particular where no adaptation is reasonably possible.

If option B is considered inappropriate by the contractual parties, who fear the adaptation of the contractual balance by a third party (judge or arbitrator), parties can choose option A or C, which do not involve adaptation of the contract by the judge or arbitrator. Under option A, the party invoking hardship will be entitled to terminate the contract on its initiative—and the other party may thereafter claim the unlawfulness of such decision—, whereas under option C, either party may request the judge or arbitrator to declare the termination.

In case the parties opt for adaptation, it may be suggested that the judge or arbitrator invites the parties to submit proposals of the required adjustments, which might be taken as starting point for adapting the contract.

НОВЫЕ ОГОВОРКИ ICC О ФОРС-МАЖОРЕ И СУЩЕСТВЕННОМ ИЗМЕНЕНИИ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ – 2020: ЧТО ЖЕ ИЗМЕНИЛОСЬ?



Дмитрий Артюхов
юрист, главный
редактор
Arbitration.ru

Вместо введения, или Что общего у оговорки ICC о форс-мажоре и цене на нефть?

Примечательно, что весной 2020 года, когда Международная торговая палата (МТП, ICC) опубликовала новую редакцию своей оговорки о форс-мажоре, баррель нефти Brent стоит столько же, сколько в 2003-м, когда была опубликована ее прошлая редакция, — меньше 25 долл.¹ И в 1985 году, когда вышла позапрошлая редакция оговорки ICC, баррель стоил примерно так же — 23–27 долл.

Взаимосвязаны ли эти факты? Что из них стимул, а что — реакция? Можно предположить, что ICC готовит новый текст оговорки в ответ на глобальные экономические кризисы, — это соответствует официальной позиции организации². А можно — что ICC пишет их с упреждением, предвидя еще более серьезные потрясения, как случилось в 1985-м, когда к 1986 году нефть упала в цене в два раза, до 10–13,5 долл.³ Или допустить, что просто обновляет документ раз в 17–18 лет, и никакой корреляции с минимумами цен на углеводороды здесь нет. Как бы то ни было, перед нами новый текст документа, которым участники международной торговли наверняка будут пользоваться до 2040-х годов. Расскажем о нем подробнее.

И снова форс-мажор: что же это?

Вслед за римским правом право стран континентальной Европы и основанные на нем правовые порядки исходят из максимы о том, что договоренности нужно выполнять: *pacta sunt servanda*. Однако есть и другой уточняющий принцип: договор действителен тогда, когда неизменны обстоятельства, при которых

¹ Oil prices hit lowest level in 17 years as demand plunges. *Financial Times*, 18.03.2020. URL: <https://www.ft.com/content/d63d0618-6928-11ea-800d-da70cff6e4d3>.

² «Это наш ответ на пандемию COVID-19», — заявила Татьяна Монэгэн, генеральный секретарь ICC Russia. URL: http://www.iccwbo.ru/news/2020/ICC_mezhdunarodnaya-tor-govaya-palata-icc-obnovila-ogov/.

³ Domestic Crude Oil First Purchase Prices by Area, URL: https://www.eia.gov/dnav/pet/hist/LeafHandler.ashx?n=pet&s=f000000_3&f=a. Average annual OPEC crude oil price from 1960 to 2020, URL: <https://www.statista.com/statistics/262858/change-in-opec-crude-oil-prices-since-1960/>.

он заключен, *rebus sic stantibus*⁴. Именно он дает стороне право отказаться от исполнения договора в случае наступления тяжелой ситуации.

Однако в мире существуют и другие правовые системы, которые не знают этих принципов в том же виде. И для того чтобы вести бизнес с партнерами, где господствуют такие правовые системы, были разработаны универсальные договорные принципы, которые регламентируют и ситуацию, когда одна из сторон в силу внешних обстоятельств не может выполнить свои обязательства по контракту. Эта тенденция к унификации права нашла отражение в Венской конвенции 1980 года, Принципах УНИДРУА и в том числе положениях Международной торговой палаты. Так, в комментарии к ст. 7.1.7 разработчики Принципов УНИДРУА утверждают, что предложенная ими формулировка форс-мажора охватывает ситуации, которые входят в доктрины фрустрации и невозможности исполнения в системах общего права и неисполнения в континентальном праве, но не идентична им.

В Принципах УНИДРУА форс-мажор – это препятствие *вне контроля* стороны, в положениях МТП – это препятствие *вне ее разумного контроля*, которое нельзя было предвидеть во время заключения договора, а также разумно избежать или преодолеть.

Председателем группы разработчиков форс-мажорной оговорки 2003 года был профессор Ян Рамберг, ведущим автором – профессор Чарльз Дебаттиста. В группу авторов также входили нынешний председатель суда ИСС Алексис Мур, Рене фон Самсон-Химмельштерна, Фабиан фон Шлабрендорф и Питер Деларги⁵.

Среди источников, на которые опиралась данная группа авторов, оговорка ИСС о форс-мажоре 1985 года, ст. 79 Венской конвенции 1980 года, раздел 8:108 Принципов Европейского

контрактного права, ст. 7.1.7 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА⁶.

Перевод оговорок как 2003, так и 2020 года на русский выполнила д. ю. н., профессор ВАВТ Нина Григорьевна Вилкова, арбитр МКАС и арбитражей при торгово-промышленных палатах ряда других стран.

Что нового?

Главное новшество редакции оговорки ИСС от 2020 года – ее краткая форма, которую Палата предлагает использовать при составлении договоров для малого и среднего бизнеса, сообщает Национальный комитет ИСС в упомянутом выше релизе⁷. Хотя на практике сложно представить, чтобы субъекты малого бизнеса, например ИП, прописали в своих контрактах оговорку МТП, технически преград для этого нет. Вполне возможно, что средний бизнес, если таковой останется в РФ к моменту завершения эпидемии коронавируса, охотно воспримет компактную форму оговорки.

Однако это не все. Автор обобщил и сопоставил версии двух документов в сравнении с Принципами УНИДРУА в таблице ниже. Здесь есть как определения форс-мажора и затруднений, так и правовые последствия их применения.



Штаб-квартира ИСС в Париже. Источник: ИСС WBO

⁴ Кондратьева Е. М. Форс-мажорная оговорка во внешнеторговом контракте // Вестник ННГУ. – 2012. – № 6-1. С. 238.

⁵ Bortolotti F., Ufot D. *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*. Wolters Kluwer. 2019.

⁶ Оговорка ИСС 2003 года о форс-мажоре, оговорка ИСС 2003 года о затруднении // Публикация Международной торговой палаты № 650.

⁷ Международная торговая палата (ИСС) обновила Оговорки о форс-мажоре и существенном изменении обстоятельств. URL: http://www.iccwbo.ru/news/2020/ICC_mezhdunarodnaya-torgovaya-palata-icc-obnovila-ogov/.

	Оговорка ИСС, 2003	Оговорка ИСС, 2020 ⁸	Краткая версия оговорки ИСС, 2020	Принципы УНИДРУА, 2010 ⁹
Определение форс-мажора (force majeure)	Препятствие вне контроля стороны, которое нельзя было разумно принять в расчет при заключении договора и избежать или преодолеть это препятствие или его последствия	Событие или обстоятельство, которое ограничивает или препятствует стороне выполнить одно или несколько своих договорных обязательств. Сторона должна доказать, что такое событие: – вне ее разумного контроля; – невозможно было разумно предвидеть, когда заключали договор; – последствий препятствия нельзя разумно избежать или преодолеть	То же. Отсутствуют прописанные условия о распространении оговорки на: – неисполнение третьими лицами; – обязанность смягчить последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора; – возмещение неосновательно обогащения	<i>Глава 7 «Неисполнение», раздел 1 «Общие положения», ст. 7.1.7 «Непреодолимая сила (форс-мажор)».</i> Препятствие вне контроля стороны, которое нельзя было разумно принять в расчет при заключении договора либо избежать или преодолеть это препятствие или его последствия
Правовые последствия применения	Сторона освобождается от любой ответственности за убытки или за любое иное договорное средство защиты с момента, когда препятствие сделало невозможным исполнение, или с того момента, когда другая сторона получила извещение об этом	Сторона освобождается от своих обязательств по договору и от любой ответственности в виде убытков или от любых других договорных средств правовой защиты за нарушение договора с момента, когда препятствие привело к невозможности исполнения или с даты получения другой стороной	То же, что и в полной версии	Сторона, не получившая исполнения, имеет право расторгнуть договор, если нарушение договора будет существенным. Сторона, которая не может исполнить обязательство в силу форс-мажора, освобождается от ответственности за неисполнение и от компенсации убытков; если существует возможность исполнить договор после прекращения действия форс-мажора, стороне предоставляется отсрочка исполнения
Определение затруднения (hardship)	Событие, которое делает исполнение более обременительным, чем это можно было разумно предвидеть во время заключения договора. Оно вне разумного контроля стороны, его нельзя было избежать или преодолеть	По смыслу то же самое, что и в версии 2003 года	Краткой формы не предусмотрено	<i>Глава 6 «Исполнение», раздел 2 «Затруднения».</i> События, в результате которых существенно возрастает стоимость исполнения обязательств по договору либо уменьшается ценность получаемого исполнения. Эти события: – возникли после заключения договора; – не могли быть учтены потерпевшей стороной при его заключении; – вне контроля стороны; – сторона не приняла на себя этот риск

⁸ URL: http://www.iccwbo.ru/documents/RU_2020_icc_force_majeure_clause.pdf.

⁹ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. А. С. Комарова, *Междунар. ин-т унификации частного права (УНИДРУА)*. – М.: Статут, 2013.

Правовые последствия применения	Стороны обязаны согласовать новые условия договора. Если другая сторона отказывается в этом, то ссылающаяся сторона вправе расторгнуть договор	Стороны обязаны согласовать новые условия договора. Если договориться невозможно, то стороны могут выбрать один из трех сценариев: – <i>восстановить баланс условий</i> или расторгнуть договор может за стороны судья или арбитр; – судья или арбитр может расторгнуть договор; – сторона, ссылающаяся на оговорку, может в одностороннем порядке расторгнуть договор по своей инициативе. После этого другая сторона может заявить о незаконности такого решения	Краткой формы не предусмотрено	Потерпевшая сторона без задержки и обоснованно может попросить пересмотреть обязательства по договору. При этом факт подачи просьбы не означает, что сторона вправе приостановить исполнение. Однако если стороны не придут к согласию по такой просьбе, то впоследствии суд может прекратить договор или восстановить баланс его условий
---------------------------------	--	---	--------------------------------	---

Представленная таблица содержит все основные данные, которые, по мнению автора, будут иметь значение для работы с новой версией оговорки. Тем не менее некоторые важные моменты следует обозначить особо. Так, отметим, что оговорка ICC написана достаточно сложно и требует логического упрощения сказанного. Особенно этим грешит редакция оговорки 2003 года, которая изобилует отсылками к разным частям в общем-то короткого документа, — из-за этого у читателя может сложиться впечатление, что он заблудился в трех соснах. В новой версии этот недостаток во многом преодолен: документ допускает сквозное чтение без прыжков по тексту. Пункты теперь имеют не только нумерацию, но и названия.

В новой версии также есть предписания относительно неосновательного обогащения вследствие форс-мажора и обязанности принять меры для смягчения его последствий.

Отличается этот документ и большей конкретикой: в частности, назван конкретный срок для расторжения договора по инициативе любой

стороны — 120 дней (около четырех месяцев). Прямо прописаны правила расторжения договора и установлена обязанность незамедлительно уведомить другую сторону о форс-мажоре.

Что изменилось в перечне событий форс-мажора в оговорке ICC 2020 года?

Разработчики Венской конвенции в ч. 1 ст. 79 дают совокупность оснований для освобождения предпринимателя от ответственности в случае форс-мажора. Авторы принципов УНИДРУА, помимо этого, в комментариях приводят факты-примеры ситуаций, в которых условие о форс-мажоре может быть применено. Авторы типовой оговорки МТП сделали попытку наполнить понятие форс-мажора конкретным содержанием через перечень обстоятельств.

По сравнению с 2003 годом в русскую редакцию оговорки-2020 внесли 28 изменений¹⁰.

¹⁰ К дискуссии о переводе текста на русский: Муранов А. И. Новые актуальные переводы ICC Russia на русский язык в контексте COVID-19: ICC Force Majeure Clause и ICC Hardship Clause. Опять промах. // URL: https://zakon.ru/blog/2020/04/24/novye_aktualnye_perevody_icc_russia_na_russkij_vazyk_v_kontekste_covid-19_icc_force_majeure_clause_i.

Из категории **военных действий** исключены *блокада и военное эмбарго, беспорядки*. Также исключена угроза вооруженного конфликта. Военная мобилизация теперь должна быть *обширной*, чтобы попасть под оговорку.

В категории **социальных потрясений** *мятеж и акты неповиновения* заменены на *бунт, восстание и революцию*. Сюда же перенесены, но остались в перечне *теракты, саботаж и пиратство*. Из категории **государственных предписаний** вынесены и выделены в отдельную *валютные и торговые ограничения, эмбарго, санкции*. Вычеркнут упоминавшийся ранее *комендантский час*. Видимо, уже несвоевременно читается *захват фабрик*, хотя он должен попасть в число оставшихся неизменными *экспроприации, конфискации, реквизиции и национализации* (но на что ссылаться, если сторона столкнулась с криминальным рейдерством?).

Существенно сокращен список частных в разделе **экстремальных природных явлений**: авторы обобщили случаи вроде *тайфуна или удара молнии как стихийные бедствия*. Выражение *Acts of God* исчезло из текста оговорки, в том числе из английской версии. *Эпидемия* фигурирует, как и раньше, а вот понятия *пандемия* не было и в прошлой версии оговорки ИСС 2003 года.

