

Јован Вујичић*

Стручни чланак
УДК: 347.4
DOI: 10.46793/GP.0902.087V

HARDSHIP КЛАУЗУЛА*

Рад примљен: 05. 12. 2018.
Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

*Интерес за решавање проблема промењених околности у уговорним односима показују не само правници, већ и привредни субјекти и њихова удружења. Због веома уске примене међународних и националних извора у судској и арбитражној пракси, стране, да би отклониле неизвесност да ли ће, када и у ком правцу промењене околности утицати на правно дејство уговора, најчешће изричито расподељују ризик њиховог наступања. У циљу ослобађања од рутинерства које води слепом подражавању и преписивању, тј. уношењу у уговор уобичајених заштитних клаузула, без потпуног разумевања њиховог значаја, потребно је упознати се са врстама, садржином и дејством ових клаузула. Проучавањем унапред ових питања и уговарањем одредаба које одговарају околностима и потребама конкретне трансакције могу се избећи многе штете и недостаци који *post factum* могу настати у пословној пракси.*

Кључне речи: *hardship* клаузула, *clausula rebus sic stantibus*, промењене околности, међународни трговински уговори, Међународна трговинска комора.

I УВОД

После закључења уговора, а пре рока одређеног за његово испуњење, могу наступити околности чије последице нису обухваћене нормалним ризиком на који се, поступајући са потребном пажњом, мора рачунати код уговора односне врсте, које могу довести до привремене или трајне немогућности испуњења или потпуно изокренути финансијске прорачуне и нарушити економску основу на којој је правни посао почивао. Због својих карактеристика, међународни трговински уговори посебно су

* Асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, jvujicic@jura.kg.ac.rs.

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*.

„осетљиви“ на промену околности под којима су закључени и од којих се пошло при одређивању међусобних права и обавеза страна: обично се закључују на дужи временски период;¹ извршење обавеза уговорника често је подељено и временски раздвојено;² предмет им је све сложенији;³ за постизање одређених економских циљева није довољан један уговор, већ је неопходно закључити више међусобно повезаних уговора; значај реализације појединих правних послова расте, не само за стране уговорнице, већ и за државе и њихове економије.⁴

Питање правне релевантности промењених околности није ново, али добија све већи значај у савременом уговорном праву.⁵ То захтева да домаће право и међународна правила воде рачуна о њему, да заузму

¹ Наравно, уколико је време трајања уговорног односа дуже, већи је ризик да ће се околности променити. У том смислу се у званичном коментару UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре (International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2016; даље у фуснотама: UNIDROIT Начела) указује да ће правила којима се регулише *hardship* ситуација обично бити релевантна за дугорочне уговоре, иако њихова примена није изричито искључена у односу на друге врсте уговора. Вид. UNIDROIT Начела, Коментар 5. уз чл. 6.2.2, 222.

² За разлику од трансакција које се испуњавају истовремено и одједном (*one shot transaction*), а које су некада представљале доминантан облик пословне активности. Такав је нпр. случај код продаје са плаћањем у готову, где се врши обострана предаја ствари и новца из руке у руку.

³ Док се раније међународна трговина у суштини заснивала на извозу и увозу робе, сада све више укључује и размену услуга, трансфер технологија и успостављање заједничких пословних подухвата ради извршења одређених економских операција.

⁴ Вид. UNIDROIT 1983, Study L – Doc. 24; Progressive Codification of International Trade Law: Proposed Rules on Hardship with Introduction and Explanatory Report (prepared by Prof. Dr. D. Maskow of the Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung, Potsdam–Babelsberg); Rome, February 1983, 1, <http://www.unidroit.org/english/documents/1983/study50/s-50-024-e.pdf>, датум посете: 30.11.2018.

⁵ Због пораста трговине, интензивне интернационализације привредног живота и ширења тржишта појачана је међузависност, како између појединих држава, тако и њихових привредних субјеката и економских процеса. Невероватан напредак у комуникацијама и транспорту обезбедио је готово тренутни приступ удаљеним регионима. „Био изолациониста или интернационалиста, нико не може оспорити да се земља убрзано смањује.“ (S. D. Slater, *Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG*, Florida Journal of International Law No. 2, Vol. 12 (Summer 1998), 235) При производњи и испоруци само једног артикла учествује махом већи број коопераната и ако само један „затаји“ може доћи до заустављања читавог циклуса и озбиљних проблема и тешкоћа у испуњењу већ преузетих обавеза. Због тога се поремећаји у једном делу света могу као ланчана реакција пренети на уговорни однос између лица која се налазе на сасвим другом крају планете. Оваква ситуација чини уговор још комплекснијим и „тежим за управљање“.

одређене ставове, или их треба сматрати непотпуним.⁶ Интерес за решавање овог проблема показују не само правници, већ и привредни субјекти и њихова удружења. Због различитих и, по правилу, рестриктивних ставова прихваћених у националним правима, изворима униформног уговорног права и међународној судској и арбитражној пракси о могућности и условима пружања правне заштите у случају промењених околности, пословна заједница била је приморана да установи алтернативне методе и технике прилагођавања уговора новонасталим приликама. У том смислу препоручује се „под хитно“ уговарање пажљиво састављених заштитних клаузула, како би се повећала предвидљивост у пословању и избегли спорови и скупи судски поступци који се могу појавити „низ пут“, током испуњења уговора, у вези са тумачењем и применом чл. 79.⁷ Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе⁸ (Бечка конвенција)^{9, 10}.

⁶ C. Schmitthoff, *Frustration of International Contracts of Sale in English and Comparative Law*, у: *Some Problems of Non-Performance and Force Majeure in International Contracts of Sale*, Helsinki, 1961. Нав. према Ћ. Чобелић, *Промењене околности у привредном и грађанском праву (clausula rebus sic stantibus)*, Београд, 1972, 6.

⁷ Члан 79. гласи: „1. Кад једна страна не изврши неку од својих обавеза она неће одговарати због неизвршења ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била ван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир, да избегне или савлада такву сметњу или њене последице. 2. Ако је неизвршење једне стране последица неизвршења неког трећег лица које је та страна ангажовала да изврши уговор у целини или делимично, та страна се ослобађа одговорности само: а) ако би била ослобођена на основу претходног става; и б) ако би лице које је она ангажовала било ослобођено и кад би се одредбе тог става примениле на њега. 3. Ослобођење предвиђено овим чланом дејствује за време док сметња траје. 4. Страна која није извршила своје обавезе дужна је да обавести другу страну о сметњи и утицају сметње на њену могућност да изврши обавезу. Ако обавештење не стигне другој страни у разумном року пошто је страна која није извршила обавезе сазнала или морала сазнати за сметњу, та страна одговара за штету до које је дошло због непријема обавештења. 5. Ништа у овом члану неће спречити било коју страну да се користи било којим другим правом, изузев да захтева накнаду штете према овој Конвенцији.“

⁸ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; A/CONF.97/18, Annex I (даље у фуснотама: Бечка конвенција или Конвенција).

⁹ Конвенција је усвојена на дипломатској конференцији која је одржана у Бечу (Аустрија) од 10. марта до 11. априла 1980. године. Отуда и назив Бечка конвенција.

