

CLAUZE DE ADAPTARE A CONTRACTULUI DE COMERȚ INTERNAȚIONAL LA NOILE ÎMPREJURARI

drd. Alexandru Șorop

In the last two decennials, commercial exchanges at the international level have known a special development in various domains of activity. The modern international commerce has as object not only the exchanges of bodily goods and the transfer of capitals, but also the exchange of services known as invisible commerce. The multitude of products and goods that represent the object of commercial exchanges determines a great variety of species in the contracts' closing activity. This requires adaptability, flexibility, strong determination and adequate contractual settlements for specific issues. It is true that, in the market economy "who does not risk does not win". In the context of equal chances offered by this economy, the winners will be the ones that will be noticed through their initiative, entrepreneurial qualities, judicious investment of intelligence and money as well as through the introduction of some contractual clauses adaptable to the new circumstances, so that, the risks assumed could be kept under control in the best way possible.

1. Noțiuni introductive. Schimburile comerciale la nivel internațional în ultimele două decenii au cunoscut o deosebită dezvoltare în cele mai diferite domenii de activitate. Comerțul internațional modern are ca obiect nu numai schimbul de mărfuri corporale și transferul de capitaluri, dar și schimbul de servicii numit comerț invizibil. Acesta cuprinde prestări de servicii precum transporturile internaționale de mărfuri și călători, telecomunicațiile, turismul internațional, asigurarea și reasigurarea internațională, serviciile efectuate în porturi și pe aeroporturi internaționale, întreținerea reprezentanțelor economice, diplomatice, consulare și militare străine și a personalului acestora.

Instrumentul juridic cel mai important de realizare a comerțului internațional, deci de înfăptuire a circulației valorilor și cunoștințelor la scară planetară, este contractul comercial internațional. Pentru realizarea comerțului internațional modern, sub aspect juridic, tipurile de contracte tradiționale au fost adaptate noilor exigențe ale vieții comerciale, s-au imaginat noi forme de contracte precum contractul de *leasing*, contractul de *know-how*, contractul de *consulting-engineering*, contractul de *factoring* și s-au utilizat noi metode de contractare. Majoritatea doctrinei definește contractul de comerț internațional ca fiind acordul de voință realizat între doi sau mai mulți participanți la comerțul internațional (subiecți de drept aparținând ordinii juridice internaționale, sau subiecți de drept aparținând ordinii juridice naționale) din state diferite în scopul de a crea, modifica sau stinge raporturi juridice de comerț internațional.¹ Distincția dintre contractele de comerț internațional pe de o parte și contractele civile și cele comerciale supuse incidenței exclusive a dreptului național pe de altă parte, este dată de atributul de comercialitate respectiv de elementul de internaționalitate, specifice contractului de comerț internațional, aceste din urmă două trăsături trebuind să existe simultan. Fac parte din sfera contractului de comerț internațional: vânzarea comercială internațională, mandatul

¹Dumitru Mazilu, *Dreptul Comerțului Internațional – Partea specială*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 22; Tudor R. Popescu, Ion Flondrea, *Dreptul Comerțului Internațional*, Editura Fundației Andrei Șaguna, Constanța, 2000, p. 93; Mircea N. Costin, Sergiu Deleanu, *Dreptul Comerțului Internațional. Partea specială*, Editura Lumina Lex, București, 1997, p. 5.

comercial internațional, comisionul internațional, transportul internațional de mărfuri și de persoane, asigurările internaționale etc. Generalizând, putem spune că sfera contractului de comerț internațional cuprinde orice contract de comerț internațional convenit în raporturile cu străinătatea sau cu piețele externe.²

2. Conținutul contractului de comerț internațional. Conținutul contractului de comerț internațional desemnează totalitatea drepturilor și obligațiilor la care dă naștere voința juridică a contractanților, materializată într-un contract dat, convenit între participanții la comerțul internațional. Acordul lor de voință în această privință este exprimat în clauze contractuale. Totodată, orice contract comercial internațional trebuie să îndeplinească condițiile de valabilitate ale unui contract prevăzute de dreptul comun intern, aspect care se reflectă tot în clauzele sale.

