

УДК: 339.5:665.6

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23306A

др **Маша МИШКОВИЋ***
асистент са докторатом Универзитета у Београду –
Правног факултета, Србија

АКТИ ДРЖАВНИХ ОРГАНА КАО ВИША СИЛА У УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ НАФТЕ И ГАСА**

Сажетак

У овом раду разматра се улога аката државних органа на извршење обавеза у уговорима о међународној продаји нафте и гаса. Посматра се питање да ли такви акти представљају вишу силу на коју се уговорне стране могу позвати како би се ослободиле од извршења уговорне обавезе и од уговорне одговорности. Наведено питање се анализира кроз арбитражне и судске одлуке у споровима који су поводом овог питања настали још седамдесетих година прошлог века. Питање постаје нарочито актуелно од априла 2022. године, када је у Русији донет Указ о преласку на плаћање гаса у рубљама. Посебну важност привукло је то што је већ донећа једна арбитражна одлука у којој је овај Указ као акт државног органа (председника државе) квалификован као виша сила. На питање да ли акти државних органа представљају вишу силу код

* Електронска адреса аутора: masa.miskovic@ius.bg.ac.rs.

** Овај рад представља резултат истраживања на стратешком пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2023. годину.

уговора о међународној продаји нафте и гаса одговор није једнозначан, јер ће то зависити од околности сваког конкретниог случаја.

Кључне речи: Виша сила. – Акти државних органа. – Продаја нафте и гаса. – Уговори о међународној продаји.

І Увод

І. Актуелност теме

Уговори о међународној продаји нафте и гаса су као дугорочни уговори нарочито осетљиви на различите промене у међународном привредном окружењу, које је веома сложено и пуно неизвесности.¹ Енергија и трговина енергијом имају стратешки значај, те различити дестабилизујући фактори који се појављују током трајања уговора у области енергетике имају значајан утицај не само на конкретан уговорни однос, већ и на националне стратешке интересе.²

Подстицај за писање овог рада је арбитражна одлука *ad hoc* арбитражног суда у Стокхолму од 14. новембра 2022. године, у којој је указ председника Руске Федерације о плаћању гаса у рубљама оцењен као околност која представља вишу силу.³ Циљ рада је да се размотри да ли одлуке, односно акти државног органа, по правилу, представљају вишу силу, нарочито у уговорима о међународној продаји нафте и гаса, или је то ипак околност чија квалификација зависи од специфичности сваког конкретног случаја.

1 Ови уговори се обично закључују на период од 20 и више година. Вид. Pietro Ferrario, *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, 3.

2 У енергетском сектору привреде изражен је национални стратешки интерес. Енергија и трговина енергијом су од стратешког значаја зато што значај енергије увек превазилази цену енергената. Вид. Александар Ковачевић, „Трговина енергијом“, *Право енергетике – зборник радова* (ур. Бранислава Лепотић Ковачевић), Београд, 2005, 596.

3 Указ председника Русије бр. 172 од 31. марта 2022. о посебном поступку за испуњавање обавеза страних купаца према руским испоручиоцима природног гаса – Указ о плаћању гаса у рубљама/Указ (*Указ о специјалном порядке исполненија иностранными покупателями обязательств перед российскими поставщиками природного газа*), доступно на адреси: <http://kremlin.ru/acts/news/68094>, 14. 8. 2023.

Напомена – Арбитражна одлука у овом спору није јавно доступна, те су подаци преузимани са веб-сајтова страна у спору и из других интернет извора.

2. Хронологија арбитражног спора

Спор је настао између финске енергетске компаније „Гасум“ (*Gasum*) и руског „Гаспром Експорта“ (*Газпром Экспорт*), који је зависно друштво с ограниченом одговорношћу руског „Гаспрома“ (са његовим 100% уделом). Компаније су закључиле дугорочни уговор о испоруци природног гаса, чије је трајање предвиђено до 31. децембра 2031. године, са плаћањем у еврима.

Према Указу о плаћању гаса у рубљама, почев од 1. априла 2022. године плаћање за испоруке природног гаса које се спроводе после 1. априла 2022. врши се у рубљама по оним спољнотрговинским уговорима који су закључени са страним лицима, по којима се испорука врши у стране државе које спроводе „непријатељске радње“ у односу на Руску Федерацију, руска правна и физичка лица, као и ако је место регистрације страних лица таква страна држава.⁴ Поред тога, Указом се забрањује даља испорука природног гаса коју руски испоручилац врши страним лицима, ако је рок плаћања истекао, а страни купац није извршио плаћање, извршио је делимично плаћање или је плаћање извршио у иностраној валути или на рачун у банци која не представља овлашћену банку у смислу Указа (једино „Гаспром банка“), ако се испорука врши у државе које предузимају „непријатељске радње“ према Руској Федерацији, руским правним и физичким лицима.⁵

Када је „Гаспром Експорт“ захтевао од „Гасума“ плаћање у рубљама уместо у еврима (како је било предвиђено уговором), „Гасум“ је то одбио и покренуо *ad hoc* арбитражу у Стокхолму. Након тога, у мају 2022. „Гаспром Експорт“ је прекинуо испоруку природног гаса „Гасуму“.

У арбитражној одлуци донетој 14. новембра 2022. године, разматрајући Указ о плаћању гаса у рубљама, одлучено је, између осталог, о три битна питања. Прво, наложено је „Гасуму“ да „Гаспром Експорту“ исплати 300 милиона евра за испоручени природни гас и неиспуњење обавезе „узми или плати“ (*take or pay*), као и камату за доцњу у исплати цене.⁶ Наведено плаћање, према одлуци арбитраже, треба извршити у еврима, како је предвиђено уговором. Друго, одлучено је да Указ о преласку на плаћање природног гаса искључиво у рубљама представља

4 Указ, тач. 1 а).