Техногенные катастрофы дополнены *длительным выходом из строя информационной системы или энергоресурсов*.

Приостановка работы предприятий переформулирована в *общие нарушения трудовых отношений*, и использовавшиеся ранее *бойкот, забастовка и локаут*, которые дополнены *go-slow* (намеренное замедление работы) и *итальянской забастовкой* (строгое следование всем установленным инструкциям и предписаниям

по выполнению работы, на практике делающим ее невозможной).

Что в итоге?

В плане юридической техники версия оговорки от 2020 года значительно понятнее и доступнее. В ней намного меньше бланкетных отсылок к другим частям документа. В отличие от прошлой редакции, в полной версии оговорки эти части поименованы, что облегчает ее использование и толкование.

Содержательно прописаны конкретный срок расторжения договора в случае длительности форс-мажорных обстоятельств, а также обязательства по возврату неосновательного обогащения.

Добавлен компактный, краткий вид оговорки о форс-мажоре из трех частей. Оговорка ИСС «О затруднениях» от 2003 года (ИСС Hardship Clause) получила новое название – «О существенном изменении обстоятельств». В ней по сравнению с прошлой редакцией подробнее разработан алгоритм действий сторон, которые не захотят договариваться об адаптации контракта к новым обстоятельствам.

В документах есть и преемственность. Так, неизменным осталось определение форс-мажорных обстоятельств и тех критериев, наличие которых сторона должна доказать, чтобы они были признаны таковыми. Если доказать их удалось, то правовые последствия для потерпевшей стороны в редакциях 2003 и 2020 годов будут одинаковыми. Перечень ситуаций форс-мажора, которыми отличалась оговорка ИСС, по сути остался неизменным, лишь частично получив более современные и актуальные формулировки.

https://zakon.ru/blog/2020/04/24/novye_aktualnye_perevody_icc_russia_na_russkij_yazyk_v_kontekste_covid-19_icc_force_majeure_clause_i

ОГОВОРКИ ИСС О ФОРС-МАЖОРЕ И СУЩЕСТВЕННОМ ИЗМЕНЕНИИ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

Оговорка ИСС о форс-мажоре («Оговорка») (Полная форма)

Концепция форс-мажора известна в большинстве правовых систем, но закрепленные в национальных законах принципы могут содержать существенные различия. Для преодоления этой проблемы стороны стремятся согласовать автономные решения путем включения в свои договоры форс-мажорных оговорок, содержащих решения, которые не зависят от особенностей национального законодательства. Чтобы помочь сторонам в разработке и обсуждении таких положений, ИСС создала две сбалансированные Форс-мажорные оговорки: «Полная форма» и «Краткая форма».

Оговорка о форс-мажоре (Полная форма) может быть включена в договор или инкорпорирована в него путем указания «Оговорка ИСС о форс-мажоре (Полная форма) включена в настоящий договор». Стороны могут также использовать данную Оговорку в качестве основы для индивидуальной оговорки (“tai-lor-made” clause), разрабатываемой с учётом их потребностей.

Если стороны предпочитают более короткую оговорку, они могут включить в свой договор «Краткую форму» Оговорки ИСС о форс-мажоре. Однако Полная форма дает рекомендации по вопросам, о которых ничего не говорится в Краткой форме.

В отношении вопроса о том, что представляет собой форс-мажор, Оговорка ИСС о форс-мажоре направлена на достижение компромисса

между общими требованиями к форс-мажору, которые необходимо соблюдать во всех случаях, и указанием событий, которые предположительно находятся вне контроля сторон, и не предвидимы на момент заключения договора.

С этой целью в Оговорке ИСС о форс-мажоре приводится общее определение (пункт 1) и перечень форс-мажорных обстоятельств (пункт 3), которые, как презюмируется, могут быть квалифицированы как форс-мажорные (пункт 3). Сторонам предлагается проверить перечень и установить, следует ли удалить из него или добавить в него некоторые события в соответствии со своими конкретными потребностями.

Основным последствием успешной ссылки на форс-мажор является то, что сторона, для которой создалась невозможность исполнения обязательств по договору, освобождается от обязанности исполнения и от ответственности или компенсации убытков с даты наступления события (при условии, что другая сторона была своевременно извещена), а в случае возникновения временного препятствия — до тех пор, пока оно не прекратит препятствовать исполнению.

1. ОПРЕДЕЛЕНИЕ. «Форс-мажор» означает наличие события или обстоятельства («событие форс-мажора»), которое ограничивает или препятствует стороне выполнить одно или несколько своих договорных обязательств по договору, если и в той степени, в которой сторона, для которой создалась невозможность исполнения обязательств по договору, докажет:

- что такое препятствие находится вне ее разумного контроля; и
- что его невозможно было разумно предвидеть во время заключения договора;

и с) что сторона не могла разумно избежать или преодолеть последствия препятствия.

Определение форс-мажора устанавливает более низкий критерий при обращении к оговорке, чем невозможность исполнения. Это следует из указания на разумность в пунктах (а) - (с) Оговорки.

2. НЕИСПОЛНЕНИЕ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ. Если сторона договора не исполняет одно или несколько своих договорных обязательств вследствие неисполнения обязательств третьим лицом, привлеченным ею для исполнения всего или части договора, эта сторона может ссылаться на форс-мажор только в той мере, в которой требования пункта 1 настоящей Оговорки предусмотрены как для стороны договора, так и для третьего лица.

Данный пункт направлен на исключение того, что неисполнение третьим лицом или субподрядчиком как таковое может рассматриваться как форс-мажор. Сторона, для которой создавалась невозможность исполнения обязательств по договору, должна доказать, что условия форс-мажора также соблюдены и в части неисполнения третьим лицом, для чего применяется презумпция пункта 3 настоящей Оговорки.

3. ПРЕЗЮМИРУЕМЫЕ СОБЫТИЯ ФОРС-МАЖОРА. При отсутствии доказательств обратного предполагается, что следующие события, затрагивающие сторону, презюмируются соответствующими условиям (а) и (б) пункта 1 настоящей Оговорки и сторона, для которой создавалась невозможность исполнения обязательств по договору, должна доказать, что условие (с) пункта 1 выполнено:

Презюмируемые события форс-мажора обычно квалифицируются как Форс-мажор. Поэтому считается, что при наличии одного или нескольких из этих событий условия Форс-мажора выполняются и стороне, для которой создавалась невозможность исполнения обязательств по договору, не требуется доказывать условия (а) и (б) пункта 1 настоящей Оговорки (то есть что событие было вне ее контроля и было непредвиденным), оставляя другой стороне бремя доказывания обратного. Ссылающаяся на форс-мажор

сторона должна в любом случае доказать наличие условия (с), то есть того, что последствия препятствия не могли быть разумно предотвращены или преодолены.

- война (объявленная или нет), военные действия, вторжение, акт иностранных врагов, обширная военная мобилизация;
- гражданская война, бунт, восстание и революция, военный или иной незаконный захват власти, мятеж, террористический акт, саботаж или пиратство;
- валютные и торговые ограничения, эмбарго, санкции;
- законный или незаконный акт власти, соблюдение любого закона или государственного указа, экспроприация, конфискация, реквизиция, национализация;
- эпизоотия, эпидемия, стихийное бедствие или экстремальное природное явление;
- взрыв, пожар, разрушение оборудования, длительный выход из строя транспорта, телекоммуникаций, информационной системы или энергоресурсов;
- общие нарушения трудовых отношений, такие как бойкот, забастовка и локаут, преднамеренное замедление работы (go-slow, итальянская забастовка), захват заводов и помещений.

Стороны могут добавлять или удалять события из данного списка в соответствии с конкретными ситуациями, например, исключая акты властей или ограничения на экспорт, или включая трудовые беспорядки, затрагивающие только их собственное предприятие. Сторонам следует помнить, что добавление новых событий в список не освобождает их от необходимости доказывания того, что условие (с) пункта 1 выполнено.

4. ИЗВЕЩЕНИЕ. Сторона, для которой создавалась невозможность исполнения обязательств по договору, должна незамедлительно известить об этом событии другую сторону.

5. ПОСЛЕДСТВИЯ ФОРС-МАЖОРА. Сторона, успешно применившая данную Оговорку,

освобождается от обязанности по исполнению своих обязательств по договору и от любой ответственности в виде убытков или от любых других договорных средств правовой защиты за нарушение договора с момента, когда препятствие привело к невозможности исполнения, при условии, что извещение об этом дается незамедлительно. Если извещение об этом не было дано без промедления, освобождение действует с момента, когда такое извещение получено другой стороной. Другая сторона может приостановить исполнение своих обязательств с даты извещения, если это применимо.

Основная цель этого пункта заключается в разъяснении того, что сторона, для которой создалась невозможность исполнения обязательств по договору, освобождается от исполнения обязательств вследствие форс-мажора с момента возникновения препятствия при условии своевременного извещения. С целью недопущения ссылки на форс-мажор стороной, для которой создалась невозможность исполнения обязательств по договору, только на более позднем этапе (например, когда другая сторона заявляет о неисполнении), если извещение не направлено своевременно, действие форс-мажора откладывается до получения извещения.

По получении извещения другая сторона может приостановить исполнение своих обязательств в той мере, в которой эти обязательства вытекают из обязательств, выполнению которых препятствуют форс-мажорные обстоятельства, и могут быть приостановлены.

6. ВРЕМЕННОЕ ПРЕПЯТСТВИЕ. Если действие названного препятствия или события является временным, то последствия, изложенные в пункте 5, подлежат применению только в том случае, если такое препятствие не дает стороне, для которой создалась невозможность исполнения обязательств по договору, исполнить свои договорные обязательства. Такая сторона должна известить другую сторону, как только препятствие перестанет препятствовать исполнению ее договорных обязательств.

7. ОБЯЗАННОСТЬ ПРИНЯТЬ МЕРЫ ДЛЯ СМЯГЧЕНИЯ ПОСЛЕДСТВИЙ. Сторона, для которой создалась невозможность

исполнения обязательств по договору, обязана принять все разумные меры, чтобы ограничить воздействие названного события на исполнение договора.

8. РАСТОРЖЕНИЕ ДОГОВОРА. Если продолжительность препятствия, на которое имеется ссылка, в значительной степени лишает договаривающиеся стороны того, на что они были вправе рассчитывать на основании договора, любая из сторон вправе расторгнуть договор, известив другую сторону в течение разумного периода времени. Если не согласовано иное, стороны прямо соглашаются, что договор может быть расторгнут любой из сторон, если продолжительность препятствия превышает 120 дней.

Данный пункт 8 устанавливает общее правило для определения в каждом конкретном случае, когда продолжительность препятствия становится чрезмерной и дает право сторонам расторгнуть договор. Для повышения определенности и предсказуемости предусмотрена максимальная продолжительность в 120 дней, которая, конечно, может быть изменена по соглашению сторон в любое время в соответствии с их потребностями.

9. НЕОСНОВАТЕЛЬНОЕ ОБОГАЩЕНИЕ. Если применяется пункт 8 и если любая из сторон договора по причине каких-либо действий, совершенных другой стороной при исполнении договора, извлекла выгоду до прекращения действия договора, сторона, получающая такую выгоду, должна выплатить другой стороне сумму денежных средств, эквивалентную стоимости такой выгоды.

Оговорка ИСС о форс-мажоре («Оговорка») (Краткая форма)

Данная Краткая форма является сокращенной версией Полной формы и ограничена некоторыми основными положениями. Она предназначена для пользователей, которые желают включить в свой договор сбалансированную и хорошо составленную стандартную оговорку,

охватывающую наиболее важные вопросы, которые могут возникнуть в этом контексте.

Пользователи должны понимать, что данная Краткая форма по своей природе имеет ограниченную сферу действия и не обязательно охватывает все вопросы, которые могут иметь отношение к конкретному бизнес-контексту. В этом случае сторонам следует составить специальную оговорку на основе Полной формы ИСС.

1. «Форс-мажор» означает наличие события или обстоятельства, которое ограничивает или препятствует стороне выполнить одно или несколько своих договорных обязательств по договору, если и в той степени, в которой сторона, для которой создалась невозможность исполнения обязательств по договору, докажет: а) что такое препятствие находится вне ее разумного контроля; и б) что его невозможно было разумно предвидеть во время заключения договора; и с) что сторона не могла разумно избежать или преодолеть последствия препятствия.

2. При отсутствии доказательств обратного предполагается, что следующие события, затрагивающие сторону, презюмируются соответствующими условиям (а) и (б) пункта 1 настоящей Оговорки: I) война (объявленная или нет), военные действия, вторжение, акт иностранных врагов, обширная военная мобилизация; II) гражданская война, бунт, восстание и революция, военный или иной незаконный захват власти, мятеж, террористический акт, саботаж или пиратство; III) валютные и торговые ограничения, эмбарго, санкции; IV) законный или незаконный акт власти, соблюдение любого закона или государственного указа, экспроприация, конфискация, реквизиция, национализация; V) эпизоотия, эпидемия, стихийное бедствие или экстремальное природное явление; VI) взрыв, пожар, разрушение оборудования, длительный выход из строя транспорта, телекоммуникаций, информационной системы или энергоресурсов; VII) общие нарушения трудовых отношений, такие как бойкот, забастовка и локаут, преднамеренное замедление работы (go-slow, итальянская забастовка), захват заводов и помещений.