Clauza contractuală a fost definită ca fiind o stipulație sau prevedere relativ independentă care face parte din cuprinsul unui contract ca urmare a acordului de voință al părților sau în temeiul unei dispoziții legale supletive de la care părțile n-au derogat³. Unele clauze contractuale pot avea caracterul unui adevărat contract accesoriu (clauza penală, clauza compromisorie etc.), altele doar concretizează elemente ale contractului în care sunt stipulate (clauze referitoare la preț, la data și locul plății etc.). Pentru a fi valabile, clauzele trebuie să fie conforme cu dispozițiile legale imperative și să nu contravină ordinii publice, sociale și economice sau regulilor de conviețuire socială. Clauzele care nu îndeplinesc aceste condiții, sunt lovite de nulitate, iar dacă au fost determinante la încheierea contractului, atrag nulitatea întregului contract.

Autori precum O. Căpățână, Br. Ștefănescu, M. Costin, S. Deleanu, etc. au împărțit clauzele ce formează conținutul unui contract de comerț internațional în clauze necesare și clauze opționale. Sunt clauze necesare stipulațiile care nu trebuie să lipsească din conținutul nici unui contract de comerț internațional, fie pentru că privesc elemente esențiale ale contractului, de care depinde însăși valabilitatea sa juridică (de exemplu, clauzele referitoare la părți sau cele referitoare la obiectul contractului), fie pentru că prezintă importanță pentru determinarea cu certitudine a drepturilor și obligațiilor părților, prevenind eventuale litigii (de exemplu, clauzele asigurătorii, cele prin care se stabilește legea aplicabilă raportului dintre părți și jurisdicția competentă)⁴.

Anumite stipulații contractuale nu sunt strict indispensabile pentru configurarea raportului juridic obligațional, ci ele au doar menirea să creeze pentru părți o marjă de siguranță în ceea ce privește drepturile și obligațiile generate de contract pe seama lor. Ele pot lipsi din conținutul contractului de comerț internațional fără ca această împrejurare să-i afecteze valabilitatea. Dar, în eventualitatea unor riscuri contractuale, survenite în aceste condiții, părțile vor fi mai puțin protejate. Acestea sunt clauzele opționale.

Alți autori precum D. A. Sitaru, Ștefan Scurtu, etc. au împărțit aceste clauze în clauze comune tuturor contractelor și clauze particulare, cu referire explicită la clauzele asigurătorii folosite, de regulă, în contractele pe termen lung. Din cadrul acestor din urmă clauze amintim clauza clientului cel mai favorizat, clauza ofertei concurente, clauza de hardship etc.

Unele clauze au rolul de a completa lacunele legislației interne cu privire, de pildă, la unele probleme de conjunctură sau cazuri de forță majoră specifice. Alte clauze sunt menite să

² Mircea N. Costin, Sergiu Deleanu, *Dreptul Comerțului Internațional – Partea specială*, Editura Lumina Lex, București, 1997, pag. 5.

³ M. Mureșan, *Dicționar de drept civil*, nr. 28, pag. 88

⁴ Ștefan Scurtu, *Dreptul comerțului internațional*, Ed. Universitaria, Craiova 2003, pag. 79-80

exprime soluții diferite de cele adoptate de dreptul intern. Fac parte din categoria clauzelor de mai sus amintite, spre exemplu: "*pactum de lege utenda*" prin care contractanții determină sau aleg legea ce va governa raportul lor juridic obligațional (*electio iuris*) sau clauza de arbitraj, prin care părțile stabilesc modul de soluționare a litigiilor dintre ele pe calea arbitrajului. Ea este inclusă în contractul principal sub forma unei convenții de arbitraj (așa numita clauză compromisorie).

3. Clauze de adaptare a contractului la noile împrejurări. Asemenea clauze fac parte din categoria clauzelor asiguratorii și de opțiune din cadrul contractelor de lungă durată, unele fiind comune tuturor contractelor de acest gen, altele privind numai anumite contracte, distincția dintre ele fiind dată de specificul prestațiilor la care se obligă părțile și de alte elemente sau împrejurări care impun asemenea soluții. Ele sunt cunoscute sub denumirea de clauze de extindere a relațiilor contractuale sau de clauze de opțiune deoarece conferă uneia sau ambelor părți un drept de opțiune. Sunt asemenea clauze: *clauza ofertei concurente*, *clauza clientului cel mai favorizat*, *clauza primului refuz*, *clauza de hardship*, *clauza de forță majoră*.

