

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.447.63:338.5

Sprememba tržnih cen kot spremenjene okoliščine

MITJA KOVAČ
*doktor pravnih znanosti, LL.M.,
redni profesor na Ekonomski fakulteti
Univerze v Ljubljani*

1. Uvod

Problematika spremenjenih okoliščin kot eden od mogočih vzrokov za razvezo ali spremembo pogodb spada med največje teoretične in praktične probleme sodobnega pogodbenega prava. To je problem spremenjenih okoliščin v pogodbah, ko zaradi nepredvidljivih okoliščin izpolnitev pogodb postane veliko bolj obremenjujoča, kot je bilo pričakovano, ali pa se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe, ki nato ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank. Že vse od antičnih časov je bila problematika spremenjenih okoliščin predmet poglobljenih pravnih razprav, v zadnjem času pa je pritegnila tudi pozornost primerjalnopravne in ekonomske znanosti.¹ Poleg tega se pravna ureditev instituta spremenjenih okoliščin pogosto uporablja tudi kot primer ostre delitve med kontinentalnim in anglosaškim pravom.²

Vojna v Ukrajini in pandemija covid-19 sta bili v splošni javnosti prikazani kot nepričakovana in nepredvidljiva dogodka, ki sta vir stalnih negotovosti in tveganj. Eno takšnih tveganj, s katerim se srečujejo pogodbene stranke, je tudi učinek pandemije covid-19 in vojne v Ukrajini na spremembe tržnih cen. Pri tem se pojavi vprašanje, ali bi se te spremembe tržnih cen lahko štele za okoliščine, ki otežujejo izpolnitev obveznosti ene stranke, ali pa se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe.

Ta prispevek se zato z namenom nekonvencionalne osvetlitve opisane problematike vključuje v obstoječo akademsko razpravo ter zajema glavne izsledke in regulatorne rešitve, ki jih lahko pravno-ekonomska znanost ponudi slovenski pravni znanosti, zakonodajalcu, sodni-

¹ Glej Smythe, str. 6.

² Glej Tallon, str. 327; Treitel, str. 265; Berman, str. 1413.

kom in oblikovalcem ekonomskih politik. Pri tem pa k obstoječi pravno-ekonomski literaturi³ prispeva na naslednje tri načine. Prvič, prispeva k obsežni znanstveni razpravi o tem, ali naj se zaradi vojne v Ukrajini in pandemije covid-19 povzročene spremembe tržnih cen štejejo za spremenjene okoliščine in s tem za podlago za razvezo ali spremembo pogodb (doktrina *rebus sic stantibus*). Drugič, pri analizi vpliva sprememb tržnih cen ponuja predloge o mogočih pristopih k pogodbenim zahtevkom, ki se sklicujejo na določila instituta spremenjenih okoliščin. In tretjič, pri oblikovanju regulatornih ukrepov podaja najnovejša spoznanja behavioristične pravne ekonomije.

Uporabljena primerjalnopravna in pravno-ekonomska analiza v tem prispevku je tako pozitivna kot normativna.⁴ Poleg tega metodologija sledi klasični primerjalnopravno-ekonomski analizi.⁵ Ta klasični primerjalnopravno-ekonomski metodološki pristop je most med dejstvi in normativnimi sklepi, med ekonomsko teorijo in političnimi predlogi za izboljššan pravni sistem.⁶ Ekonomska analiza prava oziroma pravna ekonomija (*law and economics, rechtseconomie*) je v zadnjih petdesetih letih postala ena najuspešnejših pravnih in raziskovalnih disciplin⁷ s številnimi Nobelovimi nagradenci za ekonomijo (Coase, Williamson, North, Becker, Hart, Thaler), katere glavni cilj je z analizo spodbud, tveganj in transakcijskih stroškov najti čim boljša pravna pravila. Seveda je očitno, da lahko ima kriterij »dobrega« vsaj dve razsežnosti; eno glede na formulacijo in dikcijo ter drugo glede na samo vsebino pravnega pravila. Brez pretiravanja lahko rečemo, da se večina pravno-ekonomske znanosti ukvarja prav s to drugo, pri čemer želi ne glede na samo tehnično formulacijo ugotoviti, katera pravila imajo najbolj zaželene družbene učinke. Vendar ekonomska analiza prava ne glede na to vsebinsko osredotočanje zagotavlja tudi čisto konkretna priporočila za neposredno izboljšavo dikcije pravnih norm.⁸ Ta zmožnost podajanja konkretnih priporočil izhaja iz mnogokrat spregledanega dejstva, da zakonodajalec, takrat ko ima na voljo alternativne rešitve (norme), običajno tehta med prednostni in slabostni predlaganih alternativnih rešitev (norm). Navkljub temu, da je takšno tehtanje pogosto izraženo z retoriko »pravičnosti« in »enakosti«, si ekonomska analiza prava prizadeva za definiranje teh prednosti in slabosti na veliko bolj artikuliran način.⁹ Zato lahko navsezadnje tudi veliko natančneje razloži dejanske zakonodajalčeve rešitve in posledično tudi same zakonske norme.¹⁰

³ Kovač (2018a), str. 344; Kovač (2018b), str. 288.

⁴ Glej Shavell; De Geest; Posner; MacKaay.

⁵ Mattei, str. 123; Bergh, str. 21.

⁶ Mattei, str. 124; Bergh, str. 22.

⁷ Glej Posner (1981, 1990, 2001, 2009, 2011); Towfigh.

⁸ Glej De Geest (2001); Schäfer; Posner (2011); MacKaay; Cooter (2013).

⁹ Ogus; Calabresi.

¹⁰ De Geest (2009), str. 113; Cooter (2014).

Velja tudi poudariti, da je pravo v očeh pravnika-ekonomista ne samo sofisticiran mehanizem *ex post* razreševanja (preteklih) sporov, ampak predvsem dovršen sistem *ex ante* zagotavljanja primernih spodbud in motivov (*incentives*) za spreminjanje in/ali doseganje družbeno želenega obnašanja ljudi in preostalih pravnih subjektov. Pravni sistem je torej nabor pravnih pravil in sankcij, ki usmerjajo človekovo obnašanje v družbeno zaželeni smeri.

Poudariti velja tudi dve temeljni premisi tega prispevka. Prva je povezana z relevantnostjo znanstvenih izsledkov, druga pa s številom analiziranih tem. Ozko gledano ekonomska analiza prava namreč ni samostojna pravna doktrina, ampak predvsem metoda, katere cilj je oplemenitenje in izboljšanje dosedanje pravne znanosti ter vzpodbujanje nadaljnje poglobljene znanstvene razprave. Zato ta članek ob dodajanju nekaterih novih spoznanj predvsem povzema in sistematizira njene najbolj impozantne dosedanje izsledke.¹¹ Ti izsledki pa zajemajo tako tiste, o katerih je bilo doseženo soglasje, kakor tudi tiste, ki še danes razvnamajo znanstveni diskurz.¹² Zaradi dejstva, da so v sodobni svetovni literaturi objavljeni predvsem novi izsledki in dognanja, ne pa komentarji dosedanjih, velja poudariti, da ugotavljanje soglasja še zdaleč ni enostavno in enoznačno. Zato sistematizacija in povzetje izsledkov v tem članku ustrezata predvsem mojemu osebnemu pogledu na to, kakšni bi morali biti ti izsledki in dognanja. Druga pomembna premisa se nanaša na sam obseg tega prispevka, saj zaradi preobsežne materije ni mogoče zajeti celotnega področja najrazličnejših tveganj in negotovosti. Prispevek se zato posveča samo spremembam tržnih cen, preostale institute pa prepusti v nadaljnjo diskusijo in obravnavo.

Prispevek predstavlja pravno-ekonomsko analizo učinkov spremenjenih okoliščin. Na dveh sklopih temelječa analiza najprej predstavi glavne, več kot štiridesetletne izsledke pravno-ekonomske znanosti (kakor tudi spoznanja behavioristične pravne ekonomije) na področju doktrine spremenjenih okoliščin in potem na podlagi teh izsledkov podaja ekonomsko navdahnjen konceptualni okvir za analitično kategorizacijo najrazličnejših institutov spremenjenih okoliščin (odsek 2). Poleg tega ta del obravnava tudi vprašanje, ali bi se morale iz pandemije in ukrajinske vojne izhajajoče spremembe tržnih cen šteti za spremenjene okoliščine, na podlagi katerih bi se lahko pogodbe razvezale ali spremenile. Drugi del nato podaja primerjalnopravno analizo angleškega, nemškega, ameriškega in francoskega pogodbenega prava (odsek 3). V tretjem delu pa sledi analiza trenutne ureditve in rešitev v slovenskem pravu (odsek 4). Na koncu je predstavljenih nekaj kratkih ugotovitev.

¹¹ Marciano; Leitzel; Bouckaert; Schäfer (2004).

¹² Kovač (2020), str. 445.

2. Sistematizacija in povzetje ugotovitev pravno-ekonomske znanosti s področja spremenjenih okoliščin

Ta del prispevka identificira in sistematizira nekaj najbolj presenetljivih temeljnih pravno-ekonomskih dognanj o institutu spremenjenih okoliščin, ki jih lahko ponudi pravno-ekonomska znanost in ki se na koncu uporabijo tudi kot enotna analitična osnova za primere spremenjenih okoliščin, ko se mora sodišče odločiti, ali je treba materializacijo določenega dogodka opredeliti kot spremenjeno okoliščino, na podlagi katere lahko pride do razveze ali spremembe pogodbene obveznosti, ali pa je treba pogodbo (obveznost) uveljaviti v izvorni obliki.¹³

2.1. Temeljni pogoji za aktivacijo instituta spremenjenih okoliščin

Večina pravno-ekonomske literature o spremenjenih okoliščinah hkrati analizira različne koncepte in pojme, kot so koncept »popolne nezmožnosti izpolnitve obveznosti« (*impossibility*), »komercialne/praktične neizvedljivosti izpolnitve obveznosti« (*commercial impracticability*) in »frustracije namena pogodbe« (*frustration of purpose*). Posner in Rosenfield v svojem znamenitem članku o popolni nemožnosti izpolnitve in spremenjenih okoliščinah ter s tem povezanih doktrinah v pogodbenem pravu predlagata, da bi moralo biti pravo vprašanje pri tem, ali lahko stranka, ki ji je izpolnitev obveznosti otežena, oziroma stranka, ki zaradi spremenjenih okoliščin ne more uresničiti namena pogodbe, zahteva razvezo pogodbe (oziroma njeno spremembo), v resnici vprašanje o tem, katera od pogodbenih strank naj prevzame tveganje povečanja stroškov izpolnitve.¹⁴ Posner in Rosenfield tako predlagata, da bi bilo treba v primerih, ko pogodba sama izrecno ne določa, katera od strank prevzame tveganje materializacije spremenjenih okoliščin, to tveganje prenesti na superiornega nosilca tveganj (*superior risk bearer*).¹⁵ Na primer, če je stranka, ki bi morala izpolniti pogodbo (dolžnik), hkrati tudi »superiorni nosilec tveganja«, potem je treba neizpolnitev pogodbene obveznosti obravnavati kot kršitev pogodbe, in če velja obratno, je treba dovoliti razveljavitev ali spremembo pogodbe. Številni drugi avtorji osredotočajo svojo analizo na razporeditev tveganj in dobrin ter trdijo, da je pri vprašanju spremenjenih okoliščin najpomembnejše oblikovanje učinkovitih pravnih sredstev za primere kršitev pogodb.¹⁶ Ti so namreč ugotovili, da je odškodnina za pričakovanje

¹³ Ta del povzema glavna spoznanja, objavljena v mojih predhodnih delih in analizah. Glej na primer Kovač (2013), str. 129; Kovač (2018a, 2018b).

¹⁴ Posner (1977), str. 83. Glej tudi Givati; Gergen, str. 45; Joskow, str. 119; Goldberg, str. 137.

¹⁵ Glej na primer Bruce, str. 311; Schäfer (2006), str. 327–376; Trebilcock, str. 130; Ott, str. 250–258; Roberts, str. 129–145; Eisenberg, str. 207; Camero, str. 3.

¹⁶ Shavell (1980), str. 466; Polinsky, str. 427; Shavell (1984), str. 121; White, str. 353.

(*expectation damages*) tista, ki se najbolj približa Pareto učinkovitosti in je tako superiorna v primerjavi s pravilom ničelne odškodnine (tj. razveza ali sprememba pogodbe).¹⁷

Kljub izjemni pronicljivosti omenjenih spoznanj ta članek dodaja še nekatera nova in predlaga, da bi za sklicevanje na institut spremenjenih okoliščin (doktrina *rebus sic stantibus*) poleg analize superiornega nosilca tveganj morali biti izpolnjeni naslednji predpogoji:

Prvič, če je pogodba aleatorna (aleatorne pogodbe), pri čemer je tveganje del same pogodbe, kar pomeni implicitni dogovor o razporeditvi tveganja, potem se mora takšna pogodba uveljaviti ne glede na to, kako nepredvidljive so bile takšne spremenjene okoliščine, kako so povečale stroške izpolnitve ali če se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe.¹⁸ Uveljavitev instituta spremenjenih okoliščin bi v takšnem primeru povzročila razrast moralnega hazarda in oportunističnega obnašanja med pogodbenimi strankami in na splošno v družbi.