5 Указ, тач. 1 б).

6 „*Take or pay*“ је одредба у уговору о продаји (најчешће у енергетским уговорима), којом се купац обавезује да од продавца купи унапред договорену количину робе у одређеном периоду, најчешће на годишњем нивоу (*Annual Contract Quantity – ACQ*), односно до одређеног датума, или се обавезује да продавцу плати одређени износ и када предвиђену количину робе није купио. Вид. [investopedia.com/terms/t/takeorpay.asp](https://www.investopedia.com/terms/t/takeorpay.asp), 11. 8. 2023; P. Ferrario, 3, 18.

вишу силу, те даје право „Гасуму“ на раскид уговора. Треће, арбитражни суд је обавезао уговорне стране да наставе преговоре како би решиле настали проблем (без обзира на право „Гасума“ да раскине уговор), посебно у вези са даљом испоруком природног гаса.⁷

II Виша сила у уговорима о међународној продаји нафте и гаса

Уговори о међународној продаји нафте и гаса су веома осетљиви на непредвиђене околности и промене економске, политичке и правне природе. Имајући у виду да су уговори у области енергетике, по правилу, дугорочни уговори, ризик настанка непредвиђених околности које утичу на извршење уговорних обавеза током њиховог трајања практично постоји увек. Поред тога, у области енергетике је утицај државе и државне политике веома изражен и драстично већи у односу на друге привредне гране.⁸ Стога, и акти државних органа који се доносе током трајања дугорочних уговора могу значајно утицати на (не)извршење уговорних обавеза.⁹

Питање да ли акти државних органа представљају вишу силу, на коју се уговорне стране могу позвати током трајања уговорног односа, иако врло актуелно, није ново. Оно се појављивало у судској и арбитражној пракси још седамдесетих година прошлог века.

UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре, која су општепозната и широко примењивана,¹⁰ имају значајну улогу и у области уговора о међународној продаји нафте и гаса.¹¹ У Начелима се наводе три примера догађаја са објашњењем на који од њих би се уговорне стране могле позвати као на околност више силе, како би се ослободиле од уговорне одговорности.

7 Доступно на адреси: <https://gazpromexport.ru/presscenter/press/2638/>; <https://www.gasum.com/en/About-gasum/for-the-media/News/2023/gasum-has-terminated-its-pipeline-natural-gas-supply-contract-with-gazprom-export/>, 14. 8. 2023.

8 А. Ковачевић, 596–597.

9 У правној теорији се говори о „мешању државе у извршење уговорних обавеза“. Вид. Nataliya Barysheva, „Force Majeure in Energy Arbitration: Predicting the Unpredictable“, *International Commercial Arbitration Review*, Vol. 67, Nr. 2/2018, 73.

10 UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре 2016 (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*), доступно на адреси: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>, 14. 8. 2023.

11 Постоје примери из арбитражне праксе када је арбитражни суд по питању немогућности извршења уговорне обавезе применио UNIDROIT Начела, с обзиром на то да уговор није дефинисао вишу силу, а није садржао ни одредбу о меродавном праву. Вид. арбитражну одлуку ICC бр. 11265 из 2003. године. N. Barysheva, 72.

А, произвођач из државе Х, продаје нуклеарну електрану компанији В из државе У. Према условима уговора, А се обавезује да ће испунити све захтеве електране за уранијумом у периоду од десет година по фиксној цени за тај период, израженој у америчким доларима и плаћањем у Њујорку. Долази до следећих догађаја:

- i. Након пет година десила се девалвација валуте државе У тако што је пала на 1% њене вредности у односу на долар у време закључења уговора. В не може да се ослободи од одговорности, јер су уговорне стране расподелиле овај ризик у уговорним одредбама о плаћању цене.
- ii. Након пет година влада државе У увела је девизну контролу, која спречава В да изврши плаћање у било којој валути, осим валуте државе У. В се ослобађа обавезе плаћања цене у доларима, а А има право да раскине уговор о испоруци уранијума.
- iii. Након пет година светско тржиште уранијума дестабилизovala је група шпекуланата. Цена уранијума на светском тржишту порасла је десет пута у односу на цену из уговора. А се не ослобађа обавезе испоруке уранијума, с обзиром на то да је овај ризик био предвидљив у време закључења уговора.

За тему овог рада значајан је други пример из UNIDROIT Начела, као једини пример који наводи околност која се може сматрати вишом силом. У питању је акт државе (државног органа) као виша сила, која оправдава неиспуњење уговорне обавезе, те даје право страни која не може да добије испуњење, да раскине уговор.

III Акти државних органа као виша сила

Акти државних органа (декрети и други прописи), који уводе одређену забрану у вези са извршењем уговорних обавеза, у многим правним системима могу представљати тзв. „накнадну незаконитост“ (*supervening illegality*) за страну која треба да изврши уговорну обавезу. Они су прихваћени као виша сила, која ослобађа од испуњења уговорне обавезе, ако се испуни и услов несавладивости конкретног догађаја.¹² Опште је прихваћено у различитим правним системима да су основни услови које одређени догађај (околност) треба да испуни да би се сматрао вишом силом спољашњост, непредвидљивост, несавладивост и узочна веза између више силе и неизвршења уговорне обавезе.¹³

12 Angeliki E. Moysidou, *Changed Circumstances in Oil and Gas Contracts*, Athens, 2021, доступно на адреси: <https://dione.lib.unipi.gr/xmlui/bitstream/handle/unipi/13533/Moysidou%20Angeliki%20%20%20MEN19031.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, 18. 7. 2023, 42.