4. Clauza ofertei concurente. Asemenea clauză este uzitată cu precădere în contractele internaționale pe termen lung, care privesc aprovizionarea cu materii prime sau vânzarea-cumpărarea, și este stipulată, de regulă, în favoarea cumpărătorului (beneficiarului lucrării sau serviciului), pentru ca acesta să poată beneficia de condițiile mai avantajoase apărute în timpul executării contractului pe piața internațională, dar și în favoarea vânzătorului pentru a putea profita de o eventuală creștere a valorii mărfurilor care fac obiectul contractului. În acest din urmă caz vânzătorul are dreptul să ceară cumpărătorului să plătească prețul pe care vânzătorul l-ar obține pentru aceeași marfă de la alți clienți.

Clauza ofertei concurente este stipulația contractuală care dă dreptul uneia dintre părțile contractante ca, în situația în care un terț îi face o ofertă de contracatere în condiții mai avantajoase decât cele din contractul în curs de executare, să solicite modificarea acestui contract în sensul ofertei terțului. Dacă cealaltă parte refuză alinierea contractului la noile condiții, acesta poate fi suspendat sau reziliat direct sau ca urmare a unei hotărâri cu caracter jurisdicțional⁵.

Pentru aplicarea acestei clauze se impune să se aprecieze caracterul mai favorabil al ofertei terțului, ceea ce presupune compararea acestei oferte cu cea aflată în curs de executare. De asemenea, oferta concurentă trebuie să provină de la terț cunoscut și serios, apt să-și respecte angajamentele asumate și să nu fie o simplă ofertă de complezență, referințele și notorietatea, seriozitatea, buna-credință și loialitatea terțului ofertant fiind menite tocmai pentru a înlătura ofertele neconcludente sau artificiale.

Compararea condițiilor din ofertă cu cele ale contractului poate fi realizată prin negocieri directe între părți sau prin apelarea la un terț independent și competent, care poate fi un expert tehnic sau un arbitru. Această din urmă soluție este preferabilă uneori, pentru că punerea la dispoziția promitentului a ofertei terțului nu este întotdeauna posibilă din cauza opoziției terțului ofertant care este interesat în păstrarea secretului ofertei sale; de aceea este necesară apelarea la un terț neutru, care poate păstra confidențialitatea informațiilor⁶. Un exemplu de o asemenea clauză poate fi: dacă pe parcursul executării contractului cumpărătorul notifică vânzătorului primirea unei oferte concurente, primite de la un

⁵Ștefan Scurtu, *Dreptul comerțului internațional*, Ed. Universitaria, Craiova, 2003, p. 115

⁶ Idem, p. 116.

furnizor cunoscut și serios, conținând un preț inferior prețului contractual, toate celelalte elemente ale contractului rămânând egale, vânzătorul va trebui ca, în termen de 10 zile de la primirea notificării scrise din partea cumpărătorului să accepte condițiile din oferta concurentă. În lipsa unui acord dintre vânzător și cumpărător, acesta din urmă va fi eliberat de condiția (obligația) de a cumpăra de la vânzător, prezentul contract luând sfârșit la expirarea termenului de 10 zile.

Sancțiunile nerespectării acestei clauze sunt cele stabilite de către părți, ca în exemplul de mai sus, la ele alăturându-se, eventual, sancțiunile care decurg din dispozițiile legale ce organizează răspunderea civilă contractuală. Părțile pot conveni, de asemenea, ca această clauză să nu producă efecte decât după un anumit interval de timp de la încheierea contractului. Tot astfel, clauza poate îndreptăți pe beneficiarul ei să invoce o ofertă mai favorabilă făcută nu direct lui ci unor clienți sau concurenți ai săi. Clauza ofertei concurente se poate combina cu clauza clientului cel mai favorizat.

5. Clauza clientului cel mai favorizat. Clauza clientului cel mai favorizat este stipulația contractuală prin care vânzătorul sau furnizorul de bunuri sau de servicii se obligă să acorde celui contractant (cumpărător sau beneficiar) cele mai favorabile condiții pe care le-ar acorda eventual altor parteneri cu privire la contracte având același obiect⁷. Scopul acestei clauze este de a adapta contractele pe termen lung la condițiile pieței, spre a evita crearea, pentru unul dintre contractanți, a unei situații dezavantajoase prin raport la terțul concurent. Din acest punct de vedere clauza clientului cel mai favorizat este asemănătoare clauzei ofertei concurente, cu distincția că, în cazul acestei din urmă clauze cumpărătorul își alinia, în favoarea sa, condițiile contractului întemeiat pe oferta pe care el însuși a primit-o de la un terț (oferta concurentă), în timp ce în cazul clauzei de față, contractul este aliniat la condițiile pe care vânzătorul le-a consimțit unui terț (clientul cel mai favorizat).