3. Сторона, успешно применившая данную Оговорку, освобождается от обязанности по ис-

полнению своих обязательств по договору и от любой ответственности в виде убытков или от любых других договорных средств правовой защиты за нарушение договора с момента, когда препятствие привело к невозможности исполнения, при условии, что извещение об этом дается незамедлительно. Если извещение об этом не было дано без промедления, освобождение действует с момента, когда такое извещение получено другой стороной. Если действие названного препятствия или события является временным, то вышеуказанные последствия подлежат применению только в том случае, если такое препятствие не дает стороне, для которой создалась невозможность исполнения обязательств по договору, исполнить свои договорные обязательства. Если продолжительность препятствия, на которое имеется ссылка, в значительной степени лишает договаривающиеся стороны того, на что они были вправе рассчитывать на основании договора, любая из сторон вправе расторгнуть договор, известив другую сторону в течение разумного периода времени. Если не согласовано иное, стороны прямо соглашаются, что договор может быть расторгнут любой из сторон, если продолжительность препятствия превышает 120 дней.

Оговорка ИСС о существенном изменении обстоятельств («Оговорка»)

Некоторые национальные законы регламентируют существенное изменение обстоятельств посредством правил о защите попавшей в неблагоприятное положение стороны, если обстоятельства сделали исполнение более обременительным, чем можно было разумно ожидать во время заключения договора. Однако решения, принятые национальными законами, могут существенно отличаться в различных странах. Когда национальные законы требуют, чтобы стороны пересмотрели договор, и пересмотр не дал результатов, последствия этого могут быть разными: в соответствии

с некоторыми законами попавшая в невыгодное положение сторона имеет право только расторгнуть договор, тогда как в соответствии с другими такая сторона имеет право требовать изменения (адаптации) судьей или арбитром договора в связи с изменившимися обстоятельствами.

Для повышения определенности стороны могут пожелать урегулировать эту ситуацию в своем соглашении независимо от применимого к договору права. Оговорка ИСС о существенном изменении обстоятельств предназначена для удовлетворения этой потребности с помощью стандартной оговорки, которая может быть включена в индивидуальный договор.

Поскольку одним из наиболее спорных вопросов является вопрос о целесообразности изменения (адаптации) договора третьей стороной (судьей, арбитром) в случае, если стороны не могут договориться о согласованных решениях, в Оговорке предусмотрены два варианта, один из которых стороны должны выбрать: изменение или расторжение.

1. Сторона договора обязана исполнять свои договорные обязательства, даже если события сделали исполнение более обременительным, чем можно было разумно ожидать в момент заключения договора.
2. Невзирая на пункт 1 настоящей Оговорки, если сторона договора докажет, что:
 - дальнейшее исполнение ее договорных обязанностей стало чрезмерно обременительным в связи с событием, находящимся за пределами ее разумного контроля, которое, как разумно предполагается, не могло приниматься в расчет во время заключения договора; и что
 - разумно избежать или преодолеть событие или его последствия не представляется возможным, стороны обязаны в течение разумного периода времени с момента ссылки на этот пункт, договориться об альтернативных условиях договора, которые в разумной степени позволят преодолеть последствия такого события.

3А – Сторона расторгает

Если применяется пункт 2 настоящей Оговорки, но стороны не смогли согласовать альтернативные условия договора, как предусмотрено в этом пункте, сторона, ссылающаяся на настоящую Оговорку, имеет право расторгнуть договор, но не может требовать (его) изменения судьей или арбитром без согласия другой стороны.

3В – Судья изменяет или расторгает

Если применяется пункт 2 настоящей Оговорки, но стороны не смогли согласовать альтернативные условия договора, как предусмотрено в этом пункте, любая из сторон имеет право просить судью или арбитра изменить договор с целью восстановления его равновесия, или расторгнуть договор, в зависимости от обстоятельств.

3С – Судья расторгает

Если применяется пункт 2 настоящей Оговорки, но стороны не смогли согласовать альтернативные условия договора, как предусмотрено в этом пункте, любая из сторон имеет право просить судью или арбитра вынести решение о расторжении договора.

В пункте 3 рассматривается ситуация, когда стороны не могут согласовать альтернативные условия договора. В этом случае существуют главным образом два варианта: расторжение договора одной из сторон, либо изменение (адаптация) или расторжение судьей или арбитром, обладающим юрисдикцией в соответствии с договором. Согласно варианту А, сторона, ссылающаяся на существенное изменение обстоятельств, вправе расторгнуть договор по своей инициативе.

Согласно варианту В (который допускается рядом национальных законодательств, а также в соответствии с Принципами УНИДРУА), стороны имеют право просить судью или арбитра изменить или расторгнуть договор. В этом случае судья или арбитр может решить, какой из двух вариантов является более подходящим, в частности, когда никакое изменение не представляется разумным.

Если вариант В оказывается неприемлемым для сторон договора, которые опасаются изменения договорного баланса третьей стороной

(судьей или арбитром), стороны могут избрать вариант А или С, которые не предполагают изменения договора судьей или арбитром. Согласно варианту А сторона, ссылающаяся на существенное изменение обстоятельств, вправе расторгнуть договор по своей инициативе, а после этого другая сторона может заявить о незаконности такого решения, тогда как в соответствии с вари-

антом С любая из сторон может просить судью или арбитра вынести решение о расторжении.

В случае, если стороны делают выбор в пользу изменения, представляется целесообразным, чтобы судья или арбитр призвал стороны представить предложения о необходимых корректировках, которые могут быть взяты в качестве отправной точки для изменения договора.

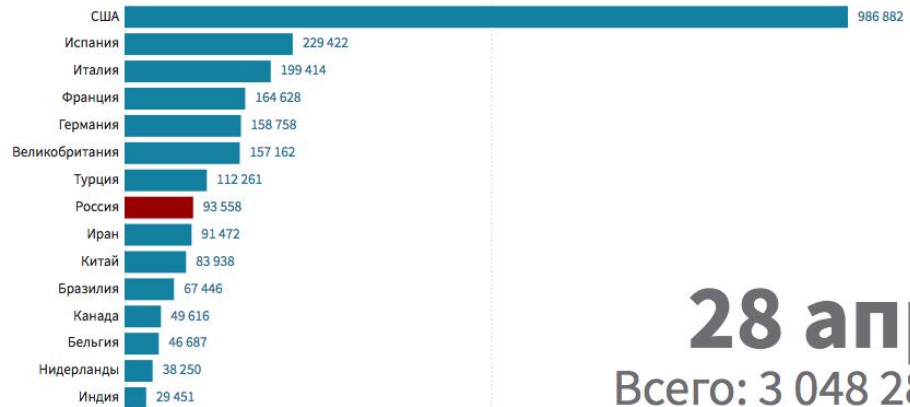
Перевод с английского д.ю.н. профессора Н.Г. Вилковой, автора переводов Оговорки ICC 2003 г. (публикация ICC № 650); Оговорки ICC 1985 г. (публикация ICC No 421(E)). Текст на англ. яз. <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>.

КОРОНАВИРУС: КОМУ ФОРС-МАЖОР, А В СТРАХОВАНИИ – ОТЛОЖЕННЫЙ ЭФФЕКТ



Лилия Клоченко
адвокат, к. ю. н.,
FCIArb,
управляющий
партнер КА
«Клоченко &
Кузнецова»

По состоянию на 28 апреля 2020 года в мире зафиксировано 3 млн 40 тыс. случаев заражения коронавирусом COVID-19. 211 тыс. человек умерли от болезни, 895 тыс. выздоровели. Как по общему количеству диагностированных, так и по темпам прироста на первом месте остаются Соединенные Штаты Америки; Россия по числу случаев переместилась на 8-е место.



28 апр
Всего: 3 048 287



22 янв 27 янв 02 фев 08 фев 14 фев 20 фев 26 фев 03 мар 09 мар 15 мар 21 мар 27 мар 02 апр 07 апр 12 апр 18 апр 23 апр

Источник: Университет Джона Хопкинса, правительство России

BBC

15 стран с наибольшим числом заражений коронавирусом

Всемирная организация здравоохранения объявила пандемию, эпидемией затронуто более 180 стран. В некоторых странах осторожно говорят о том, что пик позади и эпидемия идет на спад, но гораздо больше мест, где пик еще не пройден. Напротив, сведения, поступающие из разных стран, похожи на сводки с фронтов; боевые действия ведут даже те государства и их правительства, которые ранее занимали в отношении мер против пандемии весьма либеральную позицию, основанную на внутреннем оптимизме и приоритете поддержания экономической активности.

Однако обществу, правительствам, отдельным предприятиям и предпринимателям по всему миру пришлось резко сменить приоритеты: сейчас большая часть решений направлена на сохранение здоровья и жизни граждан, предотвращение дальнейшего распространения болезни с акцентом на помощь людям, наиболее остро затронутым последствиями пандемии как в плане здоровья, так и в плане потери заработка.

Тяжелые последствия будет иметь пандемия для международных контрактов и рынка страхования, который неизбежно возьмет на себя часть тя-

гот по восстановлению финансовых последствий их экстренного изменения и прекращения.

Кому форс-мажор?

Рано или поздно с действием и угрозой коронавируса удастся справиться, и на первый план выйдут экономические последствия пандемии: простой в производстве и коммерческой деятельности, истерзанные системы медицинского и социального обеспечения, неисполненные контракты, разорванные партнерские связи, разрушенные технологические цепочки, банкротства, судебные и арбитражные разбирательства, упущенные возможности и много других отрицательных явлений экономической и социальной жизни.

Считать ли пандемию форс-мажором? Этим вопросом будут задаваться не раз — и те, кто будет ссылаться на данное обстоятельство как основание для освобождения от ответственности по договору, и судьи или арбитры при разрешении споров после того, как эпидемия сойдет на нет и вопросы восстановления экономики встанут во весь рост.

Пункт 3 ст. 401 ГК закрепляет концепцию форс-мажора в российском праве и допускает освобождение сторон от ответственности, если *«надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств»*.

Если к договору применимы положения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Венская конвенция 1980 года, CISG), то будет учитываться п. 1 ст. 79 CISG, который устанавливает, что *«сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий»*. При этом сторона, которая не исполняет свои обязательства со ссылкой на форс-мажор, обязана направить извещение другой стороне о суще-

ствовании непреодолимой силы и ее влиянии на способность стороны осуществить исполнение по контракту. Если это извещение не получено другой стороной в течение разумного срока после того, как об этом препятствии стало или должно было стать известно стороне, не исполняющей свое обязательство, эта последняя сторона несет ответственность за неблагоприятные последствия, являющиеся результатом того, что такое извещение получено не было.

Таким образом, установить, является ли эпидемия коронавируса обстоятельством форс-мажора, возможно лишь применительно к обстоятельствам конкретного договора или к конкретному спору. При этом потребуются установить, присутствует ли одновременное наличие следующих элементов:

- обстоятельства нельзя было разумно ожидать при заключении договора;
- обстоятельство вызвано препятствием, находящимся вне контроля сторон;
- при наступлении обстоятельства сторона не могла его преодолеть, прилагая разумные усилия;
- сторона, ссылающаяся на обстоятельства непреодолимой силы, проинформировала другую сторону в течение разумного срока о невозможности исполнить свои обязательства.

Только исходя из анализа конкретной ситуации, условий конкретного договора можно сделать окончательный вывод и спрогнозировать дальнейшие действия по исполнению каждого соответствующего контракта.

Вводимые властями временные ограничения или запретительные меры, весьма вероятно, будут признаны обстоятельствами форс-мажора и повлияют на решение вопроса об ответственности по договору, но они никак не смогут служить основанием для автоматического прекращения договоров, например договора аренды, поскольку арендатор при таких обстоятельствах на основании договора аренды или в силу закона вправе обратиться к арендодателю с требованием об изменении условий договора (об отсрочке или уменьшении арендных платежей на время применения ограничительных мер).

В соответствии с законом и сложившейся судебной практикой к обстоятельствам непреодолимой силы не могут быть отнесены предпринимательские риски, в частности ухудшение экономического состояния предприятия, изменение валютного курса, девальвация национальной валюты, финансово-экономический кризис. Так, возвращаясь к тому же примеру с договором аренды, резкое сокращение потока посетителей или снижение выручки из-за угрозы коронавируса, а также снижение эффективности труда ввиду осуществления сотрудниками трудовой деятельности в дистанционном режиме не являются основанием форс-мажора для отсрочки или снижения арендных платежей по договору аренды. Еще один пример: если из-за указанных обстоятельств на рынке нет необходимой продукции или материала для исполнения обязательств по договору либо нарушение обязательств поставщиком не позволяет исполнить принятые обязательства по договору – это форс-мажор, а предпринимательские риски.

С 18 марта 2020 года Торгово-промышленная палата РФ открыла [горячую линию](#) для консультирования субъектов предпринимательской деятельности по вопросам форс-мажорных обстоятельств, возникших при исполнении договоров в связи с распространением новой коронавирусной инфекции COVID-19, а также приступила к выдаче сертификатов о форс-мажорных обстоятельствах – правда, только по внешнеэкономическим контрактам. Во всех остальных случаях предпринимателям рекомендовано обращаться в палату своего региона, при этом следует представить подтверждающие документы, в том числе о введении органами власти запретительных или ограничительных мер.

