

MEHANIZAM POPUNJAVANJA PRAVNIH PRAZNINA
U KONVENCIJI UJEDINJENIH NARODA
O UGOVORIMA O MEĐUNARODNOJ KUPOPRODAJI
ROBE I UNIFIKACIJA PRAVA
MEĐUNARODNE KUPOPRODAJE

*Prof. dr. sc. Nina Tepeš**

UDK 347.451:341.241

339.542(100)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: listopad 2011.

Odredba čl. 7. Bečke konvencije sastoji se od dvaju funkcionalno povezanih dijelova - u prvom je stavku sadržano pravilo o tumačenju odredaba Bečke konvencije, dok je drugim stavkom propisan mehanizam popunjavanja pravnih praznina. Cilj koji se spomenutom odredbom želi postići jest potreba promicanja ujednačenosti u njezinoj primjeni, uz uzimanje u obzir njezina međunarodnog karaktera. Upravo je odredba čl. 7. st. 2. Bečke konvencije jednom dijelu pravne teorije (a taj je trend uočen i u sudskoj i arbitražnoj praksi) poslužila kao temelj za podrednu primjenu vanjskih izvora prava, osobito UNIDROIT Načela. Takva stajališta, osim što su pravno neutemeljena, znače i izravnu prijetnju unifikacijskim nastojanjima. Iako je Bečka konvencija jedan od najuspješnijih unifikacijskih projekata u području međunarodnog trgovačkog ugovornog prava, organi njezine primjene moraju paziti na to da svojim postupanjem ne dovedu u pitanje temeljne ciljeve koji se nastoje promovirati Bečkom konvencijom.

Ključne riječi: Konvencija UN-a o ugovorima o međunarodnoj kupoprodaji robe, unifikacija prava međunarodne kupoprodaje, UNIDROIT Načela međunarodnih trgovačkih ugovora

* Dr. sc. Nina Tepeš, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

1. UVOD

Konvencija Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj kupoprodaji robe iz 1980. godine (dalje u tekstu: Bečka konvencija), na snazi u čak sedamdeset i šest država ugovornica (uključujući i Republiku Hrvatsku)¹, važan je izvor međunarodnog trgovačkog prava. Unatoč njezinoj ograničenoj primjeni u našoj sudskoj i arbitražnoj praksi, pojedina rješenja Bečke konvencije detaljno su analizirana od strane hrvatske pravne teorije.² Pritom posebno valja naglasiti

¹ Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 10/1984. Republika Hrvatska postala je strankom Bečke konvencija na temelju notifikacije o sukcesiji države prednice. Bečka konvencija stupila je na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku 8. listopada 1991. godine. Vidi Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 15/1998. Za države članice Bečke konvencije vidi http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (15. kolovoza 2011.).

² Vidi Babić, S., *Obveza prodaje robe kupcu u ostvarenju ugovora o prodaji*, Pravo i porezi, vol. 6, br. 11, 1997., str. 36 - 41; Barbić, J., *Sklapanje ugovora o kupoprodaji - Usporedba Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe (Beč, 1980) i Zakona o obveznim odnosima*, u: *Konvencija UN*, Sarajevo, 1988., str. 41 - 85; Baretić, M., *Predugovorna odgovornost*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 49, br. 1, 1999., str. 49 - 102; Baretić, M.; Nikšić S., *Croatia*, u: F. Ferrari (ur.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, München, 2008., str. 93 - 105; Brnabić, R., *Raskid ugovora prema Konvenciji Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija)*, magistarski rad, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2004.; Brnabić, R., *Dužnost pregleda robe prema konvenciji Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 45, 2008., str. 537 - 549; Ćesić, Z., *Prijelaz rizika u Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, Hrvatska pravna revija, vol. 4, br. 11, 2004., str. 28 - 37; Goldštajn, A., *Konvencija Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u strukturi prava međunarodne trgovine*, Zagreb, 1980.; Goldštajn, A., *Autonomne norme i autonomne sankcije u domaćem i međunarodnom trgovačkom pravu: odnos države i prava; interakcija domaćega i međunarodnoga trgovačkog prava*, u: N. Katičić i I. Padjen, *Pravo i društvo*, Zagreb, vol. II, 1981. - 1982. str. 87 - 105; Goldštajn, A., *Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention*, u: P. Šarčević i P. Volken (ur.), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, New York, 1986., str. 55 - 110; Goldštajn, A., *U povodu desetogodišnjice Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 40, br. 3, 1990., str. 375 - 377; Goldštajn, A., *Trgovačko ugovorno pravo, Međunarodno i komparativno*, Zagreb, 1991., str. 31 - 59; Goldštajn, A., *Petnaest godina Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, Informativnik, vol. 43, 1995., str. 1 - 3; Goldštajn, A., *Lex Mercatoria and the CISG: The Global Law Merchant*, u: P. Šarčević i P. Volken (ur.), *The International Sale of Goods Revisited*, Hague, 2001., str. 241 - 258; Gorenc, V.; Schwank, F.; Slakoper, Z., *Međunarodna pravila za kupoprodaju, plaćanja*

doprinos *prof. em.* Krešimira Sajka, koji je odredbe Bečke konvencije obradio primarno iz perspektive međunarodnog privatnog prava.³ Po uzoru na temeljno

i arbitraže, Zagreb, 1996.; Horak, H.; Štajfer, J., *Ponuda po Zakonu o obveznim odnosima i Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 42, 2005., str. 547 - 573; Klasiček, D., *Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe i međunarodno privatno pravo*, Pravni vjesnik, vol. 19, br. 1-2, 2003., str. 25 - 33; Kunda, I.; Mutabžija, J., *Odgovornost prodavatelja za pravo ili potraživanje trećih osoba s osnove intelektualnog vlasništva prema Bečkoj konvenciji o međunarodnoj prodaji robe*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 2, 2005., str. 733 - 794; Ledić, D., *Pravna vrela trgovačkog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001., str. 455 - 479; Lukšić, B., *Problem tzv. "nachfrista" u međunarodnoj prodaji robe*, Pravo i porezi, vol. 14, br. 6, 2005., str. 11 - 14; Malagurski, B., *Međunarodno pravo: procesi ujedinjavanja međunarodnog ugovornog prava, primjeri općeg i regionalnog ujedinjavanja*, Pravni vjesnik, vol. 20, br. 1-2, 2004., str. 273 - 295; Mlikotin-Tomić, D., *Pravo međunarodne trgovine*, Zagreb, 1999.; Mlikotin-Tomić, D., *Ugovor o međunarodnoj prodaji*, Računovodstvo i financije, vol. 40, br. 4, 1994., str. 60 - 67; Mlikotin-Tomić, D., *Ugovor o međunarodnoj prodaji*, Pravo i porezi, vol. 10, br. 7, 2001., str. 3 - 9; Musa, K., *Oslobođenje od odgovornosti u pravu međunarodne prodaje*, Naša zakonitost, vol. 31, br. 2, 1977., str. 105 - 118; Petrić, S., *Odgovornost za materijalne nedostatke prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006., str. 87 - 128; Piršl, K., *Ponuda i prihvata po Konvenciji Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 6, 1985., str. 145 - 160; Slakoper, Z., *Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2003., str. 511 - 549; Šoljan, V., *Odgovornost za materijalne nedostatke stvari po Zakonu o obveznim odnosima i Bečkoj konvenciji*, Pravo u gospodarstvu, vol. 47, br. 3, 2008., str. 537 - 629; Tepeš, N.; Šutija, S., *Bitna povreda ugovora i pravo prodavatelja na otklanjanje neispunjenja u naknadnom roku prema Konvenciji UN-a o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, Pravo i porezi, vol. 5, 2011., str. 14 - 23; Tepeš, N., *Isključenje primjene Konvencije Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj kupoprodaji robe*, Pravo u gospodarstvu, vol. 3, 2011., str. 758 - 792; Zubović, A., *Primjena trgovačkih običaja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006., str. 307 - 343.

³ Vidi Sajko, K.; Dika, M., *Arbitražno rješavanje međunarodnih trgovačkih sporova*, Ljubljana - Beograd - Zagreb, 1989.; Sajko, K., *The substantive law applicable to international commercial disputes according to Croatian law and arbitral practice*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 1, 1994., str. 65 - 76; Sajko, K., *Determining Substantive Law in Arbitral Disputes: The Application of the Rome and Vienna Conventions*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 4, 1997., str. 123 - 134; Sajko, K., *Kolizijskoppravna i materijalnopravna razina određivanja mjerodavnog prava za suštinu arbitražnog spora: primjena Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze od 1980. i Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe od 1980.*, Pravo u gospodarstvu, vol. 36, br. 1, 1997., str. 77 - 103; Sajko, K., *Međunarodno privatno pravo*, 5. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2009. Među ostalim, upravo je *prof. em.* Sajko

obilježje njegovih radova, koji snažnu podlogu imaju upravo u komparativnom pristupu, problematika popunjavanja pravnih praznina u okviru Bečke konvencije analizirana je uzimajući u obzir sudske presude i arbitražne odluke država ugovornica. Poseban je naglasak pritom stavljen na, u praksi uočenu, tendenciju da se pri popunjavanju pravnih praznina nekritički koriste odredbe sadržane u vanjskim izvorima koji su nastali kao rezultat globalnih unifikacijskih nastojanja u području međunarodnog trgovačkog ugovornog prava. Navedeno se u prvom redu odnosi na primjenu UNIDROIT Načela međunarodnih trgovačkih ugovora (eng. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*; fr. *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*; dalje u tekstu: UNIDROIT Načela), ali i drugih izvora čija se primjena ne može opravdati rješenjima sadržanima u Bečkoj konvenciji. Kako takva nastojanja, u širem kontekstu primjene Bečke konvencije, imaju štetne posljedice, u radu se upućuje na Konvencijom predviđeni mehanizam popunjavanja pravnih praznina, uz naglašavanje važnosti njegove dosljedne primjene u praksi.

U radu se najprije daje prikaz relevantnih projekata unifikacije međunarodnog trgovačkog ugovornog prava (2.). Bez namjere da napisano čini cjelokupan prikaz dosadašnjih nastojanja, prednosti, manjkavosti ili pak ciljeva same unifikacije, u radu se poseban naglasak stavlja na interakciju najvažnijih unifikacijskih instrumenata i Bečke konvencije. Stoga se i navedeni instrumenti unifikacije obrađuju imajući na umu način na koji ih pravna teorija i praksa prepoznaju (i koju im ulogu dodjeljuje) u odnosu na Bečku konvenciju. Slijedi analiza odredbe čl. 7., koja zauzima središnje mjesto u samoj Bečkoj konvenciji (3.). Kako se odredba sastoji od dvaju međusobno povezanih dijelova (prvoga, koji se odnosi na tumačenje konvencijskih odredaba i, drugoga, koji sadržava mehanizam popunjavanja pravnih praznina), u radu se svaki od tih dijelova razmatra s obzirom na cilj koji se odredbom želi postići, a koji je definiran kao potreba promicanja ujednačenosti u konvencijskoj primjeni, uz istodobno uzimanje u obzir njezina međunarodnog karaktera. Nakon toga, detaljno se analizira mehanizam popunjavanja pravnih praznina iz odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije, s posebnim osvrtom na uočenu tendenciju da se u kontekstu spomenute odredbe podredno primjenjuju vanjski izvori, osobito UNIDROIT Načela (4.). U radu se pritom pretpostavlja da ugovorne strane nisu ugovorile izravnu primjenu UNIDROIT

napisao prikaz jednog od važnijih komentara Bečke konvencije, vidi Sajko, K., *Bianca/Bonell, Commentary on the International Sales Law (1987)*, Naša zakonitost, vol. 42, 1988., str. 1408 - 1410.