¹⁰ Вид. J. M. Bund, *Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner*, *Journal of Law and Commerce* No. 2 (Symposium – Ten Years of the United Nations Sales Convention), Vol. 17 (1997-1998), 383, 387, 393, 405. и даље; J. Rimke, *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer, 1999-2000, 241. и 243, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, датум посете: 30.11.2018.

У међународном трговинском промету у широкој употреби су тзв. *hardship* клаузуле, посебно међу привредницима са дугогодишњом сарадњом и узајамним поверењем. Консензус о „одобравању олакшица“ у случају када испуњење обавеза постане прекомерно теретно утицао је да се одржавање уговорне равнотеже сматра начелом *lex mercatoriae*.¹¹ Ипак, иако су *hardship* клаузуле честе у међународној трговини, оне не представљају међународне трговачке обичаје у смислу чл. 9. ст. 2. Конвенције,¹² па ће бити правно релевантне само ако их стране изричито или прећутно уговоре.¹³

¹¹ A. G. Doudko, *Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia*, Uniform Law Review No. 3, Vol. 5 (2000), 484. Правило је *lex mercatoriae* да чинидбе на финансијском плану остану уравнотежене и зато у скоро сваком међународном уговору цена се одређује према условима који постоје у време закључења уговора уз позивање на параметре којима се одражавају варијације вредности различитих елемената који чине предмет испуњења. (Вид. ICC Award No. 2291/1975, Clunet 1976, 989, https://www.trans-lex.org/202291/_icc-award-no-2291-clunet-1976-at-989-et-seq/, датум посете: 30.11.2018) Међутим, у другој одлуци, Арбитражни суд Међународне трговинске коморе одбио је примену UNIDROIT Начела, са образложењем, између осталог, да *hardship* правила, „барем тренутно“, не одговарају међународној трговачкој пракси, коју би арбитража морала да узме у обзир чак и када су стране изабрале конкретно национално право као меродавно за њихов уговор. (Вид. ICC arbitration, Case no. 8873, 1997, Uniform Law Review No. 4, Vol. 4 (1999), 1010) Како у међународној арбитражној пракси постоји тенденција посматрања UNIDROIT Начела као оличења општих начела међународног права и трговачких обичаја, овакве одлуке могу се сматрати као „неизбежне борбе којима се штити одступница“. (A. G. Doudko, *op. cit.*, 508) У вези са тим, Арбитражни суд Међународне трговинске коморе је, у предмету *Islamic Republic of Iran v Cubic Defense Systems, Inc.*, упућујући на примену *hardship* доктрине, истакао да је у многим правним системима установљен изузетак од основног начела *pacta sunt servanda* због тога што то захтевају поштење и правда када се околности битно промене због догађаја које у време закључења уговора није било разумно узети у обзир и који су били ван контроле погођене стране. Иако се усвојени концепти у великој мери разликују, идеја пружања правне заштите у случају промењених околности је широко прихваћена као опште правно начело и као таква може бити примењена у конкретном случају чак и ако не чини део меродавног права. Вид. ICC arbitration, Case no. 7365/FMS (final award) 05.05.1997, Uniform Law Review No. 3, Vol. 4 (1999), 797-798.

¹² „Сем друкчијег споразума, сматра се да су стране прећутно подвргле свој уговор или његово закључење обичају који им је био познат или морао бити познат и који је широко познат у међународној трговини и редовно га узимају у обзир уговорне стране у уговорима исте врсте у односној трговачкој грани.“

¹³ I. Schwenzer, *Article 79*, у: Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (ed. I. Schwenzer), Fourth Edition, New York, 2016, 1153.

II ТЕРМИНОЛОГИЈА

Израз *hardship* потиче из енглеског језика. Његово дословно значење било би „тешкоћа“ или „отежавајућа околност“.¹⁴ У домаћој литератури преводи се и као „клаузула о непредвидљивости“, односно „клаузула о промењеним околностима“.¹⁵ Наведени називи, међутим, нису одговарајући. Термин „клаузула о непредвидљивости“ је противречан. Стране уговарају ове одредбе управо да би избегле негативне последице промене околности, промене коју очекују или барем узимају у обзир могућност да до ње дође. У сваком случају, може се рећи да су оне у време закључења уговора имале некакву представу о могућој промени околности, која је изражена уговарањем ове одредбе. Због тога се не би могло рећи да је догађај који је касније наступио за њих био непредвидљив. Осим тога, назив „клаузула о непредвидљивости“ асоцира на теорију импревизије (*théorie de l'imprévision*) коју примењују управни судови у Француској. Израз „промењене околности“ за означавање *hardship* клаузуле је, пак, непрецизан, с обзиром да се у литератури неретко користи и као збирни назив за све накнадно настале околности које утичу на испуњење уговора, без обзира да ли га онемогућавају или „само“ ремете постојећу уговорну равнотежу. Полазећи од наведених примедби, постоји мишљење да би најадекватнији, иако можда широк, назив за оно што чини суштину *hardship* клаузуле био „клаузула о обавези преговарања о измени уговора услед промењених околности“.¹⁶ Осим што је широко познат у међународној трговинској пракси,¹⁷ предност коришћења овог израза је та да се њиме указује на утицај промењених околности на извршење уговорних обавеза, што у ствари и представља суштину проблема, а не сама промена околности.

¹⁴ Вид. М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора услед промењених околности – клаузуле „Hardship“*, Правни живот бр. 9-10, 1993, 1211; Ћ. Боланча Кекез, *Правни значај клаузуле rebus sic stantibus у приватном праву*, Правна ријеч бр. 43, год. XII (2015), 308; D. Tallon, *Hardship*, у: *Towards a European Civil Code* (eds. A. Hartkamp et al.), Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 500.

¹⁵ Вид. П. Шулејић, *Значај промењених околности у уговорима међународног привредног права*, Привредно-правни приручник бр. 6, 1990, 3. и даље.

¹⁶ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1211-1212.

¹⁷ Због тога је у UNIDROIT Начелима, у енглеској, француској и италијанској верзији, термин „*hardship*“ изабран за означавање онога што се у различитим правним системима признаје „под маском“ других концепата, као што су: енг. *frustration*, нем. *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, фр. *imprévision*, итал. *eccesiva onerosità sopravvenuta* итд. У шпанској верзији користи се у заградни, уз израз „*excesiva onerosidad*“ (језици на којима је до сада доступан званичан превод издања из 2016. године). Вид. UNIDROIT Начела, Коментар 2. уз чл. 6.2.1, 218.

III ДОПУШТЕНОСТ *HARDSHIP* КЛАУЗУЛЕ И ЊЕН ОДНОС ПРЕМА ОСТАЛИМ ЗАШТИТНИМ ОДРЕДБАМА

Како ове одредбе могу подразумевати повољнији положај за уговорну страну на коју се односе, у поређењу са њеним статусом код правног односа исте врсте код којих таква клаузула није уговорена,¹⁸ питања њихове допуштености са становишта конкретног позитивног права¹⁹ и услова²⁰ за њихову примену су од несумњивог практичног значаја. У принципу, свака страна је слободна при одлучивању у ком обиму ће преузети на себе обавезе и одговорност. Међутим, у пракси, слабија страна је често услед непостојања алтернативе „приморана“ да прихвати услове које, штитећи своје интересе, једнострано предлаже јача страна. Законом о облигационим односима²¹ дозвољено је уговарање различитих одредаба којима се врши усклађивање уговора са новонасталим приликама. Мисли се, пре свега, на клаузуле о осигурању вредности, којима се у извесном смислу посредно одступа од првобитно преузетих обавеза (у погледу њихове висине).²² Валутном и златном

¹⁸ Ово важи за све клаузуле неодговорности, па њихово присуство у корист једне стране је, најчешће, израз њеног економског преимућства у конкретном пословном односу. Посебан вид егзонерације представља уговорно проширење појма „више силе“. Клаузуле о околностима које спречавају извршење уговора постале су најраширеније средство и начин уговарања ослобођења од одговорности. (Вид. А. Ђирић, *Клаузуле неодговорности у упоредном праву и њихова злоупотреба*, у: Злоупотреба права (ур. Р. Ковачевић Куштримовић), Ниш, 1996, 162. и даље; А. Ђирић, *Клаузуле егзонерације у светлу Принципа европског и упоредног уговорног права*, у: Начела европског уговорног права и југословенско право: прилог хармонизацији домаћег законодавства (приредио Р. Д. Вукадиновић), Крагујевац, 2001, 227. и даље) Основни циљ *hardship* клаузула није, међутим, само искључење или ограничење одговорности за неиспуњење или неуредно испуњење преузетих обавеза, већ првенствено предвиђање обавезе поновног преговарања у циљу прилагођавања уговора промењеним околностима.

¹⁹ Стране могу искључити примену Бечке конвенције или, под резервом одредби чл. 12, одступити од било које од њених одредби или изменити њихово дејство. Конвенција, чл. 6. Више о диспозитивном карактеру Бечке конвенције вид. Р. Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право: општи и посебни део*, Крагујевац, 2012, 389. и даље.

²⁰ Према степену одређености околности чијим се наступањем (уколико имају предвиђене последице) активира обавеза поновног преговарања, разликују се специјалне и генералне клаузуле. Код првих се те околности набрајају, док се код других то врши на уопштен начин. Генералне клаузуле се најчешће користе као додатак специјалним, тако што се после набрајања додаје израз „и све друге околности исте врсте“.

²¹ Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

²² Њима се повериоци новчаних дугова штите од обезвређивања новца. То су споразуми по којима се дугована сума ревалоризује помоћу чинилаца који имају за основицу

клаузулом (чл. 395)²³ штити се од промене вредности валуте плаћања у односу на друге валуте, односно злато, док се индексном клаузулом²⁴ и клизном скалом (чл. 397)²⁵ настоји одржати куповна моћ новчаног потраживања. Имајући то у виду, може се закључити да у нашем праву, начелно, не постоје препреке у погледу допуштености *hardship* клаузуле.²⁶ Такође, с обзиром да се стране могу уговором унапред одрећи позивања на одређене промењене

унутрашњу или функционалну вредност новца. Вид. Ј. Радишић, *Облигационо право: опити део*, 7. издање, Београд, 2004, 65; *Report of the Secretary-General: clauses protecting parties against the effects of currency fluctuations (A/CN.9/164, 20 March 1979)*, у: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1979, Vol. X*, 48-60; В. Круљ, *Правна дејства монетарних промена и међународна плаћања*, Београд, 1963, 37-129.

²³ „Ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниј валути или злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе.“ Валутни ризик је нарочито велики у државама попут Србије, чија је национална валута дугорочно посматрано нестабилна, а не примењује се политика фиксног девизног курса, односно допушта се његово тржишно прилагођавање. Потребно је истаћи да се валутном клаузулом ризик не уклања, он и даље постоји, само су му изложени они дужници који приходе остварују у динарима или некој другој валути која није валута обавезе. Тако у случају депрецијације динара расте онај део прихода дужника који одлази на враћање главнице и плаћање камате. Б. Беговић, *Правно-економска анализа финансијског посредовања банкарског сектора у Србији: случај уговора о кредиту*, *Право и привреда* бр. 4-6, 2016, 325-326.

²⁴ Члан 396. („Индексна клаузула“) основног текста ЗОО (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 од 26. маја 1978. године), који је ступио на снагу 1. октобра 1978. године, гласио је: „Ништава је одредба уговора којом се износ новчане обавезе у домаћем новцу везује за промене цена добара, роба и услуга изражених индексом цена утврђеним од стране овлашћене организације (индексна клаузула), али ће бити пуноважна ако је изабрани индекс у непосредној економској вези са предметом посла тако да нема спекулативни значај или је таква одредба уговорена ради обезбеђења животног стандарда уговорне стране.“ Члан 396. и наслов изнад њега брисани су изменама објављеним у *Службеном листу СРЈ*, бр. 31/93 од 18. јуна 1993. године (ступиле на снагу осмог дана од дана објављивања), тако да је уговарање индексних клаузула дозвољено без икаквих ограничења. Ризик куповне моћи (ризик инфлације) постоји искључиво уколико су и извори средстава и кредитни пласмани у националној валути. Уколико су, пак, извори и пласмани (номинално или ефективно, индексирањем путем валутне клаузуле) у страниј валути, не постоји ризик инфлације. Инфлација у земљи порекла валуте је ирелевантна. Тај ризик, евентуално, може сносити онај од кога су та средства позајмљена. Б. Беговић, *op. cit.*, 327.

²⁵ „У уговорима у којима се једна страна обавезује да изради и испоручи одређене предмете дозвољено је уговорити да ће цена зависити од цена материјала и од рада, као и других елемената који утичу на висину трошкова производње, у одређено време на одређеном тржишту.“

²⁶ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1213.

околности,²⁷ не види се разлог због којег стране не би могле уговорити да ће у случају промењених околности приступити преговорима. Уговорна одредба о поновном преговарању има исти циљ као ограничавање разлога за раскидање уговора због промењених околности, пошто иде у прилог његовом одржању на снази.²⁸

За разлику од осталих уговорних средстава заштите у случају промењених околности које имају наглашени превентивни карактер,²⁹ *hardship* клаузула се примењује тек када дође до несразмере узајамних давања. Њен циљ, дакле, није да спречи нееквивалентност, већ да је отклони. Притом, *hardship* клаузула нема улогу „аутоматског детерминатора“ као претходно наведене уговорне одредбе.³⁰ *Hardship* клаузулом преузима се обавеза поновног преговарања,³¹ које може, али не мора, довести до раскида или измене уговора, и/или предвиђа се интервенција трећег лица.³² Стога она увек подразумева одређену сумњу у погледу крајње судбине уговора. Осим тога, док остале заштитне клаузуле постају оперативне у добро дефинисаним околностима и не примењују се осим у таквим конкретним случајевима, *hardship* клаузула, по правилу, представља „алат за општу употребу“ који може да се носи са великим бројем различитих ситуација. Разлика је и у обиму њиховог дејства. Остале заштитне клаузуле односе се само на висину новчане обавезе, док се *hardship* клаузула може применити на било који елемент уговора, како битни тако и споредни, на који су промењене околности утицале, као нпр. на одредбе о времену, месту и начину испуњења.³³ Наравно, уговорне стране могу ограничити њено дејство, у смислу одређивања састојака уговора о којима се може поново преговарати.

²⁷ Осим ако је то у супротности са начелом савесности и поштења. Вид. ЗОО, чл. 136.

²⁸ М. Ђурђевић, *Измене уговора*, Право и привреда бр. 4-6, 2018, 636.