Если споры в связи с квалификацией эпидемии коронавируса в качестве обстоятельства непреодолимой силы будут возникать в том или ином договоре, то на стороне, ссылающейся на данное обстоятельство, будет лежать бремя доказывания, а значит, вопрос сбора доказательств выйдет на первый план. Потребуется доказывать:

- чрезвычайность и непредотвратимость произошедшего события, то есть тот факт, что при заключении договора было невозможно предвидеть наступление этого события, а последствий события было невозможно избежать;
 - причинно-следственную связь между наступившими обстоятельствами и невозможностью выполнить обязательства по договору;
 - направление контрагенту уведомления о наступлении обстоятельства непреодолимой силы, притом в разумный срок.
- При определенных обстоятельствах и сделках, вполне возможно, понадобится доказывать совершение других действий для минимизации причиненного контрагенту ущерба или другие значимые факты.
- В судах и арбитражах вопрос квалификации обстоятельства в качестве форс-мажора займет центральное место и может стать настоящим вызовом и для сторон спора, и для судей или арбитров. Сомнительно, что в кругу правопорядков, где концепция форс-мажора не закреплена в законе, сторонам удастся воспользоваться обстоятельствами случившейся эпидемии для защиты своих прав по неисполненному договору. В то же время там, где вопрос форс-мажора законодательно урегулирован и стороны предусмотрели оговорку об обстоятельствах непреодолимой силы, дело будет обстоять иначе и успех должен быть обеспечен. Однако это не совсем так.
- Определенно, эффективное использование оговорки о форс-мажоре зависит не только от того, известна ли правопорядку концепция форс-мажора, а также насколько детально и исчерпывающе перечислены все те обстоятельства, которые стороны договора согласились считать непреодолимой силой. Одно лишь перечисление событий без доказывания наличия всех обязательных элементов форс-мажора не сформирует правовой состав непреодолимой силы.
- Более того, существует много и других практических обстоятельств. Так, на территории России сертификат, подтверждающий наличие форс-мажора, вправе выдать ТПП России – если, к примеру, отечественный поставщик
- факт наступления обстоятельства непреодолимой силы;

не смог выполнить поставку из-за ограничений по экспорту продукции за рубеж или из-за перебоев в работе завода, расположенного на территории страны. Но как будет обстоять дело, если поставка российским поставщиком не состоялась из-за перебоев в работе завода, который находится за рубежом? Очевидно, что для признания форс-мажора потребуются обратиться в уполномоченный орган государства, на территории которого расположен завод поставщика. В этой связи возникает вопрос, каковы стандарты доказывания форс-мажора в другой стране, совпадают ли они с теми, что применяются в России, а если отличаются, то каковы перспективы применения оговорки о форс-мажоре.

Конечно, пока экономика шатается от последствий пандемии коронавируса, рано толковать оговорки, прогнозировать их действенность или оценивать последствия их невключения в договор. Тем не менее в ближайшие месяцы или годы предприятия, которые опирались на глобальные цепочки контрагентов и поставок, на транснациональное матричное построение производства или иных видов деятельности и оказались особенно глубоко затронуты последствиями неисполнения обязательств из-за пандемии коронавируса, могут сойтись в спорах с деловыми партнерами, выдвигающими требования о неисполнении договорных обязательств.

Исход таких споров может оказаться вполне позитивным для предприятий, которые включили в свои договоры положения о форс-мажоре и отнесли к построению оговорки об обстоятельствах непреодолимой силы не как к простой формальности. Вполне вероятно, что будет достаточно примеров, когда формулировки позволят судьям и арбитрам квалифицировать глобальную пандемию, подобную COVID-19, в качестве форс-мажора.

На практике стороны договора крайне редко указывали пандемию в ряду событий непреодолимой силы. Но даже это не означает, что контрагенты, которые не включили пандемию в свои положения о форс-мажоре, должны отказаться от возможности доказывания факта

его наступления. Масштаб географического распространения вируса и степень проникновения последствий эпидемии в сферу экономической и социальной жизни населения многих стран станет в ближайшем будущем настоящим вызовом для судей и арбитров при рассмотрении вопроса о том, следует ли глобальную пандемию, подобную нынешней вспышке коронавируса, квалифицировать непреодолимой силой в рамках и на основании более общей оговорки о форс-мажоре.

А кому отложенный эффект?

*Silent leges inter arma*¹ — эти слова из речи Марка Туллия Цицерона в защиту политика и претора Милона, произнесенной предположительно в 52 году до н.э., можно толковать так: закон отходит на второй план, когда страна ведет военные действия. А сейчас все государства действительно ведут серьезную борьбу с опасностью, от которой умирают люди. Пока рано говорить о том, как традиции, сложившиеся в разных странах, повлияют на экономическое будущее. Сегодня все чаще речь идет о том, как они влияют на поведение людей, влекущее распространение эпидемии.

Но завтра точно наступит, и на первый план выйдет вопрос о страховании: страховании всех тех людей, которые ушли из жизни из-за коронавируса, страховании медицинских расходов на основе договоров частного медицинского страхования, страховании товарных кредитов по договорам, которые не будут исполнены (например, из-за банкротства предприятия-контрагента или предприятия-должника по договору), страховании непредвиденных расходов из-за перерыва коммерческой или производственной деятельности, страховании различных видов ответственности (профессиональной, производственной, договорной).

Возможно, для Китая страхование жизни и частное медицинское страхование окажутся не столь существенно затронутыми последствия-

¹ Когда гремит оружие, законы молчат (лат.).

ми эпидемии, поскольку проникновение данных видов страхования на рынке КНР относительно невелико. Но для рынков Европы страхование жизни на случай смерти по любой причине — традиция. Множество европейцев, в том числе старшего поколения, имеют действующие договоры страхования жизни. Крупнейшие страховщики и перестраховщики по страхованию жизни происходят из Европы. Серьезные фирмы — страховщики жизни есть и в США, где традиция страховать жизнь также сформирована и существует на протяжении многих десятилетий.

Последствия коронавирусной инфекции, когда будет решена первоочередная задача — обуздание эпидемии, спасение людей и возвращение к «мирной жизни», станут настоящим вызовом для страховщиков и перестраховщиков жизни, страховой индустрии в целом и, как следствие, для банковской сферы.

Во-первых, в странах, где от коронавируса умирает много людей, в качестве причины ухода из жизни указывается именно инфицирование COVID-19. Объективно у врачей нет времени и ресурсов устанавливать все причины, которые привели к смерти (например, наличие хронических заболеваний, отягощенных коронавирусом, и др.). Вместе с тем договоры страхования жизни на случай смерти по любой причине часто содержат перечень исключений, среди которых могут быть определенные заболевания. Это означает, что все страховые компании столкнутся с ситуацией, когда причиной ухода из жизни застрахованного лица может быть установлена лишь та, что была зафиксирована в экстремальных условиях противостояния пандемии, хотя первопричиной могло быть и иное заболевание, которое является исключением из страхового покрытия (например, онкологическое или иное смертельное заболевание, требующее специального страхового покрытия). Такое положение дел для страховых компаний может означать гораздо большее количество страховых случаев, чем это могло бы быть в отсутствие экстремальных эпидемических условий, при этом доказать наличие исключений страховые компании едва ли смогут, учитывая исключительные условия захоронения ушедших из жизни.

Во-вторых, распространено такое условие договора страхования жизни, как смерть в результате несчастного случая. Можно ли будет квалифицировать инфицирование COVID-19 как несчастный случай? Если следовать определению несчастного случая, применяемому во многих договорах страхования, то скорее да. Но довольно часто упомянутые договоры содержат положение о том, что если смерть наступила в результате несчастного случая, то наследникам (выгодоприобретателям) выплачивается двойная страховая сумма. В этой связи встанет вопрос об увеличенных размерах страховых выплат, что может стать дополнительным испытанием на прочность многих страховщиков.

В-третьих, неясно, будут ли страховое событие, обстоятельства наступления страхового случая одинаково квалифицироваться не только страховщиком, но и перестраховочными компаниями, оказывающими перестраховочную защиту. Если структура и условия страхового и перестраховочного покрытия синхронизированы между собой, по меньшей мере в части квалификации самого страхового события и порядка определения страховых сумм, то проблем не должно возникнуть. Если же такой синхронизации нет, весьма вероятны спорные ситуации.

В-четвертых, возникает вопрос, как будет обстоять дело с кумуляцией рисков и, как следствие, убытков страховых компаний. Не секрет, что контроль за возможной кумуляцией рисков в страховании и перестраховании — это настоящее искусство, которое проявляет себя в разрезе отдельной компании и ее портфеля, в разрезе отдельных категорий опасностей, отдельных сегментов потребителей, географической концентрации застрахованных объектов или локализованных рисков. Для перестраховщиков, предоставивших перестраховочное покрытие в отношении портфеля рисков с картиной пандемии, наиболее существенно отягощенной смертельными исходами, последствия могут стать большим испытанием, вполне сопоставимым с последствиями аварии на АЭС «Фукусима-1» 11 марта 2011 года.

И в-пятых, неизвестно, как откликнется банковская отрасль на необходимость страхо-

вой индустрии отвечать на требования наследников (выгодоприобретателей) о страховых выплатах. Компании, осуществляющие страхование (перестрахование) жизни, — это источник «длинных денег» для финансовой и промышленной отраслей. Необходимость урегулирования страховых требований, вероятно, потребует от страховых компаний и перестраховочных обществ монетизации активов, что повлечет за собой продажу активов и инструментов, в которые были вложены средства страховых резервов.

Все эти вопросы в контексте особенностей страхования адресованы страховщикам, оказывающим услуги в сфере частного медицинского страхования, предоставляющим страховое покрытие в отношении коммерческих (товарных) кредитов, а также страховщикам имущества, перерывов в коммерческой и производственной деятельности, различных видов ответственности.

Удастся ли решить эти вопросы миром или придется столкнуться со спорами, справится ли с ними страховая отрасль, выдержат ли перестраховщики, банки, крупные предприятия — покажет время. Как говорил Гораций, «надо сегодня сказать лишь то, что уместно сегодня, прочее все отложить и сказать в подходящее время».

Есть ли место оптимизму?

Если на одних видах страхования COVID-19 скажется отрицательно, то в других видах ситуация складывается прямо противоположная. Распространение инфекции существенно изменило привычки и предпочтения людей. Финансовые возможности многих домохозяйств в Европе и Америке заметно снизились. Уменьшились автопотоки в большинстве городов, что, в свою очередь, повлияло на убыточность автострахования в странах с плотным автопотоком. В этой связи многие страховые компании объявляют

о возврате части страховой премии по договорам страхования автотранспорта.

Некоторые компании пошли дальше: помимо возврата части страховых премий по договорам страхования автотранспорта, а также домашнего имущества (количество краж тоже заметно снизилось) они предлагают бесплатное покрытие в области защиты персональных данных, которая стала особенно актуальной и востребованной из-за роста числа киберпреступлений на фоне всеобщего перехода на работу в удаленном режиме.

Страховщики также расширяют страховое покрытие для тех автовладельцев, кто использует личный автотранспорт для помощи людям, попавшим в трудную жизненную ситуацию или находящимся в самоизоляции, а также зарабатывают с его помощью на жизнь — например, доставляют продукты, лекарства, другие товары с коммерческими целями. Обычно коммерческая эксплуатация личного автомобиля исключается из стандартного покрытия КАСКО, но ряд страховых компаний решили обеспечить своим клиентам на ближайшие наиболее тяжелые в финансовом плане месяцы страховое покрытие и для указанных целей, чтобы люди имели возможность помогать друг другу.

Все описанные меры принимаются отчасти из чувства ответственности перед клиентами, ведь клиенты водят автомобили реже, большую часть времени находятся в своих домах и квартирах, а потому заявляют меньше убытков. Но не в последнюю очередь страховщики рассчитывают и на повышение лояльности клиентов, пусть и с отложенным на будущее эффектом.

Кроме того, есть все основания надеяться, что испытание пандемией сподвигнет страховые компании к разработке принципиально новых видов страховых услуг, а также к глубокому пересмотру и обновлению условий традиционных договоров.

БЕЛОРУССКИЙ ПОДХОД К ОЦЕНКЕ ЭПИДЕМИЙ И ЭКОНОМИЧЕСКИХ ШОКОВ КАК ФОРС-МАЖОРА И СУЩЕСТВЕННОГО ИЗМЕНЕНИЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

Спасение утопающих — дело рук самих утопающих.



Александр Храпуцкий
партнер, адвокатское
бюро «Лекс Торре»



Максим Жуков
адвокат, адвокатское
бюро «Лекс Торре»

Пандемия коронавируса COVID-19 продемонстрировала, насколько существенным может оказаться влияние эпидемий на экономику. Меры, которые принимаются государствами в целях ограничения распространения вируса, влияют на возможность ведения бизнеса, а также на договорные отношения сторон. Ограничительные меры обнажили сразу несколько проблем:

- запрет на въезд и выезд из стран делают невозможным надлежащее исполнение обязательств, которые связаны с непосредственным оказанием услуг и выполнением работ иностранными гражданами на территории государств, которые ввели ограничения (к примеру, строительство, пусконаладка оборудования иностранными специалистами, проведение инспекций, гарантийное обслуживание и т.д.);
- тотальный контроль и карантинные меры влекут увеличение сроков или вообще невозможность пересечения границ, ввоза и вывоза товаров в определенные города и местности, а также ставят под вопрос функционирование самих компаний и производств;

- запрет на экспорт определенного медицинского оборудования и лекарственных средств;
- ухудшение экономического состояния компаний создает риски несвоевременного исполнения платежных обязательств перед контрагентами;
- предсказываемая рецессия мировой экономики может привести к нестабильности рынков, увеличению рисков девальвации валют и негативного финансового результата для сторон.

Все это потенциально может стать причиной лавинообразного увеличения числа юридических споров и неисполнения обязательств вследствие «эффекта домино» в рамках цепочки производителей, поставщиков сырья, комплектующих и готовой продукции, а также их потребителей. Услуги и строительство тоже не остаются в стороне от кризисных явлений.

Эта статья посвящена оценке данных условий на примере белорусской судебной практики и законодательства Республики Беларусь с точки зрения:

- непреодолимых обстоятельств, влекущих освобождение от ответственности (форс-мажор);

- оснований для изменения или расторжения договора (*rebus sic stantibus*, или существенное изменение обстоятельств).