Načela⁴ te se s obzirom na te okolnosti kritički propituju stajališta dijela teorije i (sudske i arbitražne) prakse koji unatoč tome zagovaraju podrednu primjenu UNIDROIT Načela pozivom na odredbe Bečke konvencije.

2. PROJEKTI UNIFIKACIJE MEĐUNARODNOG TRGOVAČKOG UGOVORNOG PRAVA

Ujednačavanje trgovačkog prava putem neformalnih instrumenata jedno je od temeljnih zadataka Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (eng. *International Institute for the Unification of Private Law*; fr. *Institut international pour l'unification du droit privé*; dalje u tekstu: UNIDROIT).⁵ Ta neovisna međudržavna organizacija sa sjedištem u Rimu osnovana je 1926. godine pri Ligi naroda.⁶ Danas broji ukupno šezdeset i tri države članice, uključujući i Republiku Hrvatsku.⁷ Djelovanje UNIDROIT-a jednim je dijelom usmjereno na izradu međunarodnih ugovora, ali i pravnih instrumenata tzv. *soft lawa* (model zakona, načela i vodiča), koje organizacija nudi na korištenje zainteresiranim pravnim subjektima.⁸ Upravo posljednji spomenuti segment u širem je smislu tema istraživanja ovoga rada. Naime, bez zadržke može se reći da su jedan od najvažnijih instrumenata *soft lawa*⁹ upravo UNIDROIT Načela, čija je treća verzija objavljena 2010. godine.

⁴ Stoga se u radu niti ne postavlja pitanje mogu li ugovorne strane UNIDROIT Načela izravno (ili pak prešutno) ugovoriti na kolizijskopravnoj razini, odnosno na razini prava mjerodavnog za njihov ugovor.

⁵ Više o nastanku, zadacima i instrumentima UNIDROIT-a vidi na <http://www.unidroit.org/> (23. kolovoza 2011.).

⁶ Godine 1940. UNIDROIT je reorganiziran i sada se temelji na pristupanju Statutu. Za UNIDROIT-ov Statut vidi <http://www.unidroit.org/mm/statute-e.pdf> (23. kolovoza 2011.).

⁷ Za popis država članica vidi <http://www.unidroit.org/english/members/main.htm> (23. kolovoza 2011.).

⁸ Za UNIDROIT-ove instrumente vidi: <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=84211> (23. kolovoza 2011.).

⁹ Engleski izraz *soft law* u sadržajnom smislu valja tumačiti kao skup pravno neobvezujućih pravila (primjerice, tekstovi međunarodnih konvencija koje nisu stupile na snagu, pravnih preporuka, kodeksa i sl.). Više o tome vidi u: Goldštajn, A.; Triva, S., *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987., str. 42 i dalje.

Iz Preambule UNIDROIT Načela proizlazi da sadržavaju opća pravila za međunarodne trgovačke ugovore te da se primjenjuju samo kada su se strane suglasile o njihovoj primjeni. Nadalje, mogu se primijeniti i kada su strane ugovorile primjenu općih načela prava, *lex mercatorie* ili slično, pa i kada su strane propustile izabrati pravo mjerodavno za njihov ugovor. Isto tako, Preambula navodi kako se UNIDROIT Načela mogu koristiti za tumačenje ili dopunu jednoobraznih međunarodnih instrumenata i domaćeg prava¹⁰, te kao model zakonodavcima na domaćoj i međunarodnoj razini. Iako bi se iz navedenoga moglo zaključiti kako je riječ samo o kompilaciji općih načela koja su prepoznata kao zajedničke dodirne točke u pravima (većine) država, na što neizravno upućuje i dio Preambule koji predviđa mogućnost njihove primjene kada strane ugovore primjenu općih načela ili *lex mercatorie*, valja naglasiti kako UNIDROIT Načela (u sadržajnom smislu) teže postići mnogo više. Još pri izradi prve verzije iz 1994. godine jasno je naglašeno da UNIDROIT Načela, iako doduše sadržavaju pravna rješenja zajednička velikom broju pravnih sustava, za cilj imaju stvaranje posebnog sustava prilagođenog potrebama međunarodnih trgovačkih transakcija.¹¹ Upravo iz tog razloga UNIDROIT Načela sadržavaju i pravila za koja je ocijenjeno da su *najbolje rješenje*, čak i onda kada konkretno rješenje nije općeprihvaćeno u komparativnom pravu.¹² U odnosu na relativan uspjeh UNIDROIT Načela u praksi, u pravnoj se teoriji navodi da su UNIDROIT Načela (pri čemu se podaci odnose na njihove dvije prijašnje verzije iz 1994. i 2004. godine) imali relativan uspjeh u poslovnoj praksi.¹³ Naime, čini se da autori pravnoga kruga *common lawa* smatraju kako rješenja sadržana u UNIDROIT Načelima naglašeno usvajaju logiku pravnih sustava koji su dio kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, što se navodno odrazilo i na njihovu dosadašnju primjenu u državama *common lawa*.¹⁴ Ostavljajući po strani te na-

¹⁰ Vidi *infra* bilj. 60.

¹¹ Vidi UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rim, 1994., <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf> (26. kolovoza 2011.), str. viii.

¹² Vidi UNIDROIT, *op. cit.* u bilj. 11, str. viii. Vidi i Gotanda, J. Y., *Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG*, u: D. Saidov i R. Cunnington (ur.), *Contract Damages, Domestic and International Perspectives*, Portland, 2008., str. 109.

¹³ Za usporedbu odgovarajućih odredaba UNIDROIT Načela u svim trima verzijama (iz 1994., 2004. i 2010. godine) vidi <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/tableofcorrespondence.pdf> (23. kolovoza 2011.).

¹⁴ Vidi Flechtner, H. M., *Exemption for Non-Performance Under CISG Articles 79 and 80*, Uniform Sales Law Conference - The CISG at Its 30th Anniversary, Beograd, 2010., str. 261

vodne manjkavosti samih UNIDROIT Načela, i potencijalnu diskusiju o tome može li ijedan instrument koji teži unifikaciji prava na međunarodnoj razini (uključujući i međunarodne ugovore kao što je Bečka konvencija) u potpunosti zadovoljiti očekivanja zainteresiranih subjekata kojima je namijenjen, nepobitna činjenica koju valja imati na umu jest da UNIDROIT Načela nisu zamišljena isključivo kao katalog pravnih načela koji se kao unaprijed sastavljen popis nudi poslovnim subjektima. Osim te primarne funkcije, ona imaju i naglašenu sekundarnu funkciju, koja se očituje kao težnja njihovih tvoraca za stvaranjem novih ujednačenih pravila, u odnosu na koja je ocijenjeno da u budućnosti zaslužuju postati univerzalno primjenljivima. Drugim riječima, UNIDROIT nije samo pobrojio postojeća pravna pravila (načela) već je i sadržajno ocjenjivao njihovu važnost. U tom smislu i sama UNIDROIT Načela u određenim dijelovima ne predstavljaju samo vjeran rezultat provedene komparativne analize, već pravna stajališta i shvaćanja grupe stručnjaka koja je radila na njihovoj izradi.¹⁵ Stoga kvalifikaciju određenog rješenja kao *najboljeg* valja u prvom redu promatrati kao dio subjektivnog zaključka autora UNIDROIT Načela, s kojim se svatko tko ih primjenjuje može (i ne mora) složiti.

Kako se u nastavku teksta posebna pažnja posvećuje upravo primjeni UNIDROIT Načela u odnosu na mehanizam popunjavanja pravnih praznina Bečke konvencije,¹⁶ posebno se valja osvrnuti na međusoban odnos tih dvaju instrumenata. U tom smislu prvo valja istaknuti da je upravo Bečka konvencija bila uzor pri izradi prve verzije UNIDROIT Načela iz 1994. godine.¹⁷ Štoviše, autori su u tom smislu jasno naglasili da, u odnosu na pitanja obuhvaćena poljem primjene Bečke konvencije, UNIDROIT Načela načelno slijede rješenja sadržana u Bečkoj konvenciji, ali uz prilagodbe koje su autori *smatrali primjerenima uzimajući u obzir posebnu prirodu i opseg UNIDROIT Načela*.¹⁸ Iz navedenoga jasno proizlaze dvije temeljne karakteristike UNIDROIT Načela koje se

- 278, na str. 274 - 276, gdje autor spomenuti zaključak izvodi primarno u odnosu na situaciju u Sjedinjenim Američkim Državama.

¹⁵ Za članove radne skupine koji su sudjelovali u izradi UNIDROIT Načela vidi <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/wg03/wg03-members.htm> (6. rujna 2011.).

¹⁶ Vidi *infra* poglavlje 4.

¹⁷ Vidi i Perales Viscasillas, P., *The Role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the Interpretation and Gap-filling of CISG*, u: A. Janssen i O. Mayer (ur.), *CISG Methodology*, München, 2004., str. 287, 288. Vidi *infra* bilj. 29 i 63.

¹⁸ Vidi UNIDROIT, *op. cit.* u bilj. 11, str. viii.

(unatoč njihovoj notornosti) u pravnim analizama često zanemaruju: (1) polje primjene UNIDROIT Načela načelno je mnogo šire od polja primjene Bečke konvencije jer pretendira obuhvatiti područje cjelokupnog međunarodnog trgovačkog prava, a ne (kao Bečka konvencija) samo međunarodne ugovore o kupoprodaji¹⁹, i (2) čak i ona rješenja UNIDROIT Načela koja su pisana po uzoru na postojeća i usporediva rješenja Bečke konvencije nisu uvijek sadržajno identična rješenjima Bečke konvencije. U isto vrijeme Bečka konvencija, iako i sama nesumnjivo predstavlja instrument međunarodne unifikacije, ne uređuje područje međunarodne kupoprodaje na cjelovit način. Iz njezina polja primjene određeni su dijelovi izričito isključeni, a pojedina pitanja, iako se tiču stvari uređenih Bečkom konvencijom, nisu izričito riješena njezinim odredbama.²⁰ Bečka je konvencija mahom rezultat kompromisa koji su postigle delegacije država koje su sudjelovale u njezinoj izradi, pa su i njezina rješenja (za razliku od UNIDROIT Načela) minimum koji je u trenutku usvajanja tog instrumenta bio prihvatljiv i državama *common lawa* i državama kontinentalnoeuropskog pravnog kruga. Dok UNIDROIT Načela teže postizanju unifikacije onih rješenja za koja njezini autori ocjenjuju da su *najbolja*, Bečka je konvencija primjer nesavršenog pravnog instrumenta koji, unatoč svojim nedostacima, nosi titulu najuspješnijeg unifikacijskog instrumenta na području međunarodnog trgovačkog prava.²¹ Iako je Bečka konvencija međunarodni ugovor, pa se, za razliku od UNIDROIT Načela, primjenjuje kao dio unutarnjeg prava države ugovornice, njezinoj popularnosti (osim impozantnog broja država ugovornica) svakako doprinose i napori koji su proteklih godina uloženi u projekt globalne afirmacije Bečke konvencije.²² Međutim, unatoč tome što su Bečka konvencija i UNIDROIT Načela danas zasigurno dva najvažnija instrumenta unifikacije međunarodnog trgovačkog prava, razumijevanje i prihvaćanje mnogobrojnih razlika koje postoje između tih dvaju instrumenata ujedno je i garant njihove ispravne primjene u praksi. Stoga se navedene razlike u nastavku teksta i pokazuju kao ključne pri analizi mogu li se (i u kojoj mjeri) UNIDROIT Načela uistinu smatrati *općim načelima na kojima se temelji Bečka konvencija*, što povratno

¹⁹ Bečka se konvencija, sukladno odredbi čl. 1. st. 1., primjenjuje na ugovore o kupoprodaji robe sklopljene između strana čiji se poslovni nastani nalaze na područjima različitih država, ako su te države ugovornice te Konvencije, ili ako pravila međunarodnoga privatnog prava upućuju na primjenu prava neke države ugovornice.