Efectele acestei clauze se produc, de regula, în mod automat, din momentul în care au fost acordate unui terț condiții mai favorabile, vechea obligație devenind caducă; de asemenea, părțile pot să prevadă ca adaptarea contractului la condițiile mai favorabile să nu se facă în mod automat, ci prin negocieri, la cererea beneficiarului promisiunii. Când adaptarea contractului se face prin negocieri, părțile pot conveni ca alinierea sa la condițiile mai favorabile să se facă fie retroactiv, din momentul în care terțul a început să beneficieze de condițiile mai favorabile fie numai pentru viitor, adică din momentul finalizării negocierilor, eventual din momentul pronunțării hotărârii arbitrale prin care s-a decis adaptarea contractului.

Dacă ar exista o neînțelegere între părți provenită din interpretarea diferită a noțiunii de “condiții mai favorabile”, acest diferend ar putea fi soluționat, dacă părțile au prevăzut în acest sens o clauză compromisorie în cuprinsul contractului, pe calea arbitrajului⁸, arbitrul având rolul de a aprecia existența condițiilor mai favorabile, constatare în funcție de care se va admite sau se va respinge acțiune beneficiarului clauzei. Pentru evitarea acestei probleme de interpretare, deci a unui conflict de interese, părțile contractante sunt și trebuie să fie prioritar interesate să dea contractului lor un conținut limpede, să-i redacteze clauzele în termeni clari și să precizeze în cuprinsul acestora elemente suficiente de natură a risipi orice îndoială cu privire la conținutul și finalitatea lor.

⁷Mircea N. Costin, Sergiu Deleanu, *Dreptul Comerțului Internațional, Partea specială*, Ed. Lumina Lex București, 1997, pag. 171.

⁸Tudor R. Popescu, *Dreptul Comerțului Internațional*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, p. 187-188

Prin contractul de bază, părțile pot dispune sau stabili că beneficiarii acestei clauze mai favorabile pot fi și alți clienți ai promitentului, caz în care această clauză capătă natura juridică a unei stipulații pentru altul. Același contract poate conține alături de clauza în discuție și clauza ofertei concurente, ambele putând fi stipulate în favoarea aceleiași părți (situație ce permite părții respective să beneficieze de una sau de alta din cele două clauze, în funcție de cea care îi profită mai mult), dar mai frecvente sunt situațiile când fiecare dintre ele este stipulată în favoarea altui contractant. De exemplu, situația în care, clauza clientului cel mai favorizat este prevăzută în favoarea cumpărătorului, iar clauza ofertei concurente, în favoarea vânzătorului.

În ceea ce privește procedura de punere în aplicare a acestei clauze, aceasta comportă notificarea de către contractantul care a consimțit condiții mai favorabile unui terț a respectivei împrejurări celui alt contractant. Termenul în care urmează a se face notificarea poate fi stabilit prin chiar conținutul clauzei. În caz de omisiune a părților a unei asemenea stipulații, notificarea va trebui să se facă de îndată ce a fost perfectat contractul cu terțul. Atunci când cel obligat să facă notificarea întârzie nejustificat în îndeplinirea acestei îndatoriri, ori se abține deliberat de la o îndeplini, partenerul său contractual poate notifica el însuși părții în culpă că înțelege să se prevaleze de clauza clientului cel mai favorizat și că, în consecință, îi cere să procedeze la alinierea contractului condițiilor mai favorabile consimțite terțului⁹.

Clauza clientului cel mai favorizat este asemănătoare, ca finalitate și mecanism de funcționare, cu clauza noțiunii celei mai favorizate, cu deosebirea că aceasta din urmă acționează pe planul relațiilor dintre state^{10,10}.