13 Klaus Peter Berger, Daniel Behn, „Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study“, *McGill Journal of Dispute Resolution*, Vol. 6, Nr.

Поред често разматраног услова несавладивости догађаја, у судској и арбитражној пракси често се анализирао и услов спољашњости догађаја. У одређеним арбитражним одлукама Међународног арбитражног суда Међународне трговинске коморе у Паризу (*ICC International Court of Arbitration*) суд је сматрао да услов „спољашњости“ догађаја код аката државних органа није испуњен, ако се ради о државном (јавном) предузећу, те се оно не може позивати на акт државног органа као на вишу силу.¹⁴

Наиме, радило се о два уговора о продаји сирове нафте и нафтних деривата закључена 1974. и 1975. године између алжирског државног предузећа и државног предузећа друге афричке земље. Алжирски продавац је испоручио нафту, али купац није на време платио цену по свим рачунима, те је продавац тужио купца и захтевао плаћање неплаћеног износа цене. Купац је истакао да има довољно новчаних средстава за плаћање, али да не може да добије одобрење централне банке за плаћање у америчким доларима, узимајући у обзир прописе о девизној контроли донете у његовој земљи након закључења уговора. Аргумент купца је био да одбијање централне банке да одобри пренос новчаних средстава у страном валути представља вишу силу која оправдава неизвршење његове уговорне обавезе.¹⁵ Арбитражни суд у овом случају разматрао је да ли се одбијање централне банке да одобри пренос новчаних средстава у страном валути може сматрати „спољњим“ догађајем, како би се купац могао позивати на њега као на вишу силу.

Ове арбитражне одлуке износе преовлађујући став међународне арбитражне праксе о непостојању спољашњег карактера одлуке државног органа, када се ради о државним предузећима. Постоје и друге ИСС арбитражне одлуке у којима арбитражно веће није прихватило аргумент државног предузећа да вишу силу представља одлука министарства енергетике (које над њим врши надзор) о одбијању издавања увозне дозволе за предмет уговора са страном компанијом.¹⁶

4/2019–2020, 109–110; Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 108; Јаков Радишић, *Облигационо право*, 12. издање, Ниш, 2018, 259–260; Валерий Андреевич Фишич, „Концепции форс-мажора и затруднений (*hardship*): сравнительный анализ“, *Юридическая наука*, Но. 8/2022, 83.

14 Вид. ИСС арбитражне одлуке бр. 3099 и 3100 од 30. маја 1979. Ово питање је од посебног значаја у области енергетике, имајући у виду да су уговорне стране код енергетских уговора често управо државна предузећа.

15 Frederick R. Fucci, „Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts: Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance“, *Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, Nr. 2/2007, 27.

16 *Ibid.*, 28–29.

Напомена – Одлуке су доступне у личној архиви наведеног аутора.

Наведене арбитражне одлуке ИСС из 1979. године заснивају се на одлуци француског Касационог суда од 15. априла 1970. године у случају *Air France*.¹⁷ *Air France* се као државно предузеће (држава је имала 70% удела) позивало на акте Министарства јавних радова (као надзорног органа) као на непредвидљиво и несавладиво „интервенисање“ трећег лица, које оправдава неизвршење уговорних обавеза. Француски Касациони суд је одбио овај аргумент са образложењем да је веза која постоји између државе и дужника сметња да се „интервенисање државе“ сматра самосталним актом, који дозвољава ослобођење од испуњења уговорне обавезе. Како је у одлуци истакнуто, „[а]ко би се прихватила теза *Air France*, било би превише лако да се компаније подвргнуте надзору (*tutelle*) ослобађају од својих обавеза... У ствари, у односу на трећа лица, таква компанија и држава представљају једно исто лице; интервенција државног органа, који је „органски повезан“ са нормалним функционисањем компаније, не представља спољњи догађај на који се компанија може позвати према трећим лицима и уговорним странама.“¹⁸

Као коментар у случају *Air France* француски професор Пјер Мајер (*Pierre Mayer*) истакао је да се не може прихватити спољашња природа аката државних органа (примера ради, министарства) који врше надзор над државним предузећима, већ такав акт за државно предузеће представља „поступак доношења сопствених одлука“ (*own decision process*), и када се представља као спољашњи догађај.¹⁹ Исто мишљење о одсуству „спољашњости“ радњи и одлука државе у случају државних предузећа заступа и немачки професор Клаус Петер Бергер (*Klaus Peter Berger*).²⁰

Овај аргумент је користио арбитражни суд у случајевима одбијања централне банке да државном предузећу одобри пренос новчаних средстава у страниој валути, не посматрајући акт државног органа као околност која представља вишу силу, већ као унутрашњи догађај погођеног уговорника (купца). Наведена аргументација јесте спорна, с обзиром на то да погођени уговорник никако није могао да утиче на одлуку централне банке. Другим речима, одлука централне банке посматрана је као „унутрашњи догађај“, односно сопствена одлука погођеног уговорника, иако је одлуку донело друго лице – држава, која није

17 Вид. фн. 13.