²⁰ Vidi *infra* poglavlje 3.

²¹ Vidi *supra* bilj. 1.

²² Vidi *infra* bilj. 38 i 39.

utječe i na njihovu eventualnu primjenu u postupku popunjavanja pravnih praznina u okviru Bečke konvencije.

Kao drugi važan unifikacijski projekt, valja istaknuti Načela europskog ugovornog prava (eng. *Principles of European Contract Law*; njem. *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*). Riječ je o projektu koji je (u danas ponešto izmijenjenom obliku) bio zamišljen još 1974. godine, a čiji se počeci vezuju uz ime i djelo prof. Landa, iz kojeg se razloga Načela i danas neformalno nazivaju *Landovim Načelima*.²³ Nositelj toga projekta formalno je Komisija za europsko ugovorno pravo (eng. *Commission on European Contract Law*),²⁴ a njezinu djelatnost u širem smislu valja promatrati kroz nastojanja Europske komisije da udari temelje budućem europskom ugovornom pravu, o čemu će više riječi biti u nastavku.

Odredbom čl. 1:101 Načela europskog ugovornog prava, koja se odnosi na polje primjene, definirana je njihova temeljna svrha, koja se očituje u namjeri da se primjenjuju kao *opća pravila ugovornog prava u Europskoj uniji*. Iako je njihovo polje primjene kvalitativno drukčije od namjeravanog polja primjene UNIDROIT Načela, ne iznenađuje što im je sam mehanizam primjene gotovo identičan. Naime, izričito je propisano kako se Načela europskog ugovornog prava primjenjuju kada su strane ugovorile njihovu primjenu te da se mogu primijeniti u slučaju da su strane ugovorile primjenu općih načela prava, *lex mercatorie* ili sl., pa čak i u slučajevima kada za ugovor nije izabrano mjerodavno pravo.²⁵ Ipak, unatoč sličnostima s UNIDROIT Načelima, temeljna karakteristika Načela europskog ugovornog prava jest njihova zamišljena geografska ograničenost. Navedeno su možda ponajbolje ocrtali tvorci Načela europskog ugovornog prava, koji povjerenu im zadaću sami uspoređuju s američkim *Re-*

²³ Više o Načelima europskog ugovornog prava vidi u: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclintro.html> (6. rujna 2011.). Za iscrpan pregled povijesnog razvoja u hrvatskoj pravnoj literaturi vidi Petrić, S., *Uvod u Načela europskog ugovornog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, 1, 1991., str. 335, na str. 339 - 341; Proso, M.; Štambuk, M., *Principi Europskog ugovornog prava s osvrtom na ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu prema novom ZOO-u*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 45, 2008., str. 901, na str. 905 - 909.

²⁴ Vidi http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/ (6. rujna 2011.).

²⁵ Spomenuta odredba u posljednjem stavku pitijjski predviđa kako "Načela europskog ugovornog prava mogu sadržavati rješenja u odnosu na pitanja koja nisu riješena mjerodavnim pravom". Kao što je u gornjem tekstu već naglašeno, u radu se ne analiziraju slučajevi kada su strane svojim ugovorom predvidjele podrednu primjenu UNIDROIT Načela, odnosno Načela europskog ugovornog prava. Vidi *supra* bilj. 4.

statementom (konkretno, *Restatement of the Law of Contract*), navodeći kako je riječ o pravilima koja pretendiraju postati prvi nacrt budućeg (a sada već mitskog) Europskog građanskog zakonika.²⁶ Drugim riječima, osim što Načela europskog ugovornog prava, kao i UNIDROIT Načela, nisu ograničena isključivo na područje međunarodne kupoprodaje, njihova temeljna funkcija na određeni se način očituje kao podloga neke buduće unifikacije/harmonizacije ugovornog prava Europske unije. Postupak izrade europskog ugovornog prava službeno je otpočeo 1999. godine na sastanku u Tampereu, kada je Europsko vijeće u svoje zaključke službeno uključilo potrebu usklađivanja materijalnog prava država članica u odnosu na materiju građanskog prava.²⁷ Dosadašnja postignuća pretočena su u Nacrt zajedničkog referentnog okvira (eng. *Draft Common Frame of Reference*), koji u prilagođenom obliku, u drugoj i trećoj knjizi, prihvaća rješenja sadržana u Načelima europskog ugovornog prava.²⁸

Jednako kao što su UNIDROIT Načela (osobito u prvoj verziji) pisana pod snažnim utjecajem odredaba Bečke konvencije,²⁹ tako su kao uzor autorima Načela europskog ugovornog prava služila i UNIDROIT Načela i sama Bečka konvencija.³⁰ Nije stoga iznenađujuće što su u pravnoj teoriji uočene mnogobrojne sličnosti (ali i razlike) između rješenja iz Bečke konvencije, s jedne strane, i rješenja iz UNIDROIT Načela i Načela europskog ugovornog prava, s druge strane.³¹ Takva nastojanja (da su ostala samo na razini teorijskih rasprava) sama po sebi naravno ne bi bila problematična. Kao što će biti vidljivo iz nastavka teksta, problematičan je refleks koji je nastao u dijelu pravne teorije i prakse,

²⁶ Vidi The Commission on European Contract Law, *Introduction to the Principles of European Contract Law*, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm (26. kolovoza 2011.).

²⁷ Tampere European Council, *Presidency Conclusions* (15. i 16. listopada 1999.), para. 38 i 39, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfile/3ef2d2264.pdf> (6. rujna 2011.).

²⁸ Više o tome vidi u: Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law (Acquis Group); von Bar, C., et al. (ur.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, 2009., str. 7 - 8, 30 - 35.

²⁹ Vidi *supra* bilj. 17.

³⁰ Vidi i The Commission on European Contract Law, *loc. cit.* u bilj. 26; Flechtner, H. M., *The CISG's Impact on International Unification Efforts: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, u: F. Ferrari (ur.), *The 1980 Uniform Sales Law - Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Verona Conference, 2003., str. 187; Viscasillas, *op. cit.* u bilj. 17, str. 287, 288.

³¹ Za primjer takve poredbene studije vidi Flechtner, *op. cit.* u bilj. 30, str. 175 i dalje.

a prema kojemu Načela europskog ugovornog prava (iz više ili manje sličnih razloga kao i UNIDROIT Načela) čine svojevrsnu funkcionalnu cjelinu s Bečkom konvencijom, što opravdava njihovu primjenu, koja navodno posredno proizlazi iz samih odredaba Bečke konvencije.

3. MEĐUNARODNI KARAKTER I POTREBA PROMICANJA UJEDNAČENOSTI U PRIMJENI BEČKE KONVENCIJE

Prije negoli se analiza usmjeri na konkretne probleme koji proizlaze iz po-dredne primjene UNIDROIT Načela (i, iako u manjoj mjeri³², Načela europskog ugovornog prava) u postupku popunjavanja pravnih praznina unutar Bečke konvencije, u prvom je redu potrebno cjelovito se osvrnuti na odredbu čl. 7. Bečke konvencije, koja čini temelj spomenute navodne primjene vanjskih izvora.

Odredba čl. 7., sadržana u drugom dijelu Bečke konvencije (Opće odredbe), sastoji se od dvaju funkcionalno odvojenih dijelova. Odredba čl. 7. st. 1. sadržava opće pravilo o tumačenju, dok je u čl. 7. st. 2. sadržan mehanizam popunjavanja pravnih praznina. Iako analiza odredbe čl. 7. st. 1. Bečke konvencije nije uža tema ovoga rada,³³ njezino razumijevanje od iznimne je važnosti za analizu ne samo drugoga stavka već i svih ostalih odredaba Bečke konvencije. Navedeno na određen način čini odredbu čl. 7. st. 1. centralnim dijelom Bečke konvencije i jednom od njezinih najvažnijih (ali i najkontroverznijih) odredaba.

Odredba čl. 7. st. 1. sadržava opće pravilo o tumačenju kojim je propisano da se pri tumačenju Bečke konvencije *mora uzeti u obzir njezin međunarodni karakter i potreba promicanja ujednačenosti u njezinoj primjeni te poštovanja dobre vjere u međunarodnoj trgovini*. Kao što je vidljivo, odredba koristi široku formulaciju, uobičajenu kod tumačenja odredaba međunarodnih ugovora.³⁴ Stoga i sam *ratio*

³² Vidi *infra* bilj. 58.

³³ Stoga se u nastavku teksta, a bez namjere da se u potpunosti obuhvate problemi vezani uz tumačenje Bečke konvencije, odredba čl. 7. st. 1. Bečke konvencije analizira u mjeri u kojoj je to potrebno radi potpunog razumijevanja drugoga stavka i samog mehanizma popunjavanja pravnih praznina. Za radove na temu čl. 7. st. 1. Bečke konvencije, te sudsku i arbitražnu praksu, vidi <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e-text-07.html> (12. rujna 2011.).

³⁴ Vidi čl. 4. UNIDROIT Konvencije o međunarodnom faktoringu iz 1988. godine (eng. *UNIDROIT Convention on International Factoring*); čl. 6. UNIDROIT Konvencije o međunarodnom financijskom leasingu iz 1988. godine (eng. *UNIDROIT Convention on International Financial Leasing*).

odredbe, definiran kao postizanje ujednačene primjene odredaba Bečke konvencije, nalaže maksimalno udaljavanje od pravnih pojmova domaćeg (unutarnjeg) prava pojedine države ugovornice, unatoč činjenici što Bečka konvencija kao međunarodni ugovor postaje dio unutarnjeg pravnog poretka države ugovornice.³⁵ U odnosu na tumačenje odredaba Bečke konvencije navedeno automatski podrazumijeva i neposezanje za metodama tumačenja koje su karakteristične za primjenu domaćeg (unutarnjeg) prava, već prihvaćanje autonomnog sustava i tehnika tumačenja prilagođenih ciljevima koji se žele postići Bečkom konvencijom. Pritom problem očekivano proizlazi iz tih okolnosti što Bečka konvencija, osim proklamiranog cilja tumačenja *pozivom na njezin međunarodni karakter i potrebu promicanja ujednačenosti u njezinoj primjeni te poštovanja dobre vjere u međunarodnoj trgovini*, ne sadržava dodatna pravila o tome kako se spomenuti ciljevi trebaju ispuniti. Danas je u pravnoj teoriji gotovo univerzalno prihvaćen stav da se odredbe Bečke konvencije tumače primjenom gramatičke, povijesne, teleološke i systemske metode.³⁶ Uz to, valja spomenuti i načelno sporno stajalište prema kojemu bi praksa sudova država ugovornica i pravna teorija trebale preuzeti vodeću ulogu pri tumačenju odredaba Bečke konvencije. Poziv na postojeću sudsku i arbitražnu praksu u postupku tumačenja problematičan je zbog činjenice što presude jedne države ugovornice ne obvezuju sudove druge države ugovornice. Iako su inicijalne ideje o uspostavi posebnog suda koji se trebao baviti samo primjenom Bečke konvencije pravilno ocijenjene kao nerealne³⁷, nesporno je da presude ipak imaju znatnu ulogu u cjelokupnom sustavu Bečke konvencije. Paradoksalno, ključan zamah uložila je pravna teorija, koja je nesebično preuzela ulogu promotora Bečke konvencije. Ovdje se prvenstveno misli na već spomenute napore uložene u globalnu afirmaciju Bečke konvencije³⁸, koji su rezultirali objavom uistinu impresivnog broja sudskih i arbitražnih odluka donesenih na temelju Bečke konvencije te njihovom univerzalnom internetskom dostupnošću na svim vodećim svjetskim jezicima.³⁹

³⁵ Vidi i Ferrari, F., *Gap-filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, *International Business Law Journal*, 2003., str. 221 - 239, na str. 222. Vidi i *infra* bilj. 68.