Drugič, če je bilo samo tveganje izrecno dodeljeno s sporazumom strank ali z dobro uveljavljenimi pravnimi pravili eni od strank, potem kriterij maksimiranja blaginje zahteva uveljavitev takšne pogodbe. Če je vsebina pogodbe postala nezakonita, potem kriterij ekonomske učinkovitosti zahteva razvezo takšne pogodbe.¹⁹

Tretjič, če pogodbeni obveznost ni bila aleatorna in če tveganje ni bilo izrecno dodeljeno s pogodbenim dogovorom strank ali z dobro uveljavljenimi pravnimi pravili, potem se je treba vprašati in analizirati, ali je bilo to tveganje oziroma ali so bile spremenjene okoliščine predvidljive ali pa so bile nepredvidljive. Kriterij ekonomske učinkovitosti namreč zahteva, da mora biti takšna spremenjena okoliščina oziroma materializacija tveganja za uspešno sklicevanje na institut spremenjenih okoliščin *ex ante* ob sklenitvi pogodbe nepredvidljiva (in s strani sodišča *ex post* preverljiva). Ta članek definira nepredvidljivo okoliščino kot okoliščino, ki je sicer *ex post* preverljiva, pri kateri pa so *ex ante* stroški predhodne kognitivne obdelave/procesiranja takšne okoliščine presegli *ex ante* pričakovane koristi od izrecne pogodbene alokacije takšnega tveganja oziroma spremenjene okoliščine (*processing trade-off*).²⁰ Takšno procesno

¹⁷ Glej Sykes, str. 43; Triantis, str. 450; Kull, str. 4; Fried, str. 59–73; Perloff, str. 121.

¹⁸ Če je pogodba aleatorna, pri čemer je tveganje uničujočih izgub ali povečanih stroškov izpolnitve del same pogodbe, pogodbeni stranki dejansko stavita na prihodnjo materializacijo tveganj in zato ne bi smeli imeti nobenega opravičila za neizpolnitev svoje obveznosti. Razveza pogodbe bi v takšnih primerih ustvarila spodbude za moralni hazard in oportunistično obnašanje strank (ki pomeni vir neučinkovitosti in neposredno zmanjšuje družbeno blaginjo).

¹⁹ V takih okoliščinah sta namreč analiza in iskanje superiornega nosilca tveganj brezpredmetna, saj se je stranka sama izrecno zavezala oziroma je izrecno sprejela takšno tveganje, ki ga mora zato v skladu s kriterijem ekonomske učinkovitosti potem tudi prevzeti. To pa tudi pomeni, da uporaba instituta spremenjenih okoliščin v takšnih primerih ni zaželeno (v nasprotnem primeru se odpira Pandorina skrinjica moralnega hazarda in oportunizma). Glej na primer Posner (1977).

²⁰ Zato uporaba optimalnega pravila zahteva, da mora biti zadevno tveganje nepredvidljivo, kadar predhodni stroški pogodbene obdelave/opisovanja takšnega tveganja presegajo pričakovane koristi procesiranja obdelave za primere

oziroma kognitivno ravnotežje namreč sugerira, da je določene okoliščine *ex ante* v resnici učinkovito zanemariti (oziroma jih pogodbeno ne nasloviti), saj pričakovane koristi takšnega pogodbenega naslavljanja in procesiranja zaradi nizke verjetnosti njihove materializacije ne upravičijo stroškov njihovega kognitivnega procesiranja (in pogodbenega alociranja). Novost predlaganega koncepta je tako v ugotavljanju fenomena naraščajočih mejnih stroškov zagotavljanja in procesiranja oddaljenih nepredvidenih dogodkov kakor tudi učinka diskontiranja nizke verjetnosti na koristi procesiranja takšnih dogodkov ter ustreznega določanja praga za naknadno identifikacijo o tem, katera tveganja/okoliščine bi se morale šteti kot predvidljive in katere ne. Nekdo bi lahko na primer trdil, da se pogodbene stranke zaradi problema nepopolnih informacij *ex ante* niso zavedale možnosti materializacije nekaterih oddaljenih tveganj, saj se na primer morda niso zavedale možnosti izbruha vojne v Ukrajini ali svetovne pandemije covid-19 in posledične rasti tržnih cen.²¹ Prav tako bi lahko nekdo trdil, da čeprav so se stranke nekje v ozadju svojih misli in kognitivnih procesov sicer zavedale možnosti takšnega nepredvidenega dogodka, *ex ante* diskontirane koristi v primerjavi s stroški obdelave/procesiranja takšnih dogodkov z vidika racionalnega obnašanja stroškovno preprosto ne upravičujejo izrecnega pogodbenega določila, ki bi obravnaval takšno tveganje (previsoki stroški opisa, procesiranja in pogajanja – alokacije tveganj za primere takšnih okoliščin).

Z drugimi besedami, pogodbene stranke, ki se predhodno srečujejo s tem kompromisom pri procesiranju takšnih dogodkov, se preprosto racionalno odločijo, da ne bodo posebej pogodbeno predvidele kaj storiti (kaj se zgodi s pogodbenimi obveznostmi) v primerih materializacije takšnih nepredvidenih okoliščin. Seveda pa se zunanjim opazovalcem in sodiščem lahko takšna odločitev *ex post* po tem, ko že pride do materializacije takšne okoliščine, ki povzroči nesluten in izjemno velik dvig dolžnikovih stroškov izpolnitve, zariše kot popolnoma neracionalna odločitev. Predstavljeni koncept tako omogoča dodaten pogled oziroma dodatno razlago, zakaj je v resnici nekatere dogodke treba *ex post* obravnavati kot *ex ante* nepredvidljive okoliščine. Povedano drugače, zaradi vse bolj negotovega pojavljanja najbolj nejasnih dogodkov imajo stranke vse manj izkušenj pri srečevanju s temi dogodki in zagotavljanju teh dogodkov, zato se stroški procesiranja (informacije, pogodbeno določila, izračuni, pogajanja itd.) povečujejo za vsako dodatno pogodbeno določilo. Približevanje neskončni negotovosti dogodka tako po definiciji povečuje stroške vsakega dodatnega pogodbenega določila, s katerim bi pogodbene stranke poizkušale zajeti takšne vse bolj oddaljene in vse manj verjetne okoliščine. Z drugimi besedami, pri samem sklepanju pogodb mora tako obstajati točka, na kateri dodatna pogajanja, obdelava, procesiranje, izračunavanja in priprava pogodbenih dolo-

takšnega nepredvidljivega dogodka. Glej Kovač (2022), str. 7.

²¹ Čeprav se to morda zdi zelo malo verjetno, lahko povprečno izobražen človek srednje starosti prav vse dogodke tako ali drugače obravnava kot predvidljive.

čil in pogojev za vse mogoče nepredvidene situacije nimajo več smisla. Vsi takšni dogodki bi potem v sodni presoji morali spadati v kategorijo *ex post* nepredvidljivih okoliščin.

Četrtrič, če so izpolnjeni vsi predhodni predpogoji (v točno tem vrstnem redu), je nadaljnji pogoj ta, da nobena od strank očitno ni bila superiorni nosilec tveganja. Namreč če je bilo tveganje mogoče preprečiti ali zavarovati, potem maksimiranje blaginje zahteva preložitve tega bremena na stranko, ki je v boljšem položaju, da prepreči, da bi se tveganje uresničilo (po nižji ceni kot druga stranka), ali ki je v boljšem položaju, da se zavaruje za primere takšnih nepredvidljivih okoliščin in tveganj (stranka, ki se lahko ceneje ali učinkoviteje zavaruje).²²

Petič, eksogenost dogodka (eksogena nepredvidljivost) je treba obravnavati kot nujen predpogoj za delovanje instituta spremenjenih okoliščin. Če je zadevni nepredviden dogodek nastal po krivdi ene pogodbenne stranke (ali bi ga lahko ta preprečila) in tako ni bil eksogen, potem tudi ni prostora za implementacijo, uporabo instituta nepredvidenih okoliščin in potencialno razvezo pogodbe.²³ Pogoj eksogenosti namreč zagotavlja, da odločitve o stopnji previdnosti (preprečevanju) in omilitvi posledic materializacije določenih dogodkov niso izkrivljene, pogodbenim strankam pa daje spodbudo, da omejijo svoje, na zaupanju temelječe pogodbeno investicije zanašanja (tj. *reliance investments*) in s tem odvrtačajo oportunistem in moralni hazard.

Izpolnjevanje predstavljenih pogojev za sklicevanje na institut spremenjenih okoliščin se uporablja za preprečevanje in odvrtačanje moralnega hazarda in oportunistizma, spodbuja optimalno zanašanje, daje spodbude za optimalno ublažitev in preprečitev škode, dosega optimalno razporeditev tveganja ter znižuje transakcijske stroške. A vendar so omenjeni predpogoji samo prvi del potrebne analize, ali bi moralo priti do razveze pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin. Namreč vsi ti pogoji morajo biti izpolnjeni, da lahko potem preidemo na druge dele analize, usmerjene na gibanje samih izpolnitvenih stroškov pogodbeno obveznosti.

2.2. Zmerno povečanje izpolnitvenih stroškov

Za primer si predstavljajte pogodbo, v kateri se dolжник strinja, da bo upniku dobavil določeno število enot specializiranega blaga ali storitev. Neto vrednost pogodbe za upnika je razlika med njegovo vrednostjo izpolnitve in ceno, ki jo mora plačati, medtem ko je neto korist za dolžnika razlika med pogodbeno ceno (plačilom, ki ga dobi ob izpolnitvi pogodbeno obveznosti) in njegovimi stroški izpolnitve te pogodbeno obveznosti. Takšna struktura pogodbe tudi predpostavlja, da vrednost izpolnitve presega pogodbeno ceno, ta cena pa presega stroške

²² Določena pogodbeno stranka je v takšnem superiornem položaju, kadar ima prek samo- ali tržnega zavarovanja nižje stroške ocenjevanja tveganja in transakcijskih stroškov, kot pa jih ima druga pogodbeno stranka; glej Posner (1977).

²³ Wagner, str. 55.

pogodbene izpolnitve. Tako lahko tudi domnevamo, da se dolžnik in upnik pogajata o pogodbi, ki je Pareto učinkovita.²⁴ Takšna, ekonomsko učinkovita pogodba bi od dolžnika zahtevala izpolnitev, če in samo če stroški izpolnitve ne bi bili večji od vrednosti pogodbene izpolnitve. Ob vsem tem zdaj predpostavimo, da neki nepredvidljivi dogodek povzroči dvig stroškov izpolnitve za tolikšen obseg, da ti stroški presegajo pogodbeno ceno, medtem ko vrednost izpolnitve ostane nespremenjena, a je še vedno nad novimi stroški izpolnitve. Z ekonomskega vidika je takšna pogodba še vedno učinkovita in jo je zato treba spoštovati ter uveljaviti.²⁵ Dolžnik mora v takšnem primeru ali izpolniti pogodbeno obveznost ali pa prekršiti pogodbo ter plačati pričakovano odškodnino. Stranke morajo pri tem upoštevati, kdaj postane kršitev pogodbe učinkovita ali kdaj izpolnitev postane neučinkovita glede na njihovo oceno pričakovane odškodnine.²⁶ Zato v primerih spremenjenih okoliščin, katerih posledica je samo rahlo povečanje stroškov izpolnitve, sodišča tudi v primerih, ko so bile takšne okoliščine nepredvidljive, eksogene, ko pogodba ni bila aleatorna, tveganje ni bilo eksplicitno dodeljeno s pogodbenimi določili in ni mogoče najti superiornega nosilca tveganj, ne bi smela odobriti nobene razveljavitve ali spremembe pogodbe in bi morala takšne pogodbe preprosto uveljaviti.

2.3. Izrazito draga pogodbeni izpolnitev – pretirani stroški izpolnitve

Razpravo nadaljujemo s situacijo, ko spremenjena okoliščina povzroči izjemno rast stroškov izpolnitve. Za ponazoritev takšne situacije predpostavimo, da neto vrednost izpolnitve pogodbene obveznosti po realizaciji spremenjene okoliščine ostane nespremenjena, vendar ta isti dogodek zdaj tako močno poveča stroške izpolnitve, da ti presegajo neto vrednost same pogodbene izpolnitve. V takih okoliščinah se ekonomsko gledano pogodba ne bi smela izpolniti, saj stroški izpolnitve presegajo neto vrednosti izpolnitve in bi vsaka takšna izpolnitev pomenila alokacijsko neučinkovitost (nepotrebno izgubo dobrin in resursov). V skladu s klasično ekonomsko analizo prava bi bilo treba takšno pogodbo ali izpolniti ali pa bi moral dolžnik v skladu s teorijo učinkovite kršitve kršiti pogodbo in upniku plačati pričakovano odškodnino.²⁷ Drugače kot klasična literatura ta članek argumentira, da je v takšnih okoliščinah razveza pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin, ki sočasno z enormnim povišanjem stroškov izpolnitve povečajo tudi vrednost izpolnitve obveznosti (na primer hiperinflacija), veliko učinkovitejše in zaželeno pravno sredstvo, kot pa je brezpogojna uveljavitev pogodb. Takšna rešitev, tj. razveza

²⁴ Glej Ogus, str. 27; Leitzel, str. 4–7.

²⁵ V takšnih primerih se torej stranki nista upravičeni sklicevati na institut spremenjenih okoliščin in posledično tudi nista upravičeni zahtevati razveljavitve pogodbe.

²⁶ Odškodnina za pričakovanje zagotavlja spodbude strankam, da izpolnijo pogodbo samo takrat, kadar je takšna izpolnitev ekonomsko učinkovita. Glej Shavell (1980); Mahoney.

²⁷ O teoriji učinkovite kršitve pogodbene obveznosti glej Leitzel, str. 33; Ogus, str. 205; MacKaay, str. 403; Schäfer (2004), str. 329; Shavell (2004), str. 304.

pogodbe, namreč ekonomsko gledano pomeni »delitev tveganj« med dolžnikom in upnikom (*risk-sharing*). Takšna delitev tveganj ekonomsko gledano tudi pomeni, da tako upnik kot dolžnik izgubita oziroma ne dosežeta *ex ante* pričakovanega pogodbenega dobička.

