

ФОРС-МАЖОРНЫЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА (FORCE MAJEUR AND HARDSHIP) ICC Publication № 421 (E)

ПРЕДИСЛОВИЕ

Поставщики и потребители в международных контрактах желают видеть свои сделки успешно завершёнными. Однако внешние события могут сделать исполнение невозможным или полностью перечеркнуть финансовые расчеты сторон.

Соответствующие оговорки в первоначальном контракте призваны помочь минимизировать ущерб, который может впоследствии произойти из-за указанных событий. Цель настоящей публикации состоит в том, чтобы предложить решения для подобных положений контракта. Типовая оговорка о форс-мажоре предусматривает условия освобождения от ответственности для случаев, когда исполнение является буквально или практически невозможным. Предлагаемые предложения для оговорки о существенном изменении обстоятельств, *hardship*, применяются в случаях, когда условия изменяются настолько, что исполнение становится чрезвычайно обременительным.

Данная публикация является результатом широкого обсуждения указанной проблемы Комиссией МТП по международной коммерческой практике. Предварительное исследование было осуществлено проф. Пьером ван Оммеслаге (Бельгия). В дальнейшем проект рассматривался группой экспертов. Детальное обобщение было доверено проф. Ларе Хьернеру (Швеция) — заместителю председателя Комиссии и проф. Оле Ландо (Дания) — докладчику Комиссии.

г-н Паскуале Чиоменти (Италия) — председатель Комиссии;

Остальные члены Рабочей группы:

*г-н Тауно Полоти (Финляндия);
г-н Тьерри де Галар (Франция);
г-жа Анни Тубиана (Франция);
д-р Р. фон Граффенрид (Швейцария);
г-н Ж.Ф. Кроуфорд (Соединенные Штаты Америки);
г-н Ж. Лайтборн (Соединенные Штаты Америки).*

ВВЕДЕНИЕ

Любой контракт возлагает на каждую из сторон обязательство исполнить то, что она обещала. Однако в ряде случаев физически или юридически совершение этого становится невыполнимым. Например, землетрясением разрушена единственная фабрика, на которой производится проданный товар, и исполнение в срок обязательства представляется физически невозможным. Или после заключения контракта принимается постановление, запрещающее экспорт из страны продавца, поэтому исполнение обязательства является юридически невозможным. Подобные ситуации могут подпадать под общее понятие невозможности, стихийного бедствия, *Act of God*, тщетности, *frustration*, ненаступления предполагаемых обстоятельств или, как они именуются, форс-мажор, *force majeure*.

Иногда для исполнения обязательства необходимо преодолевать возникшие препятствия, что возлагает дополнительное бремя на одну из сторон. Например, долгосрочный контракт на поставку сырой нефти по фиксированной цене становится с финансовой точки зрения разорительным для поставщика вследствие неоднократного повышения цены или, в противном случае, для покупателя. При таких обстоятельствах сторона может пожелать сослаться на существенное изменение обстоятельства (*hardship*) как на основание, оправдывающее

неисполнение.

Законы многих стран содержат предписания относительно форс-мажора, а некоторые из них даже предусматривают правила о существенном изменении обстоятельств. Однако подобные положения отличаются в различных странах и могут не отвечать требованиям сторон международных контрактов. Более того, сторонам международного контракта часто просто необходимы контрактные оговорки о форс-мажоре и существенном изменении обстоятельств. В последние годы такие оговорки приобретают все большее значение, особенно для контрактов, включающих крупномасштабные проекты, реализуемые в течение длительного времени: проекты под ключ, договоры на строительство и выполнение общественных работ, совместное предпринимательство, соглашения о менеджменте и маркетинге. В период реализации таких контрактов экономические, политические и фактические условия могут коренным образом измениться и сделать проект неосуществимым или полностью изменить ту экономическую основу, на которой базировался контракт.

Международная Торговая Палата (МТП) подготовила два варианта положений, направленных на оказание сторонам содействия при подготовке контрактов. Первый исходит из условий освобождения от ответственности, когда исполнение становится буквально или практически невозможным (форс-мажор *force majeure*), второй — из ситуации, когда существенное изменение обстоятельств делает исполнение излишне обременительным (*hardship*).

Ни один из вариантов не основан на какой-либо конкретной правовой системе. Поэтому следует быть осторожным и убедиться, что эти положения не противоречат императивным нормам применимого права. Оговорка о форс-мажоре предоставляет освобождение от договорных санкций и включает правила о приостановлении исполнения и прекращении контракта. Оговорка о существенном изменении обстоятельств предусматривает проведение переговоров и пересмотр условий контракта таким образом, чтобы исполнение могло быть продолжено; она предназначена главным образом для долгосрочных проектов.

Оговорки общего характера, аналогичные предлагаемым, зачастую нуждаются в их адаптации к конкретным обстоятельствам определенного контракта. Они могут оказаться не подходящими для некоторых товаров или видов торговли. Сторонам следует поэтому быть внимательными при их применении.

Тем не менее многие партнеры ощущают потребность в типовой оговорке МТП о форс-мажоре, которую они могли бы путем ссылки инкорпорировать в свой контракт. По этой причине форс-мажорная оговорка сформулирована в общей форме и не претендует на какое-либо радикальное нововведение.

Данная оговорка может быть либо непосредственно включена в контракт, либо в последнем может быть сделана ссылка на нее.

Концепция существенного изменения обстоятельств является сравнительно новой для международных контрактов и практики. Она находится в стадии становления и включается главным образом в долгосрочные контракты, что требует детального индивидуального редактирования по всем аспектам. Поэтому в отличие от форс-мажорной оговорки положения о существенном изменении обстоятельств не предлагаются в виде какой-либо единой типовой формулы, которая может быть инкорпорирована в контракт путем ссылки на нее. Иными словами, она предлагает составителю контракта набор возможностей, которые призваны помочь ему в разрешении его проблемы.

ФОРС-МАЖОРНАЯ ОГОВОРКА (ОБ ОСВОБОЖДЕНИИ)

Основания освобождения от ответственности

1. Сторона не признается ответственной за неисполнение какого-либо из своих обязательств, если она докажет:

что такое неисполнение явилось результатом препятствия, находящегося вне ее контроля;

что от нее нельзя было разумно ожидать в момент заключения контракта принятия во внимание данного препятствия или его последствий для исполнения контракта;

что она не могла разумно избежать или преодолеть такое препятствие или по крайней мере его последствия.

2. Препятствие, указанное в параграфе 1, может произойти по причине нижепоименованных событий, перечень которых не является исчерпывающим:

(а) объявленная или необъявленная война, гражданская война, беспорядки и революции, акты пиратства, саботаж;

(б) стихийные бедствия, ураганы, циклоны, землетрясения, цунами, наводнения, разрушение в результате молнии;

(в) взрывы, пожары, разрушения машин, заводов и любых установок;

(г) бойкоты, забастовки и локауты в любой форме, замедление работы, занятие предприятий или их помещений, остановки в работе, происходящие на предприятии стороны, которая просит об освобождении от ответственности;

(д) действия властей, законные или незаконные, за исключением тех, в отношении которых соответствующая сторона приняла на себя риск согласно условиям контракта, а также за исключением тех, о которых говорится далее в параграфе 3.

3. Для целей применения положений, указанных в параграфе 1, и поскольку иное не предусмотрено в контракте, препятствие не включает отсутствие разрешения, лицензии или въездной визы, или разрешения на пребывание, или необходимых для выполнения контракта одобрений, которые должны быть выданы государственными органами в государстве стороны, претендующей на освобождение от ответственности.

