

PRIMJENA TRGOVAČKIH OBIČAJA

Antonija Zubović, dipl. iur.,
znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.711
Ur.: 31. listopada 2005.
Pr.: 1. prosinca 2005.
Izvorni znanstveni članak

Još od vremena nastanka lex mercatorie kao posebnog prava trgovaca istaknuta je važnost trgovačkih običaja u odvijanju trgovačkih transakcija. Njihova važnost kao autonomnog izvora trgovačkog prava, koja se etablirala kroz povijest, istaknuta je i u suvremenoj hijerarhiji pravnih vrela.

U radu se uređuje pitanje primjene trgovačkih običaja u Republici Hrvatskoj, poredbenim pravnim sustavima kao i u okviru međunarodne kupoprodaje robe. Za jasnije shvaćanje njihove primjene potrebno ih je razlikovati od ostalih autonomnih izvora trgovačkoga prava koje se često uključuje u pojam trgovačkih običaja. Ujedno je nužno staviti trgovačke običaje u odnos s dispozitivnim zakonskim normama te odrediti prioritet u primjeni, osobito ukoliko se radi o trgovačkim običajima koji su contra legem.

Međutim, za primjenu u praksi najnužnije je odgovoriti na pitanje njihova dokazivanja u sudskom postupku, odnosno primjenu načela iura novit curia kod trgovačkih običaja gdje je potrebno voditi računa i o pravilima parničnog postupka.

Donošenjem novog Zakona o obveznim odnosima u Republici Hrvatskoj, čije se odredbe počinju primjenjivati od 1. siječnja 2006. godine, jasnije je uređena primjena trgovačkih običaja, čime su uklonjene nejasnoće koje su proizlazile iz Zakona o obveznim odnosima preuzetog u pozitivno zakonodavstvo Republike Hrvatske 1991. godine.

Valja, međutim, naglasiti da donošenjem novog Zakona o obveznim odnosima nije u potpunosti dovršeno reguliranje trgovačkih običaja, već će biti potrebno de lege ferenda vršiti izmjene i u drugim zakonima od kojih se može istaknuti Zakon o Hrvatskoj gospodarskoj komori.

Ključne riječi: *običaj, trgovački običaj, primjena, opinio necessitatis, iura novit curia, međunarodna kupoprodaja, poredbeno pravo.*

1. Uvodna razmatranja

Kada govorimo o odnosima između sudionika obveznih odnosa, potrebno je prije svega naglasiti značenje načela autonomije volje ugovornih strana prema kojemu su one slobodne u uređivanju obveznih odnosa.¹ Ovdje će relevantno mjesto zauzeti autonomni izvori trgovačkog prava u koje spadaju i trgovački običaji. Međutim, potrebno je vršiti distinkciju između trgovačkih običaja i ostalih autonomnih izvora trgovačkog prava, što osobito dolazi do izražaja kod konkretne primjene u praksi.²

Pitanje primjene trgovačkih običaja potrebno je urediti u svakom nacionalnom zakonodavstvu prvenstveno zbog razloga što se radi o nekodificiranim pravilima. Međutim, unatoč toj karakteristici oni će obvezivati strane u ugovornim odnosima, na temelju čega se može vidjeti njihova važnost za sudionike obveznih odnosa.

U evoluciji trgovačkih običaja vidljivo je da su oni kroz razvoj trgovačkoga prava zauzimali sve značajnije mjesto. Stajališta starije i novije doktrine signifikantno se razlikuju. Ključno je pitanje pri primjeni trgovačkih običaja pitanje da li je u pozitivnom pravnom poretku države čije se pravo primjenjuje na konkretni ugovorni odnos usvojena objektivna ili pak subjektivna teorija primjene trgovačkih običaja. Konzekvence koje će izazvati usvajanje prvog ili drugog pristupa značajne su za odvijanje kao i za sam razvoj trgovačkog prometa. Tako će se kod subjektivne teorije, pored okolnosti da se trgovački običaj primjenjuje, zahtijevati i da ugovorna strana zna da je dužna postupati u skladu s njime. Kod objektivne teorije samom činjenicom da trgovački običaj postoji i da se primjenjuje ugovorne strane dužne su postupati kako on nalaže. U potonjem slučaju neće biti relevantna okolnost je li ugovorna strana znala za postojanje odnosnog trgovačkog običaja.

Starija doktrina zalagala se za usvajanje subjektivne teorije, međutim praksa, kako u domaćim tako i u međunarodnim pravnim poslovima, iskristalizirala je nov pristup prema kojemu kod primjene trgovačkih običaja treba usvojiti objektivnu teoriju. Ovakvo je stajalište ispravno kada se radi o trgovcima budući da su oni kao profesionalci dužni poznavati pravila struke. S druge strane, kada se radi o ugovornim odnosima između osoba koje nisu trgovci, na njihov će se odnos primijeniti subjektivna teorija budući da oni nisu profesionalci i od njih se ne može zahtijevati poznavanje trgovačkih običaja u konkretnoj trgovačkoj struci. Navedeno stajalište doći će još više do izražaja ukoliko se radi o ugovornim odnosima između trgovaca i onih koji to nisu.

¹ BARBIĆ, J., *Sklopanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja)*, Informator, Zagreb, 1980., str. 6.

² LEDIĆ, D., *Pravna vrela trgovačkog prava u knjizi Pravo društava i trgovačko pravo – Ogledi*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002., str. 443.

Budući da je zauzeto stajalište da je u pogledu primjene trgovačkih običaja ispravno primijeniti objektivnu teoriju, za ugovorne strane bit će relevantno odgovoriti na pitanje njihova dokazivanja u sudskom postupku osobito kada rješenje spora ovisi o postojanju i sadržaju trgovačkog običaja. U navedenom će se slučaju pored izvora koji uređuju pitanje primjene trgovačkih običaja morati voditi računa i o pravilima parničnog postupka.

2. Pojam trgovačkih običaja

Prije upuštanja u objašnjenje pojma običaja potrebno je naglasiti postojanje dva elementa u istome:

1. materijalni koji pokazuje vršenje ili nevršenje određenih radnji ili postupaka dovoljno gusto, stalno i jednolično i

2. psihološki koji se naziva *opinio iuris sive necessitatis*, tj. uvjerenje, svijest da se radi o općeobvezatnom pravilu ponašanja.³

Sukladno istaknutim elementima pravni običaji mogu se definirati kao pravila ponašanja koja su se kroz stanovito potrebno vrijeme oblikovala u društvenoj zajednici na osnovi nekog ponavljanjem utvrđenog shvaćanja, a zakonski im je propis svojom normom izravno ili neizravno dao pravni karakter.⁴

U našoj pravnoj literaturi trgovački običaj definira se kao trgovačka praksa koja je u tako širokoj primjeni da se u pravnom prometu pretpostavlja da ih sudionici poznaju i prihvaćaju, osim ako ne ugovore suprotno.⁵ A. Goldštajn definira trgovački običaj kao komercijalnu praksu koja je u tako širokoj primjeni da trgovci očekuju da će ugovorne strane postupiti u skladu s takvom praksom.⁶ V. Gorenc definira trgovački običaj na identičan način, tj. kao poslovnu praksu koja je tako proširena da je sudionici u prometu redovito uzimaju u obzir u ugovorima iste vrste u odnosnoj trgovačkoj grani.⁷

Unutar trgovačkih običaja doktrina razlikuje trgovačke običaje po vertikalnoj liniji i trgovačke običaje po horizontalnoj liniji. Trgovački običaji po vertikalnoj liniji obuhvaćaju sve one trgovačke običaje koji vrijede u nekoj struci ili za određenu vrstu robe, dok trgovački običaji po horizontalnoj liniji obuhvaćaju one trgovačke običaje koji su zajednički svim strukama.

Vezano za materijalni, objektivni element ima autora koji smatraju da je pretjerano zahtijevati dugu i stabilnu (*longa et diuturna*) primjenu običaja,

³ VEDRIŠ, M., KLARIĆ, P., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 21.

⁴ loc. cit.

⁵ PETROVIĆ, M., *Trgovački rječnik*, Masmedia, Rijeka, 1992., str. 595-596.

⁶ GOLDŠTAJN, A., *Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 152.

⁷ GORENC, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRI plus, Zagreb, 1998., str. 25-26.

što se opravdava brzim mijenjanjem društvene strukture i transformacije društvenih odnosa.⁸ Mišljenja smo da ovo stajalište treba uzeti u obzir pri primjeni trgovačkih običaja jer su odnosi među trgovcima pod utjecajem dinamičnih zbivanja na tržištu. Međutim, ipak će se kod donošenja odluke o tome postojati li određeni trgovački običaj morati brinuti o samoj primjeni, osobito ukoliko je u odnosnom pozitivnom zakonodavstvu usvojena objektivna teorija primjene trgovačkih običaja budući da se u tom slučaju psihološki element (*opinio necessitatis*) pretpostavlja. Ipak, treba imati na umu da u suvremenom prometu trgovački običaji najčešće nastaju iz proširene primjene formulara, a manje na klasičan način, tj. ponavljanjem određenih postupaka.⁹ Dakle, kod primjene trgovačkih običaja neće biti potrebno dokazati dugotrajno vršenje. Dovoljno će biti utvrditi da neki trgovački običaj postoji i da se primjenjuje.

Što se tiče drugog, psihološkog elementa, tj. svijesti o nužnosti vršenja, razlikuju se stajališta starije i novije doktrine, a to je prvenstveno povezano s pitanjem razlikovanja objektivne od subjektivne teorije primjene običaja, što će se u daljnjem tekstu detaljnije obraditi.

Starija doktrina isticala je potrebu postojanja psihološkog elementa da bi se određeno ponašanje smatralo običajem. Indikativna je u ovom pogledu odredba Općeg austrijskog građanskog zakonika (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje u tekstu OGZ) iz 1811. godine,¹⁰ gdje u § 10. stoji: "Na običaje može se imati obzir samo u onih slučajevih, gdje se zakon na njih poziva". Sukladno istaknutoj odredbi na običaj se ugovorna strana može pozvati samo ukoliko je priznat od strane države, odnosno ako ima referencu u zakonu.¹¹

I u novijoj doktrini susrećemo stajališta da su materijalno – objektivni element (*consuetudo*) i svijest o nužnosti postojanja dvije osobine koje se smatraju bitnima za prijelaz prostih običaja u običajno pravo i za njihovo priznanje od strane države.¹²

Što se tiče primjene trgovačkih običaja, potrebno je istaknuti da je u većini pozitivnih nacionalnih zakonodavstava usvojena objektivna teorija

⁸ GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 155., MARUŠIĆ, S., Trgovački običaji i Zakon o obveznim odnosima: primjedbe de lege lata i prijedlozi de lege ferenda, Pravo u gospodarstvu, broj 3, 1999., str. 341., pozivajući se na stajalište PERIĆ, B., Struktura prava, Zagreb, 1994., i LUKIĆ, R., Teorija države i prava, Beograd, 1957.

⁹ GOLDŠTAJN, A., Pravo međunarodne kupoprodaje, Informator, Zagreb, 1965., str. 18.

¹⁰ Stupio je na snagu 1. siječnja 1812. godine. Patentom od 29. studenoga 1852. godine proglašen je Opći austrijski građanski zakonik u kraljevinama Ugarskoj, Hrvatskoj i Slavoniji, serbskoj Vojvodini i tamiškom Banatu, a koji se prema § 1. primjenjuje od 1. svibnja 1853. godine.

¹¹ Klub slušača prava u Zagrebu, Trgovačko pravo, Zagreb, 1935., str. 5. VUKOVIĆ, M., Obvezno pravo, knjiga I., Školska knjiga, Zagreb, 1956., str. 41., ističe da je ovakvo stajalište izraz pozitivističkog gledanja koje je išlo za tim da izvor prava bude samo ono što dolazi od zakonodavne vlasti.

¹² VISKOVIĆ, N., Država i pravo, Zagreb, 1995., str. 176.

primjene trgovačkih običaja, prema kojoj se subjektivni element (*opinio necessitatis*) pretpostavlja, na što će se u daljnjem tekstu dati detaljniji osvrt.

Nacionalni propisi, pa tako i naš Zakon o obveznim odnosima, uglavnom ne daju definiciju trgovačkih običaja. Izuzetaka je vrlo malo, poput prava SAD-a gdje se u čl. 1-205. st. 2. Jednoobraznog trgovačkog zakonika definira trgovački običaj kao “svaka praksa ili način poslovanja koji se redovito poštuje u nekom mjestu, struci ili poslovanju tako da se opravdano može očekivati da će biti poštivani u konkretnoj transakciji.”

Od dokumenata koji uređuju pitanje međunarodne kupoprodaje robe, trgovačke običaje definira Jednoobrazni zakon o sklapanju ugovora o međunarodnoj prodaji robe – ULFIS u čl. 13. st. 1. gdje stoji da se “pod izrazom običaji podrazumijeva način postupanja za koji razumne osobe istoga svojstva kad se nađu u istoj situaciji kao ugovorne strane redovno smatraju da se imaju primijeniti na sklapanje njihova ugovora”.

3. Razlikovanje trgovačkih običaja od drugih autonomnih izvora trgovačkoga prava

Za bolje shvaćanje pojma trgovačkih običaja potrebno ih je razlikovati od ostalih autonomnih izvora trgovačkoga prava budući da se pod pojmom trgovački običaji često podrazumijevaju svi oblici autonomnog trgovačkog prava: uzance, opći uvjeti poslovanja, klauzule i termini.

Uzance¹³ predstavljaju trgovačke običaje kodificirane od strane nadležnog državnog tijela. Kodifikacijom nadležno tijelo utvrđuje usklađenost trgovačkih običaja sa zakonom, tehnički ih sređuje i sankcionira. U Republici Hrvatskoj navedena djelatnost spada pod nadležnost Hrvatske gospodarske komore. Valja, međutim, naglasiti da donošenje uzanci ne pripada u normativnu djelatnost, jer za to nije ovlašteno tijelo koje utvrđuje uzance. Slijedom toga polazi se od postojećeg stanja, pa uzance formalno ne stupaju na snagu.¹⁴ Uzance se dijele na opće¹⁵ i posebne (specijalne),¹⁶ a u slučaju njihove nesuglasnosti prednost imaju posebne uzance. Uzance ne smiju biti u suprotnosti sa *ius cogens*.¹⁷ U odnosu na trgovačke običaje nužno je istaknuti da uzance imaju prednost u primjeni, dakle primjenjuju se prije trgovačkih običaja.

¹³ Dolaze od latinske riječi “*uso*” što znači uporaba.

¹⁴ JANKOVEC, I., *Privredno pravo*, Beograd, 1981., str. 21., BABIĆ, S., *Uzance u pravnom prometu i njihova primjena u Republici Hrvatskoj*, *Pravo i porezi*, broj 10, 1997., str. 29.

¹⁵ One koje vrijede za sve vrste robe ili trgovinske struke.

¹⁶ One koje se primjenjuju u određenoj gospodarskoj grani ili struci, za pojedinu vrstu robe ili za određenu vrstu usluga.

¹⁷ U presudi Vs, II Rev-22/87, od 6. svibnja 1987., stoji: “Uzance se neće primijeniti na odnose koji su regulirani prisilnim normama Zakona o obveznim odnosima.”