6. Clauza primului refuz. Numită și clauză de preemțiune, clauza primului refuz este stipulația contractuală prin care unul dintre contractanți, numit promitent, se obligă față de celălalt contractant, numit beneficiar, să-i acorde preferință față de orice alt client în ipoteza în care se decide să încheie în viitor un anumit contract, iar în cazul unui refuz al beneficiarului ofertei, promitentul poate rămâne liber să trateze cu oricare alt client. Această clauză este frecvent uzitată în practica comercială anglo-saxonă fiind exprimată prin denumirea "*the first refusal clause*", dar este întâlnită și în practica internațională a firmelor românești. În doctrina juridică s-au conturat două opinii diferite cu referire la calificarea juridică a clauzei primului refuz. Astfel, unii autori¹¹ consideră că aceasta este o clauză de adaptarea a contractului la noile împrejurări alături de clauza clientului cel mai favorizat și de clauza ofertei concurente, în timp ce alții¹² o încadrează în ceea ce ei denumesc grupa clauzelor de continuare a raporturilor contractuale, alături de promisiunea unilaterală de a contracta, promisiunea bilaterală de a contracta și pactul de preferință. Clauza primului refuz exprimă un antecontract unilateral afectat de o condiție suspensivă potestativă simplă prin care părțile nu determină condițiile viitorului contract, acestea determinându-se ulterior, în etapa negocierii contractului, aspect ce constituie una din deosebirile esențiale dintre clauza de față și promisiunea unilaterală de a contracta.

Deosebirea față de clauza clientului cel mai favorizat este dată de faptul că, în timp ce clauza primului refuz oferă beneficiarului o opțiune pentru o operație nouă, viitoare și eventuală, clauza clientului mai favorizat are ca scop modificarea unui contract în curs prin

⁹Mircea N. Costin, Sergiu Deleanu, Dreptul Comerțului Internațional, Partea Specială, Editura Lumina Lex, București, 1997, p. 174-175.

¹⁰ Ștefan Scurtu, Dreptul comerțului internațional, Ed. Universitaria, 2003, p. 120-121

¹¹ R. Munteanu, Mircea N. Costin, op. cit., loc. cit.

¹²Tudor R. Popescu, Ion Flondrea, Dreptul Comerțului Internațional, Constanța 2000, p. 131-132;

referire la condițiile mai favorabile apărute în relațiile uneia dintre părțile contractante și un terț. Suntem în prezența unei condiții suspensive deoarece promitentul se obligă să acorde preferință beneficiarului numai dacă în viitor se va decide să încheie acel contract. Decizia lui în acest sens trebuie să intervină în termenul convenit de părți sau, dacă părțile au omis să precizeze un astfel de termen, se va lua în considerare termenul uzual în practica contractuală. Condiția este potestativă simplă dar nu pură deoarece realizarea ei nu depinde exclusiv de voința promitentului ci de împrejurările care l-ar putea determina în viitor să încheie contractul. Domeniul acestei clauze îl formează raporturile dintre partenerii care au avut relații de colaborare relativ durabile, efectele sale facilitând extinderea arealului colaborării dintre părți dincolo de previziunile contractului inițial prin aceea că se acordă uneia dintre ele un drept de preferință pentru operații viitoare, încă nedeterminate.

Clauza primului refuz poate îmbrăca formele cele mai diverse, atât în contractele de vânzare-cumpărare dar și în alte operațiuni juridice precum contractele de societate, inclusiv cele cu participare străină, în contractele de cooperare economică internațională al căror obiect este realizarea în comun a unor unități de producție pe teritoriul uneia dintre părți, aceasta din urmă acordând celeilalte beneficiul primului refuz pentru achiziționarea unei părți din produsele unității respective.

În ceea ce privește efectele clauzei primului refuz, obligația promitentului de a acorda preferință nu există atât timp cât condiția suspensivă nu s-a realizat (*pendente conditione*). Cu toate acestea beneficiarul poate ceda dreptul său de creanță relativ obligației promitentului unui terț în aceleași condiții ca la promisiunea unilaterală, dar cu o rezervă: practica relevă faptul că aici caracterul intuitu personae este regula iar posibilitatea de cesiune este excepția, în timp ce la promisiunea unilaterală este invers.