Обязанность извещения

4. Претендующая на освобождение от ответственности сторона должна, как только это станет возможным сразу после того, как препятствие и его последствия, влияющие на исполнение ею обязательства, станут ей известны, сообщить другой стороне об этом препятствии и влиянии его последствий на выполнение ею своих обязательств. По прекращении основания освобождения от ответственности также должно быть направлено извещение.

5. Основание освобождения от ответственности имеет силу с момента его наступления или, если уведомление не было сделано своевременно, с момента подачи такого уведомления. Отсутствие уведомления возлагает на нарушившую сторону ответственность за убытки, которых в противном случае можно было избежать.

Последствия наступления оснований освобождения от ответственности

6. Основание освобождения от ответственности в соответствии с настоящей оговоркой освобождает нарушившую сторону от возмещения убытков, уплаты штрафных и иных договорных санкций, за исключением уплаты процентов годовых по денежным долгам за такой период и в той мере, пока имеет место данное основание освобождения от ответственности.

7. Кроме того, такое основание отодвигает срок исполнения на разумный период времени, исключая тем самым возможное право другой стороны на расторжение или аннулирование контракта. При определении, что понимается под разумным периодом времени, должна учитываться способность нарушившей стороны возобновить свое исполнение, а также заинтересованность другой стороны в получении такого исполнения, несмотря на просрочку. В ожидании исполнения нарушившей стороной ее обязательств другая сторона может приостановить исполнение своих соответствующих обязательств.

8. Если основания освобождения от ответственности продолжаются более периода времени,

предусмотренного сторонами (здесь сторонами должен быть указан соответствующий период времени), а при отсутствии такого положения — в течение периода, превышающего разумный срок, то любая из сторон вправе отказаться от договора, дав об этом уведомление.

9. Каждая из сторон может удержать все полученное ею в ходе исполнения контракта до его прекращения. Та или иная сторона обязана отчитаться перед другой стороной за любое неосновательное обогащение, имевшее место в ходе такого неисполнения. Платежи по урегулированию окончательного сальдо должны производиться без задержек.

Типовая оговорка о форс-мажоре

- Сторонам, желающим включить данную оговорку в свои контракты, рекомендуется использовать следующую формулировку: "Составной частью настоящего контракта является оговорка о форс-мажоре (освобождении от ответственности) Международной Торговой Палаты (публикация МТП № 421 E)."

Комментарии и замечания к оговорке о форс-мажоре

1. Строго говоря, данный тип оговорки может быть лучше всего охарактеризован выражением "оговорка об освобождении" или "оговорка об освобождении от ответственности". Однако в практике часто применяется французское выражение "форс-мажор", причем даже в странах, где не говорят по-французски. Иными словами, это выражение используется лишь как краткое обозначение данной оговорки. Следовательно, не имеется в виду включить в оговорку французскую или иную национальную доктрину форс-мажора.

Часть данной оговорки отражает влияние ст. 79 Конвенции ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров ("Венской конвенции"), целью которой является создание унифицированного права международной купли-продажи. Стороны могут по своему желанию отступить от ее условий, например, путем применения данной оговорки о форс-мажоре. Как и ст. 79 Венской конвенции, оговорка может включать случаи неисполнения своих обязанностей любой стороной, продавцом или покупателем, независимо от того, касается ли она неисполнения по существу или затрагивает только платежи. Данная оговорка может применяться и в отношении недостатков исполнения или несоблюдения срока исполнения, которые встречаются наиболее часто. Невозможно практически разработать единую оговорку, которая была бы одинаково применимой ко всем разновидностям контрактов и охватывала бы все моменты ненадлежащего исполнения. Поэтому в каждом случае использования данной оговорки полезно и даже необходимо проверить, следует ли дополнить ее или изменить в зависимости от конкретных обстоятельств.

2. Данная оговорка исходит из презумпции того, что действительно имело место нарушение контракта или его неисполнение (см. параграф 1). Поэтому неисправная сторона освобождается полностью или частично от санкций и других последствий, таких, как аннулирование или расторжение контракта, обычно следующих за неисполнением, при условии, что предусмотренные в данной оговорке, основания освобождения от ответственности будут применены.

3. Причиной ненадлежащего исполнения могут быть различные препятствия (см. параграф 1). Это означает, что не является достаточным наличие обстоятельств, которые делают исполнение малоудобным или обременительным для должника. Более того, недостаточно, если эти обстоятельства только уменьшают ценность исполнения, на что рассчитывала другая сторона. Более того, было бы слишком строго требовать, чтобы исполнение стало абсолютно невозможным. Поэтому необходимо наличие какого-либо препятствия, которое затрудняло бы нормально предусмотренное исполнение.

4. Препятствие не должно зависеть от волеизъявления соответствующей стороны (см. параграф 1). Данное выражение упоминается в ст. 79 Венской конвенции, а также в большинстве общих договорных условий. Оно также встречается в практике ряда стран.

5. Термин "препятствие" может иногда пониматься в более ограниченном смысле, например начавшаяся война, прервавшая всякие сообщения между двумя сторонами. Иногда данный термин используется в более широком смысле для включения последствий первоначального события, скажем, нехватка рабочей силы или материалов или запрещение коммуникаций. Сторона могла предвидеть первоначальное событие, но не его последствия. Допустимо предположение о том, что в момент заключения контракта возможно предвидеть почти все. Однако целью настоящей оговорки не является освобождение должника в таком ограниченном объеме. Данная оговорка касается именно того, что можно было разумно ожидать от стороны принимать во внимание и предполагать как препятствие на момент заключения контракта. Например, от нее можно было бы ожидать своевременного приобретения сырья или своевременного приглашения рабочих для выполнения работы, но не осуществления таких действий, которые выходят за рамки обычных деловых операций, например, приобретение в первый же день всего количества сырья, предусмотренного к поставке по долгосрочному контракту.

6. Однако даже если сторона может быть освобождена от ответственности вследствие непредвиденности, ей может быть отказано в освобождении от ответственности, если она могла разумно избежать или преодолеть препятствие или его последствия в отношении способности к исполнению (см. параграф 1). И в этом случае следует применять критерии коммерческой разумности. Например, при разрушении вследствие пожара завода-продавца последний, естественно, должен быть освобожден от ответственности, если даже он ничего не делает для восстановления завода и осуществления поставок в срок. Тогда как пожар или иной аналогичный случай может не представлять основания освобождения от ответственности, если продавец мог разумно привести в порядок свое оборудование и выполнить контракт даже ценой дополнительных затрат и трудовых усилий.

