

Introducere

Contextul. În etapa actuală, dar mai ales de la sfârșitul secolului XX, constatăm că în procesul integrării statelor la scară regională și mondială s-au produs dezvoltări semnificative pe toate planurile și evoluția cu totul remarcabilă a tehnologiilor, au avut și au efecte remarcabile asupra vitezei și volumului tranzacțiilor comerciale.

Înlăturarea sistemului socialist în estul Europei și revenirea majorității statelor „foste socialiste” la capitalism, aderarea lor la Uniunea Europeană^[1] (din 2007 și România este membră cu drepturi depline a UE) au dus, cum era și firesc, la creșterea masivă a fluxurilor și deplasărilor de mărfuri, servicii, persoane și capitaluri, ceea ce înseamnă că lumea afacerilor internaționale a devenit mai complexă și a căpătat o mai mare instabilitate și imprevizibilitate^[2].

Așa cum am arătat și cu altă ocazie^[3], dezvoltarea, diversificarea și specializarea producției de mărfuri și a serviciilor au atras în mod firesc modificări de fond privind structura și conținutul raporturilor comerciale internaționale, mutații economice pe plan mondial care în condițiile unei economii de piață liberă și concurențială supusă permanent unor schimbări imprevizibile au impus imaginarea și crearea unor mecanisme juridice susceptibile să permită adaptarea contractelor de comerț internațional la conjunctura dinamică a pieței.

Trebuie să evidențiem aici remarca făcută de eminentul teoretician și practician, profesorul Mircea N. Costin, care spunea: „*Orice domeniu de activitate – inclusiv comerțul internațional – este compatibil cu imprevizibilul și deci orice profesionist, indiferent de gradul de*

^[1] În continuare UE.

^[2] Ca exemple ale mecanismului de integrare, la nivel regional se pot cita Uniunea Europeană, Mercosur și Nafta, iar la scară mondială se poate menționa Organizația Mondială a Comerțului cu rolul său de promovare a libertății comerțului internațional.

^[3] R.Gh. Geamănu, Clauza de *hardship*. Clauză de adaptare a contractului, publicată în volumul Conferinței internaționale „The State and the Legal System – Contemporary Institutional Transformation”, Universitatea „Lucian Blaga” Sibiu, Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu”, Sibiu, 2-3 iunie 2006.

cunoaștere și stăpânire a profesiei lui și de experiența acumulată în exercitarea acelei profesii, poate fi luat prin surprindere^[1].

De aceea, se impune cu necesitate să remarcăm efectele pe care acest context le are asupra contractelor internaționale pe termen lung, atâta timp cât executarea lor se întinde pe parcursul mai multor ani, perioadă în care pot surveni nenumărate evenimente dintre care majoritatea rămân imprezibile, evenimente care vor afecta cu siguranță echilibrul inițial stabilit de părți, în momentul încheierii contractului, prin precizarea uneia sau mai multor prestații determinate, în schimbul unei alte prestații determinate. Aceste obiective pot fi atinse doar dacă contractul, odată încheiat, trebuie să fie acoperit cu o anumită intangibilitate (aceasta este regula forței obligatorii a contractului), fără de care securitatea juridică a raporturilor sociale ar fi compromisă^[2]. Ca urmare, incumbă părților contractante diligente să includă în contractul inițial adaptările care vor trebui să intervină pentru a face față unor noi circumstanțe care afectează cursul executării sale. Pentru aceste motive, studiul nostru va trebui să înceapă cu o prezentare a riscurilor și a măsurilor juridice imaginate pentru contracararea acestora, demers care va face obiectul primului capitol.

Este demn de remarcat că într-o conjunctură internațională expusă unor bulversări frecvente, este imposibil pentru profesioniști să prevadă, în momentul negocierilor, toate circumstanțele viitoare care ar putea eventual să survină și să afecteze contractul de-a lungul anilor când el se execută. În acest sens, J. Toucoz a subliniat că „*mondializarea amenință, într-o anumită măsură, securitatea economică internațională; ea mărește incertitudinea agenților economici și, favorizând jocul pieței, face mai dificile anticipările pe termen mediu și termen lung*”^[3].

Chiar și în ipoteza anumitor evenimente cu totul previzibile în momentul negocierilor, este imposibil să se stabilească în prealabil

[1] *M.N. Costin și S. Deleanu, Dreptul comerțului internațional, vol. II, Partea specială, Ed. Lumina Lex, București, 1995, p. 134.*

[2] *Asupra dezvoltării istorice a pacta sunt servanda, a se vedea J. Barmann «Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel», în Revue Internationale de Droit Comparé, 1961, nr. 1, passim; H. Wenberg, «Pacta sunt servanda», în American Journal of International Law, vol. 53, passim.*

[3] *J. Toucoz, «Mondialization et sécurité économique internationale (quelque remarques juridiques et institutionnelles)», în Revue Générale de Droit International Public, nr. 3, 1998, p. 644.*

toate modificările necesare contractului pentru a le face față dacă impactul acestor evenimente asupra executării contractului nu este măsurabil în stadiul negocierilor. Astfel, așa cum arăta J. Savatier, securitatea căutată prin intangibilitatea absolută a contractului „se găsește inevitabil compromisă, în ciuda eforturilor și ingeniozității juriștilor, prin amploarea instabilității economice și monetare”^[1].