³⁶ Vidi Ferrari, u: P. Schlechtriem & I. Schwenzer (ur.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5. izdanje, München, 2008., str. 171 - 175; Viscasillas, *op. cit.* u bilj. 17, str. 293.

³⁷ Više o tome vidi u: Ferrari, *op. cit.* u bilj. 35, str. 223.

³⁸ Vidi *supra* bilj. 22.

³⁹ Vidi <http://www.cisg.law.pace.edu/>, <http://www.unilex.info/>, <http://www.business.vu.edu.au/cisg/cases.asp>, http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html, <http://www.juris.ho->

Odredba čl. 7. st. 2. Bečke konvencije sadržava pravilo o popunjavanju pravnih praznina, propisujući da se pitanja koja se tiču stvari koje su uređene Bečkom konvencijom, a nisu izričito njome riješena, rješavaju prema općim načelima na kojima se ona temelji ili, ako takvih načela nema, prema pravu mjerodavnom prema pravilima međunarodnoga privatnog prava. Kao što proizlazi iz same odredbe, mehanizam popunjavanja pravnih praznina sastoji se od dviju razina: (1) problemu najprije valja pristupiti pozivom na unutarnji ustroj same Bečke konvencije - odnosno primjenom općih načela na kojima se ona temelji; (2) samo ako se ustvrdi da opća načela na temelju kojih bi se pravna praznina mogla popuniti ne postoje, dozvoljeno je posegnuti za kolizijskim pravilima, odnosno pravnu prazninu popuniti pozivom na konkretno mjerodavno pravo. Okolnost da je primjena kolizijskih pravila očito predviđena kao *ultima ratio* jasno potvrđuje da je mehanizam popunjavanja pravnih praznina iz odredbe čl. 7. st. 2. rađen imajući na umu konačni cilj propisan odredbom iz st. 1., odnosno promicanje ujednačenosti u primjeni Bečke konvencije.⁴⁰ Iako se dakle odredba čl. 7. Bečke konvencije sastoji od dvaju odvojenih dijelova (prvoga stavka, koji se odnosi na tumačenje, i drugoga stavka, koji se odnosi na popunjavanje pravnih praznina), čini se da je od iznimne važnosti upravo njihov međusoban odnos. Naime, kriterij tumačenja propisan prvim stavkom primjenjuje se pri popunjavanju pravnih praznina iz st. 2. i, obratno, opća načela na kojima se Bečka konvencija temelji primjenjuju se pri tumačenju konvencijskih odredaba iz st. 1.⁴¹

Postojanje pravnih praznina unutar Bečke konvencije, i to u odnosu na pitanja koja se u praksi pokazuju kao iznimno važna, ne treba čuditi. Upravo suprotno, uzme li se u obzir da je Bečka konvencija međunarodni ugovor čije je stvaranje u pravilu obilježila gotovo rovovska bitka predstavnika država kontinentalnoeuropskog i pravnoga kruga *common lawa*, jasno je da su mnoga pitanja zanemarena nauštrb budućeg potencijalnog uspjeha samoga instrumenta. Stoga je i samu Bečku konvenciju ispravnije promatrati kao rezultat

kudai.ac.jp/~sono/cisg/eng_index.html, <http://www.cisg.dk/eng-danish-cases.htm>, <http://www.cisg.ca/>, <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/>, <http://www.cisg-brasil.net>, <http://www.cisgnordic.net/>, <http://cisg.sk/en/Autonomous-Network-of-CISG-Websites.html>, <http://www.cisgac.com/>, <http://www.trans-lex.org/index.php>. Više o Internetskoj bazi podataka CISG-online, <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=28>, koja je korištena za citiranje u ovome radu, vidi *infra* u bilj. 80. Navedene internetske adrese posjećene 6. rujna 2011.

⁴⁰ Vidi i Ferrari, *op. cit.* u bilj. 35, str. 226. Vidi i *infra* bilj. 71.

⁴¹ Vidi i Viscasillas, *op. cit.* u bilj. 17, str. 293.

mnogobrojnih kompromisa negoli samo kao “nesavršen proizvod”. U tom je smislu važno odrediti koje su to stvari koje su uređene Bečkom konvencijom, a njome nisu izričito riješene. Pravna teorija takve pravne praznine naziva “unutarnjim” pravnim prazninama⁴², naglašavajući na taj način da se popunjavaju pozivom na (unutarnja) načela utkana u sam tekst Bečke konvencije. Kako je ovdje riječ o pravnim prazninama *praeter legem*, valja konzultirati odredbe čl. 4. i čl. 5. Bečke konvencije, u kojima je izričito propisano na što se Bečka konvencija primjenjuje, odnosno ne primjenjuje. Naime, pitanja koja uopće nisu uređena Bečkom konvencijom neće se niti smatrati pravnim prazninama u smislu odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije. Odredbom čl. 4. propisano je da se Konvencijom uređuje jedino sklapanje ugovora o kupoprodaji te prava i obveze prodavatelja i kupca koje proistječu iz takva ugovora. Međutim, osim ako samom Konvencijom nije izričito drukčije predviđeno, ona se osobito ne odnosi na: (a) valjanost ugovora, bilo koju od njegovih odredaba ili običaja, i (b) učinak što bi ga ugovor mogao imati na vlasništvo prodane robe. U isto vrijeme, odredbom čl. 5. Bečke konvencije propisano je da se Konvencija ne primjenjuje na odgovornost prodavatelja za smrt ili tjelesne ozljede koje bi roba uzrokovala bilo kojoj osobi. Navedena pitanja, izričito isključena iz polja primjene Bečke konvencije, rješavat će se primjenom mjerodavnog domaće (unutarnjeg) prava.

Sagledavajući dvostupnjeviti mehanizam propisan odredbom čl. 7. st. 2. Bečke konvencije, prema kojemu je primjena kolizijskih pravila samo posljednji korak, jasno je kolika je važnost upravo prvog stupnja i primjene općih načela na kojima se konvencija temelji. Sud bi, suočen s pitanjem pravne praznine, eventualnu primjenu kolizijskih pravila trebao sagledavati tek nakon provedene analize koja je vrlo jasno pokazala da ne postoje opća načela u skladu s kojima se praznina može popuniti. Problem naravno proizlazi iz činjenice što sama Bečka konvencija ne sadržava listu načela na kojima se temelji, pa ih organi primjene u svakom određenom slučaju moraju “iščitati” iz konvencijskih odredaba. Jedina iznimka koju se u tom slučaju može navesti sadržana je u odredbi čl. 80. Bečke konvencije, kojom je predviđeno da se jedna ugovorna strana ne može pozivati na neizvršenje druge ugovorne strane ako je to neizvršenje

⁴² Terminološku podjelu na “unutarnje” i “vanjske” pravne praznine univerzalno je prihvatila pravna teorija. U tom se smislu termin “vanjske” pravne praznine koristi u odnosu na pitanja koja se tiču stvari koje su Bečkom konvencijom doduše uređena, ali se ne mogu riješiti prema općim načelima na kojima se konvencija temelji (jer takvih načela nema), pa se moraju riješiti primjenom kolizijskopravne metode, tj. prema pravilima međunarodnoga privatnog prava.

uzrokovano njezinom radnjom ili propustom. Za tu se relativno jednostavnu odredbu stoga u literaturi navodi kako znači emanaciju načela savjesnosti i poštenja⁴³ te da je kao takva jedina odredba koja sama po sebi čini *načelo na kojem se Bečka konvencija temelji*.⁴⁴

Pravna je teorija uložila mnogo truda u katalogizaciju “općih načela” na kojima se temelji Bečka konvencija. Spomenuto primarno valja promatrati kao izravan doprinos promicanju ujednačenosti u njezinoj primjeni (cilja koji je izravno propisan odredbom čl. 7. st. 1.), jer bi bez ikakvih teorijskih okvira praksa nužno bila sklonija zauzimanju različitih stajališta negoli će to biti kada postoji bar donekle određena jezgra načela u odnosu na koje se teorija (barem načelno) slaže. Jedan od temeljnih problem s postojećom katalogizacijom (ili bolje reći katalogizacijama) općih načela, osim toga što iznesena teorijska stajališta evidentno nemaju snagu pravnog izvora, svodi se na tu okolnost da u odnosu na neka “opća načela” u pravnoj teoriji još uvijek postoje određena razmimoilaženja.⁴⁵ Kako bi analiza svih načela koja se pretendiraju zvati *općim načelima na kojima se temelji Bečka konvencija* uvelike prelazila granice ovoga rada, u nastavku teksta donosi se sumaran prikaz onih načela u odnosu na koja postoji pretežiti konsenzus i u odnosu na koje je praksa zauzela određena stajališta. Pritom se, na mjestima na kojima je to bilo potrebno, ukazuje na eventualno postojanje razmimoilaženja u postojećim stajalištima pravne teorije i prakse.

Kao prvo (čini se ni po ničemu sporno) načelo na kojemu se temelji pravna Bečka konvencija valja navesti načelo stranačke autonomije.⁴⁶ Navedeno načelo jasno proizlazi iz čl. 6. Bečke konvencije, kojom je predviđena načelna dispozitivnost konvencijskih odredaba.⁴⁷ Načelo neformalnosti (koje proizlazi iz

⁴³ Vidi *infra* u bilj. 55.

⁴⁴ Vidi i Flechtner, *op. cit.* u bilj. 14, str. 264; Schwenger, u: P. Schlechtriem i I. Schwenger (ur.), *op. cit.* u bilj. 36, str. 916.

⁴⁵ Pitanjem određivanja općih načela na kojima se temelji Bečka konvencija bavio se impozantan broj autora. Svakako je otežavajuća okolnost što se rijetko može ustvrditi da dva različita autora u potpunosti dijele isto stajalište.

⁴⁶ Vidi i Ferrari, u: P. Schlechtriem i I. Schwenger (ur.), *op. cit.* u bilj. 36, str. 178, i tamo navedenu sudsku i arbitražnu praksu.