7. В параграфе 2 перечисляются некоторые события, которые обычно квалифицируются как непредвиденные события и подпадают под оговорку об освобождении от ответственности (они могут быть признаны основаниями освобождения от ответственности при условии соответствия их предписаниям, указанным в параграфе 1). Война и естественные катаклизмы являются типичными случаями форс-мажора, однако общим для них является их чрезвычайный характер. Могут учитываться сильные бури или циклоны, но не просто плохая погода. Ранее были перечислены различные виды трудовых конфликтов, однако они должны быть связаны с деятельностью предприятия-должника. Например, забастовка транспортников, затрагивающая предприятие ответчика, может быть принята во внимание, но не будет принята во внимание забастовка на самом предприятии поставщика, если она специально не оговорена в контракте. Недостаточно наличия общей нехватки рабочей силы или отсутствия сырья или неисполнения со стороны поставщика. Если в перечне оснований освобождения от ответственности указанные события не приводятся, то нельзя и решить, должна ли та или иная сторона "нести" ответственность за такие события. В одних договорных отношениях — применительно к цене и другим условиям контракта — признается естественным, что должник освобождается от рисков, связанных с отмеченными обстоятельствами. В других случаях ситуация может быть обратной. Бывает, что в случае необходимости стороны расширяют подобную оговорку, чтобы включить в нее события, в ней не упомянутые, например общая нехватка сырья, рабочей силы или средств транспорта. Вместе с тем должно быть ясно указано, что такой перечень не является исчерпывающим. Всеобщая забастовка на железной дороге или в порту, в месте нахождения должника, представляет, по всей вероятности, основание освобождения от ответственности, даже если общее нарушение коммуникаций не упомянуто специально в оговорке.

8. В ст. 79 Венской конвенции предпринята попытка определить ответственность продавца в случае неисполнения, вызванного упуском поставщика или субпоставщика. Существуют, однако, различные толкования данной статьи Венской конвенции. Составители оговорки о форс-мажоре полагали непрактичным установить ответственность должника в случае, когда такое неисполнение имело место по вине поставщика или субпоставщика. В разных ситуациях конкретные обстоятельства могут значительно отличаться. В целом можно полагать, что неисполнение со стороны

поставщика или субпоставщика само по себе не является чрезвычайным событием в понимании, приведенном в параграфе 2, если только такое неисполнение не произошло вследствие чрезвычайного события. Многое может зависеть также от взаимоотношений поставщика и субпоставщика с основными сторонами или одной из них, если, например, поставщик специально упомянут в контракте или если такое указание осуществлено по требованию должника или кредитора. Далее, это может зависеть и от вида поставщика, т.е. идет ли речь о поставке определенного товара, сырье для изготовления которого легко везде приобрести, или о предоставлении таких услуг, как снабжение водой или электроэнергией, которое зачастую является предметом монополии.

9. Действия высших сил или, как их иногда именуют, "действия господина Бога и врагов государя" (acts of God and the King's enemies, faits de Dieu et des ennemis du Prince) представляют собой типичный пример форс-мажора. Эти события могут происходить в форме различных властных актов, однако в настоящее время они чаще всего встречаются в виде запрещений экспорта, импорта, осуществления платежей, строительных работ, использования рабочей силы или реализации отдельных видов производственной или коммерческой деятельности. Подобные ограничения почти всегда могут быть преодолены с помощью выдачи лицензий или иных разрешений. Целесообразно поэтому определять в контракте сторону, которая должна быть ответственна за получение подобных разрешений, и сторону, которая несет риск отказа или отзыва лицензии. Но даже при отсутствии в контракте такого уточнения, исходя из природы договора и содержания ряда его положений, может быть сделан определенный вывод о распределении риска. В параграфе 3 предусматривается, что в случае сомнения риск отказа или отзыва лицензии несет ответственная за это исполнение сторона-должник, если данная лицензия должна быть выдана властями его собственной страны. Предполагаемое распределение рисков следует считать разумным, если должником является государственное предприятие или иностранное государство, соответствующие власти которого должны выдать необходимое разрешение. Если предприятие не имеет каких-либо особых связей с властями, которые должны выдать указанное разрешение, для другой стороны может быть более приемлемой просьба должника включить в оговорку такой отказ или отзыв. В этом случае сторонам следует соответствующим образом изменить данную оговорку.

10. Сторона, нарушившая контракт, должна стремиться к уменьшению убытков, возникших вследствие его неисполнения, как в своих собственных интересах, так и в интересах другой стороны. Если первая сторона этого не делает, она может быть ответственна за возмещение другой стороне компенсации за потери или убытки, которых можно было бы избежать, даже если оговорка об освобождении от ответственности в принципе действовала бы. Следовательно, сторона должна так быстро, как это станет возможным, известить другую сторону о намерении привести в действие оговорку об освобождении от ответственности (см. параграф 4).

11. Несвоевременное извещение может не только возложить на нарушившую сторону ответственность за убытки (см. параграф 5), но и лишить ее права ссылаться на освобождение от ответственности в течение периода времени, который предшествовал подаче извещения. Это достаточно серьезное и суровое последствие. В некоторых договорных отношениях для должника может быть затруднительно немедленно принять решение об использовании или неиспользовании оговорки об освобождении от ответственности. Стороны, которые полагают такое ограничение оговорки об освобождении от ответственности неразумным, могут исключить первую фразу параграфа 5 ("основание...").

12. Основание освобождения от ответственности освобождает должника не только от возмещения убытков, но и от уплаты штрафов и иных договорных санкций (см. параграф 6). Следует отметить, что оговорка охватывает неисполнение всех видов обязательств, включая денежные обязательства. В том, что касается платежей, обязанность преодоления препятствия является абсолютной и необходимой, и условия освобождения применяются только в исключительных обстоятельствах. Однако можно считать, что отказ, отклонение или любая иная ссылка на отсутствие необходимого разрешения, представляющего собой валютные ограничения, может рассматриваться в настоящем контексте как препятствие, подпадающее под данную оговорку. Следует также добавить, что обязанность уплаты процентов до момента, когда осуществление

платежа было возможно, не является договорной санкцией, а лишь справедливым возмещением за пользование денежными средствами. Во всяком случае, во избежание сомнений оговорка определяет, что ни одна из сторон не освобождается от уплаты процентов в отношении сумм, подлежащих оплате. Следует отметить, что оговорка не вводит обязанности по уплате процентов, например по авансу с покупной цены, которые не следуют из контрактных предписаний или предписаний, предусмотренных законом. Если должен быть произведен возврат покупной цены, оговорка никоим образом не освобождает должника от обязанности уплатить причитающиеся на эту сумму долга проценты, даже если немедленный платеж не может быть осуществлен в ближайшем будущем. Более того, риски изменения курсов валют обычно возлагаются на должника начиная с момента истечения даты платежа. Кредитор, желающий возложить на должника риск любого колебания обменного курса валют, невзирая на форс-мажор, должен специально это оговорить.

13. В противоположность Венской конвенции и ряду национальных правовых систем оговорка о форс-мажоре защищает также неисправную сторону на случай расторжения или аннулирования контракта другой стороной (см. параграф 7). Оговоркой предусмотрено поэтому, что срок исполнения продлевается на разумный период времени. При определении продолжительности такого разумного периода следует учитывать не только способность неисправной стороны возобновить исполнение, но и возможный интерес другой стороны к сохранению действия контракта, несмотря на истекший срок исполнения.

14. Сторонам следует определять максимальный период по истечении которого каждая из сторон вправе заявить о расторжении контракта, если он еще не исполнен (см. параграф 8). Учитывая, что в различных случаях обстоятельства дела могут значительно отличаться, сложно установить такой срок в типовой оговорке. В отсутствие явно выраженного определения исходят из "разумного периода времени". Разумная продолжительность такого периода времени зависит от каждого отдельного случая.

15. Также сложно точно определить права и обязанности сторон в случае расторжения контракта. Венская конвенция предоставляет право на расторжение контракта только стороне-исполнителю и не предоставляет его неисправной стороне. Большинство национальных правовых систем придерживается того же правила. В этом случае стороне-кредитору предоставляется право выбора между расторжением контракта и ожиданием, когда его исполнение станет возможным.