Intangibilitatea „absolută” a obligațiilor contractate inițial poate, deci, expune părțile la o *alea* prea importantă, atâta timp cât obligațiile contractuale ar putea să fie executate într-un context economic complet diferit de cel în care au fost create și în care obligațiile contractuale nu mai traduc echilibrul dintre prestație și contraprestație avut în vedere de părți în momentul încheierii afacerii lor^[2]. În anumite situații în care executarea contractului, așa cum a fost prevăzută inițial, se dovedește a fi excesiv injustă, atunci ar fi rezonabil să existe instrumente care să permită părții victimă a acestor circumstanțe să se protejeze.

Această dispută între intangibilitatea contractului și posibilitatea modificării executării în funcție de anumite circumstanțe scoate în relief importanța găsirii justului echilibru între securitatea juridică a raporturilor și echitate. O soluție care atribuie părților responsabilitatea de a prevedea în contract toate riscurile a căror apariție viitoare ar putea afecta echilibrul economic al contractului sau să-i antreneze întreruperea – ceea ce ar impune uneia dintre părți pierderi excesive și neașteptate – privilegiază securitatea juridică a raporturilor. Pe de altă parte, acordarea unui remediu acestui tip de circumstanțe privilegiază ideea echității de vreme ce permite o repartiție mai adecvată a sarcinilor sau greutăților între contractanți. Astfel, este vorba de a concilia *justul și utilul*.

Obiectivele. Lucrarea de față este consacrată studierii remedului formulat de dreptul comerțului internațional în aceste situații. Dintr-o perspectivă istorică, expresia *rebus sic stantibus (omnis conventio intellegitur rebus sic stantibus)* a reprezentat în mod tradițional remediu juridic care să permită părții victimă a evenimentelor care ating

[1] J. Savatier, „La théorie de l'imprévision dans les contrats”, în *Etudes de Droit Contemporain: Contribution Françaises aux III et V^e Congrès Internationaux de Droit Comparé*, Paris; Sirey, 1959, section II, p. 10.

[2] Trebuie să se țină cont de contractele pe termen lung, care creează în mod normal o rețea complexă de prestații și contraprestații între părți, cu necesitate sensibilă la evoluția contextului în care se inserează contractul.

executarea de a se exonera de obligațiile sale contractuale în cazul schimbării circumstanțelor prezente în momentul încheierii contractului^[1]. Totuși, diversitatea semnificațiilor atribuite acestei expresii a compromis utilizarea sa ca soluție în același timp eficace și adaptată nevoilor comerțului internațional.

Din acest motiv, practica modernă a contractelor internaționale a creat un instrument, denumit *hardship*, vizând în același timp supra-viețuirea contractului și păstrarea echilibrului său economic^[2]. Așa cum s-a remarcat în doctrina românească^[3], clauza de *hardship* este o aplicație în domeniul contractelor de comerț internațional a clauzei „*rebus sic stantibus*” din materia tratatelor internaționale, în temeiul căreia o schimbare fundamentală a circumstanțelor în considerarea cărora un asemenea tratat a fost încheiat poate atrage, conform voinței părților, încetarea, revizuirea sau suspendarea lui^[4]. În materia contractelor comerciale internaționale această clauză a fost reperată în anii 1970^[5] și a fost definită la acea vreme de M. Oppetit astfel: „*clauza de hardship poate fi definită ca aceea în termenii căreia părțile vor putea cere o rearanjare a contractului care le leagă dacă o schimbare intervenită în datele inițiale față de care s-au angajat*

[1] Asupra dezvoltării istorice a *rebus sic stantibus*, a se vedea L. Sico, „*Rebus sic stantibus (clausola)*”, în Enciclopedia del diritto, Milan, Giuffrè, 1988, vol. 39, p. 13-27; S.H. Amin, „The theory of changed circumstances in international trade”, în Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quaterly, 1982, nr. 4, *passim*; V. Tuvazanop, „De la clause rebus sic stantibus au principe de changement fondamental de circonstances”, Paris, Thèse, Université de Paris II, 1978, *passim*; P. Voirin, „De l’imprévision dans les rapports de droit privé”, Thèse, Université de Nancy, 1922, *passim*; G. Osti, „La cosi detta clausola, *rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico”, în Rivista di Diritto Civile, 1912, *passim*.