⁴⁷ Odredba čl. 6. Bečke konvencije propisuje da strane mogu isključiti primjenu Bečke konvencije ili, pod rezervom odredaba čl. 12., odstupiti od bilo koje od njezinih odredaba ili izmijeniti njihov učinak. Odredbom čl. 12. Bečke konvencije predviđeno je da se bilo koja odredba čl. 11. [o tome da se ugovor o kupoprodaji ne mora sklopiti niti potvrditi pismeno, niti je podvrgnut bilo kojim drugim pretpostavkama u pogledu oblika, te da se može dokazivati na bilo koji način, uključujući svjedoke], čl. 29. [prema kojoj se ugovor može

odredbe čl. 11. Bečke konvencije)⁴⁸ podjednako je nesporno i u teoriji i praksi, kao i načelo potpune naknade (koje proizlazi iz odredbe čl. 74.),⁴⁹ te načelo *favor contractus*.⁵⁰ Podloga općeg načela vezanosti ugovornih strana običajima proizlazi iz odredbe čl. 9. Bečke konvencije.⁵¹ Načelo koje se odnosi na teret dokaza izvodi se iz odredaba čl. 79. i čl. 2. (a) Bečke konvencije,⁵² a u okvirima

izmijeniti ili raskinuti pukim sporazumom stranaka; pismeni ugovor koji sadržava odredbu kojom se predviđa da svaka izmjena ili raskid moraju biti učinjeni u pismenom obliku ne može se drukčije izmijeniti ili sporazumno raskinuti, ali ugovorna strana ipak može zbog svojeg ponašanja izgubiti pravo pozivati se na takvu odredbu, ako se druga strana oslonila na takvo ponašanje] ili dijela II. Bečke konvencije [koji obuhvaća propise o sklapanju ugovora], kojom se dopušta da se ugovor o kupoprodaji sklopi, izmijeni ili sporazumno raskine, ili ponuda, prihvata ili druga naznaka o namjeri učine na neki drugi način, a ne pismeno, neće primijeniti u slučaju kad bilo koja strana ima poslovni nastan u državi ugovornici koja je dala izjavu na temelju čl. 96. Bečke konvencije. Strane ne mogu odstupati od tog članka ili izmijeniti njegov učinak. Rezerva sadržana u odredbi čl. 96. predviđa da država ugovornica čije pravo propisuje da se ugovori o kupoprodaji sklapaju ili potvrđuju pismeno može u bilo koje vrijeme dati izjavu u skladu s čl. 12. da se odredbe čl. 11., čl. 29. ili dijela II. Bečke konvencije, kojima se dopušta da se ugovor o kupoprodaji sklopi, izmijeni ili sporazumno raskine, ili ponuda, prihvata ili bilo koja druga izjava volje učini na neki drugi način, a ne pismeno, neće primijeniti kad bilo koja strana ima poslovni nastan u toj državi.

⁴⁸ *Ibid.* Vidi Ferrari, u: P. Schlechtriem i I. Schwenzer (ur.), *op. cit.* u bilj. 36, str. 179, i tamo navedena sudska i arbitražna praksa.

⁴⁹ Odredba čl. 74. Bečke konvencije propisuje da je naknada štete za povredu ugovora koju je počinila jedna strana jednaka pretrpljenom gubitku i izmakloj dobiti koji su zbog povrede nastali za drugu stranu. Ta naknada ne može biti veća od gubitka koji je strana koja je povrijedila ugovor predvidjela ili je morala predvidjeti u trenutku sklapanja ugovora kao moguću posljedicu povrede ugovora, s obzirom na činjenice koje su joj tada bile poznate. *Ibid.*, str. 180.

⁵⁰ Vidi Ferrari, *op. cit.* u bilj. 35, str. 229.

⁵¹ Odredba čl. 9. Bečke konvencije propisuje da su ugovorne strane vezane običajima s kojima su se složile te praksom uspostavljenom među njima. Ako nije drukčije dogovoreno, smatra se da su strane prešutno podvrgle svoj ugovor ili njegovo sklapanje običaju koji im je bio poznat ili morao biti poznat te koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovito ga poštuju ugovorne strane u ugovorima iste vrste u dotičnoj struci. Vidi: Ferrari, u: P. Schlechtriem i I. Schwenzer (ur.), *op. cit.* u bilj. 36, str. 180, i tamo navedena sudska i arbitražna praksa.

⁵² Odredba čl. 79. st. 1. Bečke konvencije propisuje da ako jedna strana ne ispuni neku od svojih obveza, ona neće biti odgovorna za neispunjenje ako dokaže da je do neispunjenja došlo zbog smetnje koja je bila izvan njezine kontrole i da od nje nije bilo razumno očekivati da u vrijeme sklapanja ugovora smetnju uzme u obzir, da izbjegne ili savlada takvu smetnju i njezine posljedice. Odredba čl. 2. (a) Bečke konvencije propisuje da se kon-

spomenutih odredaba (u tom smislu da svaka strana mora dokazati činjenice na kojima temelji svoj zahtjev) pretežitim ga dijelom prihvaća i pravna teorija.⁵³ U odnosu na kamate, danas preteže stajalište da iz odredbe čl. 78. proizlazi i opće načelo prema kojemu ako jedna strana ne plati cijenu ili neki drugi iznos s kojim je u zaostatku, druga strana ima pravo na kamate na takav iznos.⁵⁴ Naposljetku, valja se osvrnuti i na načelo savjesnosti i poštenja,⁵⁵ koje je unatoč prvotnoj navodnoj kontroverznosti danas prihvaćeno kao jedno od općih načela na kojima se temelji Bečka konvencija.⁵⁶ Opće načelo zabrane proturječnog ponašanja (*venire contra factum proprium*) u tom se smislu smatra emanacijom načela savjesnosti i poštenja.⁵⁷

Unatoč jasnom izričaju odredbe čl. 7. st. 2. da se pravne praznine popunjavanju prema *općim načelima na kojima se temelji Bečka konvencija*, čini se da jedan

vencija ne primjenjuje na kupoprodaju robe kupljene za osobnu ili obiteljsku upotrebu ili za potrebe domaćinstva, osim ako prodavatelj u bilo koje vrijeme prije ili u trenutku sklapanja ugovora nije znao niti je morao znati da se roba kupuje za takvu upotrebu.

⁵³ Vidi Ferrari, u: P. Schlechtriem i I. Schwenzer (ur.), *op. cit.* u bilj. 36, str. 183, i tamo navedenu sudsku i arbitražnu praksu, kao i primjere za suprotna stajališta u pravnoj teoriji. Vidi i Perales Viscasillas, P., *Battle of Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales2.html#iv> (10. rujna 2011.).

⁵⁴ Odredba čl. 78. Bečke konvencije propisuje da ako jedna strana ne plati cijenu ili neki drugi iznos s kojim je u zaostatku, druga strana ima pravo na kamate na takav iznos, a da time ne gubi pravo tražiti naknadu štete koja joj pripada na temelju čl. 74. Bečke konvencije.

⁵⁵ U tekstu se koristi termin preuzet iz hrvatskog Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/2005, 41/2008). Vidi: čl. 4. ZOO-a, u kojem je propisano da su u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja. Navedeno se ne smije tumačiti kao mogućnost primjene pravila ZOO-a pri tumačenju samih odredaba Bečke konvencije. Naime, kako se navedeni termin na komparativnoj razini različito prevodi (eng. *good faith*, njem. *Treu und Glauben*), na ovaj se način pokušalo spriječiti mogući pogrešan prijevod ovoga načela kao načela *dobre vjere*. Naime, čak i ako bi se načelo prevelo na taj način, svakako bi valjalo paziti da se pod tim ne misli na značenje koje ono (u smislu stvarnoga prava) ima u hrvatskom pravu. Više o odnosu načela savjesnosti i poštenja u obveznom pravu i dobre vjere ili poštenja u stvarnom pravu vidi u: Baretić, M., *Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003., str. 571 - 614, na str. 585.

⁵⁶ Vidi Ferrari, u: P. Schlechtriem i I. Schwenzer (ur.), *op. cit.* u bilj. 36, str. 178, i tamo navedenu sudsku i arbitražnu praksu, kao i primjere za suprotna stajališta u pravnoj teoriji.

⁵⁷ *Ibid*, str. 179.

dio pravne teorije i prakse upućuje na suprotan trend, prema kojemu se pravne praznine mogu (pozivom na istu odredbu) popunjavati i prema načelima koja se u odnosu na Bečku konvenciju trebaju smatrati vanjskim izvorima. Kako se navedeno primjećuje osobito u odnosu na primjenu UNIDROIT Načela, u nastavku je teksta analiza usmjerena upravo na one slučajeve u kojima su UNIDROIT Načela, na temelju odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije, primjenjivana u postupku popunjavanja pravnih praznina, iako se ugovorne strane o njihovoj prethodnoj primjeni nisu sporazumjele. Premda se u tekstu primarno obrađuju slučajevi primjene UNIDROIT Načela (iz jednostavnog razloga što su takvi slučajevi u većem broju primijećeni u praksi),⁵⁸ argumenti izneseni u prilog neprimjerene primjene UNIDROIT Načela načelno vrijede i u svim ostalim slučajevima u kojima bi se podredno primjenjivali bilo koji vanjski izvori (primjerice, Načela europskog ugovornog prava) o čijoj se primjeni ugovorne strane nisu sporazumjele.

4. POPUNJAVANJE PRAVNIH PRAZNINA I PODREDNA PRIMJENA UNIDROIT NAČELA

Temeljno pitanje koje se u radu analizira odnosi se na (u teoriji, ali i praksi) prisutno stajalište prema kojemu se “vanjski izvori”, u obliku pravnih pravila ili načela koja su nastala kao rezultat mnogobrojnih unifikacijskih (globalnih ili regionalnih) projekata, mogu primijeniti pri popunjavanju pravnih praznina na temelju odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije. Iako se mora ustvrditi kako većina teorije danas zauzima stajalište da izravna primjena UNIDROIT Načela u postupku popunjavanja pravnih praznina unutar Bečke konvencije nije opravdana, te da UNIDROIT Načela u najboljem slučaju mogu služiti samo kao neobvezna smjernica, pri tumačenju Bečke konvencije i pri popunjavanju pravnih praznina,⁵⁹ do određene mjere ipak iznenađuje (u nedostatku bolje

⁵⁸ Razlog većoj zastupljenosti slučajeva koji se odnose na primjenu UNIDROIT Načela vjerojatno valja tražiti u toj okolnosti što su Načela europskog ugovornog prava, za razliku od UNIDROIT Načela, zemljopisno ograničena na područje Europske unije. Isto tako, UNIDROIT Načela odnose se na međunarodne trgovačke ugovore, što se poklapa s poljem primjene Bečke konvencije.

⁵⁹ Za većinsko stajalište vidi Ferrari, u: P. Schlechtriem i I. Schwenzer (ur.), *op. cit.* u bilj. 36, str. 183, 186 - 188, i tamo citirane autore i sudsku i arbitražnu praksu. Vidi i Gotanda, *op. cit.* u bilj. 12, str. 108 - 109.

riječi) latentna i konstantna prisutnost ideje da UNIDROIT Načela i Bečka konvencija čine svojevrsnu funkcionalnu cjelinu - koja, u određenim okolnostima, ipak opravdava tretiranje UNIDROIT Načela kao *općih načela na kojima se Bečka konvencija temelji*. Recentna potvrda iznesenoga nalazi se i u sudskoj i arbitražnoj praksi, o čemu će više riječi biti u nastavku teksta.