În cazul în care condiția se realizează eveniente conditione, adică promitentul se decide să încheie contractul, el este obligat să propună acest lucru în primul rând beneficiarului și deci va trebui să-l notifice pe acesta, notificarea nefiind însă obligatorie. Promitentul are dreptul de a testa piața pentru a se documenta asupra condițiilor oferite de terț, având astfel posibilitatea de a afla nivelul prețurilor aplicate în zonă pe care să le poată compara cu cele propuse de beneficiar. Opțiunea beneficiarului, respectiv dreptul acestuia de a refuza sau accepta contractul cu promitentul, este elementul pe care părțile pun accentul în cazul clauzei primului refuz spre deosebire de actul de preferință. Dacă beneficiarul acceptă în termenul stabilit sau cel uzual contractul, acesta se încheie pentru viitor ca și în cazul promisiunii unilaterale de a contracta.

Refuzul beneficiarului, fie și nemotivat, sau tăcerea lui până în momentul expirării termenului atrage caducitatea clauzei și permite promitentului posibilitatea de a lansa oferta de a contracta unui terț. Dacă promitentul încalcă obligația de prioritate față de beneficiar și încheie în mod direct contractul cu terțul său, beneficiarul este îndreptățit la daune interese care vor fi egale cu câștigul nerealizat lucrum cessans de beneficiar ca urmare a neîncheierii contractului cu el. Printr-o clauză compromisorie, părțile pot conveni ca în caz de litigiu privind despăgubirea beneficiarului să decidă arbitrajul.

În dreptul român se aplică *lex contractus* iar dacă părțile nu conferă arbitrului o competență expresă, acesta nu ar putea pronunța o hotărâre care să țină loc de contract comercial internațional între promitent și beneficiar, chiar dacă promitentul și-a manifestat voința de a contracta cu un terț. Cu toate acestea beneficiarul poate să ceară interzicerea

încheierii unui contract între promitent și terț, pe calea unei ordonanțe președențiale, în baza dispozițiilor art. 581 Codul de procedură civilă.¹³

7. Clauza de forță majoră. Profesorul T. R. Popescu a evidențiat faptul că în practica internațională există trei tipuri de definiții pentru cazurile de forță majoră¹⁴. Astfel, este vorba, mai întâi, de o *definiție sintetică*, potrivit căreia prin caz de forță majoră se înțeleg împrejurările imprevizibile și insurmontabile care au împiedicat partea să execute contractul. Potrivit articolului 79 din Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri de la Viena, "o parte nu este răspunzătoare de neexecutarea oricărei obligații a sa dacă dovedește că această neexecutare este determinată de o piedică independentă de voința sa și că nu se putea aștepta în mod rezonabil din partea ei să o ia în considerare la momentul încheierii contractului, să o prevină ori depășească sau să prevină ori să-i depășească consecințele." În același sens se află definit cazul de forță majoră și în Condițiile generale de livrare ale C.A.E.R., 1968/75, care dispun: "Prin caz de forță majoră se înțeleg împrejurările care au intervenit după încheierea contractului ca urmare a unor evenimente extraordinare, neprevăzute și inevitabile, pentru una din părți".

Pe de altă parte, o *definiție analitică*, care constă în faptul că se enumeră toate situațiile imaginabile care ar putea fi considerate cazuri de forță majoră. Această definiție, caracteristică sistemului anglo-saxon, se regăsește și în cuprinsul unor condiții generale elaborate sub egida Comisiei Economice pentru Europa a Națiunilor Unite ca, de exemplu, în Condițiile generale privind furnizarea și montajul materialelor de echipament la import și la export. Împrejurările care pot constitui forță majoră diferă în funcție de obiectul contractului. În general, enumerarea cuprinde diverse situații, precum: calamitățile naturale, actele puterii publice, conflictele armate sau alte conflicte grave, conflicte de muncă grave, dificultățile de transport, aprovizionare, restricția utilizării energiei, etc. Dintre împrejurările care nu sunt asimilate forței majore, amintim: lipsa capacității întreprinderilor producătoare, lipsa spațiilor de depozitare ale beneficiarului, livrarea cu întârziere de către subfurnizor a unor subansamble, incapacitatea temporară de muncă a unor muncitori¹⁵. În fine, o *definiție mixtă*, care cuprinde atât o formulare sintetică cât și o enumerare exempli gratia a principalelor cazuri de forță majoră. Definiția care acoperă cel mai bine varietatea de situații care pot fi considerate ca având caracteristicile forței majore, este aceasta din urmă, ea fiind și cea mai des întâlnită în practică.