18 F. R. Fucci, 28.

19 *Ibid.*

20 Klaus Peter Berger, „Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, Nr. 4/2003, 1352.

уговорник. Међутим, у коментару Пјера Мајера се истиче да се таквим образложењем не пориче разлика између правног субјективитета државе и државног предузећа, већ да треба сматрати да онај ко закључује уговор са „надзираним субјектом“ није спреман да прихвати да га држава у сваком тренутку може ослободити испуњења уговорних обавеза.²¹

Ово питање је разматрано и у арбитражној одлуци у случају *Himpurna*, где се радило о индонежанском енергетском пројекту и тридесетогодишњем уговору о продаји енергије из 1994. године између државног енергетског предузећа *PLN* из Индонезије (купац) и америчког државног предузећа *Himpurna California Energy*, које се обавезало да сагради четири геотермалне јединице и да продаје енергију у периоду од 30 година.²² Због финансијске и монетарне кризе у Индонезији председник је 1997. и 1998. године донео указе о отказивању великог броја енергетских пројеката. Државно предузеће *PLN* је тврдило да је независно од државе и позивало се на указе председника као на вишу силу.²³ Међутим, арбитражни суд је закључио да се *PLN* не може ослободити од одговорности позивајући се на акте државног органа, с обзиром на то да се *PLN* и држава у наведеним околностима не могу сматрати одвојеним субјектима, посебно имајући у виду да је „воља *PLN* потпуно подређена вољи државе“.²⁴ Поред тога, у уговору о продаји енергије је постојала и одредба по којој ће само инвеститор (продавац) моћи да се позива на акт државног органа Индонезије као на вишу силу.²⁵ Ову уговорну одредбу арбитражни суд је протумачио као изричито купчево преузимање ризика доношења одлука државе, које могу утицати на његово извршење уговорне обавезе.²⁶

Међутим, постоје и супротне арбитражне одлуке у области спољне трговине предузећа из бивших совјетских земаља, у којима је суд сматрао да постоји независни (одвојени) правни субјективитет државних предузећа и државе. Имајући у виду да нема истоветности државе и државног предузећа, одлука државног органа може представљати вишу

21 F. R. Fucci, 28.

22 Случај *Himpurna California Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara [PLN]* и одлука од 4. маја 1999. године – Одлука у случају *Himpurna*, Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 25, 2000, доступно на адреси: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Claimants%27%20Reply%20%28Redacted%20per%20PO8%29/Legal%20Authorities/CL-0048.PDF, 11. 8. 2023, § 1.

23 Одлука у случају *Himpurna*, § 84.

24 Одлука у случају *Himpurna*, § 102–103.

25 Одлука у случају *Himpurna*, § 98.

26 Одлука у случају *Himpurna*, § 101.

силу на коју се државно предузеће позива.²⁷ На сличан начин, британски Дом лордова (у функцији Врховног суда) је за државна предузећа (која потпуно контролише држава) такође сматрао да треба прихватити разликовање правног субјективитета државе и државних предузећа, те је у једној одлуци закључио да се пољско државно предузеће *Rolimpex* које извози шећер може позивати на одузимање извозне дозволе, коју је учинило пољско Министарство спољне трговине, као на околност више силе, како би оправдало неизвршење уговорних обавеза.²⁸

Када се сагледају арбитражне одлуке у којима је закључено да акти државних органа за државна предузећа не могу представљати вишу силу, могло би се рећи да у тим споровима арбитраи ипак нису заузимали начелан став, већ су били вођени уговорним одредбама и расподелом ризика непредвиђених догађаја између уговорних страна.²⁹ Чини се да би питање (не)зависности државног предузећа од државе ипак требало решавати од случаја до случаја, тако што би се испитивали основни услови који морају бити испуњени како би се одређена околност сматрала вишом силом – спољашњост, непредвидљивост и несавладивост. Да ли код аката државних органа постоји спољашњост када се ради о извршењу уговорних обавеза државних предузећа, такође је фактичко питање које би требало решавати узимајући у обзир све околности конкретног случаја, а посебно степен контроле државе, односно степен независности државног предузећа од државе: удео државе у капиталу, именовање чланова управе, вршење надзора, питање да ли тарифу утврђује држава, да ли је државно предузеће у суштини инструмент државне политике и слично.

Иако се у начелу полази од одвојености (различитости) правног субјективитета државе и државног предузећа, ипак се може рећи да позивање државног предузећа на акте државног органа своје државе као на вишу силу како би се оправдало неизвршење уговорних обавеза, не би требало прихватити као опште правило у спољнотрговинским уговорима, јер би се тиме отворио простор да држава у сваком моменту може да ослободи државна предузећа од извршења уговорне обавезе и

27 На пример, одлука ICC бр. 2478 од 1974. године, у којој је арбитражни суд закључио да одузимање дозволе за извоз које је учинила влада Румуније за државно предузеће – продавац и извозника нафте представља вишу силу не само према уговору, већ и „према општим принципима права“. Доступно на адреси: https://www.trans-lex.org/202478/_/icc-award-no-2478-in-1974-ysa-1978-at-222-et-seq-/, 11. 8. 2023.

28 Одлука у случају *C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex* из 1978. године, доступно на адреси: <http://www.uniset.ca/other/cs3/1979AC351.html>, 11. 8. 2023.

29 R. Fucci, 30.

од уговорне одговорности, што би за инвеститоре представљало велику правну несигурност.