Kao što je već navedeno, Preambula UNIDROIT Načela izričito propisuje da se mogu koristiti za *tumačenje ili dopunu jednoobraznih međunarodnih instrumenata*.⁶⁰ Navedeno se neizravno pokazuje kao polazišna točka jednom dijelu teorije, koji zagovara njihovu izravnu primjenu na temelju odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije čak i kada se strane o njihovoj primjeni nisu izravno dogovorile.⁶¹ Spomenuti zaključak navodno proizlazi iz te okolnosti što Bečka konvencija (jednako kao i UNIDROIT Načela) unificira međunarodno trgovačko ugovorno pravo, te što pojedine odredbe UNIDROIT Načela sadržavaju identična rješenja onima Bečke konvencije, ili pak rješenja koja su očito modelirana imajući na umu njihove ekvivalente u Bečkoj konvenciji.⁶² Pritom se nekritički zaboravlja da je navedeno samo logična posljedica te okolnosti što je Bečka konvencija bila uzor pri izradi UNIDROIT Načela,⁶³ odnosno da je navodna mogućnost takvog tumačenja sadržana u Preambuli instrumenta koji je donesen nakon Bečke

⁶⁰ Vidi *supra* bilj. 10. Eng. *They [UNIDROIT Principles] may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.*

⁶¹ Vidi Bonell, M. J., *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG - Alternatives or Complementary Instruments*, Uniform Law Review, vol. 1, 1996., str. 26 - 39, na str. 36; Brower, C. N.; Sharpe, J. K., *Creeping Codification of Transnational Commercial Law: An Arbitrator's Perspective*, Virginia Journal of International Law, vol. 45, 2004./2005., str. 199 - 221, na str. 219 - 220; Fawcett, J.; Harris, J. M.; Bridge, M., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, New York, 2005., str. 934 - 937; Garro, A. M., *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG*, Tulane Law Review, vol. 69, 1995., str. 1149 - 1190, na str. 1153; Magnus, U., *Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 59, 1995., str. 469 - 494, na str. 492, 493; Marrella, F., *Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003., str. 1137 - 1188, na str. 1176 - 1177. Vidi i <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/general-observations.html> (10. rujna 2011.).

⁶² Za takvo stajalište, prema kojemu se UNIDROIT Načela mogu koristiti kao dodatna načela na kojima se temelji Bečka konvencija, vidi Magnus, *loc. cit.* u bilj. 61.

⁶³ Vidi *supra* bilj. 17 i 29.

konvencije. Štoviše, u teoriji je prisutno i stajalište da se vremensko razilaženje Bečke konvencije i UNIDROIT Načela *ne bi smjelo koristiti kako bi se prikrije njihove izvorne i suštinske sličnosti ili spriječilo njihov zajednički smisao, koji je ujednačavanje ili harmonizacija međunarodnog trgovačkog prava*.⁶⁴ Spomenuta “igra riječi”, čak ako se i prevlada pitanje vremenskog okvira donošenja svakog pojedinog instrumenta, svakako zanemaruje ključnu razliku koja nesumnjivo postoji između UNIDROIT Načela i Bečke konvencije. Naime, polje primjene UNIDROIT Načela, za razliku od Bečke konvencije, nije ograničeno isključivo na međunarodnu kupoprodaju,⁶⁵ odnosno UNIDROIT Načela pisana su s namjerom da korisniku ponude cjeloviti pregled načela koja se, ovisno o volji ugovornih strana, mogu (ali i ne moraju) primijeniti u međunarodnim trgovačkim transakcijama. Iako se UNIDROIT Načela u sadržajnom smislu jednim svojim dijelom mogu preklapati (pa čak biti i identična) s načelima na kojima se temelji Bečka konvencija, to ipak ne znači da spomenuta dva instrumenta dijele *izvorne i suštinske sličnosti* ili pak *zajednički smisao*. Eventualne sličnosti pojedinih odredaba ne mogu u drugi plan potisnuti činjenicu da spomenuti pravni instrumenti imaju različite autore, pravnu pozadinu, polje primjene i pravnu snagu.

Opravljanje za izravnu primjena UNIDROIT Načela navodno se iščitava iz same odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije. Naime, kao što je u gornjem tekstu već navedeno, pravne se praznine u Bečkoj konvenciji popunjavaju na dvjema razinama: (1) prema općim načelima na kojima se temelji Bečka konvencija

⁶⁴ Vidi Felemegas, J., *Introduction*, u: J. Felemegas (ur.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, New York, 2007., str. 33. Autor u nastavku analizira sintagmu iz odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije koja govori o popunjavanju pravnih praznina prema općim načelima na kojima se ona temelji, te navodi kako riječi *temeljiti se* treba promatrati kroz prizmu tematskog i suštinskog, a ne inzistirati na pukom temporalnom odnosu. Iako autor u radu izričito nigdje ne govori kako bi UNIDROIT Načela izravno trebalo primjenjivati pri popunjavanju pravnih praznina unutar Bečke konvencije - već štoviše na nekoliko mjesta navodi kako je uloga UNIDROIT Načela samo dopunska - ponekad je teško razbrati jesu li takve tvrdnje uistinu ono što želi prenijeti čitatelju. Naime, autor u citiranom radu otvoreno koketira s razlozima zbog kojih bi UNIDROIT Načela trebalo primjenjivati kroz mehanizam popunjavanja pravnih praznina na temelju odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije, zaustavljajući se samo na bližoj (i nedovoljno obrazloženoj) razlici prema kojoj UNIDROIT Načela (pod pretpostavkom da s određenom odredbom Bečke konvencije dijele *zajedničku svrhu*) mogu služiti kao *izraz “općih načela” na kojima se temelji Bečka konvencija*.

⁶⁵ Vidi i Flechtner, *op. cit.* u bilj. 14, str. 273.

ili, (2) ako takvih načela nema, prema pravu mjerodavnom prema pravilima međunarodnoga privatnog prava.⁶⁶ Isticanjem teze kako su UNIDROIT Načela zapravo načela na kojima se Bečka konvencija temelji, dolazi se i do zaključka da ih valja primjenjivati kao dio odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije, odnosno da je njihova podredna primjena izravno predviđena samim odredbama Bečke konvencije. Konfuziji, čini se, do određene mjere doprinosi i sam službeni komentar UNIDROIT Načela.⁶⁷ Naime, u dijelu koji se odnosi na gore spomenuti peti redak Preambule (a prema kojemu se UNIDROIT Načela mogu koristiti *za tumačenje ili dopunu jednoobraznih međunarodnih instrumenata*), ispravno se navodi kako se pri tumačenju jednoobraznih međunarodnih instrumenata svakako valja oduprijeti težnji da se pojedine odredbe tumače pozivanjem na domaće pravo država ugovornica. To (ni po čemu sporno) stajalište u gornjem je tekstu već obrazloženo u odnosu na primjenu odredbe čl. 7. st. 1. Bečke konvencije, gdje je navedeno da se odredbe Bečke konvencije, iako je riječ o međunarodnom ugovoru koji postaje dio pravnog poretka države ugovornice, ne smiju tumačiti pozivom na unutarnje pravo pojedine države ugovornice, već uzimanjem u obzir njezina međunarodnog karaktera i potrebe promicanja ujednačenosti u njezinoj primjeni.⁶⁸ Štoviše, sam službeni komentar UNIDROIT Načela navodi odredbu čl. 7. Bečke konvencije kao primjer očite namjere zakonodavaca (odnosno autora jednoobraznih međunarodnih instrumenata) da u praksi ostvare cilj ujednačene primjene s istodobnim minimaliziranjem utjecaja domaćeg prava. Međutim, u nastavku se službenog komentara navodi da je *do sada* [pri čemu se, može se pretpostaviti, misli na trenutak donošenja UNIDROIT Načela] *takva autonomna načela i kriterije za tumačenje i dopunu jednoobraznih međunarodnih instrumenata u svakom pojedinom slučaju morao utvrđivati sudac ili arbitar, i to na temelju komparativnog istraživanja rješenja usvojenih u različitim nacionalnim pravnim sustavima*. Citirani odjeljak komentara završava zaključkom kako bi im [UNIDROIT] *Načela mogla u znatnoj mjeri pomoći u obavljanju toga zadatka*. Iako se ne može reći da je spomenuti zaključak pogrešan, jer službeni komentar uistinu ne zagovara izravnu primjenu UNIDROIT Načela u postupku popunjavanja pravnih praznina, čini se opravdanim uputiti na njegovu (ne)namjernu dvosmislenost. Naime, izravno spominjanje

⁶⁶ Vidi *supra* poglavlje 3.

⁶⁷ Vidi Službeni komentar UNIDROIT-ovih Načela međunarodnih trgovačkih ugovora iz 2010. godine, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1> (2. rujna 2011.).

⁶⁸ Vidi *supra* bilj. 35.

odredbe čl. 7. Bečke konvencije u službenom komentaru UNIDROIT Načela, u kombinaciji s tezom koja, čini se, jasno sugerira da upravo UNIDROIT Načela drže ključ za primjenu te odredbe - jer navodno olakšavaju zadatak organima koji u praksi tu odredbu primjenjuju - šalje mnogo snažniju poruku od pukog zagovaranja njihove što šire primjene u praksi. Ta je poruka, nažalost, mnogo snažnija i od samih ciljeva proklamiranih Preambulom, a svodi se na sugestiju kako primjena UNIDROIT Načela nije samo "korisna" ili "preporučljiva" u postupku *tumačenja ili dopune jednoobraznih međunarodnih instrumenata*, već da su ona na neki način implicitno sadržana u samim odredbama tih instrumenata (konkretno, u odredbi čl. 7. Bečke konvencije).

Kao što je jedan od autora duhovito (i poprilično cinično) primijetio, razliku između *općih načela na kojima se temelji Bečka konvencija* (čija je primjena propisana odredbom čl. 7. st. 2. Bečke konvencije) i *općih načela međunarodnih trgovačkih ugovora* (ili *općih načela međunarodnog trgovačkog prava*) nije baš tako teško razlučiti: prvi moraju proizlaziti iz same Bečke konvencije, dok se drugi mogu nalaziti u mnogobrojnim izvorima *izvan* same Bečke konvencije (uključujući čak i odredbe domaćeg prava, u mjeri u kojoj se ono primjenjuje u kontekstu međunarodne kupoprodaje ili bilo koje druge međunarodne transakcije).⁶⁹ Čitajući službeni komentar UNIDROIT Načela, teško se oteti dojmu da njegovi autori nedovoljnu pažnju posvećuju upravo toj jednostavnoj distinkciji te da širokim (i zapravo paušalnim) propisivanjem da se UNIDROIT Načela *mogu koristiti za tumačenje ili dopunu jednoobraznih međunarodnih instrumenata* nepotrebno otvaraju mogućnost da se UNIDROIT Načela, prije svega u praksi, počnu percipirati kao *načela na kojima se temelji* određeni *jednoobrazni međunarodni instrument*, odnosno u konkretnom slučaju *Bečka konvencija*. Što se pak tiče cilja promicanja ujednačene primjene Bečke konvencije, valja naglasiti kako su uvođenjem dvostupnjevito mehanizma popunjavanja pravnih praznina tvorci Bečke konvencije zapravo jasno dali do znanja da su svjesni da apsolutno i potpuno udaljavanje od eventualne podredne primjene domaćeg (unutarnjeg) mjerodavnog prava zapravo nije moguće postići.⁷⁰ Ne treba pritom osporavati tvrdnju da je posezanje za primjenom nacionalnog prava, pri tumačenju Bečke konvencije ili pak u postupku popunjavanja pravnih praznina, na neki način izravan udarac temeljnom cilju koji se želi postići odredbom čl. 7. st. 1. Bečke konvencije - potrebi promicanja

⁶⁹ Vidi Flechtner, *op. cit.* u bilj. 14, str. 272.