Klasična pravno-ekonomska teorija nadalje sugerira, da če določen pravni sistem ne pozna izpolnitve v naravi, potem lahko dolžnik v skladu s »teorijo učinkovite kršitve« enostavno prekrši pogodbo (jo preneha izpolnjevati) in pač upniku plača pričakovano odškodnino.²⁸ V skladu s klasično argumentacijo bi tako dolžnik v sorazmerju s svojim začetnim pričakovanjem imel izgubo v višini razlike med vrednostjo in stroški izpolnitve. Takšen znesek pa bi tudi dejansko pomenil mejo dolžnikove izpostavljenosti tveganju. Vendar si lahko predstavljamo situacijo hiperinflacije, pri kateri se zaradi spremenjene okoliščine povešajo stroški izpolnitve, hkrati pa se povečajo tudi koristi izpolnitve (ki pa še vedno ne presega stroškov izpolnitve). V takšnih primerih pa postane ekonomska analiza veliko bolj zapletena in argumentacija v prid razveze pogodbe precej tehtnejša. Za ponazoritev si predstavljamo okoliščino (na primer hiperinflacijo), ki ne vpliva samo na dolžnikove stroške izpolnitve, ampak povzroči tudi izjemno veliko spremembo v tržnih cenah, ki povzroči tudi rast upnikove vrednosti izpolnitve. V takšnih okoliščinah se ekonomsko gledano hkrati zaradi instituta (in odgovornosti) pričakovane odškodnine poveča tudi dolžnikova izpostavljenost tveganju (povečanje višine tveganja). Dolžnik namreč zdaj sam prevzame celotno tveganje povečanih stroškov izpolnitve,²⁹ upnik pa z gotovostjo pridobi svojo pogodbeno korist.³⁰ Trimarchi tako prepričljivo argumentira, da dolžnik v takem primeru ne deluje le kot zavarovalec obljubljenega začetnega pričakovanja, ampak tudi kot zavarovalec upnikovih nepredvidljivih koristi, do katerih upnik *ex ante* ni bil pogodbeno upravičen niti jih ni pričakoval.³¹ Ekonomsko načelo učinkovitega zavarovanja preprosto ne upravičuje, da bi dolžniku naložili prenos denarja ali kakšne druge koristi na upnika in bi mu s tem omogočili pridobitev neutemeljenega in neupravičenega dobička (*windfall gain*).³² V takšnih okoliščinah je zato razveza pogodbe ekonomsko gledano najučinkovitejše pravno sredstvo.³³

²⁸ Glej Barton, str. 277; Diamond (1980), str. 165; Diamond (1981), str. 19; Shavell (2004), str. 19.

²⁹ Sykes navaja, da pravno sredstvo odškodnine za pričakovano škodo ne uspe doseči ene od izjemno pomembnih značilnosti takšne pogodbe, in sicer ne zagotavlja delitve tveganj med pogodbenima strankama.

³⁰ Ki je enaka razliki med povečano vrednostjo (koristi) pogodbe in pogodbeno ceno.

³¹ Trimarchi, str. 69.

³² Prav tam.

³³ Še več, izsledki vedenjske ekonomije in vedenjskih eksperimentov kažejo, da teorija učinkovite pogodbene kršitve ni v skladu z ugotovitvami eksperimentalne ekonomije (tj. ugotovljeno je bilo neskladje med hipotezo o učinkoviti kršitvi in kognitivnim dojemanjem pogodb s strani ljudi). Glej Lewinsohn-Zamir, str. 151; Bernstein str. 1724; Macaulay, str. 55.

Takšna pridobitev neupravičenega dobička je lahko dejavnik, ki ga stranke *ex ante* lahko upoštevajo pri predhodni oceni tveganj sklepanja pogodb. A vendar racionalne pogodbene stranke najverjetneje ne namenjajo svojega časa razmišljanju o morebitnem nepredvidljivem izidu, saj so lahko stroški informacij za oceno takšnega scenarija pretirani in verjetno špekulativni.

Pogodbeni stranki lahko predvidevata možnost, da bo pogodba privedla do nepričakovanega izida za eno od strank, ali vsaj predvidevata spremenjene okoliščine v tržnih vrednostih, ki jih stranke lahko ocenijo. V nekaterih primerih se pogodbe sklenejo posebej za razporeditev/delitev/alokacijo tveganja za eno ali obe pogodbeni stranki ali se sklenejo zaradi špekulacije o prihodnji vrednosti izpolnitve. To lahko povzroči zaplete pri opcijskih pogodbah, ki so v resnici mehanizem, ki se uporablja za razpršitev/delitev tveganj med sofisticiranimi deležniki na trgu.³⁴ Sodišča bi morala biti še posebej previdna pri uporabi doktrine in instituta spremenjenih okoliščin pri takšnih vrstah pogodb, ki specifično predvidevajo določeno mero negotovosti in zelo določno specifikirajo razporeditev tveganja med strankama v zvezi s takšnimi negotovostmi.

2.4. Nesmiselnost namena pogodbe (frustracija namena, *frustration of purpose*)

Predpostavimo, da se po sklenitvi pogodbe uresniči nepredvidljiva okoliščina, ki povzroči močan padec obljubljenе vrednosti izpolnitve, tako da je zdaj vrednost takšne izpolnitve za upnika enaka nič (ali zelo blizu – namen pogodbe postane za upnika nesmiseln), medtem ko pogodbenā cena in stroški izpolnitve ostanejo nespremenjeni. V tem primeru je izpolnitev za dolžnika seveda povsem mogoča, saj ni bilo nikakršnega povečanja stroškov izpolnitve, medtem ko za upnika takšna izpolnitev postane povsem brezpredmetna, nesmiselna (vrednost takšne izpolnitve je enaka nič ali blizu takšne ničelne vrednosti). Ekonomsko gledano samo dejstvo, da je izpolnitev za upnika izgubila pomen, vrednost ali preprosto postala manj vredna, ne bi smelo pomeniti nobenega opravičila za upnikovo obveznost izpolnitve njegovega dela pogodbene obveznosti. V takšnih primerih bi torej bila uporaba instituta spremenjenih okoliščin škodljiva in ekonomsko neupravičena, saj bi vodila do popolnega razpada predvidljivosti in stabilnosti pogodbenih izmenjav in bi s tem tudi ogrozila delovanje celotnega tržnega sistema. V takšnih primerih mora veljati spoštovanje pogodbenih zavez (*pacta sunt servanda*), upnik pa mora ali izpolniti svojo pogodbeno obveznost ali jo prekršiti in prevzeti

³⁴ Dobavitelji se tako lahko pogodbeno obvežejo, da bodo upoštevali tržne razlike ali kako lahko podjetje z neznanimi prihodnjimi potrebami po vložkih sklene pogodbo za možnost nakupa vložkov v prihodnosti po določeni ceni, ki je lahko neizogibno drugačna od dnevne cene (na primer nakup goriva s strani letalskih družb – *fuel hedging*). Te pogodbe so zasnovane posebej za razporeditev tveganj na eno ali pa tudi v točno določenih razmerjih deljeno med obe pogodbeni stranki.

posledice takšne kršitve svoje pogodbene obveznosti.³⁵ Razveza pogodbe bi v takšnih okoliščinah povzročila nesluten razrast moralnega hazarda, ustvarila bi spodbude za oportunistično vedenje, suboptimalno sklepanje pogodb, suboptimalno zagotavljanje previdnostnih ukrepov za blažitev ali preprečevanje nastanka škode, nesluteno bi povečala transakcijske stroške in bi dodelila tveganja na pogodbeno stranko, ki ni superiorni nosilec tveganj, in s tem povzročila nepotrebna tveganja ter neposredne in posredne stroške prevzemanja takšnih tveganj.

Edina mogoča izjema, na katero lahko pomislimo pri takšni situaciji nesmiselnosti pogodbenega namena, bi lahko bil primer, ko bi ena stranka delovala tudi kot zavarovalec upnikovega nepričakovanega dobička (*windfall gain*). Na primer lahko se zgodi, da se po dolžnikovi kršitvi pogodbe upnik pogaja z drugo stranko, pri čemer uporabi isti izpolnitveni predmet kot v prejšnji pogodbi. Upnik bi tako pridobil del celotne koristi od posla, ki se verjetno ne bi veliko razlikoval od tistega, kar bi pridobil po prvotni pogodbi, s čimer bi pridobil dvakratni dobiček. Upnik bi tako pridobil odškodnino zaradi neizpolnitve prvotnega posla, hkrati pa še dodaten dobiček, ki bi ga pridobil s to drugo, »nadomestno« pogodbo, ki bi jo sklenil z drugo stranko. Pri tem bi dolžnikovo »zavarovanje« začetnega pričakovanja dalo upniku »neupravičen« (dvojni) dobiček. Le v teh redkih primerih bi načela ekonomske učinkovitosti sugerirala razvezo takšne neučinkovite pogodbene obveznosti.

2.5. Sočasno izrazito povečanje stroškov in koristi izpolnitve

Nazadnje še predpostavimo, da so se zaradi naknadne nepričakovane okoliščine izrazito povečali tako stroški kot vrednost same izpolnitve. Pri tem se je vrednost izpolnitve tako povečala, da presega tudi te izrazito povečane stroške izpolnitve (medtem ko pogodbeni cena ostaja nespremenjena). Čeprav je takšna popolnoma nepričakovana okoliščina povzročila izrazito povečanje stroškov izpolnitve, se je upnikova vrednost izpolnitve povečala še za večjo magnitudo kot sami izpolnitveni stroški, tako da je ekonomsko gledano izpolnitev takšne pogodbe še vedno upravičena (ekonomsko učinkovita). Vendar se v takšnih primerih postavi vprašanje, katera od pogodbenih strank naj potem prevzame materializacijo takšnih tveganj, ki so izjemno povečali izpolnitvene stroške. Ali bi moral v takšnih primerih vse uničujoče izpolnitvene stroške kriti dolžnik in pri tem delovati kot *de facto* zavarovalec upnikovih nepričakovanih, izjemnih ter nepredvidljivih koristi? Ali pa naj dolžnik enostavno krši svojo pogodbeno obvez-

³⁵ V nasprotju s prej obravnavano problematiko pretirano obremenjujoče izpolnitve je zdaj upnik tisti, ki prevzame tveganje nepredvidljivih okoliščin in ki deluje kot *de facto* zavarovalec dolžnika. Glavna razlika pa je v tem, da zavaruje le dolžnikovo začetno pričakovanje in ne kot prej tudi njegovih nepričakovanih dobičkov. Upnik tako zdaj prevzame tveganje, ki ga ni mogoče preprečiti, za katerega pa je bil »nagrajen« z *ex ante* popustom na ceno, pri čemer ekonomska načela zavarovanja upravičijo takšno alokacijo tveganja.

nost (in s tem plača izjemno visoko odškodnino) ali pa je razveza ali sprememba pogodbe s strani tretje osebe (sodišče) boljše in učinkovitejše pravno sredstvo?³⁶

Analitično gledano je dolžnik zaradi dejstva, da nova vrednost presega celo nove izpolnitvene stroške, ujet med »prekletstvo pogodbe« (izpolnitev pogodbene obveznosti) in/ali plačilo »pričakovane odškodnine« upniku. Dolžnik mora namreč izpolniti pogodbo in ima zaradi izjemnega povečanja teh izpolnitvenih stroškov uničujoče izgube ali pa plačati še večjo pričakovano odškodnino upniku.³⁷ To pomeni, da dolžnik zdaj navkljub temu, da takšne alokacije tveganj *ex ante* ni nikoli sprejel, prevzame celotno tveganje povečanih stroškov izvedbe, upnik pa z gotovostjo prejme celotno pogodbeno korist. Dolžnik tako ne deluje le kot *de facto* zavarovalec upnikovega prvotnega pričakovanja, temveč tudi kot zavarovalec njegovih nepričakovanih dobičkov. Poleg tega pa dejstvo, da se dolžnik nikakor ne more izogniti uničujočim izgubam, pomeni tudi zelo veliko verjetnost bankrota takšnega dolžnika. Nastali finančni šok škoduje dolžnikovemu načrtovanju in organizaciji, kar pomeni, da ne gre za igro ničelne, nevtralne vsote (in preprosto nevtrarno redistribucijo, ko so izgube za eno stranko enake dobičkom druge stranke), ampak se uničenje vrednosti ne izravna z nobenim ustreznim dodatnim dobičkom (koristjo) na strani upnika. V takih primerih imajo racionalne stranke, ki niso naklonjene tveganju, raje medsebojno deljenje tveganj in takšna delitev tveganj je ekonomsko gledano tudi najoptimalnejša rešitev za materializacijo uničujočih spremenjenih okoliščin in tveganj (*risk-sharing*). Tudi v klasični ekonomski teoriji pogosto zagovarjan koncept, da dolžnik za takšno prevzemanje tveganja in posledično *de facto* zavarovanje upnikovih pričakovanih koristi prejme nadomestilo v obliki *ex ante* zavarovalne premije (tj. zvišanje pogodbene cene, ki vključuje tudi premijo za prevzemanje teh tveganj), ne more vzdržati kritične ekonomske presoje. Namreč ekonomsko načelo prevzemanja tveganja in zavarovanja zahteva *ex ante* poznavanje verjetnosti materializacije takšnega dogodka in višine nastale škode.³⁸ V takšnih okoliščinah je razveza pogodbe, ki je v resnici mehanizem delitve tveganj (*risk-sharing mechanism*), ekonomsko gledano najoptimalnejše pravno sredstvo za ravnanje v takšnih nepredvidljivih spremenjenih okoliščinah.

A vendar bi lahko nekdo tudi argumentiral, da razveza takšne pogodbe hkrati tudi pomeni izgubo določene vrednosti transakcije, ki bi nastala z izpolnitvijo takšne pogodbe. Seveda je pozitivne učinke, vrednost takšne transakcije, nato še vedno mogoče doseči, saj se lahko iste

³⁶ Če je bila okoliščina posledica dolžnikove krivde ali če je bilo to tveganje alocirano na eno od pogodbenih strank s samimi pogodbeni določili ali pravnimi pravili ali če je bil dolžnik superiorni nosilec tveganj, potem seveda razveza takšne obveznosti ni upravičena.

³⁷ Nova vrednost izpolnitve zdaj presega tudi nove izrazito povečane stroške izpolnitve. Ta znesek pa je v resnici razlika med novo vrednostjo izpolnitve in *ex ante* dogovorjeno pogodbeno ceno.

³⁸ Poleg tega Sykes in Goldberg poudarita, da upnik v takšnem primeru izgubi spodbude za ublažitev škode in da lahko tudi zaradi takšne alokacije tveganj ustvarimo spodbude za njegovo prekomerno investiranje v pričakovani pogodbeni podjem – prekomerno zanašanje; Sykes, str. 63; Goldberg (2015), str. 138.

(ali tudi druge) stranke po razvezi takšne obveznosti še vedno prosto pogajajo in dogovorijo (pod drugačnimi pogoji) za izvedbo takšne transakcije.³⁹ Takšna *ex post* ponovna pogajanja lahko obema stranema omogočijo pridobitev koristi iz takšne transakcije ob hkratni rešitvi problema izgubljenih družbenih koristi od takšne transakcije (in kjer bi institut učinkovite kršitve pogodbe vodil do neoptimalnih družbenih rezultatov).

2.6. Povzetek ekonomskih pogledov na spremembo tržnih cen in institut spremenjenih okoliščin

Na podlagi povedanega lahko ugotovimo, da spoznanja pravno-ekonomske znanosti sugerirajo izjemno restriktivno uporabo instituta spremenjenih okoliščin. Razveza pogodb zaradi spremenjenih okoliščin naj bi se ob izpolnitvi vseh potrebnih predpogojev uporabila res v zelo, zelo izjemnih primerih, ko gre res za izrazite spremembe, za izrazito povečanje stroškov izpolnitve. Odgovor na vprašanje o tem, ali se lahko spremembe tržnih cen štejejo za spremenjene okoliščine, na podlagi katerih bi lahko prišlo do razveze pogodbe, tako zahteva analizo vseh predpogojev, hkrati pa mora biti ta sprememba res izrazita – na primer hiperinflacija, pri čemer bi ta dosegala (ali presegala 200 odstotkov).

Razveza pogodbe bi torej bila priporočljiva samo takrat, kadar pogodba ni bila aleatorna, tveganje samo ni bilo dodeljeno s samimi pogodbenimi določili ali z izrecnimi pravnimi normami, kadar je okoliščina popolnoma nepredvidljiva in eksogena in kadar nobena od pogodbenih strank ni bila superiorna nosilka tveganj, pri tem pa bi seveda morala biti takšna sprememba tržnih cen še hkrati tako velika, da bi povzročila tudi ekstremno, izrazito povečanje stroškov izpolnitve (na primer preseganje 200-odstotnega praga dviga tržnih cen). Manjše spremembe dviga tržnih cen, tudi tja do 60 odstotkov ali 90 odstotkov, ne bi smele ob upoštevanju vseh preostalih kriterijev biti resnični razlog za razvezo določenih pogodb, saj povečanje določenih tržnih cen v višini 60 odstotkov za racionalne stranke, ki že nekaj časa delujejo na trgu (in ki so hodile v srednjo šolo, kjer so slišale o inflaciji v naši polpretekli zgodovini ali pa o dvigu cen nafte na podlagi različnih vojn, ekonomskih kriz in podobno), ni nekaj nepričakovanega ali nekaj nepredstavljivega oziroma nekaj, na kar pogodbene stranke nikakor ne bi mogle pomisliti (ali upoštevati).

3. Primerjalnopravni pregled ureditve instituta spremenjenih okoliščin

Ta del prispevka identificira in na podlagi primerjalnopravne analize sistematizira nekaj najpomembnejših spoznanj, ki jih ponuja ameriška, angleška, nemška in francoska jurisprudenca

³⁹ Glej tudi Trimarchi, str. 75.

pri vprašanju uveljavitve instituta spremenjenih okoliščin, ko se mora sodišče odločiti, ali je treba materializacijo določenega dogodka opredeliti kot spremenjeno okoliščino, na podlagi katere lahko pride do razveze ali spremembe pogodbene obveznosti, ali pa je treba pogodbo (obveznost) uveljaviti v izvorni obliki.

3.1. Spremenjene okoliščine v angleškem in ameriškem pogodbenem pravu

Angleško običajno pravo deluje s tako imenovanim konceptom frustracije namena, ki nastane, ko pogodbenih obveznosti ni več mogoče izpolniti zaradi nepredvidljivih okoliščin, na katere nobena od strank ne more vplivati.⁴⁰ Institut frustracije pogodbenega namena na splošno deluje na izpolnitev pogodbe, kadar po sklenitvi pogodbe dogodek povzroči, da je izpolnitev pogodbe nemogoča,⁴¹ nezakonita ali nekaj izrazito drugačnega od tistega, o čemer so stranke razmišljale ob sklenitvi pogodbenega razmerja.⁴²

Poleg tega angleško pogodbeno pravo izhaja iz tega, da je odgovornost za neizpolnitev pogodbenih obveznosti striktna. Razen v primerih osebnih storitev bo neizpolnitev obljubljenega v pogodbi pomenila kršitev pogodbe in povod za odškodninski zahtevek.⁴³ Angleško običajno pravo, vsaj praviloma, ni razvilo doktrine razveze ali prilagoditve pogodbe v primerih le pretirano obremenjujočega izpolnjevanja.⁴⁴

Pronicljiva ocena angleške sodne prakse razkriva, da angleška sodišča ne razlikujejo vedno ostro med obremenjevanjem in nezmožnostjo.⁴⁵ Občasno je mogoče najti izjave v primerih, kot na primer v zadevi *Horlock proti Bealu*, ko je lord Loreburn dejal, da je »izpolnitev te pogodbe postala nemogoča, kar pomeni neizvedljiva v komercialnem smislu«. ⁴⁶ Stone in dr. poudarjajo, da nemogoča izvedba zajema tudi pojem »komercialne nezmožnosti«. ⁴⁷ V sodbi *Davis Contractors Ltd proti Fareham UDC*⁴⁸ je na primer sodišče jasno navedlo, da le bolj obremenjujoča izpolnitev ne bi smela biti razlog za olajšavo in da v tem primeru to ni bilo poslovno nemogoče, saj so lahko Davis Contractors izpolnili svojo pogodbeno obveznost za samo 23 odstotkov nad pogodbeno ceno. Bistvo njihove trditve je bilo, da je zanje postalo

⁴⁰ Burrows (2016a), str. 731; McDermott, str. 1003; McKendrick (2014), str. 7.

⁴¹ Treitel, str. 63.

⁴² Burrows (2016b), str. 164; McKendrick (2016), str. 849. Glej tudi Upex (2004), str. 256; Beatson, str. 530; Perrilo, str. 5.

⁴³ Swadling, str. 3.

⁴⁴ Glej na primer Smits, str. 205; Smith (2005), str. 187. Glej tudi Stone in dr., str. 481.

⁴⁵ Glej Treitel, str. 64.

⁴⁶ *Horlock v. Beal* (1916) 1 A.C. 486, 499.

⁴⁷ Stone in dr., str. 486.

⁴⁸ 1 *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC* 956 AC 696.

poslovno neugodno izpolniti pogodbo po dogovorjeni ceni. Vendar taka le »težja izpolnitev« in ne »prekomerno obremenjujoča izpolnitev« ni priznana kot podlaga za uveljavitev instituta frustracije pogodbenega namena in posledične razveze pogodbe.⁴⁹

Angleško pravo na splošno zahteva tudi izpolnjevanje več predpogojev, potrebnih za sprožitev uporabe instituta frustracije namena. To pomeni, da je stranka oproščena svojih pogodbenih obveznosti, če je frustrirajoči dogodek eksogen, nepredvidljiv, nastane brez krivde strank in onemogoča nadaljnje izpolnjevanje.⁵⁰

Prvič, tradicionalno splošno pravilo je, da dogodek običajno ne more pomeniti frustracije, če je zajet v sami pogodbi.⁵¹ Če pogodba izrecno določa zadevni dogodek, bo pogodba tista, ki bo urejala vpliv, ki ga bo ta dogodek imel na obveznosti iz pogodbe, in ne doktrina frustracije.⁵²

Drugič, dogodka ni mogoče obravnavati kot frustrirajočega, če je bil le-ta tisti, ki je bil predviden ali predvidljiv v trenutku sklenitve pogodbe in torej v okviru premišljevanja strank.⁵³ Tako stranka ne more obravnavati tveganja, ki bi ga bilo mogoče predvideti in proti kateremu bi lahko bila oblikovana rezervacija, kot frustrirajoči dogodek.⁵⁴ Vendar je treba poudariti, da ima angleška sodna praksa, kot poudarja McKendrick, očitno težavo s to formulo, in sicer ima težavo z ugotavljanjem, kaj je in kaj ni predvidljivo v trenutku sklenitve pogodbe.⁵⁵ Bell trdi, da se doktrina frustracije uporablja, kadar ne bi bilo razumno pričakovati, da bodo stranke sprejele posebne določbe za tveganje ali da bi ga obravnavale kot običajno tveganje, ki so ga pričakovale.⁵⁶ Vendar McKendrick trdi, da je vprašanje, kako predvidljiv mora biti dogodek, preden prepreči zanašanje na doktrino frustracije, vprašanje stopnje, magnitude takšne nepredvidljivosti.⁵⁷ Po drugi strani Beatson trdi, da gre le za vprašanje konstrukcije in interpretacije same pogodbe.⁵⁸ Poleg tega se včasih predlaga, da mora biti zadevni dogodek nepredviden ali nepričakovan, da bi prišlo do frustracije.⁵⁹ V zadevi *McGuill proti Aer Lingus & United Airlines* je J. McWilliam govoril o nepričakovanem dogodku in menil, da če je

⁴⁹ Stone in dr., str. 486.

⁵⁰ Bell, str. 208. Glej tudi Whincup.

⁵¹ McDermott, str. 1021.

⁵² McKendrick (2016), str. 860.

⁵³ Hall.

⁵⁴ Treitel, str. 466.

⁵⁵ McKendrick (2016), str. 862.

⁵⁶ Bell, str. 208.

⁵⁷ McKendrick to ponazori s primerom potresa, ki je predvidljiv, saj se vsi zavedamo, da se lahko zgodi. Toda v nekaterih delih sveta so bolj predvidljivi kot v drugih, McKendrick (2016), str. 862.

⁵⁸ Beatson, str. 548.

⁵⁹ McDermott, str. 1020.

stranka pričakovala ali bi morala predvideti možnost dogodka, se ji ne bi smelo dovoliti, da se zanaša na dogodek.⁶⁰

Vendar je lord Denning MR v *Ocean Tramp Tankers Corp proti V/O Sovfrach* presenetljivo predlagal, da zahteva, da dogodek ne bi smel biti predviden, dejansko pomeni, da stranke ne bi smele predvideti tega v pogodbi, in navedel: »Pogosto je bilo rečeno, da doktrina frustracije velja le, če je nova situacija 'nepredvidena' ali 'nepričakovana' ali 'nepredstavljiva', kot da je to bistvena značilnost. Ampak ni. Ne gre toliko za to, da je 'nepričakovano', temveč za to, da stranki tega ne bi smeli predvideti v svoji pogodbi.«⁶¹

Tretjič, sodna praksa tudi trdno zagovarja stališče, da se stranka ne sme sklicevati na dogodek, ki bi motil pogodbo, če je le-ta posledica njenega lastnega ravnanja ali ravnanja tistih, za katere je odgovorna (samopovzročena).⁶² Za vložitev pritožbe na frustracijo je bistveno, da je dogodek zunaj nadzora katerekoli od pogodbenih strank brez kakršne koli krivde (pri tem pa bi zadostovala tudi samo malomarnost).⁶³

Četrtič, v skladu z angleško zakonodajo mora biti frustrirajoči dogodek takšen, da se izpolnitev bistveno razlikuje od tiste, ki jo je določala pogodba.⁶⁴ Čeprav kot se strinjajo komentatorji, samo dejstvo, da izpolnitev pogodbe postane le bolj obremenjujoča, ne zadošča, še zdaleč ni jasno, ali bi pretirano obremenjujoča izvedba lahko štela za »nekaj radikalno drugačnega«.⁶⁵

V zadnjem času pa je še več jasnosti v razumevanje in aplikacijo angleške doktrine frustracije namena prinesla sodba angleškega višjega sodišča v zadevi *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd proti Evropski agenciji za zdravila*.⁶⁶ Nedavni pravni spor, ki vključuje EU in zasebno britansko podjetje, bi lahko osvetlil, kako bi lahko bila videti prihodnja razlaga pogodbe brez posebne klavzule o brexitu. Primer vključuje najem nepremičnine s strani Evropske agencije za zdravila (v nadaljevanju: EMA) od Canary Wharf Ltd. Sodba višjega sodišča v zadevi *Canary Wharf* opredeljuje najverjetnejšo razlago nepredvidljivega značaja brexita. Pogodbene stranke, ki niso neposredno sklenile pogodbe zaradi nepredvidljivega dogodka, lahko namreč še vedno navedejo, kako bi pogodbene stranke ravnale glede na to, da je nekaj motilo pogodbo. Stranke bi lahko na primer določile, kaj bi se zgodilo, če bi se zgodili nekateri drugi dogodki, kot je

⁶⁰ Prav tam.

⁶¹ It has frequently been said that the doctrine of frustration only applies when the new situation is 'unforeseen' or 'unexpected' or 'uncontemplated,' as if that were the essential feature. But it is not. It is not so much that it is 'unexpected,' but rather that the parties should have made no provision for it in their contract; (1964) 1 All ER 161.

⁶² Treitel, str. 682. Glej tudi McKendrick (2016), str. 866; Beatson, str. 550; Smith, str. 186; Whincup, str. 266.

⁶³ McDermott, str. 1024. Glej tudi Bell, str. 209.

⁶⁴ Lord Radcliffe, David Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C. (1965) AC 696, 729.

⁶⁵ Treitel, str. 244.

⁶⁶ [2019] EWHC 335 (Ch) (Canary Wharf).

dodelitev najema v primeru, da najemnik ne bi več potreboval nepremičnine ali bi želel še naprej uporabljati zakupljeno nepremičnino.

Ta pristop pogodbene razlage je tisto, na kar opozarja sodnik Marcus Smith v svoji sodbi v korist Canary Wharf Ltd., pri čemer ugotavlja, da najem ni bil onemogočen zaradi brexita. Po mnenju sodnika Marcusa Smitha je »neprostovoljni odhod agencije EMA s sedeža v prostorih zaradi okoliščin, ki so zunaj njenega (ali dejansko Evropske unije) nadzora, nekaj, kar je bilo izrecno določeno s klavzulo 4.21.1(c) njihove najemne pogodbe«. Možnost agencije EMA, da pod kakršnimikoli okoliščinami zapusti prostore, je bila tako izrecno določena s pogodbo in višje sodišče se je pri svoji odločitvi opiralo na te izrecne določbe.

Še več, v dveh nedavnih sodbah, in sicer v primeru *Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-Uk Ltd (2021) EWHC 1013* in v primeru *Spice Jet 2022*, je sodišče presodilo, da izbruh pandemije covid-19 ni zadosten razlog za uporabo instituta frustracije namena (spremenjenih okoliščin) in zato tudi ne more priti do razveze pogodb.

Po drugi strani je bila ameriška doktrina komercialne nepraktičnosti (ekvivalent našega instituta spremenjenih okoliščin) utemeljena v zadevi *American Mineral Park Land Co. proti Hovardu* o komercialni neizvedljivosti, v kateri je bila, kot se splošno pripisuje, izrečena sodobna ameriška doktrina komercialne neizvedljivosti. V tem primeru se je ena od razsežnosti razvoja prava osredotočila na pomen izraza »nezmožnost«, ki opozarja na vprašanje, ali je mogoče merilo fizične nezmožnosti izpeljati tudi iz vmesnih dogodkov, ki so naredili uspešnost pretirano obremenjujočo. V tej pomembni odločitvi je bil pomen izraza »nezmožnost« razširjen, da bi vključeval tudi pojem, kaj je komercialno neizvedljivo. V tej odločbi, v kateri je bilo dejansko uporabljeno načelo iz prejšnje zadeve *Moss proti Smithu*, je sodišče ugotovilo, da je izjemno povečanje stroškov pridobivanja gramoza upravičilo toženčevo neizpolnitev. Čeprav kot poudarjajo komentatorji, izvedba očitno ni bila dobesedno nemogoča (pravzaprav ni bila niti »subjektivno« nemogoča), je bila dovolj drugačna od tistega, kar sta obe stranki v času sklenitve pogodbe predvidevali kot »neizvedljivo«. Sodišče je v sodbi navedlo, da je stvar »nemogoča v pravni kontemplaciji, kadar ni izvedljiva; in stvar je neizvedljiva, če jo je mogoče narediti samo s pretirano in nerazumno ceno [...], kjer je razlika v stroških tako velika kot tukaj in ima učinek, kot je bilo ugotovljeno, da je delovanje neizvedljivo, situacija ni drugačna od tiste popolne odsotnosti zemlje in gramoza.«

Ta odločitev je zdaj tudi splošno priznana kot sodoben temelj doktrine neizvedljivosti in je pogosto združena z izjemami običajnega prava od splošnega pravila, da nemožnost ali neizvedljivost ne opravičuje uspešnosti. Od takrat je bilo rešenih veliko primerov v zvezi z zakupom mineralnih surovin iz različnih razlogov. Kot poudarja Corbin, je izvedba lahko tako težka in draga, da je opisana kot »neizvedljiva«, izvršba pa se lahko zavrne zaradi nemožnosti. Nadalje, kot poudarja, se bi v običajnem pravu uporabljali izrazi, kot so fizična nezmožnost, pravna

nezmožnost, neizvedljivost, subjektivna in objektivna nezmožnost, osebna nezmožnost, povečana težavnost in frustracija predmeta – vsi so različni pojmi, pri čemer tudi veljavna pravila niso enotna.

Zelo povedno pa ameriška sodišča skoraj nikoli ne uveljavijo instituta spremenjenih okoliščin samo zaradi spremembe tržnih cen. Takšna sprememba mora biti v skladu z ameriško sodno prakso izjemna (več kot 190-odstotni dvig cen) ali v primerih hiperinflacije.⁶⁷ Še več, ameriška sodišča so dosledno zavračala uveljavitev doktrine spremenjenih okoliščin v primerih, ko so se cene povišale za 70 odstotkov.⁶⁸

3.2. Spremenjene okoliščine v nemškem in francoskem pogodbenem pravu

V francoskem pravu se je učinek nepredvidljivih okoliščin na obstoječa pogodbeni razmerja tradicionalno obravnaval z doktrino višje sile.⁶⁹ To tradicionalno stališče francoskega civilnega prava je bilo jasno in je povzročilo jasno delitev: bilo je vse ali nič. Francosko civilno pravo ni dovoljevalo razveze ali prilagoditve pogodbe, ki postane pretirano obremenjujoča.⁷⁰ Pogodbo je bilo treba izpolniti ne glede na to, kako zahtevno je postalo njeno izvajanje. Civilna sodna praksa je v nasprotju z upravnim zavračala teorijo *imprévision*; sodniku je zavrnila pooblastilo za revizijo ali razveljavitev pogodbe, tudi če je le-ta postala uničujoča za eno od strank.⁷¹ Sodišča niso mogla nadomestiti »dejanskega dogovora«, ki so ga izrazile stranke, z »domnevnim dogovorom« in nobeno »pravično nadomestilo« sodiščem ni dovolilo, da bi spremenila pogodbo.⁷² Temu togemu pristopu smo sledili vse do leta 2016,⁷³ čeprav je mogoče nekatere zadnje odločitve razlagati, kot da so sodišča ravnala v skladu s tretjo alinejo 1134. člena in 1135. členom C. Civ.⁷⁴

⁶⁷ Glej *Seaboard Lumber Co.* 308 F.3d; *Soletanche Rodio Nicholson* 8JV), 94-1 BCA (CCH); *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 172 Cal. 289, 291 (1916).

⁶⁸ *Gulf & W. Indus. Inc.*, ASBCA No. 21090; *Iowa Elec. Light & Power v. Atlas Corp.*, 467 F. Supp. 129, 140; *Short Bros., PLC v. United States*, 65 Fed. Cl. 695, 785 (2005); *Am. Trading & Prod. Corp. V. Shell Int'l Marine Ltd.*, 453 F.2d 939 (2d Cir. 1972); *Spindler Constr. Corp.*, 2006 ASBCA LEXIS 66; *Publicker Indus. Inc. V. Union Carbide Corp.*, 17 U.C.C. Rep. Serv. 989 8E.D. Pa. 1975.

⁶⁹ David.

⁷⁰ Glej na primer *De Lamberterie*; Beale in dr., str. 629.

⁷¹ Beale in dr., str. 629.

⁷² Gordley, str. 1044.

⁷³ Glej *Cass. Comm.*, 18. 12. 1979, *Bull. civ. IV*, 329.

⁷⁴ Beale, Hartkamp, Kötz in Tallon, opomba 42, str. 629.

Pod vtisom mednarodne uspešnosti določb o nepredvidenih izrednih razmerah so številni francoski pravniki dolgo trdili, da je treba odpraviti odločbo v Canal de Craponne⁷⁵ in poznejšo sodno prakso.⁷⁶ Ti poskusi reform so se pravzaprav začeli pred več kot sto leti in so se v zadnjih 15 letih močno okrepili. Nazadnje je bilo 11. 2. 2016 francosko obligacijsko pravo, kot ga izraža francoski civilni zakonik, po 200 letih dokončno posodobljeno in revidirani oddelek je začel veljati 1. 10. 2016.⁷⁷ Francoska sodna praksa je ob priznavanju zastarelih načel in resne nepopolnosti zakonika ponudila tudi niz argumentov, ki podpirajo to dolgo pričakovano posodobitev francoskega civilnega zakonika.⁷⁸

Poleg tega je francoska sodna praksa spoznala, da je vpliv zakonika v tujini močno upadel.⁷⁹ Prav tako je bilo francosko pogodbeno pravo zaznano kot manj privlačno kot na primer angleško običajno pravo kot veljavno pravo izbire v mednarodnih gospodarskih pogodbah.⁸⁰ Dojeli so ga kot manj komercialnega in za neugodno primerjavo glede ukrepov, kot sta pragmatizem in spodbujanje transakcijske gotovosti.⁸¹ Zato je bila nedavna posodobitev civilnega zakonika namenjena temu, da bi postal bolj konkurenčen v globalizirajočem se svetu in postal privlačnejši za mednarodna podjetja kot zakoni nekaterih držav običajnega prava.⁸²

Novi zakonik vsebuje tudi novost o nepredvidenih dogodkih, ki jo najdemo v 1195. členu novega Civilnega zakonika. Ta člen daje sodišču široka pooblastila za prilagoditev pogodbe, ko se je zaradi nepredvidenih okoliščin kupčija neupravičeno podražila.⁸³

Tako 1195. člen odstopa od prejšnjega francoskega pristopa in obrne znamenito odločitev Canal de Craponne:

»(1) Če je zaradi nepredvidenega pogoja, ki je bil ob sklenitvi pogodbe nepredvidljiv, izpolnitev pretirano obremenjujoča za stranko, ki ni prevzela tveganja takšne spremembe, lahko ta stranka od druge pogodbene stranke zahteva, da se o pogodbi ponovno pogaja. Prva stranka mora še naprej izpolnjevati svoje obveznosti med ponovnimi pogajanjem.

⁷⁵ Civ. 6 Mar. 1876, Canal de Craponne, DP 1976.1.193.

⁷⁶ Glej na primer Philippe.

⁷⁷ Ordonance no 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF no 0035, februar 2016.

⁷⁸ Solene.

⁷⁹ Prav tam.

⁸⁰ Van Loock.

⁸¹ Prav tam.

⁸² Solene.

⁸³ New Code Civil, Article 1195, Chapter IV, The Effects of Contracts, Section 1, The Effects of Contracts between the Parties, Sub-section 1.

(2) V primeru zavrnitve ali neuspeha ponovnih pogajanj se lahko stranki dogovorita za odpoved pogodbe z dnem in pod pogoji, ki jih določita, ali pa sporazumno zahtevata od sodišča, da se loti njene prilagoditve. Če dogovora v razumnem roku ni, lahko sodišče na zahtevo stranke spremeni pogodbo ali jo odpove od dneva in pod pogoji, ki jih določi.«⁸⁴

Sprememba je temeljna, saj je bilo prejšnje načelo nevmešavanje sodnika v pogodbo. Od 1. 10. 2016 lahko sodnik posega v pogodbo, podpisano po tem datumu. Dejansko se lahko od 1. 10. 2016 pogodba spremeni ali odpove zaradi nepredvidenih okoliščin, zaradi katerih je za eno stranko pretežko izpolnjevanje njenih obveznosti. Stranke, ki se o tem ne morejo dogovoriti, lahko zdaj od sodnika zahtevajo prilagoditev ali odpoved pogodbe.

Po drugi strani splošno izhodišče nemškega prava ostaja isto, kot je bilo v celotnem dvajsetem stoletju: pogodbene stranke imajo pravico zahtevati izpolnitev svojih obveznosti *in specie*. Vendar je poleg nezmožnosti izpolnitve ena najpomembnejših izjem primer spremenjenih okoliščin, ki so po reviziji BGB našle nov zakonski dom v 313. členu BGB pod naslovom *Störung der Geschäftsgrundlage*.⁸⁵ Motnja temeljev posla (*Störung der Geschäftsgrundlage*) vključuje obliko motenj, ki jo koncept običajnega prava opisuje kot onemogočen namen; nezmožnost zaradi nepredvidenih dogodkov uresničiti primarni namen ene ali obeh strani; situacije, ko postane strogo in dobesedno nemogoče izvesti obljubljeni izvedbo, pa tudi celotno področje prej opisanih primerov, ko je obljubljena izvedba še vedno mogoča, vendar je zaradi nekaterih nepričakovanih nepredvidenih okoliščin postala komercialno neizvedljiva – pretirano obremenjujoča; končno vključuje tudi primere napak v osnovnih predpostavkah.⁸⁶

Toda kmalu po uveljavitvi BGB je izbruhnila prva svetovna vojna in nemška sodišča so se vse pogostejše ukvarjala s primeri nepredvidenih situacij, in ker jih je zakonodajalec pustil brez delujočega instrumenta, so morala sama poiskati pravično rešitev. Kot sta poudarila Zweigert in Kötz, sta se sprva držala besed BGB in razglasila izvedbo »nemogoče« v smislu 275. člena BGB, tudi ko je izvedba postala le ekonomsko nemogoča.

Po prvi svetovni vojni so gospodarske posledice mirovne pogodbe povzročile najprej hiperinflacijo v dvajsetih letih prejšnjega stoletja in nato deflacijo pod vodstvom Američanov v tridesetih letih prejšnjega stoletja. Te katastrofalne posledice so sledile izredno hitro, kar se je v svetovni zgodovini zgodilo prvič. Po prvi svetovni vojni je nemško gospodarstvo dejansko uničila hiperinflacija (propad nemške marke) skoraj neverjetnega obsega. Ti katastrofalni dogodki so, kot poudarjajo Markesinis, Unberath in Johnston, zahtevali zakonodajno posredovanje, vendar problemov ni bilo mogoče enostavno rešiti in so sodišča sčasoma začela sama

⁸⁴ Prav tam.

⁸⁵ Zimmermann (2005), str. 43.

⁸⁶ Glej Markesinis in dr. (2006), str. 320; Markesinis in dr. (1997); Larenz; Köhler, str. 295.

ukrepati, saj zakonodajalci niso mogli ali niso hoteli ukrepati.⁸⁷ Težave so morali reševati na pragmatičen način, vendar so potrebovali teorijo, s katero bi utemeljili svoje delo. Nemška sodišča so nato opustila strog koncept zavezujoče sile pogodbe in na koncu odločila, da lahko olajšajo gospodarske stiske, kot posledico načela dobre vere, ki ga najdemo tudi v nemškem civilnem zakoniku (BGB).⁸⁸

Nemški pravni pisци so kmalu izdelali splošno teorijo, ki je bila podlaga za odločitve sodišč o problemu spremenjenih okoliščin. Najpomembnejši od teh je bil profesor Paul Oertmann, ki je razvil doktrino *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (izginotje podlage pogodbe).⁸⁹ Njegova teorija, ki je dejansko preoblikovala in izboljšala Windscheidovo doktrino, se je pojavila ravno takrat, ko naj bi inflacija vzletela in vstopila v svojo zadnjo in najbolj smrtonosno fazo. V skladu s to teorijo je osnova transakcije domneva ene strani, ki je postala očitna drugi strani, pri čemer je privolila, da so določene okoliščine, ki jih štejejo za pomembne, obstoječe ali pa se bodo zgodile, čeprav ta predpostavka ni bila izražena v njihovih izjavah, ki so si jih izmenjali ob sklenitvi pogodbe.⁹⁰ Čeprav kot ugotavljajo avtorji, Oertmannova teorija ni popolna, saj recimo vzbuja resne pomisleke in je neuporabna ravno v najpomembnejših primerih, ko stranke ob sklenitvi pogodbe ne morejo razumno predvideti naknadne spremembe okoliščin, je kljub temu vsekakor izboljšava predhodne Windscheidove teorije.⁹¹ Oertmannova zasnova *Geschäftsgrundlage*, na katero se gleda kot na emanacijo klavzule o »dobri veri«, je dejansko doživela takojšen uspeh in je postala standardni pristop v veliko odločbah, v katerih so nemška sodišča uporabila to teorijo in odločila, da pri plačilu dolgov zaradi hiperinflacije ni več treba sprejeti zakonitega plačilnega sredstva (*de facto* razveza dolžnikove izpolnitvene obveznosti), saj noben dolžnik ne bi mogel *ex ante* v dobri veri dati takšne uničujoče ponudbe.⁹²

Po drugi svetovni vojni so se nemška sodišča znova znašla v težavah, takrat pa v težavah brez primere (popolno uničenje države, milijoni brezdomcev, uničena podjetja itd.), in zaradi takšne katastrofe so se sodišča nujno morala ukvarjati z vplivom spremenjenih okoliščin. Zakonodajalec je sodiščem spet zelo malo pomagal in Lorenzov pregled primerov, o katerih so nemška sodišča odločala po letu 1945, razkriva, da so sodišča še naprej uporabljala liberalno različico Oertmannove doktrine o propadu osnove transakcij (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).⁹³ Ker pa se je sodna praksa razvijala, bi lahko sodišče v primeru pretirano obremenjujoče izpolnitve

⁸⁷ Markesinis in dr. (2006), str. 86.

⁸⁸ Prav tam.

⁸⁹ Zweigert, str. 519. Glej tudi Schmitz.

⁹⁰ Oertman, str. 37.

⁹¹ Glej Markesinis in dr. (2006), str. 320; Markesinis in dr. (1997).

⁹² Larenz, str. 295; Köhler, str. 295.

⁹³ Prav tam.

bodisi odpovedalo pogodbo bodisi jo prilagodilo, da bi nepredvideno breme pravično porazdelilo med stranke.

Tako je 1. 1. 2002 začela veljati najobsežnejša reforma nemškega BGB in je preoblikovala velike dele nemškega obligacijskega prava. Z »*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*« je bila doktrina *Wegfall der Geschäftsgrundlage* sprejeta v BGB in je zdaj kodificirana v skladu s par. 313 BGB *Störung des Geschäftsgrundlage* – Motnje temeljev transakcije – spremenjene okoliščine, v skladu s katerimi se lahko prvotna pogodba prilagodi novim okoliščinam, razdre ali pa se zahteva njena izpolnitev.⁹⁴ Člen 313 BGB določa:

»(1) Če so se okoliščine, ki so postale temelj pogodbe, po sklenitvi pogodbe resno spremenile in če pogodbeni stranki pogodbe ne bi sklenili ali bi jo sklenili z drugačno vsebino, če bi to spremembo predvideli, potem se lahko zahteva prilagoditev pogodbe, v kolikor ni mogoče pričakovati spoštovanja nespremenjene pogodbe od ene stranke ob upoštevanju vseh okoliščin posameznega primera in zlasti pogodbene ali zakonske delitve tveganja.

(2) Enakovredno je spremembi okoliščin, če se izkaže, da so bistvene predpostavke, ki so bile temelj pogodbe, postale napačne.

(3) Če prilagoditev pogodbe ni mogoča ali je od stranke ni mogoče pričakovati, lahko prikrajsana stranka odstopi od pogodbe. Pri dolgoročnih obligacijskih razmerjih pravica do odpovedi z odpovednim rokom nadomesti pravico do odstopa.«⁹⁵

Ta določba, ki zagotavlja vseobsegajočo zakonsko podlago za doktrino o spremenjenih okoliščinah, poskuša zajeti osnovna načela doktrine, kot so jo razvili akademiki in uporabljajo sodišča, na abstrakten, a prilagodljiv način. Poleg tega sta nemožnost in komercialna neizvedljivost (prekomerno obremenjujoča izvedba) zajeti v 275. členu BGB, nezakonitost izvedbe pa v 134. členu BGB. Še več, 275. člen I BGB se uporablja za vse vrste nemožnosti: za objektivno nezmožnost (ko nihče ne more opraviti), subjektivno nezmožnost (določen zavezanec ne more opraviti), začetno nezmožnost, naknadno nezmožnost, delno nezmožnost in popolno nezmožnost. Vendar če pustimo ob strani vse doktrinarne spore, je treba opozoriti, da novi 275. člen (2) BGB zajema tudi spremembe v ravnotežju pod naslovom nemožnosti, če pa se povečajo stroški uspešnosti in temu ustrezno poveča zanimanje za uspešnost, zavezanec ni oproščen na podlagi novega 275. člena (2) BGB in mora zahtevati morebitno oprostitev po novem par. 313 BGB. Kot poudarja Zimmermann, je ta določba zasnovana tako, da upošteva tisto, kar je bilo poimenovano kot »praktična nezmožnost« (*faktische Unmöglichkeit*), v nasprotju z »ekonomsko nezmožnostjo« (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*), zato se napor, potreben za izvedbo, meri proti interesu upnika za izpolnitev.⁹⁶ Čeprav preučevanje doktrinarnih vprašanj

⁹⁴ Zimmermann (2002).

⁹⁵ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts of 26 of November 2001, BGBI I, 3138 ff.

⁹⁶ Zimmermann (2005), str. 43.

presega obseg razmišljanja tega poglavja, je treba opozoriti, da je, kot poudarja Backhaus, razmerje med 275. členom (2) BGB in 313. členom BGB precej nejasno in sporno.⁹⁷

Na koncu je treba opozoriti, da je 313. člen BGB odprt in potrjuje uvedbo doktrine v nemško pravo ter pooblašča sodišča, da posežejo in spremenijo pogodbene pogoje, kadar menijo, da je to potrebno zaradi spremenjenih okoliščin in posledične odprave motenj temeljev pogodbe. V zvezi z vprašanjem pravnih posledic oziroma s tem, ali je taka »pokvarjena« pogodba razveljavljena ali prilagojena, je treba opozoriti, da je v skladu s 313. členom III BGB najprej potrebna prilagoditev pogodbe in le če taka operacija zapolnjevanja vrzeli ni mogoča, se pogodba lahko odpove.⁹⁸ Poleg tega ne gre zanemariti, da *pacta sunt servanda* še vedno velja kot splošno pravilo in da je treba naknadno spremembo pogojev pogodbe omejiti na skrajne primere, ko ni mogoče razumno zahtevati, da ena stranka prevzame tveganje naknadne spremembe dogodkov.

Pregled nemške sodne prakse razkrije podobno restriktivno uporabo instituta spremenjenih okoliščin kot v angleškem, francoskem in ameriškem pravu. V primeru BGH NJW 1977, 2262 je sodišče potrdilo, da na primer povečanje stroškov izgradnje hiše za 60.000 DM še ne zadostuje za uporabo instituta spremenjenih okoliščin. Omeniti je treba znameniti primer dviga cen nafte med iransko vojno, pri čemer je sodišče nedvoumno ugotovilo, da je bilo že pred samim izbruhom vojne junija 1973 jasno, da se lahko cene nafte izrazito povišajo, in da je toženec zato sam odgovoren za zmanjšanje lastnih izgub. Sodišče je tudi potrdilo, da je sprememba pogodbe zaradi spremembe okoliščin, v katerih je bila pogodba podpisana, upravičena le za dolgoročne pogodbe. Zadevna pogodba je bila omejena na eno leto in naj bi potekla dva meseca in pol po tem, ko je tožena stranka prenehala dobavo.

V novejši sodni praksi je sodišče ob izbruhu pandemije covid-19 še enkrat potrdilo, da tudi v primeru pandemije ni splošne uporabe 313. člena BGB (na primer pri komercialnih najemih). Vzpostavitev uporabe instituta izjemnih okoliščin je tako po mnenju sodišča mogoča samo s sprejetjem posebne zakonodaje. Nemčija je tako sprejela poseben zakon (Störung der Geschäftsgrundlage wegen Covid-19 im Gewerbemietrecht und Auswirkungen auf die Immobilienfinanzierung)⁹⁹ za nadaljnje skrajšanje postopka odpusta preostalega dolga in pri-

⁹⁷ Backhaus.

⁹⁸ Markesinis in dr. (2006), str. 324.

⁹⁹ »Zakon za nadaljnjo skrajšanje postopka odpusta preostalega dolga in prilagoditev predpisov, povezanih s pandemijo, v pravu družb, zadrug, združenjih in ustanovah ter v najemnem in patentnem pravu« – Bundestag Drucksache 19/ 25251. Gre za spremembo prejšnjega zakona z dne 27. 3. 2020 za omilitev posledic pandemije covid-19 v civilnem, insolvenčnem in kazenskoprocesnem pravu. Novela zakona je začela veljati 31. 12. 2020 in prinaša dve večji spremembi: Po eni strani je kot del tako imenovane motnje pogodbene podlage (par. 313 BGB) zasidrana pravna domneva, da odloki o zaprtju, povezani s korono, povzročijo resno spremembo pogodbene podlage med najemnikom in s tem odpirajo možnosti za prilagoditev pogodbe. Po drugi strani pa bosta za sodne postopke o prilagoditvah naje-

lagoditev predpisov, povezanih s pandemijo, v pravu družb, zadrug, združenjih in ustanovah ter v najemnem in patentnem pravu. Nato pa je Zvezno sodišče (Bundesgerichtshof) v svoji presenetljivi sodbi z dne 12. 1. 2022 tudi prvič odločilo, ali lahko izbruh pandemije covid-19 štejeemo za upravičen razlog instituta spremenjenih okoliščin.¹⁰⁰ Sodišče je tako odločilo, da vprašanje o tem, ali je najemnik upravičen do prilagoditve najemnine v skladu s 313. členom BGB v primeru odredbe o zaprtju, povezanem s pandemijo, je in ostaja vprašanje vsakega posameznega primera in da splošna in široka uporaba 313. člena BGB ne pride v poštev. Sicer pa je Zvezno sodišče odločilo, da odredba o zaprtju države ne vodi do napake na najetem premoženju oziroma do izključitve obveznosti plačila najemnine zaradi nezmožnosti/spremenjenih okoliščin. Rzsodba BGH tudi pojasnjuje, da državni sklep o zaprtju, povezan s pandemijo, načeloma ne upravičuje neplačila najemnine niti ne izključuje najemodajčevega zahtevka za plačilo najemnine zaradi nezmožnosti izpolnitve. Poleg tega Zvezno sodišče postavlja visoke zahteve glede nerazumnosti, ki se zahteva za najemnika v okviru 313. člena (1) BGB. Še več, čeprav se Zvezno sodišče v sodbi o višini ustreznega znižanja najemnine ne poglobi v podrobnosti, iz obrazložitve sodbe izhaja, da bo pazilo tudi na izjemen značaj 313. člena (1) BGB in najemnikom ne bo dalo pretiranih znižanj najemnine v primeru pandemije povezanih državnih znižanj najemnin, sklepov o zaprtju ali celo nižjih omejitev. Na koncu velja omeniti še sedanjo visoko inflacijo in tudi tu je nemška sodna praksa zelo jasna, do splošne uveljavitve instituta spremenjenih okoliščin lahko pride samo v primeru hiperinflacije.

mnin, povezanih s covid-19, veljala prednostna zahteva in zahteva po pospešitvi. V zvezi z novo pravno domnevo, ki v mnogih primerih odpira področje uporabe par. 313 BGB, je priporočljiva previdnost, saj ne nadomešča individualne obravnave, potrebne za konkretne rezultate.

V obrazložitvi zakona (Bundestag Drucksache 19/25322) zakonodajalec prav tako pojasnjuje, da z omejitvijo začasne odpovedi, uvedeno spomladi 2020, ni želel posegati niti v najemno pravo niti v splošno zakonodajo o neizpolnjevanju obveznosti. Enako velja za spremembo zakona. Oba zakona na primer ne določata, ali ukrepi za zaprtje, ki jih je naložila država, pomenijo pomanjkljivost v smislu 535. člena nemškega civilnega zakonika.

¹⁰⁰ Sodba BGH se je nanašala na tekstilni diskont na Saškem, ki je moral začasno zapreti svojo trgovino zaradi splošnega odloka državnega prava za zajezeitev pandemije covid-19. Medtem ko je najemodajalec zahteval tudi plačilo celotnega zneska najemnine za to obdobje, je najemnik zahtevke za plačilo v celoti zavrnil in se skliceval na pomanjkljivost najete nepremičnine v skladu s oddelkom 536 (1) BGB, oprostitev pravice do plačila najemnine v skladu s členom 326 (5), 275 BGB zaradi nezmožnosti kot tudi zaradi motenj poslovne osnove v skladu s členom 313, odstavek 1 BGB. Na prvi stopnji je deželno sodišče v Chemnitzu obravnavalo zadevo in najemniku naložilo plačilo celotne najemnine. V pritožbenem postopku je višje deželno sodišče v Dresdnu razveljavilo sodbo deželnega sodišča v Chemnitzu, najemnika obsodilo le na plačilo 50 odstotkov najemnine in zavrnilo preostali del zahtevka za plačilo najemnine. Dresdensko višje deželno sodišče se je sklicevalo na člen 313 (1) BGB, ki po mnenju sodišča upravičuje (pavšalno) znižanje najemnine za 50 odstotkov, saj nobena od pogodbenih strank ni povzročila pandemije ali je predvidela. BGH je zdaj temu nasprotoval: Takšna splošna uporaba par. 313, odst. 1 BGB je zakonsko napačna.

4. Diskusija in trenutna ureditev v slovenskem pravu

Predhodna primerjalnopravna in pravno-ekonomska analiza sugerira izjemno restriktivno uporabo instituta spremenjenih okoliščin. Tako na primer analiza ameriškega prava pokaže, da ameriška sodišča skoraj nikoli ne uveljavijo instituta spremenjenih okoliščin samo zaradi spremembe tržnih cen.¹⁰¹ Takšna sprememba mora biti v skladu z ameriško sodno prakso izjemna (več kot 190-odstotni dvig cen) ali v primerih hiperinflacije.¹⁰² Ameriška sodišča so tako dosledno zavračala uveljavitev doktrine spremenjenih okoliščin v primerih, ko so se cene povišale za 100 odstotkov.¹⁰³ Iz vseh analiz tudi jasno izhaja, da naj bi se splošni institut razveze pogodb zaradi spremenjenih okoliščin ob izpolnitvi vseh potrebnih predpogojev uporabil res v zelo, zelo izjemnih primerih, ko gre res za izrazite spremembe, za izrazito povečanje stroškov izpolnitve. Splošna razveza pogodbe je v skladu s pravno-ekonomskimi načeli priporočljiva samo takrat, kadar pogodba ni bila aleatorna, tveganje samo ni bilo dodeljeno s samimi pogodbenimi določili ali z izrecnimi pravnimi normami, kadar je okoliščina popolnoma nepredvidljiva in eksogena in kadar nobena od pogodbenih strank ni bila superiorna nosilka tveganj. Pri tem bi seveda morala biti takšna sprememba tržnih cen še hkrati tako velika, da bi povzročila tudi ekstremno, izrazito povečanje stroškov izpolnitve (na primer preseganje 200-odstotnega praga dviga tržnih cen).

Odgovor na vprašanje o tem, ali se lahko spremembe tržnih cen štejejo za spremenjene okoliščine, na podlagi katerih bi lahko prišlo do razveze pogodbe, tako zahteva analizo vseh predpogojev, hkrati pa mora biti ta sprememba res izrazita – na primer hiperinflacija ali eksplozivna rast stroškov in cen (presegač 200 odstotkov). Manjše spremembe dviga tržnih cen, tudi tja do 60 odstotkov ali 90 odstotkov, v skladu s primerjalnopravno in pravno-ekonomsko analizo ne bi smele ob upoštevanju vseh preostalih kriterijev biti resnični razlog za razvezo določenih pogodb, saj povečanje določenih tržnih cen v višini 60 odstotkov za racionalne stranke, ki že nekaj časa delujejo na trgu, ni nekaj nepričakovanega ali nekaj nepredstavljivega oziroma nekaj, na kar pogodbene stranke nikakor ne bi mogle pomisliti (ali upoštevati). V praksi to tudi pomeni, da naj stranke čim bolj uporabljajo specifične pogodbene klavzule, kot so na primer eskalacijska klavzula, klavzula o prilagoditvi cene, obvezujoče določbe o delitvi

¹⁰¹ Glej Restatement of the law second. Contracts. American Law Institute, Treatise Area: Contract Law, KF395. A2 C65, American Law Institute (22. 8. 2013).

¹⁰² Glej na primer Seaboard Lumber Co. 308 F.3d; Soletanche Rodio Nicholson 8JV, 94-1 BCA (CCH).

¹⁰³ Glej na primer Gulf & W. Indus. Inc., ASBCA No. 21090; Iowa Elec. Light & Power v. Atlas Corp., 467 F. Supp. 129, 140; Short Bros., PLC v. United States, 65 Fed. Cl. 695, 785 (2005); Am. Trading & Prod. Corp. V. Shell Int'l Marine Ltd., 453 F 2d 939 (2d Cir. 1972); Spindler Constr. Corp., 2006 ASBCA LEXIS 66; Publicker Indus. Inc. V. Union Carbide Corp., 17 U.C.C. Rep. Serv. 989 8E.D. Pa. 1975.

stroškov, klavzule o nepredvidenih dodatkih, ponudbeni dodatki, široko zapisane »*force majeure*« klavzule in podobno.

Nazadnje še nekaj kratkih misli o trenutni slovenski ureditvi instituta spremenjenih okoliščin. V slovenskem pravnem redu je klavzula *rebus sic stantibus* urejena v določbah od 112. do 115. člena Obligacijskega zakonika (OZ)¹⁰⁴ pod naslovom Razveza ali sprememba pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin.¹⁰⁵ Sam institut spremenjenih okoliščin je v splošnem delu urejen v 112. členu OZ in se glasi:

»(1) Če nastanejo po sklenitvi pogodbe okoliščine, ki otežujejo izpolnitev obveznosti ene stranke, ali če se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe, v obeh primerih pa v tolikšni meri, da pogodba očitno ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank in bi bilo po splošnem mnenju nepravilno ohraniti jo v veljavi takšno, kakršna je, lahko stranka, ki ji je izpolnitev obveznosti otežena, oziroma stranka, ki zaradi spremenjenih okoliščin ne more uresničiti namena pogodbe, zahteva razvezo pogodbe.

(2) Razveze pogodbe ni mogoče zahtevati, če bi bila morala stranka, ki se sklicuje na spremenjene okoliščine, ob sklenitvi pogodbe te okoliščine upoštevati ali če bi se jim bila lahko izognila oziroma, če bi njihove posledice lahko odklonila.

(3) Stranka, ki zahteva razvezo pogodbe, se ne more sklicevati na spremenjene okoliščine, ki so nastale po izteku roka, določenega za izpolnitev njene obveznosti.

(4) Pogodba se ne razveže, če druga stranka ponudi ali privoli, da se ustrezni pogodbeni pogoji pravično spremenijo.

(5) Če sodišče razveže pogodbo zaradi spremenjenih okoliščin, naloži na zahtevo druge stranke stranki, ki je razvezo zahtevala, da povrne drugi stranki pravičen del škode, ki ji je zaradi razveze pogodbe nastala.«¹⁰⁶

Na podlagi 112. člena OZ lahko tako stranka zahteva razvezo pogodbe, če po sklenitvi pogodbe nastanejo okoliščine, ki ji otežujejo izpolnitev obveznosti, ali če zaradi njih ne more uresničiti namena pogodbe, v obeh primerih pa v tolikšni meri, da pogodba očitno ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank in bi jo bilo po splošnem mnenju nepravilno ohraniti v veljavi takšno, kakršna je.¹⁰⁷ Slovenska sodišča pri tem upoštevajo zlasti namen pogodbe, tveganja, ki so za pogodbene stranke v poslovnem prometu običajna pri izpolnjevanju pogodb iste vrste, in uravnoteženost interesov obeh pogodbenih strank.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Uradni list RS, št. 97/07.

¹⁰⁵ Glej tudi Cigoj, str. 334.

¹⁰⁶ Glej tudi Dolenc in dr., str. 594.

¹⁰⁷ Drnovšek.

¹⁰⁸ Prav tam.

Vrhovno sodišče RS je pri tem na primer leta 1993 v sodbi III Ips 17/93 zavzelo stališče, da zaradi »otežkočenja« izpolnitve denarne obveznosti ni mogoče zahtevati razveze pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin.¹⁰⁹ Vendar je potem Višje sodišče v Ljubljani v sodbi I Cp 1507/2010 ugodilo zahtevku stranke za razvezo prodajne pogodbe zaradi spremenjenih razmer na trgu.¹¹⁰ Po drugi strani pa je Višje sodišče v svoji sodbi iz leta 2015 pojasnilo: »Če je do zvišanja cen prišlo zaradi naraščanja cen v daljšem časovnem obdobju (zaradi trenda naraščanja cen nepremičnin v gospodarstvu), to ne predstavlja nepredvidljivega dogodka, na katerega bi se tožnik po nasprotni tožbi lahko utemeljeno skliceval, in to ne glede na končni rezultat (npr. 100% ali več kot 100% višje cene). Drugače bi veljalo v primeru velikega in izjemno naglega skoka cen.«¹¹¹ Pri tem velja še poudariti, da je sodišče tudi pojasnilo, da »spremenjene okoliščine stranko, ki se nanje sklicuje, opravičujejo le do razveze, ne pa do spremembe pogodbe – možnost, da ponudi ali privoli, da se ustrezni pogodbeni pogoji spremenijo, pa je dana samo nasprotni stranki, če želi takšno pogodbo vzdržati v veljavi. Tožeča stranka s tožbo namreč spremembe že sklenjene pogodbe ne more izsiliti.«¹¹² Grlic pri tem poudari, da je glavni analitični problem uveljavitve instituta spremenjenih okoliščin ugotavljanje, ali je določena spremenjena okoliščina pričakovana ali nepričakovana.¹¹³

Primerjava trenutne slovenske ureditve s preostalimi štirimi pravnimi sistemi razkrije, da je slovenska sodna praksa na splošno v skladu z restriktivnim pristopom, identificiranim v angleškem, ameriškem, nemškem in francoskem pogodbenem pravu. Še več, takšen restriktivni pristop in analitične predpostavke so tudi na splošno v skladu s pravno-ekonomskimi koncepti. Vendar bi implementacija nadaljnjih analitičnih instrumentov, ki jih sugerirata pravno-ekonomska (na primer ekonomski kriterij nepredvidljive okoliščine, superiornega nosilca tveganj, eksogenosti dogodka in natančna klasifikacija obsega povečanja stroškov izpolnitve)

¹⁰⁹ Prav tam.

¹¹⁰ Sodba VSL I Cp 1507/2010 z dne 17. 3. 2011.

¹¹¹ Sodba in sklep VSL I Cpg 573/2015 z dne 8. 7. 2015. Glej tudi sodbo in sklep VSL II Cp 829/2012 z dne 16. 5. 2012; sodbo VSL I Cpg 803/2013 z dne 7. 1. 2015 in sodbo VSM I Cp 581/2015 z dne 13. 10. 2015; sodbo II Ips 641/2008, enako tudi II Ips 1053/2008, II Ips 347/2008, II Ips 967/2008 z dne 11. 12. 2008; sodbo in sklep VSL I Cpg 606/2010 z dne 7. 9. 2010; sodbo VSL I Cpg 772/2013 z dne 11. 2. 2015; sodbo in sklep VSL I Cpg 1120/2012 z dne 20. 11. 2013. Nadalje je sodišče v sklepu VSL II Cp 3916/2009 z dne 7. 4. 2010 poudarilo: »Spreminjanje cen nepremičnin na trgu je splošno znano dejstvo, ki ga stranke morajo in morejo upoštevati v primeru vestnega in skrbnega ravnanja. Na zvišanje (ali padec) cen je torej treba računati in se v primeru normalnega poslovnega rizika, kot tudi zvišanja cen, če se gospodarstvo usmerja k zvišanju cen, na neke normalne oziroma predvidljive spremembe cen stranka v okviru spremenjenih okoliščin ne more uspešno sklicevati. Drugače pa je, če gre za takšno intenziteto sprememb oziroma takšen dvig cen (bistven), da stranko prizadene v takšni meri, ki ima naravo očitnega nesorazmerja, neekvivalentnosti vzajemnih pogodbenih dajatev.«

¹¹² Sodba VSL II Cp 1820/2014 z dne 12. 11. 2014. Glej tudi Možina, str. 57–73.

¹¹³ Navajanje gospodarske krize ni *prima facie* spremenjena okoliščina, ni pa tudi izključeno njeno uspešno uveljavljanje pod pogojem, da je zahtevek podprt z dejstvi, dokazi; Grlic, str. 33–46.

ter tudi primerjalnopravna znanost (morebitna zelo restriktivna sekundarna uporaba instituta spremembe pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin) trenutno ureditev še izboljšala in jo postavila ob bok nemškemu, francoskemu, angleškemu in ameriškemu pravnemu sistemu.

5. Sklep

Na podlagi povedanega lahko ugotovimo, da tako primerjalnopravna spoznanja analize angleškega, ameriškega, francoskega in nemškega pogodbenega prava kot spoznanja pravno-ekonomske znanosti sugerirajo izjemno restriktivno splošno uporabo instituta spremenjenih okoliščin. Razveza pogodb zaradi spremenjenih okoliščin se naj ob izpolnitvi vseh potrebnih predpogojev uporablja v zares zelo, zelo izjemnih, ekstremnih primerih, ko gre res za izrazite spremembe, za izrazito povečanje stroškov izpolnitve. Odgovor na vprašanje o tem, ali se lahko spremembe tržnih cen štejejo za spremenjene okoliščine, na podlagi katerih bi lahko prišlo do razveze pogodbe, tako zahteva analizo vseh predpogojev, hkrati pa mora biti ta sprememba res izrazita – na primer hiperinflacija, pri čemer bi ta dosegala (ali presežala 200 odstotkov). Seveda pa povedana argumentacija velja za splošno uporabo načela razveze pogodb zaradi spremenjenih okoliščin in se ne nanaša na morebitne specialne ureditve določenih tipov pogodb, pri katerih pa ekonomska narava takšnih pogodb (kot je na primer gradbena pogodba) zaradi visokih fiksnih stroškov surovin, dolgoročnosti načrtovanja izpolnitve, velikih naložb, specifičnih za določeno pogodbeno razmerje, učinkovitega zanašanja in optimalne alokacije tveganj napotuje na specialno ureditev področja.

Primerjalnopravna in ekonomska analiza pokažeta, da je splošna razveza pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin priporočljiva samo takrat, kadar pogodba ni bila aleatorna, tveganje samo ni bilo dodeljeno s samimi pogodbenimi določili ali z izrecnimi pravnimi normami, kadar je okoliščina popolnoma nepredvidljiva in eksogena in kadar nobena od pogodbenih strank ni bila superiorna nosilka tveganj, pri tem pa bi seveda morala biti takšna sprememba tržnih cen še hkrati tako velika, da bi povzročila tudi ekstremno, izrazito povečanje stroškov izpolnitve (na primer preseganje 200-odstotnega praga dviga tržnih cen). Manjše spremembe dviga tržnih cen, tudi tja do 60 odstotkov ali 90 odstotkov, ne bi smele ob upoštevanju vseh preostalih kriterijev biti resnični razlog za razvezo določenih pogodb, saj povečanje določenih tržnih cen v višini 60 odstotkov za racionalne stranke, ki že nekaj časa delujejo na trgu (in ki so hodile v srednjo šolo, kjer so slišale o inflaciji v naši polpretekli zgodovini ali pa o dvigu cen nafte na podlagi različnih vojn, ekonomskih kriz in podobno), ni nekaj nepričakovanega ali nekaj nepredstavljivega oziroma nekaj, na kar pogodbene stranke nikakor ne bi mogle pomisliti (ali upoštevati).

Literatura

- BACKHAUS, Richard. The limits of the duty to perform in the principles of European contract law. *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, letn. 8, št. 1.
- BEALE, Hugh, HARTKAMP, Arthur, KÖTZ, Hein, TALLON, Denis. *Contract law: cases, materials and text*. London: Hart Publishing, 2002.
- BARTON, H. James. The economic basis of damages for breach of contract. *Journal of Legal Studies*, 1972, letn. 1, št. 2, str. 277–304.
- BEATSON, James. *Anson's law of contract*, 29th ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BELL, John. The effect of changes in circumstances on long-term contracts. V: Harris, D., in Tallon, D. (ur.), *Contract law today, anglo-french comparisons*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- BERGH, Roger Van den. *The Roundabouts of European Law and Economics*. Den Haag: Eleven International Publishing, 2018.
- BERMAN, H. Joseph. Excuse for nonperformance in light of contract practices in international trade. *Columbia Law Review*, 1963, letn. 63, št. 8, str. 1413–1439.
- BERNSTEIN, Lisa. Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms and institutions. *Michigan Law Review*, 2001, letn. 99, št. 1, str. 1724–1790.
- BOUCKAERT, Boudewijn, DE GEEST, Gerrit. *Encyclopedia of law and economics*, 2nd ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.
- BRUCE, L. Christopher. An economic analysis of the impossibility doctrine. *Journal of Legal Studies*, 1982, letn. 11, št. 2, str. 311–332.
- BURROWS, Andrew. *A casebook on contract*, 5th ed. London: Hart Publishing, 2016a.
- BURROWS, Andrew. *A restatement of the English Law of Contract*. Oxford: Oxford University Press, 2016b.
- CALABRESI, Guido. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven: Yale University Press, 2016.
- CAMERO, Jennifer. Mission impracticable: the impossibility of commercial impracticability. *The University of New Hampshire Law Review*, 2015, letn. 13, št. 1, str. 1–34.
- CIGOJ, Stojan. *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*, ponatis. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2003.
- COOTER, D. Robert, PORAT, Ariel. *Getting incentives right: improving torts, contracts and restitution*. New Jersey: Princeton University Press, 2014.
- DAVID, René. Frustration of contract in french law. *Journal of Comparative Legislation*, 1946, letn. 28, št. 3–4.
- DE LAMBERTERIE, Isabelle. The effect of changes in circumstances – French report. V: Harris, D., in Tallon, D. (ur.), *Contract law today, Anglo-French comparisons*. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- DE GEEST, Gerrit. Comparative law and economics and the design of optimal doctrines. V: Deffains, B., Kirat, T. (ur.), *Law and Economics in Civil Law Countries*. Amsterdam: JAI Elsevier, 2001, str. 107–124.

- DE GEEST, Gerrit, KOVAČ, Mitja. The formation of contracts in the Draft Common Frame of Reference. *European Review of Private Law*, 2009, letn. 17, št. 2, str. 113–132.
- DE GEEST, Gerrit. *Contract law and economics – Encyclopaedia of law and economics*, Volume 6, 2nd ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- DIAMOND, A. Pieter, MASKIN, Eric. An equilibrium analysis of search and breach of contract. *Bell Journal of Economics*, 1980, letn. 10, št. 1, str. 282–316.
- DIAMOND, A. Pieter, MASKIN, Eric. An equilibrium analysis of search and breach of contract II. A non-steady state example. *Journal of Economic Theory*, 1981, letn. 25, št. 2, str. 165–195.
- DRNOVŠEK, Klemen. Institut spremenjenih okoliščin v novejši sodni praksi. *Podjetje in delo*, 2016, letn. 42, št. 8, str. 1486–1503.
- DOLENC, Mile, JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina. *Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- EISENBERG, A. Melvin. Impossibility, impracticability and frustration. *Journal of Legal Analysis*, 2009, letn. 1, št. 1, str. 207–261.
- FRIED, Charles. *Contract as a promise: a theory of contractual obligation*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- GERGEN, P. Mark. A defense of judicial reconstructions of contracts. *Indiana Law Journal*, 1995, letn. 71, št. 1, str. 45–100.
- GIVATI, Yehonatan, KAPLAN, Yotam. A new theory of impossibility, impracticability, and frustration. *Journal of Legal Studies*, 2022, v tisku.
- GOLDBERG, P. Victor. *Rethinking contract law and contract design*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.
- GORDLEY, James, VON MEHREN, A. Taylor. *An introduction to the comparative study of private law: readings, cases and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- GRILC, Peter. Gospodarska/finančna kriza kot spremenjena okoliščina. *Pravni letopis*, 2011, letn. 6, št. 1, 33–46.
- HALL, G. Clifford. Frustration and the question of foresight. *Legal Studies*, 1984, letn. 4, št. 3; str. 300–304.
- JOSKOW, L. Paul. Commercial impossibility, the uranium market and the Westinghouse case. *The Journal of Legal Studies*, 1977, letn. 6, št. 1, str. 119–176.
- KÖHLER, Kerstin. Die lehre von der geschäftsgrundlage als lehre von der risikobefreiung. *Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, letn. 50, št. 1.
- KOVAČ, Mitja. Unforeseen contingencies in English and French Law. *The journal of comparative law*, 2013, letn. 8, št. 1, str. 119–145.
- KOVAČ, Mitja, PONCIBO, Cristina. Towards a theory of imprévision in the EU?. *European review of contract law*, 2018a, letn. 14, št. 4, str. 344–373.
- KOVAČ, Mitja. Frustration of purpose and the French Contract Law reform: the challenge to the international commercial attractiveness of english law?. *Maastricht journal of European and comparative law*, 2018b, letn. 25, št. 3, str. 288–309.

- KOVAČ, Mitja. Duty to renegotiate in international commercial law and un contemplated behavioural effects. *Maastricht journal of European and comparative law*, 2020, letn. 27, št. 4, str. 445–464.
- KOVAČ, Mitja, AUBRECHT, Paul. Frustration of purpose, brexit, the COVID-19 pandemic and commercial contracts. *Nordic journal of commercial law*, 2022, letn. 12, št. 1, str. 1–32.
- KULL, Andrew. Mistake, frustration, and the windfall principle of contract remedies. *Hastings Law Journal*, 1991, letn. 43, št. 1, str. 1–55.
- LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und vertragserfüllung. Die bedeutung veränderter umstände im zivilrecht*, 2nd ed. München: C. H. Beck, 1957.
- LEITZEL, Jim. *Concepts in law and economics*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- LEWINSOHN-ZAMIR, Daphna. Can't buy me love: monetary versus in-kind remedies. *University of Illinois Law Review*, 2013, letn. 2013, št. 1, str. 151–194.
- MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. *American Sociological Review*, 1963, letn. 28, št. 1, str. 55–67.
- MACKAAY, Ejan. *Law and economics for civil law systems*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.
- MAHONEY, G. Paul. Contract remedies: general. V: Bouckaert, B., in De Geest, G. (ur.), *Encyclopaedia of law and economics*, 2nd ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- MARCIANO, Alain, BATTISTA RAMELLO, Giovanni. *Encyclopedia of law and economics*, 1st ed. New York, Springer, 2019.
- MARKESINIS, S. Basil, LORENZ, Werner, DANNEMANN, Gerhard. *The German law of obligations: the law of contracts and restitution: a comparative introduction*. London: Clarendon Press, 1997.
- MARKESINIS, S. Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. *The German law of contract: a comparative treatise*, 2nd ed. London: Hart Publishing, 2006.
- UGO, Mattei. *Comparative law and economics*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.
- MCDERMOTT, A. Paul. *Contract Law*. London: Butterworths Ltd, 2001.
- MCKENDRICK, Ewan. *Force majeure and frustration of contract*, 2nd ed. London: Routledge, 2014.
- MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: text, cases and materials*, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- MOŽINA, Damjan. Razdor, odpoved in odstop od pogodbe. *Pravni letopis*, 2001, str. 57–73.
- OERTMAN, Paul. *Die geschäftsgrundlage; ein neuer rechtsbegriff*. Berlin: Deichert, 1921.
- OGUS, Anthony. *Costs and cautionary tales: economic insights for the law*. London: Hart Publishing, 2006.
- OTT, Carl. *Lehrbuch des ökonomischen analyse des zivilrechts*. New York: Springer, 2012.
- PERILLO, M. Joseph. Force majeure and hardship under the Unidroit principles of international commercial contracts. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1997, letn. 5, št. 1, str. 5–25.
- PERLOFF, M. Jeffrey. The effects of breaches of forward contracts due to unanticipated price changes. *Journal of Legal Studies*, 1981, letn. 10, št. 1, str. 221–235.

- PHILIPPE, M. Denise. *Changement de circonstances et bouleversement de l'economie contractuelle*. Paris: Bruylant, 1986.
- POLINSKY, A. Mitchell. Risk sharing through breach of contract remedies. *Journal of Legal Studies*, 1983, letn. 12, št. 2, str. 427–444.
- POSNER, A. Richard, ROSENFELD, M. Andrew. Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis. *Journal of Legal Studies*, 1977, letn. 6, št. 1 str. 83–118.
- POSNER, A. Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- POSNER, A. Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- POSNER, A. Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- POSNER, A. Richard. *A failure of capitalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- POSNER, A. Richard. *Economic analysis of law*, 8th ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.
- ROBERTS, Thomas. Commercial impossibility and frustration of purpose: a critical analysis. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2003, letn. 16, št. 1, str. 129–145.
- SCHÄFER, Hans-Bernd, OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.
- SCHÄFER, Hans-Bernd, GOLDBERG, Victor. *Framing contract law: an economic perspective*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- SCHMITZ, Franz. *Clausula rebus sic stantibus. Rechtsvergleichendes Handwoertbuch*. Berlin: Bound, 1929.
- SOLENE, Rowan. The new French law of contract. *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, letn 46, št. 4, str. 805–831.
- SHAVELL, Steven. Damage measures for breach of contract. *Bell Journal of Economics*, 1980, letn. 11, št. 2, str. 466–483.
- SHAVELL, Steven. The design of contracts and remedies for breach. *Quarterly Journal of Economics*, 1984, letn. 99, št. 1, str. 121–148.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- SMITH, A. Stephen. *Atiyah's introduction to the law of contract*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 2005.
- SMITS, M. Jan. *Contract law: a comparative introduction*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.
- SMYTHE, J. Donald. Impossibility and impracticability. V: De Geest, G. (ur.), *Contract law and economics – Encyclopedia of law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- STONE, Richard, DEVENNEY, James, CUNNINGTON, Ralph. *Text, cases and materials on contract law*, 2nd ed. London: Routledge, 2011.
- SYKES, O. Alan. The doctrine of commercial impracticability in a second-best world. *Journal of Legal Studies*, 1990, letn. 19, št. 1, str. 43–94.
- SWADLING, William. The judicial construction of force majeure clauses. V: McKendrick, E. (ur.), *Force majeure and frustration of contract*, 2nd ed. London: Routledge, 2014.
- TALLON, Daniel. Hardship. V: Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Chantal, M., in Pe-ron, E. (ur.), *Towards a European civil code*. Amsterdam: Kluwer, 2010.

- TOWFIGH, V. Emanuel, PETERSEN, Niels. *Economic methods for lawyers*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.
- TREBILCOCK, J. Michael. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- TREITEL, H. Gunther. *Frustration and force majeure*. London: Sweet & Maxwell, 2004.
- TRIANI, G. George. Contractual allocation of unknown risks: a critique of the doctrine of commercial impracticability. *University of Toronto Law Journal*, 1992, letn. 42, št. 4, str. 450–483.
- TRIMARCHI, Pietro. Commercial impracticability in contract law: an economic analysis. *International Review of Law and Economics*, 1992, letn. 11, št. 1, str. 63–82.
- UPEX, Robert, BENNETT, Geoffrey. *Davies on contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd, 2004.
- VAN LOOCK, Sander. The reform of the French law of obligations: how long will the Belgians remain Napoleon's most loyal subjects?. V: Stijns, S., in Jansen, S. (ur.), *The French contract law reform: a source of inspiration?*. London: Intersentia, 2016.
- WAGNER, Gerhard. In defence of the impossibility defence. *Loyola University Chicago Law Journal*, 1995, letn. 27, št. 1, str. 55–96.
- WHINCUP, H. Michael. *Contract law and practice*, 3rd ed. Amsterdam: Kluwer Law International, 1996.
- WHITE, M. James. Contract breach and contract discharge due to impossibility: a unified theory. *Journal of Legal Studies*, 1988, letn. 17, št. 2, str. 353–376.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *Breach of contract and remedies under the new German law of obligations*. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002.
- ZIMMERMANN, Reinhardt. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.