Када је у питању Указ о плаћању гаса у рубљама, арбитражни суд у Стокхолму је закључио да Указ као акт државног органа (председника државе) у овом случају представља вишу силу, дајући право финској компанији „Гасум“ да раскине уговор. У складу са Указом, „Гаспром Експорт“ је дужан да заустави испоруку природног гаса страним лицима, ако је потраживање доспело, а није плаћено у целости у рубљама, ако је делимично плаћено или је плаћено у страниој валути и/или на рачун банке која не представља овлашћену банку у складу са Указом.³⁰ Арбитражни суд је обавезао „Гасум“ да „Гаспром Експорту“ плати 300 милиона евра, што обухвата цену за до тада испоручени гас, камату за период доцње и накнаду за неиспуњење обавезе „узми или плати“ (*take or pay*). Притом, плаћање наведеног износа по одлуци арбитраже потребно је извршити у еврима, као што је било предвиђено уговором, али за све будуће испоруке (након почетка примене Указа) плаћање би се вршило у рубљама. Међутим, Указ се сматра вишом силом, на основу које „Гасум“ може раскинути уговор о испоруци природног гаса.³¹ Ипак, арбитража је уговорне стране обавезала да спроведу преговоре како би се решило спорно питање о будућим испорукама гаса и будућем плаћању.³²

IV Могуће правне последице више силе

1. Последице више силе према UNIDROIT Начелима

UNIDROIT Начела предвиђају да су основне последице наступања више силе ослобођење од извршења уговорне обавезе и ослобођење од уговорне одговорности, односно одговорности за штету насталу неизвршењем уговорне обавезе (под условом да је друга страна благовремено обавештена о вишој сили).³³ Некада ће наступање више силе потпуно онемогућити извршење уговорне обавезе, али некада ће то бити привремено, те ће у последњем случају последица позивања на вишу силу ипак бити одлагање извршења уговорне обавезе, односно продужење рока за њено извршење.³⁴ Поред наведене две основне последице позивања на вишу силу, UNIDROIT Начела предвиђају и последице за уговорну страну којој није испуњена уговорна обавеза:

30 Указ, тач. 1 пар. б).

31 Доступно на адреси: <https://www.kommersant.ru/doc/5669769>, 18. 7. 2023.

32 Доступно на адреси: <https://gazpromexport.ru/presscenter/press/2638/>; <https://www.gasum.com/en/About-gasum/for-the-media/News/2023/gasum-has-terminated-its-pipeline-natural-gas-supply-contract-with-gazprom-export/>, 14. 8. 2023.

33 UNIDROIT Начела, 241. Вид. чл. 7.1.7.

34 *Ibid.*

право на раскид уговора, право да одложи извршење своје уговорне обавезе и право на камату на доспело новчано потраживање.³⁵

Код института промењених околности (*rebus sic stantibus*) UNIDROIT Начела подстичу (поновне) преговоре међу уговорним странама како би се успоставила нарушена уговорна равнотежа, односно како се уговор не би раскидао, тако што би се прилагодио новонасталим околностима. Иако промењене околности, по правилу, воде измени, а виша сила раскиду уговора, UNIDROIT Начела скрећу пажњу на то да код дугорочних уговора, с обзиром на њихово трајање, природу уговорног односа и могућег великог почетног улагања, раскид уговора ипак треба да представља крајње средство, а уговорни однос би требало наставити кад год је то изводљиво, па и када се ради о вишој сили.³⁶

2. Последице више силе према ICC модел клаузули о вишој сили

Имајући у виду да у међународној трговини нафтом и гасом околности које представљају вишу силу могу имати озбиљне последице по испуњење уговорних обавеза, у овим уговорима се често предвиђа клаузула о вишој сили (*force majeure clause*).³⁷ С обзиром на то да у националним правима постоје значајне разлике у дефинисању појма више силе, у међународној трговини се често користе модел клаузуле о вишој сили са циљем да се превазиђу разлике које постоје у различитим правним системима, те да се предвиде решења независна од особености националних права.³⁸ Како би се уговорним странама помогло у процесу преговарања и формулисања уговорне одредбе о вишој сили, Међународна трговинска комора је донела модел клаузулу о вишој сили (и промењеним околностима) и препоручила њену употребу у уговорима у међународној трговини.³⁹

35 UNIDROIT Начела, чл. 7.1.7 ст. 4.

36 UNIDROIT Начела, 242. Код дугорочних уговора, као што су уговори о продаји нафте и гаса, посебно је важно пронаћи механизам за отклањање настале уговорне неравнотеже, а не раскидати уговор, с обзиром на то да су ови уговори значајни не само за конкретне стране, већ и за друге привредне субјекте и становништво. Вид. Маша Мишковић, „Промењене околности у уговорима о међународној продаји нафте и гаса“, *Усклађивање пословној права Србије са њравом Евројске уније (2022)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2022, 527.

37 N. Barysheva, 68.

38 C. Brunner, 4. Услови који морају бити испуњени да би нека околност представљала вишу силу зависе од меродавног права, као и од намере уговорних страна. Вид. N. Barysheva, 69.

39 International Chamber of Commerce, ICC Force Majeure and Hardship Clause, март 2020, доступно на адреси: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020.pdf>, 14. 8. 2023.

У ИСС модел клаузули наводе се тзв. „претпостављени догађаји више силе“ (*presumed force majeure events*).⁴⁰ „Претпостављени“ догађаји више силе подразумевају да страна која се позива на вишу силу не мора доказивати прва два услова (да је сметња ван њене контроле и да је била непредвидљива), јер се они за наведене догађаје претпостављају. Међутим, трећи услов (да дејство сметње није могло разумно бити спречено или отклоњено) у сваком случају страна мора доказати.⁴¹ Ако би се десио неки догађај који није наведен у списку догађаја који представљају вишу силу, уговорна страна би морала доказивати да су испуњена сва три услова како би се позвала на вишу силу.