Согласно Венской конвенции и большинству национальных правовых систем при расторжении контракта каждая из сторон должна вернуть все ранее полученное. Настоящая оговорка, которая также предоставляет право неисправной стороне прекратить действие контракта (по истечении срока ожидания), исходит из иной системы. Не предусматривается какой-либо реституции, и каждая из сторон вправе сохранить все ею полученное. Однако она несет перед другой стороной ответственность за неосновательное обогащение в результате исполнения контракта другой стороной (см. параграф 9). Данная формулировка носит общий характер и не может быть признана подходящей для ряда договорных отношений (примером иного разрешения договорной проблемы являются Общие условия продажи ЕЭК №188а о поставке и монтаже заводов и установок при экспорте и импорте). Поэтому сторонам следует внимательно изучить предписания параграфа 9 для выяснения, приемлемы ли они для их контракта, и если нет, соответствующим образом изменить оговорку. Вместе с тем было бы неправильно исключить право неисправной стороны прекратить действие контракта.

Предложения по формулированию Положения о существенном изменении обстоятельств

Важным является то, что это не типовая оговорка, поэтому она не может быть включена в контракт путем отсылки к ней.

1. В случае значительного изменения баланса настоящего контракта вследствие наступления обстоятельств, которые не ожидались сторонами и которые повлекли за собой для одной из сторон исключительное обременение в исполнении контрактных обязательств, такая сторона может поступить следующим образом.
2. Она может потребовать пересмотра положений контракта в течение разумного периода времени, исчисляемого с момента, когда ей стало известно о подобном обстоятельстве. В требовании должны содержаться соответствующие мотивы.
3. В этом случае стороны проведут консультации с целью пересмотра контракта на основе взаимности таким образом, чтобы избежать дополнительного ущерба для каждой из сторон.
4. Требование пересмотра само по себе не приостанавливает исполнение контракта.

Данное положение может затем завершаться одной из четырех предлагаемых ниже формулировок.

Первая альтернатива

5. При отсутствии в течение 90 дней после направления предложения согласия сторон на пересмотр положений контракта данный контракт сохраняет свою силу в соответствии с его первоначальными положениями.

Вторая альтернатива

5. При отсутствии в течение 90 дней после направления предложения согласия сторон на пересмотр контракта каждая из сторон может передать дело в Постоянный комитет МТП по урегулированию договорных отношений для назначения посредника (или коллегии из трех членов) согласно Правилам МТП по урегулированию договорных отношений. Посредник высказывает сторонам свое мнение по вопросу о том, являются ли подходящими предусмотренные в параграфе 1 условия пересмотра. В положительном случае он рекомендует справедливый пересмотр положений контракта, который гарантирует, что ни одной из сторон не будет причинен дополнительный ущерб.

6. Мнение и рекомендации посредника не являются обязывающими для сторон.

7. Стороны добросовестно и в соответствии со ст. 11 (2) Правил МТП по урегулированию договорных отношений изучают мнение и рекомендации посредника. При отсутствии соглашения сторон относительно пересмотра контракта последний сохраняет свою силу в соответствии с его первоначальными положениями.

Третья альтернатива

5. При отсутствии в течение 90 дней после направления предложения согласия сторон на пересмотр контракта каждая из сторон может передать этот вопрос на рассмотрение арбитража, предусмотренного в контракте, либо при отсутствии такой договоренности — в компетентный суд.

Четвертая альтернатива

5. При отсутствии в течение 90 дней после направления предложения согласия сторон на пересмотр контракта каждая из сторон может передать дело в Постоянный комитет МТП по урегулированию договорных отношений для назначения посредника (или коллегии из трех

членов) согласно Правилам МТП по урегулированию договорных отношений. Посредник на основании отчетов сторон решает, выполнены ли условия пересмотра, приведенные в параграфе 1. При их выполнении он перерабатывает контракт, с тем чтобы ни одной стороне не был причинен дополнительный ущерб.

6. Решение посредника является обязывающим для сторон и считается инкорпорированным в контракт.

Замечания и комментарии относительно правил о существенном изменении обстоятельств

1. В отличие от форс-мажорной оговорки, которая может быть включена в контракт путем ссылки на нее, положения о существенном изменении обстоятельств не приводятся в форме типовой оговорки. При необходимости они могут быть дополнены сторонами и должны быть в явно выраженной форме отражены в контракте. Поступая таким образом, сторонам следует помимо всего прочего избрать один из четырех вариантов, касающихся последствий существенного изменения обстоятельств (см. параграф 5 и последующие), который они пожелают принять.

2. В параграфе 1 предусматривается, что одна из сторон может ссылаться на существенное изменение обстоятельств, когда имеет место событие, которое стороны не предвидели и которое значительно (фундаментально) изменяет баланс контракта, возлагая на сторону, которая ссылается на данное положение, чрезмерное обременение в отношении исполнения своих контрактных обязательств. Термины "обстоятельства, не предвиденные сторонами", "изменяющие баланс" и "чрезмерное обременение" в данном параграфе детально не определяются и не описываются. Вместе с тем стороны в своем контракте могут определить те события, которые дают соответствующей стороне право ссылаться на данный параграф. В частности, они могут поступать таким образом, если хотят избежать слишком широкого применения положения.

3. Условия, позволяющие стороне ссылаться на существенное изменение обстоятельств, являются менее строгими, чем условия, касающиеся форс-мажорной оговорки.

Стороны в момент заключения контракта не должны предвидеть событие, которое привело к существенным изменениям обстоятельств, однако это не означает, что такое событие не может быть принято ими во внимание. Например, контрактом предусмотрены продолжающиеся поставки льда по фиксированной цене. В обычное время поставщик получает лед на соседнем замерзающем озере. Поскольку зима была исключительно мягкой, озеро недостаточно замерзло. Единственным средством, с помощью которого продавец смог осуществить поставку льда, оказалось его искусственное изготовление, что повлекло за собой огромный рост себестоимости продукции. Данная ситуация не была предусмотрена сторонами, однако, строго говоря, они должны были бы ее учитывать. Существенное изменение обстоятельств может быть преодолено стороной, которая на него ссылается, путем, например, значительного повышения цены на сырье.

В то время как к форс-мажору можно прибегнуть, если исполнение контракта становится невозможным или квази невозможным, на существенное изменение обстоятельств можно сослаться, когда затронут баланс контракта.

Существенное изменение обстоятельств может иметь место не только в отношении стороны, которая при осуществлении поставки несет чрезвычайные дополнительные расходы, но и в отношении лица, для которого получаемая польза становится настолько минимальной и непропорциональной по отношению к выгоде, которая при этом приобретает другая сторона.

Вместе с тем сторона не может сослаться на существенное изменение обстоятельств только потому, что контракт оказался для нее менее выгодным или уровень получаемой прибыли оказался более низким, чем она рассчитывала в момент подписания контракта. Более того, существенное изменение обстоятельств должно оцениваться в общем контексте контракта, а не только в отношении исполнившей его стороны.

4. Событие, на которое ссылаются, должно иметь место после заключения контракта, иначе говоря, если оно произошло в период, когда ссылающаяся на него сторона находится в состоянии его нарушения; в частности, если это событие имело место лишь вследствие действий или упущений, за которые она отвечает, такая сторона не может по общему правилу сослаться на существенное изменение обстоятельств. Ссылающаяся на существенное изменение обстоятельств сторона должна продолжать исполнение контракта (см. параграф 4).