În cuprinsul fiecăreia din cele trei definiții se regăsesc următoarele elemente: caracterul imprevizibil, insurmontabil și exterior celui ce îl invocă, faptele intervenite ulterior încheierii contractului și care au împiedicat executarea acestuia, debitorul aflându-se în imposibilitate absolută de a executa contractul fără nici o vină. Pentru a interveni exonerarea de răspundere a debitorului, se mai cer îndeplinite următoarele două condiții: anunțarea de către debitor a cazului de forță majoră și dovada acesteia din urmă.

Scopul anunțării celeilalte părți despre situația de forță majoră este ca aceasta să poată lua toate măsurile pentru limitarea prejudiciului cauzat ca urmare a neexecutării

¹³Mircea N. Costin, Sergiu Deleanu, Dreptul Comerțului Internațional, Partea Specială, Editura Lumina Lex, București, 1997, p. 200-207; Tudor R. Popescu, Ion Flondrea, Dreptul Comerțului Internațional, Constanța 2000, p. 131-133; Tudor R. Popescu, Dreptul Comerțului Internațional, Editura Didactică și Pedagogică, București 1983, p. 190-191

¹⁴Tudor R. Popescu, Dreptul Comerțului Internațional, Editura Didactică și Pedagogică, București 1983, p. 190-191

¹⁵Ștefan Scurtu, Dreptul comerțului internațional, Ed. Universitaria, 2003, p. 127-128

contractului. De multe ori clauza de forță majoră prevede obligația părților de a coopera pentru înlăturarea efectelor negative apărute, în sensul de a limita pagubele și de a salva contractul fie prin renegocierea acestuia, fie prin readaptarea sa la noile împrejurări cu ajutorul unui arbitru. În comerțul internațional, în principiu, survenirea unei împrejurări de forță majoră nu conduce la rezilierea contractului, ci la suspendarea lui.

Notificarea se face, de regulă, prin comunicare scrisă, dar este posibilă și comunicarea telefonică, confirmată ulterior în scris. Dacă părțile au stabilit, în prealabil, un termen pentru notificare, este recomandabil ca el să fie calculat de la momentul la care partea ce invocă ivirea evenimentului de forță majoră a aflat sau trebuia să aibă cunoștiință despre apariția sa. Sancțiunea nerespectării prevederii contractuale privind anunțarea forței majore în termenul stabilit în contract este obligarea debitorului de a plăti despăgubiri creditorului pentru prejudiciul pe care acesta l-ar fi putut evita prin primirea avizului, excepție făcând cazul în care însăși anunțarea a fost împiedicată de un caz de forță majoră. Această sancțiune se aplică și dacă părțile nu au prevăzut-o în contract. Mai mult, părțile pot să prevadă în contract sancțiunea decăderii debitorului din dreptul de a invoca forța majoră dacă acesta nu a avertizat cealaltă parte despre survenirea cazului de forță majoră^{16,17}. Clauza de forță majoră trebuie sau poate să prevadă și mijloacele prin care partea ce o invocă să o poată și dovedi. Această dovadă poate fi certificată de către un organ autorizat al statului respectiv (Camera de comerț, Consulul țării parte la contract, etc.). Articolul 161 alin. 2 din Legea nr. 105/1992 prevede că: “proba faptelor se face potrivit legii locului unde ele s-au produs.” În ceea ce privește interpretarea faptelor, aceasta revine părților și arbitrilor. Evenimentele de forță majoră care sunt notorii, cum ar fi existența stării de război într-o anumită zonă, pot fi luate în considerare de instanța arbitrală dacă sunt cunoscute de către arbitri, iar părțile nu le contestă.

8. Clauza de hardship (de impreviziune). Această clauză este întâlnită sau cunoscută în doctrina românească sub două forme și nume “*hardship*” sau “*substantial hardship*”, formă provenită din limba engleză, respectiv “clauză de impreviziune” (*clause d'imprevision*), formă ce provine din limba franceză. Se numește hardship stipulația contractuală care permite modificarea conținutului unui contract atunci când, pe parcursul executării sale, se ivesc unele evenimente care afectează echilibrul contractual, schimbând substanțial elementele și datele pe care părțile le-au avut în vedere în momentul contractării, creând pentru una dintre părți consecințe atât de oneroase în executarea propriei obligații, încât ar fi inechitabil să le suporte singură. Esențial este faptul că aceste evenimente se produc sau apar fără culpa vreunuia dintre contractanți și pe care, oricât ar fi fost de rezonabili și prudenți, nu le-ar fi putut prevedea în momentul încheierii contractului.