Govoreći o uzancama ne može se zaobići značenje Općih uzanci za promet robom koje je donijela Glavna državna arbitraža 1954. godine,¹⁸ a koje su do donošenja Zakona o obveznim odnosima 1978. godine bile jedini izvor trgovačkog ugovornog prava u nas.¹⁹ Navedene su Uzance bile opće jer su se ograničile na one običaje koji su zajednički svim granama prometa robom, jedinstvene jer su važile na cijelom području države i potpune jer su sadržavale i pravila obveznog prava te su funkcionirale kao jedinstveni regulativi.²⁰ Prestale su vrijediti stupanjem na snagu Zakona o obveznim odnosima 1. listopada 1978. godine, odnosno čl. 1107. st. 2. navedenoga Zakona propisano je da se “Opće uzance za promet robom neće primjenjivati poslije stupanja na snagu ovog zakona u pitanjima koja su njime regulirana.” Međutim, njihova primjena bi mogla doći u obzir u onim pitanjima koja nisu regulirana zakonom²¹ kao i kada se ugovorne strane na njih pozovu.

Opći uvjeti poslovanja (dalje u tekstu OUP) predstavljaju uvjete pod kojima neke pravne osobe posluju. Od njih je potrebno razgraničiti tipske i adhezione ugovore, iako je u praksi to vrlo teško učiniti.²² OUP imaju isti sadržaj kao i tipski ugovori, a razlikuju se po tome što predstavljaju popis ugovornih klauzula koje ugovorne strane koriste na taj način što takvi opći uvjeti čine sastavni dio ugovora, koji se obično nalazi na poledini ugovornog formulara ili ispod potpisanoga dijela teksta. Kod tipskih ugovora ugovorne strane mogu pojedine klauzule OUP-a promijeniti onako kako to njima najbolje odgovara, dok kod adhezionih ugovora ponuditelj ne pristaje ni na kakvu izmjenu. Sukladno navedenom, kada OUP stavimo u odnos s trgovačkim običajima, prednost u primjeni imat će OUP budući da se primjenjuju na osnovi sporazuma ugovornih strana, čime su ugovorne strane isključile primjenu trgovačkih običaja za pitanja koja su uređena OUP-om.

Značenje klauzula i termina osobito dolazi do izražaja u međunarodnim trgovačkim odnosima gdje prevladava stajalište da je neučinkovito i nepotrebno detaljno regulirati svaki sastojak ugovora. Međutim, to s druge strane može dovesti do određenih problema, osobito jer će ugovorne strane

¹⁸ Objavljene su u Sl. listu FNRJ 15/54.

¹⁹ GOLDŠTAJN, A., *Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno*, cit. str. XIII., naglašava da je to bio period od 24 godine.

²⁰ *Ibid.*, str. 160-161., ĐORĐEVIĆ, Ž. S., STANKOVIĆ, V. S., *Obligaciono pravo (Opšti deo)*, četvrto izdanje, Naučna revija, Beograd, 1986., str. 36.

²¹ U obrazloženju sudske presude Vrhovnog suda BiH, Pž 389/87, od 28. 7. 1988., stoji: “Kako Zakon o obligacionim odnosima nema odredbe o načinu zaključenja ugovora putem teleksa, ispunjeni su uvjeti predviđeni odredbama čl. 1107. st. 2. ZOO da se primijeni Opća uzanca za promet robom br. 31. st. 3. po kojoj pošiljatelj ne može osporavati punovažnost ponude ili izjave o prihvaćanju ponude otpremljene u njegovo ime preko njegovog teleprinterata.” Više o obrazloženju navedene presude vidjeti u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, broj 2, Sarajevo, april-juni 1989., str. 21.

²² OUP, tipski i adhezioni ugovori predstavljaju formularno pravo.

zahtijevati određenu sigurnost i izvjesnost. U tom pogledu važnu ulogu imaju klauzule i termini koji postaju sastavnim dijelom ugovora na način da se ugovorne strane na njih pozovu, odnosno uvrste ih u svoje ugovore. Dakle, izričitim pristankom ugovornih strana klauzule i termini postaju sastavni dio ugovora.

Najpoznatije klauzule u međunarodnim trgovačkim odnosima jesu INCOTERMS klauzule donesene od strane Međunarodne trgovačke komore u Parizu. Slijedom iznesenoga, ako ugovorne strane ugovore primjenu određene INCOTERMS klauzule, na taj su način isključile primjenu trgovačkog običaja koji uređuje pitanje regulirano navedenom klauzulom čiju su primjenu ugovorne strane ugovorile.²³

4. Primjena trgovačkih običaja prema subjektivnoj i objektivnoj teoriji

Da bi se ušlo u razjašnjenje problematike primjene trgovačkih običaja, potrebno je napraviti distinkciju između subjektivne i objektivne teorije primjene trgovačkih običaja. Za navedeno razgraničenje treba se osvrnuti na ranije istaknute elemente običaja:

1. materijalni, odnosno objektivni i
2. psihološki, odnosno subjektivni element.

Ključno pitanje za razlikovanje subjektivne od objektivne teorije primjene trgovačkih običaja leži u nužnosti postojanja psihološkog, odnosno subjektivnog elementa (*opinio necessitatis*).

Prema subjektivnoj teoriji, za primjenu trgovačkih običaja potrebno je da je primjena ugovorena ili da je propisana zakonom. Dakle, za njihovu primjenu zahtijeva se postojanje oba elementa. Odnosno, pored činjenice da trgovački običaj postoji i da se primjenjuje zahtijevat će se i postojanje svijesti o obvezatnosti postupanja u skladu s navedenim pravilom ponašanja. S druge strane, prema objektivnoj teoriji, trgovački običaj će se primijeniti ako nije suprotan prinudnom pravu ili drukčijem sporazumu ugovornih strana.²⁴ Dakle, ako ugovorne strane ne žele primjenu trgovačkih običaja, one to moraju izričito isključiti budući da se svijest o nužnosti postupanja u skladu s određenim trgovačkim običajem (*opinio necessitatis*) pretpostavlja.

Prema objektivnoj teoriji trgovački običaj predstavlja izvor prava u objektivnom smislu budući da predstavlja najprirodniji način izražavanja običajnoga prava na području trgovačkoga prava, a njihovu primjenu može isključiti samo *ius cogens* ili suprotna volja ugovornih strana.²⁵

²³ O odnosu INCOTERMS klauzula i trgovačkih običaja vidjeti kod PILTZ, B., INCOTERMS and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods na stranici www.20jahre.cisg-library.org/piltz1.html

²⁴ GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 154.

²⁵ MARUŠIĆ, S., op. cit. str. 350.

Po starijoj doktrini, za primjenu trgovačkih običaja zahtijevalo se postojanje oba elementa: dugotrajno vršenje i *opinio necessitatis*.²⁶ Međutim, pri primjeni trgovačkih običaja zauzeto je stajalište da je dovoljno ustanoviti postojanje trgovačkog običaja, dok se psihološki element pretpostavlja, stoga nije potrebno ispitivati da li on postoji u svakom konkretnom slučaju. To je opravdano zato jer se mora brinuti o obje ugovorne strane. Dakle, ako jedna ugovorna strana pretpostavlja primjenu trgovačkog običaja jer ga zna i po njemu se ravna, ona može očekivati takvo ponašanje i od druge ugovorne strane, budući da bi došla u neravnopravan položaj prema onima koji ulaze u trgovačke odnose nedovoljno stručno.²⁷ Ukoliko bi se u odnosima među trgovcima primijenila subjektivna teorija, to postupanje ne bi bilo u skladu s načelom da su ugovorne strane dužne postupati pažnjom koja se u poslovnom prometu zahtijeva.

S druge strane, treba voditi računa o osobama koje ulaze u određeni obvezni odnos, a nisu trgovci. Ukoliko bi se na njih primijenila objektivna teorija primjene trgovačkih običaja, time bi im bila nametnuta obveza poznavanja izvora prava u određenoj struci i samim time bile bi stavljene u nepovoljniji položaj, osobito ako bi ulazile u ugovorni odnos s trgovcem.

U Zakonu o obveznim odnosima iz 1978. godine,²⁸ koji je 1991. godine preuzet u pravni sustav Republike Hrvatske (dalje u tekstu ZOO/1991) prihvaćena je subjektivna teorija primjene trgovačkih običaja. Na ovu je nelogičnost upozorio A. Goldštajn ističući da se radi o “redakcijskoj pogrešci”, ali se ispravnim tumačenjem dobiva zadovoljavajuće rješenje.²⁹ Navedena je “pogreška” ispravljena čl. 12. novog Zakona o obveznim odnosima³⁰ (dalje u tekstu ZOO/2005) koji za primjenu trgovačkih običaja usvaja objektivnu teoriju koja je u skladu sa čl. 9. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe,³¹ što će se kasnije detaljnije obraditi.

5. Odnos trgovačkih običaja prema dispozitivnim pravnim normama

Kada trgovačke običaje stavljamo u odnos sa zakonskim normama, razlikujemo situacije kada se oni odnose na pitanja koja nisu regulirana zakonom i situacije kada trgovački običaj zadire u područje koje je uređeno pravnom normom. U prvom slučaju trgovački običaji predstavljaju “dopunu

²⁶ LEDIĆ, D., op. cit. str. 445., ističe stajališta starije i novije doktrine.

²⁷ GOLDŠTAJN, A., Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima, u knjizi GOLDŠTAJN, A., BARBIĆ, J., VEDRIŠ, M., MATIĆ, Ž., *Obvezno pravo, prva knjiga, II. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Informator, Zagreb, 1979., str. 55.

²⁸ Narodne novine br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 112/99., 88/01.

²⁹ GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 45.

³⁰ Narodne novine br. 35/05.

³¹ BARBIĆ, J., *Novi Zakon o obveznim odnosima (čl. 1.-20.) u zborniku radova Novi Zakon o obveznim odnosima*, Organizator, Zagreb, travanj 2005., str. 18.

zakonu”, odnosno oni popunjavaju pravne praznine.³² Tu govorimo o običajima *praeter legem*. Ovakav stav bio je zauzet još u Hrvatskom trgovačkom zakonu iz 1875. godine, gdje u § 1. stoji da u trgovačkim stvarima ako zakon ne sadrži odredbe, kao mjerilo služe trgovački običaji,³³ za razliku od OGZ-a koji ograničava uzimanje u obzir običaja samo u slučajevima u kojima se zakon na njih poziva (§ 10.).

Međutim, može nastati situacija da je trgovački običaj suprotan zakonskim odredbama (običaji *contra legem*). Ovdje se postavlja pitanje kakav je odnos takvih običaja s pravnim normama. Budući da su trgovački običaji sami po sebi dispozitivnog karaktera, oni ne smiju biti u suprotnosti sa *ius cogens*.³⁴ S druge strane, ako su trgovački običaji suprotni dispozitivnim odredbama, treba odgovoriti na pitanje da li trgovački običaj suprotan dispozitivnom propisu može derogirati takav propis? U većini suvremenih nacionalnih zakonodavstava trgovačkim se običajima daje prednost pred dispozitivnim pravnim normama.³⁵ A. Goldštajn takvo stajalište obrazlaže karakteristikama trgovačkih običaja: a) nastaju u poslovnoj praksi, b) po sadržaju su mnogo precizniji od zakona i c) razlikuju se po strukama (vertikalni običaji) ukoliko nisu postali zajednički svim strukama (horizontalni običaji).³⁶

Dakle, trgovački običaji kao pretpostavljena volja ugovornih strana (*lex contractus*) služe za popunjavanje praznina u ugovoru i kao osnova za tumačenje volje ugovornih strana te kao takvi imaju prednost pred dispozitivnim zakonskim odredbama. Navedeno stajalište izričito je istaknuto u čl. 9. st. 2. Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji robe (ULIS), gdje se u slučaju neslaganja običaja s njegovim odredbama prednost daje običajima. Različito od toga, u Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe nema izričite odredbe o primjeni običaja ako su oni suprotni odredbama Konvencije. Međutim, zauzeto je stajalište da prednost trgovačkih običaja pred Konvencijom proizlazi iz dispozitivnosti njezinih odredaba, što će se kasnije detaljnije obraditi.

³² BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, 1980., str. 710.

³³ § 1. glasi: “U stvarih trgovačkih, u koliko glede njih zakon ovaj ne sadržaje nikakovih ustanova, služe mjerilom običaji trgovački, a u nedostatku tih običaja imade se uporabljati opće pravo građansko.”

³⁴ Tako naš ZOO/1991 u čl. 10. propisuje: “Sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima te moralu društva”. Navedena odredba čl. 10. ZOO/1991 odgovara čl. 2. novoga Zakona o obveznim odnosima donesenoga 2005. godine. O stajalištu sudske prakse vidjeti Ps, PZ-3353/90, od 4. 02. 1992., PSP-52/172 gdje stoji: “Bankarska garancija mora biti izdana u pisanom obliku, pa u skladu s tim i punomoć za izdavanje garancije mora biti u pisanom obliku. Poslovni običaj o ponudi i prihvatu ponude na poslovnom papiru (i potpisan od neovlaštene osobe) stoga se ne primjenjuje na bankarsku garanciju”.

³⁵ VUKMIR, B., *Lex mercatoria* u novome pravnom okruženju, Pravo i porezi, broj 3, 2005., str. 25-26.

³⁶ GOLDŠTAJN, A., Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno, cit. str. 48.

Sve navedeno u skladu je sa stajalištem objektivne teorije primjene trgovačkih običaja po kojoj se trgovački običaji primjenjuju mimo volje ugovornih strana, ali nikad protiv njihove volje.³⁷ Suprotno stajalište zauzeto je u čl. 1107. st. 3. ZOO/1991, kojim je prihvaćena subjektivna teorija, a koji u slučaju neslaganja trgovačkih običaja s dispozitivnim propisima prednost daje dispozitivnim zakonskim odredbama, osim ako su ugovorne strane izričito ugovorile primjenu trgovačkih običaja. Na navedenu problematiku kao i oprečna stajališta u doktrini autorica će se osvrnuti u daljnjem tekstu.

6. *Načelo iura novit curia pri primjeni trgovačkih običaja*

Budući da se pod trgovačkim običajem podrazumijeva određeni način postupanja u širokoj primjeni, pa se očekuje da će ugovorne strane postupiti na predviđeni način, postavlja se pitanje rješavanja sporova ukoliko jedna od ugovornih strana ne postupi na očekivani način. U tom slučaju ispravno je zauzeti stajalište da, budući da trgovački običaji nisu pravo koje je donio zakonodavac, za njih ne vrijedi načelo *iura novit curia*. Navedeno stajalište zauzeto je i u poredbenim pravnim sustavima.³⁸

Starija je doktrina zahtijevala suprotan pristup. Tako Stražnický tvrdi da za trgovačko običajno pravo vrijedi načelo *iura novit curia*.³⁹ Međutim, praksa je iskristalizirala suprotno stajalište.⁴⁰

Kod dokazivanja postojanja kao i sadržaja trgovačkog običaja u hrvatskom pravu treba imati na umu čl. 7. Zakona o parničnom postupku⁴¹ (dalje u tekstu ZPP), kojim je napušteno načelo istraživanja materijalne istine po službenoj dužnosti, a prema kojem je sud ovlašten utvrditi činjenice koje stranke nisu iznijele i izvesti dokaze koje stranke nisu predložile samo ako posumnja da stranke raspolažu sa zahtjevima kojima ne mogu raspolagati.⁴² Sukladno navedenoj odredbi prihvaćeno je raspravno načelo

³⁷ MARUŠIĆ, S., Zakon o obveznim odnosima i izvori prava za ugovore u privredi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj XXIII-XXIV, 1986.-1987., str. 42.