Общая оценка правового регулирования

Регулирование форс-мажора в белорусском законодательстве ограничивается упоминанием непреодолимой силы в ст. 372 Гражданского кодекса. Указанная статья определяет, что, если иное не предусмотрено законодательством или договором, лицо, не исполнившее обязательство либо исполнившее его ненадлежащим образом при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение обязательства невозможно вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. Из этого можно сделать несколько выводов:

- по общему правилу непреодолимая сила является основанием для освобождения от ответственности, но не расторжения или изменения договора, равно как не освобождает от исполнения соответствующих обязательств. Вместе с тем стороны на основании принципа автономии воли могут непосредственно в договоре предусмотреть форс-мажор как основание для расторжения или изменения договора;
- форс-мажор определяется как чрезвычайные и непреодолимые обстоятельства. Однако стороны свободны определять перечень тех обстоятельств, которые являются таковыми, в договоре и устанавливать иные основания для освобождения от ответственности.

Расторжение и изменение договора по общему правилу возможно в случае существенного изменения обстоятельств, которое определяется ст. 421 Гражданского кодекса РБ как изменение такого характера, при котором стороны не заключили бы договор или заключили его на существенно отличающихся условиях, если бы раз-

умно предвидели их. Изменение и расторжение договора на этом основании осуществляется только в судебном порядке при одновременном выполнении следующих условий:

- в момент заключения договора стороны исходили из того, что такого изменения обстоятельств не произойдет;
- изменение обстоятельств вызвано причинами, которые заинтересованная сторона не могла преодолеть после их возникновения при той степени добросовестности и осмотрительности, какая от нее требовалась по характеру договора и условиям гражданского оборота;
- исполнение договора без изменения его условий настолько нарушило бы соответствующее договору соотношение имущественных интересов сторон и повлекло бы для заинтересованной стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора;
- из существа договора не вытекает, что риск изменения обстоятельств несет заинтересованная сторона.

Практика применения форс-мажора

В реальности стороны при разрешении споров по праву Беларуси нередко пытаются сослаться на наличие форс-мажорных обстоятельств. При этом белорусская судебная практика отличается большим числом дел, где наличие форс-мажора не установлено. К таким ситуациям, в частности, относятся:

- отсутствие товаров и денежных средств;
- нарушения и правомерные действия со стороны третьих лиц;
- изменения законодательства;
- действия налоговых, таможенных органов, проведение проверок.

Белорусское законодательство исходит из оценки в качестве форс-мажора трех групп событий и явлений:

- природного характера (пожары, наводнения, иные природные катаклизмы, эпизоотии и эпидемии);
- социального характера (военные действия, массовые беспорядки, акты терроризма, аварии, забастовки);
- юридического характера (запреты на осуществление деятельности, эмбарго, санкции).

В нынешней ситуации и сама эпидемия, и ряд ограничительных мер могут рассматриваться как форс-мажор с точки зрения законодательства Республики Беларусь (к примеру, запрет на вывоз товаров медицинского назначения, запрет на пересечение границ иностранцами, строгие карантинные меры, направленные на прекращение деятельности организаций, ограничения на перевозки и т.д.). Однако при оценке данных обязательств в трансграничных отношениях необходимо учитывать ряд условий:

- хронологию: запреты и ограничения должны возникнуть после того, как стороны приняли на себя соответствующие обязательства. Если же стороны приняли на себя обязательства после введения ограничений, они не будут являться форс-мажором;
- степень абсолютности запретов и ограничений: обязанная сторона не может организовать процесс исполнения обязательств таким образом, чтобы обойти запрет или ограничение государства (критерий непреодолимости). Таким образом, сторона не может исполнить обязательство объективно;
- непредвидимость ограничений. Вопрос по данному критерию может возникнуть в случаях, когда договоры были заключены уже на стадии начала эпидемии или когда государства начали применять ограничения и существовала реальная вероятность применения подобных ограничений в иных странах мира;
- непосредственное влияние на возможность исполнения обязательств;
- тесная взаимосвязь обязательства с личностью должника и невозможность при-

влечь к исполнению третье лицо в государстве кредитора.

При соответствии всем указанным критериям ситуация с COVID-19 в рамках исполнения трансграничных обязательств может оцениваться как форс-мажор с точки зрения законодательства Республики Беларусь. С точки зрения внутренних взаимоотношений в рамках страны ситуация менее благоприятна, поскольку в данный момент белорусское правительство не применяет строгие ограничительные меры, а проблемы вызваны либо экономическим состоянием должника, либо сложностями в исполнении обязательств третьими лицами. Обе указанные причины сами по себе не являются форс-мажором для обязательств между сугубо белорусскими контрагентами.

25 марта 2020 года БелТПП уже высказывала мнение в части относимости пандемии COVID-19 к форс-мажору:

«Коронавирус или возникшие в его связи эпидемия и пандемия сами по себе не могут являться обстоятельствами непреодолимой силы, но таковыми могут признаваться ограничительные и другие меры, направленные на предотвращение распространения коронавируса и его последствий и возникшие после заключения конкретных договоров». БелТПП намерена рассматривать специфику каждого конкретного случая в целях определения наличия или отсутствия форс-мажора.

Исполнение договора в условиях девальвации и изменения состояния рынка и экономики

На фоне пандемии COVID-19 изменилась и экономическая конъюнктура. Мировые рынки отличаются крайней волатильностью и нестабильностью, в особенности ухудшилась ситуация на валютном рынке постсоветских стран, в которых национальные валюты существенно девальвировались к доллару США

и евро. Речь идет о потенциальном мировом экономическом кризисе, который будет влиять на договорные отношения сторон, а также экономические последствия исполнения ранее заключенных контрактов.

Такие ситуации, к сожалению, не редкость для белорусской практики, и достаточно устойчивый подход судов к оценке девальвации, невозможности приобретения валюты и кризисных явлений в экономике существует с 2012 года.

При оценке данных обстоятельств Высший хозяйственный суд Республики Беларусь как суд кассационной инстанции в деле № 54-6/2012/419а/579К отказался признать девальвацию и невозможность приобретения иностранной валюты существенным изменением обстоятельств в понимании ст. 421 Гражданского кодекса Беларуси. Соответственно суды всех инстанций отказали в расторжении договора по указанным причинам. В качестве мотивов такого решения суд назвал следующие:

- предпринимательская деятельность является рискованной. Изменение курсов валют – обычный риск, естественный для предпринимателей;
- сторона имеет возможность предотвращения подобных рисков в форме страхования рисков, закрепления в договоре соответствующих положений, связанных с изменением стоимости валюты, принятия мер к досрочному исполнению обязательства;
- девальвация валюты (как изменчивость состояния рынка и экономической конъюнктуры) в принципе является предвидимым сторонами обстоятельством и является характерной чертой экономических процессов.

Примечательно, что в данном деле имел место отказ продавца от поставки вследствие уменьшения доходности, вызванной девальвацией. Таким образом, суд установил невозможность отказа от исполнения обязательств в натуре в силу экономических причин.

В случае если речь ведется об исполнении денежных обстоятельств, ситуация и выводы принципиально не меняются. Сторона не может

отказаться от договора или потребовать изменения его условий вследствие девальвации или невозможности приобрести валюту в необходимом объеме (хотя второе обстоятельство в зависимости от контекста ситуации можно оценивать в аспекте освобождения от ответственности).

Говоря о концепции непреодолимых обстоятельств (форс-мажора), необходимо подчеркнуть, что белорусская практика в принципе не рассматривает изменение состояния рынка, девальвацию и сложности в приобретении валюты как непреодолимые обстоятельства и основания для освобождения от ответственности. К примеру, в решении Хозяйственного суда Гродненской области по делу от 15 мая 2012 года № 16-11/2012 изменение курса национальной валюты в условиях мирового финансового кризиса не было сочтено форс-мажором.

В принципе, государства ранее и в данный момент не применяли и не применяют мер, связанных с тотальным запретом осуществления платежей в валюте иностранным контрагентам, а также приобретения валюты как таковой. Невозможность оплаты или приобретения валюты обычно вызвана особенностями состояния рынка (доступностью валюты) или функционирования банковской и валютной системы. По логике указанного выше решения такие экономические обстоятельства не соответствуют критериям форс-мажора по следующим причинам:

- они не препятствуют исполнению обязательств в натуре и денежных обязательств (с некоторыми оговорками относительно невозможности приобретения валюты);
- они являются обычными и, следовательно, предвидимыми;
- они не относятся к непреодолимым (к примеру, валютные запасы могут быть сформированы сторонами заблаговременно, платежи в преддверии кризисных явлений и ограничений могут осуществляться досрочно и т.д.). Таким образом, сторона должна предпринимать все меры и использовать все возможные варианты для исполнения своих обязательств по договору.

По этим причинам при применении белорусского права не следует рассчитывать на экономические изменения как основание для отказа от договора, его изменения или освобождения от ответственности при неисполнении или ненадлежащем исполнении. На практике в Беларуси стороны стремятся самостоятельно урегулировать все экономические риски специальными положениями:

- закреплением в договоре права стороны отказаться от договора в случае девальвации валюты или изменения цены на рынке;
- закреплением механизма автоматической корректировки цен при изменении курса валют на определенную величину,

а также плавающих цен в зависимости от состояния рынка;

- включением в договор инфляционных оговорок, а также оговорок, которые позволяют корректировать цену при изменении налоговой нагрузки;
- закреплением специального порядка действий в случае возникновения сложностей с приобретением и перечислением иностранной валюты из одного государства в другое.

Иными словами, защищенность сторон в контексте экономических шоков и изменений является задачей самих сторон договора и требует предусмотрительности на стадии его заключения.

КАРАНТИН КАК ФОРС-МАЖОР В УКРАИНЕ¹



Елена Перепелинская
партнер, INTEGRITES,
Київ

С 11 марта 2020 года – дня объявления Всемирной организацией здравоохранения пандемии в связи с распространением в мире нового коронавируса SARS-CoV-2 и вызываемой им атипичной пневмонии COVID-19 – Украина начала активно принимать «антивирусное» законодательство и вводить различные ограничения и запреты.

На дату подготовки настоящей статьи приняты десятки актов Кабинета Министров Украины (КМУ) и несколько законов, на всей территории Украины до 24 апреля 2020 года введено чрезвычайное положение и установлен карантин.

В контексте темы данной статьи наиболее важными «антивирусными» актами являются Постановление КМУ от 11 марта 2020 года № 211 «О предотвращении распространения на территории Украины острого респираторного заболевания COVID-19, вызванного коронавирусом SARS-CoV-2» (с изменениями) (далее – Постановление КМУ № 211) и Закон Украины от 17 марта 2020 года № 530-IX «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины, направленные на предотвращение возникновения и распространения коронавирусной болезни (COVID-19)» (далее – Закон № 530-IX).

Так, 16 марта 2020 года в Постановление КМУ № 211 были внесены изменения, которыми на всей территории Украины начиная с 17 марта 2020 года был введен карантин. А 17 марта 2020 года Закон № 530-IX дополнил содержащийся в ст. 14-1 Закона «О торгово-промышленных палатах» список форс-мажорных обстоятельств еще одним – установленным КМУ карантином.

Сама ст. 14-1 была добавлена в указанный закон в сентябре 2014 года, позволяя обращаться в Торгово-промышленную палату Украины и уполномоченные ею региональные торгово-промышленные палаты за засвидетельствованием форс-мажорных обстоятельств и получением соответствующего сертификата. Данная статья ввела легальное определение форс-мажора и неисчерпывающий перечень форс-мажорных обстоятельств:

«Форс-мажорными обстоятельствами (обстоятельствами непреодолимой силы) являются чрезвычайные и неотвратимые обстоятельства, которые делают объективно невозможным исполнение обязательств, предусмотренных условиями договора (контракта, соглашения и т.п.), обязательств в соответствии с законодательными и другими нормативными актами, а именно: угроза войны, вооруженный конфликт или серьезная угроза такого конфликта, включая, но не ограничиваясь враждебными атаками, блокадами, военным эмбарго, действия иностранного врага, общая военная мобилизация, военные действия, объявленная и необъявленная война, действия общественного врага, возмущения, акты тер-

¹ Материал публикуется в орфографии автора.

поризма, диверсии, пиратства, беспорядки, вторжения, блокада, революция, мятеж, восстание, массовые беспорядки, введение комендантского часа, карантин, установленного Кабинетом Министров Украины (выделено автором. — Прим. ред.), экспроприация, принудительное изъятие, захват предприятий, реквизиция, общественная демонстрация, забастовка, авария, противоправные действия третьих лиц, пожар, взрыв, длительные перерывы в работе транспорта, регламентированные условиями соответствующих решений и актами государственных органов власти, закрытие морских проливов, эмбарго, запрет (ограничение) экспорта/импорта и т.д., а также вызванные исключительными погодными условиями и стихийными бедствиями, а именно: эпидемия, сильный шторм, циклон, ураган, торнадо, буря, наводнение, нагромождение снега, гололед, град, заморозки, замерзание моря, проливов, портов, перевалов, землетрясение, молния, пожар, засуха, проседание и оползень грунта, другие стихийные бедствия и т.д.».

До принятия указанной выше нормы украинские стороны могли сослаться лишь на куда более лаконичные положения ст. 617 Гражданского кодекса Украины и ст. 218 Хозяйственного кодекса Украины об обстоятельствах непреодолимой силы.

С введением карантина многие компании столкнулись с двумя категориями вопросов в части форс-мажора:

- как защититься от недобросовестных контрагентов, неправомерно ссылающихся на форс-мажор;
- влияют ли карантин и другие ограничительные меры, введенные в Украине, на возможность исполнения их собственных контрактных обязательств.

В обоих случаях необходимо проанализировать, какие именно контрактные обязательства должны были быть исполнены в марте-апреле 2020 года и какие именно ограничения, установленные КМУ, сделали невозможным их исполнение.

Среди введенных КМУ карантинных мер есть запреты на:

- проведение всех массовых мероприятий (кроме тех, которые необходимы для обеспечения работы органов государственной власти и местного самоуправления);
- перемещение группами лиц в количестве более двух человек;
- работу субъектов хозяйствования, которая предусматривает прием посетителей (кроме определенных КМУ исключений);
- регулярные и нерегулярные внутренние перевозки пассажиров автотранспортом (с некоторыми исключениями);
- въезд иностранцев на территорию Украины.

Кроме того, были закрыты все пункты транзита через украинскую границу для регулярного пассажиропотока.

За небольшим исключением Украина не вводила никаких ограничений на экспорт/импорт товаров и их перевозку; соответственно, в части международной купли-продажи товаров проблемы возникают только из-за ограничений на территории других государств. Однако в силу описанных выше мер карантин затронул розничную торговлю, сферу оказания услуг, выполнения работ, а также арендных отношений. Например, туристический бизнес, индустрия развлечений, общепит, сфера образования и многие другие бизнесы попали под запреты и ограничения. ТРЦ, рынки и большинство магазинов просто закрылись (хотя некоторые смогли оперативно переорганизоваться на онлайн-продажи, которые разрешены).

Безусловно, если запреты и ограничения повлияли на исполнение контрактных обязательств (или — в случае договора аренды — на возможность использования арендованного помещения по его целевому назначению), то соответствующие стороны могут получить сертификат ТПП о форс-мажоре. В этой ситуации они могут быть освобождены от ответственности за неисполнение своих контрактных обязательств, а по договорам аренды арендаторы могут требовать уменьше-

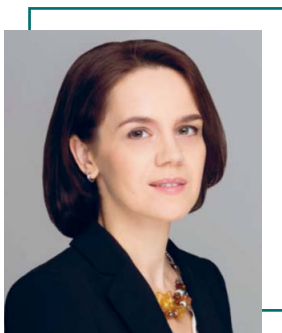
ния размера арендной платы или освобождения от ее уплаты в связи с частичной или полной невозможностью использовать арендованное имущество по причинам, от них не зависящим (на основании положений ст. 762 Гражданского кодекса Украины, что отдельно подтверждено одним из «антивирусных» [законов](#), которым дополнены заключительные и переходные положения к Гражданскому кодексу Украины).

Однако сложившейся ситуацией решили воспользоваться и недобросовестные компании, заявившие о форс-мажоре, даже если карантин никак не повлиял на возможность исполнения ими контрактных обязательств (особенно это касается обязательств по оплате услуг, товаров или обслуживанию кредитов). Именно для последней категории в [Регламенте](#) засвидетельствования ТПП Украины и региональных ТПП форс-мажорных обстоятельств (обстоятельств непреодолимой силы) прямо отмечено, что форс-мажорными обстоятельствами не считаются финансовый и экономический кризис, дефолт, рост официального и коммерческого курсов иностранной валюты к национальной валюте, несоблюдение/нарушение своих обязанностей контрагентом должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения обязательства товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств и т.п. И конечно, таким компаниям ТПП отказывают в выдаче сертификатов.

Резко выросший поток запросов о засвидетельствовании форс-мажорных обстоятельств привел на практике к несоблюдению установлен-

ного законом 7-дневного срока выдачи сертификатов, но вместе с самым карантинным режимом наконец-то сподвиг ТПП Украины упростить некоторые весьма бюрократические процедуры и требования и даже ввести возможность подачи документов онлайн. Субъектам малого предпринимательства сертификаты выдаются бесплатно, как того и требует закон. Для всех иных категорий, как и ранее, требуется оплата услуг ТПП. При этом ТПП предлагает дополнительные платные услуги по ускоренному рассмотрению заявлений и по выдаче сертификата на нескольких языках. Форма сертификата о форс-мажорных обстоятельствах (обстоятельствах непреодолимой силы) на украинском языке установлена в приложениях № 5–9 к Регламенту. Сертификат выдается на бланке соответствующей ТПП и вносится в Реестр сертификатов (закрытый для публичного доступа). В отношении заявлений, связанных с карантином, ТПП в сертификатах, как правило, свидетельствуют существование форс-мажорных обстоятельств в связи с карантином, установленным КМУ, которые повлекли за собой невозможность исполнения контрактных обязательств (а для договоров аренды — невозможность использования арендованного помещения по его целевому назначению). Учитывая, что карантинные запреты и ограничения весьма динамично меняются, причем в обе стороны, в сертификатах указывается либо дата окончания форс-мажорных обстоятельств, либо то, что такие обстоятельства делятся на дату выдачи сертификата.

ПАНДЕМИЯ COVID-19 И ФОРС-МАЖОРНЫЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА: ПЕРВОЕ РЕШЕНИЕ ФРАНЦУЗСКИХ СУДОВ



Галина Жукова
партнер, ZUKOVA
Legal, Париж

12 марта 2020 года Апелляционный суд г. Кольмара, одного из региональных центров Франции, вынес знаменательное судебное решение — Cour d'appel de Colmar, 6 ch., 12 mars 2020, n°20/01098. Напомним, что в этот же день президент Франции Эммануэль Макрон объявил ряд мер по борьбе с распространением коронавирусной инфекции COVID-19 на территории страны, включая закрытие всех французских учебных заведений, от детских садов до университетов, начиная с 16 марта 2020 года и до дальнейшего уведомления. (Днем раньше, 11 марта 2020 года, Всемирная организация здравоохранения охарактеризовала ситуацию с коронавирусной инфекцией как пандемию.) 16 марта 2020 года был объявлен 15-дневный карантин, позже продленный до 11 мая 2020 года¹. Иными словами, решение французского суда было вынесено во время быстрого распространения вируса на территории Франции и ввиду, по сути, неотвратимого карантина.

Факты дела были следующими. 5 августа 2019 года префект департамента Нижнего Рейна подписал приказ о передаче гражданина Сенегала, нелегально находившегося на территории Франции, испанским властям, приняв во внимание, что заявление о предоставлении статуса беженца было подано именно в Испании, а также посадил беженца под домашний арест. Однако последний предписания префекта не соблюдал и упорно отказывался подняться на борт самолета, летящего в Испанию. В результате 12 февраля 2020 года гражданин Сенегала был помещен французскими властями под временный арест в центр содержания под стражей (административное задержание²) сроком на 28 дней. 10 марта префектура запросила продление задержания на 30 дней. В заседании 11 марта судья по вопросам свободы и заключения суда г. Страсбурга удовлетворил этот запрос. В тот же день задержанный подал на апелляцию. 12 марта Апелляционный суд г. Кольмара, на заседание которого задержанный не смог явиться, но на котором интересы задержанного представлял его адвокат, подтвердил решение суда первой инстанции.

Так где же здесь COVID-19 и форс-мажорные обстоятельства, спросите вы. Все просто: они в причине, по которой задержанный не смог участвовать в заседании Апелляционного суда. А именно: утром 11 марта центр содержания под стражей известил суд о том, что у одного из задержанных стали проявляться симптомы вируса COVID-19, еще не подтвержденные тестом. Возможно, инфицированный задержанный ранее был в контакте с сотрудниками Мальтийского ордена³, которые на момент уведомления суда уже были помещены на карантин. Эти же сотрудники помогали и заключенному гражданину Сенегала с подготовкой апелляционной жалобы, и, следовательно, существовал риск того, что и он, возможно, заразился коронавирусной инфекцией. К тому же центр содержания под стражей указал, что он не в состоянии обеспечить участие задержанного в заседании

¹ Информация на дату выпуска этого номера журнала.

² Фр.: *la retention administrative*.

³ Организация или государствовподобное образование с центром в Риме, ведущее гуманитарную деятельность в разных странах, в настоящее время – в области борьбы с пандемией коронавируса. Работает в том числе в РФ (URL: https://www.orderofmalta.int/contact/?idstate=79443&state=RUSSIAN_FEDERATION), Белоруссии, Казахстане, Грузии, на Украине, в странах Балтии и др. – Прим. ред.

Апелляционного суда посредством видеосвязи по причине отсутствия у центра необходимого для этого оборудования.

В результате в своем решении Апелляционный суд указал следующее:

«...исключительные обстоятельства, которые были причиной неявки [задержанного] на сегодняшнее слушание, приобретают характер форс-мажорных обстоятельств, являющихся внешними, непредсказуемыми и непреодолимыми, учитывая срок, установленный для вынесения решения, и тот факт, что в такой срок не представляется возможным установить отсутствие риска заражения и обеспечить сопровождение [задержанного] на слушание»⁴.

Хотя обстоятельства дела не имеют никакого отношения к арбитражу или коммерческим спорам, решение суда интересно тем, что содержит оценку того, как критерии форс-мажора влияют на права и свободы физических лиц, то есть всех нас. Подчеркнем: суд не постановил, что пандемия коронавируса сама по себе является форс-мажорным обстоятельством. Однако *риск* заражения вирусом, по мнению суда, таковым считался. В своем анализе суд указал, что для признания ситуации форс-мажорной она должна иметь следующие обязательные характеристики: быть «внешней», «непредсказуемой» и «непреодолимой». В отношении последнего критерия – непреодолимости события – суд отметил тот факт, что участие задержанного в слушании не могло быть обеспечено ни посредством видеосвязи, ни путем сопровождения задержанного на слушание. То есть не существовало никакой возможности предотвратить последствия наступления события, а именно неявку задержанного на слушание.

Именно такие три характеристики: внешний, непредсказуемый и непреодолимый характер оспариваемого события – и предусматривает ст. 1218 французского Гражданского кодекса в отношении договорных обязательств:

«В договорных отношениях форс-мажор проявляется в наступлении не контролируемого должником события, которое не могло разумно быть предвидено при заключении договора и последствия которого не могут быть предотвращены разумными мерами, и препятствует исполнению должником своего обязательства.

Если препятствие носит временный характер, то исполнение обязательства приостанавливается, если только возникшая задержка не оправдывает расторжение договора. Если препятствие является постоянным, договор расторгается и стороны освобождаются от своих обязательств на условиях, предусмотренных ст. 1351 и 1351-1»⁵.

Как и в других странах, во Франции ожидается, что многие контрагенты будут ссылаться (или уже ссылаются) на пандемию COVID-19 как на обстоятельство непреодолимой силы. Решение Апелляционного суда г. Кольмара напомнило об особом значении критерия непреодолимости и неизбежности события, ведущего к невозможности исполнения ранее взятых обязательств. Если говорить об экономических спорах, можно предположить, что пандемия COVID-19 будет оценена как форс-мажорное обстоятельство, исключая ответственность должника, только в тех ситуациях, где исполнение обязательств никоим образом не представлялось возможным (в отличие от ситуаций, где исполнение было затруднено).

⁴ В оригинале: *«...ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. Victor Z à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. Z à l'audience».*

⁵ В оригинале: *«Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.*

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1».

«РАСТОРГНУТЬ, НЕЛЬЗЯ АДАПТИРОВАТЬ» VS «РАСТОРГНУТЬ НЕЛЬЗЯ, АДАПТИРОВАТЬ», ИЛИ КАК ВОСПОЛЬЗОВАТЬСЯ СКРЫТЫМ ПОТЕНЦИАЛОМ ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ 1980 ГОДА В ПЕРИОД ПАНДЕМИИ



Даниил Шамело
магистрант
факультета
международного
права МГИМО

Пандемия COVID-19 обнажила проблемы глобализации: мировое сообщество не смогло воспрепятствовать распространению заболевания. Многие годы мы наблюдали, как объем предпринимательской активности стремительно увеличивался, что в конечном счете привело к исключительной связанности экономик многих стран.

Кризисы случались и раньше, однако текущая ситуация принципиально иная: для эффективной борьбы с вирусом государства вынуждены прибегать к крайним мерам — закрывать границы, объявлять карантин и вводить чрезвычайное положение, парализуя экономику. Получится ли у бизнеса пережить новое «экономическое землетрясение»?

В настоящей статье автор анализирует инструментарий Венской конвенции 1980 года о договорах международной купли-продажи товаров, которым может воспользоваться сторона внешнеэкономического контракта в ситуации *затруднений* (англ. *hardship*).

Актуальное состояние категории затруднений

Объективная недостаточность регулирования средне- и долгосрочных отношений механизмом форс-мажора послужила основанием для появления категории затруднений, ключевым следствием применения которой является возможность привести исходные договорные условия в соответствие с новыми фактическими обстоятельствами для сохранения баланса интересов сторон.

Выработанная римским претором клаузула о неизменности обстоятельств (лат. *clausula rebus sic stantibus*) эволюционировала в категорию затруднений. Например, ст. 451 Гражданского кодекса РФ «Изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств» предусматривает, что неподконтрольное стороне и объективно неподвижное изменение обстоятельств может быть основанием для расторжения или пересмотра договора в целом или в части.

Современная модель затруднений предполагает, что после заключения договора обстоятельства меняются настолько существенно, что дальнейшее исполнение обязательства на прежних условиях для одной из сторон становится неразумным¹.

¹ *Schlechtriem P., Schwenger I. Commentary on the UN Convention of the International Sales of Goods (CISG). — Oxford: Oxford University Press, 2016. P. 90.*

Однако важно различать затруднения и форс-мажор: при форс-мажоре сторона освобождается от ответственности за нарушение обязательства, в то время как в ситуации затруднений пострадавшая от изменения обстоятельств сторона приобретает право требовать адаптации или расторжения договора. Представляется, что на практике затруднения случаются чаще, чем форс-мажор: исполнение договорного обязательства объективно осуществимо, однако для этого должнику придется преодолеть несопоставимые с исполнением преграды.

Подходы к определению сферы применения ст. 79 Венской конвенции 1980 года

Статья 79 — одна из наиболее комплексных и противоречивых в Венской конвенции 1980 года, а вопрос распространения сферы ее применения на отдельные случаи затруднений — один из самых сложных и широко обсуждаемых в литературе.

По общему правилу сторона несет ответственность за все, что входит в сферу ее контроля. Статья 79 Конвенции, в свою очередь, устанавливает правовой режим освобождения от ответственности за неисполнение обязательства вследствие наступления *препятствия*.

Признаки препятствия так или иначе понятны. Первый пункт ст. 79 звучит следующим образом:

«Сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий».

Для освобождения от ответственности сторона должна не только доказать факт существования препятствия, но и известить об этом другую сторону.

Трудности возникают, как правило, с выявлением общих условий применения категории затруднений в контексте ст. 79 Конвенции. При буквальном толковании первого пункта выясняется, что формулировка «сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств» ограничивает сферу применения статьи лишь неисполнением, что прямо противоречит идейной составляющей затруднений.

На этот счет консультативным советом Конвенции в Мнении № 7 выработан следующий подход: признано, что юридическая техника статьи прямо не приравнивает препятствие к событию, исключаяшему возможность исполнения договора².

Преодолеть указанное выше противоречие можно и путем обращения к *travaux préparatoires* (истории подготовки. — *Прим. ред.*) статьи. Так, в 1977 году на обсуждение было выдвинуто положение, позволявшее стороне потребовать изменения договора в чрезвычайной ситуации. Предложение сразу отклонили: выбор сделали в пользу препятствия не случайно, а в попытке создать универсальную модель освобождения от ответственности и одновременно избежать заимствования категорий, используемых национальными законодательствами. Консультативным советом Конвенции особо подчеркивается, что обсуждения указанного положения не были исчерпывающими.

Из этого следует важный вывод: затруднения из сферы применения статьи исключены не были. Это подтверждается судебной практикой. Так, Верховный суд Бельгии в решении по делу *Scafom v. Loggaine* высказался за распространение сферы применения статьи на случаи затруднений, указав тем не менее на отсутствие надлежащего средства правовой защиты³. Ана-

² CISG Advisory Council Opinion No. 7. *Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*. — China, 2007. ¶3.1.

³ *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, Belgium Court of Cassation (19 June 2009), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>.

логичную позицию занял Кассационный суд Франции в деле *Dupiré Invicta industrie v. Gabo*⁴.

Таким образом, не оспаривается, что затруднения в контексте ст. 79 Конвенции не приводят к невозможности исполнения — следствием является чрезмерная обременительность, когда исполнить договор возможно, но крайне затруднительно.

Подходы к определению доступных средств правовой защиты

Пребывающей в ситуации затруднений стороне могут потребоваться средства правовой защиты, позволяющие снизить обязательственную нагрузку. Пятый пункт ст. 79 Конвенции кроме запрета заявлять о возмещении убытков каких-либо конкретных средств правовой защиты не предусматривает.

На наш взгляд, формулировку «любые иные права [...] на основании настоящей Конвенции» необходимо толковать ограничительно: для продавца средства правовой защиты изложены в ст. 62–65, а для покупателя — в ст. 46–52 Конвенции. Покупатель вправе, например, требовать исполнения или расторжения договора.

Вместе с этим допускаем возможность заявлять требование о вступлении в переговоры и адаптации договора. Далее следует доказывать наличие в Конвенции внутреннего пробела с его последующим устранением. Согласно ст. 7 Конвенции внутренний пробел имеется тогда, когда вопрос, относящийся к предмету регулирования Конвенции, прямо в ней не разрешен. Особый механизм восполнения пробелов предполагает обращение к общим принципам, лежащим в основе Конвенции, а при их отсутствии — к пра-

ву, применимому в силу норм международного частного права.

Вступление в переговорный процесс

Установление обязанности вступления в повторные переговоры по пересмотру прежних или согласованию новых условий договора на деле представляется обоснованным выбором. Такой вывод следует из практики применения стандартных оговорок *hardship*, таких как *ICC Hardship Clause 2003*⁵.

Важно помнить, что обязанность вступить в переговорный процесс не подразумевает обязанности достигнуть соглашения. Необходимы лишь добросовестные попытки обеих сторон найти взаимовыгодное решение⁶.

Адаптация договора

При определенных обстоятельствах изменение условия о цене посредством адаптации договора может стать наилучшим решением, соответствующим целям договора и ожиданиям сторон.

Возможность адаптации договора судом или составом арбитров предусматривается рядом наднациональных источников, что свидетельствует о положительном отношении к такому средству защиты. Более того, сегодня преобладает точка зрения, согласно которой договоры, регулируемые Венской конвенцией 1980 года, могут быть адаптированы к изменившимся обстоятельствам в рамках ст. 79.

Прямо возможность требовать адаптации договорных условий не упоминается в Конвенции; не содержат упоминания о таком средстве правовой защиты и ее *travaux préparatoires*.

⁴ *Dupiré Invicta industrie (D21) v. Gabo, Cour de Cassation, Case No. 12-29.550 13-18.956 13-20.230 (17 February 2015), available at <http://www.unilex.info/cisg/case/1999>.*

⁵ *О новой версии оговорки о форс-мажоре и оговорки о затруднениях ICC 2020 читайте в других материалах этого номера. — Прим. ред.*

⁶ *Fontaine M., De Ly F. Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses. — New York: Transnational Publishers, Inc. Ardsley, 2006. P. 462.*

Принципы УНИДРУА как инструмент толкования и дополнения Венской конвенции 1980 года

Принципы международных коммерческих договоров 1994 года (далее – Принципы УНИДРУА) неоднократно использовались для регулирования ситуаций затруднений в контексте Венской конвенции 1980 года. Так, судом итальянского города Монца были использованы положения ст. 6.2.3 Принципов УНИДРУА в качестве торгового обычая по смыслу ст. 9 Венской конвенции⁷. Более того, ст. 6.2.3 Принципов УНИДРУА, в отличие от Конвенции, прямо закрепляет доступные средства правовой защиты:

«1. В случае затруднений потерпевшая сторона имеет право обратиться с просьбой пересмотреть договорные обязательства. <...>

3. При недостижении соглашения в разумный срок любая сторона может обратиться в суд.

4. Если суд установит наличие затруднений, он может, если найдет это разумным:

a) прекратить договор с определенной даты и на определенных условиях; или

b) изменить договор с целью восстановления равновесия».

Заключение

Какой бы ни оказалась судьба предпринимательства в России и мире, стоит помнить о существовании механизма затруднений, позволяющего облегчить обязательственное бремя стороны на период пандемии. Место для затруднений в Конвенции есть: нужно лишь доказать наличие всех условий ст. 79, уведомить контрагента и определиться с подходящим средством правовой защиты.

Считаем адаптацию договора наиболее подходящим вариантом. Для обнаружения адаптации в Конвенции могут быть заимствованы аналогичные положения Принципов УНИДРУА.

⁷ *Nuova Fucinati s.p.a. v. Fondmetal International A.B., Tribunale Civile di Monza, Case No. R.G. 4267/88 (14 January 1993), available at <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>.*

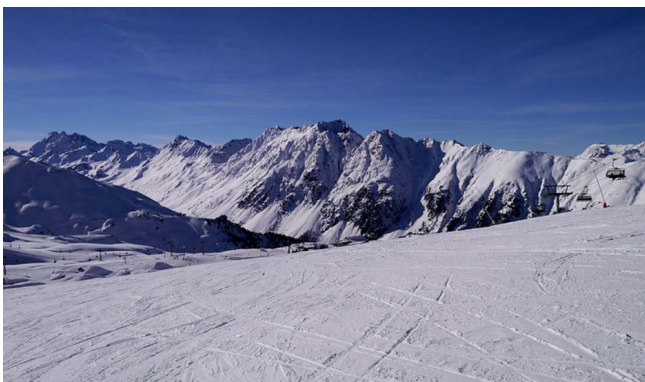
COVID-19 И КОЛЛЕКТИВНЫЕ ИСКИ



Лилия Клоченко

адвокат, к. ю. н., FCI Arb,
управляющий партнер КА «Клоченко & Кузнецова»

Место сказочно далекое, но вполне достигаемое, застывшее во времени и более чем современное, исеченное более чем 200 км горных маршрутов, расписанное ночными санными трассами и пространством для катания на коньках, наполненное до краев зимними удовольствиями, такими как горные ресторанчики, хижины на склонах, концертные площадки... Уют и комфорт гостиниц на любой вкус и кошелек. Да-да, это все об Ишгль, горнолыжном курорте на границе Австрии и Швейцарии.



Источник: <https://awd.ru/ischgl-avstriya/>.

Кто бы мог предположить, что около 2,5 тыс. туристов, счастливо и беззаботно отдыхающих в этом подвешенном на высоте почти 3000 м уюте, попадут в ловушку эпидемии коронавируса, а спустя несколько месяцев будут готовить коллективный иск к горнолыжному курорту Ишгль в Австрии. На курорте заразились тысячи человек, которые затем разнесли инфекцию во многие страны Европы и за ее пределы.

Около 80% отдохавших — это немецкие туристы, которые обвинили руководство курорта Ишгль в том, что те не приняли своевременные меры для нераспространения коронавируса.

Австрийская ассоциация защиты прав потребителей (Verbraucherschutzverein) принимает информацию от тех, кто в период с 5 марта 2020 года был на горнолыжных курортах Ишгль, Пацнаун, Санкт-Антон-ам-Арльберг, Зельден или Циллерталь и у кого диагностировали

коронавирус. Она подготовила коллективный иск против властей Тироля, своевременно не закрывших склоны, как только стало известно о первых инфицированных, с требованием возмещения причиненного вреда.

Данные эпидемиологических расследований дают основания полагать, что именно Ишгль стал средоточием коронавируса в этой части Австрии, а также источником его распространения в соседней Германии и других североευропейских странах. После того как в федеральной земле Тироль и непосредственно на курорте Ишгль были выявлены первые случаи заболевания COVID-19, курорт оставался открытым для приема гостей еще несколько дней — до 14 марта 2020 года. Многие подхватили инфекцию на подъемниках и в барах, а потом разнесли ее по гостиницам и домам.



Источник: APA/APA (Archiv) / Jakob Gruber,
<https://www.suedtirolnews.it/chronik/2-500-tirol-urlauber-meldeten-sich-bisher-bei-vs-v>.

Для сравнения: Норвегия и Исландия закрыли свои горнолыжные курорты на целую неделю раньше, а единственной из стран ЕС, которая оставила склоны открытыми, была Швеция, которая вообще отказалась от карантина на фоне эпидемии и идет своим путем.

Правовые и организационные предпосылки для судебного противостояния

Институт коллективных (групповых) исков как инструмент защиты прав широкого круга лиц, как правило, перед экономически более сильной стороной зародился и положительно зарекомендовал себя в странах общего права (class-actions). Проблема групповых исков и внедрения коллективных форм защиты обсуждается на протяжении многих лет в странах Евросоюза, с периодическими всплесками активности и остроты дискуссий.

Последняя серия обсуждений была связана с массовыми отменами авиарейсов, многочисленными случаями применения неисправных тазобедренных имплантов, ненадлежащими консультациями в кредитно-финансовой сфере, скандалом с выхлопными газами автомобилей автопроизводителя Volkswagen. В этих дискуссиях намечается желание Еврокомиссии ввести на пространстве ЕС широкое толкование коллективных (групповых) исков и возможности их реализации для того, чтобы облегчить защиту интересов отдельных заявителей против крупных компаний и корпораций.

Насколько близко европейские законодатели подошли к цели и возможно ли принятие директивы ЕС на этот счет, судить пока рано. Не только потому, что сохраняется довольно большое число спорных моментов — например, в толковании коллективных (групповых) исков и сферы их применения, финансирования судебных процедур, представительства в коллективных исках, — но и потому, что во многих странах ЕС до сих пор отсутствуют или недостаточны законодательные основы для таких исков. В большей или меньшей степени законодательство в этой сфере развито в Нидерландах, Германии, Дании, Португалии, Испании.

В Австрии институт группового иска законодательно не закреплен, и это создает проблемы в случае массовых требований и для самих потерпевших, и для судебной системы. В такой ситуации множество исков рассматривается несколькими или многими судьями в отдельных судебных процессах, что создает процессуальную нагрузку, каждый истец самостоятельно финансирует свое представительство в судебном процессе, что влечет избыточное экономическое давление, — и все это при том, что в отдельных судебных процессах решаются одни и те же вопросы и требования, вытекающие, как правило, из одного и того же события. Отсутствие процессуальной экономии, многократно выросшие затраты на судебное представительство, а также вероятность того, что суды придут к разным выводам при рассмотрении сходных исков, побуждает предпринимать действия по созданию правовой среды, приспособленной для подачи и рассмотрения групповых исков.

Если брать каждого потенциального истца в отдельности, без возможности присоединиться к групповому требованию, то подача индивидуального иска для него является рискованной как из-за высоких судебных издержек, так и ввиду возможного неблагоприятного исхода по делу — эти два критерия чаще всего удерживают индивидуального истца от обращения в суд за защитой нарушенного права. Напротив, возможность присоединения к групповому иску, а вместе с этим и к механизму совместного управления процессом группой потерпевших, совместного несения расходов или совместного привлечения финансирования судебных издержек могла бы стать практичным инструментом реализации права на судебную защиту в случае коллективных исков.

Хотя австрийскому праву знакомы инструменты коллективного обеспечения прав потребителей, все же механизм совместного предъявления исков нескольких или множества потерпевших и их рассмотрения в одном судебном разбирательстве в законодательстве не закреплен.

На первый взгляд может показаться, что решение существует и применяется: это, к примеру, практика уступки права требования нескольких потерпевших из-за одного и того же события третьему лицу, которое затем предъявляет это требование

к должнику, одновременно финансируя и судебные издержки по такому процессу. Описанная практика предполагает, что отдельные лица, чьи интересы затронуты, а права нарушены одним и тем же событием, подают свои требования к должнику, затем передают свои права требования третьему лицу, а также отзывают заявленные в суд индивидуальные иски. Затем цессионарий выступает истцом, реализуя полученное в порядке уступки право, финансируя судебные издержки самостоятельно или же прибегая к финансированию третьего лица. Таким образом, скроенный по австрийскому праву «коллективный иск» имеет мало общего с настоящим групповым иском, как он понимается, например, в странах общего права.

В процессуальном законодательстве Австрии есть норма, которая содержит основу для группового иска, но с определенными ограничениями и предпосылками, как они установлены Гражданским процессуальным кодексом Австрии: несколько требований истца к одному и тому же ответчику, даже если они не учитываются вместе, могут быть предъявлены в одном и том же иске, при этом рассмотрение всех таких требований обязательно должно находиться в компетенции одного и того же суда, а также должен применяться один и тот же тип процедуры (§ 227 Гражданского процессуального кодекса)¹.

Некоторые эксперты считают, что эта норма вполне позволяет реализовывать право на групповой риск и другие предпосылки для этого не требу-

ются. Есть, однако, и иная точка зрения. Она состоит в том, что для приведения в действие механизма группового иска требуется соблюдение положений § 11 Гражданского процессуального кодекса, который предписывает, что, кроме случаев, особо обозначенных в других законах, несколько лиц могут обратиться в суд с единым иском (по существу, сформировать так называемое сообщество истцов), если предмет иска основан на тех же фактических обстоятельствах или соистцы имеют право требования либо несут ответственность солидарно и если однотипные требования или обязательства, основанные на одних и тех же фактических обстоятельствах, составляют предмет спора, в отношении которого с учетом профиля каждого отдельного ответчика имеется юрисдикция суда².

Поскольку формирование упомянутого сообщества истцов часто представляется затруднительным или вовсе невозможным, на практике, как правило, несколько лиц, которые желают обратиться с совместным иском в суд, уступают свои права требования соответствующему объединению (союзу, ассоциации), которое и выступает в качестве единоличного истца, и такая практика значительно сужает возможности предъявления группового иска в его строго правовом смысле.

Помимо собственно закрепления института группового иска в национальном законодательстве важное значение имеет и механизм реализации права на групповой иск. Так, дискуссия в Еврокомиссии затрагивает и проблему того, следует ли каждому

¹ § 227 Zivilprozeßordnung:

«(1) Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie nicht zusammenzurechnen sind (§ 55 JN), in derselben Klage geltend gemacht werden, wenn für sämtliche Ansprüche:

1. das Prozeßgericht zuständig und

2. dieselbe Art des Verfahrens zulässig ist

(2) Jedoch können Ansprüche, die den im § 49 Abs. 1 ZI JN bezeichneten Betrag nicht übersteigen, mit solchen Ansprüchen verbunden werden, die ihn übersteigen, ferner Ansprüche, die vor den Einzelrichter gehören, mit solchen, die vor den Senat gehören. Im ersten Fall richtet sich die Zuständigkeit nach dem höheren Betrag; im zweiten Fall ist der Senat zur Entscheidung über sämtliche Ansprüche berufen». URL: <https://www.jusline.at/gesetz/zpo/paragraf/227>.

² § 11 Zivilprozeßordnung:

«Außer den in anderen Gesetzen besonders bezeichneten Fällen können mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder geklagt werden (Streitgenossen):

1. wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder aus demselben tatsächlichen Grund oder solidarisch berechtigt oder verpflichtet sind;

2. wenn gleichartige, auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreites bilden, und zugleich die Zuständigkeit des Gerichtes hinsichtlich jedes einzelnen Beklagten begründet ist». URL: <https://www.jusline.at/gesetz/zpo/paragraf/11>.

потерпевшему активно присоединяться к групповому иску или же он считается автоматически присоединившимся, если не откажется, например, в определенный срок (модели opt-in или opt-out). Многие участники дискуссии сходятся в том, что данный вопрос должен решаться на национальном уровне на усмотрение законодателя соответствующей страны – участницы ЕС, хотя есть и сторонники применения исключительно активной модели присоединения к групповому иску (этого мнения, в частности, придерживается и Австрия). Каждая из моделей имеет свои за и против, которые заслуживают отдельного исследования, но при решении данной проблемы точно следует обратить внимание на то, в каких сферах будут или могут использоваться групповые иски в качестве инструмента защиты нарушенных прав (при оказании финансовых услуг, в том числе страховых, в телекоммуникации, на транспорте, в туристической индустрии, при защите окружающей природной среды, при защите персональных данных и др.) и станет ли институт группового иска применяться трансгранично.

Вполне справедливым будет также отметить, что законодательное закрепление института групповых исков пробудит «аппетит» к их финансированию третьими лицами (third-party funding).

Подготовительные мероприятия.

Близка ли развязка?

Итак, Австрийская ассоциация защиты прав потребителей готовит иск против властей и предприятий Тироля. Она собирает сведения от пострадавших: в частности, где и когда они останавливались для отдыха, наблюдались ли признаки заболевания у них или у окружающих, были ли они проинформированы о вирусе или о мероприятиях, проводимых против распространения инфекции, и т.д. В настоящее время Ассоциация зарегистрировала более 2,5 тыс. пострадавших, большинство из которых граждане Германии, хотя в указанном пуле потенциальных истцов представлены также граж-

дане Швейцарии, Австрии, североевропейских стран. Принимаемые меры, вероятно, нацелены на то, чтобы собрать максимум свидетельств в пользу того, что властями и/или предприятиями курортной зоны была допущена халатность.

Позволит ли все это добиться удовлетворения иска – иска только к властям Тироля или же и к Австрийской Республике, потребуются ли при этом и для этого возбуждение уголовного дела, может ли в этом деле иметь значение факт объявления Всемирной организацией здравоохранения пандемии, будут ли применимы обстоятельства непреодолимой силы? Вопросов на сегодняшний день больше, чем ответов.

В данный момент сложно прогнозировать, дойдет ли предполагаемый групповой иск до судебного разбирательства или сторонам удастся решить данное дело миром, но можно сказать, что оснований ждать быстрого урегулирования конфликта пока нет.

КОЛЛЕКТИВНЫЕ ИСКИ: ВОЗМОЖНОСТЕЙ ДЛЯ ЗАЩИТЫ НАРУШЕННЫХ ПРАВ СТАЛО БОЛЬШЕ



*Ирина Цветкова
адвокат, основатель
сервиса судебного
финансирования
PLATFORMA*

Проблема защиты коллективных интересов в российском праве всегда стояла достаточно остро. Принятая в 1993 году Конституция провозгласила Россию правовым государством, обязанным защищать права и свободы человека и гражданина. При этом основной закон государства взял под защиту и коллективные интересы, закрепив право на коллективные обращения граждан в государственные органы, а также возможность реализации трудовых прав в коллективном трудовом споре.

Законодатель в Гражданском процессуальном кодексе РФ 2002 года, выстраивая правовые позиции по защите коллективных интересов, в качестве основания для возбуждения гражданского дела в суде назвал заявление лица, выступающего от своего имени в защиту прав, свобод, законных интересов другого лица, а также неопределенного круга лиц (ст. 4). Это же право получили органы государственной власти, местного самоуправления и организации (ст. 46), а также прокуратура (ст. 45). Отдельными законодательными актами порядок защиты коллективных интересов как неопределенного круга лиц (когда лиц невозможно индивидуализировать и установление их конкретного количества не требуется), так и определенных рядом признаков категорий лиц был конкретизирован.

Проблема защиты коллективных интересов тем не менее решена не была. В обзоры судебной практики попадала информация об ошибках

и нарушениях, связанных с защитой коллективного интереса, гражданам не доставало процессуальной самостоятельности для групповых исков, а сам институт коллективной защиты нуждался в дальнейшей разработке.

Эти обстоятельства, по сути, заставили законодателя обратиться к опыту англосаксонской правовой семьи, достижением которой явились коллективные иски. Участники научных дискуссий на страницах юридической прессы во многих случаях неодобрительно высказывались о введении в российскую правовую систему данного института. В государствах романо-германской правовой семьи (к которым принадлежит и Россия) задачи коллективной защиты в гражданском процессе решались при участии общественных организаций и публичных образований. Противники введения данной формы процессуальной защиты нередко ссылались на уже имеющуюся возможность выступать в защиту неопределенного круга лиц, хотя, как мы видим, этого института для полноценной защиты было недостаточно, ведь итогом рассмотрения иска в защиту неопределенного круга лиц является решение о прекращении нарушения в будущем. Причиненный ущерб при этом не взыскивается, так как круг лиц индивидуально не определен. Пострадавшие лица могут обратиться с самостоятельными исками о возмещении причиненного им вреда. Но недостатки такой системы очевидны. Во-первых, разные суды могут присуждать разные компенсации за нарушение одних и тех же прав, а во-вторых, значительно возрастает нагрузка на судебную систему.

В 2009 году в Арбитражный процессуальный кодекс РФ была введена глава 28.2 «Рассмотрение дел о защите прав и законных интересов группы лиц». Правом обращения в арбитражный суд наделялось юридическое или физическое лицо — участник правоотношения, из которого возник спор, а к требованию должно было присоединиться не менее пяти лиц.

В июле 2019 года институт групповых исков получил закрепление в Гражданском процессуальном кодексе РФ. Закон о дополнениях к ГПК вступил в силу 1 октября 2019 года. В суд теперь могли обращаться гражданин или организация при наличии общего ответчика и однородности прав и интересов членов группы (это также граждане и организации), а к требованию должно присоединиться не менее 20 лиц — членов группы. В прессе и интернете эти нововведения стали неофициально называть коллективными исками по новым правилам. Действительно, ранее подача иска была возможна только в арбитражный суд в пределах его компетенции, а в судах общей юрисдикции другие граждане не могли присоединяться к требованиям, заявленным истцом.

Первый иск по новым правилам был подан в октябре 2019 года к производителю косметики ООО «Фем фаталь рус». Через сайт platforma-online.ru к коллективному иску присоединились 53 истца.

Требуется дальнейшая апробация данного правового института, но уже сейчас мнения о коллективных исках разделились. Так, некоторые видят возможность снижения затрат граждан на оплату услуг профессиональных юристов: интересы всей группы может представлять один специалист. Также считается, что шансов выиграть коллективный иск значительно больше в сравнении с одиночным иском. Но не будем забывать и о подводных камнях. Например, о таких:

- вопрос подсудности исков: сейчас иски по защите прав потребителей до 100 тыс. руб. подсудны мировым судьям, но сумма иска может увеличиваться по мере присоединения новых истцов, в итоге подсудность меняется и дело передается в вышестоящий суд, что влечет за собой удорожание и удлинение процесса;
- суды не имеют технического оснащения для работы с коллективными исками. В частности, не продумана система информирования потенциальных истцов о начавшемся процессе, нет возможности приобщать документы в электронном виде. Необходимы технологии для ускорения и упроще-

ния рассмотрения всех категорий споров, в том числе коллективных исков. Иначе групповые иски так и не станут в России по-настоящему эффективным и открывающим доступ к правосудию инструментом;

- для того чтобы иск был принят судом, необходимо минимум 20 истцов, при том что в арбитражных групповых исках достаточно всего пяти заявлений, что представляется более разумным;
- ни для кого не секрет, что в нашей стране компенсации за причинение морального вреда по-прежнему остаются крайне низкими и мы сильно отстаем от мировой практики. Верховный суд РФ призвал учитывать требования разумности и справедливости, но когда компенсация составляет 1 тыс. руб., о какой разумности приходится говорить? Истцы тратят силы, здоровье и немало времени на судебную процедуру. Размер компенсации не может ставиться в зависимость от размера удовлетворенного иска о возмещении материального ущерба. У нас же пока на это не всегда обращают внимание. Более того, распространено мнение, что попытка получить возмещение морального вреда — это не что иное, как попытка личного обогащения. Именно такие стереотипы тормозят развитие института компенсации морального вреда;
- важно не допустить злоупотреблений, связанных с коллективными исками. На Западе иски такого рода привели к банкротству одной трети компаний-ответчиков. Коллективные иски должны стать обычной практикой.

Итак, в российское законодательство введен институт коллективных исков. Для граждан это означает расширение возможностей защиты своих прав, а для судов — освобождение от рассмотрения массы однотипных дел. Пока еще при применении данного правового инструмента возникает много проблем, но мы надеемся, что практика позволит разрешить их.

2018-2019

The Baker McKenzie International Arbitration Yearbook

We are pleased to announce that the latest edition of the Baker McKenzie International Arbitration Yearbook is now available. This year, in recognition of both our clients' preferences for soft copy material and our commitment to sustainability, the yearbook is being published electronically via our Global Arbitration News blog, rather than in hard copy.

This new edition reviews important developments in arbitration over the past year across 43 jurisdictions, including:

- The increasing use of artificial intelligence and technology in arbitration
- Increased risk for investors posed by nationalization
- The ongoing uncertainty around the future of intra-EU BITs following the European Court of Justice's decision in Achmea
- The continued push for procedural efficiency

You can access the latest edition of the International Arbitration Yearbook at <https://globalarbitrationnews.com/iayearbook2020/>



Deloitte.

**Baker
McKenzie.**

MANSONRS

Инфопартнеры

Arbitration.ru



CIS Arbitration Forum

Russia- and CIS-related International Dispute Resolution

LF LAW FIRM.RU