Clauza de hardship este o creație a practicii anglo-saxone, folosirea ei de către părți integrându-se în tendința dominantă de asigurare a stabilității contractelor de comerț exterior, prin promovarea unor mecanisme juridice susceptibile să permită adaptarea acestora la conjunctura dinamică a pieței. Din perspectiva noilor tehnici juridice, conținutul contractului nu este niciodată definitiv, el putând să fie repus în cauză potrivit procedurii complexe de renegociere a eventualelor litigii, imaginată de către părți.

Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor internaționale de vânzare de mărfuri prevede că: “O parte nu este responsabilă de neexecutarea vreuneia din obligațiile sale dacă dovedește că această neexecutare se datorează unui impediment independent de voința sa și că, în mod normal nu era de așteptat să-l ia în considerație la momentul

¹⁶ Ștefan Scurtu, op. cit., p. 130-131.

încheierii contractului, să-l prevină, să-l surmonteze ori să-i prevină sau să-i surmonteze consecințele. Dacă neexecutarea de către o parte se datorează neexecutării de către un terț pe care ea l-a însărcinat să execute, în întregime sau parțial contractul, această parte nu este exonerată de răspundere decât în cazul: când ea este exonerată în virtutea dispozițiilor paragrafului precedent; când terțul ar fi el însuși exonerat dacă dispozițiile acestui paragraf i-ar fi aplicabile. Exonerarea prevăzută prin prezentul articol produce efect pe timpul duratei impedimentului. Partea care n-a executat trebuie să avertizeze pe cealaltă parte despre impediment și efectele lui asupra capacității sale de a executa. Dacă avertismentul nu ajunge la destinație într-un termen rezonabil, plecând de la momentul când partea care n-a executat a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască impedimentul, aceasta este obligată la despăgubiri pentru pagubele provocate de această lipsă de recepționare. Dispozițiile prezentului articol nu interzic unei părți să exercite drepturile sale, altele decât acelea de a obține despăgubiri, în virtutea prezentei Convenții.”

O trăsătură definitorie a tuturor riscurilor, implicit și a clauzei de hardship, este aceea că evenimentul de hardship trebuie să fie exterior voinței părților și imprevizibil în momentul încheierii contractului. Cauzele care provoacă hardship pot fi împrejurări de orice natură, riscuri valutare sau nevalutare, dar părțile pot limita aplicarea clauzei la o anumită categorie de riscuri sau la riscuri care vizează un anumit domeniu de activitate. Partea afectată de cauza de hardship trebuie să aducă la cunoștință celeilalte părți acest lucru, prin notificare, într-un anumit termen, precizând evenimentul de hardship, consecințele sale, dovezile susținerilor invocate și modalitatea în care consideră că poate fi adaptat contractul. Cealaltă parte poate recunoaște sau contesta situația de hardship, în acest din urmă caz partea interesată putându-se adresa unui expert sau unui arbitru în vederea stabilirii dacă împrejurările întrunesc sau nu condițiile de hardship. Dacă se stabilește inexistența situației de hardship, contractul continuă să-și producă efectele. În situația inversă, părțile poartă negocieri în vederea adaptării contractului, mai exact, în vederea restabilirii echilibrului contractual existent în momentul încheierii. Dacă s-a stabilit existența clauzei de hardship și o parte refuză să negocieze modalitatea de adaptare a contractului sau o face cu rea-credință, cealaltă parte are dreptul să solicite daune interese compensatorii în temeiul contractului.¹⁹

Dacă negocierile în vederea adaptării contractului eșuează, clauza de hardship poate cuprinde soluția rezilierii de plin drept a contractului.

În măsura în care comerțul internațional depășește sfera intereselor pur private spre a exprima interesul statelor, la rândul lor, contractele prin care se realizează cooperarea economică internațională depășesc sfera dreptului civil spre a împrumuta caractere și funcții din domeniul dreptului public. În practica internațională se desemnează tot mai mult tendința ca în locul principiului forței obligatorii a contractului, cu putere de lege între părți, să se consacre principiul adaptării contractelor la noile împrejurări. Așadar, clauzele care au impus în comerțul internațional noi tipuri de contracte, au impus, în același timp, noi tipuri de clauze contractuale privind viitorul contractului¹⁷.

¹⁷ Tudor R. Popescu, op. cit., p.195-196