³⁸ Tako se uz komentar § 293. njemačkoga Zakona o parničnom postupku ističe da se načelo *iura novit curia* ne primjenjuje kod primjene običaja. O osvrtnu na navedeno pitanje vidjeti DIEDRICH, F., A Law of the Internet? – Attempts to Regulate Electronic Commerce, The Journal of Information, Law and Technology (JILT) http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/d

³⁹ STRAŽNICKÝ, Predavanja iz trgovačkog prava, Zagreb, 1926., str. 10.

⁴⁰ O odnosima starije i novije doktrine u pogledu načela *iura novit curia* kod primjene trgovačkih običaja vidjeti kod MARUŠIĆ, S., Poslovni (trgovački) običaji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj IX., Split, 1972., str. 109.

⁴¹ Narodne novine br. 117/03.

⁴² Prema ranijem Zakonu o parničnom postupku (NN 53/91., 91/92., 112/99.) sukladno čl. 7. st. 3. sud je bio ovlašten „izvesti i dokaze koje stranke nisu predložile“ pri čemu je jedini kriterij pri donošenju odluke suda o izvođenju takvog(ih) dokaza bila ocjena - (uvjerenje) suda:
- da su upravo određene činjenice odlučne za utvrđenje osnovanosti zahtjeva stranaka, te
- da su određeni, konkretni, dokazi – a koje stranke nisu predložile – od značaja za utvrđenje tih pravno relevantnih činjenica.

kao dominantno i u odnosu na dokaze, na isti način kako je već u ranijem Zakonu o parničnom postupku to bilo predviđeno u odnosu na činjenice.⁴³

Dakle, prema načelu tereta dokazivanja parnična strana koja se pozvala na postojanje određenog trgovačkog običaja dužna je to i dokazati. Ona će to učiniti predlaganjem sudu izvođenje dokaza saslušanjem vještaka, stručnjaka za određena pitanja uređena odnosnim trgovačkim običajima, dostavljanjem podataka iz stručne literature, pozivanjem na arbitražnu i sudsku praksu koja je utvrdila postojanje trgovačkog običaja. U čl. 220. ZPP-a istaknuto je da će sud, iako više nema inkvizitorno ovlaštenje, odlučiti koji će se dokazi izvesti, ali samo između onih dokaza koje su predložile stranke.

Protiv svakog dokaznog sredstva može se u sudskom postupku podnijeti protudokaz bilo da trgovački običaj ne postoji, bilo da je prestao postojati.

U ovom segmentu potrebno se osvrnuti i na Zakon o Hrvatskoj gospodarskoj komori⁴⁴, koji u čl. 3. definira zadatke Hrvatske gospodarske komore (dalje u tekstu HGK), gdje između ostaloga stoji da je njen zadatak: “poduzimanje mjera za poticanje i razvijanje dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala”. Ujedno u čl. 18. st. 1. Zakona o HGK predviđeno je da pri HGK postoji sud časti koji pored propisanoga “odlučuje o povredama dobrih poslovnih običaja u obavljanju gospodarskih djelatnosti i prometa robe i usluga u prometu robe na područje HGK”.

Povezano sa Zakonom o HGK potrebno je istaknuti da je nužno *de lege ferenda* učiniti izmjene vezano za upotrijebljene termine “dobri poslovni običaji” i “poslovni moral”, a u cilju usklađivanja s novim Zakonom o obveznim odnosima, na što će se autorica u daljnjem tekstu detaljnije osvrnuti.

7. Reguliranje običaja u međunarodnim kodifikacijama (ULFIS, ULIS i Konvencija Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe)

Prvi radovi na unifikaciji međunarodne prodaje robe počeli su još 1929. godine u okviru Međunarodnog instituta za izjednačavanje privatnog prava (*UNIDROIT – The International Institute for the Unification of Private Law*) ispitivanjem mogućnosti prihvata svjetskog jedinstvenog zakona

Ujedno sukladno čl. 220. ZPP-a sud je mogao izvesti dokaze čak i ako su se stranke protivile izvođenju istih. O tome više vidjeti kod HRVATIN, B., Iznošenje i utvrđivanje činjenica te predlaganje dokaza u zborniku radova *Novine u parničnom postupku*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003. str. 9.

⁴³ TRIVA, S., DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, VII. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 176., gdje ističu da će “na taj način stranke postati svjesne činjenice da isključivo od njihove volje i zalaganja ovisi u kojem će stupnju sud biti u mogućnosti ispitivati i ocjenjivati argumente na kojima one grade svoju parničnu strategiju i taktiku”.

⁴⁴ Narodne novine broj 66/91., 73/91., 77/93.

o kupoprodaji robe. Godine 1930. četvorici članova povjerenstva bio je povjeren zadatak da kao predstavnici četiriju najvažnijih sustava privatnog prava – engleskoga, francuskoga, njemačkoga i skandinavskoga – pripreme svoj prijedlog.⁴⁵ Godine 1935. Povjerenstvo je predložilo prvi nacrt. Drugi nacrt predložen je 1939. godine, koji je 1951. godine iznesen pred diplomatsku konferenciju u Haagu.⁴⁶ Godine 1956. podnesen je treći nacrt, dok je konačan prijedlog zakona iznesen 1963. godine.

Na diplomatskoj konferenciji održanoj u Haagu, od 2. do 25. travnja 1964., usvojena su dva dokumenta:

- Jednoobrazni zakon o sklapanju ugovora o međunarodnoj prodaji robe – ULFIS – *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods* i

- Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji robe – ULIS – *Uniform Law on the International Sale of Goods*.

Svrha je Jednoobraznih zakona kreiranje dispozitivnih pravila kojima se nastojalo izmiriti interese prodavatelja i kupaca. ULFIS i ULIS sadrže identične stavove iz kojih proizlazi da se ne čini razlika između trgovačke i građanske kupoprodaje. Oba zakona će se primijeniti bez obzira na trgovački ili građanski karakter ugovornih strana ili ugovora.

Trgovački običaji uređeni su čl. 9., ULIS i člankom 13., ULFIS.

Članak 9., ULIS glasi:

“1. Strane su vezane običajima, kojima su se podvrgle izričito ili prešutno, i praksom utvrđenom između njih.

2. One su također vezane običajima za koje razumne osobe istog svojstva i u istoj situaciji kao one redovno smatraju da se imaju primijeniti na njihov ugovor. U slučaju neslaganja tih običaja s ovim zakonom, primijenit će se običaji, osim ako je suprotno ugovoreno.

3. U slučaju uporabe termina, klauzula ili formulara koji se upotrebljavaju u trgovini, oni će se tumačiti prema smislu koji im se redovno daje u zainteresiranim trgovačkim krugovima.”

ULFIS u članku 13. propisuje:

“1. Pod izrazom običaji razumije se način postupanja za koji razumne osobe istoga svojstva kad se nađu u istoj situaciji kao ugovorne strane redovno smatraju da se imaju primijeniti na sklapanje njihova ugovora.

2. U slučaju uporabe termina, klauzula ili formulara koji se upotrebljavaju u trgovini, oni će se tumačiti prema smislu koji im se redovno daje u zainteresiranim trgovačkim krugovima.”

⁴⁵ GOLDŠTAJN, A., *Konvencija Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u strukturi prava međunarodne trgovine*, Informator, Zagreb, 1980., str. 8.

⁴⁶ Izbijanjem 2. Svjetskog rata prekinut je rad na unifikaciji prava zemalja članica. Međutim, 1950. godine na inicijativu nizozemske vlade nastavljen je započeti projekt te je ona drugi nacrt iz 1939. godine iznijela pred diplomatsku konferenciju održanu 1951. godine u Haagu.

Najuočljivije je u komparaciji navedenih odredbi da ULFIS u čl. 13., za razliku od zakona ULIS, a što se može reći i za većinu drugih nacionalnih kodifikacija,⁴⁷ daje definiciju običaja.⁴⁸

Vežano za istaknutu definiciju potrebno se osvrnuti na formulaciju “razumne osobe”⁴⁹ koja se spominje i u čl. 9. st. 2., ULIS.⁵⁰ U teoriji i praksi zauzeto je stajalište da navedena formulacija upućuje na primjenu objektivnog kriterija, što znači da će ugovorne strane biti vezane i onim običajima za koje nisu znale.⁵¹

U pogledu navedene formulacije iznesene su brojne kritike poglavito zbog razloga što se u navedenim dokumentima ne definira što se smatra pod “razumnom osobom”, stoga to može dovesti do dvojbi i poteškoća u primjeni trgovačkih običaja. Potaknuta iznesenim kritikama radna grupa UNCITRAL-a izostavila je kriterij “razumne osobe” u tekstu Konvencije UN-a o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

Signifikantna je odredba zakona ULIS prema kojoj se u slučaju neslaganja običaja sa njegovim odredbama izričito daje prednost običajima. Međutim, dano je ovlaštenje ugovornim stranama ugovoriti suprotno. Dakle, navedena odredba kojom ugovorne strane ne daju prednost običajima mora biti izričito ugovorena.

ULFIS i ULIS ne prave razliku između međunarodnih i nacionalnih običaja. Stoga, između ugovornih strana mogu se primijeniti kako međunarodni tako i nacionalni običaji ako su ispunjeni istaknuti uvjeti iz čl. 9., ULIS i čl. 13., ULFIS.

Godine 1966. osnovana je Komisija UN za međunarodno trgovačko pravo (*UNCITRAL – The United Nations Commission on the International Trade Law*), kojoj je jedno od područja djelovanja međunarodna prodaja robe, a pod čijim okriljem je 1980. godine usvojena Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe – *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (u daljnjem tekstu Bečka konvencija).⁵² Bečka konvencija mogla je stupiti na snagu tek kada je deset

⁴⁷ Definicija običaja se osim u odredbama ULFIS može pronaći u američkom Uniform Commercial Code.

⁴⁸ GOLDŠTAJN, A., *Pravo međunarodne kupoprodaje*, cit. str. 16., ističe da je u radnoj skupini koja je radila na donošenju ULFIS bio podnesen prijedlog da se pod međunarodnim običajem smatra takav običaj koji je zajednički ugovornim stranama. Međutim, taj prijedlog nije prihvaćen.

⁴⁹ Engl. “*Reasonable persons*”, franc. “*Personnes raisonnables*”.

⁵⁰ Prijedlog o unošenju navedene formulacije u ULIS stavila je na Konferenciji u Hagu 1964. godine Savezna Republika Njemačka.

⁵¹ JOKELA, H., *The Role of Usages in the Uniform Law on International Sales*, *Scandinavian Studies in Law*, 1966., p. 89., ističe da je Posebna komisija (*Special Commission*) iznijela takvo stajalište još prilikom stavljanja trećeg prijedloga jednoobraznog zakona 1956. godine. BAINBRIDGE, S., *Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions*, *Virginia Journal of International Law*, 1984., p. 633.

⁵² Jedan dio članica UNCITRAL-a predlagao je daljnju ratifikaciju Haških konvencija u čijim aneksima su se nalazili Jednoobrazni zakoni, dok je drugi dio članica predlagao da se

država ratificira, prihvati, odobri ili joj pristupi, što je i ispunjeno 1. siječnja 1988. godine, kada je Bečka konvencija stupila na snagu i u bivšoj SFRJ. Notifikacijom o sukcesiji Republika Hrvatska je stranka Bečke konvencije od 8. listopada 1991. godine.

Pitanje uređenja trgovačkih običaja bilo je vrlo problematično prilikom raspravljanja o usvajanju teksta Bečke konvencije. Značajne prigovore upućivale su zemlje u razvoju koje su isticale da će prihvaćanjem Bečke konvencije njihovi subjekti u trgovačkim odnosima biti podvrgnuti trgovačkim običajima koji su u većini slučajeva nastali u razvijenim zemljama i s kojima oni nisu upoznati.

Bečka konvencija u članku 9. sadrži odredbe o trgovačkim običajima gdje stoji:

“1. Strane su vezane običajima na koje su pristale i praksom utvrđenom između njih.

2. Ako nije drukčije ugovoreno, smatra se da su strane prešutno podvrgle svoj ugovor ili njegovo sklapanje običaju koji im je bio poznat ili morao biti poznat i koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovno ga uzimaju u obzir ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj trgovačkoj struci.”

Slijedom iznesenoga, ugovorne strane podvrgavaju primjeni običaja svoj ugovor ili njegovo sklapanje. Bečka konvencija ne daje definiciju trgovačkih običaja, ali je jasna distinkcija između trgovačkih običaja i prakse utvrđene među ugovornim stranama.⁵³ Dakle, na nacionalnom će suda ležati prosudba o tome što se smatra trgovačkim običajem, a slijedom toga na području Europske unije važnu ulogu imat će Europski sud pravde (*European Court of Justice*).

Sukladno Bečkoj konvenciji ugovorne strane mogu biti vezane trgovačkim običajima izričito ili prešutno.⁵⁴ Ukoliko su ugovorne strane izričito

odmah pride reviziji tih zakona. Komisija je odlučila poslati upitnik svim državama članicama UN-a kako bi iznijele svoje mišljenje o ULFIS-u i ULIS-u. Najveći broj odgovora ukazivao je na potrebu revizije pa je stoga 1968. godine u Ženevi osnovana radna skupina za izradu novoga teksta. Više vidjeti kod VILUS, J., Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, Beograd, 1980., str. 4.

⁵³ Razlika između primjene običaja i prakse je u tome što se za običaje zahtijeva izričiti ili prešutni sporazum strana, dok se za praksu to ne zahtijeva. VILUS, J., Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe, Informator, 1981., str. 28., ističe da se za praksu pretpostavlja da su se strane s njom složile jer su je one i stvorile. Navedeno stajalište vidjeti u slučaju pred njemačkim sudom (Landgericht) broj 11 O 61/98, od 24. studenoga 1998. (vidi stranicu www.cisgw3.law.pace.edu/cases/981124g1.html), kao i u slučaju *Sluiter Ellwood II et al. v. Blumenerdenwerk Stender GmbH* pred nizozemskim sudom od 17. ožujka 2004. godine.

⁵⁴ Ima mišljenja prema kojima se čl. 9. st. 1. Bečke konvencije odnosi na vezivanje ugovornih strana trgovačkim običajima izričitim pristankom dok čl. 9. st. 2. uređuje prešutno vezivanje trgovačkim običajima ugovornih strana. Tako SCHLECHTRIEM, P., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Clarendon Press, Oxford, 1998., p. 76., GOLDŠTAJN, A., *Trgovačko ugovorno pravo - međunarodno i komparativno*, cit. str. 46., VILUS, J., op. cit. str. 27. S druge strane, postoje mišljenja prema kojima se ugovorne

ugovorile primjenu običaja, na njih se primjenjuje čl. 9. st. 1. Bečke konvencije. Međutim, problem se pojavljuje ako ugovorne strane nisu ugovorile primjenu običaja. U tom slučaju sukladno čl. 9. st. 2. običaj će se ipak primjenjivati:

1. ako je ugovornim stranama bio poznat ili morao biti poznat;
2. ako je široko poznat u međunarodnoj trgovini;
3. ako ga redovno uzimaju u obzir ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj trgovačkoj struci.

Postavlja se pitanje da li navedeni uvjeti moraju biti alternativno ili kumulativno ispunjeni. Iz same formulacije pravne norme teško je doći do točnog odgovora budući da je ona na svim originalnim jezicima teška i nezgrapna, što se odrazilo i kod prevođenja.⁵⁵ Međutim, u teoriji i praksi zauzeto je stajalište da navedeni uvjeti moraju biti kumulativno ispunjeni budući da samo postojanje znanja nije dovoljno.⁵⁶ Tijekom pregovora oko usvajanja teksta Bečke konvencije isticano je da su na taj način zemlje u razvoju bolje zaštićene. Bečka konvencija je, prema tome, usvojila objektivni kriterij primjene trgovačkih običaja, što je prvenstveno dokaz više da je Konvencija namijenjena međunarodnoj trgovini. S druge strane, kod komparacije sa formulacijom iz navedenih zakona ULIS i ULFIS gdje se koristi kriterij "razumne osobe", A. Goldštajn ističe da je formulacija Konvencije znatno jasnija i prihvatljivija.

Dakle, u konkretnom slučaju za primjenu trgovačkih običaja volja ugovornih strana nije relevantna, što znači da će osobe koje se tek pojavljuju na nekome tržištu (*newcomers*) morati voditi računa o svim okolnostima

strane mogu obvezati prešutno i prema čl. 9. st. 1. Dakle, razlikuju prešutan pristanak iz čl. 9. st. 1. u odnosu na onaj iz čl. 9. st. 2. obrazlažući to činjenicom da prešutni sporazum može proizaći iz određenog ponašanja ugovornih strana tijekom pregovora npr. kada se ugovorne strane ponašaju u skladu sa određenim običajem. U tom smislu BOUT, P., *Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* na stranici www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html

⁵⁵ VILUS, J., op. cit. str. 27., fusnota 52. Tekst na engleskom jeziku glasi: "The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which an international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned." Tekst na francuskom jeziku glasi: "Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée."

⁵⁶ Tako je u slučaju *Dr. S Serguuev Handelsagentur v. DAT – SCHAUB A/S*, pred Pomorskim i trgovačkim sudom u Kopenhagenu (So-og Handelsretten), Sud ispitivao da li su kumulativno ispunjeni uvjeti iz čl. 9. st. 2. te je nakon obavljenih radnji utvrdio da budući da su kumulativno ispunjeni uvjeti iz navedenog članka, primijenit će se trgovački običaj. Konkretno, radilo se o trgovačkom običaju specificiranja vrsta ribe na latinskom jeziku u međunarodnim transakcijama. U slučaju pred austrijskim sudom (Oberster Gerichtshof), broj 2 Ob 48/02a, od 27. veljače 2003., također je ispitivano kumulativno egzistiranje navedenih uvjeta. U ovom slučaju radilo se o starosti smrznute ribe.

određenog pravnog posla budući da će se na njih primijeniti trgovački običaji i u slučaju kada nisu za njih znale.⁵⁷ Ukoliko ugovorne strane ne žele biti vezane trgovačkim običajima, one njihovu primjenu moraju izričito isključiti.

Bečka konvencija govori o običajima koji su široko poznati u međunarodnoj trgovini, za razliku od međunarodnih trgovačkih običaja. Slijedom navedenoga i lokalni običaji mogu biti poznati u međunarodnoj trgovini, čime je obuhvaćena i njihova primjena.⁵⁸ Ujedno, Bečka konvencija govori o običajima u trgovačkoj struci, što bi upućivalo samo na primjenu vertikalnih običaja. Međutim, zauzeto je stajalište da običaje treba definirati što šire (*as broadly as possible*) tako da treba obuhvatiti i horizontalne običaje.⁵⁹

Što se tiče odnosa Bečke konvencije i INCOTERMS klauzula, značajno je stajalište koje je zauzeo *United States Court of Appeals*: "Bečka konvencija obuhvaća INCOTERMS klauzule kroz čl. 9. st. 2. zbog činjenice da su oni široko poznati u međunarodnoj trgovini."⁶⁰

Za razliku od ULIS, u Bečkoj konvenciji nema izričite odredbe o primjeni običaja ukoliko su oni suprotni odredbama Konvencije. Tijekom Diplomatske konferencije o usvajanju teksta Bečke konvencije čehoslovačka delegacija stavila je prijedlog da se u navedenom slučaju dade prednost odredbama Konvencije. Međutim, takvim rješenjem samo bi oni trgovački običaji koji su kompatibilni s odredbama Bečke konvencije proizvodili učinke. Takav prijedlog nije prihvaćen i zauzeto je stajalište da prednost trgovačkih običaja pred Konvencijom proizlazi iz dispozitivnosti njezinih odredaba.⁶¹ Na taj način trgovački običaji mogu nametnuti ugovornim

⁵⁷ Na navedenu je okolnost prof. Goldštajn, kao predstavnik Jugoslavije, skrenuo pozornost još prilikom usvajanja teksta Bečke konvencije. Tu okolnost ističe i MAGNUS, U., J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN – Kaufrecht (CISG), Dreizehnte Bearbeitung, Sellier – de Gruyter, Berlin, 1994., s. 138., KAZIMIERSKA, A., The Remedy of Avoidance under the Vienna Convention on the International Sale of Goods, u knjizi Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1999-2000, Kluwer Law International, 2000., p. 186.

⁵⁸ BOUT, P., op. cit. str. 6., govori o primjeni običaja određene luke, dok GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 47., ističe primjenu uobičajenih metoda za kontrolu robe.

⁵⁹ BIANCA, C. M., BONELL, M. J., Commentary on Usages and Practices, u knjizi Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè, Milan, 1987., p. 111., SCHLECHTRIEM, P., op. cit. p. 79.

⁶⁰ Slučaj *BP Oil International v. Empresa Estatal Petroleos Ecuador*, United States Federal Appellate Court [5th Circuit] od 11. lipnja 2003. godine na stranici www.cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html. O navedenom stajalištu vidjeti kod FOLSOM, R., GORDON, M., SPANOGLE, J., International Business Transactions, Second Edition, West Group, St. Paul Minn, 2001., p. 72., kao i kod ALBÁN, J. O., Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement CISG Article 9 na stranici www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni9.html

⁶¹ A. Goldštajn ističe da je Konvencija okvirni propis jer se primjenjuje na sve vrste prodaja i na robu svake vrste. Stoga nije moguće zauzeti stajalište da bi kod prešutnog pristanka na primjenu običaja Konvencija imala prednost pred trgovačkim običajima. To bi bilo u

stranama obveze različite od onih koje proizlaze iz Bečke konvencije.

Ukoliko bi se u nekoj zemlji pojavio problem vezan za valjanost trgovačkih običaja, tj. da li će trgovački običaj biti prihvatljiv ili ne u konkretnoj situaciji, potrebno se osvrnuti na čl. 4a. Bečke konvencije koji navedenu odluku prepušta mjerodavnom pravu.⁶²

Ovlaštenje dano nacionalnom sucu da odluči je li određeni trgovački običaj valjan ili ne, dovest će do velikih problema u postizanju cilja uniformnosti i jedinstvenosti primjene Bečke konvencije. Na ovaj će način nacionalni suci imati veliki utjecaj na sklapanje ugovora u međunarodnoj trgovini, kao i na primjenu trgovačkih običaja.

Budući da se načelo *iura novit curia* ne primjenjuje na običaje, njihovo postojanje morat će se dokazati. Ovdje će važnu ulogu imati eksperti za navedeno područje.⁶³

8. Trgovački običaji prema UNIDROIT-ovim načelima međunarodnih trgovačkih ugovora i načelima europskog ugovornog prava (PECL)

Prvi radovi na donošenju Načela međunarodnih trgovačkih ugovora (*Principles of International Commercial Contracts*, dalje u tekstu Načela) u okviru UNIDROIT započeli su još 1971. godine kada je Upravno vijeće uključilo navedenu inicijativu u program rada (*Work Program of the Institute*).⁶⁴ Međutim, tek je 1980. godine osnovana radna skupina, sastavljena od vodećih eksperata na području ugovornog prava i međunarodnog trgovačkog prava, kojoj je bio povjeren zadatak izrade nacrtu pojedinih dijelova Načela. Cilj je navedenih Načela stvoriti usklađen dijapazon pravila koja će se primjenjivati diljem svijeta bez obzira na pravnu tradiciju i ekonomske i političke uvjete zemalja u kojima će se primjenjivati.⁶⁵ Međunarodni karakter Načela istaknut je činjenicom da će se komentar istaknut uz pojedinu odredbu Načela suzdržati od upućivanja na nacionalna zakonodavstva, a sa ciljem objašnjenja porijekla i argumentaciju

suprotnosti sa nacionalnim zakonodavstvima i praksom te bi dovelo do neprebodivih teškoća. U slučaju pred austrijskim sudom, br. 2 Ob 191/98x, od 15. listopada 1998., ističe se da će se ukoliko postoji razlika između austrijskih običaja o trgovini drvom i odredbi Bečke konvencije, primijeniti običaji ukoliko su ispunjeni uvjeti iz čl. 9. st. 2. Konvencije.

(vidi stranicu: www.cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html)

⁶² BOUT govori da razlozi za neprihvatanje običaja mogu biti različiti kao npr. ako je sadržaj običaja u suprotnosti sa određenim pravnim pravilom koje egzistira u konkretnom nacionalnom zakonodavstvu.

⁶³ GOLDŠTAJN, A., *Usages of Trade and other Autonomous Rules of International Trade according to the UN (1980) Sales Convention*, u knjizi ŠARČEVIĆ, P., VOLKEN, P., *International Sale of Goods – Dubrovnik Lectures*, Oceana Publications, 1986., p. 98.

⁶⁴ Članove povjerenstva (*Steering Committee*) sačinjavali su profesori René David, Clive M. Schmitthoff i Tudor Popescu.

⁶⁵ Uvod u UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, publikacija UNIDROIT, Rome, 1994., p. viii.

ponuđenog rješenja. Iznimka je učinjena u slučaju Bečke konvencije kada je njeno pravilo doslovno⁶⁶ preuzeto u Načela.

Zbog opsežne primjene Načela iz 1994. godine javila se potreba za njihovim preispitivanjem. Prvi radovi na njihovom preispitivanju započeli su već tri godine nakon njihova donošenja.⁶⁷ Deset godina nakon donošenja prvog izdanja izdana su nova Načela (dalje u tekstu Načela–2004).

Načela–2004 za razliku od Načela iz 1994. godine imaju 185 članaka, odnosno 65 novih članaka. Komparacijom obje verzije Načela može se konstatirati da su izmjene Načela iz 1994. godine neznatne te se Načela–2004 ne mogu smatrati njihovom revizijom, već njihovom nadopunom.⁶⁸

Trgovački običaji uređeni su u čl. 1. 8. Načela iz 1994. koji glasi:

“1. Strane su vezane običajem na koji su pristale i praksom utvrđenom između njih.

2. Strane su vezane običajem koji je široko poznat i redovito poštivan u međunarodnoj trgovini od ugovornih strana u odnosnoj trgovačkoj struci, osim kada bi primjena takvog običaja bila nerazumna.”

Navedena odredba nije pretrpjela nikakve izmjene u Načelima–2004, već se zbog dodanog novog čl. 1. 8. koji uređuje nedosljedno postupanje (*Inconsistent Behavior*) sada nalazi u čl. 1. 9.

Ukoliko se izvrši usporedba s odredbom čl. 9. Bečke konvencije, može se zaključiti da oba dokumenta usvajaju ista stajališta. Tako je u Načelima kao i u Bečkoj konvenciji trgovačkim običajima dana normativna snaga. Detaljnijom analizom može se utvrditi da se u čl. 1. 9. Načela–2004 ne zahtijeva da ugovorne strane “znaju ili moraju znati” za određeni običaj da bi njime bile vezane kao što je to slučaj kod čl. 9. Bečke konvencije. Dovoljno je samo da je trgovački običaj “široko poznat i redovito poštivan u međunarodnoj trgovini od ugovornih strana u određenoj trgovačkoj struci”. Navedeno stajalište objašnjava se činjenicom da je u UNIDROIT Načelima usvojen pristup prema kojemu trgovački običaji koji su široko poznati i redovito poštivani u međunarodnoj trgovini zahtijevaju normativnu snagu neovisno od znanja ugovornih strana. Budući da su u širokoj primjeni, znanje ugovornih strana presumira se.⁶⁹ Ovakvim stajalištem proširena je primjena trgovačkih običaja, budući da je izbačen jedan od uvjeta koji se zahtijeva u Bečkoj konvenciji.

⁶⁶ Koristi se izričaj “*more or less literally*”.

⁶⁷ O tome više kod BONELL, M. J., UNIDROIT Principles 2004 – The new Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, na stranici www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/2004-1-bonell.pdf

⁶⁸ Identično stajalište ističe i VUKMIR, B., Načela međunarodnih trgovačkih ugovora 2004. prema UNIDROIT i *lex mercatoria* (I.), Pravo i porezi, broj 1, 2005., str. 4.

⁶⁹ ALPA, G., A New Approach to International Commercial Contracts, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Editor: M. J. Bonell), Kluwer Law International, 1999., p. 185., ALBÁN, J. O., op. cit. www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni9.html

Analiza čl. 1. 9. Načela-2004 zahtijeva osvrt na pojam “nerazumne primjene” iz st. 2. navedenoga članka. U službenom komentaru Načela iz 1994. godine⁷⁰ stoji da razlozi za takvu primjenu mogu ležati u određenim uvjetima prema kojima jedna ili obje ugovorne strane posluju i/ili netipičnoj prirodi transakcija (*atypical nature of the transaction*).⁷¹

Jedan od ciljeva Europske unije jest ostvarenje četiri temeljne slobode: sloboda kretanja kapitala, osoba, robe i sloboda pružanja usluga. Međutim, ostvarenje navedenoga cilja povezano je s određenim problemima, a u kontekstu ugovornoga prava postavlja se pitanje pravne sigurnosti ugovornih strana kod sklapanja ugovora, stoga se u literaturi sve više govori o “europizaciji ugovornog prava” (*Europeanization of the Contract Law*).⁷²

Godine 1980. počeo je rad Komisije za europsko ugovorno pravo (*The Commission of European Contract Law – CECL*)⁷³ na donošenju Načela europskog ugovornog prava (*The Principles of European Contract Law*, dalje u tekstu PECL). Dio I. PECL koji se odnosi na izvršenje, neizvršenje i pravne lijekove objavljen je 1995. godine.⁷⁴ Drugo izdanje PECL objavljeno je 1999.⁷⁵ godine, a obuhvaća odredbe koje se odnose na sklapanje, valjanost, tumačenje ugovora, sastojke ugovora, ovlaštenje zastupnika da obezbe svoga principala te sadrži revidiranu verziju I. Dijela PECL.⁷⁶ U ožujku

⁷⁰ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, op. cit. p. 21.

⁷¹ U službenom komentaru Načela iz 1994. godine uz čl. 1. 8. dan je primjer nerazumne primjene. Tako će se o nerazumnoj primjeni trgovačkog običaja raditi kod primjene običaja koji egzistira u trgovini robom prema kojemu se kupac ne može pozvati na oštećenja na robu ukoliko ona nisu utvrđena od strane međunarodno priznate inspeksijske agencije – agencije za kontrolu robe (*internationally recognised inspection agency*). Kada kupac, preuzme robu u luci odredišta i jedina međunarodno priznata inspeksijska agencija – agencija za kontrolu robe koja djeluje u navedenoj luci je u štrajku, a pozivanje druge agencije iz susjedne najbliže luke bi zahtijevalo velike troškove, primjena navedenog običaja bila bi nerazumna i kupac se može pozvati na oštećenja koja je otkrio čak i ako nisu bila utvrđena od strane međunarodno priznate inspeksijske agencije – agencije za kontrolu robe.

⁷² Više o “europizaciji ugovornog prava” vidjeti kod LANDO, O., *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium* na stranici www.frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm#2

⁷³ U radu Komisije bile su zastupljene sve države članice Europske unije, a rad su pratili i norveški i švicarski promatrač. Komisijom je predsjedao danski profesor Ole Lando te je poznata pod nazivom “Lando-komisija”. O sastavu i radu Komisije vidjeti kod RIEDL, K., *The Work of the Lando-Commission from an alternative Viewpoint*, na stranici www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclintro.html kao i kod LANDO, O., *Contract law in the EU-The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law* na stranici www.frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm

⁷⁴ *Principles of European Contract Law, Part 1., Performance, Non-performance and Remedies*

⁷⁵ *Principles of European Contract Law, Parts 1. and 2.*

⁷⁶ Kako bi se razlikovale odredbe prve i druge verzije, promijenjen je način numeriranja članaka. U prvoj verziji između brojeva stajala je jedna točka (npr. čl. 1.101), dok je u drugoj dvotočka (npr. čl. 1:101).

2003. godine objavljen je Dio III. PECL čime je rad Komisije dovršen.⁷⁷

Odredbe PECL ne predstavljaju *ius cogens* i obuhvaćaju samo opći dio ugovornog prava. Njima se ne ulazi u detaljno rješenje konkretnog problema.

Trgovački običaji uređeni su u čl. 1:105 (prijašnji čl. 1.103) PECL gdje stoji:

“1. Strane su vezane običajem na koji su pristale i praksom utvrđenom između njih.

2. Strane su vezane običajem za koji se smatra da se općenito primjenjuje na osobe koje se nalaze u istom položaju kao ugovorne strane, osim kada bi primjena takvog običaja bila nerazumna.”

Usporedbom odredbi čl. 1:105 PECL s čl. 9. Bečke konvencije i čl. 1. 9. Načela-2004 dolazi se do zaključka da je stavak 1. identičan u svim navedenim dokumentima. Međutim, razlike se pojavljuju kod stavka 2. navedenih članaka. Pri primjeni čl. 1:105 st. 2. PECL ne postavlja se pitanje znanja ugovornih strana o postojanju trgovačkih običaja kao kod Bečke konvencije. Ujedno, kod Bečke konvencije i Načela-2004 zahtijeva se da je trgovački običaj široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovno ga uzimaju u obzir ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj trgovačkoj struci. Da bi ugovorne strane bile vezane trgovačkim običajima na koje se nisu obvezale izričito sukladno čl. 1:105 st. 2. PECL potrebno je da su ispunjena dva uvjeta:

1. da se trgovački običaj općenito primjenjuje na osobe koje se nalaze u istom položaju kao ugovorne strane te

2. da primjena takvog običaja nije nerazumna.

Slijedom navedenoga, odredbama Bečke konvencije, Načela-2004. i PECL obuhvaćeni su ne samo međunarodni, već i nacionalni i lokalni običaji. Ujedno čl. 1:105 st. 2. PECL može poslužiti kao pomoć u određivanju da li je određen običaj obuhvaćen primjenom čl. 9. st. 2. Bečke konvencije.⁷⁸

Potrebno se osvrnuti na okolnost da primjena običaja ne smije biti nerazumna, što izričito zahtijeva i čl. 1. 9. Načela-2004. U čl. 1:302 (prijašnji čl. 1.108) PECL dana je definicija onoga što se smatra razumnim (“*Reasonableness*”) gdje stoji da će se to prosuđivati prema onome što osobe koje postupaju u dobroj vjeri i koje se nalaze u istom položaju kao ugovorne strane smatraju razumnim. U ocjenjivanju što je razumno, potrebno je uzeti u obzir prirodu i svrhu (cilj) ugovora, okolnosti slučaja kao i običaje i praksu trgovine ili odnosne struke.⁷⁹

⁷⁷ Postoji stajalište prema kojemu bi opća načela ugovornog prava sadržana u sva tri djela PECL trebala sačinjavati integralni dio budućeg Europskog građanskog zakonika.

⁷⁸ CARLSEN, A., Remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement Article 9 CISG na stranici www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html

⁷⁹ O pojmu “*Reasonableness*” više vidjeti na stranici www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html#view gdje se daje komparacija pojma navedenoga pojma u PECL i Bečkoj konvenciji.

Na kome će biti teret dokazivanja o postojanju običaja, kao i način njihova dokazivanja, ovisit će o mjerodavnom nacionalnom pravu.⁸⁰

9. Primjena trgovačkih običaja u poredbenom pravu

Italija

U talijanskom pravu običaji se ubrajaju u pravna vrela, što proizlazi iz čl. 1. *Codice Civile* (dalje u tekstu CCE) u kome su izričito navedeni izvori prava.⁸¹

Unutar običaja potrebno je razlikovati *usi normativi*, *usi contrattuali* (*negoziali*), *usi individuali* i *usi interpretativi*.

Usi normativi (*consuetudine*) uređeni su u čl. 8. CCE gdje stoji da su to one norme koje nisu u pisanom obliku (*non scritte*), a koje jedna društvena zajednica primjenjuje kroz duži vremenski period, isto kao norme koje imaju zakonsku snagu. Oni će se primijeniti u područjima koja nisu uređena zakonom, dakle u slučaju postojanja pravne praznine ili kada se zakon na njih poziva,⁸² kao npr. čl. 1327. CCE koji govori o predmetu prestacije. Navedeni običaji sadrže dva elementa: materijalni i psihološki element.⁸³ Dakle, ako je određeno pitanje uređeno zakonom, neće se primijeniti *usi normativi* budući da oni dolaze u primjenu tek kada se zakon na njih izričito poziva.⁸⁴ Ujedno prema čl. 8. st. 2. CCE opći akti pravnih osoba (*le norme corporative*) imaju prednost pred *usi normativi* čak i kada se zakon na njih poziva, osim ako je u općim aktima drukčije uređeno.

Usi contrattuali (*negoziali o mercantili*) predstavljaju određeno ponašanje koje se učestalo i stalno (*comunemente e costantemente*) primjenjuje u ugovornim odnosima u određenoj trgovačkoj struci. Smatraju se unesenima u ugovor, osim ako proizlazi da ih ugovorne strane nisu htjele (čl. 1340. CCE). Dakle, ukoliko ovi običaji egzistiraju, oni se primjenjuju na ugovorne strane, osim ako one izričito ili prešutno isključe njihovu primjenu.⁸⁵ Ovi

⁸⁰ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000., p. 106.

⁸¹ "Sono fonti del diritto:

1. le leggi;
2. i regolamenti;
3. le norme corporative;
4. gli usi."

⁸² GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti, Obbligazioni in generale, Contratti in generale, volume secondo, tomo primo*, CEDAM, Padova, 1993., p. 149.

⁸³ Navedeno stajalište izričito je naglašeno u obrazloženju prvostupanjske presude *L.L.E.C.P. contro CREDITI S.P.A.* br. 1251 del R. G. 1999., od 13. svibnja 2002.

⁸⁴ Što izričito proizlazi iz čl. 8. CCE gdje stoji: "Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati."

⁸⁵ CIAN, G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice Civile, settima edizione*,

običaji imaju prednost u odnosu na dispozitivne norme.⁸⁶ Teret dokaza o postojanju ovog običaja je na onoj strani koja se na njega poziva. *Usi contrattuali*, za razliku od *usi normativi*, nemaju referencu u zakonu.

Usi individuali predstavljaju praksu koja se primjenjuje između određenih ugovornih strana, a koji služe za tumačenje ugovora sklopljenog među tim ugovornim stranama. Uređeni su u čl. 1362. CcE gdje stoji da se kod tumačenja (interpretacije) ugovora mora voditi računa o stvarnoj namjeri ugovornih strana iz kojeg razloga je potrebno ispitivati njihovo cjelokupno ponašanje (i prije i nakon zaključenja ugovora). Slijedom navedenoga potrebno je primijeniti teleološku metodu tumačenja ugovora.

U čl. 1368. CcE stipulirane su odredbe o *usi interpretativi*. Tako u st. 1. navedenoga članka stoji da se dvosmislene klauzule (*le clause ambiguë*) tumače prema onome što je uobičajeno u mjestu sklapanja ugovora. U st. 2. stoji da ukoliko je u ugovornom odnosu jedna ugovorna strana poduzetnik (*imprenditore*), dvosmislene klauzule tumače se sukladno onome što je uobičajeno u mjestu sjedišta poduzeća (*impresa*). Što se tiče odnosa ovih običaja i dispozitivnih normi, u teoriji postoje različita stajališta.⁸⁷

Budući da su sve navedene vrste običaja regulirane Građanskim zakonikom, u praksi je vrlo teško raditi razliku među njima. Osobito je teško povući distinkciju između *usi normativi* i *usi contrattuali*.⁸⁸

Francuska

U francuskom pravu običaji se primjenjuju na temelju članaka 1159. i 1160. *Code civile* (dalje u tekstu CC) koji se nalaze u trećoj knjizi (*Livre III – Des différentes manières dont on acquiert la propriété*), trećem naslovu (*Titre III – Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*), trećoj glavi (*Chapitre III – De l'effet des obligations*), dijelu petom (*Section 5 – De l'interprétation des conventions*) CC.⁸⁹

Čl. 1159. CC odnosi se na tumačenje ugovora gdje stoji da se ugovorne odredbe tumače u skladu s običajima određenog područja gdje je ugovor

CEDAM, Padova, 2004. p. 1281., gdje se pozivaju na slučajeve C 94/3651, C 86/436 i C 80/2583.

⁸⁶ Navedeno stajalište izričito je izneseno u presudi Cassazione Civile, III Sezione, od 29. ožujka 1999., br. 2966.

⁸⁷ Tako CIAN, G., TRABUCCHI, A., op. cit. p. 1369., ističu da postoje stajališta koja govore o prevazi *usi interpretativi* nad dispozitivnim normama, ali i stajališta koja se opiru takvoj mogućnosti.

⁸⁸ O tome više vidjeti kod MURARO, G., Prassi, *usi negoziali e usi normativi*, Rivista bimestrale de Le Nuove Leggi Civili Commentate, La nuova giurisprudenza civile commentata, Anno XV, N. 6, Novembre – Dicembre, 1999., CEDAM, Padova, p. 449-450., kao i kod FUXA SADURNY, F. R., Gli usi normativi e gli usi negoziali na stranici www.studiocelentano.it

⁸⁹ Odredbe o dopunjavanju ugovornih odredaba običajima nalaze se u dijelu koji se odnosi na tumačenje ugovora. Osvrt na navedeno pitanje vidjeti u Interpretation in Private Law, Scottish Law Commission, Discussion Paper No 101, p. 2-3.

sklopljen.⁹⁰ Konkretno, za tumačenje ugovora sklopljenog među ugovornim stranama relevantno će biti mjesto (*le pays*) gdje je ugovor sklopljen. Egzistiraju stajališta da je čl. 1159. CC identičan čl. 1368. talijanskog CCE, kojim se uređuju *usi interpretativi*.⁹¹

Člankom 1160. CC običajima dana je mogućnost nadopunjavati ugovorne odredbe čak i ukoliko nisu izričito naznačeni u ugovoru.⁹² Sukladno navedenim normama, običaji služe tumačenju i dopunjavanju ugovornih odredbi.⁹³

Kod konkretne primjene običaja problem se pojavljuje vezano za čl. 1160. CC, odnosno kod mogućnosti običaja nadopunjavati odredbe koje su stipulirane u ugovoru. Sudska praksa zauzela je stajalište da će određena odredba koja je uobičajena za konkretni ugovorni odnos dopuniti ugovor na temelju čl. 1160. CC samo ukoliko su ugovorne strane imale namjeru⁹⁴ primijeniti ga, ali su to propustile nenamjerno.⁹⁵ Ujedno je definirano kada će se smatrati da je određena odredba “uobičajena” za konkretni ugovorni odnos u smislu čl. 1160. CC. To će biti u slučaju:

1. kada je propust njenog ugovaranja bio nenamjeran, odnosno kada se smatra da su ugovorne strane doista htjele njenu primjenu i

2. kada se može primijeniti bez da sud nametne svoja vlastita stajališta o tome što je bila namjera ugovornih strana u njihovom ugovornom odnosu. Odnosno, treba voditi računa o stvarnoj namjeri ugovornih strana koju sud ne smije nametanjem svojih stajališta modificirati.⁹⁶

Njemačka

U njemačkom pravu razlikuju se trgovački običaji (*Handelsbräuche*) i prometni običaji (*Verkehrssitte*), pri čemu su trgovački običaji dio prometnih

⁹⁰ Čl. 1159. CC glasi: “Ce qui est ambigu s`interprète par ce qui est d`usage dans le pays où le contrat est passé.”

⁹¹ Interpretation in Private Law, Scottish Law Commission, Discussion Paper No 101, p. 11.

⁹² Čl. 1160. CC glasi: “On droit suppléer dan le contrat qui y sont d`usage, quoiqu`elles n`y soient pas exprimées”.

⁹³ Les sources actuelles du droit civil na stranici www.playmendroit.free.fr/droit_civil/sources_actuelles_du_droit_civil.htm

⁹⁴ GÖBEAUX, G., BIHR, P., HENRY, X., Code Civil, Dalloz, 1997-98, str. 882., gdje se u komentaru čl. 1160. Code Civil-a ističe se značenje namjere ugovornih strana (l`intention).

⁹⁵ Slučaj pred Cour d`appel de Rouen, od 29. studenoga 1968., broj D. 1969.146 - ugovorne strane su 1957. godine sklopile ugovor prema kojemu se tužitelj, građevinar, obvezao obaviti određene poslove uz naknadu. Zbog različitih razloga, posao je dovršen tek 1967. godine kada je tužitelj tražio od naručitelja da plati višu cijenu izračunatu po metodi izračuna revizije cijene u industriji poznata kao “M.L.R. metoda”. Naručitelj je platio onu cijenu koja je bila ugovorena 1957. godine. Sud niže instance donio je presudu u korist tužitelja obrazlažući to stajalištem da se odredba o reviziji cijene primjenjuje na ugovor na temelju čl. 1160. CC. Na navedenu se presudu žalio naručitelj i žalba usvojena te je zauzeto istaknuto stajalište.

⁹⁶ BEALE, H., HARTKAMP, A., KÖTZ, H., TALLON, D., Cases, Materials and Text on Contract Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002., p. 583.

običaja. Prometni običaji uređeni su u § 157. i § 242. Građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch, dalje u tekstu BGB). § 157., BGB odnosi se na tumačenje ugovora gdje stoji da će se oni tumačiti u dobroj vjeri (*Treu und Glauben*) vodeći računa o prometnim običajima (*Verkehrssitte*). U § 242., BGB ugovornim stranama nametnuta je obveza postupanja u dobroj vjeri (*Treu und Glauben*) vodeći računa o prometnim običajima (*Verkehrssitte*).

Trgovački običaj uređen je u § 346. Trgovačkog zakonika (Handelsgesetzbuch, dalje u tekstu HGB) gdje stoji da se u trgovačkim transakcijama s obzirom na značenje (*die Bedeutung*) i učinak (*die Wirkung*) radnji i propusta imaju uzeti u obzir običaji i navade koje vrijede u trgovačkom prometu.⁹⁷ Dakle, trgovački običaji služe za tumačenje i dopunu volje ugovornih strana. Mjerodavni su za sve odnose među trgovcima,⁹⁸ dok se prometni običaj primjenjuje u odnosima između osoba koje nisu trgovci, obrazlažući to činjenicom da nije dopušteno osobe koje nisu trgovci vezivati trgovačkim običajima koji im nisu poznati.⁹⁹

Primjena trgovačkih običaja proizlazi iz pripadnosti određenoj profesionalnoj kategoriji ili obavljanju poslova na trgovačkom tržištu, pri čemu je neodlučno to što sadržaj trgovačkog običaja nije bio poznat ili ugovornim stranama nije bilo čak poznato postojanje takve prakse ili trgovačkog običaja.¹⁰⁰ Slijedom navedenoga, u njemačkom pravu usvojena je objektivna teorija primjene trgovačkih običaja, tj. ne zahtijeva se *opinio necessitatis*.

Njemački autori spornim označavaju pitanje da li je trgovački običaj izvor prava ili nije. Međutim, prevladava stajalište da im se prizna to značenje.¹⁰¹

Dakle, prema njemačkom pravu onaj tko ne želi biti vezan trgovačkim običajima mora njihovu primjenu izričito ili prešutno isključiti budući da će ugovorne strane biti podvrgnute običajima, pa čak i onda kada nisu znale da oni postoje.¹⁰² Ovakvo stajalište u njemačkom pozitivnom pravu bilo je od

⁹⁷ "Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen."

⁹⁸ Pojam trgovca određen je par. 1. HGB. O uređenju pojma trgovac u njemačkom pravu vidjeti kod PETROVIĆ, S., Određenje pojma trgovac (komparativno i u hrvatskom zakonodavstvu), Privreda i pravo, god. 31, sv. 1-2, Zagreb, travanj, 1992., str. 75-87.

⁹⁹ SCHUSTER, P., Grundzüge des deutschen Handelsrecht u knjizi Grundzüge des deutschen Handels – und Wirtschaftsrechts, Beck Publishers, Moscow, 1994., s. 22.

¹⁰⁰ GOLDŠTAJN, A., Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima, cit. str. 49-50., gdje se poziva na OERTMANN, Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig, 1914., s. 386. i GIERKE, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Berlin, 1958., s. 23. MARUŠIĆ, S., op. cit. str. 95., gdje se poziva na SCHUMANN, Handelsrecht, Teil I, Wesbaden, 1958., str. 24.

¹⁰¹ BAUMBACH, A., HOPT, K. J., Handelsgesetzbuch mit GmbH&Co., Handelsklauseln, Bank – und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 31. nebearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003., s. 1073-1074.

¹⁰² U slučaju pred Oberster Gerichtshof broj 2 Ob 191/98x od 15. listopada 1998., izričito se iznosi stajalište da se trgovački običaji primjenjuju na ugovorne strane čak i ako one nisu znale za njihovo postojanje.

značajnog utjecaja na donošenje čl. 9. st. 2. Bečke konvencije.¹⁰³

Trgovački su običaji mjerodavni i za objašnjenje kratica i klauzula koje se upotrebljavaju u poslovnim formularima.¹⁰⁴

Engleska

U engleskom pravu potrebno je razlikovati običaj (*custom*) od trgovačkog običaja (*mercantile custom, usage, usage of trade*). Međutim, treba imati na umu da se u engleskom pravu ponekad pod pojmom *custom* podrazumijeva opći običaj koji postoji “od pamtivijeka”, a ponekad označava trgovačke uzance. Razlika je u činjenici što trgovački običaji ne trebaju postojati “od pamtivijeka”, za razliku od običaja (*custom*), što je predviđeno još zakonom iz 1275. godine koji je propisivao da će se smatrati da je određeni običaj (*custom*) “od pamtivijeka” ako se bude dokazao da je postojao 1189. godine.¹⁰⁵ Međutim, ovoj je odredbi u sudskoj praksi dano uže tumačenje. Konkretno, stranka koja se poziva na običaj mora dokazati da je taj običaj dugo vremena u primjeni i ukoliko uspije dokazati navedenu činjenicu, smatrat će se da je običaj postojao 1189. godine.

Od trenutka kada se postojanje trgovačkog običaja dokaže pred sudom, oni postaju dio *common law*.¹⁰⁶

Trgovački običaji uređeni su čl. 55. Sale of Goods Act (dalje u tekstu S.G.A.) gdje je propisano da kada neko pravo, obveza ili odgovornost proizlaze iz ugovora o prodaji, njihova primjena može se isključiti ili promijeniti izričitim sporazumom ugovornih strana ili praksom utvrđenom između ugovornih strana ili trgovačkim običajem koji obvezuje obje ugovorne strane.¹⁰⁷ Međutim, kod primjene ove odredbe treba uzeti u obzir Unfair Contract Terms Act iz 1977. godine koji je znatno ograničio ovlaštenje ugovornih strana na ovakvo činjenje.¹⁰⁸

¹⁰³ Vidi komentar čl. 9. Bečke konvencije u SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Mainz, Vienna, 1986., p. 41.

¹⁰⁴ BAUMBACH, A., HOPT, K. J., op. cit. s. 1082., HOPT, K. J., *Handelsvertreterrecht*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1999., s. 65.

¹⁰⁵ DAVID, R., *Uvod u privatno pravo Engleske*, Beograd, 1960., str. 77., ističe: “Zahtijevati od nekoga dokaz da je običaj na koji se poziva bio zaista primjenjivan 1189. godine, značilo bi ustvari isto što i potpuno ukinuti običaj kao izvor prava, budući da nitko nije u stanju podnijeti takav dokaz.” Godina 1189. značajna je po činjenici da se je te godine Richard Lavljeg Srca popeo na englesko prijestolje.

¹⁰⁶ DAVID, R., op. cit. str. 79., ističe da su trgovačke običaje nekada osnaživali posebni sudovi uz pomoć vještaka.

¹⁰⁷ Čl. 55. S.G.A. glasi: “Where any right, duty or liability would arise under a contract of sale by implication of law, it may be negatived or varied by express agreement or by course of dealing between the parties or by usage, if the usage is such as to bind both parties to the contract.”

¹⁰⁸ O tome više vidjeti kod SEALY, L. S., HOOLEY, R. J. A., *Text and Materials in Commercial Law*, Butterworths, London, Dublin and Edinburgh, 1994., p. 343.

Dakle, trgovački običaj će se primijeniti i u slučaju ako ga ugovorne strane nisu izričito spomenule.¹⁰⁹ Ako ugovorne strane ne žele njegovu primjenu, one to moraju izričito naglasiti. Ujedno, trgovački običaji ne smiju biti suprotni izričitim ugovornim odredbama, već moraju služiti ostvarenju njihove svrhe.

Da bi se trgovački običaji primijenili, oni moraju biti zakoniti (*legal*), razumni (*reasonable*), izvjesni (*certain*) i poznati (*notorious*).¹¹⁰

Sjedinjene Američke Države

U Jednoobraznom trgovačkom zakoniku SAD (*Uniform Commercial Code*, dalje u tekstu UCC)¹¹¹ koriste se pojmovi “*Course of Dealing*” i “*Usages of Trade*”.¹¹² UCC je jedan od rijetkih nacionalnih propisa koji daje definiciju trgovačkih običaja. Sukladno čl. 1-205. st. 2. UCC “trgovački običaj (*Usage of Trade*) je svaka praksa ili način poslovanja koji se redovito poštuje u nekom mjestu, struci ili poslovanju tako da se opravdano može očekivati da će biti poštivani u konkretnoj transakciji.”

U definiciji trgovačkih običaja stoji da se oni “redovito poštuju” (*regularity of observance*), međutim u službenom je komentaru (točka 5.) izričito istaknuto da se ne zahtijeva da trgovački običaj bude “od pamtivijeka” (*ancient or immemorial*), opći (*universal*) ili slično, već se priznaju i novi običaji i oni kojih se drži velika većina poštenih trgovaca.¹¹³

U članku 1-205. st. 3. UCC propisano je da “trgovački običaj u određenoj struci kojom se strane bave ili s kojom su upoznate ili bi trebale biti upoznate daje posebno značenje (*particular meaning*), dopunjuje (*supplement*) odnosno kvalificira (*qualify*) odredbe ugovora”. Slijedom navedenoga, ukoliko su ugovorne strane pridavale određenom pojmu u ugovoru jedno značenje, a trgovački običaj mu pridaje drugo značenje sudovi će priznati kao dokaz značenje koje mu pridaje trgovački običaj.¹¹⁴

¹⁰⁹ GOLDŠTAJN, A., op. cit. 49., ističe da uključivanje trgovačkog običaja u ugovor počiva na pretpostavci da je to bila želja ugovornih strana. Isto stajalište zauzeo je i JACOBS, H., Stevens’ Elements of Mercantile Law, seventh edition, Butterworths, London, 1925., p. 268.

¹¹⁰ AKROYD, R. I., EDWARDS, J. S., Sales Contractor: A system to support the production of sale goods contracts na stranici www.bileta.ac.uk/92papers/akroyd.html

¹¹¹ Prijevod Uniform Commercial Code objavio je Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966.

¹¹² Pojam “*Course of Dealing*” odgovarao bi pojmu prakse utvrđene između ugovornih strana, dok bi pojam “*Usages of Trade*” odgovarao pojmu trgovački običaji.

¹¹³ Uniform Commercial Code 1978 Official Text with Comments, Appendices 1972 and 1977 Changes in Text and Comments, West Publishing, p. 25. Vidi i HYLAND, R., Commentary on ICC Arbitration Case No. 5713 of 1989. na stranici www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hylland.html

¹¹⁴ U slučaju *Frigalment Importing Co. v. B. N. S. International Sales Corp.*, 190 F. Supp. 116 (S. D. N. Y. 1960) postavilo se pitanje što se podrazumijeva pod pojmom “kokoš” (chicken) budući da je iz ugovora sklopljenog između stranaka u postupku proizašla obveza prodavatelja na isporuku kokoši (chickens). Sud je zauzeo stajalište da se pod tim pojmom podrazumijevaju

Dakle, trgovački običaji prema odredbama UCC služe za tumačenje odredaba u ugovoru, ali i popunjavanje njegovih praznina.¹¹⁵ Davanje mogućnosti trgovačkim običajima da nadopunjuju praznine u ugovoru kritizirano je u literaturi.¹¹⁶ Međutim, u službenom komentaru izričito je propisano da običaj ne može biti suprotan kogentnim normama (točka 4.).

Postojanje i polje primjene trgovačkih običaja mora se dokazivati u postupku pred sudom kao i postojanje svake druge činjenice. Ujedno, ukoliko se utvrdi da je takav običaj sadržan u pisanom trgovačkom zakoniku ili sličnom pisanom izvoru, tumačenje i toga zakonika i toga izvora vrši sud. Prema odredbi čl. 1-205. st. 6. UCC neće se prihvatiti dokaz o postojanju određenog trgovačkog običaja koji predlaže jedna stranka ukoliko i dokle god o tome ne obavijesti drugu stranku na način koji, po ocjeni suda, isključuje zlorabu na štetu druge stranke. Dakle, ugovorna strana koja se poziva na trgovački običaj mora dokazati ne samo postojanje običaja, već da je i druga ugovorna strana znala za njega. Ona to može učiniti na način da dokaže da je u vrijeme sklapanja ugovora druga strana znala ili morala znati za odnosni trgovački običaj. Ovdje se potrebno osvrnuti na čl. 1-201. st. 25. UCC gdje se definira kada je osoba upoznata s nekom činjenicom.¹¹⁷ To će biti u slučaju kada:

a) stvarno zna za nju ili

b) je primila obavijest (*notice or notification*) o njoj ili

c) je iz svih činjenica i okolnosti koje su joj bile poznate u konkretnom trenutku morala znati da činjenica postoji.

Dalje u istom članku stoji da "osoba zna za određenu činjenicu kada doista zna za nju".¹¹⁸ "Otkriti" ili "saznati" ili riječi i izrazi sa sličnim značenjem više se odnose na znanje nego na razloge da se zna.

Prema čl. 1-205. st. 4. UCC izričite odredbe u ugovoru i praksa između ugovornih strana i trgovački običaji koji se primjenjuju tumačit će se da su međusobno suglasni ("*consistent*"). Međutim, ako je takvo stajalište nelogično, izričite odredbe u ugovoru imaju prevagu nad praksom između ugovornih strana i trgovačkim običajima, a praksa između ugovornih strana ima prevagu nad trgovačkim običajima. Postavlja se pitanje što se podrazumijeva pod pojmom "suglasno" ("*consistent*").¹¹⁹ Konkretno, ako se dokazuje trgovački običaj u svrhu tumačenja odredaba u ugovoru ("*to*

mlade kokoši (young chickens) budući to proizlazi iz primjene trgovačkog običaja.

¹¹⁵ Osvrt na čl. 1-205. st. 3. vidjeti kod BAINBRIDGE, S., op. cit. p. 639.

¹¹⁶ FARNSWORTH, E. A., *Unification of Sales Law: Usage and Course of Dealing, Unification and Comparative Law in Theory and Practice: Contributions in Honor of Jean Georges Sauveplanne*, Deventer/Boston, 1984., p. 84.

¹¹⁷ "A person has notice of a fact".

¹¹⁸ "Actual knowledge of it".

¹¹⁹ U slučaju *Columbia Nitrogen Corp. v. Royster Co.*, 451 F.2d 3, 9 (4th Cir. 1971) Sud je izričito istaknuo da se dokaz o postojanju trgovačkog običaja neće prihvatiti kada on nije suglasan sa izričitim odredbama u ugovoru.

give a particular meaning”) slijedeći službeni komentar UCC,¹²⁰ trgovački običaj se može podnijeti kao dokaz osim ako je njegova primjena isključena “carefully negated”.¹²¹ Ovdje se potrebno osvrnuti i na odredbu čl. 2-202. gdje stoji: “Odredbe o kojima su se strane sporazumjele i pismeno ih potvrdile ili na drugi način istakle u nekom dokumentu i koji po volji strana služi kao konačno očitovanje njihovog sporazuma u pogledu pitanja navedenih u tom dokumentu, ne mogu se pobijati pozivanjem na neki raniji sporazum ili dosadašnji usmeni sporazum, ali se mogu objašnjavati i dopunjavati (*explain or supplement*):

a) praksom utvrđenom između ugovornih strana ili trgovačkim običajima ili načinom izvršenja...”

Problem se pojavljuje kod mogućnosti trgovačkih običaja da nadopunjuju odredbe ugovora na temelju čl. 1-205. st. 3. i čl. 2-202 UCC i stajališta da se trgovački običaj neće primijeniti ako je njegova primjena isključena (“carefully negated”).¹²² Analizirajući praksu sudova dolazi se do zaključka da sud od slučaja do slučaja odlučuje hoće li prihvatiti dokaz o postojanju običaja.

10. Trgovački običaji prema Zakonu o obveznim odnosima

10.1. Uređenje trgovačkih običaja u Zakonu o obveznim odnosima, iz 1991. godine

Odredbe koje reguliraju materiju trgovačkih običaja stipulirane su u čl. 21. i čl. 1107. st. 3. ZOO/1991. Čl. 21. ZOO/1991, koji nosi naslov “Primjena dobrih poslovnih običaja” glasi: “1. Sudionici u obveznim odnosima dužni su u pravnom prometu postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima.

2. Na obvezne se odnose primjenjuju uzance ako su sudionici u obveznim odnosima ugovorili njihovu primjenu ili ako iz okolnosti proizlazi da su njihovu primjenu htjeli.”

Čl. 1107. st. 3. “Primjena običaja” ZOO/1991 propisuje: “Ako su opće ili posebne uzance ili drugi trgovinski poslovni običaji suprotni dispozitivnim normama ovog zakona, primjenjivat će se odredbe ovog zakona, osim ako su strane izričito ugovorile primjenu uzanci odnosno drugih trgovinskih poslovnih običaja.”

Nužno se osvrnuti na različitu terminologiju iz istaknutih odredbi. U čl. 21. st. 1. ZOO/1991 govori se o “dobrim poslovnim običajima”, dok se u čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 koristi termin “trgovinski poslovni običaji”, što dovodi do stanovitih nejasnoća. Tako se u čl. 21. st. 1. ZOO/1991

¹²⁰ Komentar je dan uz čl. 2-202., točka 2.

¹²¹ “Unless carefully negated [trade usages] have become an element of the meaning of the words used”.

¹²² BAINBRIDGE, S., op. cit. p. 639-640., FARNSWORTH, E. A., op. cit. p. 86-88.

govori da su sudionici “dužni” postupati u skladu s “dobrim poslovnim običajima”. Pod tim terminom mogu se podrazumijevati dvije različite stvari: a) dobar poslovni običaj u smislu morala i b) dobar poslovni običaj u smislu trgovačkih običaja. S. Perović ističe da se pod “dobrim poslovnim običajima” razumijevaju određene društvene norme koje nisu pravno sankcionirane, već su usvojene u općoj svijesti jedne društvene sredine.¹²³

Ukoliko bi se pod “dobrim poslovnim običajima” podrazumijevali dobri običaji u smislu morala, potrebno se je osvrnuti i na čl. 10. ZOO/1991 koji propisuje: “Sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima te moralu društva.” Dakle, dolazi do ponavljanja zakonskih odredbi.

S druge strane, ako bi se pod pojmom “dobri poslovni običaji” podrazumijevali trgovački običaji, pojavile bi se određene nejasnoće koje su prvenstveno povezane s izričajem “dužni su postupati” jer trgovački običaji ne mogu biti prisilne naravi.¹²⁴ Upravo zbog toga razloga pod pojmom “dobri poslovni običaji” treba podrazumijevati “dobre običaje” kao sinonim za pravila morala (*boni mores*),¹²⁵ što se može potkrijepiti i čl. 143. st. 1. ZOO/1991 gdje se predviđa ništetnost odredaba općih uvjeta ako su protivni “dobrim poslovnim običajima”, a misli se na pravila poslovnog morala jer se opći uvjeti ne moraju pridržavati trgovačkih običaja.¹²⁶

Zauzeto stajalište u skladu je sa stajalištima poredbenih zakonodavstava. Tako § 138., 817. i 826. njemačkoga BGB govori o “*die gute Sitten*”, kao i čl. 19. i 20. švicarskog Zakona o obligacijama (*Obligationenrecht*, dalje u tekstu OR). Francuski CC u čl. 1133. govori o dobrim običajima (*bonnes moeurs*), talijanski CCe u čl. 1343. govori o dobrom običaju – *buon costume*, američki UCC govori o poštivanju razumnih trgovačkih standarda o poštenom trgovačkom postupanju u čl. 1-201. st. 19., čl. 1-203 kao i čl. 2-103.

U čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 upotrebljava se termin “trgovinski poslovni običaji” za koji A. Goldštajn ističe: “Termin “trgovinski poslovni običaji” očito je redakcijska pogreška nastala vjerojatno u dilemi kod formuliranja između dosadašnjeg izraza “poslovni” i prijašnjeg “trgovački.” Dakle, termin bi trebao glasiti “trgovački običaji”.

¹²³ PEROVIĆ, S., *Obligaciono pravo I*, Beograd, 1973., str. 98.

¹²⁴ GORENC, V., op. cit. str. 25., između termina “dobri poslovni običaji” i “poslovni moral” stavlja znak jednakosti ističući: “Bilo bi nelogično i protivno čl. 10. ZOO kad bi se pod “dobrim poslovnim običajima” smatrali poslovni (trgovački) običaji, jer njihova primjena nije prema ZOO obvezatna, dapače, nisu obvezatne čak ni dispozitivne norme toga zakona”. S druge strane, GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 72., govori da čl. 21. st. 1. ZOO treba uzeti kao uputu.

¹²⁵ CIGOJA, S., *Komentar obligacijskih razmerij*, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerijih, I. knjiga, Ljubljana, 1984., str. 105. PAVIĆ, Đ., *Pravni i trgovački običaji kao izvor i osnova obveznoga prava*, Hrvatska gospodarska revija, broj 2, 1997., str. 54.

¹²⁶ PETRIĆ, S., *Nevaljanost općih uvjeta ugovora u hrvatskom pravu*, Hrvatska pravna revija, broj 7, 2002., str. 32.

U čl. 21. st. 2. ZOO/1991 regulira se primjena uzanci. Tako je propisano da će se one primijeniti:

- a) ako su sudionici obveznog odnosa ugovorili njihovu primjenu ili
- b) ako iz okolnosti proistječe da su sudionici njihovu primjenu htjeli.

Zauzeto je stajalište da ono što temeljem ove odredbe vrijedi za uzance vrijedi i za trgovačke običaje budući su uzance kodificirani trgovački običaji.¹²⁷

Odredbu čl. 21. st. 2. ZOO/1991 potrebno je staviti u odnos s odredbom čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 prema kojoj će se u situaciji kada su trgovački običaji suprotni dispozitivnim normama primjenjivati dispozitivne norme, osim ako su ugovorne strane izričito ugovorile primjenu trgovačkih običaja. Navedena je odredba u suprotnosti s odredbom čl. 21. st. 2. ZOO/1991. Osim toga, stajalište čl. 1107. ZOO/1991 u izričitoj je suprotnosti s čl. 18. ZOO/1991 koji uređuje ponašanje u izvršavanju obveza i ostvarivanju prava prema pravilima struke i običajima.

Pravnom normom čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 izričito je usvojena subjektivna teorija primjene trgovačkih običaja. Međutim, egzistiraju stajališta prema kojima se navedena odredba odnosi na zatečeno stanje, tj. na one trgovačke običaje koji su postojali do stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima, 1. listopada 1978. godine. Prema takvom stajalištu trgovački običaji koji nastanu poslije stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima primjenjivali bi se ne samo onda kada su ugovorne strane njihovu primjenu izričito ugovorile, već i onda kada iz okolnosti proizlazi da su njihovu primjenu htjele.¹²⁸ A. Goldštajn ističe da je u pitanju redakcijska greška te da je potrebno ispravnim tumačenjem doći do zadovoljavajućeg rješenja.

Ukoliko bi se doista prihvatilo stajalište da je za primjenu trgovačkih običaja potrebna izričita volja ugovornih strana, to bi dovelo do određenih teškoća u praksi prvenstveno jer ugovorne strane prilikom sklapanja ugovora nisu u mogućnosti predvidjeti sve moguće situacije. One će stoga računati na primjenu trgovačkih običaja u popunjavanju praznina u ugovoru. Zahtijevanjem izričitog ugovaranja trgovačkih običaja kao uvjeta za njihovu primjenu na posredan bi način bio usporen razvoj gospodarstva kojemu su trgovački običaji kao autonomni izvori prava nužni za popunjavanje ugovornih praznina koji će egzistirati čak i ukoliko ugovorne strane nisu ugovorile njihovu primjenu.

¹²⁷ GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 45. i 71., MARUŠIĆ, S., Zakon o obveznim odnosima i izvori prava za ugovore u privredi, cit. str. 42., GORENC, V., op. cit. str. 26., BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., op. cit. str. 710.

¹²⁸ Takvo stajalište zauzeto je u komentaru čl. 1107. Zakona o obveznim odnosima iz 1978. godine u BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., op. cit. str. 711-712.

10.2. Uređenje trgovačkih običaja u novom Zakonu o obveznim odnosima

Bez obzira na okolnost što je tumačenjem ZOO/1991 zauzeto stajalište da je za primjenu trgovačkih običaja usvojena objektivna teorija, iz odredbe čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 izričito proizlazi da se za primjenu trgovačkih običaja zahtijeva postojanje oba elementa. Konkretno, pored činjenice da trgovački običaj postoji i da se primjenjuje, zahtijeva se i postojanje svijesti o obvezatnosti postupanja u skladu s navedenim pravilom ponašanja (*opinio iuris sive necessitatis*). Dakle, u ZOO/1991 usvojena je subjektivna teorija u najčistijem obliku (trgovački običaj mora biti izričito ugovoren).

Ovakav stav suprotan je objektivnim načelima primjene trgovačkih običaja, a koja su usvojena u gotovo svim zemljama svijeta kao i međunarodnim regulativima koji uređuju pitanja međunarodne trgovine.

Značajna je okolnost da je do stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima 1. listopada 1978. godine i u našoj zemlji bila usvojena objektivna teorija primjene trgovačkih običaja. U uzanci br. 2. Općih uzanci za promet robom ispod naslova "Slučajevi u kojima se primjenjuju Opće uzance" bilo je propisano:

"1. Ove uzance primjenjuju se kada su stranke pristale na njihovu primjenu.

2. Smatra se da su stranke pristale na primjenu ovih uzanci u poslovima u kojima je, za slučaj spora, propisana ili ugovorena nadležnost državne arbitraže, ukoliko iz ugovora ne proistječe da su stranke isključile njihovu primjenu."¹²⁹

St. 2. uzance br. 2. nije se odnosio na obvezne odnose u koje su ulazile osobe koje nisu trgovci jer u pogledu njihovih poslova nije bila "za slučaj spora propisana ili ugovorena nadležnost državne arbitraže". Konkretno, pravila se razlika da li su sudionici obveznih odnosa (ugovorne strane) trgovci međusobno kada se presumirao njihov pristanak za primjenu uzanci, osim ako su njihovu primjenu isključili u ugovoru. Za ostale sudionike u obveznim odnosima nije vrijedila ova presumpcija, već je za primjenu uzanci bilo potrebno da je oni ugovorom predvide.¹³⁰

Godine 1978. donošenjem Zakona o obveznim odnosima situacija je u pogledu primjene trgovačkih običaja znatno promijenjena, što se opravdavalo činjenicom da Zakon pozitivno uređuje osnove obveznih odnosa i ugovorne i druge obvezne odnose u prometu robe i usluga. Temeljem takvog stajališta čl. 1107. st. 2. Zakona propisano je da se "Opće uzance za promet robom

¹²⁹ BUKLJAŠ, I., VIZNER, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1979., str. 2957., ističu da je citirano pravilo vrijedilo i za posebne uzance izuzev Lučke uzance koje su se primjenjivale samo u slučaju ako su njihovu primjenu ugovorne strane ugovorile.

¹³⁰ BUKLJAŠ, I., VIZNER, B., op. cit. str. 2958., ĐORĐEVIĆ Ž. S., STANKOVIĆ, V. S., op. cit. str. 36-37.

neće primjenjivati poslije stupanja na snagu ovog zakona u pitanjima koja su njime regulirana.” Njihova primjena bi mogla doći u obzir u onim pitanjima koja nisu regulirana Zakonom o obveznim odnosima¹³¹, kao i kada se ugovorne strane na njih pozovu.¹³²

Novi Zakon o obveznim odnosima, donesen u veljači 2005. godine, unosi značajne izmjene u uređenju primjene trgovačkih običaja u odnosu na raniji zakon. Čl. 12. ZOO/2005 razlikuje uvjete za primjenu običaja u obveznim odnosima: a) između trgovaca i b) između osoba koje sve nisu trgovci (između netrgovaca ili između netrgovaca i trgovaca).¹³³

Kada govorimo o obveznim odnosima među trgovcima¹³⁴ prema čl. 12. st. 1. ZOO/2005, na njih će se primijeniti trgovački običaji čiju primjenu su ugovorili i praksa koju su međusobno razvili. Navedena odredba odraz je subjektivne teorije u primjeni trgovačkih običaja. Međutim, st. 2. istoga članka propisao je da će u istim obveznim odnosima u primjenu doći i oni trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima ako sudionici u njima nisu izrijeком ili prešutno isključili njihovu primjenu. Dakle, navedenom odredbom izričito je usvojena objektivna teorija primjene trgovačkih običaja koja je usvojena u gotovo svim suvremenim pozitivnim zakonodavstvima. Prihvaćanjem takvog stajališta odredbe Zakona o obveznim odnosima usklađene su s čl. 9. Bečke konvencije koja se u Republici Hrvatskoj primjenjuje kao izvor hrvatskog prava za međunarodnu kupoprodaju robe, a čija je stranka Republika Hrvatska od 8. listopada 1991. godine. Takav pristup opravdan je jer je riječ o profesionalcima od kojih

¹³¹ Vps, Pž-331/81, od 02. 6. 1981., i Pž-1926/81, od 30. 3. 1982., PSP-20/169 i Pž-1219/86, od 13. 5. 1987., PSP-34/161. stoji: “Uzanca 21. Općih uzanci za promet robom, kojom se regulira ponuda i prihvata ponude izjavom neovlaštene osobe na poslovnom papiru, utvrđuje općeprihvaćeni poslovni običaj, pa se primjenjuje u poslovnom prometu i nakon donošenja ZOO-a”. O uvjetima koji moraju biti ispunjeni da bi se primijenila uzanca br. 21. više vidjeti u predmetu pred Privrednim sudom Hrvatske Pž-2473/91, od 18. svibnja 1993., dostupno u Zbirci odluka hrvatskih trgovačkih sudova, broj 1., Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Zagreb, 1994., str. 31.

¹³² U presudama Vs, Rev-455/85, od 18. travnja 1985.; II Rev-91/84, od 16. travnja 1985.; Rev-93/85, od 18. travnja 1985.; Rev-1491/85, od 09. listopada 1985., sud je ustvrdio: “Rješavajući, naime, pitanje mjerodavnog prava posebno s obzirom na odredbu čl. 1107. st. 2. i 3. ZOO-a, ovaj sud cijeni kako nema smetnje da se Opće uzance za promet robom, čiju su primjenu stranke izričito ugovorile, primijene na obvezni odnos, imajući na umu subjekte obveznog odnosa kao i to da iz tumačenja odredbe čl. 1107. st. 2. i 3. ZOO-a proizlazi da se nakon stupanja na snagu ZOO-a Opće i posebne uzance, čiju su primjenu stranke ugovorile, neće primjenjivati ako su u suprotnosti sa strogim odredbama tog zakona.”

¹³³ BARBIĆ, J., op. cit. str. 19. VUKMIR, B., *Lex mercatoria* u novome pravnom okruženju, cit. str. 22-23. KAČER, H., Novi Zakon o obveznim odnosima – početak ili nastavak, kraj ili..., Hrvatska pravna revija, broj 4, 2005., str. 33. POGARČIĆ, Z., Što donosi novi Zakon o obveznim odnosima, Pravo i porezi, broj 3, 2005., str. 4.

¹³⁴ O uređenju pojma trgovca u hrvatskom pravu vidjeti PARAĆ, Z., Trgovac – tko je i tko bi mogao (trebao) biti, Pravo u gospodarstvu, broj 6, studeni 2001., str. 97-125., gdje se osvrće na odredbe čl. 1. i 2. Zakona o trgovačkim društvima i čl. 25. st. 2. ZOO/1991 te PETROVIĆ, S., op. cit. str. 75-87., gdje daje prikaz pojma trgovca u poredbenom i hrvatskom pravu.

se očekuje da poznaju izvore prava u svojoj struci, a što je u skladu i s obvezom iz čl. 10. ZOO/2005 gdje stoji da su sudionici u obveznom odnosu dužni u ispunjenju obveze iz svoje profesionalne djelatnosti postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka). Ujedno čl. 12. st. 3. ZOO/2005 riješena je problematika odnosa trgovačkih običaja prema dispozitivnim propisima. Za razliku od čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 koji prednost daje dispozitivnim normama u odnosu na trgovačke običaje u slučaju postojanja razlika među njima, čl. 12. st. 3. ZOO/2005 propisuje da se trgovački običaji primjenjuju i ako su suprotni dispozitivnom propisu. Navedenim stajalištem hrvatsko zakonodavstvo uskladilo se sa suvremenim shvaćanjima odnosa trgovačkih običaja i dispozitivnih zakonskih odredaba.

S druge strane, razlikujemo odnose među ostalim sudionicima obveznih odnosa, odnosno odnose među osobama koje sve nisu trgovci. U tim odnosima primijenit će se običaji kad je njihova primjena ugovorena ili zakonom propisana (čl. 12. st. 4. ZOO/2005). Ovdje je zadržana subjektivna teorija primjene običaja, što je i opravdano jer se radi o osobama koje nisu profesionalci i od kojih se neće očekivati poznavanje svih izvora u određenoj struci. Zaštita netrgovaca potrebna je osobito kad ulaze u obvezni odnos s trgovcima. Bez njihove volje ne može im se nametnuti primjena trgovačkih običaja.¹³⁵

Potrebno je naglasiti da je novim čl. 12. ZOO/2005 uklonjena dvojba vezana za terminologiju iz ZOO/1991. Tako se sada govori o “trgovačkim običajima” i “običajima”.

Značajno je da se na obvezni odnos između trgovaca primjenjuje praksa koju su međusobno razvili. Dakle, radi se o praksi između točno određenih sudionika obveznih odnosa. Ta je praksa sastavni dio ugovora i primjenjuje se prije uzanci i trgovačkih običaja, što je u skladu sa Bečkom konvencijom i stajalištima u poredbenim pravnim sustavima.

Kada govorimo o uređenju trgovačkih običaja u novom ZOO/2005, ne može se zaobići izmjena koja je učinjena novim čl. 14. st. 2. ZOO/2005, prema kojemu da bi se radilo o trgovačkom ugovoru, nije više potrebno da se ugovor sklapa između dva trgovca u obavljanju djelatnosti koje čine predmet poslovanja njih obojice ili je u vezi s njihovim obavljanjem, već je dovoljno da je takav ugovor sklopljen u okviru djelatnosti koje čine predmet poslovanja barem jednoga od njih ili je u vezi s obavljanjem tih djelatnosti. Navedenom odredbom znatno je prošireno područje primjene posebnih odredbi zakona koje vrijede za trgovačke ugovore i druge pravne poslove trgovaca.¹³⁶

¹³⁵ BARBIĆ, J., op. cit. str. 19., gdje ističe: “Drugo je kad zakon, što ZOO čini na više mjesta, propisuje primjenu običaja, jer se time upućuje svakog sudionika u obveznom odnosu da će se primijeniti običaj, čime se isključuje iznenađenje i nalaže da primjeni dužnu pažnju kako bi saznao postoji li kakav običaj koji uređuje obvezni odnos u kojem sudjeluje.”

¹³⁶ BARBIĆ, J., op. cit. str. 18. CRNIĆ, I., MATIĆ, J., *Novi Zakon o obveznim odnosima*, Organizator, 2005., str. 7.

Navedene odredbe novog ZOO/2005 počet će se primjenjivati 1. siječnja 2006. godine.

11. Zaključna razmatranja

Trgovački običaji predstavljaju važan izvor trgovačkoga prava. To je još više naglašeno kada je u pravnom poretku prihvaćena objektivna teorija primjene trgovačkih običaja, što je učinjeno novim Zakonom o obveznim odnosima. Time su se uklonile dvojbe i nejasnoće koje su proizlazile iz Zakona o obveznim odnosima preuzetim u pravni sustav Republike Hrvatske 1991. godine, a koji je usvojio subjektivnu teoriju primjene trgovačkih običaja. Značajna je činjenica da se je na teritoriju Republike Hrvatske do stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima, 1. listopada 1978. godine, primjenjivala objektivna teorija primjene trgovačkih običaja, a na temelju uzance br. 2. Općih uzanci za promet robom.

Prema stajalištima usvojenim novim zakonom neće se postavljati pitanje znanja kontrahenata, koji su sve trgovci, o postojanju trgovačkog običaja kao i njegovom sadržaju, već će na temelju same pripadnosti određenoj profesionalnoj kategoriji biti obvezani postupati onako kako nalaže trgovački običaj. Međutim, kada govorimo o osobama koje nisu trgovci one ne mogu biti vezane trgovačkim običajima na isti način kao i trgovci. Na njih će se u hrvatskom pravu primijeniti subjektivna teorija primjene trgovačkih običaja, dakle bit će nužno da ugovorna strana doista zna za postojanje odnosno trgovačkog običaja. Navedeno stajalište novoga Zakona o obveznim odnosima u cijelosti je usklađeno s čl. 9. Bečke konvencije,¹³⁷ a koji je u suglasju sa stajalištima zakona ULFIS i ULIS.

Kada kompariramo istaknuta stajališta novoga Zakona o obveznim odnosima s uređenjem trgovačkih običaja u Načelima međunarodnih trgovačkih ugovora koji su doneseni u okviru UNIDROIT, vidimo da oba akta usvajaju objektivnu teoriju primjene trgovačkih običaja. Isto stajalište usvojeno je i u Načelima europskog ugovornog prava (PECL).

Potrebno se osvrnuti na uređenje trgovačkih običaja u poredbenim pravnim sustavima budući da kolizijska pravila mogu uputiti na primjenu stranoga prava, pa tako i norme kojom se uređuje pitanje primjene trgovačkih običaja. S obzirom na iznesena stajališta u poredbenim pravnim sustavima vidljivo je da je u većini usvojena objektivna teorija primjene trgovačkih običaja. Dakle, hrvatsko pravo i u tom pogledu jednako je

¹³⁷ Budući da je Republika Hrvatska stranka Bečke konvencije od 8. listopada 1991., ona će se primijeniti kada ugovorne strane imaju sjedište na teritorijima različitih država ukoliko su je ratificirale obje države sudionice poslovnog odnosa ili ukoliko pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primjenu prava jedne od država koje su prihvatile Konvenciju. O uvjetima za primjenu Bečke konvencije detaljnije vidjeti u obrazloženju presude Trgovačkog suda u Rijeci br. IX-P-1607/2000-23, od 29. ožujka 2001.

stajalištima poredbenih pravnih sustava, što će osobito biti od značenja za konkretnu primjenu u praksi, osobito ukoliko doista postoji mogućnost primjene stranoga prava.

Donošenjem Zakona o obveznim odnosima bit će nužno mijenjati i druge zakone pozitivnog pravnog poretka Republike Hrvatske. Konkretno, kada govorimo o trgovačkim običajima, ističe se potreba mijenjanja Zakona o Hrvatskoj gospodarskoj komori, a vezano za korištene termine “dobri poslovni običaji” i “poslovni moral” u čl. 3. i čl. 18. istaknutoga Zakona.

Summary

APPLICATION OF TRADE USAGES

Ever since the emergence of *lex mercatoria* as a specific law of tradesmen, the importance of trade usages in commercial transactions has been pointed out. Their importance as autonomous sources of commercial law developed throughout history and is reflected in contemporary hierarchy of sources of law.

The article discusses issues of application of trade usages in the Republic of Croatia, in comparative legal systems and within international trade of goods. In order to fully understand their application, it is important to draw the line between trade usages and other autonomous sources of commercial law that are often categorized as trade usages. At the same time, it is necessary to place them in proper relation with non-mandatory legal norms and to establish priority in application, especially in case of trade usages that are *contra legem*.

However, the most important thing for their application is the issue of proving their existence in court procedure, i.e., application of principle *iura novit curia* in relation to trade usages; in these cases it is necessary to take into consideration the relation with rules of civil procedure.

The new Law on Obligations, applied in the Republic of Croatia since January 1st, 2006, clarifies application of trade usages removing several uncertainties that derived from the ex-Yugoslav Law on Obligations, adopted in the Croatian legal system in 1991.

Nevertheless, the author emphasizes that the new Law on Obligations does not remedy all existing shortcomings in relation to trade usages; several other laws need to be amended, one of these being the Law on the Croatian Chamber of Commerce.

Key words: *usages, trade usages, application, opinio necessitatis, iura novit curia, international trade, comparative law.*

Zusammenfassung

ANWENDUNG VON HANDELSBRÄUCHEN

Schon seit der Entstehungszeit des *lex mercatorie* wurde die Wichtigkeit von Handelsbräuchen bei der Abwicklung von Geschäftstransaktionen betont. Deren Wichtigkeit als autonome Quelle des Handelsrechts, das sich durch die Geschichte hindurch etabliert hat, wird auch in der zeitgenössischen Hierarchie der Rechtsquellen betont.

In der Arbeit wird die Frage der Anwendung von Handelsbräuchen in der Republik Kroatien durch vergleichende Rechtssysteme sowie im Rahmen des internationalen Verkaufs von Waren betrachtet. Um ihre Anwendung besser zu verstehen ist es nötig, sie von anderen autonomen Quellen des Handelsrechts zu unterscheiden, die oft unter dem Begriff Handelsbräuche genannt werden. Gleicherweise ist es notwendig, Handelsbräuche in Beziehung zu dispositiven Gesetzesnormen zu setzen sowie die Priorität in der Anwendung zu bestimmen, besonders wenn es sich um Handelsbräuche *contra legem* handelt.

Für die Anwendung in der Praxis ist es allerdings am nötigsten auf die Frage ihres Nachweises in einem Gerichtsverfahren zu antworten bzw. die Anwendung des Prinzips *iura novit curia* als Handelsbräuche wobei es notwendig ist, auch den Regeln des Gerichtsverfahrens Rechnung zu tragen.

Mit der Verabschiedung des neuen Gesetzes über Schuldverhältnisse in der Republik Kroatien, dessen Bestimmungen seit dem 1. Januar 2006 angewandt werden, ist die Anwendung von Handelsbräuchen klarer geregelt, womit die Unklarheiten behoben sind, die sich aus dem Gesetz über verbindliche Beziehungen, das 1991 in die positive Gesetzgebung Kroatiens übernommen wurde, beseitigt wurden.

Es muss allerdings betont werden, dass mit der Verabschiedung des neuen Gesetzes über Schuldverhältnisse die Regelung der Handelsbräuche nicht gänzlich beendet wurde, sondern es nötig wird *de lege ferenda* auch in anderen Gesetzen Änderungen vorzunehmen, wobei das Gesetz über die kroatische Wirtschaftskammer besonders hervorgehoben werden muss.

Schlüsselwörter: *Gepflogenheit, Handelsbräuche, Anwendung opinio necessitatis, iura novit curia, internationaler Verkauf, vergleichendes Recht.*

Sommario

APPLICAZIONE DEGLI USI COMMERCIALI

Fin da quando è emersa la *lex mercatoria* come una specifica legge dei commercianti è stata evidenziata l'importanza degli usi commerciali nelle transazioni commerciali. La loro importanza come fonti autonome di diritto commerciale si è sviluppata attraverso la storia e si è riflessa nell'attuale gerarchia delle fonti delle norme.

Nel lavoro si discutono le questioni applicative degli usi commerciali nella Repubblica di Croazia, in sistemi giuridici comparati e all'interno del commercio internazionale di merci. Al fine di comprendere pienamente la loro applicazione, è importante disegnare la linea tra gli usi commerciali e altre autonome fonti di diritto commerciale che spesso sono catalogate come usi commerciali. Allo stesso tempo, è necessario collocarli nella corretta relazione con le norme giuridiche non obbligatorie e stabilire la priorità nell'applicazione, particolarmente nel caso degli usi commerciali che sono *contra legem*.

Tuttavia, l'aspetto più importante per la loro applicazione è la questione della prova della loro esistenza nella procedura giurisdizionale, ovvero l'applicazione del principio *iura novit curia* riguardo gli usi commerciali, dove è necessario prendere in considerazione la relazione con le regole della procedura civile.

La nuova Legge sui rapporti obbligatori, vigente nella Repubblica di Croazia dall'1 gennaio 2006, chiarisce l'applicazione degli usi commerciali rimuovendo numerose incertezze che derivavano dalla precedente Legge sui rapporti obbligatori, adottata nella legislazione positiva della Repubblica di Croazia nell'anno 1991.

Ciononostante occorre evidenziare che la nuova Legge sui rapporti obbligatori non rimedia a tutte le deficienze esistenti rispetto agli usi commerciali, poiché numerose altre leggi necessitano di essere emendate, una delle quali è la Legge sulla Camera di commercio di Croazia.

Parole chiave: *uso, uso commerciale, applicazione, opinio necessitatis, iura novit curia, compravendita internazionale, diritto comparato.*