[2] Asupra funcțiilor clauzei de *hardship*, a se vedea L.O. Baptista, „Dos contratos internacionais. Uma visão teórica e pratica”, Sao Paulo, Saraiva, 1994, p. 120 și urm.

[3] D.-Al. Sitaru, Dreptul comerțului internațional. Tratat. Partea generală, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 643-644.

[4] Pentru amănunte cu privire la această clauză în materia tratatelor internaționale, a se vedea G. Geamănu, Drept internațional public, vol. II, E.D.P., 1983, p. 185-190.

[5] M. Fontaine, „Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l’imprévision dans les contrats à long terme” în Droit et Pratique du Commerce International, 1976, *passim*; B. Oppetit, „L’adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de *hardship*”, în Journal de Droit International, 1974, nr. 4, *passim*; C. Schmitthoff, „*Hardship* and intervener cases”, în The Journal of Business Law, January 1980, *passim*.

vine să modifice echilibrul acestui contract pe punctul face să sufere una dintre ele o asprime (hardship) injustă^[1].

În doctrina românească și străină au mai fost date definiții ale clauzei de *hardship*, unele mai concise, altele mai ample, dar cea mai completă și mai clară mi se pare a fi aceea a distinsului profesor universitar dr. Mircea N. Costin: „*clauza de hardship sau de imprevizie este stipulația contractuală grație căreia devine posibilă modificarea conținutului contractului atunci când pe parcursul executării sale se produc, fără culpa contractanților, evenimente ce nu puteau fi prevăzute în momentul stabilirii raportului juridic de obligație, dar care schimbând substanțial datele și elementele avute în vedere de părți în momentul contractării, creează pentru unul dintre contractanți consecințe mult prea oneroase pentru a fi echitabil ca acesta să le suporte singur*”^[2].

Mai multe critici au fost făcute clauzei de *hardship*, în special subiectivitatea termenilor săi sau insecuritatea pe care o aduce contractului. Dar din anii 1970 până în prezent, practica contractuală a evoluat, în termeni de formă și de conținut, în scopul de a depăși inconvenientele observate inițial.

Asupra definiției și înțelesului clauzei de *hardship* vom reveni în amănunt în cuprinsul lucrării de față.

Studiul de față vizează caracterizarea *hardship*-ului în dreptul comerțului internațional actual. Consider că o lucrare cu acest subiect prezintă un interes special în măsura în care, chiar dacă au fost realizate mai multe studii sub aspecte punctuale, rezultă că până în prezent, în literatura română de specialitate nu există niciun studiu monografic vizând clauza de *hardship* în contractele comerciale internaționale. Un studiu monografic apropiat există totuși, de dată recentă, cu privire la teoria imprevizunii, în care autoarea acordă un spațiu generos problematicii adaptării contractelor în dreptul comerțului internațional^[3].

Pe de altă parte, este de subliniat că nu cu mult timp în urmă au apărut importante și recente dezvoltări în cadrul *lex mercatoria*, în

[1] *B. Oppetit*, L' adaptation... p. 797.

[2] *M.N. Costin și S. Deleanu*, op. cit. p. 180, a se vedea și *M.N. Costin*, Dicționar de drept internațional al afacerilor, vol. III, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 185-190.

[3] A se vedea *C.E. Zamșa*, Teoria imprevizunii. Studiu de doctrină și jurisprudență, Ed. Hamangiu, București 2006, p. 261-302.

special apariția unei reglementări asupra *hardship*-ului în Principiile UNIDROIT cu privire la contractele comerțului internațional și în Principiile dreptului european al contractelor.

Plecăm astfel de la noțiunea de *hardship* ca remediu juridic aplicabil situațiilor de apariție a unui eveniment, imprevizibil și neimpunabil părților contractului, care antrenează bulversarea echilibrului contractual.

În această situație va fi absolut necesar să se analizeze diferențele dintre această noțiune de *hardship* și principalele instituții juridice vecine. Dar, ținând cont de faptul că o analiză aprofundată a diferențelor la acest subiect trebuie să cuprindă în mod obligatoriu o analiză a acestor concepte în fiecare drept național^[1], nu vom trasa aici decât câteva linii vizând încadrarea *hardship*-ului printre următoarele noțiuni:

a) „Forța majoră” se diferențiază esențial de *hardship* în măsura în care presupune, ca o condiție a aplicării sale, imposibilitatea executării, în timp ce *hardship*-ul nu cere decât întreruperea echilibrului economic^[2]. În termenii efectelor juridice, forța majoră implică în mod clasic stingerea obligațiilor, în timp ce *hardship*-ul revizuirea contractului. După cum vom vedea în studiul nostru, aceste distincții teoretice sunt uneori foarte nuanțate, foarte greu de evidențiat și deseori, din perspectiva părților contractante, chiar inexistente;

b) „Eroarea” intervine atunci când una sau ambele părți contractante se înșeală asupra existenței sau asupra caracteristicilor unui element considerat ca esențial la consimțământului lor. Ea diferă de