⁷⁰ Vidi i Ferrari, *op. cit.* u bilj. 35, str. 226.

ujednačenosti u njezinoj primjeni.⁷¹ Međutim, odredbu čl. 7. st. 2. u tom je smislu ispravnije promatrati kao svojevrsnu interno postavljenu granicu u primjeni čl. 7. st. 1. Bečke konvencije, jer je trenutak u kojemu nastupa nemogućnost apsolutnog postizanja cilja ujednačene primjene, a koji rezultira primjenom mjerodavnog nacionalnog prava, određen samom odredbom čl. 7. st. 2. Bečke konvencije - pravna se praznina popunjava sukladno mjerodavnom pravu samo onda kada nema općih načela na kojima se temelji. U tom smislu svakako treba odbaciti i sugestije pojedinih autora da podrednu primjenu UNIDROIT Načela valja prepustiti samoj praksi, osobito arbitražnih sudova. Navedeno se temelji na cirkularnom zaključivanju da će porast broja arbitražnih predmeta⁷² u kojima se UNIDROIT Načela primjenjuju kao opća načela na kojima se temelji Bečka konvencija (što se navodno ne može zamjeriti arbitrima koji nemaju mogućnosti da se, zanemarujući troškove samoga postupka, upuštaju u detaljne komparativne analize), dovesti do toga da će pukim protekom vremena razlozi koji govore u prilog njihove neprimjene izgubiti na važnosti.⁷³ Iako iz navedenoga jasno proizlazi da autor zapravo priznaje da ne postoji pravna argumentacija na temelju koje se UNIDROIT Načela mogu izravno primjenjivati pozivom na odredbe Bečke konvencije,⁷⁴ spekuliranje da navodni budući porast primjene UNIDROIT Načela u praksi proizlazi iz činjenice što nije riječ o međunarodnom ugovoru (pa je i postupak njihova donošenja fleksibilniji negoli je to slučaj s Bečkom konvencijom), što je pak navodno u skladu s potrebom da se odredbe Bečke konvencije tumače i primjenjuju u skladu sa suvremenim trendovima međunarodne trgovine, u potpunosti je neprihvatljivo.

⁷¹ Vidi *supra* bilj. 40.

⁷² Autor se u analizi fokusira baš na arbitražnu praksu iz tog razloga što priznanje i ovrha pravorijeka, na temelju odredaba Newyorške konvencije o priznanju i ovrši inozemnih arbitražnih pravorijeka iz 1958. godine, ne mogu biti odbijeni zbog pogrešne primjene materijalnog prava. Vidi: Fawcett, Harris i Bridge, *op. cit.* u bilj. 61, str. 934. Lakoća kojom autor otvoreno zagovara svjesno kršenje zakonskih odredaba iz tog razloga što ono naknadno ne može biti sankcionirano, zapanjuje ne samo zbog etičkih već i pravno-političkih razloga. O šteti koja bi prihvaćanjem takvog stava mogla biti nanesena samom institutu arbitražnog rješavanja sporova, gotovo da je i suviše govoriti.

⁷³ *Ibid*, str. 934 - 935.

⁷⁴ Autor doduše primarno govori o tome da će s protekom vremena doći do smanjivanja važnosti same okolnosti što su UNIDROIT Načela pisana nakon Bečke konvencije. *Ibid*, str. 934 - 935. Ipak, čini se nespornim da je pozivom na takvu argumentaciju moguće relativizirati sve razloge zbog kojih se UNIDROIT Načela ne smiju primjenjivati pozivom na odredbu čl. 7. st. 2. Bečke konvencije.

Alternativan put, kojim se u teoriji pokušava opravdati podredna primjena vanjskih izvora u postupku popunjavanja pravnih praznina, temelji se na primjeni odredbe čl. 9. st. 2. Bečke konvencije. Spomenuta odredba propisuje da se, *ako nije drukčije dogovoreno, smatra da su strane prešutno podvrgle svoj ugovor ili njegovo sklapanje običaju koji im je bio poznat ili morao biti poznat te koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovno ga poštuju ugovorne strane u ugovorima iste vrste u dotičnoj struci*. Pritom zagovornici takvog stajališta iznose tezu da se odredbe UNIDROIT Načela mogu kvalificirati kao međunarodni običaji, tj. običaji koji su ugovornim stranama bili ili morali biti poznati, koji su poznati u međunarodnoj trgovini i koje ugovorne strane redovito poštuju u ugovorima iste vrste.⁷⁵ Ovdje u prvom redu valja ustvrditi da se UNIDROIT Načela u svojoj cijelosti ne mogu smatrati međunarodnim trgovačkim običajima.⁷⁶ Kao što je u tekstu već navedeno, UNIDROIT Načela su unaprijed sastavljen katalog pravnih načela nastao kao rezultat široko provedene komparativne analize. Međutim, njihovi su tvorci osim toga na sebe preuzeli ulogu i stvaranja novih rješenja koja (prema njihovu mišljenju) zaslužuju biti uvrštena u katalog općih načela, i u odnosu na koje autori zapravo izražavaju nadu da će ih praksa u budućnosti primjenjivati.⁷⁷ Činjenica da je organ primjene svjestan njihova postojanja ne čini ih međunarodnim trgovačkim običajima.⁷⁸ Drugim riječima, odredba čl. 9. st. 2. Bečke konvencije ne može biti temelj za inkorporaciju i podrednu primjenu UNIDROIT Načela u cijelosti. Pritom je nesporno da pojedino pravilo UNIDROIT Načela može biti uzdignuto na razinu međunarodnog trgovačkog običaja. Takvom zaključku međutim mora prethoditi detaljna analiza, koja u obzir uzima okolnosti konkretnog slučaja, a spomenuti individualan pristup ujedno je i garant ispravne primjene odredbe čl. 9. st. 2. Bečke konvencije. U

⁷⁵ *Ibid*, str. 935 - 936.

⁷⁶ *Ibid*, str. 935 - 936. Iako autor ne pretpostavlja da UNIDROIT Načela u cijelosti predstavljaju međunarodne običaje koji se mogu primijeniti na temelju odredbe čl. 9. st. 2. Bečke konvencije, ističe kako upravo ovaj pristup u drugi plan stavlja prigovor prema kojemu se UNIDROIT Načela ne mogu primjenjivati jer slijede za Bečkom konvencijom. Naime, kako međunarodni običaji nastaju i razvijaju se tijekom vremena, tako i odredba čl. 9. st. 2. zapravo pretpostavlja da se na temelju nje primjenjuju običaji koji možda nisu postojali u vrijeme donošenja same Bečke konvencije.

⁷⁷ Vidi *supra* bilj. 12.

⁷⁸ Vidi i Gotanda, *op. cit.* u bilj. 12, str. 121, 122, gdje autor na primjeru kamatnih stopa pravilno argumentira zašto rješenje UNIDROIT Načela nije međunarodni trgovački običaj.

konačnici, eventualna primjena pojedinog pravila UNIDROIT Načela na temelju odredbe čl. 9. st. 2. Bečke konvencije može biti rezultat toga što je organ primjene utvrdio da je ono u sadržajnom smislu međunarodni običaj. Činjenica da je takav običaj sadržan u UNIDROIT Načelima (ili bilo kojem drugom vanjskom izvoru) nema nikakvu (a kamoli presudnu) važnost.

Gore izložena teorijska shvaćanja do određene mjere prate i sudska i arbitražna praksa. Tako je, primjerice, arbitražni sud Međunarodne trgovačke komore u Parizu, nakon što je ispravno primijenio Bečku konvenciju i (podjednako ispravno) ustvrdio da Bečka konvencija ne sadržava odredbu o kamatnoj stopi,⁷⁹ na ovo pitanje primijenio odgovarajuće odredbe UNIDROIT Načela i Načela europskog ugovornog prava.⁸⁰ Pritom je u obrazloženju izričito navedeno kako je riječ o *općim načelima u smislu odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije*. Obrazloženje na tragu gore iznesenoga nalazimo i u još jednom predmetu arbitražnog suda Međunarodne trgovačke komore, kada je pitanje kamatne stope također riješeno primjenom UNIDROIT Načela, s tim da je takav stav popraćen tvrdnjom kako upravo rješenje sadržano u UNIDROIT Načelima predstavlja *trgovački razumnu kamatnu stopu*.⁸¹ Navedena tumačenja, nažalost, nisu ograničena isključivo na pitanja određivanja kamatnih stopa.⁸² Naime, isti je arbitražni sud, primjenjujući

⁷⁹ Vidi čl. 78. Bečke konvencije, kojim je samo propisano da ako jedna strana ne plati cijenu ili neki drugi iznos s kojim je u zaostatku, druga strana ima pravo na kamate na takav iznos, a da time ne gubi pravo tražiti naknadu štete koja joj pripada na temelju članka 74. Bečke konvencije.

⁸⁰ Vidi I.C.C. International Court of Arbitration, br. 8128, 1. siječnja 1995., CISG-online br. 526. Sudska i arbitražna praksa najpotpunije internetske baze podataka koja se odnosi na Bečku konvenciju (CISG-online, <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=28>), koju je pokrenuo prof. Schlechtriem s Instituta za strano i međunarodno privatno pravo Albert-Ludwig Sveučilišta u Freiburgu, a danas ju održava i nadopunjuje tim na čelu s prof. Ingeborg Schwenzer s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Baselu, citirana je tako da je naznačeno ime baze podataka (CISG-online) i redni broj koji odgovara predmetu u toj bazi podataka (br.).

⁸¹ I.C.C. International Court of Arbitration, br. 8769, 1. prosinca 1996., CISG-online br. 775.

⁸² Problematika određivanja kamatnih stopa čini, do određene mjere, još uvijek kontroverzno pitanje u odnosu na Bečku konvenciju. Ipak, može se ustvrditi da danas prevladavajuće stajalište pravne teorije zauzima stajalište kako pitanje određivanja kamatnih stopa valja utvrđivati primjenom mjerodavnog domaćeg (unutarnjeg) prava. Vidi Bacher, u: P. Schlechtriem i I. Schwenzer (ur.), *op. cit.* u bilj. 36, str. 886 - 892.

odredbu čl. 3. st. 2. Bečke konvencije,⁸³ konstatirao kako su njezine odredbe i opća načela zapravo *sadržana u UNIDROIT Načelima*.⁸⁴ Arbitražni sud ruske gospodarske komore UNIDROIT Načela primijenio je pozivom na odredbu čl. 9. st. 2. Bečke konvencije, i to u odnosu na pitanje ugovorne kazne. Ono što iznenađuje jest teza kako UNIDROIT Načela (u cijelosti) predstavljaju međunarodne običaje, pri čemu sud takvo stajalište brani pozivom na samu Preambulu UNIDROIT Načela, odnosno na njezin (u gornjem tekstu već istaknut kao problematičan) dio prema kojemu se UNIDROIT Načela mogu koristiti *za tumačenje ili dopunu jednoobraznih međunarodnih instrumenata*.⁸⁵ Da gore iznesena stajališta prakse nisu samo relikvija prošlosti, ograničena na prošlo stoljeće i relativno rane početke u primjeni Bečke konvencije, jasno je vidljivo iz presude Vrhovnog suda Belgije iz 2009. godine.⁸⁶ Iako je sud pri odlučivanju o učincima promijenjenih okolnosti potvrdio primjenu odredbe čl. 79. Bečke konvencije,⁸⁷ sasvim je neočekivano utvrdio da ta okolnost što Bečka konvencija ne predviđa i posljedičnu mogućnost izmjene ugovora čini pravnu prazninu koju valja popuniti pozivom na odredbu čl. 7. st. 2. Bečke konvencije. Nakon citiranja odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije, belgijski sud u sljedećoj rečenici navodi kako se *pri popunjavanju pravnih praznina na ujednačen način valja prikloniti općim načelima koja se primjenjuju u međunarodnoj trgovini*. Iz navedenoga se možda ponajbolje vidi kako se *opća načela na kojima se temelji Bečka konvencija iz odredbe čl. 7. st. 2. gotovo automatizmom pretvaraju u načela koja se primjenjuju*

⁸³ Odredba čl. 3. st. 2. Bečke konvencije propisuje da se Bečka konvencija ne primjenjuje na ugovor u kojemu se pretežni dio obveza strane koja isporučuje robu sastoji u obavljanju nekog rada ili pružanja nekih usluga.

⁸⁴ Vidi I.C.C. International Court of Arbitration, br. 8817, 1. prosinca 1997., CISG-online br. 750.

⁸⁵ Vidi Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 229/1996, 5. lipnja 1997., CISG-online br. 1247. Vidi *supra* bilj. 60.

⁸⁶ Vidi *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, Hof van Cassatie, Belgija, C.07.0289. N, 19. lipnja 2009., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html> (2. rujna 2011.). Više o cjelokupnom predmetu te presudama koje su prethodile ovoj odluci vidi u: Flechtner, *op. cit.* u bilj. 14, str. 269 - 272.

⁸⁷ Odredba čl. 79. st. 1. Bečke konvencije propisuje da ako jedna stranka ne ispuni neku od svojih obveza, neće biti odgovorna za neispunjenje ako dokaže da je do neispunjenja došlo zbog smetnje koja je bila izvan njezine kontrole i da od nje nije bilo razumno očekivati da u vrijeme sklapanja ugovora smetnju uzme u obzir, da izbjegne ili savlada takvu smetnju i njezine posljedice.

u međunarodnoj trgovini. Sljedeći korak belgijskog suda (iako pogrešan) potpuno je očekivan - načela koja se primjenjuju u međunarodnoj trgovini sadržana su upravo u UNIDROIT Načelima.

Teza o uzdizanju UNIDROIT Načela na razinu načela na kojima se temelji Bečka konvencija u sebi krije i dodatnu opasnost neopravdanog širenja polja primjene Bečke konvencije. Naime, notorna je činjenica da su određena pravna pitanja i rješenja namjerno izostavljena iz Bečke konvencije jer se pokazalo da su suviše izazovna delegatima koji nisu bili u stanju dogovoriti se o konkretnom pravnom pravilu koje bi bilo prihvatljivo i predstavnicima država *common law* i predstavnicima država kontinentalnoeuropskog pravnog kruga. Uostalom, i sam uspjeh Bečke konvencije kao međunarodnog ugovora, koji se ponajbolje ogleda u broju država ugovornica⁸⁸, rezultat je vješto sročениh kompromisa, ali i pažljivog izbjegavanja da se usvoje rješenja za koja se unaprijed znalo da ih određeni krug država iz određenih razloga neće prihvatiti. Posezanje za podrednom primjenom UNIDROIT Načela, koja često sadržavaju rješenja upravo u odnosu na ona pitanja o kojima se raspravljalo pri pisanju Bečke konvencije i za koja je odlučeno da ne budu uvrštena u konačan tekst, u izravnoj je suprotnosti s namjerom koju su imali tvorci Bečke konvencije. O razni pravne nesigurnosti koja se uvodi eksperimentiranjem s vanjskim izvorima čija primjena nije predviđena samom Bečkom konvencijom, gotovo da je i suviše govoriti. Povratno, time se omogućuje i mnogo gori scenarij, prema kojemu se kao pravne praznine mogu kvalificirati čak i ona pitanja za koja je, sukladno dostupnim pripremnim radovima, jasno da su namjerno ostavljena izvan dosega Bečke konvencije.

Kao što je već spomenuto, moguće je (i ne samo moguće, već i izvjesno) da će se pojedina UNIDROIT Načela u sadržajnom smislu preklapati s načelima na kojima se temelji Bečka konvencija. Ipak, sama ta okolnost ne znači da se ta Načela izravno mogu primijeniti na temelju odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije. Bar ne prije negoli se provede analiza o tome proizlazi li konkretno UNIDROIT Načelo iz odredaba Bečke konvencije. Ovdje nije riječ samo o semantici, već o pogrešnom pristupu samoj odredbi čl. 7. st. 2. Bečke konvencije. Naime, ako spomenuta odredba propisuje da se pravne praznine popunjavaju *prema općim načelima na kojima se Bečka konvencija temelji*, to onda znači da najprije treba identificirati takvo konkretno načelo, pri čemu je Bečka konvencija jedini i ultimativni izvor koji se smije koristiti. UNIDROIT Načela mogu biti smjernica, ali ništa

⁸⁸ Vidi *supra* bilj. 1.

više od toga. Čak i kada se nakon takve analize uistinu dođe do zaključka da je načelo koje proizlazi iz Bečke konvencije sadržajno identično određenom načelu UNIDROIT Načela, ne može se ustvrditi da se to načelo izravno primjenjuje na temelju odredbe čl. 7. st. 2. Bečke konvencije. Takva primjena bila bi suprotna izričitoj konvencijskoj odredbi, a UNIDROIT Načelima implicitno bi priznala pravnu snagu koju nemaju.

5. ZAKLJUČAK

Ne bi trebalo biti dvojbe da je neprimjerena izravna primjena UNIDROIT Načela, Načela europskog ugovornog prava ili bilo kojih drugih vanjskih izvora pozivom na odredbu čl. 7. st. 2. Bečke konvencije. Iako je zajednički nazivnik svih u tekstu analiziranih izvora prava unifikacija, pa i svojevrsna denacionalizacija trgovačkog prava - ta konstatacija ne smije biti podloga za grubo zanemarivanje njihove pravne prirode i mehanizama njihove primjene. Paradoksalno, upravo takav pristup (najvjerojatnije izazvan gorljivim entuzijazmom borbe protiv barijera koje kao rezultat različitih nacionalnih pravnih rješenja često stoje na putu trgovinskih odnosa) dovodi do potpune negacije ciljeva koji se unifikacijom žele postići. Čak i pod pretpostavkom da primjena općih načela sadržanih u vanjskim izvorima u konačnici vodi do istog rezultata kao da je sud primijenio opće načelo za koje je prethodno utvrdio da se na njemu temelji Bečka konvencija, automatsko posezanje za vanjskim izvorima u potpunosti je neopravdano. Mjera u kojoj se opća načela sadržana u vanjskim izvorima mogu primijeniti mora ostati u okvirima sugestije, odnosno samo smjernice.

Pretpostavka izravne primjene UNIDROIT Načela jest ta okolnost da su strane takvu primjenu predvidjele svojim ugovorom. Iako je Bečka konvencija nesumnjivo međunarodni instrument kojim se ujednačava pravo međunarodne kupoprodaje, iz te činjenice što Preambula UNIDROIT Načela propisuje da se ona mogu koristiti za tumačenje, odnosno kao pomoć pri tumačenju jednoobraznih međunarodnih instrumenata, ne proizlazi i zaključak da odredba čl. 7. Bečke konvencije predviđa njihovu izravnu primjenu. Tekst Preambule u tome dijelu ne može biti osnova obvezne primjene UNIDROIT Načela. Instrument čija primjena ovisi o sporazumu ugovornih strana ne može sam propisati svoju povratnu primjenu pri tumačenju (ili popunjavanja pravnih praznina) Bečke konvencije.

Već pomalo iscrpljena fraza da je Bečka konvencija međunarodna *lingua franca* mora se prestati koristiti kao izlika za neopravdano širenje njezina polja primjene. Ta okolnost da je Bečka konvencija nesavršen i nepotpun (u dijelovima čak i neprihvatljivo krnj) instrument nikako nije temelj za neprimjerenu podrednu primjenu drugih instrumenata međunarodne unifikacije - već jednostavno notorna činjenica. Samo ako se prihvati postojanje ograničenja koja su inherentna Bečkoj konvenciji - otvara se i mogućnost da se u budućnosti možda počne raditi na nekom drugom, boljem i potpunijem međunarodnom ugovoru koji će cjelovitije pristupiti unifikaciji međunarodnog trgovačkog prava. U isto vrijeme, dozvoljavanje da se odredbe već postojećeg međunarodnog ugovora tumače na suviše ekstenzivan način šalje poruku da je svaki projekt unifikacije u prvom redu opasan i nepredvidiv, i da ga je stoga bolje zaobići jer njegova primjena ultimativno ovisi o faktorima na koje ugovorne strane ne mogu utjecati. Kako je upravo pravna sigurnost garant mogućeg budućeg razvoja unifikacije trgovačkog ugovornog prava, organi primjene osobito moraju paziti da svojim postupanjem ne ugroze temeljne ciljeve koji se Bečkom konvencijom promiču.

Summary

Nina Tepeš*

GAP-FILLING MECHANISM IN UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR INTERNATIONAL SALE OF GOODS AND UNIFICATION OF LAW ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Article 7 of United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods deals with two important legal notions of the law of international sale of goods. Paragraph 1 states a general rule on interpretation of the Convention, while paragraph 2 contains a gap-filling mechanism. This paper discusses the application of the two paragraphs, particularly by referring to the arbitral case-law which uses UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts for gap-filling, while disregarding differences between the Convention and the Principles (scope of application and differences in content). Namely, paragraph 2 prescribes a two-step mechanism for gap-filling which primarily applies

* Nina Tepeš, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

general principles on which the Convention is based and in the case that there are no such principles, the applicable law is determined by conflict-of-laws rules. But a part of legal theory, as well as a part of legal practice indicates (by invoking the same provision) that gaps can be filled using the principles which should be deemed, with regard to the Vienna Convention, external sources, especially the UNIDROIT Principles. The paper explains the reasons against such a theory and practice (contrary to Art. 7, par. 2 of the Convention, contrary to the Principles whose application should be agreed upon, unjustified expansion of the Convention's scope of application) and concludes that such a practice is dangerous for the international sale of goods and legal certainty upon which the parties rely.

Key words: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, unification of law on international sale of goods, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts