

UNIVERZITET U SARAJEVU – PRAVNI FAKULTET

Seriya “Pandemija i pravo”  
Eseji, osvrti i komentari  
br. 2/2020

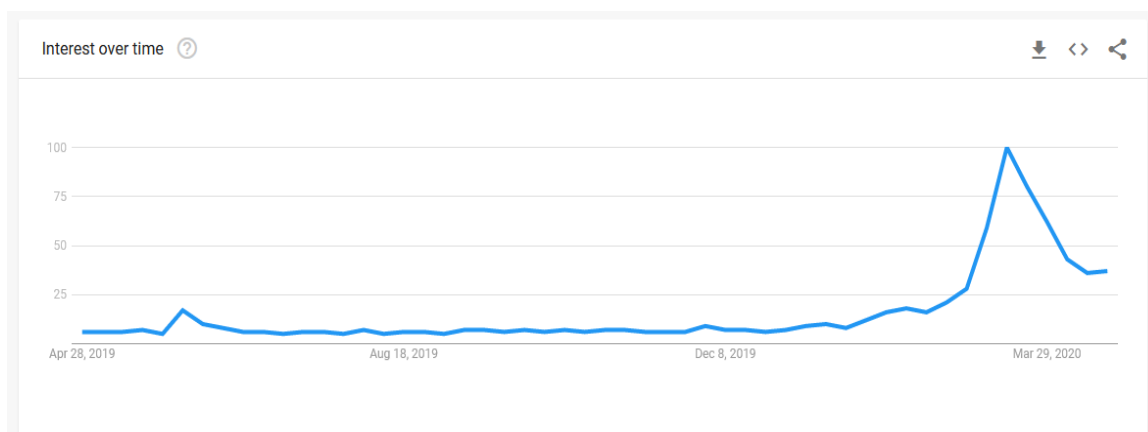
Prof. dr. Zinka Grbo  
JE LI PANDEMIJA OPRAVDANJE ZA NEIZVRŠENJE  
UGOVORNIH OBAVEZA?



Sarajevo, 4. 5. 2020.

## JE LI PANDEMIJA OPRAVDANJE ZA NEIZVRŠENJE UGOVORNIH OBAVEZA?

Grafička ilustracija porasta pretraživanja pojma *Force Majeure* u prvom kvartalu 2020. godine na Google pretraživaču evidentan je pokazatelj zainteresiranosti (i zabrinutosti?) poslovne zajednice u vezi s posljedicama koje bi pandemija koronavirusa (COVID-19) mogla imati na njihove (pravne) poslove, prije svega međunarodne trgovačke ugovore čiji su potpisnici i mnogi bosanskohercegovački privredni subjekti. Ekonomski stručnjaci, bez izuzetka, konstatiraju da će ekonomske posljedice pandemije biti nova “velika depresija”, pri čemu je već sada lako ustanoviti da su pojedine djelatnosti izgubile svoj *ratio* obavljanja. Nadajmo se, privremeno.



Izvor: Google trends, pretraživani pojam – *force majeure*

No, što je s pravnim aspektom posljedica pandemije izraženim u neizvršavanju obaveza iz ugovora, a koji predstavlja instrument nastanka i realizacije pravnog posla? Čak je i među pravnim laicima uvriježen pojam “viša sila” kao ultimativni *deus ex machina* za opravdanje i objašnjenje nemogućnosti i spriječenosti u ispunjenju očekivanog. Međutim, moguća fatalistička interpretacija pojma i djelovanja više sile mogla bi ostaviti razočaranima sve one koji joj pribjegavaju, budući da pravno razumijevanje ovog razloga za izuzeće od odgovornosti u izvršavanju ugovornih obaveza počiva na kompleksnijem osnovu. Polazeći od stava da temeljni princip ugovornog prava *pacta sunt servanda* (ugovor je zakon za stranke) podrazumijeva obavezu stranaka na realizaciju ugovora, sasvim praktičnim se, u odsudnom trenutku (*sic*), postavlja pitanje jesu li moguće situacije u kojima će one opravdano biti izuzete od odgovornosti za njegovo neizvršenje, odnosno, naknadu štete.

Nažalost, nema jednoznačnog odgovora.

Oslobođenje od odgovornosti za neizvršavanje ugovornih obaveza je pravni institut univerzalno rasprostranjen u svim pravnim sistemima. Međutim, razlozi za opravdanost nerealizacije principa *pacta sunt servanda*, kao i procedura i posljedica koje slijede u tim slučajevima, u pojedinim pravnim režimima divergentno su uređeni. Imajući to u vidu, odgovor na postavljeno pitanje je moguće dati ukoliko se u kontekst stave karakteristike svakog konkretnog ugovora. Generalno se može istaći da se definiranje pojma više sile u različitim pravnim sistemima odlikuje sljedećim zajedničkim nazivnicima – nepredvidljivošću i nemogućnošću kontrole okolnosti koja je nastupila nakon zaključenja ugovora i posljedicama koje se nisu mogle izbjeći (nit) i prevazići, a koje su uzrokovale neizvršenje ugovornih obaveza. Sve to bi, slažu se pravni teoretičari, onemogućilo izvršenje ugovornih obaveza *prima facie*. Bitno je naglasiti – ispunjenje ugovora bi ugovornoj strani usljed ovih okolnosti postalo *nemoguće*. No, da li će u konkretnom slučaju sud odnosno arbitražni tribunal, cijeniti jesu li ove okolnosti nastupile, i naročito da li su onemogućile izvršenje obaveza, ovisi o nekoliko faktora. Prije svega, kojem će pravnom režimu biti podvrgnut konkretni ugovor, kao i to da li ugovor sadrži klauzulu o izuzeću od odgovornosti. Kako su anglosaksonski (*Common Law*) i evropskokontinentalni (*Civil Law*) pravni sistemi utemeljeni na bitno različitim osnovama, i pristup razumijevanju pojma više sile je drugačiji. Jezičko razlikovanje je evidentno – *Force Majeure, vis major, Act(s) of God*, i upućuje na diferencijaciju onoga što čini njegov sadržaj. Da li će, stoga, COVID-19 imati sadržaj više sile kao razloga za oslobođenje od ugovornih obaveza? Pitanje je, osim toga, hoće li se višom silom smatrati pandemija, kao takva, uz sve posljedice koje nosi, npr. povećanje cijena, ili mjere vlada određenih država kojima je npr. zabranjeno obavljanje pojedinih djelatnosti, izvoz ili uvoz, transport i sl.

U anglosaksonskom pravu, naprimjer, ustanovljavanje da li postoje razlozi za isključenje odgovornosti polazi od toga da li je u ugovoru unesena klauzula u kojoj su izrijekom navedene okolnosti koje se smatraju višom silom (poplava, rat, zemljotres, epidemija...). Tako će se, po metodu indukcije, smatrati da ukoliko su nastupile okolnosti navedene u konkretnom ugovoru, ugovorna strana neće odgovarati za neispunjenje obaveza. Deduktivni metod, imanentan većini evropskih zemalja, podrazumijeva da je zakonom unaprijed predviđeno, za neograničeni broj slučajeva, generalnom klauzulom, pod kojim uslovima će doći do izuzeća od odgovornosti. Pri čemu je i u ovim pravnim sistemima moguće ugovorom isključiti odgovornost zbog nastupanja više sile, odnosno okolnosti koje se nisu mogle predvidjeti, kontrolirati i čije se posljedice nisu mogle ublažiti niti izbjeći (u pravilu, kumulativno). Pravno *naravoučenje* – stipuliranje u ugovor klauzule o izuzeću od odgovornosti kao instrumenta alokacije rizika moglo bi zasigurno postati uobičajena praksa u budućnosti.

Nije potrebno posebno naglašavati da će nacionalni sudovi i arbitražni tribunali donositi odluku imajući u vidu okolnosti svakog pojedinog slučaja. S tim u vezi, kako je navedeno, izvršenje ugovora mora biti onemogućeno usljed navedenih okolnosti. Varijacija na temu okolnosti koje se karakteriziraju kao one koje se nisu mogle predvidjeti, kontrolirati i čije se posljedice nisu mogle ublažiti niti izbjeći, ali čije izvršenje nije nemoguće, nego je (samo) otežano, kvalificira jedan drugi pravni institut – poznat u komparativnim pravnim sistemima pod različitim nazivima, ali ne i istovjetnim sadržajima – *Hardship*, *clausula rebus sic stantibus*, *excesiva onerosità sopravvenuta*, odnosno promijenjene okolnosti. Ovdje je interesantno spomenuti da pravo SAD-a ne poznaje ovaj pravni institut. Održanje ugovora na snazi, odnosno *princip pacta sunt servanda*, u tolikoj mjeri je značajno da se i najekstremnije prepreke u izvršenju ugovora kvalificiraju kao *impracticability*, što za posljedicu često nema isključenje odgovornosti.

Uz uvažavanje specifičnosti pojedinih nacionalnih propisa koji će se primjenjivati, tj. primjenjivog prava na konkretni ugovor, nije moguće ponuditi apriorni odgovor na pitanje da li je COVID-19 viša sila, odnosno promijenjena okolnost, a što bi trebalo rezultirati oslobođenjem od odgovornosti. Osim toga, u svakom konkretnom slučaju moralo bi se ustanoviti da li je pandemija bila predvidljiva u vrijeme zaključenja ugovora. Nesporno je da istu svijest o pandemiji (a prije njenog zvaničnog proglašenja) nisu mogli imati poslovni subjekti iz npr. Kine, Italije, Bosne i Hercegovine ili Meksika. Zatim, bez obzira na to što je pandemija (eventualno) bila predvidljiva, da li je njeno nastupanje predstavljalo smetnju, odnosno prepreku za izvršenje ugovora, i u kojoj mjeri, što je neophodno dokazati. Također, što je vrlo bitno, posljedice na pravnu sudbinu ugovora mogu biti različite, da li će se ugovor raskinuti ili ostati na snazi, uz eventualne izmjene, odnosno adaptacije. Naravno da je moguće da u konkretnom sporu pred sudom ili arbitražnim tribunalom bude utvrđeno postojanje okolnosti koje se kvalificiraju kao viša sila, što za posljedicu može imati izuzeće dužnika od izvršenja obaveze, odnosno, naknade štete. Pri tome, ne treba se unaprijed radovati izuzeću od izvršenja obaveze plaćanja. Novčane obligacije, čemu svjedoči globalna sudska i arbitražna praksa, nikada nisu izuzete! Plaćanje cijene iz ugovora se podrazumijeva, po principu “novac se uvijek nađe”. Ilustrativan primjer predstavljaju slučajevi neuspješnog pozivanja na izuzeće od odgovornosti zbog enormnog povećanja cijena transporta usljed zatvaranja Sueckog kanala, u dva navrata.

Poseban sistem pravila u kontekstu oslobođenja od odgovornosti za naknadu štete sadrži Konvencija UN-a o međunarodnoj prodaji robe (Bečka

konvencija), koja čini dio bosanskohercegovačkog prava. To je jedan od razloga zašto je moguće da će se figurirati kao primjenjivo pravo u sporovima povodom ugovora o međunarodnoj prodaji robe, u kojima se kao strana pojavljuje poslovni subjekt iz Bosne i Hercegovine. Bečka konvencija normira oslobođenje od odgovornosti za neizvršenje obaveze za stranu koja *dokaže da je do neizvršenja došlo zbog smetnje koja je bila van njene kontrole i da od nje nije bilo razumno očekivati da u vrijeme zaključenja ugovora smetnju uzme u obzir, da izbjegne ili savlada takvu smetnju i njene posljedice*. Ne ulazeći u elaboriranje navedenih uslova za ostvarenje izuzeća od odgovornosti, indikativno je pogledati presjek sudske i arbitražne prakse u ovom segmentu da bi se ustanovilo da se ekonomske poteškoće smatraju komercijalnim rizicima. Tako da su fluktuacije cijena na tržištu (pojedinih roba i do 300%), predvidljive, te stoga ne ispunjavaju kriterij za izuzeće.

Da li će okolnosti izazvane pandemijom u jednom konkretnom slučaju predstavljati razlog za oslobođenje od odgovornosti je faktičko pitanje. Univerzalnog odgovora na pitanje predstavlja li COVID-19 višu silu, dakle, nema. Ukoliko ugovor ne sadrži klauzulu o isključenju odgovornosti, neophodno je procijeniti na koji način je, u skladu s pravilima primjenjivog prava, normirano pitanje više sile, odnosno isključenja odgovornosti od izvršenja obaveza. Pretpostavka je da će sporova povodom iznesenog pitanja biti, ali ne i da će se oni olako rješavati “u korist” više sile.