^[1] Pentru o analiză aprofundată în această privință, a se vedea strălucitoarea teză a lui *D.-M. Philippe* unde a examinat contururile *hardship*-ului în mai multe drepturi naționale, este cazul: dreptului german, dreptului belgian, dreptului englez, dreptului francez, dreptului italian, dreptului olandez și dreptului elvețian. A se vedea *D.-M. Philippe*, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Emile Bruylant, 1986, *passim*; a se vedea, de asemenea, *H. Lesguillons*, «Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage», în *Droit et Pratique du Commerce International*, 1979, t. 5, nr. 4, p. 507 și urm., a se vedea și *M.N. Costin* și *S. Deleanu*, op. cit., p. 131-208. A se vedea și *D.-Al. Sitaru*, *Dreptul comerțului internațional*. Tratat. Vol. II, Ed. Actami, București, 1996, p. 103-112; *D.-Al. Sitaru*, *Dreptul comerțului internațional*. Tratat. Partea generală... p. 652-653, a se vedea și *C.E. Zamșa*, op. cit., p. 13-25.

^[2] Pentru un studiu asupra forței majore în dreptul internațional, a se vedea *D. Le Roy*, *La force majeure dans le commerce international*, Thèse, Université de Paris I, 1991, *passim*.

hardship prin faptul că vizează formarea consimțământului contractului, antrenând în cele mai multe situații nulitatea contractului;

c) „Leziunea” vizează situațiile de dezechilibru al prestațiilor reciproce în momentul încheierii contractului, în timp ce *hardship*-ul se ocupă în principal de dezechilibrul contractului survenit în cursul executării lui. Totuși, o interpretare largă a leziunii a permis aplicarea sa în ipoteze de *hardship* astfel că, în anumite circumstanțe, *hardship*-ul admite aplicarea sa pentru situații care s-au produs înainte de încheierea contractului. În ce mă privește, am mari rezerve asupra acestei posibilități de interpretare;

d) „Cauza” poate avea semnificații foarte diverse după ordinea juridică avută în vedere, de felul că analiza diferențelor între această noțiune și *hardship*-ul, într-o abordare globală, rămâne prin forța împrejurărilor superficială. Așa fiind, în multe drepturi naționale, ea aparține formării contractului^[1], în timp ce *hardship*-ul are în vedere faza executării contractului. Cauza se poate raporta în aceeași măsură la motivele care au determinat consimțământul părților sau chiar la contrapartida primită de către una dintre părți în schimbul prestației sale. În cele două cazuri, *hardship*-ul se distinge de vreme ce se alipește echilibrului prestațiilor.

Lucrarea de față încearcă să demonstreze că *hardship*-ul este nu numai un tip de clauză contractuală, ci o practică contractuală răspândită și o regulă de drept național. În plus, *hardship*-ul este pe cale să se consolideze ca o concepție modernă a principiului *rebus sic stantibus*.

Metoda. Obiectivele sale fiind stabilite, este necesară precizarea examinării acceptării și a caracteristicilor *hardship*-ului în diferite domenii unde este obiect de reglementare, și anume:

a) Drepturile naționale^[2];

[1] *D.-M. Philippe*, *Changement...*, p. 39.

[2] Deși drepturile naționale, cu excepția regulilor destinate să reglementeze comerțul internațional, nu constituie un izvor de drept al comerțului internațional, considerăm oportun să se procedeze la analiza anumitor drepturi naționale pentru a arăta diversitatea de tratament pe care drepturile naționale o acordă *hardship*-ului, această diversitate exercitând o puternică influență asupra caracterizării *hardship*-ului în celelalte domenii ale studiului nostru. Asupra importanței studiului comparat al drepturilor naționale, a se vedea *E. Loquin*, «Où en est la Lex mercatoria!», în *Souveraineté étatique et marché internationaux à la fin du 20^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon; *Credimi/Litec*; 2000, p. 34 și urm. Asupra obiectului și izvoarelor dreptului comerțului internațional,

b) Principiile convențiilor internaționale vizând unificarea dreptului privat material;

c) Practica actuală a contractelor internaționale; și,

d) *Lex mercatoria*, examinată în lumina deciziilor arbitrale și a analizei propunerilor recente de sintetizare a regulilor sale, *codurile* naționale^[1].

Se va analiza acceptarea și conținutul regulii care relevă din *hardship* în fiecare domeniu, într-o manieră succesivă. Pentru claritatea studiului fiecărei reguli, le vom analiza după câmpul lor de aplicare, condițiile pentru aplicarea lor și efectele antrenate. Nu trebuie decât să se plece de la cadrul juridic existent, care ne va permite să procedăm la reflexii și eventual să dăm răspunsuri la întrebările care s-ar putea pune.

Lucrarea de față va urma următorul plan:

1. Necesitatea clauzelor asigurătorii în contractele comerciale internaționale;
2. *Hardship* sau impreviziunea: izvoare naționale;
3. Dinamismul comerțului internațional;
4. În loc de concluzii.

a se vedea și *Y. Loussouarn și J.-D. Bredin*, *Droit du commerce international*, Paris, Sirey, 1969, p. 4 și urm.

^[1] Principiile UNIDROIT cu privire la contractele de comerț internațional și Principiile dreptului european al contractului.

Capitolul I. Necesitatea clauzelor asigurătorii în contractele comerciale internaționale

Secțiunea 1. Riscurile contractuale în comerțul internațional

Marea majoritate a contractelor comerciale internaționale sunt de medie și de lungă durată, deoarece prin intermediul lor se asigură continuitatea unor activități comerciale de o însemnătate și o valoare remarcabilă. Aceste contracte sunt fie cu executare succesivă, uzuale în operațiunile de vânzare-cumpărare în sectorul aprovizionării cu materii prime și materiale, fie cu executare continuă, mai ales în sectorul energetic (energie electrică, gaze naturale, produse petroliere etc.).

Orice afacere (investiție) demarează cu un plan de afaceri (*business plan*) pe baza căruia se stabilesc elementele definitorii ale afacerii, respectiv fezabilitatea proiectului, profitabilitatea și costurile proiectului etc. Întocmirea planului de afaceri se bazează atât pe elementele cunoscute ale stării de fapt și de drept interne și internaționale de la un moment dat, cât și pe previziunile de modificare a acestora pe parcursul derulării contractelor, care concură la realizarea obiectivului urmărit de investitor. Dar, cu cât termenul de realizare a obiectivului este mai îndelungat, cu atât scade posibilitatea realizării întocmai a previziunilor avansate în planul de afaceri.

În baza planului de afaceri sunt încheiate contractele comerciale internaționale, care se negociază și se perfectează în condițiile unui echilibru contractual stabilit de părți. Pe parcursul executării contractelor pot să apară evenimente care să perturbe echilibrul contractual inițial stabilit de părți. Astfel de evenimente sunt apreciate de doctrină și jurisprudență ca fiind riscuri.

Este de necontestat faptul că de-a lungul timpului, ceea ce era odată imprevizibil absolut, cu trecerea timpului a devenit imprevizibil relativ și mai apoi indubitabil previzibil prin repetitivitate frecventă. De aceea, în domeniul contractelor de comerț internațional este imperios necesar să se aibă în vedere riscurile în dinamica lor, pentru a ști care sunt în primul rând măsurile adecvate pentru contracararea lor.

Așa cum am precizat într-o altă monografie^[1], cu certitudine, orice contract comercial generează riscuri, iar atunci când este vorba de un contract internațional, numărul și importanța riscurilor crește, chiar dacă fiecare dintre părți își dorește o securitate consolidată.

În doctrină, toți autorii recunosc existența riscurilor în materia contractelor comerciale internaționale, astfel D.-Al. Sitaru face următoarea precizare: „*Contractele comerciale internaționale încheiate pe termen mediu sau lung, prezintă, într-o mai mare măsură decât cele pe termen scurt, particularitatea de a fi supuse, între momentul încheierii și cel al executării lor, unor riscuri care, în cazul în care se produc, pot influența prestația uneia sau chiar a ambelor părți, perturbând echilibrul stabilit la data încheierii contractului*”^[2].

Cea mai grăitoare concluzie cu privire la existența de necontestat a riscului mi se pare a fi următoarea: „*Toate contractele de comerț internațional, și îndeobște cele de medie și lungă durată, se situează în arealul riscului. Omniprezența riscului în raporturile de comerț internațional face ca acesta să devină un factor de temporizare a expansiunii comerciale. Există un impact permanent între forța de expansiune a exportului și forța riscului. Este un impact ce nu trebuie să scape de sub control căci dacă rămâne necontrolat înrăurește negativ procesul decizional al participanților la comerțul internațional și determină o sensibilă restrângere a volumului afacerilor. Aceștia trebuie să se simtă protejați împotriva consecințelor negative pe care le poate antrena luarea unei decizii în condițiile incertitudinii de producere a riscului și mai ales în condiții ce fac incertă posibilitatea evitării riscului*”^[3].

§1. Definirea riscurilor

În doctrina de specialitate au fost formulate mai multe definiții ale conceptului de risc comercial, cărora li s-au adus diverse critici. Să luăm doar două exemple. Prima definiție pornește de la considerarea unor elemente esențiale, cum ar fi:

^[1] R.Gh. Geamănu, Transferul de tehnologie prin contractul de engineering, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 406.

^[2] D.-Al. Sitaru, Dreptul comerțului internațional. Tratat. Partea generală..., op. cit., p. 591-592.

^[3] M.N. Costin, op. cit., p. 153-154.

a) Riscul este un eveniment, adică un fapt material, în momentul în care se produce. În nota de subsol, autorul^[1] face o remarcă cu privire la faptul că în literatura de specialitate, riscul a fost desemnat ca un „pericol”, opinie pe care nu o împărtășește pe motivul că se conferă riscului un caracter excesiv de abstract, pe de o parte, și, pe de altă parte, caracterul riscului de „pericol” ar fi inclus în caracterul său de a fi un eveniment posibil. Mă alătur părerii autorului criticat care, la rândul său, în această privință, printre altele, precizează: „(...) calificarea riscurilor ca evenimente ni se pare inadecvată specificului acestui concept. Riscul în sine nu este un eveniment, ci consecința generată de un eveniment și concretizată în producerea unor inconveniente pentru debitorul unei obligații contractualmente asumată sau, în general, pentru acela care a inițiat ori s-a implicat într-o afacere”^[2]. Așa cum este firesc, dincolo de rezervele exprimate, sunt evidențiate și aspectele pozitive;

b) Riscul este un eveniment posibil de a se realiza. Așadar, riscul sau realizarea riscului este o posibilitate, iar nu o certitudine. Sub acest aspect, riscul se aseamănă cu condiția, ca modalitate a actului juridic, care este un eveniment viitor și nesigur că se va produce;

c) Producerea riscului este semnificativă din punct de vedere juridic dacă are loc între momentul încheierii (autorul face aici o remarcă interesantă, de care este bine să se țină seama, în sensul că părțile ar putea să aibă în vedere un alt moment de referință față de care se apreciază producerea riscului, respectiv momentul încheierii contractului, ca regulă generală, sau un al moment – emiterii ofertei – chiar înaintea realizării acordului de voință) și cel al terminării executării contractului;

d) Producerea riscului trebuie să fie independentă de culpa vreuneia dintre părți, adică să se producă din cauză străină. Culpă vreuneia dintre părți în producerea evenimentului exclude ideea riscului și antrenează răspunderea contractuală a părții în culpă. Tot aici se remarcă faptul că această condiție implică și imprevizibilitatea riscului în momentul încheierii contractului și că, așa cum au remarcat în mod corect și alți autori^[3], imprevizibilitatea ține de esența riscului, iar nu de natura acestuia, imprevizibilitate care se apreciază *in abstracto*,

^[1] D.-Al. Sitaru, *Dreptul comerțului internațional. Tratat. Partea generală* ..., op. cit., nota de subsol nr. 2 de la p. 592.

^[2] M.N. Costin și S. Deleanu, op. cit., p. 133.

^[3] M.N. Costin și S. Deleanu, op. cit., p. 133-136.

adică în funcție de atitudinea pe care ar trebui să o aibă într-o atare situație, un comerciant prudent și rezonabil;

e) În cazul în care se produce, riscul are drept consecință imposibilitatea executării contractului sau un prejudiciu pentru una sau chiar pentru ambele părți contractante.

Având în vedere aceste considerente, cât și alte păreri doctrinare^[1], autorul ajunge la următoarea definiție a riscului: „*Riscurile sunt evenimentele posibil de a se produce după încheierea contractului, independent de culpa vreuneia dintre părți și care, dacă se realizează, pot face imposibilă sau sensibil mai oneroasă prestația pentru cel puțin una din părți*”^[2].

Așa cum este firesc, dincolo de rezervele exprimate față de această concepție, sunt evidențiate și aspectele pozitive, care sunt considerate veritabile repere pentru o definiție corectă a conceptului de risc comercial. Astfel:

- riscurile trebuie privite ca o posibilitate, iar nu ca o fatalitate;
- producerea lor dobândește semnificație juridică numai dacă are loc între momentul perfectării contractului (respectiv momentul implicării subiectului de drept într-o operațiune comercială) și acela al finalizării executării contractului (sau al respectivei operațiuni);
- producerea riscurilor trebuie să fie independentă de culpa vreuneia dintre părți;
- realizarea riscurilor este de natură să determine pierderi pentru cel puțin una dintre părți.

A doua definiție la care m-am oprit și pe care o îmbrățișez, considerând-o cea mai adecvată în materia dreptului comerțului internațional și cea mai completă, este definiția dată de profesorul Costin: „*Riscul este un pericol ce planează asupra oricărei relații contractuale și, în general, asupra oricărei operații comerciale a cărei executare se prelungește în timp, susceptibil să genereze fortuit anumite inconveniente privind aducerea la îndeplinire de către debitor a obligațiilor contractualmente asumate față de creditor și a cărei apariție determi-*

^[1] A se vedea și *D.-Al. Sitaru*, *Dreptul comerțului internațional*. Tratat. Partea generală..., op. cit., nota de subsol nr. 1 de la p. 592.

^[2] *D.-Al. Sitaru*, *Dreptul comerțului internațional*. Tratat. Partea generală..., op. cit., p. 592; în același sens, a se vedea și *D.-Al. Sitaru*, *Dreptul comerțului internațional*. Tratat. vol. II, Ed. Actami, București, 1996. p. 72-73.

nă inevitabil anumite pierderi materiale pentru contractantul a cărei prestație nu se poate executa^[1].

Definiția de mai sus, a riscului comercial, este fundamentată pe mai multe repere, și anume:

„- riscul este în esența sa un pericol pe fondul căruia se produc anumite inconveniente; în alți termeni, riscul este un pericol susceptibil să genereze anumite inconveniente pentru debitorul unei obligații contractuale sau, în general, pentru subiectul de drept implicat într-o operație comercială;

- realizarea riscului este prin ipoteză incertă;

- incertitudinea ce caracterizează riscul face ca realizarea acestuia să fie întotdeauna fortuită;

- consecințele realizării riscului se caracterizează prin excelență într-o pierdere materială pe care trebuie să o suporte debitorul obligației a cărei executare este împiedicată”^[2].

În sprijinul acestei definiții, dacă ar mai fi nevoie, pot fi avute în vedere și alte definiții care exprimă conceptul de risc chiar în sens nejuridic. De menționat sunt definițiile riscului, „**Risc, riscuri**, s.n. – Posibilitate de a ajunge într-o primejdie, de a avea de înfruntat un necaz sau de suportat o pagubă; pericol posibil – din fr. *risque*”^[3], sau a riscului contractual^[4]: „suportarea de către debitor a consecințelor păgubitoare ale eliberării creditorului de obligația pe care o avea față de el, ca urmare a neexecutării de către debitor a obligației sale din cauze ce nu-i sunt imputabile (caz de forță majoră sau fortuit)”, ori „un pericol, un inconvenient posibil”^[5].

§2. Clasificarea riscurilor

În doctrină, riscurile comerciale au fost clasificate asemănător de majoritatea autorilor, astfel că în această privință nu avem interpretări sau păreri diferite. Ca urmare, o primă mare și generală clasificare

[1] *M.N. Costin și S. Deleanu*, op. cit., p. 136.

[2] *Ibidem*.

[3] Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, DEX, Dicționarul explicativ al limbii române, ed. a 2-a, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1998, p. 929.

[4] Micul dicționar enciclopedic român, 1972, p. 809.

[5] Petit Larousse, 1961.

împarte riscurile care afectează contractele comerciale internaționale în două mari categorii: comerciale și necomerciale.

Riscurile comerciale sau economice^[1] se împart, la rândul lor, în:

- riscuri valutare și
- riscuri nevalutare.

Riscurile valutare reprezintă modificarea cursului de schimb a monedei de plată față de moneda de referință sau de calcul sau față de un alt element de referință, spre exemplu, prețul aurului, între momentul încheierii contractului și momentul executării lui.

Riscurile nevalutare, în marea lor varietate, constau „în pericolul de a se produce modificări de conjunctură economică pe o anumită piață comercială susceptibile să înrăutățească prestația asumată de una din părți”^[2]. Aceste riscuri afectează în special contractele comerciale internaționale de medie și lungă durată. Înrăutățirea prestației asumate de una dintre părți este, de cele mai multe ori, rezultatul impactului produs asupra pieței avute în vedere de diverse fenomene sau procese economice foarte greu de controlat de autoritățile guvernamentale ori de organizațiile economice neguvernamentale. Se consideră că intră în această categorie modificarea prețurilor materiilor prime, materialelor, energiei, combustibililor, a forței de muncă ori schimbarea tarifelor de transport, a primelor de asigurare, a taxelor vamale. Tot în această categorie intră și modificarea dobânzilor bancare, a nivelului comisioanelor, schimbarea condițiilor privind transferul de tehnologie și a drepturilor de proprietate intelectuală în general, modificarea raportului dintre cerere și ofertă etc.

Evitarea sau chiar neutralizarea riscurilor menționate se face prin stipularea în cuprinsul contractului de comerț internațional a unor clauze asigurătorii potrivite cu natura contractului.

În doctrină^[3] au fost menționate anumite riscuri nevalutare care țin de situația materială și de corectitudinea conduitei contractuale a părților, cum ar fi: insolvabilitatea și/sau falimentul (insolvența) debi-

[1] A se vedea *D.-Al. Sitaru*, *Dreptul comerțului internațional*. Tratat. Partea generală..., op. cit., p. 594; a se vedea și *M.N. Costin* și *S. Deleanu*, op. cit., p. 137.

[2] *M.N. Costin* și *S. Deleanu*, op. cit., p. 137.

[3] *M. N. Costin* și *S. Deleanu*, op. cit., p. 138; *D. Al. Sitaru*, *Dreptul comerțului internațional*. Tratat, vol. II, Ed. Actami, București, 1996. p. 72-73; *D.-Al. Sitaru*, *Dreptul comerțului internațional*. Tratat. Partea generală... op. cit., p. 595.

torului ori neexecutarea sau executarea defectuoasă ori cu întârziere a obligațiilor contractuale. S-a afirmat că astfel de riscuri pot viza orice contract de comerț internațional și, ca urmare, acestea pot fi contracarate prin stipularea de către părți a unor clauze de aplicare generală^[1].

În privința acestor riscuri, este de menționat că ele pot surveni atât din cauza atitudinii culpabile a uneia sau ambelor părți, în special a debitorului, cât și din cauze străine acestora, adică independent de voința lor. De aceea, s-a apreciat că sunt calificate ca riscuri numai acelea dintre ele a căror realizare se datorează unei cauze străine. Ca urmare, în toate cazurile când se constată culpa debitorului în producerea evenimentului care înrăutățește executarea prestației acestuia, situația creată aparține domeniului răspunderii civile, și nu în domeniul riscului. Constatarea culpei contractantului duce la antrenarea răspunderii acestuia și, în același timp, exclude ideea de risc.

O altă grupă de riscuri sunt **riscurile necomerciale**, care la rândul lor se împart în riscuri politice sau politico-administrative și evenimente ale naturii.

Riscurile politice sau politico-administrative sunt constituite din măsuri politico-administrative adoptate de state sau de organizații internaționale în intervalul de timp dintre momentul încheierii contractului și momentul terminării executării lui. În această categorie intră mai ales blocada economică, embargoul, conflictele militare, grevele, insurecția, adoptarea unor măsuri vamale restrictive antidumping, luarea de măsuri de protejare a concurenței, instituirea de restricții asupra schimburilor valutare sau a transferului valutei în străinătate, exproprierea și măsuri similare, neacordarea licențelor sau a altor autorizații de export-import, greve sau alte tulburări civile etc.

Evenimente ale naturii sunt împrejurări independente de voința omului, cum ar fi cutremure, inundații sau alte calamități, care pot influența negativ executarea contractului.

În doctrină s-a apreciat^[2] că, atunci când sunt privite în alternativă cu riscurile valutare, riscurile politice și evenimentele naturale împreună cu riscurile comerciale nevalutare formează categoria riscurilor

^[1] I. Stoian, R. Pencea, L. Brotac, Tehnici de comerț internațional, vol. II, Ed. Jeco Trading, București, p. 132 și urm.; D.-Al. Sitaru, Dreptul comerțului internațional. Tratat. Partea generală, op. cit., p. 595.

^[2] *Ibidem*.

nevalutare *lato sensu*. Un alt autor^[1] a sesizat foarte corect faptul că împrejurările în care se realizează riscurile nevalutare sunt uneori veritabile evenimente de forță majoră, alteleori nu au trăsăturile caracteristice ale unor asemenea evenimente. Oricum ar fi, producerea riscurilor este întotdeauna fortuită și atrage consecințe păgubitoare cel puțin pentru unul dintre contractanți.

Secțiunea a 2-a. Instrumentele juridice menite să evite sau să neutralizeze riscurile

Pornind de la definiția dată riscurilor contractuale de eminentul profesor Mircea Costin^[2], se desprinde fără niciun dubiu faptul că ivirea acestora atrage inconveniente care trebuie suportate de către debitorul obligației devenite imposibil de executat, ca urmare a liberării creditorului de obligația sa corelativă rămasă fără cauză juridică, atâta timp cât prestația asumată de debitor nu mai poate fi executată din motive independente de voința lui, și de aici consecințele negative în patrimoniul său.

De la această constatare, mai mulți autori^[3] au conchis că riscurile contractuale nu trebuie privite ca o fatalitate, cu toate că producerea lor este întotdeauna fortuită, ci ca evenimente survenite în timpul executării contractului care influențează negativ executarea, dar ale căror efecte nedorite pot fi evitate sau neutralizate de către părți prin mijloace juridice adecvate, imaginate în acest scop.

Prevenirea riscurilor, atenuarea sau neutralizarea lor poate fi atinsă prin mai multe mijloace juridice care pot fi contractuale sau extracontractuale.

Mijloacele extracontractuale (exterioare contractului afectat de risc) pot fi:

- **Acoperirea riscurilor prin garanții bancare.** Recurgerea la garanții bancare pentru acoperirea riscurilor constituie o metodă frecvent utilizată care s-a impus prin gradul ridicat de eficiență;

- **Acoperirea riscurilor de către companiile de asigurare internațională.** La cererea subiecților de drept interesați (importator sau

[1] M.N. Costin și S. Deleanu, op. cit., p. 139-140.

[2] M.N. Costin, op. cit. p. 154-155.

[3] M.N. Costin și S. Deleanu, op. cit., p. 140; I. Stoian, R. Pencea, L. Brotac, op. cit., p. 132 și urm.