У списку „претпостављених“ догађаја више силе у ИСС модел клаузули изричито се као догађај више силе наводе мере, односно акти државних органа (*act of authority*), било да су законити или незаконити, као и поштовање било којег прописа или државне одлуке.⁴² Уговорне стране могу у списку догађаја предвидети додатне претпостављене догађаје више силе, као што поједине догађаје (примера ради, акте државних органа) могу и избацивати из списка претпостављених догађаја који представљају вишу силу.⁴³

ИСС модел клаузула о вишој сили није писана за уговоре у области енергетике, али може представљати почетни корак, односно нацрт који ће се прилагодити конкретном енергетском уговору.⁴⁴ Поред ИСС модел клаузуле о вишој сили, у области енергетике користе се и модел уговори Удружења међународних енергетских преговарача (*Association of International Energy Negotiators – AIEN*).⁴⁵ За разлику од ИСС модел

40 Када се у уговорима предвиђа одредба о вишој сили, то се најчешће чини на два начина: или се наводи списак догађаја који представљају вишу силу, или се виша сила формулише широко, тако да може да обухвати различите догађаје (тзв. *catch-all clause*). У пракси се у уговорима појављује и трећа могућност: са листом догађаја који представљају вишу силу кумулативно се широм формулацијом (описно) наводи и какви догађаји ће представљати вишу силу. Вид. John A. Trenor, Hyun-Soo Lim, „Revisiting Force Majeure and Dispute Resolution Clauses in Light of the Recent Outbreak of the Coronavirus“, 27 February 2020, доступно на адреси: <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20200227-revisiting-force-majeure-and-dispute-resolution-clauses-in-light-of-the-recent-outbreak-of-the-coronavirus>, 11. 8. 2023, 3–4.

41 ICC Force Majeure Clause, § 3(2).

42 ICC Force Majeure Clause, § 3(2)(d).

43 ICC Force Majeure Clause, § 3(3).

44 Пракса коришћења модел клаузула у енергетским уговорима је донекле спорна, с обзиром на специфичности енергетских уговора и посебно због различитих очекивања уговорних страна у погледу последица више силе. Вид. N. Barysheva, 79.

45 AIEN (претходно AIPN – *Association of International Petroleum Negotiators* – Удружење међународних нафтних преговарача) је независно, непрофитно, професионално удружење које подржава међународне енергетске преговараче широм

клаузуле о вишој сили, AIEN модел уговори често предвиђају виши „праг“ у вези са посебним условима у погледу немогућности извршења уговорних обавеза, али, као и ICC модел клаузула, садрже опсежну листу правних средстава доступних страни која се позива на вишу силу: неизвршење уговорне обавезе, односно ослобођење од њеног извршења и од уговорне одговорности, продужетак рока за извршење уговорне обавезе, прилагођавање, односно измене уговора и раскид уговора због продужене више силе (оне која траје одређено време).⁴⁶

ICC модел клаузула о вишој сили предвиђа исте правне последице позивања на вишу силу као UNDROIT Начела: одлагање извршења уговорне обавезе док виша сила траје и ослобођење од одговорности за штету која је настала услед њеног неизвршења. Раскид уговора као трећа последица предвиђен је ако је трајање сметње такво да суштински лишава уговорну страну онога што је оправдано очекивала од уговора.⁴⁷ Колико би требало да буде трајање више силе да би се сматрало да се страна суштински лишава онога што је оправдано очекивала од уговора фактичко је питање, али клаузула предвиђа период од 120 дана, ако стране нису нешто друго уговориле.⁴⁸ Дакле, ако околност која представља вишу силу траје дуже од 120 дана, свака страна има право да раскине уговор. Ипак, у литератури се скреће пажња на то да и услед више силе раскид уговора треба да буде *ultima ratio*, док је одлагање извршења уговорне обавезе правило.⁴⁹

Треба имати у виду да је клаузуле о вишој сили потребно ускладити са специфичностима енергетских уговора. Последице више силе ће зависити од посебних уговорних одредаба. Стога је у дугорочним енергетским уговорима одредбу о вишој сили потребно формулисати и

света и побољшава њихову ефикасност и професионализам у међународној енергетској заједници. Удружење има више од 3000 чланова у више од 110 земаља, који су представници бројних међународних нафтних и гасних компанија, влада, адвокатских канцеларија и академских институција. Доступно на адреси: <https://www.aien.org/about-aien/>, 18. 7. 2023.

Један од главних циљева AIEN је састављање модел уговора који су широко прихваћени и коришћени у области међународне енергетике. Ови уговори су инструмент преговарача који служи као полазна тачка у преговорима и значајно скраћује време за закључење правног посла. Они помажу уговорним странама да своје напоре усредсреде на кључне услове енергетских уговора, а не на уобичајене уговорне одредбе. Више о томе доступно на адреси: <https://www.aien.org/model-contracts/>, 14. 8. 2023.

46 N. Barysheva, 79.

47 ICC Force Majeure Clause, § 5.

48 ICC Force Majeure Clause, § 8.

49 K. P. Berger, D. Behn, 113.

прилагодити тако да се предвиде неочекивани догађаји и њихове правне последице.⁵⁰

3. Поновни преговори као последица више силе

Правна средства у модел клаузулама и модел уговорима показују да виша сила није само околност која води раскиду уговора, већ може бити и „окидач“ за поновне преговоре.⁵¹ У случају промене околности код (дугорочних) енергетских уговора, честа појава су поновни преговори (*renegotiations*). У области енергетике уговори представљају тзв. „каскадне“, односно „пирамидалне“ уговоре (*cascade/pyramid contracts*). То значи да код уговора о продаји (испоруци) нафте и гаса постоји неколико повезаних уговора, те неизвршење обавеза у једном уговору и раскид тог уговора проузрокује низ озбиљних последица за све друге повезане уговоре.⁵² Другим речима, постоји „каскада негативних последица за многе учеснике у економским односима“.⁵³ Практичари су већ истицали озбиљност позивања на вишу силу оних дужника који се налазе у тзв. ланцу снабдевања (*supply chain*).⁵⁴

Поновни преговори уговорних страна се, по правилу, предвиђају у уговорној одредби о промењеним околностима, и то се саветује нарочито код дугорочних уговора, код којих би циљ требало да буде да се уговор не раскида, већ да се уговорни однос настави уз прилагођавање новим околностима.⁵⁵ Међутим, и у случају више силе, стране у дугорочним уговорима могу предвидети да ће у случају њеног наступања имати интерес да се пословни однос настави, а не да се уговор раскида, те да ће са тим циљем спровести поновне преговоре. Ипак, обавеза уговорних страна да воде поновне преговоре не подразумева њихову обавезу да до споразума дође. Због тога, ако се деси да стране током поновног преговарања не дођу до споразума о измени уговора, то неће представљати неизвршење уговорне обавезе поновног преговарања.

50 N. Barysheva, 78.

51 *Ibid.*, 79.

52 Elena Christine Zaccaria, „The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade“, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 9, Nr. 6/2004, 137.

53 Андрей Владимирович Габов, „Енергетическое право: вопросы становления и развития“, *Энергетическое право: модели и тенденции развития* (сборник материалов Международной научно-практической конференции), Белгород, 2020, 13.

54 David Robertson, Matthew Secomb, Emily Elliott, „COVID-19: Managing force majeure risk in a construction project supply chain“, 13 April 2020, доступно на адреси: <https://www.whitecase.com/publications/alert/covid-19-managing-force-majeure-risk-construction-project-supply-chain>, 10. 8. 2023, интернет извор без броја стране.

55 UNIDROIT Начела, 242.

Неизвршење ће постојати само када уговорне стране одбијају да приступе преговарању, иако је у уговору предвиђена одредба о поновним преговорима.⁵⁶

Промена околности (правних, економских, социо-политичких) која се деси након закључења уговора о међународној продаји нафте и гаса може представљати институт промењених околности, вишу силу или и једно и друго истовремено. Ако се један исти догађај може подвести и под промењене околности и под вишу силу, страна може бирати на који институт ће се позвати. По правилу, на вишу силу ће се позивати како би оправдала неизвршење уговорне обавезе, а на промењене околности ако има за циљ да се спроведу поновни преговори како би се уговор „одржао у животу“, али под новим условима.⁵⁷ Међутим, стране могу предвидети наставак уговорног односа кад год је то изводљиво, па и када се ради о вишој сили, задржавајући право на раскид уговора само као крајње средство.⁵⁸

У уговорима о међународној продаји нафте и гаса саветује се да стране у уговору предвиде кораке, односно радње које подразумева уговорна обавеза вођења поновних преговора како се уговор не би раскидао, већ остао на снази тако што би се ускладио са новонасталим околностима.⁵⁹ У случају „Гасум“ против „Гаспром Експорта“ уговорне стране су након арбитражне одлуке, која их је обавезала да спроведу поновне преговоре, покушале да преговарају како би решиле настали проблем у вези са даљим испорукама гаса и плаћањем, али нису успеле да регулишу насталу спорну ситуацију у року који је предвидео арбитражни суд. Стога је „Гасум“ 22. маја 2023. године раскинуо дугорочни уговор о продаји (испоруци) природног гаса са „Гаспром Експортом“.⁶⁰ Раскид овог дугорочног уговора о испоруци природног гаса нарочито је привукао пажњу, с обзиром на то да Финска и Русија имају, историјски гледано, најдуже уговоре о испоруци природног гаса, који трају пет деценија.⁶¹ Поред тога, сада се поставља питање да ли ће наведена

56 М. Мишковић, 537. Како је истакнуто у правној литератури, сасвим је могуће „упорно неслагање и након лојалних поновних преговора“ (*persistent disagreement even after loyal renegotiation*). Вид. Clive M. Schmitthoff, „Hardship and Intervener Clauses“, *Journal of Business Law*, 1980, 88.

57 UNIDROIT Начела, 222.

58 *Ibid.*, 242.

59 Talal Abdulla A. Q. Al-Emadi, „The Hardship and Force Majeure Clauses in International Petroleum Joint Venture Agreements“, *Oxford Student Legal Research Paper Series*, Nr. 2/2011, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1878558>, 14. 8. 2023, 17.

60 Доступно на адреси: <https://www.forbes.ru/biznes/489680-finskaa-gasum-rastorgla-kontrakt-na-postavku-gaza-po-truboprovodu-s-gazpromom>, 14. 8. 2023.

61 Доступно на адреси: <https://www.kommersant.ru/doc/5669769>, 14. 8. 2023.

арбитражна одлука утицати на друге европске компаније које су планирале да поднесу захтев за арбитражу поводом плаћања гаса у рубљама.

V Закључак

Уговори о међународној продаји нафте и гаса представљају, по правилу, дугорочне уговоре, и то оне који се често закључују на период од двадесет и више година. Стога је готово неизбежно да током њиховог трајања дође до одређених догађаја економске, политичке и/или правне природе, који утичу на извршење уговорних обавеза. Један од таквих догађаја су и мере, односно акти државних органа који онемогућавају извршење уговорних обавеза. Поставља се питање да ли такви акти могу представљати вишу силу на коју се уговорне стране могу позивати како би се ослободиле од извршења уговорне обавезе и од уговорне одговорности.

Анализирајући арбитражну и судску праксу која се овим питањем бавила још од седамдесетих година прошлог века, требало би закључити да не треба прихватити као опште правило да акти државних органа представљају вишу силу, већ би у сваком конкретном случају, узимајући у обзир све околности, требало испитати да ли акт државног органа испуњава све услове који се захтевају да би одређени догађај представљао вишу силу. Притом, узимајући у обзир то да трговина енергијом има стратешки значај и да раскид услед више силе дугорочног енергетског уговора има далекосежне („каскадне“) последице, требало би у сваком случају спровести поновне преговоре како би се покушало да се уговор не раскида, већ одржи на снази, уз прилагођавање новонасталим околностима.

Коришћена литература

Al-Emadi Talal Abdulla A. Q., „The Hardship and Force Majeure Clauses in International Petroleum Joint Venture Agreements“, *Oxford Student Legal Research Paper Series*, Nr. 2/2011, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1878558>, 14. 8. 2023.

Barysheva Nataliya, „Force Majeure in Energy Arbitration: Predicting the Unpredictable“, *International Commercial Arbitration Review*, Vol. 67, Nr. 2/2018.

Berger Klaus Peter, „Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, Nr. 4/2003.

- Berger Klaus Peter, Behn Daniel, „Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study“, *McGill Journal of Dispute Resolution*, Vol. 6, Nr. 4/2019–2020.
- Brunner Christoph, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Van den Berg Albert Jan (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 25, 2000.
- Габов Андрей Владимирович, „Энергетическое право: вопросы становления и развития“, *Энергетическое право: модели и тенденции развития* (сборник материалов Международной научно-практической конференции), Белгород, 2020. (Gabov Andrey Vladimirovich, „Energy Law: issues of formation and development“, *Energy Law: models and development trends* (international conference proceedings), Belgorod, 2020).
- Zaccaria Elena Christine, „The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade“, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 9, Nr. 6/2004.
- Ковачевић Александар, „Трговина енергијом“, *Право енергетике – зборник радова* (ур. Бранислава Лепотић Ковачевић), Београд, 2005. (Kovačević Aleksandar, „Trgovina energijom“, *Pravo energetike – zbornik radova* (ur. Branislava Lepotić Kovačević), Beograd, 2005).
- Moysidou Angeliki E., *Changed Circumstances in Oil and Gas Contracts*, Athens, 2021, доступно на адреси: <https://dione.lib.unipi.gr/xmlui/bitstream/handle/unipi/13533/Moysidou%20Angeliki%20%20%20MEN19031.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, 14. 8. 2023.
- Мишковић Маша, „Промене околности у уговорима о међународној продаји нафте и гаса“, *Усклађивање условног права Србије са правом Европске уније (2022)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2022. (Mišković Maša, „Promenjene okolnosti u ugovorima o međunarodnoj prodaji nafte i gasa“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2022)* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2022).
- Радишић Јаков, *Облигационо право*, 12. издање, Ниш, 2018. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo*, 12. izdanje, Niš, 2018).
- Robertson David, Secomb Matthew, Elliott Emily, „COVID-19: Managing force majeure risk in a construction project supply chain“, 13 April 2020, доступно на адреси: <https://www.whitecase.com/publications/alert/covid-19-managing-force-majeure-risk-construction-project-supply-chain>, 10. 8. 2023.
- Schmitthoff Clive M., „Hardship and Intervener Clauses“, *Journal of Business Law*, 1980.

- Trenor John A., Lim Hyun-Soo, „Revisiting Force Majeure and Dispute Resolution Clauses in Light of the Recent Outbreak of the Coronavirus“, 27 February 2020, доступно на адреси: <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20200227-revisiting-force-majeure-and-dispute-resolution-clauses-in-light-of-the-recent-outbreak-of-the-coronavirus>, 11. 8. 2023.
- Ferrario Pietro, *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.
- Фишич Валерий Андреевич, „Концепции форс-мажора и затруднений (*hardship*): сравнительный анализ“, *Юридическая наука*, Но. 8/2022. (Fishich Valeriy Andreevich, „Concepts of force majeure and hardship: a comparative analysis“, *Iuridicheskaia nauka*, Nr. 8/2022).
- Fucci Frederick R., „Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts: Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance“, *Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, Nr. 2/2007.

Maša MIŠKOVIĆ, PhD

Teaching Assistant at the University of Belgrade – Faculty of Law, Serbia

ACTS OF PUBLIC AUTHORITIES AS FORCE MAJEURE IN OIL AND GAS INTERNATIONAL PURCHASE AND SALE AGREEMENTS

Summary

This paper examines the effect of public authorities' acts on performance of obligations in contracts for the international sale of oil and gas. The question arises as to whether such acts represent force majeure that the contracting parties can invoke in order to exempt themselves from the performance of contractual obligations and from contractual liability. This question is analysed through arbitral awards and court decisions in disputes that have arisen on this issue since 1970s. The issue has become particularly relevant since April 2022, when the Decree on the transition to payment for natural gas in rubles had been adopted. Particular attention has been drawn to the fact that the first arbitral award has already been issued, in which abovementioned Decree, as an act of a public authority (president of the state), is qualified as force majeure. The answer to the question of whether the acts of public authorities represent force majeure in contracts for the international sale of oil and gas is not unequivocal, as it depends on the circumstances of each specific case.

Key words: Force Majeure – Acts of Public Authorities. – Sale of Oil and Gas. – Contracts for the International Sale.

Датум пријема рада: 14. 8. 2023.

Датум прихватања рада: 10. 9. 2023.