5. Параграф 2 запрещает стороне сослаться на данное положение, если такая сторона не потребовала пересмотра договора в разумный срок после того, как она узнала о событии и его влиянии на экономику контракта. Ссылка должна содержать указание на мотивы. Продолжительность разумного периода времени зависит от обстоятельств дела.

6. При наличии просьбы о пересмотре контракта стороны обязаны осуществить консультации на справедливой основе с целью не допустить ни для одной из сторон дополнительного ущерба (см. параграф 3). Возникает вопрос, что может делать одна из сторон, когда другая сторона молчит или отказывается от переговоров. Это имеет важное значение, поскольку пересмотр контракта возможен только при согласии обеих сторон. Ответ на данный вопрос зависит от применимого к контракту права. В некоторых правовых системах существует принцип доброй воли и добросовестной практики, которому противоречит сторона, отказывающаяся вести переговоры по доброй воле.

7. Стороны могут в контракте предусмотреть одну из четырех возможных альтернатив, если в течение 90 дней с даты просьбы о пересмотре они не смогут договориться об этом.

8. Первая и вторая альтернативы могут привести к пересмотру контракта только при наличии согласия обеих сторон. Учитывая отсутствие обязанности соглашаться, недостижение соглашения не предоставляет ни одной из сторон право требовать от другой стороны уплаты убытков или каких-либо иных компенсаций. Первое предложение, содержащееся в параграфе 5, предполагает, что контракт остается в силе согласно его первоначальным условиям. При отсутствии соглашения сторон о его пересмотре выдвигающая предложение сторона может потребовать от другой стороны лишь продление переговоров за пределами срока в 90 дней.

9. Второе предложение, содержащееся в параграфе 5, предоставляет каждой из сторон возможность передать дело независимому посреднику. Постоянный комитет МТП по урегулированию договорных отношений просит назначить посредника или коллегия из трех членов (см. "Приспособление контрактов" — "Adaptation of Contracts", публикация МТП № 326). Посредник сообщает сторонам, выполнены ли условия пересмотра, приведенные в параграфе 1, и при их выполнении он рекомендует справедливый пересмотр контракта, гарантирующий, что никакая из сторон не понесет дополнительного ущерба. Мнение и рекомендации посредника не являются обязательными для сторон (см. параграф 6). В соответствии с параграфом 7 сторона обязана добросовестно изучить мнение и рекомендации посредника согласно ст. 11 (2) указанных Правил МТП по урегулированию договорных отношений. При отсутствии согласия сторон на пересмотр контракт остается в силе на основе его первоначальных предписаний. Отсутствие согласия не означает возникновения обязательства по возмещению ущерба или какой-либо иной компенсации.

10. Третья и четвертая альтернативы, содержащиеся в параграфе 5, предоставляют каждой из сторон право требовать решения, которое будет их обязывать в отношении того, являются ли условия пересмотра выполнимыми, и если да, то какой именно пересмотр должен быть осуществлен. Третья альтернатива, содержащаяся в параграфе 5, предусматривает, что по истечении 90 дней каждая из сторон может передать вопрос о пересмотре на разрешение суда общей юрисдикции или арбитражного суда, предусмотренного в контракте.

Если стороны не договорились о передаче дела на разрешение соответствующего арбитражного суда, то каждая из сторон может обратиться к любому суду, территориально компетентному рассматривать данное дело.

При достижении сторонами соглашения о порядке разрешения спора при заключении контракта или в момент возникновения спора согласованный ими один или несколько судов будут обладать исключительной компетенцией рассматривать спорную ситуацию. В некоторых правовых системах суды не обладают полномочиями на осуществление приспособления контракта к новым обстоятельствам. Согласно третьей альтернативе параграфа 5 сторона, желающая передать дело в суд, а также стороны, которые договорились о передаче их дела в суды общей юрисдикции, должны быть уверены, что суды обладают полномочиями соответствующим образом изменить контракт.

11. Четвертая альтернатива (так же как и вторая) параграфа 5 предоставляет каждой из сторон одинаковую возможность обратиться к посреднику, однако в этом случае решение назначенного Постоянным комитетом МТП по урегулированию договорных отношений посредника является обязательным для сторон и подлежит включению в контракт (см. параграф 6).

FOREWORD

Suppliers and customers in international contracts want their deals to be successfully completed. But outside events may make performance impossible or completely overthrow the parties' financial calculations.

Appropriate clauses in the original contract can help to minimise the damage should disruption later occur. The aim of this publication is to provide suggestions for such contract provisions. A model "force majeure" clause lays down the conditions for relief from liability when performance has become literally or practically impossible. Drafting suggestions are provided for hardship clauses, applicable where changed conditions have made performance excessively onerous.

The publication is the result of extensive consideration by the ICC's Commercial Practices Commission. A preliminary study was carried out by Professor Pierre Van Ommeslaghe (Belgium). The project was continued by an expert working party. Detailed drafting was entrusted to Professor Lars Hjernner (Sweden), Vice Chairman of the Commission, and Professor Ole Lando (Denmark), Rapporteur of the Commission.

The other members of the group were as follows:

Aw. Pasquale Chiomenti (Italy), Chairman of the Commission,
Mr. Tauno Palotie (Finland),
Mr. Thierry de Galard (France),
Mrs. Annie Toubiana (France),
Dr. R. Von Graffenried (Switzerland),
Mr. J.F. Crawford (United States),
Mr. J. Lightburn (United States).

INTRODUCTION

Any contract imposes upon each party the obligation to perform what he has promised. Sometimes, however, it becomes impossible to do so, physically or legally. For example, an earthquake destroys the only factory which could produce the merchandise sold, and performance in time becomes physically impossible. Or a decree enacted after the date of the contract forbids export from the seller's country, and performance becomes legally impossible. Such situations may fall under the headings of impossibility, act of God, frustration, failure of presupposed conditions, or, as they are termed here, "force majeure".

Sometimes performance is not impossible but supervening events impose an excessive burden on one of the parties. For instance, a long-term contract for the delivery of crude oil at a fixed price becomes financially disastrous for the supplier because the price of oil has risen several times or vice-versa for the buyer. In such a situation a party may wish to plead "hardship" as an excuse for failure to perform.

The laws of most countries have provisions which deal with force majeure and some laws even treat "hardship" situations. These provisions, however, vary from country to country and may not meet the parties' requirements in international contracts. Therefore, parties to international contracts are frequently in need of contract clauses on force majeure and hardship. Such clauses have become of increasing importance over the years, especially in contracts involving large-scale projects which are carried out over a long period of time. Turnkey projects, public works and construction contracts, joint ventures, management and marketing agreements, and long-term transport contracts provide some examples. In the life of such contracts, the economic, political and physical conditions may change fundamentally and may either make completion of the project impossible or totally upset the economic foundation on which the contract was based.

The ICC has drawn up two sets of provisions which aim at providing assistance for parties when they are making contracts. The first lays down the conditions for relief from liability when performance has become literally or practically impossible ("force majeure"). The second covers the situation where changed conditions have made performance excessively onerous ("hardship").

Neither set of provisions is tied to any particular legal system. However, care should be taken to ensure that they do not conflict with any applicable mandatory legal provisions. The force majeure clause grants relief from contractual sanctions and includes provisions for suspension and termination of the contract. The hardship provisions envisage a renegotiation and revision of the contract terms so that performance may be continued; they are intended essentially for long-term projects.

Clauses of a general nature, like the present ones often need to be adapted to the particular circumstances of an individual contract. They may not be suitable for certain products or trades. Parties should therefore take care in using these provisions.

Many parties nonetheless have felt the need for a standard ICC force majeure clause that they can incorporate in their contracts by a simple reference. For this reason, the force majeure clause has been drafted in general terms, and does not attempt to introduce radically new solutions.

The clause may either be written out in the contract document or incorporated by reference.

The concept of "hardship" is relatively recent in international contract law and practice. It is **still** in the course of development, and is found mainly in long-term contracts which require detailed individual drafting in all their aspects. Accordingly, unlike the force majeure clause, the provisions on hardship are not offered in the form of a single standard clause which can be incorporated in contracts by simple reference. Rather, they offer the contract draftsman a number of options which may help him in his task.

Force majeure (exemption) clause

Grounds of relief from liability

1. A party is not liable for a failure to perform any of his obligations in so far as he proves:
 - that the failure was due to an impediment beyond his control; and
 - that he could not reasonably be expected to have taken the impediment and its effects upon his ability to perform into account at the time of the conclusion of the contract; and
 - that he could not reasonably have avoided or overcome it *or* at least its effects.

2. An impediment within paragraph (1) above, may result from events such as the following, this enumeration not being exhaustive:

- (a) war, whether declared or not, civil war, riots and revolutions, acts of piracy, acts of sabotage;
- (b) natural disasters such as violent storms, cyclones, earthquakes, tidal waves, floods, destruction by lightning;
- (c) explosions, fires, destruction of machines, of factories, and of any kind of installations;
- (d) boycotts, strikes and lock-outs of all kinds, go-slows, occupation of factories and premises, and work stoppages which occur in the enterprise of the party seeking relief;
- (e) acts of authority, whether lawful or unlawful, apart from acts for which the party seeking relief has assumed the risk by virtue of other provisions of the contract; and apart from the matters mentioned in paragraph 3, below.

3. For the purposes of paragraph (1) above, and unless otherwise provided in the contract, impediment does not include lack of authorisations, of licences, of entry or residence permits, or of approvals necessary for the performance of the contract and to be issued by a public authority of any kind whatsoever in the country of the party seeking relief.

Duty to notify

4. A party seeking relief shall as soon as practicable after the impediment and its effects upon his ability to perform became known to him give notice to the other party of such impediment and its effects on his ability to perform. Notice shall also be given when the ground of relief ceases.

5. The ground of relief takes effect from the time of the impediment or, if notice is not timely given, from the time of notice. Failure to give notice makes the failing party liable in damages for loss which otherwise could have been avoided.

Effects of grounds of relief

6. A ground of relief under this clause relieves the failing party from damages, penalties and other contractual sanctions, except from duty to pay interest on money owing as long as and to the extent that the ground subsists.

7. Further it postpones the time for performance, for such period as may be reasonable, thereby excluding the other party's right, if any, to terminate or rescind the contract. In determining what is a reasonable period, regard shall be had to the failing party's ability to resume performance, and the other party's interest in receiving performance despite the delay. Pending resumption of performance by the failing party the other party may suspend his own performance.

8. If the grounds of relief subsist for more than such period as the parties provide [the applicable period to be specified here by the parties], or in the absence of such provision for longer than a reasonable period, either party shall be entitled to terminate the contract with notice.

9. Each party may retain what he has received from the performance of the contract carried out prior to the termination. Each party must account to the other for any unjust enrichment resulting from such performance. The payment of the final balance shall be made without delay.

Force Majeure clause - model reference clause

- Parties who wish to incorporate this clause by reference in their contracts are recommended to use the following wording: "The Force Majeure (Exemption) clause of the International Chamber of Commerce {ICC Publication No 421} is hereby incorporated in this contract".

Comments and observations on Force Majeure clause

1. Strictly speaking, this type of clause is best described as an "exemption clause" or "relief from liability

clause". However, the French expression "force majeure" is frequently adopted in practice, even in non-French speaking countries. This expression has therefore been included in the short name of the clause. There is no intention thereby to introduce into the clause any French or other specific national doctrine of force majeure.

Part of the clause takes its inspiration from the wording of Article 79 of the 1980 United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods ("Vienna Convention"). (The Vienna Convention, which enters into force after ratification by ten countries, is intended to provide a uniform law for international sales. Parties will be able to derogate from its terms if they so wish - for example by adopting the present force majeure clause.) Like Article 79 of the Convention, the present clause may cover failure to perform by either party whether seller or buyer and whether there is a failure to perform in kind or in terms of money. The clause may further be applied either to defective or late performance, although the latter may be the most frequent occurrence, and the one most readily dealt with by the clause. The clause is not limited to sales or similar agreements but may also be referred to in other types of contracts. It is not practicable to devise a single clause which will precisely fit all types of contracts and cope adequately with every kind of failure in performance. It is therefore at least advisable, or even essential, in every case where the clause is to be used, to check whether it should be amended or modified in the light of the particular circumstances.

2. The clause starts from the assumption that a breach of contract or a failure to perform has occurred **(Paragraph 1)**. The failing party is then relieved wholly or temporarily from the sanctions and other effects, such as termination or rescission of the contract, usually following upon a failure to perform, provided that the conditions for granting relief provided for in the clause are met.

3. The failure must be due to an **impediment (Paragraph 1)**. This expression signifies that circumstances making it inconvenient or more onerous for the obligor to perform are not enough, and much less so circumstances which merely make the other party's performance less valuable for the first party to receive. On the other hand it would be too strict to require that performance has become absolutely impossible. It should, however, be some kind of obstacle which has prevented performance as normally foreseen.

4. The impediment must be **beyond the failing party's control. (Paragraph 1.)**

The latter is an expression which can be found in Article 79 of the Vienna Convention as well as in a number of general contract conditions. It is also dealt with by case law in some countries.

5. The word "impediment" may sometimes be understood in a narrower sense, e.g. an ongoing war which cuts off all communications between two states. Sometimes it is used in a wider sense to include the consequences of the initial event, such as shortage of labour, material or restrictions on communications. A party may foresee the initial event but overlook its consequences. It could be argued that almost anything **could** have been foreseen at the time of the conclusion of the contract. However the clause is not intended to give only such limited relief to the obligor. The clause refers to what a party could reasonably be expected to take into account and to make contingency plans for when he enters into the contract. Thus, he might be expected to purchase raw material in time or to hire labour for the work, but he would not be expected to take steps which are outside the normal course of business, e.g. already to have bought all the necessary raw material on the first day of a long delivery period.

6. Even if he would be excused from the point of view of nonforeseeability, he may nevertheless be denied the relief if he could then reasonably have avoided or overcome the impediment or at least its effects upon his ability to perform **(Paragraph 1)**. A test of commercial reasonableness should be applied here as well. A seller whose plant burns down may certainly be excused even if he does not make any efforts to rebuild the plant in order to be able to deliver in time. However, a fire or accident of a limited extent may not excuse the seller if he could reasonably have brought the plant back into shape so that he could have performed the contract - albeit at the expense of some extra cost and labour.

7. **Paragraph 2** sets out a number of events of o type that would normally qualify as unforeseeable events under the exemption clause. (They will qualify as grounds of relief if all the conditions of Paragraph 1 are satisfied.) War and natural disasters are the typical examples of force majeure, but a common feature of all the examples is that they all are of an extraordinary nature. Violent storms or cyclones may qualify but bad weather alone does not. Various types of labour conflicts have been listed, but they are all subject to the qualification that they have to relate to the work in the obligor's enterprise. A transport strike affecting the obligor's enterprise may qualify, but a strike in the plant of a supplier not specifically mentioned in the contract may not normally be covered. General shortage of labour, raw materials or failure of a supplier would not qualify. By not including such events as grounds of relief, no stand has been taken on the question whether the one or the other of the parties "ought to bear" the responsibility for such events. In some contractual relations — depending on the price and other terms of the contract — it may be natural for the obligor to be exempted from the risks connected with such events. In other cases the situation may be the reverse. It is therefore left to the parties to extend the clause, in case of need, to cover events of a type not mentioned in the clause, e.g. general shortage of raw materials, labour or means of communication. On the other hand it must be made clear that the enumeration is in no way meant to be exhaustive. A general railway strike or a general strike in the harbour of the place where the obligor is established would in all probability qualify as a ground of relief, even though general interruption of communications is not specifically mentioned in the clause.

8. In Article 79 of the Vienna Convention an attempt has been made to define the seller's responsibility for failure to perform attributable to a supplier's or subcontractor's failure. There are, however, various opinions as to how this paragraph of the Vienna Convention should be interpreted. The draftsmen of the present Force Majeure clause did not consider it practicable to define the obligor's responsibility when his failure to perform is due to a failure of a supplier or a subcontractor. The circumstances may vary too much from case to case. In general it may be said that failure of a supplier or a sub-contractor is not per se an extraordinary event like those mentioned in **paragraph 2** of the clause, unless the failure of the subcontractor or the supplier is also due to such an extraordinary event. It may however also depend on the relation of the supplier and the subcontractor to the two main parties or to one of them, e.g. whether the supplier has been mentioned specifically in the contract and whether such specification took place at the request of the obligor or the obligee. It may further depend on the type of supplier, e.g. whether there is a very specific product, whether any raw material concerned is commonly available, or whether a public utility such as a water or electricity supplier, which often has a monopoly, is involved.

9. Acts of authority — or as they are sometimes called, acts of God and the King's enemies — are a common example of force majeure. Such events could take the form of acts of violence but nowadays very often appear in the form of restrictions on export, import, payments, building, labour and various types of business activities. Such restrictions can almost always be removed by a license or other form of authorisation. It is advisable to define in the contract which party is going to have the responsibility of applying for such authorisation and which party, in case of refusal or withdrawal of authorisation, has to bear the risk for it. Even if the contract is not specific on this point, a certain risk distribution may be inferred from the nature of the contract or from some of its provisions. **Paragraph 3** provides that, in case of doubt, the obligor bears the risk for a refusal or withdrawal of an authorisation when such authorisation has to be granted by authorities **in his own country**. This may be considered as a reasonable distribution of risk if the obligor is a foreign state or a state enterprise whose authorities have to grant the necessary authorisation. If the enterprise has no particular connections with the authorities who have to grant the authorisation, a request by the obligor for a term relieving him from the consequences of a refusal or withdrawal may be more acceptable to the other party. The parties should then amend the present clause accordingly.

10. A party in breach should try to minimise damages caused by a failure to perform, both in his own interests and in those of the other party. If he does not do so he may be liable to pay compensation for loss or damage which otherwise could have been avoided, even though in principle the exemption clause operates. A party should therefore give notice as soon as practicable to the other party of his intention to rely on the exemption clause (see **Paragraph 4**).

11. Failure to give such notice in time would not only make the failing party liable in damages (**Paragraph 5**), but also deprive him of the right to rely on the exemption clause in respect of time before the notice. The latter is a rather harsh and serious consequence. In some contractual relations it may be difficult for the obligor to realise at once whether he will need to rely on the exemption clause. Parties who feel that such a limitation of the exemption clause is unreasonable may strike out the first sentence of **Paragraph 5** ("The ground... of notice").

12. A ground of relief relieves the failing party not only from damages but also from penalties and other contractual sanctions (**Paragraph 6**). It should be observed that the clause covers non-performance of all kinds of obligations, including monetary ones. In the case of payment the duty to overcome the impediment is a very absolute and forgoing one, and the conditions for relief will be satisfied only in exceptional circumstances. It may be argued, however, that a refusal or a withdrawal or any other lack of a necessary license exempting from currency restrictions in a particular context would qualify as an impediment under the clause. It may also be argued that the duty to pay interest until payment can be made is not a contractual sanction but just compensation for the use of capital. In any event, for the avoidance of doubt the clause specifies that it does not relieve a party from paying interest on a sum due. It should be noted that the clause does not introduce any duty to pay interest — e.g. on an advance on the purchase price — which would not follow from other legal or contractual provisions. However, if restitution of the purchase price is due, the clause does not relieve the debtor from any duty to pay interest on such debt, even if for the time being payment cannot be effected. In addition, exchange rate risks are normally borne by the debtor from the date payment is due. A creditor who wants the debtor to be liable for any fluctuations in the rate of exchange of the money of account, irrespective of force majeure, should protect himself in this respect by a specific clause.

13. Contrary to the Vienna Convention and a number of national legal systems, force majeure under the clause also protects the **failing** party from rescission or termination of the contract by the other party (**Paragraph 7**). Consequently the clause provides that the time for performance is prolonged for such period as may be reasonable. The test of reasonableness has to take into account not only the failing party's ability to resume performance, but also what interest the other party may have to go on with the contract in spite of late performance.

14. Parties are advised to fix a maximum period at the expiry of which any party may elect to terminate the contract if still unperformed (see **Paragraph 8**). Since circumstances may vary very much from case to case, it is a delicate task to fix the length of such period in a standard clause. Therefore no attempt has been made to set a definite period in the clause. Failing an express stipulation, a "reasonable period" test is applied. What is reasonable depends on the facts of the particular case.

15. It would be equally difficult to define the parties' precise rights and duties in case of termination. The Vienna Convention gives only the performing party and not the failing one a right to terminate the contract, and most national legal systems adopt a similar solution. This gives the obligee the option of terminating the contract or waiting until performance is possible.

In case of termination the consequences under the Vienna Convention as in most national legal systems are that each party has to restitute what he has received. The present clause, which allows also the failing party to terminate the contract, (after the expiry of the waiting period) has adopted a different system. No restitution is prescribed but each party is allowed to retain what he has received. But he has to account to the other party for any unjust enrichment resulting from the other party's performance (**Paragraph 9**). This is a very general formula which may not be suitable for certain contractual relations. (One example of a different solution is provided by the general conditions of sale of the United Nations Economic Commission for Europe, No. 188a -For the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export.) Parties are therefore advised to consider very carefully whether the provisions of **Paragraph 9** are suitable for their particular contract and, if not, to vary the clause accordingly. On the other hand, it may not be advisable to strike it out entirely as long as the failing party retains the right to terminate the contract.

Hardship provisions - Drafting suggestions

IMPORTANT: this is not a standard clause. It **cannot** be incorporated in a contract by reference.

1. Should the occurrence of events not contemplated by the parties fundamentally alter the equilibrium of the present contract, thereby placing an excessive burden on one of the parties in the performance of its contractual obligations, that party may proceed as follows:
2. The party shall make a request for revision within a reasonable time from the moment it becomes aware of the event and of its effect on the economy of the contract. The request shall indicate the grounds on which it is based.
3. The parties shall then consult one another with a view to revising the contract on an equitable basis, in order to ensure that neither party suffers excessive prejudice.
4. The request for revision does not of itself suspend performance of the contract.

The provision may then be continued with any one of the following four alternatives.

First alternative:

5. If the parties fail to agree on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request, the contract remains in force in accordance with its original terms.

Second alternative:

5. Failing an agreement of the parties on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request either party may refer the case to the ICC Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations in order to obtain the appointment of a third person (or a board of three members) in accordance with the provisions of the rules for the regulation of contractual relations of the ICC. The third person shall give his opinion to the parties as to whether the conditions for revision provided in **Paragraph 1** are satisfied. If so, he shall recommend an equitable revision of the contract which ensures that neither party suffers excessive prejudice.

6. The opinion and recommendation of the third person shall not be binding on the parties.

7. The parties will consider the third's person opinion and recommendation in good faith in accordance with Article 11 (2) of the said rules for the regulation of contractual relations. If the parties then fail to agree on the revision of the contract, the contract remains in force in accordance with its original terms.

Third alternative:

5. If the parties fail to agree on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request, either party may bring the issue of revision before the arbitral forum, if any, provided for in the contract, or otherwise the competent courts.

Fourth alternative:

5. Failing an agreement of the parties on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request either party may refer the case to the ICC Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations in order to obtain the appointment of a third person (or a board of three members) in accordance with the provisions of the rules for the regulation of contractual relations of the ICC. The third person shall decide on the parties' behalf whether the conditions for revision provided in **paragraph 1** are satisfied. If so he shall revise the contract on an equitable basis in order to ensure that neither party

suffers excessive prejudice.

6. The decision of the third person shall be binding on the parties and shall be deemed to be incorporated in the contract.

Comments and observations on Hardship provisions

1. Contrary to the Force Majeure clause which may be incorporated in a contract by reference, the provisions on hardship are not set out in the form of a standard clause. They have to be completed by the parties as necessary and inserted as express terms in the contract. When doing so the parties will, **inter alia**, have to choose which of the four alternatives relating to the effects of hardship (**Paragraphs 5 and following**) they wish to adopt.

2. **Paragraph 1** provides that hardship may be invoked by one of the parties if the occurrence of events not contemplated by the parties fundamentally alters the equilibrium of the contract thereby placing an excessive burden on the party invoking the clause, in the performance of his contractual obligations.

The terms "events not contemplated by the parties", "alter the equilibrium" and "excessive burden" are not defined or described in detail in the paragraph. However, the parties may specify the contingencies entitling a party to invoke the clause in their contract. They may particularly wish to do this if they want to avoid a very wide application of the clause.

3. The requirements for invoking hardship are less strict than those placed upon a party wishing to invoke the Force Majeure clause.

The event which gives rise to hardship must be one which was not contemplated when the parties made their contract, but it need not be one which the parties could not have taken into account. For instance, a contract provides for continued deliveries of ice at a fixed price. Under normal circumstances, the supplier would have obtained the ice from a nearby frozen lake. The winter turned out to be unusually mild, and the lake did not freeze sufficiently. The only way the seller could supply the ice was to produce it artificially. This increased his production costs enormously. The event was one not contemplated by the parties but which, strictly speaking, they could have taken into account. The hardship may also be one which the party invoking it could overcome such as an exorbitant price increase of raw materials.

Whereas force majeure may be invoked only when performance of the contract has become impossible or quasi-impossible, hardship may be invoked when the contractual equilibrium has been seriously disturbed.

Hardship may come into play not only when the party **providing** a performance is excessively burdened, but also if the value of the performance to the person **receiving** it becomes so minimal that it is utterly disproportionate to the benefit which will be gained by the other party.

However, hardship cannot be invoked by a party merely because the contract turns out to be unprofitable for him or because the profits flowing from it become considerably smaller than he expected them to be at the time the contract was concluded. Moreover, the hardship has to be evaluated in the context of the contract as a whole, and not just the part that has been performed.

4. The event invoked must have occurred after the making of the contract. Generally speaking, if the event occurs when the party invoking it is already in breach, and in particular if the event was caused by acts or omissions for which he is liable, he cannot normally rely on it as a ground for hardship. The party invoking hardship must continue to perform the contract (see **Paragraph 4**).

5. **Paragraph 2** bars a party from invoking the clause if he does not request a revision of the contract within a reasonable time from the moment he became aware of the event and its effects on the economy of the contract. The request has to indicate the grounds on which it is based. What is a reasonable time

depends upon the circumstances of the case.

6. When a request for revision has been made the parties have to consult one another with a view to revising the contract on an equitable basis in order to ensure that neither party suffers excessive prejudice (**Paragraph 3**).

A question arises as to what a party can do if the other party remains passive or refuses to negotiate. This may be of importance when a revision of the contract can be carried through only with the consent of both parties. (See Notes 8 and 9 below.) The answer to this question must be found in the law applicable to the contract. Under some legal systems there is a duty of good faith and fair dealing which a party who does not negotiate in good faith will violate.

7. In their contract the parties may opt for any one of four alternatives to be applied if they fail to agree on the revision of the contract within 90 days of the request of revision.

8. The first and the second alternatives lead to a revision of the contract only if both parties agree. Since there is no obligation to agree, failure to agree does not confer on either party any right to claim damages or other compensation from the other. **Paragraph 5**, first alternative, lets the contract remain in force in accordance with its original terms if the parties fail to agree on a revision. The party invoking the clause cannot require the other party to continue negotiations beyond the 90 days time limit.

9. **Paragraph 5**, second alternative, gives either party an option to refer the case to an independent third person. The ICC Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations is requested to appoint a third person (or a board of three members) in accordance with the Rules for the Regulation of Contractual Relations of the ICC (see "Adaptation of Contracts", ICC Publication No. 326). The third person gives his opinion to the parties as to whether the conditions for revision provided in **Paragraph 1** are satisfied and, if so, he recommends an equitable revision of the contract which ensures that neither party suffers excessive prejudice. The opinion and the recommendation of the third party are not binding on the parties (see **Paragraph 6**). Under **Paragraph 7** the parties have to consider the third person's opinion and recommendation in good faith in accordance with Art. 11 (2) of the above-mentioned Rules for the Regulation of Contractual Relations. If the parties then fail to agree on the revision of the contract, the contract remains in force in accordance with its original terms. No liability to damages or other compensation for failure to agree arises.

10. **Paragraph 5**, third and fourth alternatives allow either party to apply for a binding decision as to whether the conditions for a revision are fulfilled and, if so, what revision is to be made. **Paragraph 5**, third alternative, provides that after the 90 days time limit has expired either party may bring the issue of revision before the court or the arbitral tribunal provided for in the contract.

If the parties have not agreed to submit the case to a particular court of arbitration procedure, either party may bring an action in any court which has territorial jurisdiction to hear the case.

If the parties have made a submission agreement in the contract or when the dispute arose, the court or courts thus designated will generally have exclusive jurisdiction to hear the case. In some legal systems the courts are not empowered to adapt a contract to new circumstances. A party who intends to bring an action under **Paragraph 5**, third alternative, and parties agreeing to submit their dispute to a court will have to consider whether that court is empowered to adapt the contract.

11. **Paragraph 5**, fourth alternative, gives either party the same option to refer the case to a third person as does the second alternative. In this case, however, the decision of the third person appointed by the ICC Standing Committee is binding upon the parties, and is deemed to be incorporated in the contract (see **Paragraph 6**).