²⁹ Ж. С. Ђурђевић, *Проблем еквивалентности у облигационом праву*, Београд, 1958, 72. и даље.

³⁰ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1218. Заштитне клаузуле су „дизајниране“ тако да се у случају промене паритета валуте испуњења према валориметру, мења и број новчаних јединица које је дужник дужан исплатити. Потреба њиховог уговарања постоји јер се начелом монетарног номинализма искључује одговорност дужника за пад вредности новца.

³¹ Више о поновним преговорима (*renegotiations*) вид. Ј. Вујичић, *Обавеза преговарања у случају промењених околности*, у: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније (ур. С. Ђурђевић), Књ. 5, Крагујевац, 2017, 335-346.

³² Уколико је предвиђено преговарање уз посредовање трећег лица, неопходно је означити посредника и прецизирати његова овлашћења. Нпр. да ли ће бити овлашћен само да предложи нацрт измене, односно допуне уговора или ће имати овлашћење да донесе одлуку коју ће стране бити дужне да поштују.

³³ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1218.

IV ОДНОС *HARDSHIP* КЛАУЗУЛЕ ПРЕМА СУДСКОМ РАСКИДАЊУ ИЛИ ИЗМЕНИ УГОВОРА ЗБОГ ПРОМЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ

У вези са односом *hardship* клаузуле и осталих правних средстава заштите начела једнаке вредности узајамних давања, поставља се и питање њеног односа према судском раскидању или измени уговора због промењених околности. Да ли уговарање *hardship* клаузуле искључује обраћање суду? Свакако да би интервенција суда без претходног вођења преговора била преурањена,³⁴ међутим, ако су преговори били неуспешни, страна која се позива на промењене околности могла би накнадно да захтева остварење свог права судским путем. Такође, могућа је и ситуација да наступе околности које нису предвиђене уговором или да односи који проистекну из промена нису потпуно регулисани. Право угрожене стране да накнадно захтева измену или раскид уговора представља још једно средство притиска на другу страну да у току преговора поступа савесно и испуњава друге обавезе.³⁵ Већа ангажованост у настојању да се постигне сагласност може се обезбедити и одређивањем да ће уговор престати да важи ако се преговори заврше без успеха.³⁶

Једини изузетак од правила да се погођена страна може обратити суду у случају неуспеха поновних преговора постоји када је уговорено да ће спор решити треће лице.³⁷ Таква могућност постоји у нашем праву, јер ако продавац и купац могу поверити одређивање цене трећем лицу (ЗОО, чл. 465), онда му могу поверити и прилагођавање уговора новонасталим

³⁴ Ако би захтев за измену или раскид уговора био поднет, а да претходно поновни преговори нису покушани, односно разумни рок није истекао, суд не треба да га одбије, већ да застане са поступком и упути странке на преговоре. (Вид. Ch. Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non- Performance in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn, 2009, 488-489; ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award 10021, 2000, тач. 33, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=832&step=FullText>, датум посете: 18.06.2018) Евентуално, може се прописати да ће суд такав захтев одбацити као преурањен, мада би то решење било сувише формалистичко.

³⁵ Гледишта у упоредном праву о питању правног уређења самих преговора, без обзира да ли ће уговор бити закључен или ће се преговарачи „развићи необављеног посла“, нису јединствена. Начелно становиште у англосаксонском праву је да стране задржавају потпуну слободу све до закључења уговора, док се у знатном броју континентално-европских држава сматра да преговори треба да се одвијају у оквиру одређених правила. Правни системи се разликују и по томе што су у једнима дужности страна у току преговарања уређене законом, док су у другима формулисане у судској пракси. Више о томе вид. М. В. Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, 26. и даље.

³⁶ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1220.

³⁷ *Ibid.*, 1219.

приликама. У том случају одлука трећег обавезује уговараче и незадовољна страна не би могла захтевати раскид или измену уговора судским путем.³⁸

Поновни преговори могу бити и успешно окончани. Њихов исход тада ће бити потпуно нов уговор, измена и/или допуна старог или, пак, његов раскид. Када су услови уговора измењени, поставља се питање да ли међу странама постоји облигација која свој основ има у првобитном уговору или смо већ на терену новације.³⁹ Уколико се измене односе на време, место или начин испуњења, међу уговорницима и даље постоји стара облигација. Међутим, када се ради о изменама које се односе на битне елементе уговора, разликовање је у пракси прилично непоуздано, поготово ако *animus novandi* није у споразуму изричито изражена. Према схватању које је у француској литератури добило позитивне оцене, ако нови и стари предмет служе остваривању истог циља за стране, може се сматрати да они имају исту субјективну потрошну вредност и да међу странама постоји стара облигација.⁴⁰

Hardship клаузуле се све чешће користе и код уговора без елемента иностраности, нарочито у оним правним системима у којима је могућност раскидања или измене уговора због промењених околности сведена у уске оквире изузетка, који важи само за поједине уговоре, као што је то случај у француском праву. Поред тога, национална правила о промењеним околностима су у великој мери уопштена, што оставља простор за различита тумачења и неизвесност уговорних страна у погледу читавог низа питања која се у пракси могу поставити. Тако се оне у савременом праву придружују корпусу правних средстава заштите начела једнаке вредности узајамних давања.

V ОПШТЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ *HARDSHIP* КЛАУЗУЛЕ

Уговарање *hardship* клаузуле, као избор да се уговор „ослободи“ ограничења која потичу из националних права,⁴¹ захтева да се она јасно, прецизно и детаљно регулише. Такође, потребно је обезбедити и унутрашњу конзистентност читавог уговора, у смислу усклађивања

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, 1221. Правни значај разликовања ова два споразума састоји се у томе што се код споразума са новационим дејством могу поставити питања која се начелно не постављају код новелирајућег споразума. Нпр. да ли после престанка примарног уговора постоје права која су обезбеђивала главно потраживање или се и она гасе, каква је правна судбина акцесорних обавеза итд. Вид. М. Ђурђевић, *Измене уговора*, 632.

⁴⁰ М. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, 1987, 30. № 60. Нав. према М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1222.

⁴¹ Е. Ch. Zaccaria, *The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade*, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 9 (2005), 158.

осталих одредаба са *hardship* клаузулом.⁴² Уређење услова под којима ће се *hardship* клаузула применити спада у домен слободе уговарања. Формулација *hardship* клаузуле варира од уговора до уговора, јер је неопходно прилагодити је односној трговачкој грани и специфичностима конкретне трансакције. Ипак, постоје неке опште карактеристике ове клаузуле. Најчешће је подељена на два дела. У првом делу, уговорне стране дефинишу претпоставку која ће представљати „окидач“ за примену ове клаузуле, док у другом делу, одређују њено правно дејство. Да би *hardship* клаузула била правно задовољавајућа (*legally satisfactory*), осим списка посебних догађаја (*laundry list*), неопходно је да садржи и завршну генералну одредбу (*catch-all provision*), стилизовану да покрије догађаје који нису изричито наведени. Ово због тога јер је једно од битних обележја промењених околности да се сви појавни облици не могу унапред предвидети.⁴³ У том смислу, стране нису увек у стању да процене шта се све може десити током испуњења, а понекад немају ни стрпљења, нити времена за оцену свих евентуалности у време закључења уговора.⁴⁴ Набрајање околности никада не може бити потпуно, с тим што треба имати у виду да иста околност у једном случају може, а у другом не мора имати карактер ослобађајуће околности.⁴⁵ Због тога оваква комбинација може изазвати и тешкоће при тумачењу и примени клаузуле. Нпр. у одређивању да ли је енумерација дата само примера ради⁴⁶ и, према томе, мора испуњавати предвиђене опште услове у сваком конкретном случају или се сматра да је каталог исцрпан и да су околности које су у њему наведене у складу са општом дефиницијом.⁴⁷ Стране уговором могу и

⁴² Нпр. ако уговор садржи и одредбе о гаранцији испуњења и *hardship* клаузулу, његово правно дејство може бити нејасно. Овај потенцијални проблем може се избећи навођењем да „гаранција подлеже *hardship* клаузули“ (*This warranty is subject to the hardship clause*).

⁴³ С. М. Schmitthoff, *Hardship and intervenor clauses*, The Journal of Business Law, March 1980, у: Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law (ed. Ch.-J. Cheng), Dordrecht-Boston, 1988, 419.

⁴⁴ Најчешће, главни интерес страна је да реше економске аспекте уговора, остављајући „правна питања“, која могу сматрати непријатним, али неизбежним делом преговора, да буду „ужурбано“ размотрена на крају. Жеља да се посао започне што пре може утицати и да стране потцене важност поклањања дужне пажње састављању одговарајуће *hardship* клаузуле којом се могу предупредити спорови када промењене околности наступе. Вид. E. Ch. Zaccaria, *op. cit.*, 158. и 174.

⁴⁵ Д. Попов, *Промењене околности и ослобођење од одговорности (виша сила) код уговора о продаји робе*, Зборник Матице српске за друштвене науке бр. 80 (1986), 79.

⁴⁶ У том случају обично се користи фраза „укључујући, али не ограничавајући се на“ (*including, but not limited to*).

⁴⁷ Вид. у том смислу P. Pichonnaz, *Article 7.1.7*, у: *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (ed. S. Vogenauer), Second Edition, Oxford, 2015, 870.

искључити поједине околности, тако да, ако наступе, погођена страна се на њих не може позвати.

Други аспект хипотезе *hardship* клаузуле састоји се у описивању утицаја који промена околности има на испуњење уговора. По правилу, потребно је да је услед промене околности дошло до веће несразмере узајамних давања. У међународној трговинској пракси користе се различите формулације. Тако се претпоставка да је уговорна равнотежа битно нарушена изражава речима: „терет осетно тежи од онога предвиђеног уговором“, „диспропорционална штета за другу страну“, „корист несразмерна обавезама“, „претерана материјална штета“ „битно поремећена економска база уговора“, „испуњење уговора довело би до неправичних последица за уговорне стране“, „представља неправичан терет“, „уговор треба да буде извршен у духу правичности“, „некоректност у односу на другу уговорну страну“, „ако услови тржишта постану такви да продајна цена буде мања од . . . (наводи се број или проценат)“, „ако цена премаша годишњу стопу од . . .“, „ако има за последицу повлачење гаранције банке“ итд.⁴⁸ Наведени примери могли би се поделити у две групе. Прву би чинили случајеви отежаног испуњења у којима су трошкови извршења обавезе повећани, док би у другој групи били случајеви у којима због промене околности долази до смањења вредности противчинидбе.

Поред услова који се односи на поремећај уговорне равнотеже, потребно је да промене околности буду „непредвидљиве“, односно такве да се нису могле разумно узети у обзир у време закључења уговора.⁴⁹ Тиме се одражава традиционално схватање према коме изузетак

⁴⁸ П. Шулејић, *Значај промењених околности...*, 7.

⁴⁹ Иако танана, разлика између ових формулација неспорно постоји. (К. Доловић Бојић, „Промењене околности“ у пракси домаћих судова, *Право и привреда* бр. 4-6, 2018, 677; П. Шулејић, *Институт промењених околности у новим изворима међународног привредног права*, *Право и привреда* бр. 7-8, 1995, 9; И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, 208) За примену правила о промењеним околностима није неопходно да догађај није било могуће предвидети у апстрактном, филозофском смислу. Довољно је да је у питању догађај који је био толико мало вероватан да разумна лица не виде потребу да изричито расподеле ризик његовог наступања, иако би утицај који би могао имати био толико значајан да би стране преговарале о томе да је догађај био вероватнији. (P. Trimarchi, *Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis*, *International Review of Law and Economics* No. 1, Vol. 11 (May 1991), 65; J. M. Perillo, *Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5 (Spring 1997), 23) Готово све што се икада десило било је на неки начин предвидљиво, будући да обично постоје подаци који омогућују кредибилну процену, па ипак, то не значи да због тога не може бити правно релевантно. Могућа је и обрнута ситуација. На то се указује у Предлозима за састављање *Hardship* одредаба Међународне трговинске коморе, следећим примером. Уговором су биле предвиђене континуиране испоруке

од начела дужности испуњења слободном вољом преузетих обавеза може бити установљен једино на основу недостатка који постоји у самој вољи. Поставља се питање да ли се пропуст страна да овај захтев изричито уговоре може тумачити као прећутна намера да поновни преговори и, евентуални, раскид или измена уговора буду условљени искључиво поремећајем уговорне равнотеже. Ако би то био случај, занемарила би се основна вредност овог елемента, а то је његова превентивна улога.⁵⁰ Може се претпоставити да би стране неопрезно и олако преузимале велике ризике, рачунајући да ће касније моћи да издејствују раскид или измену уговора. Тиме би се погодвало правној несигурности и пружала подршка несавесном и непоштенем поступању. Због тога, у духу позитивноправних решења проблема промењених околности, позивање на клаузулу треба условити и додатним претпоставкама.⁵¹ То значи да се страна погођена

леда по фиксној цени. У нормалним околностима, испоручилац добија лед из оближњег замрзнутог језера. Догодило се, међутим, да је зима била необично блага због чега се језеро није довољно заледило. Једини начин да продавац ипак изврши испоруку био је тај да вештачки произведе лед. Но, то би енормно повећало његове трошкове. Иако продавац није могао предвидети да се језеро те зиме неће замрзнути, строго говорећи, могао је то узети у обзир. (Вид. *Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, Paris, 1985, *Hardship provisions – Drafting suggestions*, Коментари и напомене, тач. 3) „Предвидљивошћу“ није обухваћен само одређени догађај, већ и његов значај, односно, прецизније, обим његовог негативног утицаја на испуњење уговора. У том смислу, приликом утврђивања да ли је могућност промене околности била таква да је разумно могла бити узета у обзир у време закључења уговора, неопходно је разликовати „благу“ од „акутне“ промене околности. (Е. McKendrick, *Article 6.2.2*, у: *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (ed. S. Vogenauer), Second Edition, Oxford, 2015, 818. Вид. такође *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (*Acquis Group*), Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll (даље у фуснотама: Нацрт заједничког оквира за упућивање), модел правило III – 1:110 ст. 3(б): дужник није у то време [када је обавеза настала] узео у обзир, нити се могло разумно очекивати да је узме у обзир, *могућност или размеру* те промене околности.) Тако се у литератури наводи пример уговора закљученог 1914. године на период од 60 година. Избијање рата, тј. неколико ратова, било је предвидљиво, али њихово продужено трајање, као и пропорције њихових последица, свакако, се не могу сматрати таквима. Вид. J. M. Perillo, *op. cit.*, 17.

⁵⁰ Постоји и схватање да је практичан значај „теста предвидљивости“ веома ограничен, због чега би преувеличавање његове вредности довело само до неоправданог повећања судијске дискреције. Предлаже се да се висок ниво правне несигурности умањи применом транспарентнијих критеријума, као што је анализа расподеле ризика, којом се са више прецизности утврђује права, пре него чисто хипотетичка, намера уговорних страна. Вид. А. G. Doudko, *op. cit.*, 499. и 501.

⁵¹ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1216.

промењеним околностима не може позвати на клаузулу, с једне стране, ако је, с обзиром на пажњу која се од ње захтева, била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности⁵² и, с друге стране, чак и ако није била дужна да те околности узме у обзир, ако их је могла избећи или савладати.⁵³ Ако је опасност била „предвиђена“, страна мора са дужном пажњом предузети све разумне мере како би спречила њен утицај на испуњење уговора. Најпре, да догађај не наступи, а ако је он био неизбежан, онда отклањањем његових последица. Чињеница да је *hardship* клаузула уговорена у извесном смислу подразумева да су стране биле свесне ризика будућих догађаја који могу нарушити равнотежу интереса. Поставља се стога питање испуњености услова да околности буду такве да их страна која се на њих позива није била дужна у време закључења уговора узети у обзир, нарочито ако *hardship* клаузула садржи списак догађаја. У пракси се, међутим, стране опредељују за ове клаузуле управо због тога што не могу предвидети да ли ће и када неки догађај наступити и како ће утицати на испуњење уговора.

Hardship клаузулом обично се изричито захтева од стране погођене промењеним околностима да обавести другу страну о промени околности и њеном утицају на испуњење уговора. У том случају потребно је предвидети форму и садржину обавештења, временски оквир и правне последице његовог непоштовања, да ли се пошљалац може позвати на обавештење само ако оно стигне адресату у утврђеном року или је за то довољно да је обавештење послато на начин који се сматра одговарајућим у датим околностима (ризик преноса). Уз то може се уговорити да по протеклу одређеног објективног рока престаје право позивања на промењене околности. Нпр. обавештење дато након шест месеци од датума када су околности наступиле биће без правног дејства. Најосетљивије питање у овој фази је како утврдити да ли *hardship* ситуација заиста постоји. То неће увек бити ни једноставно, нити лако, јер су критеријуми који се користе у клаузули често непрецизни. Такође, постоји и ризик да ће друга страна покушати да избегне поновне преговоре. У сваком случају, уговором може бити предвиђено да ће, ако се стране не споразумеју, обавезујућу одлуку донети треће лице.

Ако стране у току поновних преговора не постигну споразум, уговор ће остати на снази такав какав је, осим ако је изричито одређено да ће се

⁵² Околности које је страна у време закључења уговора била дужна да узме у обзир одразиле су се или су се могле одразити на садржину уговора. Радило би се, дакле, о пропусту у сопственој сфери на који се немарна страна не може позвати, према општем правном начелу да се нико не може позивати на свој пропуст у властиту корист. Ж. Шмалцел, *Неколико проблема клаузуле „rebus sic stantibus“ у судској пракси*, Привреда и право бр. 11, 1971, 21.

⁵³ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1217.

сматрати раскинутим. Како лошу веру на страни једног од уговорника није увек лако утврдити и како је трајна несагласност и након лојалних преговора реална могућност, потребно је предвидети правне последице за случај да се стране не споразумеју. Оне се у литератури називају и санкцијама „без којих би *hardship* клаузула једва била вредна папира на коме је записана“.⁵⁴ На овај начин истиче се њихова функција, не само да понуде алтернативна решења, већ и да подстакну уговорне стране да спорна питања реше међу собом, „пријатељским договором“.⁵⁵

VI ICC HARDSHIP CLAUSE 2003

Преговарање о *hardship* клаузули подразумева рад на самој сржи уговора, будући да је потребно „помирити“ и довести у склад основна начела уговорног права, с једне стране, начела дужности испуњења обавеза и слободе уговарања, а с друге стране, начела правичности, савесности и поштења и једнаке вредности узајамних давања. Због тога је важно да оне буду избалансиране и да се подједнако примењују на обе уговорне стране.⁵⁶ Да би олакшала процес њиховог састављања, Међународна трговинска комора (*International Chamber of Commerce – ICC*) је израдила и заинтересованим лицима препоручила *ICC Force Majeure Clause 2003* и *ICC Hardship Clause 2003*.⁵⁷⁵⁸ Клаузуле су дате одвојено једна од друге. Ово је учињено из два разлога. Прво, одредбе којима се предвиђају правне последице више силе се чешће користе од

⁵⁴ С. М. Schmitthoff, *Hardship and intervener clauses*, 420. Неопходно је предвидети правне санкције и за случај да се једна страна не одазове позиву на преговоре, иначе ће *hardship* клаузула имати озбиљну празнину.

⁵⁵ Е. Ch. Zaccaria, *op. cit.*, 155.

⁵⁶ М. Livanos Cattai, Secretary General of ICC, Foreword to *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, 3.

⁵⁷ Ове клаузуле су резултат опсежне расправе унутар Комисије за трговинско право и праксу Међународне трговинске коморе, а нарочито унутар Оперативне групе за *Force Majeure* и *Hardship*, којом је председавао проф. *Jan Ramberg* (Шведска). Главни редактор био је проф. *Charles Debattista* (Уједињено Краљевство). Радну групу чинили су још проф. *Filip de Ly* (Холандија), *Alexis Mourre* (Француска), *René von Samson-Himmelstjerna* (Немачка), *Fabian von Schlabrendorff* (Немачка) и *Peter Delargy* (Француска). (Вид. М. Livanos Cattai, Secretary General of ICC, Foreword to *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, 3) Међународна трговинска комора је претходно 1985. године објавила Клаузулу о вишој сили (о ослобођењу од одговорности) (*Force majeure (exemption) clause*) и *Hardship* одредбе – Предлози за састављање (*Hardship provisions – Drafting suggestions*). Вид. *Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, Paris, 1985.

⁵⁸ Приликом формулисања *hardship* клаузуле, као водич могу послужити и одредбе чл. 6.2.1-6.2.3 UNIDROIT Начела. Вид. UNIDROIT Начела, Коментар 8. уз Преамбулу, 6. и Коментар 7. уз чл. 6.2.2, 222.

одредаба о промењеним околностима, због чега се сматрало да би се чињењем да обе клаузуле функционишу аутоматски инкорпорисањем могла обесхрабрити употреба *Force Majeure* клаузуле.⁵⁹ Друго, клаузуле се примењују у различитим случајевима и имају различито правно дејство, па би стога требало да буду одвојене.⁶⁰ Наравно, обе клаузуле могу бити саставни део истог уговора. Њихова основна карактеристика садржана је у чињеници да су то модел клаузуле које нису подобне са самопримену (*self-applying*). Да би биле примењене, морају бити уговорене, или изричито или упућивањем.⁶¹ Могу се применити на било који уговор. Међутим, врло често овако широко формулисане одредбе морају се прилагодити посебним околностима конкретнoг уговора. Може се догодити да оне не буду погодне за одређену робу или одређене врсте послова. Отуда, уговорници треба да буду веома опрезни када се њима служе.⁶² Иако се стране подстичу да у уговоре уносе клаузуле са њиховим пуним називом, очекује се да ће се свако позивање на *ICC Force Majeure Clause*, односно *ICC Hardship Clause*, у недостатку доказа који говоре супротно, сматрати позивањем на ове клаузуле.⁶³

ICC Hardship Clause 2003 значајно се разликује од *ICC 1985 Hardship* одредаба. *ICC 1985 Hardship* одредбе нису биле дате у облику јединствене типске клаузуле на коју би се стране у уговору једноставно могле позвати. Стране су морале да их изричито уговоре и да их употпуне према својим потребама. Том приликом, уговорници су, *inter alia*, морали и да изаберу једну од четири могућности која се односи на дејство промењених околности.⁶⁴ Клаузула сада даје једну формулацију са јасним алтернативним последицама. Према „сопственом признању“, у њој се комбинују елементи чл. 1467. Италијанског грађанског законика и чл. 6.2.2 UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре.⁶⁵

⁵⁹ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена а) уз *ICC Hardship Clause 2003*, 16.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, 7. и 15.

⁶² Вид. *Introduction to Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, Paris, 1985.

⁶³ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, 7. и 15.

⁶⁴ Вид. *Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, Paris, 1985, *Hardship provisions – Drafting suggestions*.

⁶⁵ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена б) уз *ICC Hardship Clause 2003*, 16. У претходној верзији било је наведено да ни један ни други скуп одредаба није везан за било који посебан правни систем. Вид. *Introduction to Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, Paris, 1985.

На почетку, као и у UNIDROIT Начелима, Начелима европског уговорног права и Нацрту заједничког оквира за упућивање,⁶⁶ наглашава се да је страна уговорница дужна да изврши своје уговорне обавезе, чак и ако су догађаји учинили испуњење теретнијим него што се могло разумно очекивати у време закључења уговора.⁶⁷ С једне стране, овај став је непотребан у смислу да се на *hardship* ситуацију може позвати само ако је задовољен ригорозни тест садржан у ст. 2. клаузуле, и то би био случај без обзира да ли ст. 1. постоји или не. С друге стране, сматрало се да се изричитим изражавањем начела *pacta sunt servanda* трибуналима јасно указује да се ст. 2. може применити само ако су његови услови стриктно испуњени, будући да представља изузетак од редовног захтева за испуњење обавезе (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*).⁶⁸ С тим на уму, у ст. 1. користи се фраза „теретније него што се могло разумно очекивати у време закључења уговора“ (у ком случају се обавезе морају извршити), док је у ст. 2. употребљен захтевнији израз „прекомерно теретно“ (када се може одобрити „олакшање“). Дакле, праг за примену *hardship* клаузуле је виши од самог повећања трошкова испуњења, односно смањења вредности противпрестације. Изабрана квалификација је иста као у Начелима европског уговорног права (*excessively onerous*).⁶⁹ Поред тога, мора се радити о догађају који је ван разумне контроле погођене стране, за који се није могло разумно очекивати да буде узет у обзир у време закључења уговора, и да страна није могла разумно избећи или савладати догађај или његове последице.

ICC Hardship Clause 2003, као ни *ICC Force Majeure Clause 2003*, није ограничена на ситуације у којима су догађаји који чине испуњење претерано теретним наступили после закључења уговора (*supervening, subsequent events*). Стога би страна могла да се позове на клаузулу када једноставно није знала, нити је морала знати за постојање догађаја у време закључења уговора (*initial, existing events*).⁷⁰ Међутим, уколико стране желе да се клаузула примењује искључиво на догађаје настале након закључења уговора, оне то могу предвидети, будући да у *ICC Hardship*

⁶⁶ Вид. UNIDROIT Начела, чл. 6.2.1; *Principles of European Contract Law, Parts I and II – Combined and Revised*, Prepared by The Commission of European Contract Law – Chairman: Professor Ole Lando, Edited by: Ole Lando and Hugh Beale, The Hague, 2000. (даље у фуснотама: Начела европског уговорног права), чл. 6:111 ст. 1; Нацрт заједничког оквира за упућивање, модел правило III – 1:110 ст. 1.

⁶⁷ Вид. *ICC Hardship Clause 2003*, ст. 1.

⁶⁸ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена ц) уз *ICC Hardship Clause 2003*, 16.

⁶⁹ Начела европског уговорног права, чл. 6:111 ст. 2.

⁷⁰ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена д) уз *ICC Hardship Clause 2003*, 17.

Clause 2003 не постоји ништа што ограничава њихову слободу у том смислу.⁷¹

Што се тиче правних последица, *hardship* ситуација резултира дужношћу обе стране „да седну за сто“ како би, у разумном року од позивања на клаузулу, преговарале о алтернативним уговорним условима које разумно дозвољавају последице догађаја.⁷² Дрaстично одступање од UNIDROIT Начела, Начела европског уговорног права и Нацрта заједничког оквира за упућивање састоји се у томе што је у *ICC Hardship Clause 2003* предвиђено само да, у случају неуспешних преговора, „страна која се позива на ову клаузулу има право на раскид уговора“ (*the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract*).⁷³ Ово

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Вид. *ICC Hardship Clause 2003*, ст. 2.

⁷³ Вид. *ICC Hardship Clause 2003*, ст. 3. Осим модалитета предвиђеног у *ICC Hardship Clause 2003*, начелно, могућа су још два система у погледу решења у случају неуспеха у преговорима. Према првом, клаузулом се предвиђа овлашћење стране погођене промењеним околностима (или овлашћење обеју страна) да покрену поступак за решавање спора. (Вид. нпр. *Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business*, International Trade Centre, Geneva, 2010) Најчешће је реч о арбитражном трибуналу који је одређен арбитражном клаузулом садржаном у истом уговору, али се може радити и о посебном методу решавања спорова предвиђеном за случај промењених околности, у оквиру опште одредбе о решавању спорова. У сваком случају, решавање спора од стране „трећег лица“ треба да буде доступно након кратког временског периода у коме су стране „дале све од себе“ да самостално преговарају (нпр. свака страна се може обратити арбитражном трибуналу ако споразум није постигнут у року од 30 дана од дана упућивања захтева за преговоре). Посебно је значајно, како са становишта материјалног, тако и са становишта процесног права, изричито предвидети овлашћење арбитра да измене или раскину уговор у арбитражној клаузули, односно клаузули о промењеним околностима којом се упућује на арбитражну клаузулу. У супротном, арбитражна одлука којом је уговор измењен од стране арбитра који за то нису имали овлашћење, може бити изложена ризику да буде поништена према *lex arbitri*, а признање и извршење такве одлуке може бити одбијено према Њујоршкој конвенцији. (Више о томе вид. Ј. Перовић, *Раскид и измена уговора као правне последице промењених околности*, Право и привреда бр. 4-6, 2012, 640. и даље) Према другом систему, у случају неуспеха у преговорима, уговору се пружа још једна „шанса“, одлагањем испуњења за одређени временски период. Дужину рока, по правилу, одређују стране уговорнице, при чему или утврђују конкретни период времена (нпр. 30 дана, два месеца и сл.) или се опредељују за стандард разумног рока. Уколико промењене околности трају и по протеклу уговореног рока, уговор се може раскинути. Може се предвидети да право на раскид уговора има само страна погођена промењеним околностима или само друга страна, а могуће је да право на раскид имају обе уговорне стране. Вид. *Ibid.*, 643.

Према *ICC 1985 Hardship* одредбама, ако се у року од 90 дана од подношења захтева за измену уговора стране не споразумеју, клаузула се може наставити једном од четири предложене могућности: 1. уговор остаје у важности онако како је првобитно био

правило чини се „несрећним избором“ пошто се њиме не пружа прави подстицај странама (или барем оној у неповољном положају) да уложи најбоље напоре како би се усагласиле.⁷⁴ Раскид уговора треба да буде последње правно средство (*ultimum remedium*) и најгори сценарио, доступан само онда кад су све могућности за очување уговора исцрпљене (*favor contractus*), осим ако странс немају интерес да уговор опстане ни са измењеним условима.⁷⁵ У *ICC Hardship Clause 2003* није дат одговор на бројна питања која раскид уговора у пракси може покренути. Пре свега, да ли је реч о судском или вансудском раскиду? Ако се тумачењем закључи да су се стране определиле за вансудски раскид уговора,⁷⁶ даља питања се

закључен; 2. свака страна се може обратити Сталном комитету Међународне трговинске коморе за регулисање уговорних односа тражећи да овај именује треће лице (или веће од три члана) у складу са одредбама Правилника Међународне трговинске коморе о уређивању уговорних односа. Треће лице ће уговорним странама дати своје мишљење о томе да ли су испуњени услови предвиђени за измену уговора [*када догађаји које уговорне стране нису могле предвидети битно нарушавају равнотежу уговора, стварајући претерано тежак терет за једног уговорника у погледу извршења његове уговорне обавезе*]. Ако јесу, оно ће препоручити да се уговор правично измени како би се спречило да било која уговорна страна претрпи претерану штету. Мишљење и препорука трећег лица нису обавезни за уговорнике. Уговорници ће савесно размотрити мишљење и препоруке трећег лица у складу са поменутиим правилима о уређивању уговорних односа. Ако уговорне стране не успеју том приликом да се споразумеју о измени уговора, уговор ће остати у важности онакав какав је био првобитно закључен; 3. свака страна може изнети ово питање пред арбитражу ако је арбитража била уговорена, или поднети тужбу надлежном суду ако ништа друго није решено; 4. свака страна може се обратити Сталном комитету Међународне трговинске коморе за регулисање уговорних односа, тражећи да овај именује треће лице (или веће од три члана) у складу са одредбама Правилника Међународне трговинске коморе о уређивању уговорних односа. Треће лице ће у име уговорних страна одлучити да ли су испуњени услови предвиђени за измену уговора. Ако јесу, оно ће изменити уговор на правичној основи како би се спречило да било која од уговорних страна претрпи претерану штету. Одлука трећег лица обавезује уговорнике и сматра се саставним делом уговора.

⁷⁴ С. Kessedjian, *Competing Approaches to Force Majeure and Hardship*, International Review of Law and Economics No. 3, Vol. 25 (September 2005), 425.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Уп. „Thus, where paragraph 3 does not work, either because the performing party fails to offer alternative terms or because the non-performing party fails unreasonably to accept them, then the likelihood is that a claim will be made, either for termination brought by the party invoking the Clause or for breach of contract brought by the other party. That claim would go to arbitration or litigation under the general dispute resolution terms in the contract, for example by reference to any of the dispute resolution services provided by ICC.“ (Истакло Ј. В.) *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена е) уз ICC Hardship Clause 2003, 17.

односе на оцену испуњености услова за раскид, реализацију, као и правне последице раскида.⁷⁷

У *ICC Hardship Clause 2003* није предвиђено обраћање суду (арбитражи) ако стране током преговора не постигну споразум. Сматрало се да клаузулом треба охрабрити стране да раде на сопственим решењима, уместо да се изричито стипулише могућност ограниченог упућивања предмета трибуналу.⁷⁸ Оцењено је да би постојање посебне одредбе о решавању спорова у *hardship* случајевима, која би постојала уз општу одредбу о решавању спорова, могло изазвати непотребну и непожељну конфузију.⁷⁹

VII ЗАКЉУЧАК

Интерес за решавање проблема промењених околности у уговорним односима показују не само правници, већ и привредни субјекти и њихова удружења. Због веома уске примене међународних и националних извора у судској и арбитражној пракси, стране, да би отклониле неизвесност да ли ће, када и у ком правцу промењене околности утицати на правно дејство уговора, најчешће изричито расподељују ризик њиховог наступања. Да би олакшала процес њиховог састављања, Међународна трговинска комора је израдила и заинтересованим лицима препоручила *ICC Hardship Clause 2003*. Приликом формулисања *hardship* клаузуле, као водич могу послужити и одредбе чл. 6.2.1 – 6.2.3 UNIDROIT Начела. Како би се узеле у обзир посебне карактеристике одређене трансакције, међународни трговински уговори често садрже много прецизније и детаљније одредбе. У одсуству потребе за заштитом потрошача, међународна трговина представља идеално окружење за слободан развој уговорних структура.⁸⁰ *Hardship* клаузула треба да буде избалансирана и да се подједнако примењује на обе уговорне стране. Колико ће то у пракси бити остварено, остаје питање равнотеже и смисла за меру, како „помирити“ и довести у склад основна начела уговорног права, с једне стране, начела дужности испуњења обавеза и слободе уговарања, а с друге стране, начела правичности, савесности и поштења и једнаке вредности узајамних давања. У сваком случају, приликом састављања *hardship* клаузуле неопходно је, у што је могуће већој мери, избегавати недоречености и

⁷⁷ Вид. Ј. Перовић, *op. cit.*, 643.

⁷⁸ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена е) уз *ICC Hardship Clause 2003*, 17.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Вид. К. Р. Berger, *The relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new lex mercatoria*, Uniform Law Review No. 1 (Symposium „International Uniform Law Conventions, Lex Mercatoria and UNIDROIT Principles“, Verona University (Italy), Faculty of Law, 4-6 November 1999), Vol. 5 (2000), 166.

нејасноће. Савршена одредба, која одговара свим околностима, свакако да не постоји, али се зато њеним пажљивим формулисањем могу решити барем неке тешкоће у пракси, док ће друге неизбежно наставити да се појављују с обзиром на неизвесност повезану са предвиђањем будућности.

Jovan Vujičić*

HARDSHIP CLAUSE

Summary

Interest in solving the problem of changed circumstances in contractual relationships is shown not only by lawyers, but also by economic entities and their associations. Due to the very narrow application of international and national sources in the court and arbitration practice, the parties, in order to eliminate the uncertainty about whether or not, when and in what direction the changed circumstances affect the legal effect of the contract, most often explicitly allocate the risk of their occurrence. In order to free the routine approach that leads to blind stimulation and rewriting, i.e. entering into the contract of the usual safeguard clauses, without a complete understanding of their importance, it is necessary to become familiar with the types, content and effect of these clauses. By examining these issues in advance and contracting provisions appropriate to the circumstances and needs of specific transactions can be avoided many damages and deficiencies that may arise post factum in business practice.

Key words: *hardship clause, clausula rebus sic stantibus, changed circumstances, international commercial contracts, International Chamber of Commerce.*

* Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac.