

INSTITUT PISANE POTVRDE U MEĐUNARODNOM TRGOVAČKOM PRAVU I TZV. “SKLAPANJE” UGOVORA O ARBITRAŽI ŠUTNJOM U TRGOVAČKIM ODNOSIMA PREMA ZAKONU O ARBITRAŽI

Prof. dr. sc. Petar Miladin *

UDK: 347.918:347.457.4

347.457.4:347.918

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: siječanj 2009.

Polazi se od toga da institut pisane potvrde nema jednak pravni položaj u domaćem i međunarodnom trgovačkom pravu. Raspravlja se o poredbenopravnom položaju instituta pisane potvrde. Objašnjava se zašto institut pisane potvrde u međunarodnom trgovačkom prometu nema snagu općega međunarodnoga trgovačkog običaja. Brani se stajalište po kojem primjena instituta pisane potvrde u međunarodnom trgovačkom pravu, pa shodno tome i u međunarodnim arbitražnim postupcima, u pravilu ovisi o tome iz koje su zemlje stranke te je li se sporni posao neposredno obavljao u zemlji čije je pravo inače mjerodavno za ugovorni odnos. Nastoji se, također, smisljeno proniknuti u odredbe čl. 6. st. 3. Zakona o arbitraži (nadalje ZA) po kojima se ponajprije trgovački ugovor o arbitraži, izuzetno, u dva slučaja smatra sklopljenim iako nije dogovoren u pisanom obliku. Kritizira se rašireno stajalište po kojem je u drugom slučaju posrijedi pojednostavnjeno “sklapanje” arbitražnog ugovora šutnjom. Izuzetak iz čl. 6. st. 3. t. 2. ZA objašnjava se pomoću instituta pisane potvrde, dakle, sukladno pravilima o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja, a ne prema temeljnom poslovnopravnom konceptu obveznopravne odgovornosti. Arbitražni ugovor kao i svaki drugi ugovor može biti predmetom instituta pisane potvrde. Tvrdi se kako primjena čl. VII.

* Dr. sc. Petar Miladin, profesor Pravnoga fakulteta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb
Skraćena verzija ovog rada objavljena je na engleskom jeziku pod nazivom The Institution of Confirmation in Writting (or Writtings in Confirmation) in International Commercial Law and the so called “Conclusion” of Arbitration Agreement by Way of Silence in Commercial Relations under the Croatian Arbitration Act, u *Croatian Arbitration Yearbook*, Vol. 15. Year 2008, Zagreb, pp 29-57.

t. 1. Konvencije o priznanju i ovrši stranih arbitražnih pravorijeka (Newyorška konvencija) u pojedinim slučajevima može nadomjestiti nedostatak pisanog oblika arbitražnog ugovora institutom pisane potvrde iako zemlja priznanja i ovrhe stranih arbitražnih pravorijeka uopće ne priznaje konstitutivne učinke tog instituta ili ih pak priznaje, ali samo u suženom opsegu, dakle, ne priznaje konstitutivne učinke arbitražnog ugovora s naslova pravila instituta pisane potvrde.

Ključne riječi: ugovor o arbitraži, prešutno, tacite, konkludentno sklapanje ugovora o arbitraži, šutnja, institut pisane potvrde, trgovački običaj.

I. UVOD

Problem šutnje u obveznim odnosima zaokuplja pozornost domaće i strane pravne književnosti i sudske prakse. Osim slučajeva propisanih odredbom čl. 265. st. 3. i st. 4. Zakona o obveznim odnosima (nadalje ZOO), institut pisane potvrde najvažniji je primjer pojačanih pravnih učinaka šutnje u obveznim odnosima.¹ U svim tim slučajevima susrećemo ponuđeniku pribrojivo neočito-

¹ Barbić je, posebice, u domaćem pravu uporno nametao institut pisane potvrde kao važan problem svojim brojnim prikazima i na naše pravo primjenjivih poredbenih sudskih odluka v. Barbić, J., *Trgovačka pismena potvrda dogovora - naknada štete - pljenidba - pridržaj prava vlasništva* (prikaz presude Saveznog suda SR Njemačke br. VIII ZR 108/75 od 8. XII. 1976., objavljene u zbirci *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* Bd. 67 Köln - Berlin, 1977., str. 378.-383, Informator (Male stranice Informatora), 1977., str. 4.-5; Barbić, J., *Osvrt na odluku Vrhovnog suda Republike Austrije* od 16. XII. 1976, objavljenu u *Mietrechtliche Entscheidungen*, str. 28104, Informator (Inozemno i međunarodno privredno pravo), 1977., str. 5. Barbić, J., *Trgovačka potvrda* - Pošiljalac trgovačke pismene potvrde mora, ako se to zahtijeva, dokazati ne samo to da je ta potvrda stigla primaocu nego i kad se to dogodilo (prikaz presude Saveznog suda SR Njemačke br. IV ZR 204/75 od 18. I. 1978., objavljene u zbirci *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* Bd. /0 Köln - Berlin, 1978., str. 232.-235.), Informator (Inozemno i međunarodno privredno pravo), 1979., str. 5.-6.

O institutu pisane potvrde u domaćem pravu v. i: Goldštajn, A., *Trgovačko ugovorno pravo*, 4, izmijenjeno izdanje, Zagreb, 1991., str. 273. i 442. Miladin, P., *Šutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima*, ZPFZ 4/2008, str. 923.-995., uz navođenje domaće sudske prakse koja podupire učenje o pisanoj potvrdi.

Za njemačko pravo v. Baumbach, A./Hopt, K. J. L. / Merkt, H., *Handelsgesetzbuch*, 31. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, München, 2003., § 346. Canaris, C.W., *Handelsrecht*, 24. potpuno dorađeno izdanje, München, 2006., § 23. Schmidt, K., *Handelsrecht*, 5. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Köln/Berlin/Bonn/München, 1999., § 19. Horn, N., u: Horn, N. (ured.), *Heymann Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 4. Viertes Buch* §§ 343.-475h. 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 2005., Berlin, § 362.

vanje volje, puku fikciju o sklapanju ugovora jer se obveznopravni učinci šutnje podudaraju s pravnim učincima valjano sklopljenog ugovora. Ponuđenik tada odgovara za ispunjenje, a ne za puku naknadu štete po pravilima o naknadi negativnoga pogodbenog interesa. Usprkos teškoćama koje se pojavljuju u praksi, treba oštro razgraničiti šutnju prema prešutnom, *tacite*, konkludentnom sklapanju ugovora.² Temeljno poslovnopravno učenje ne može uspješno objasniti obvezujuće učinke šutnje, bar ne one vezane uz ispunjenje činidbe, budući da šutnja nije očitovanje volje.³ Poslovnopravna radnja kao očitovanje volje može se međutim dati i prešutno, *tacite*, konkludentno. Utoliko, iznimno, voljom ugovornih strana i sama šutnja može imati karakter konkludentne radnje.

Na poredbenopravnoj razini prisutna su tri različita pristupa institutu pisane potvrde. Dok je u hrvatskom te, primjerice, njemačkom i švicarskom pravu pisana potvrda ustaljena kao samostalan pravni institut pomoću kojeg se mogu nadomjestiti obveznopravni učinci vezani uz zasnivanja te određivanje potanijeg sadržaja pojedinoga ugovornog odnosa, mnoga nacionalna prava općenito spore institut pisane potvrde, a druga ga načelno prihvaćaju ali uz krajnje suženu primjenu. Engleska predvodi zemlje koje općenito osporavaju institut pisane potvrde, a SAD zemlje koje zastupaju "pomirljiva" rješenja o ograničenim, suženim konstitutivnim učincima instituta pisane potvrde.⁴

Za poredbenopravnu analizu v. Ebenroth, C. T., *Das kaufmännische Bestätigungsschreiben im internationalen Handelsverkehr*, ZVglRIW 1978., str. 161.-206. Kröll, S./Hennecke, R., *Kaufmännische Bestätigungsschreiben beim internationalen Warenkauf*, RabelsZ 67(2003.), str. 448. i nadalje.

Za pravo SAD v. Uniform laws annotated Volume 1 A Uniform commercial code prior art. 2 §§2.-2'1. to 2.-314. with annotations from state and federal courts, § 2.-207.

² Klarić, P./Vedriš, M., *Građansko pravo*, 11. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2008., str. 130., smatraju kako je šutnja oblik očitovanja volje da bi potom zaključili kako prema čl. 265. st. 1. ZOO-a šutnja ne znači prihvrat ponude. Posrijedi je dobar primjer za to kako temeljni poslovnopravni koncept muku muči s pravnim učincima šutnje u obveznim odnosima. Vedriš i Klarić ne tumače zašto ZOO u iznimnim slučajevima, posebice čl. 265. ZOO-a, odstupaju od općeg pravila po kojem šutnja ne znači prihvaćanje ponude.

³ V. pobliže Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 940. i nadalje.

⁴ Širu poredbenopravnu analizu pravnih učinaka instituta pisane potvrde v. Kröll, S./Hennecke, R., *op. cit.* u bilj. 1, str. 448. i nadalje; Ebenroth, C.T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 161. i nadalje. Austrijsko pravo praktički dolazi do istih rezultata kao njemačko, švicarsko i hrvatsko, ali ne prema materijalnopравnim pravilima nego prema pravilima o prebacivanju tereta dokazivanja s pošiljatelja pisane potvrde na primatelja pisane potvrde koji nije pravodobno

Razjedinjenost nacionalnih materijalnih prava po pitanju pravnih učinaka instituta pisane potvrde odrazila se i na međunarodne kodifikacije trgovačkog prava, ponajviše na Bečku konvenciju koja nije uredila institut pisane potvrde. UNCITRAL, pod čijim je okriljem izrađen nacrt Bečke konvencije, jednostavno nije mogao prijeći preko činjenice da znatan broj zemalja uopće ne poznaje institut pisane potvrde, odnosno ne priznaje konstitutivne učinke instituta pisane potvrde.⁵ Izostanak instituta pisane potvrde u Bečkoj konvenciji otvara više pristupa problemu, posebice jer je američki koncept instituta pisane potvrde proturen na mala vrata odredbom čl. 19. st. 2. i st. 3. Bečke konvencije. Je li u tzv. međunarodnom trgovačkom pravu moguće "pomirljivo" rješenje na tragu odredbe čl. 9. st. 2. Bečke konvencije⁶, imamo li međunarodni trgovački običaj o institutu pisane potvrde usprkos tome što su pojedina nacionalna prava oštro suprotstavljena glede pravnih učinaka šutnje na pisanu potvrdu o usmeno, neformalno sklopljenom ugovoru?

Treba raspraviti ima li uopće mjesta primjeni domaćeg instituta pisane potvrde na trgovačke ugovore podvrgnute Bečkoj konvenciji, te može li se domaći institut pisane potvrde primijeniti na temelju odredbe čl. 4. Bečke konvencije.⁷ Ima li u okviru Bečke konvencije mjesta za kolizijskopravno upućivanje na hrvatsko pravo glede instituta pisane potvrde? Ako odgovor nije potvrđan, postavlja se pitanje treba li tu pravnu prazninu Bečke konvencije popunjavati eventualnim međunarodnim trgovačkim običajem ili pak UNIDROIT-ovim načelima⁸ i PECL-načelima⁹ budući da ona nude rješenja za popunjavanje pravnih praznina kodifikacija međunarodnoga trgovačkog prava posebice Bečke konvencije. Ukratko, treba raspraviti u kojoj je mjeri institut pisane potvrde bitan za primjenu Bečke konvencije.

otklonio njen sadržaj. V. поближе Straube/Krammer, *Kommentar zum HGB*, 2000., Wien, § 346. Rbr. 52.

⁵ V. United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook IX: 1978 (1981.) Nr. 213 i nadalje (str. 76. i nadalje), Nr. 228 (str. 78.).

⁶ Prema čl. 9. st. 2. Bečke konvencije 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 te koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovno ga poštuju strane u ugovorima iste vrste u dotičnoj struci.

⁷ Rašireno stajalište nama poredbenopravne njemačke sudske prakse otklanja u tom dijelu primjenu njemačkog instituta pisane potvrde. V. Kröll, S./Hennecke, R., *op. cit.* u bilj. 1, str. 450.

⁸ UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts* (Rim 2004.).

⁹ Principles of European Contract Law.

Odredba čl. 6. st. 3. ZA predviđa mogućnost konkludentnog sklapanja arbitražnog ugovora te primjenu instituta pisane potvrde glede ugovora o arbitraži. Poput svih drugih trgovačkih ugovora i trgovački ugovor o arbitraži potencijalno je podvrgnut običajima o konkludentnom sklapanju ugovora te institutu pisane potvrde. ZA, s druge strane, izričito podupire primjenu instituta pisane potvrde glede ugovora o arbitraži i tako neposredno potvrđuje stajalište hrvatskog prava o primjeni instituta pisane potvrde. Nije, međutim, svejedno jesu li strane ugovora o arbitraži subjekti hrvatskog prava ili su oni, pak, subjekti nekoga poredbenog prava. Primjena instituta pisane potvrde u konačnici ovisi o tome odakle su strane arbitražnog ugovora te o tome kako oni posluju u Hrvatskoj kao zemlji mjerodavnoga materijalnog prava, ugovornog statuta.

Naša pravna književnost arbitražnog prava nije precizno razgraničila iznimke iz čl. 6. st. 3. ZA, nije dovoljno jasno dala do znanja kako se prva iznimka tiče konkludentnog sklapanja ugovora o arbitraži, a druga primjene instituta pisane potvrde, odnosno pravila o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja glede ugovora o arbitraži.¹⁰ Ona neopravdano poistovjećuje konkludentno sklapanje ugovora s institutom pisane potvrde. K tome, preusko, preformalno tumačeći drugi izuzetak iz čl. 6. st. 3. ZA, ona neprimjereno ograničava primjenu insti-

¹⁰ Triva, S./Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo*, Zagreb, 2007., Rbr. 23 i 24, str. 61. upućuju na to da i druga iznimka iz čl. 6. st. 3. ZA, jednako kao i prva, potvrđuje mogućnost konkludentnog, prešutnog prihvata ugovora o arbitraži; Sikirić, H., *Ugovor o arbitraži*, PuG 2/2002., str. 44.-46., pristupa problemu razgraničenja spomenutih iznimaka s materijalnopravnog stajališta, ali ih također u konačnici ne razgraničuje, on, naime, previđa domaće običaje o konkludentnom sklapanju ugovora (“...ne može se reći da običaj na koji se odnosi čl. 6. st. 3. t. 1. ZA postoji u Hrvatskoj.”), a glede instituta pisane potvrde postavlja prekruto i u konačnici neodrživo pravilo po kojem “Do valjanosti u pogledu oblika može dovesti samo ona obavijest koja se svojim sadržajem u cijelosti poklapa s ranije postignutom suglasnošću.”; Tepeš, N., *The Form of the Arbitration Agreement*, magistarski rad (neobjavljeno) Budimpešta-Zagreb, 2000., str. 88. i nadalje, također, jasno ne podcrtava materijalnopravne posebnosti instituta pisane potvrde u odnosu na prešutno sklapanje ugovora o arbitraži. Potonji rad napisan je prije nego što je stupio na snagu novi ZA.

Goldštajn, A./Triva, S., *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987., str. 143. t. 9. te str. 322. t. 3, razlikuju ta dva slučaja, ali oni pogrešno poistovjećuju pisanu potvrdu s fakturama, otpremnicama, zaključnicama i drugom pisanom poslovnom korespondencijom. Goldštajn i Triva osporavaju primjenu instituta pisane potvrde glede ugovora o arbitraži iako Goldštajn inače zagovara primjenu instituta pisane potvrde u domaćem pravu. Potonji rad napisan je, također, prije nego što je stupio na snagu novi ZA.

tuta pisane potvrde glede arbitražnih sporazuma samo na područje tzv. deklaratornih pisanih potvrda, umjesto da je protegne i na područje konstitutivnih pisanih potvrda kako je to inače u domaćim obveznim odnosima.¹¹ Zadaća rada je potcrtati razlike između te dvije iznimke iz čl. 6. st. 3. ZA te ponuditi materijalnopravna pravila u praktičnoj primjeni tih iznimaka. Ukratko, uputiti glede tumačenja odredbe čl. 6. st. 3. ZA na pravila materijalnopravnog instituta pisane potvrde. Uči u raspravu o "običajima u prometu po kojima se šutnja može smatrati prihvatom ugovora o arbitraži."

II. INSTITUT PISANE POTVRDE PREMA HRVATSKOM PRAVU

Ugovor je sklopljen kad ugovorne strane suglase svoje volje (čl. 247. ZOO-a). Ponuda i prihvata moraju se susresti da bi došlo do sklapanja ugovora. Šutnji na dobivenu ponudu ne pridaje se u načelu značenje očitovanja volje. U trgovačkom i u građanskom pravu šutnja nije ni prihvata niti odbijanje učinjene ponude. Pozitivnopravno nije moguće braniti tezu da je šutnja očitovanje volje.¹²

U poslovnom prometu uobičajeno je da strane međusobno razmjenjuju pismena kojima potvrđuju prethodno sklopljene ugovore pa i tobože sklopljene ugovore. Pisane potvrde dotiče se i ZOO namećući stranama izričitu ugovornu obvezu da na zahtjev svoga ugovornog partnera izdaju pisanu potvrdu usmeno sklopljenog ugovora.¹³ Ponajprije se u trgovačkom prometu ustalilo da primatelj pisane potvrde pod određenim pretpostavkama mora bez odgađanja osporiti dobiveno pismo jer će se u suprotnome uzeti da je s njime suglasan.¹⁴ Ne ospori li primatelj pismo, "smatra se da je prihvatio ugovor"¹⁵, i to u onom sadržaju koji je potvrđen pismenom, osim ako ne dokaže da pošiljatelj pismena nije postupao pošteno, odnosno da pismo u toj mjeri odudara od prethodno postignutog ugovora tako da se pošiljatelj ni u kom slučaju ne može s povje-

¹¹ Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 10, Rbr. 23, str. 61., upućuju na takvo suženo tumačenje instituta pisane potvrde nizanjem četiri pretpostavke za primjenu izuzetka iz čl. 6. st. 3. t. 2. ZA. O deklaratornim i konstitutivnim pisanim potvdama *v.* opširnije Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 948. i nadalje.

¹² *V.* pobliže Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 953. i nadalje.

¹³ *V.* čl. 287. ZOO-a.

¹⁴ U tom smislu, primjerice, Goldštajn, A., *op. cit.* u bilj. 1, str. 237. i str. 442.

¹⁵ Posrijedi je samo predmnjeva. U biti je posrijedi odgovornost za ispunjenje na temelju odnosa povjerenja odnosno zbog stvaranja pravnog privida.

renjem pouzdati u to da primateljeva šutnja na pismeno znači prihvati.¹⁶ I domaći sudovi poduprli su objektivno pravilo po kojem strana koja od druge ugovorne strane primi potvrdu navodnoga usmenog sporazuma, čiji sadržaj nije u skladu sa sadržajem prethodno postignutog sporazuma, ne smije šutjeti, već se u skladu s načelom savjesnosti i poštenja u prometu mora ograditi. I po sudskoj praksi može se prema okolnostima pojedinog slučaja uzeti da je sadržaj pisanog priopćenja istinit ako primatelj ne reagira.¹⁷ Odredba čl. 6. st. 3. t. 2. ZA uklapa se stoga u opće stajalište domaćeg prava o institutu pisane potvrde.

Institut pisane potvrde sastavni je dio objektivnog prava.¹⁸ Učenje o pisanoj potvrdi preraslalo je u pravo pisane potvrde.¹⁹ Pravna pravila o pisanoj potvrdi razvila su se iz trgovačkih običaja, odnosno shvaćanja trgovačkoga prometa.²⁰ Potrebe suvremenoga pravnog i poslovnog prometa nameću strože standarde postupanja u obveznim odnosima i drugim osobama koje poput trgovaca u

¹⁶ Poblize za domaće pravo Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 961. i nadalje. Tako za njemačko pravo, primjerice, Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, 19 III 1.

¹⁷ Riječ je o sentenci odluke objavljene u Zbirci odluka privrednih sudova (1956.), broj 1. Odluku navodi i Goldštajn A., *op. cit.* u bilj. 1, str. 237. i 277., potkrjepljujući time svoju tvrdnju da institut pisane potvrde korigira opće pravilo po kojemu šutnja nema učinak prihvata. Goldštajn objektivnu primjenu instituta pisane potvrde tumači kao posljedicu primjene poslovnog običaja. Nije jasno misli li samo na trgovačke ili šire poslovne običaje. V. i precizniju noviju odluku VTS RH, Pž-950/96 od 19. studenoga 1996. objavljenu u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004. kao odluka pod rednim brojem 5/IV na str. 35.-36.

Goldštajn, A./Triva, S., *op. cit.* u bilj. 10, str. 143. t. 9 osporavaju primjenu instituta pisane potvrde glede ugovora o arbitraži, *nota bene* prije nego što je na snagu stupio novi ZA, iako Goldštajn inače zagovara primjenu instituta pisane potvrde u domaćem pravu. Goldštajn nije poblize objasnio svoje stajalište pa o razlozima možemo samo nagađati.

¹⁸ V. opširnije Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 923. i nadalje. Tako za njemačko pravo s argumentima koji su na odgovarajući način primjenjivi i u domaćem pravu Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 23.; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 16, § 19. III 1. b. Suprotno tome vladajuće stajalište u austrijskom pravu v. Bydlinski F., Die Entmythologisierung des "kaufmännischen Bestätigungsschreibens" im österreichischen Recht, u Jakobs, H.H./Knobbe-Keuk, B./Picker, E./Wilhelm, J. (ured.), Festschrift für Werner Flume, Köln, 1978., str. 194.

¹⁹ Poblize Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 923. i nadalje. Tako za njemačko pravo Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 19. III 1. b.

²⁰ Iz starije pravne književnosti v. Stražnicki, M., *Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb, 1926., str. 216.

prometu nastupaju preko svog poduzeća. Pravna pravila o pisanoj potvrdi ne mogu se više tumačiti kao trgovački običaji jer je personalno područje njihove primjene šire, ne primjenjuju se samo na osobe trgovačkog prava.²¹ Riječ je o objektivnim pravilima postupanja u obveznim odnosima koja su rezultat shvaćanja suvremenoga pravnog i poslovnog prometa. Sudska praksa i pravna književnost trebaju precizirati i dalje razvijati primjenu prava pisane potvrde budući da je ona uvijek primjenjiva na pojedini slučaj. Može se raspravljati o ograničenjima i o daljnjem razvoju ovoga pravnoga instituta, ali ne i o njegovoj načelnoj pravno obvezujućoj snazi.²²

Za primjenu pisane potvrde nije odlučno možemo li neko pismeno okarakterizirati kao pisanu potvrdu. Pisana potvrda nije stoga definiran pojam, ona sama po sebi ne nameće primjenu pravnih pravila. Pogrešno je govoriti o pisanoj potvrdi kao o pravnom pojmu. Upravo suprotno, objektivna pravna pravila presudna su prilikom tumačenja podliježe li pojedina pisana potvrda primjeni objektivnoga materijalnog prava.²³ Umjesto pojmom pisane potvrde treba baratati institutom pisane potvrde. Pisana potvrda zapravo je oznaka tipičnog područja primjene objektivnih pravnih pravila o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja.²⁴ Pravna pravila o odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida mogu u okviru odgovornosti na temelju odnosa povjerenja značajno pridonijeti rješavanju brojnih složenih predmeta koji snažno opterećuju sudsku praksu.²⁵

²¹ O tome *v.* pobliže pod 5.4.

²² Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 923. i nadalje. Za njemačko pravo *v.* Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 19. III 1. b.

²³ *V.* opširnije Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 923. i nadalje. U tom smjeru za njemačko pravo *v.* Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 19. III 3.

²⁴ *V.* opširnije Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 923. i nadalje.

²⁵ Primjera radi treba navesti konkretan činjenični opis spora u kojem se pojavljuje institut pisane potvrde. Društvo za porezno savjetništvo A&B sa sjedištem u Zagrebu pregovaralo je s više građevinskih poduzetnika o izgradnji svoje poslovne zgrade. Tijekom pregovora koje je A vodio s građevinskim inženjerom D zaposlenim u malom splitskom građevinskom obrtu, prihvatio je usmeno A 28. 3. C kao najpovoljnijeg izvođača nakon što se uspostavilo da je ponuda koju je za C dao građevinski inženjer D najpovoljnija budući da je ponuda bila najmanje 25% povoljnija od onih koje su dale konkurentske tvrtke. Ujedno su A i D razmijenili različite isprave koje su se ticale ugovora. A pri tome nije imao u vidu, iako je to morao znati, da D nije bio ovlašten sklopiti ugovor te da stupanje ugovora na snagu ovisi o tome hoće li se s tako sklopljenim ugovorom C naknadno suglasiti. Potom su I.4. A i B poslali građevinskom poduzetniku C pismeno koje su označili kao "potvrđivanje naloga". U njemu su dali svoje viđenje usmeno sklopljenog ugovora s obzirom na sadržaj tako sklopljenog ugovora i sadržaj razmijenjenih isprava

Institutom pisane potvrde nisu obuhvaćena sva pismena, posebice fakture²⁶, pa sud treba u svakom pojedinom slučaju krajnje obazrivo utvrditi jesu

koje se tiču usmeno sklopljenog ugovora. U pismenu je, među ostalim, bilo navedeno da grubi građevinski radovi trebaju bezuvjetno biti izvršeni do 31.11. zbog prijekne potrebe da najkasnije do tada A&B započnu poslovati i to po fiksnoj cijeni od 1,2 milijuna kuna. Na nagovor B u pismenu je bilo nadodano, iako to A i D nisu ugovorili, da D snosi punu odgovornost za svu štetu koja nastane A&B zbog prekoračenja roka u kojem radovi treba izvršiti. U pismenu je stajalo da će C za svaki dan prekoračenja ugovorenog roka platiti A&B 3.000 kuna. D je 2.4. naišao među ispravama koje se tiču ugovora, a koje mu je A uručio prilikom sklapanja ugovora, i opće uvjete poslovanja A&B u kojima je stajalo da A&B ni u kojem slučaju ne bi mogli prihvatiti bilo kakvo isključenje ili ograničenje odgovornosti svojih ugovornih partnera. D je još istoga dana poslao A&B pismeno koje je nazvao "potvrđivanje naloga" u kojemu je stajalo: "Moramo (misli se na C) ostati pri tome da se ugovor uključuje isključivo naše opće uvjete poslovanja koji uređuju pitanje isporuke i plaćanja. Smatrat ćemo da ste s tim suglasni ako najkasnije sljedeći tjedan ne otklonite primjenu naših općih uvjeta poslovanja." C je u općim uvjetima poslovanja ograničio svoju odgovornost na grubu nepažnju prilikom ispunjenja ugovora te je isključio svoju odgovornost za naknadu štete zbog zakašnjele isporuke i dovršenja posla. C je ujedno u svojim općim uvjetima poslovanja propisao da su usmeno ugovoreni rokovi isporuke i dovršenja posla tek okvirno postavljeni te da ga stoga ne obvezuju. Kao mjesto ispunjenja C je u općim uvjetima poslovanja naveo Split, a kao mjesno nadležan sud naveo je Trgovački sud u Splitu. Bojeći se da će mu C prigovarati jer je posao dogovarao na svoju ruku, D je na brzinu uništio pismeno o potvrđivanju naloga koje su A&B poslali C odmah nakon što je ono 3.4. stiglo u C-ov ured. Uništio je i pismeno kojim je C 25.4. odobrio ugovor i to po cijeni od 1,3 milijuna kuna, tako da pismeno nije prispjelo A&B.

A&B su u veljači naredne godine zahtijevali od C, pod prijeljnom tužbe Trgovačkom sudu u Zagrebu, ugovornu kaznu u iznosu 90.000 kuna i naknadu štete u iznosu 60.000 kuna jer su grubi građevinski radovi bili izvedeni dva mjeseca kasnije nego što je ugovoreno pa su stoga u svom poslovanju pretrpili odgovarajuću štetu. C se pozvao na svoje opće uvjete poslovanja te je istaknuo da D nije bio ovlašten sklapati poslove na njegov teret. D ga je prevario. Naknadno se osim toga ispostavilo da je zemljište na kojem je trebalo podići građevinu bilo pretežno sastavljeno od kamenog ugljena, a to se neposredno odrazilo na povećanje troškova i zakašnjenje u visini 10%. D je pogrešno procijenio svojstva zemljišta. Ipak, pri tome mu se mogla nametnuti krivnja samo u stupnju obične nepažnje, a za običnu nepažnju D nije snosio odgovornost.

Treba li uvažiti ili odbiti tužbu kojom A&B prijete? Prije toga treba dakako pomno ispitati jesu li ispunjene materijalnopravne pretpostavke instituta pisane potvrde.

Činjenični opis naveden je prema BGH NJW 1965, 965; BGHZ 61, 282; OLG Köln, WM 1980, 905. Kao studijski primjer iznose ga i: Hopt, K.J./Mössle, K.P./Schmitt, R., Handels- und Gesellschaftsrecht Band I. Handelsrecht, München, 1999, RdN 516.

²⁶ Time se bavio i njemački BGH u presudi od 21. 9. 2005. - III ZB 18/2005 (OLG Oldenburg). Presuda, popraćena komentarom, objavljena je u NJW 48/2005, str. 3499.-3501.

li ispunjene pretpostavke za njegovu primjenu, a ako jesu, nameću li pravna pravila s naslova instituta pisane potvrde arbitražni dogovor.²⁷ Iako je faktura redovito prvi pisani akt o usmeno sklopljenom ugovoru, a često i jedini, njena namjera nije pisano potvrditi usmeno sklopljeni ugovor.²⁸ Faktura je usmjerena na jednostrani obračun i naplatu naknada i troškova, a ne na to da u pisanom obliku sažme sadržaj prethodno vođenih pregovora.²⁹ Imamo, uostalom, opći trgovački običaj po kojem arbitražne klauzule jednostrano unesene u fakturu ne obvezuju kupca, korisnika usluge ako je fakturu ili dostavnicu robe primio, a nije joj pravodobno prigovorio.³⁰ Pod uvjetima plaćanja i drugim uvjetima koje prodavatelj jednostrano unese u fakturu ili dostavnicu, a u smislu opće uzance za promet robom broj 203, podrazumijevaju se, naime, i u fakturu jednostrano unesene arbitražne klauzule. Danas se pojedine Opće uzance za promet robom mogu primijeniti kao opći trgovački običaji ako su za to ispunjene pretpostavke iz čl. 12. ZOO-a. Glede Opće uzance za promet robom broj 203 ispunjene su za to potrebne pretpostavke.

III. INSTITUT PISANE POTVRDE U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

Međunarodna trgovačka praksa zaokupljena je, također, problematikom instituta pisane potvrde.³¹ Često se, posebno, postavlja pitanje može li se na temelju instituta pisane potvrde ocijeniti koje je pravo mjerodavno za tumačenje

BGH je opravdano zaključio da puke fakture nisu obuhvaćene institutom pisane potvrde.

²⁷ Goldštajn, A./Triva, S., *op. cit.* u bilj. 10, str. 143., pogrešno izjednačavaju pravne učinke svih isprava koje jedna strana šalje drugoj nakon što su sklopile ugovor o arbitraži. Pisana potvrda o usmeno sklopljenom ugovoru ne može se već po svojoj namjeri izjednačiti s arbitražnom klauzulom koja je navedena u fakturi, otpremnici ili pukoj korespondenciji ugovornih strana.

²⁸ Suprotno tome Goldštajn, A., *op. cit.* u bilj. 1, str. 442.

²⁹ V. opširnije Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 984. Dobar primjer za to je i odluka BGH u presudi od 21. 9. 2005. - III ZB 18/05 (OLG Olden-Burg). Presuda, popraćena komentarom, objavljena je u NJW 48/2005., str. 3499.-3501.

³⁰ V. klauzulu broj 203 Općih uzanci za promet robom.

³¹ V., primjerice, Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5. izdanje 1996., Rbr. 205; Ebenroth, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 161.

obvezujućih pravnih učinaka šutnje s naslova instituta pisane potvrde.³² Konkretni činjenični odnosi i obveznopravni učinci šutnje i instituta pisane potvrde podvrgnuti su u načelu mjerodavnom ugovornom statutu. Ponajprije treba, u svakom pojedinom slučaju, činjenično utvrditi je li šutnja na pisanu potvrdu normirani oblik očitovanja volje ili, pak, konkludentni, prešutni oblik očitovanja volje.³³ U potonjem slučaju spor se bez ikakvih daljnjih ograničenja rješava po mjerodavnom ugovornom statutu. Utvrdi li se da je posrijedi normirani oblik očitovanja volje, treba primijeniti pravila s naslova instituta pisane potvrde mjerodavnoga ugovornog statuta, ali samo ako se ocijeni da je to u okolnostima pojedinog slučaja opravdano.

Domaći, hrvatski trgovački običaji primjenjuju se na temelju čl. 12. ZOO-a ako je hrvatsko pravo mjerodavno za pojedini trgovački ugovor s međunarodnim obilježjem, a nema nekih prječih međunarodnih trgovačkih običaja. Sukladno tome tumače se i učinci primateljeve šutnje na pisanu potvrdu u međunarodnom trgovačkom prometu.³⁴ Trgovački običaji i pravna pravila o šutnji na pisanu potvrdu susreću se u međunarodnom trgovačkom prometu, no oni nisu ni u kojem slučaju općenito priznati.³⁵ Neovisno o tome hoće li se hrvatsko pravo uzeti kao mjerodavno, i nadalje treba pažljivo ispitati može li se sa stajališta međunarodnoga poslovnog prometa očekivati da primatelj pisane potvrde sa sjedištem u inozemstvu uvažava pravila hrvatskog prava o institutu pisane potvrde, iako su ona možda nepoznata u njegovoj domicilnoj zemlji.³⁶ Inozemni primatelj pisane potvrde ne može se bez zadržke obvezati svojom pukom šutnjom, samo stoga što je hrvatsko pravo mjerodavno za ugovorni statut, a ono poznaje trgovački običaj, odnosno objektivna pravna pravila o pisanoj potvrdi.

³² V., primjerice, za njemačko pravo Spellenberg, U., u: Sonnenberger, H.J. (ured.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10 Internationales Privatrecht, BGB, čl. 31 EGBGB Rbr. 122.

³³ Spellenberg, U., *op. cit.* u bilj. 32, čl. 31. EGBGB-a Rbr. 129.

³⁴ Hopt, K. J. L., *op. cit.* u bilj. 1, § 346. Rbr. 29, smatra, pak, kako se obveznopravni učinci šutnje u međunarodnom trgovačkom prometu ne određuju na temelju ugovornog statuta nego na temelju mjerodavnog prava sukladno prebivalištu, boravištu odnosno sjedištu primatelja pisane potvrde i o tome gdje je sklopljen ugovor. Mjerilo koje Hopt zagovara nije postavljeno dovoljno precizno budući da automatski nadomješta mjerodavni ugovorni statut, a da pri tome ne vodi računa o okolnostima pojedinog slučaja.

³⁵ Ebenroth, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 161.; Reithmann/Martiny, *op. cit.* u bilj. 1, Rbr. 218; Horn, N., *op. cit.* u bilj. 1, § 346. Rbr. 65.

³⁶ O tome v. Horn, N., *op. cit.* u bilj. 1, § 346. Rbr. 65.

Treba, naime, ponajprije raspraviti je li hrvatsko pravo, ako je mjerodavno za ugovorni statut, mjerodavno i za predugovorne odnose među stranama koje se spore o učincima šutnje na pisanu potvrdu. Može li se, dakle, šutnja na pisanu potvrdu pribrojiti inozemnom primatelju sukladno domaćem trgovačkom običaju koji je danas prerastao u objektivna pravna pravila i kad se njome potvrđuje tobože sklopljeni međunarodni trgovački ugovor. Glede činidbi koje su bile poduzete prije nego što je ugovor sklopljen, odnosno tobože sklopljen, treba primijeniti izoliranu poveznicu.³⁷ Primatelj pisane potvrde po tom pravilu o izoliranoj poveznici nije vezan svojom šutnjom ako se njegovo sjedište ili uobičajeno boravište nalazi u zemlji koja uopće ne priznaje institut pisane potvrde ili ga priznaje, ali tek u neznatnom dijelu.³⁸ Inozemni primatelj pisane potvrde vezan je, međutim, svojom šutnjom ako je sporne poslove obavljao neposredno u Hrvatskoj ili putem svoje podružnice čije je sjedište u Hrvatskoj. Stranac, djelatnik u Hrvatskoj, mora računati s primjenom hrvatskih trgovačkih običaja odnosno trgovačkih običaja koji se primjenjuju u mjestu u kojem on obavlja svoju poslovnu djelatnost kao što i hrvatski trgovac, djelatnik u inozemstvu, podliježe primjeni trgovačkih običaja koji se primjenjuju u mjestu u kojem on obavlja svoju poslovnu djelatnost.

Šutnja obvezuje inozemne trgovce i kad su oni u okviru ustaljene poslovne prakse već bili upoznati s učincima pisane potvrde prema hrvatskom pravu ili su odranije znali ili morali znati za hrvatski trgovački običaj, odnosno objektivna pravna pravila o pisanoj potvrdi. Pravilo se primjenjuje samo na distancijske poslove kod kojih se pojavio problem šutnje na pisanu potvrdu, dakle, na poslove koje je inozemni partner obavljao neposredno iz inozemstva. Primjenu instituta pisane potvrde može otkloniti i okolnost da pisana potvrda nije bila sročena na jeziku na kojem su bili vođeni pregovori.³⁹

Trgovački običaji i objektivna pravna pravila, dakle, i institut pisane potvrde samo su u načelu podvrgnuti primjeni mjerodavnoga ugovornog statuta, a on se određuje prema pravu mjesta sjedišta odnosno prebivališta ugovorne strane koja obavlja karakterističnu činidbu. ZRS izričito propisuje da posebne okolnosti

³⁷ O tome v. Horn, N., *op. cit.* u bilj. 1, § 346. Rbr. 66.

³⁸ Za njemačko pravo v. Ebenroth, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 161.; Spellenberg, U., *op. cit.* u bilj. 32, čl. 31. EBGB-a Rbr. 130, postavlja preusko pravilo po kojem ponajprije treba utvrditi je li pojedini primatelj pisane potvrde znao ili morao znati za svoju obvezu pravodobnog otklanjanja pisane potvrde.

³⁹ V. pobliže za odgovarajuće njemačke presude Horn, N., *op. cit.* u bilj. 1, § 346. Rbr. 66.

slučaja mogu upućivati i na primjenu drugoga mjerodavnog prava.⁴⁰ Posebne okolnosti mogu nametnuti različite izolirane poveznice prilikom određivanja mjerodavnog prava za tzv. "sklapanje" ugovora putem instituta pisane potvrde. Ugovorni statut nije, dakle, jedinstvena poveznica za određivanje mjerodavnog prava u sporovima s međunarodnim obilježjem koji se vode oko toga smatraju li se ugovori sklopljenima, izmijenjenima ili dopunjenima primjenom instituta pisane potvrde. Nadomještanje poslovnopravnog očitovanja volje putem instituta pisane potvrde zahtijeva poseban oprez u međunarodnom trgovačkom prometu. Ugovorna strana može se pozvati na pravo mjerodavno prema njenom uobičajenom sjedištu ako na temelju posebnih okolnosti nije pošteno podvrgnuti spor primjeni tuđega ugovornog statuta glede pitanja može li se sukladno pravilima o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja smatrati da je primatelj pisane potvrde suglasan s nametanjem povećane odgovornosti za ispunjenje činidbe primjenom instituta pisane potvrde.⁴¹ Posebno su kod distancijskih poslova ugovorne strane sklone isticati kako šutnja na pisanu potvrdu, po svojim obveznopravnim učincima, ne odgovara prihvatu prema pravu mjerodavnom sukladno njihovom uobičajenom sjedištu.⁴²

Ni hrvatski trgovci nisu bez daljnega podvrgnuti primjeni stranih trgovačkih običaja. Za to se zahtijeva ili da znaju ili da moraju znati za primjenu stranih trgovačkih običaja, odnosno da pripadaju određenim poslovnim krugovima koji uobičajeno prihvaćaju primjenu stranih trgovačkih običaja. Hrvatski i inozemni trgovci moraju, u nedostatku drukčijeg dogovora, računati s time da će se drugi ugovorni partner glede vrste i načina ispunjenja ravnati prema onom trgovačkom običaju koji je mjerodavan prema njegovom uobičajenom sjedištu. Prednost pred pojedinim nacionalnim trgovačkim običajima imaju u svakom slučaju međunarodni trgovački običaji.⁴³ Sve veći razmjeri međunarodne razmjene snažno pridonose važnosti međunarodnih trgovačkih običaja. Oni mogu biti i regionalno ograničeni, ne moraju, dakle, vrijediti diljem zemaljske kugle poput, primjerice, jednoobraznih pravnih pravila za dokumentarne akreditivne.⁴⁴ Pod međunarodnom trgovinom u smislu čl. 9. st. 2. Bečke konvencije smatra se svaka trgovina među stranama sa sjedištem u najmanje dvije

⁴⁰ V. čl. 20. st. 1. ZRS-a.

⁴¹ V. u tom pogledu i za naše pravo instruktivnu odredbu čl. 31. st. 2. njemačkog EGBGB-a.

⁴² V. pregled njemačkih sudskih presuda objavljen u Horn, N., *op. cit.* u bilj. 1, § 346. Rbr. 66.

⁴³ V. čl. 9. Bečke konvencije.

⁴⁴ Sporno je imaju li i Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditivne karakter međunarodnog trgovačkog običaja. V., primjerice, Horn, N., *op. cit.* u bilj. 1, § 346. Rbr. 14.

različite zemlje ugovornice Bečke konvencije. Međunarodni karakter trgovačkog običaja, o kojem govori Bečka konvencija, ne isključuje regionalno ograničene međunarodne trgovačke običaje.⁴⁵ U poslovanju između hrvatskih, švicarskih i njemačkih trgovaca može se primjerice govoriti o trgovačkom običaju s naslova instituta pisane potvrde. Za svaki pojedini slučaj iznova treba ispitati o kojoj je vrsti posla i o kojoj je trgovačkoj branši riječ.

IV. INSTITUT PISANE POTVRDE U UNIDROIT-OVIM NAČELIMA ZA MEĐUNARODNE TRGOVAČKE UGOVORE I PECL- - NAČELIMA I OPĆENITO U POJEDINIM NACIONALNIM PRAVIMA

4.1. PECL-načela i UNIDROIT-ova načela za međunarodne trgovačke ugovore i institut pisane potvrde

UNIDROIT-ova načela za međunarodne trgovačke ugovore, sukladno svojoj preambuli⁴⁶, služe za tumačenje i popunjavanje pravnih praznina međunarodnih konvencija posebice Bečke konvencije. Ona su posebno dragocjena u međunarodnoj arbitražnoj praksi.⁴⁷ Većina pravila u UNIDROIT-ovim načelima probrana je zbog toga što je zajednička širokom krugu nacionalnih prava. Manji broj UNIDROIT-ovih načela su odredbe koje su se autorima te kodifikacije činile prikladnim za međunarodni trgovački promet.⁴⁸ UNIDROIT-ova načela imaju uglavnom kodificirajuću, a u manjem dijelu i konsolidirajuću zadaću.⁴⁹ Ona uglavnom sabiru općeprihvaćena pravna stajališta, rjeđe se odvažuju pomiriti određena međusobno suprotstavljena rješenja pojedinih nacionalnih prava. Odredbe UNIDROIT-ovih načela o institutu pisane potvrde pokušavaju pomiriti, prevladati naoko suprotstavljena stajališta pojedinih nacionalnih prava o učincima instituta pisane potvrde.

⁴⁵ Tako i Kröll, S./Hennecke, R., *op. cit.* u bilj. 1, str. 472.

⁴⁶ V. st. 5. Preambule.

⁴⁷ Podrobno navedene izvore o tome v. kod Kröll, S./Hennecke, R., *op. cit.* u bilj. 1, str. 484.

⁴⁸ Berger, H. P., *Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des Transnationalen Wirtschaftsrechts*, Köln, 1996, str. 150.

⁴⁹ O kodificirajućoj i konsolidirajućoj zadaći autonomnih izvora međunarodnoga trgovačkog prava v. opširnije Goldštajn, A., *op. cit.* u bilj. 1, str. 60. i nadalje.

Na temelju poredbenopravne analize europskih nacionalnih prava sabrana su i veoma slična PECL-načela općega ugovornog prava koja za razliku od UNIDROIT-ovih načela pokrivaju samo europske zemlje. PECL-načela vrijede na temelju volje ugovornih strana odnosno na temelju pretpostavljene *legis mercantoriae*.⁵⁰

Čl. 2.12 UNIDROIT-ovih načela pridaje institutu pisane potvrde konstitutivno značenje, a na hrvatskom u cijelosti glasi:

“Ako je neko pismeno poslano u primjerenom roku nakon što je ugovor sklopljen, s namjerom da potvrdi određeni ugovor a pri tome sadrži odredbe koje dopunjuju ili odudaraju od već ugovorenih klauzula, smatrat će se da je primatelj suglasan s klauzulama tog pismena osim ako ih bez odgađanja ne otkloni ili ako one u bitnome ne mijenjaju već sklopljeni ugovor.”⁵¹

Gotovo isto rješenje poznaju i PECL-načela u čl. 2.210.⁵² Oba izvora priznaju konstitutivne, materijalnopravne učinke šutnje na pisanu potvrdu, no ti su učinci značajno suženi u usporedbi s učincima koje pisana potvrda proizvodi u hrvatskom te, primjerice, u njemačkom i švicarskom pravu.

Na odredbe čl. 2.12 UNIDROIT-ovih načela i čl. 2:210 PECL-načela očito je snažno utjecala odredba § 2.–207 američkog UCC-a jer je američko pravo predvodnik zemalja koje priznaju sužene, ograničene učinke šutnje na pisanu potvrdu.⁵³ Područje primjene instituta pisane potvrde ponajprije je snažno

⁵⁰ V. čl. 1:101 PECL.

⁵¹ Izvorni engleski tekst glasi: “If a writing which is sent within a reasonable time after the conclusion of a contract and which purports to be a confirmation of the contract contains additional or different terms, such terms become part of the contract, unless they materially alter the contract or the recipient, without undue delay, objects to the discrepancy.”

⁵² Izvorni engleski tekst glasi: “If a professional has concluded a contract but has not embodied it in a final agreement, and one without undue delay sends the other writing which purports to be a confirmation of the contract but which contains additional or different terms, such terms become part of the contract unless: the terms materially alter the terms of the contract, or the addressee objects to them without delay.”

⁵³ Izvorni engleski tekst glasi: “(1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.

(2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:

ograničeno stoga što se šutnjom na pisanu potvrdu ne može nadomjestiti sklapanje ugovora suglasnim očitovanjem volja ugovornih strana. Materijalnopравни učinci šutnje na pisanu potvrdu ograničeni su po UNIDROIT-ovim načelima i PECL-načelima na naknadne dopune i izmjene već sklopljenih ugovora.

UNIDROIT-ova načela i PECL-načela propisuju, međutim, da se šutnjom ponuditelj suglasio s izmijenjenim i dopunjenim prihvatom. Odredbe čl. 2.11 UNIDROIT-ovih načela i čl. 2.208 PECL-načela na tragu su odredbe čl. 19. Bečke konvencije. Sva ta rješenja, također, su u biti nadahnuti već spomenutom odredbom § 2.-207 američkog UCC-a budući da po njoj vrijedi isti pravni režim za izmijenjeni prihvati ponude i za izmijenjenu pisanu potvrdu već sklopljenog ugovora. Te odredbe propisuju da se odgovor na ponudu koji upućuje na prihvati, ali koji sadrži dopunske ili različite uvjete, koji bitno ne mijenjaju uvjete ponude, smatra prihvatom, osim ako ponuditelj bez neopravdane odgode ne stavi prigovor na razlike usmeno ili ne pošalje obavijest u tom smislu. Ako on tako ne postupi, ugovor je sklopljen prema sadržaju ponude s izmjenama koje se nalaze u prihvatima.

Po ZOO-u, ako ponuđeni izjavi da prihvaća ponudu te istodobno predloži da se ona u nečemu izmijeni ili dopuni, smatra se da je ponudu odbio i da je dao novu ponudu svome prijašnjem ponuditelju.⁵⁴ Dispozitivna odredba ZOO-a može ustuknuti samo pred prječim domaćim trgovačkim običajem⁵⁵, a dispozitivna odredba čl. 264. ZOO-a pred trgovačkim običajem, odnosno institutom pisane potvrde.

Rješenje iz čl. 2.11 UNIDROIT-ovih načela i čl. 2.208 PECL-načela kao i iz čl. 19. Bečke konvencije po logici stvari mora vrijediti i za pisanu potvrdu kojom se potvrđuje da je među stranama već sklopljen, odnosno tobože sklopljen ugovor.⁵⁶ Primjena tih odredbi je štoviše krajnje dvojbena ako izmijenjeni i dopunjeni prihvat ostane neformalan, odnosno ako ga ponuđeni ne daje u obliku pisane potvrde. U postupku svakako treba dokazati da je primatelj pisane

(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;

(b) they materially alter it; or

(c) notification of objection to them has already be given or is given whithin a reasonable time after notice of them is received.”

⁵⁴ V. čl. 264. ZOO-a.

⁵⁵ Poblize Barbić, J., Primjena običaja u hrvatskom trgovačkom pravu, Rad HAZU 43/2005, str. 85.

⁵⁶ Tako i Schlosser, P., Rechtszersplitterung durch Internationales Einheitsrecht?, u: FS Medicus (1999.) str. 547.

potvrde dao ponudu kao i sadržaj te ponude. Ni u kojem slučaju nije dovoljno predočiti neosporenu pisanu potvrdu, moraju se ispuniti i druge pretpostavke instituta pisane potvrde.⁵⁷ Konstitutivni učinci šutnje na izmijenjenu i dopunjenu ponudu praktički nužno nameću primjenu instituta pisane potvrde jer je i materijalnopravno i postupnopravno teško prihvatiti neformalne izmjene i dopune neformalnih dogovora. Pravila tog tipa vraćaju nas na institut pisane potvrde, ali uz snažno izraženu dvojbu ograničavaju li ona dosege primjene instituta pisane potvrde. Takva polovična, provizorna rješenja nisu dobra, a u konačnici mogu više naštetiti nego koristiti jer ne vode računa o različitom pravnomo položaju instituta pisane potvrde u pojedinim nacionalnim pravima.⁵⁸

Prilikom ocjene odudara li sadržaj pisane potvrde bitno od onoga što su strane prethodno ugovorile ili tobože ugovorile problematično je uzimaju li se u obzir stroža mjerila nego u hrvatskom pravu.⁵⁹ Dopunske ili različite odredbe pisane potvrde koje se prema UNIDROIT-ovim načelima i PECL-načelima odnose, među ostalim, na cijenu, plaćanje, kvalitetu, količinu robe, mjesto i vrijeme isporuke, opseg odgovornosti jedne ugovorne strane prema drugoj, ugovaranje općih uvjeta poslovanja jedne ugovorne strane, ili na rješavanje sporova smatrat će se da bitno mijenjaju uvjete ponude.⁶⁰

Ta rješenja za institut pisane potvrde Bečka konvencija, barem deklaratorno, nije uvela na mala vrata čl. 19. st. 3. Odlučno je odbijen prijedlog da Bečka konvencija uredi institut pisane potvrde, uz obrazloženje da mnoge zemlje taj institut uopće ne poznaju.⁶¹

Po hrvatskom pravu je, s druge strane, već na temelju izričitih odredbi ZA jasno da institut pisane potvrde može pridonijeti uspostavljanju obveznopravnih učinaka poput ugovora o arbitraži.⁶²

⁵⁷ V. pobliže Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 962. i nadalje. Suprotan zaključak, za njemačko pravo, koji ne stoji, izvode Kröll, S./Hennecke, R., *op. cit.* u bilj. 1, str. 486. To je samo jedan od stereotipa s kojima se suočava poredbenopravna rasprava instituta pisane potvrde.

⁵⁸ U tom smjeru i Schlosser, P., *op. cit.* u bilj. 56, str. 547.

⁵⁹ V. pobliže Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 962. i nadalje.

⁶⁰ Usporedi ta rješenja s čl. 19. st. 3. Bečke konvencije.

⁶¹ V. United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook IX:1978 (1981.) Nr. 213, str. 76. i dalje, Nr. 228, str. 78.

⁶² Za njemačko pravo u tom smjeru v. presudu BGH od 21.9. 2005 - III ZB 18/2005. (OLG Oldenburg) objavljenu u NJW 48/2005., str. 3499-3501.

Institut izmijenjenog prihvata ponude ne može uspješno nadomjestiti institut pisane potvrde u hrvatskom pravu. Tome se ne isprječuje samo pravna tradicija nego i doktrinarni poslovnopravni razlozi.⁶³ Ni najžešći osporavatelji privatnopravnog instituta pisane potvrde ne spore, naime, konstitutivne postupnopravne učinke pisanih potvrda o sklopljenim ugovorima i o tobože sklopljenim ugovorima.⁶⁴ U najmanju ruku nije prihvatljivo doktrinarno razilaženje privatnoga materijalnoga i privatnoga postupnog prava.⁶⁵ Pravila parničnog postupka o dokazivanju ne objašnjavaju što se stvarno dogodilo, nego nameću zaključke o tome što se stvarno dogodilo. Parnično procesno pravo mora se stoga i nadalje, koliko god je to moguće, osloniti na materijalno pravo kako bi utvrdilo što se stvarno dogodilo odnosno materijalnopravnu istinu, a u konačnici i pravila o prebacivanju tereta dokazivanja ako primatelj pisane potvrde pravodobno ne ospori pisanu potvrdu. Sudska i arbitražna odluka ostavljaju gorak okus odbije li se sudac, arbitar nositi s izazovima materijalnog prava, potpiše li kapitulaciju materijalnog prava. Sve u životu mora se nužno suočiti s rezidualnim kategorijama u kojima neka naizgled neoboriva načela jednostavno ne funkcioniraju. Slično se događa i u pravu s naizgled neupitnom doktrinom o poslovnopravnom očitovanju volje, susretanju ponude i prihvata. Pred slučajevima obuhvaćenim institutom pisane⁶⁶ potvrde sva tradicionalna poslovnopravna učenja padaju u vodu doimajući se poput naivnih akademskih stereotipa.⁶⁷ Nepodudaranje ponude i prihvata pa i potpuno odsustvo prihvata

⁶³ Suprotno tome takvo rješenje pozdravlja Krejci, H., u: Krejci, H./Schmidt, K., *Vom HGB zum Unternehmergegesetz*, Wien, 2002., str. 31. Krejci paušalno tvrdi da takve međunarodne trgovačke standarde treba usvojiti umjesto doktrinarno neodrživog instituta pisane potvrde. Schmidt K. očito ne dijeli to stajalište. V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1.

⁶⁴ V., primjerice, Bydlinski, P., *Grundzüge des Privatrechts*, 6. izdanje, str. 137., Rbr. 431, glede prebacivanja tereta dokazivanja.

⁶⁵ V. поближе Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 989. i nadalje.

⁶⁶ O četiri skupine tih slučajeva v. поближе Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 958. i nadalje.

⁶⁷ O tome lijepo govori američka presuda *Steiner v. Mobil Oil Corp.* Cal. 1977, 141 Cal. Rptr. 157, 20 Cal.2d 90, 569 P.2d 751: "Uniform Commercial Code section relating to additional terms in acceptance or confirmation requires courts to put aside formal and academic stereotypes of traditional doctrine of offer and acceptance and to analyze instead what really happened".

V. i *Continental Grain Co. v. Followell*, Ind.App. 1 Dist.1985, 475, N.E.2d 318: "Statute governing additional terms in acceptance or confirmation of an offer abandons mere image rule that acceptance must coincide exactly with all terms of an offer; statute permits enforcement of a contract despite discrepancies between offer and acceptance if

kao voljne radnje jalovo je rješavati bilo kakvim natezanjem temeljnoga poslovnopravnog koncepta. Pravno-kozmetička korekcija odraza u ogledalu, odnosno u sudskoj praksi, ne može popraviti stanje stvari pred ogledalom, u stvarnosti. Čini se da angloameričko pravo upravo to nastoji progurati kao opći standard tzv. međunarodnoga trgovačkog prava.

4.2. Institut pisane potvrde u pojedinim nacionalnim pravima

Englesko pravo ne poznaje institut pisane potvrde poput hrvatskog ili njemačkog prava. Šutnja na pisane potvrde o prethodno sklopljenim usmenim ugovorima ne proizvodi nikakve konstitutivne učinke.⁶⁸ Paušalno se tvrdi da takvi *post contractual* dokumenti uopće nisu pravno bitni te da njihovi primaatelji nisu ni u kakvoj obvezi otkloniti sadržaj takvih pismena. Prirodno da nisu ako među stranama nema spora o sadržaju njihovoga prethodnoga usmenog dogovora. Engleska pravna književnost potpuno zanemaruje problem pisane potvrde kad se strane spore o sadržaju svoga usmenog dogovora pa i o tome jesu li uopće postigle određeni neformalni dogovor. Glavno područje primjene instituta pisane potvrde tiče se upravo tih slučajeva. Čini se kako engleski pravници to pitanje isuviše olako prepuštaju parničnom procesnom pravu. Poredbenopravne rasprave o položaju instituta pisane potvrde u engleskom pravu prepaušalne su i pravni praktičari imaju od njih slabe koristi budući da ne uključuju analizu parničnoga procesnog prava po tom pitanju.⁶⁹

Slične manjkavosti imaju i poredbenopravne rasprave o pravnom položaju instituta pisane potvrde u francuskom pravu.⁷⁰ Umjesto da se kritički raspravi kako se jedni te isti problemi rješavaju po različitim nacionalnim pravima, konkretno po njemačkom i francuskom pravu, autor raspravlja o njemačkom institutu pisane potvrde u francuskom pravu. Fuchs smatra da francusko

enforcement could be required without either party being bound to omit a material term to which he has not agreed”.

Presude su navedene prema: Uniform Laws Annotated *op. cit.* u bilj. 1.

⁶⁸ Tako Treitel, G., u Chitty on Contracts, vol. 1 General Principles, 28. izdanje, London, 1999., 2.-35., str. 105.

⁶⁹ Takav je, primjerice, u dijelu koji se tiče analize engleskog prava i rad Kröll, S./Hennecke, R., *op. cit.* u bilj. 1, str. 482.-483.

⁷⁰ V., primjerice, Fuchs, W., *Kaufmännische Bestätigungsschreiben im englischen und französischen Recht im Vergleich zum deutschen Bestätigungsschreiben*, Berlin, 1998.

pravo traži da pisanoj potvrdi ne prethode samo puki pregovori, kao što je to po njemu slučaj u njemačkom pravu⁷¹, nego određeni dugotrajniji ugovorni odnosi. Jasno je da ta tvrdnja nije suglasna sa stajalištima starije francuske sudske prakse.⁷² Nije, međutim, jasno po čemu je Fuchs zaključio da potonjoj sudskoj praksi treba dati prednost, iako je ona očito manje uvjerljiva. Opaska francuske sudske prakse o toj pretpostavci za primjenu instituta pisane potvrde tiče se isključivo slučajeva u kojima još nije došlo do sklapanja ugovora, a institut pisane potvrde otklanja teškoće oko tumačenja pojedinih očitovanja volje poput poziva da se stavi ponuda, ponude, prihvata i prihvata ponude s prijedlogom da se izmijeni.⁷³ Šutnju na pisanu potvrdu treba u načelu tumačiti kao znak primateljeve suglasnosti ako su pregovori o sklapanju ugovora na koji se pisana potvrda poziva u toj mjeri uznapredovali da je više nego izvjesno da će doći do sklapanja ugovora, odnosno da je uzevši u obzir okolnosti pojedinog slučaja, sazreo trenutak za sklapanje ugovora.⁷⁴

Francusko pravo osebujno je po tome što posebno normira određene obveze primatelja pismena poput pisane potvrde, ali i faktura, da unutar dva tjedna otklone sadržaj tih pismena jer će se u suprotnom smatrati da su s njim suglasni.⁷⁵ O tome domaći poduzetnici moraju voditi računa kad posluju s francuskim partnerima.

U svakom slučaju, nije dobro što se u analizu poredbenog prava upuštaju autori koji nisu načistu ni s time kako stvari stoje po tom pitanju u njihovom domicilnom pravu. Svjedoci smo svojevrzne pošasti budući da literatura tzv. međunarodnoga trgovačkoga prava suvereno izbacuje čvrste zaključke iako ispada da ona o svakom nacionalnom pravu zna ponešto, a ni o jednom ništa do kraja.

⁷¹ To, usput budi rečeno, nije točna tvrdnja za njemačko pravo jer njemačko pravo ne traži da pisanoj potvrdi prethode ikakvi pregovori. V. Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 23. II, Rbr. 19.

⁷² O toj starijoj francuskoj sudskoj praksi v. поближе Ebenroth, C.T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 173.-174.

⁷³ V. Ebenroth, C.T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 174.-175.

⁷⁴ Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 958.-959. Za njemačko pravo v. Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 23. II RdN 12; Kort, M., *op. cit.* u bilj. 1, RdN 59; Kort, M., *op. cit.* u bilj. 1, § 346. RdN 59.

⁷⁵ V. Ordonance 67.-838 od 18.9.1967. relative aux factures et bordereaux protestables.

V. OTKLANJANJE NEDOSTATKA PISANOG OBLIKA UGOVORA O ARBITRAŽI

5.1. Općenito

Opće je pravilo da se zahtijeva pisani oblik ugovora o arbitraži. Usmeni sporazum o arbitraži nije stoga u načelu valjan (čl. 6. st. 2. reč. 1. ZA).⁷⁶ To uostalom slijedi i iz čl. 36. st. 2. t. 1(a) ZA kojim se određuje da će se pravorijek poništiti, ako ugovor o arbitraži nije bio uopće sklopljen ili nije bio valjan. Poništajem se nedostaci ugovora o arbitraži prenose na pravorijek koji je donesen na temelju takvog ugovora. Na temelju čl. 6. st. 3. ZA smatra se, međutim, da je ugovor o arbitraži u dva slučaja sklopljen u pisanom obliku iako nije unesen u isprave koje su strane potpisale, odnosno iako nije sklopljen razmjenom pisama, teleksa, telefaksa, brzovanja ili drugih sredstava telekomunikacije koja omogućuje pisani dokaz o ugovoru, bez obzira jesu li ih strane potpisale.⁷⁷ Prva iznimka tiče se slučaja kad je jedna od strana uputila drugoj strani ili ako je neka treća osoba uputila objema stranama pisanu ponudu za sklapanje ugovora o arbitraži, a protiv te ponude nije pravodobno izjavljen prigovor, što se prema običajima u prometu može smatrati prihvatom ponude.⁷⁸ Jednako tako, ako nakon usmeno, neformalno sklopljenog ugovora o arbitraži jedna od ugovornih strana uputi drugoj pisanu obavijest u kojoj se poziva na prethodno sklopljeni usmeni, neformalni ugovor a druga strana pravodobno ne prigovori sadržaju primljene obavijesti, što se prema običajima u prometu može smatrati suglasnošću sa sadržajem primljene obavijesti.

⁷⁶ Ugovor o arbitraži sklopljen je u pisanom obliku i “ako je sklopljen razmjenom pisama, teleksa, telefaksa, brzovanja ili drugih sredstava telekomuniciranja koja omogućavaju pisani dokaz o ugovoru, bez obzira jesu li ih stranke potpisale” (v. čl. 6. st. 2., 2. reč., 2. polureč. ZA).

U odnosu na slučaj kad je ugovor o arbitraži sadržan u ispravi koju su potpisale obje stranke, ova druga mogućnost predstavlja omekšavanje pisanog oblika ugovora o arbitraži u tri bitna zahtjeva: (1) ne zahtijeva se postojanje jedne isprave, već je dostatna susljedna razmjena pismena; (2) ne zahtijeva se da obje stranke potpišu pismena koja se razmjenjuju; (3) odriče se od bilo kakvog zahtijeva materijalnosti, budući da je moguća umjetna (virtualna) razmjena putem najrazličitijih sredstava telekomuniciranja, pod pretpostavkom da se radi o sredstvima “koja omogućavaju pisani dokaz o ugovoru”. Taj dokaz mora biti dokaz ispravom odnosno poduprt ispravom. Tako Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 10, str. 43.

⁷⁷ O obliku kao pretpostavci valjano sklopljenog arbitražnog ugovora v. čl. 6. st. 2. ZA.

⁷⁸ Tako čl. 6. st. 3. t. 1. ZA.

Spomenuti izuzeci ograničeni su na obvezujuće pravne učinke, u prvom slučaju konkludentnih radnji, a u drugom slučaju šutnje u trgovačkim odnosima i u odnosima u kojima sudjeluju osobe koje poput trgovaca u pravnom i poslovnom prometu nastupaju preko svog poduzeća. Ako je spor nastao, ili bi mogao nastati iz potrošačkog ugovora, ugovor o arbitraži mora biti napisan u posebnoj ispravi koju su potpisale obje strane.⁷⁹ U toj ispravi, štoviše, ne smije biti drugih utanačenja osim onih koja se odnose na arbitražni postupak. ZA jasno podcrtava razliku između dogovaranja arbitraže u građanskim i trgovačkim odnosima. *Ratio legis* očituje se u tome da se, s jedne strane, olakšava dogovaranje arbitraže u trgovačkim odnosima jer to odgovara pozitivnopravno utemeljenim očekivanjima pravnog i poslovnog prometa, dok se istodobno, s druge strane, vodi računa o, također, pozitivnopravno utemeljenoj, dodatnoj pravnoj zaštiti potrošača jer se u odnosima u kojima oni sudjeluju i nadalje ustrajava na redovitom pisanom obliku arbitražnog sporazuma. ZA uvažava, dakle, slojevitost obveznih odnosa i očekivanja pravnog i poslovnog prometa. Hoće li konkludentne radnje ili šutnja proizvesti pravne učinke sklapanja arbitražnog ugovora ovisi o primjeni materijalnog prava na koju neposredno upućuje ZA. Prema domaćem materijalnom pravu trgovci, također, u pravilu nisu vezani svojom šutnjom. ZA upućuje na primjenu materijalnog prava, on, dakle, ne odstupa od općega obveznopravnog režima šutnje. To jasno proizlazi iz činjenice da ZA obvezujuće učinke šutnje veže uz primjenu običaja u prometu. Dvojbeno je ima li ZA na što uputiti, odnosno poznaje li domaće obvezno pravo odgovarajuće poslovne ili trgovačke običaje, odnosno druge obveznopravne institute koji omogućuju da se arbitražni sporazum "sklopi" šutnjom. Što su uostalom običaji u prometu prema ZA?

5.2. Prva iznimka iz čl. 6. st. 3. t. 1. ZA

Smatra se da je ugovor o arbitraži u pisanom obliku sklopljen ako je jedna od strana uputila drugoj strani ili ako je neka treća osoba uputila objema stranama pisanu ponudu za sklapanje ugovora o arbitraži, a protiv te ponude nije pravodobno izjavljen prigovor, što se prema običajima u prometu može smatrati prihvatom ponude.

⁷⁹ Čl. 6. st. 6. ZA u spomenutim slučajevima izričito isključuje primjenu odredaba st. 1. do 6. čl. 6. ZA.

Odredba čl. 6. st. 3. t. 1. ZA nije najsretnije sročena pa ju je potrebno tumačiti. Odredbe eventualnog prava uzora utoliko su dragocjene. Nije jasno po uzoru na koje je poredbeno pravo sročena spomenuta odredba ZA. Spominje se kako je posrijedi usvajanje rješenja iz § 1031. st. 2. njemačkog ZPO-a⁸⁰ odnosno konsenzusa svjetskih arbitražnih eksperata okupljenih u UNCITRAL-u.⁸¹ Odredba čl. 6. st. 3. ne odgovara spomenutim njemačkim rješenjima.⁸² Njemački ZPO, točnije § 1031. ZPO-a, ni u kojem slučaju ne govori o ponudi nego o ispravi u kojoj je sadržan arbitražni sporazum.⁸³ Iznimka iz čl. 6. st. 3. t. 2. ZA odgovara u načelu rješenju § 1031. st. 2. ZPO-a. Prvi izuzetak propisan čl. 6. st. 3. t. 1. ZA nema poredbenopravno uporište u § 1031. ZPO-a.⁸⁴ Prije će stoga biti kako je zakonodavac uporište za prvu iznimku pronašao u određenim

⁸⁰ Tako Triva, S., *Zakon o arbitraži*, PuG 2/2002., str. 14.

⁸¹ Tako Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 10, str. 59.

⁸² Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 10, str. 60., Rbr. 19., također, dijele stajalište po kojem odredba čl. 6. st. 3. t. 1. nije dobro sročena te da ona utoliko jasno ne odražava prevladavajuće stajalište stručnjaka okupljenih u okviru UNCITRAL-a. Triva i Uzelac ističu kako je odredba sročena procesualistički iako je riječ o obveznopravnom stadiju sklapanja ugovora. ZA propisuje kako je ugovor o arbitraži u pisanom obliku sklopljen ako je jedna od strana uputila drugoj strani ili ako je neka treća osoba uputila objema stranama pisanu ponudu za sklapanje ugovora o arbitraži, a *protiv te ponude nije pravodobno izavljen prigovor.*

⁸³ Tako izraz *Schriftstück* iz § 1031. st. 2. njemačkog ZPO-a prevodi i Uzelac, A., Forma arbitražnog ugovora - kako otjerati avet papirnate pismenosti, PuG 2/2001., str. 123. Uzelac, međutim, izraz *Verkehrssitte* odnosno poslovni običaj iz § 1031. st. 2. njemačkog ZPO-a pogrešno prevodi kao uzance na temelju čega se pogrešno može zaključiti da se § 1031. st. 2. njemačkog ZPO-a odnosi samo na trgovačke odnose. Uzance su, naime, po definiciji kodificirani trgovački običaji. Poslovni običaji imaju šire područje primjene nego što je to slučaj s trgovačkim običajima jer su im podvrgnuti i pripadnici slobodnih poziva iako oni nisu obuhvaćeni pojmom trgovca. V. odredbu čl. 1. st. 2. Zakona o trgovačkim društvima. V. utoliko i odredbu čl. 12. ZOO-a koja propisuje područje primjene trgovačkih običaja.

O široj primjeni § 1031. st. 2. njemačkog ZPO-a u odnosu na staru odredbu § 1027. ZPO-a, v. Thomas, H./Putzo, H./Reichold, K./Hüsstege, R., *Zivilprozessordnung*, 21. izdanje, München, 1998., § 1031. Rbr. 2.

⁸⁴ Odredba § 1031. st. 2. njemačkog ZPO-a glasi: "Die Form des Absatzes 1 gilt auch dann als erfüllt, wenn die Schiedsvereinbarung in einem von der einen Partei der anderen Partei oder von einem Dritten beiden Parteien übermittelten Schriftstück enthalten ist und der Inhalt des Schriftstücks im Fall eines nicht rechtzeitig erfolgten Widerspruchs nach der Verkehrssitte als Vertragsinhalt angesehen wird."

dokumentima UNCITRAL-a, a u kojima se upozorava na listu slučajeva, u kojima bi se prema pojedinim nacionalnim zakonodavstvima ugovor o arbitraži smatrao nevaljanim unatoč tome što su strane neformalno dogovorile ugovor o arbitraži, i unatoč pisanom dokazu o tome.⁸⁵ *Ratio legis* odredbe čl. 6. st. 3. t. 1. ZA treba tražiti u suzbijanju takvih slučajeva u domaćoj arbitražnoj praksi. Ona u strogo propisanim slučajevima, ponajprije u trgovačkoj praksi, nastoji bar donekle odagnati "avet forme" ugovora o arbitraži.⁸⁶

Šutnja na ponudu, pasivnost ponuđenika sama po sebi⁸⁷ nije prihvat. Nema tog običaja ni instituta koji bi puku šutnju na ponudu smatrao pravnoobvezujućim prihvatom pa je već stoga odredba čl. 6. st. 3. t. 1. ZA sročena nespretno i ne može se tumačiti doslovno nego samo smisleno, teleološki.⁸⁸ Sudionicima obveznih odnosa ne može se, ni u kom slučaju, nametnuti odgovornost za ispunjenje bilo kojeg pa tako ni arbitražnog ugovora samo zbog toga što nisu pravodobno otklonili prispjelu ponudu za sklapanjem arbitražnog ugovora. Arbitražni ugovori koje sklapaju trgovci po tome u potpunosti dijele pravnu sudbinu arbitražnih ugovora koje sklapaju osobe građanskog prava. Za njih u tom dijelu ne vrijedi nikakav poseban, autonoman pravni režim. Imaju se pravo držati pasivno jer puka šutnja na ponudu nije prihvat, ona nema karakter očitovanja volje. Obveznopravni učinci ponuđenikovoga pasivnog držanja ne mogu se izmijeniti odredbama u ponudi za sklapanjem arbitražnog ugovora da će se šutnja ili neko drugo njihovo propuštanje smatrati prihvatom. To je izričito propisano prisilnopravnom odredbom čl. 265. st. 2. ZOO-a.⁸⁹ Jednako vrijedi i za tobožnje opće ili pak posebne trgovačke običaje po kojima bi ponuđenikovo neosporavanje ponude za sklapanjem arbitražnoga ugovora bio prihvat. Trgovački običaji i praksa koju su trgovci međusobno razvili mogu se primijeniti ako su suprotni dispozitivnim propisima ZOO-a, ali ne mogu se primijeniti ako su suprotni prisilnopravnim propisima.⁹⁰

⁸⁵ V., primjerice, dokument UNCITRAL-a kojega spominje Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 71, str. 126. i nadalje.

⁸⁶ Tako Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 83, str. 126. i nadalje.

⁸⁷ Tako i Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 10, str. 60. Rbr. 17.

⁸⁸ Tako u konačnici i Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 10, str. 60. Rbr. 19 i 20.

⁸⁹ Nema učinak odredba u ponudi da će se šutnja ponuđenika ili neko drugo njegovo ponašanje (na primjer, ako ne odbije ponudu u određenom roku ili ako poslanu stvar o kojoj mu se nudi ugovor ne vrati u određenom roku i sl.) smatrati prihvatom.

⁹⁰ V. čl. 12. st. 3. ZOO-a.

Budući da se neosporavanje ponude za sklapanjem arbitražnog ugovora, samo po sebi, ne može izjednačiti s temeljnim pisanim oblikom arbitražnog ugovora, treba raspraviti što se zapravo prema običajima u prometu može smatrati prihvatom ponude za sklapanjem arbitražnog ugovora.⁹¹ Kakva to zapravo aktivna radnja, držanje ponuđenika ima *ratio legis* “uskraćivanja pravodobnog prigovora” sukladno čl. 6. st. 3. t. 1. ZA. Manjkavosti ZA u tom dijelu treba nadopuniti smislenom primjenom za to pitanje mjerodavne odredbe čl. 262. st. 2. ZOO-a. Ponuda općenito, pa tako i ona za sklapanjem arbitražnog ugovora, prihvaćena je i kad ponuđenik pošalje stvar ili plati cijenu te kad učini neku drugu radnju koja se na temelju ponude, prakse utvrđene među zainteresiranim stranama ili običaja može smatrati izjavom o prihvatu. Izjava ponuđenika da prihvaća ponudu za sklapanjem arbitražnog ugovora može se, dakle, dati i prešutno, konkludentno.⁹²

Zakonodavac je očito pobrkao konkludentne radnje i šutnju ponuđenoga kao prihvata ponude. Treba razlikovati slučajeve prešutnog sklapanja ugovora od slučajeva kad šutnja ponuđenog proizvodi učinke prihvata ponude.⁹³ Šutnja nije izjava volje, a konkludentna, prešutna radnja jest.⁹⁴ Teleološkim tumačenjem treba zauzeti stajalište po kojem ZA, bar u trgovačkim odnosima,⁹⁵ dopušta sklapanje arbitražnog ugovora konkludentnim radnjama i znacima, odnosno drugim ponašanjem iz kojeg se sa sigurnošću može zaključiti da su se strane

⁹¹ Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 10, str. 60. Rbr. 19, također, u konačnici smatraju kako je posrijedi greška redaktora. Slaba je utjeha slična “procesualistička” engleska dikcija iz radionice UNCITRAL-a.

⁹² Nije isto prešutni prihvata i “prihvata šutnjom”. Prešutni prihvata istoznačan je konkludentnom sklapanju ugovora. Pitanje pravnih učinaka šutnje u obveznim odnosima sasvim je drugog karaktera i nije neposredno vezano uz temeljni obveznopravni koncept sklapanja ugovora poslovnopravnim očitovanjem volje kao što je to slučaj s prešutnim, konkludentnim sklapanjem ugovora. Prihvata ponude šutnjom mora se stoga staviti pod navodne znakove, osim ako šutnja iznimno ima karakter konkludentne radnje. Čini se da Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj., str. 60. Rbr. 19, to previdaju. Jednako griješi i njemačka procesualistička pravna književnost. V. Thomas, H./Putzo, H./Reichold, K./Hüsstege, R., *op. cit.* u bilj. 71, § 1032. Rbr. 5.

⁹³ O tome v. pobliže Barbić, J., Konkludentne radnje i šutnja ponuđenog kao prihvata ponude, Informator br. 3025/1983, str. 5.-6.

⁹⁴ V. opširnije i Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 927. i nadalje.

⁹⁵ Potrošački odnosi su u svakom slučaju izuzeti.

suglasile⁹⁶ o arbitraži, odnosno o ugovoru koji obuhvaća i arbitražnu klauzulu.⁹⁷ Dodatna, kumulativna pretpostavka, za konkludentno sklapanje ugovora o arbitraži je pisani trag ponude za sklapanje ugovora o arbitraži.

O tome je posebno riječ ako ponuđenik nakon što pregleda pisanu ponudu za sklapanjem arbitražnoga ugovora stisne ruku ponuditelju, potapša ga, kimne glavom, nazdravi budućoj suradnji ili učini ma koju drugu gestu u znak odobravanja ponude za sklapanjem arbitražnog ugovora. Spomenute radnje i znaci, a posebno izričito usmeno prihvaćanje ponude, čine suvišnim potpisivanje arbitražnog ugovora među trgovcima. Odgovarajućim neformalnim prihvatom nekoga drugoga glavnog ugovora prihvaća se i arbitražno rješavanje sporova ako pisana ponuda za sklapanje toga glavnog ugovora, o kupoprodaji, nalogu, građenju i sl., obuhvaća i arbitražnu klauzulu.

Ugovor o arbitraži nije, međutim, valjano ugovoren ako teretnica općenito upućuje na određeni brodarski ugovor.⁹⁸ Teretnica mora, naime, izričito upućivati na arbitražnu klauzulu u pojedinom brodarskom ugovoru (charter partiji).⁹⁹ Ona u pravilu mijenja ruku, cirkulira u pravnom prometu, za razliku od ponude koja je dana konkretnom ponuđeniku pa je stoga svim njenim narednim imateljima potrebno jasno dati do znanja kako će se rješavati nastali sporovi. Izdavatelj teretnice dužan je to naznačiti na teretnici jer je on pušta u opticaj. Arbitraža se tada dogovara puštanjem teretnice u promet zbog posebne pravne prirode teretnice u odnosu na ostale slučajeve neformalnog sklapanja arbitražnog ugovora. Obvezni odnosi vezani uz teretnicu ravnaju se prema njenoj skripturi pa to treba dosljedno vrijediti i za arbitražnu pogodbu.

Ako ponuditelj nudi sklapanje glavnog ugovora koji obuhvaća i arbitražnu klauzulu upućivanjem na svoje opće uvjete poslovanja, ponuđenik može neformalno, dakle sukladno čl. 6. st. 3. t. 1. ZA, prihvatiti odredbe općih uvjeta poslovanja, a time i arbitražnu pogodbu, samo ako je u vrijeme sklapanja ugo-

⁹⁶ Usporedi s čl. 249. st. 1. ZOO-a.

⁹⁷ Nije jasno zalažu li se za to i Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj., 10, str. 60. Rbr. 19, kad govore o tome da bi odredbu čl. 6. st. 3. t. 1. ZA trebalo redigirati. Čini se ipak da su oni bliži stajalištu po kojem smisleno rješenje treba tražiti i *de lege lata*, a ne isključivo *de lege ferenda*. Na to najneposrednije upućuje naziv za to pitanje mjerodavnog odjeljka: Konkludentni prihvati pisane ponude (st. 3. t. 1.).

⁹⁸ Tako Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 10, str. 6064. Rbr. 31, za njemačko pravo glede čl. 6. st. 5. odgovarajuće odredbe § 1031. st. 5. ZPO Thomas, H./Putzo, H./Reichold, K./Hüsstege, R., *op. cit.* u bilj. 79, § 1032. Rbr. 7.

⁹⁹ V. čl. 6. st. 5. ZA.

vora znao ili morao znati za primjenu općih uvjeta poslovanja i ako su oni bili objavljeni na uobičajeni način.¹⁰⁰ Arbitražna klauzula ugovorena putem općih uvjeta poslovanja u svakom slučaju mora proći i sudsku kontrolu općih uvjeta poslovanja iz čl. 296. ZOO-a.¹⁰¹

Trgovci mogu dogovorom¹⁰² ili poslovnom praksom koja je među njima ustaljena, šutnji na ponudu za sklapanjem arbitražne pogodbe pridati i drukčije značenje od onoga što je sadržano u čl. 265. st. 1. ZOO-a.¹⁰³

Prešutni, konkludentni prihvatao pisane ponude za sklapanje glavnog ugovora a time i uzgredne pogodbe o arbitraži susrećemo primjerice¹⁰⁴: Kad ponuđenik u svoje ime i za svoj račun raspolaže robom koju je primio od ponuditelja pisanoga glavnog ugovora o kupoprodaji, osim ako ponuđenik nije znao ili nije morao znati da je roba bila poslana radi neke druge svrhe;

Kad jedna strana preda drugoj dokumente na temelju kojih može raspolagati robom, a druga strana te dokumente primi, smatra se da je sklopljen ugovor o kupoprodaji, ako ponuđeni nije znao da su dokumenti predani radi neke druge svrhe;

Kad kupac robu koja mu je predana “na ogled”, “na probu”, “na pogled”, “po viđenju”, ne vrati u roku koji je bio ugovoren za njegovu izjavu o tome prima li robu, smatra se da je sklopljen ugovor o kupoprodaji;

Kad prijevoznik ili špediter primi robu s naznačenom adresom primatelja, smatra se da je sklopljen ugovor o prijevozu ili špediciji;

Kad skladištar primi robu bez određenog naloga, smatra se da je sklopljen ugovor o uskladištenju.

Običaji u prometu na koje upućuje *ratio legis* odredbe čl. 6. st. 3. t. 1. jesu stoga ponajprije slučajevi koji su bili obuhvaćeni klauzulom broj 34. Općih uzanci za promet robom. Budući da su Opće uzance za promet robom stavljene izvan snage, one se danas primjenjuju kao opći trgovački običaji budući da su za to ispunjene pretpostavke iz čl. 12. ZOO-a i čl. 6. st. 3. ZA. Među valjano konklu-

¹⁰⁰ V. čl. 295. ZOO-a.

¹⁰¹ Općenito o odgovarajućem problemu neformalnog ugovaranja arbitraže putem općih uvjeta poslovanja u njemačkom pravu v. Thomas, H./Putzo, H./Reichold, K./Hüsstege, R., *op. cit.* u bilj. 79, § 1031. Rbr. 6.

¹⁰² Mogu, dakle, dvostranoobvezujućim dogovorom, a ne mogu jednostranom ponudom. V. čl. 265. st. 1. ZOO.

¹⁰³ Tako općenito Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 93, str. 5.

¹⁰⁴ V. klauzulu broj 34. Općih uzanci za promet robom. Te klauzule danas vrijede kao opći trgovački običaji.

dentno sklapanje ugovora o arbitraži treba ubrojiti slučaj po kojem je ugovor koji sadrži arbitražnu klauzulu sklopljen na temelju teksta ugovora koji je jedna strana predložila, a druga strana ga nije izričito u pisanoj formi prihvatila, ali se u pisanom obliku pozivala na taj ugovor u kasnijoj korespondenciji, fakturama ili dokumentarnom akreditivu spominjući datum i broj ugovora.¹⁰⁵

5.3. Otklanjanje nedostatka pisanog oblika ugovora o arbitraži primjenom instituta pisane potvrde o sklopljenom ugovoru odnosno o navodno sklopljenom ugovoru (čl. 6. st. 3. t. 2. ZA)

Nije dvojbeno da se na temelju materijalnog prava utvrđuje kad šutnja na pisanu potvrdu, sukladno čl. 6. st. 3. t. 2. ZA, nameće primatelju pisane potvrde odgovornost za ispunjenje arbitražne pogodbe sadržane u neosporenoj pisanoj potvrdi. Budući da o tome nema pisanih pravila, dvojbeno je kad se sve daje primijeniti odredba čl. 6. st. 3. t. 2. ZA, koje je njeno područje primjene. Dvojbeno je i od kuda crpimo materijalno pravo instituta pisane potvrde, o kojim konkretnim "nepisanim" pravilima, poslovnim običajima sud treba voditi računa.

Područje primjene instituta pisane potvrde glede otklanjanja nedostataka ugovora o arbitraži pogađa sva tri matična područja primjene instituta pisane potvrde.¹⁰⁶

Institut pisane potvrde može otkloniti i nedostatke neovlaštenog zastupanja inače valjano pisano sklopljenog ugovora o arbitraži. Nakon što odšuti na pisanu potvrdu neformalno sklopljenog ugovora o arbitraži, primatelj pisane potvrde više ne može prigovoriti da ugovor nije valjan zbog nesporazuma ili manjkave ovlasti u zastupanju. Nedostatak pisanog oblika ugovora o arbitraži nije dakle jedini nedostatak ugovora o arbitraži koji se daje nadomjestiti institutom pisane potvrde. Zaključak potkrepljuju odredbe čl. 260. ZOO-a koje, također, počivaju na pravilima o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja odnosno zbog stvaranja pravnog privida.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Taj slučaj s UNCITRAL-ove liste prijepornih slučajeva spominje Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 83, str. 126.

¹⁰⁶ Općenito o područjima primjene instituta pisane potvrde *v.* Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 958. i nadalje.

¹⁰⁷ Prema čl. 260. ZOO-a pisana ponuda obvezuje ponuditelja, iako je nije potpisala ovlaštena osoba, ako je dana na poslovnom papiru s kojim se on služi u svom poslova-

Institut pisane potvrde može, k tome, otkloniti brojne poteškoće oko tumačenja pojedinih očitovanja volje prilikom pregovora o sklapanju ugovora o arbitraži, posebice pomaže razgraničiti poziv za stavljanje ponude, ponudu ili prihvata ponude s prijedlogom da se izmijeni (čl. 264. ZOO-a). Praksu može rasteretiti i tumačenje skrivenih nesporednih odredbama ugovora o arbitraži bez kojih već sklopljeni ugovor o arbitraži može opstati.

Institut pisane potvrde može se, naposljetku, primijeniti i u slučajevima u kojima sadržaj pisane potvrde odudara od prethodno postignutoga pisanoga arbitražnog dogovora. Za razliku od prethodno pobrojanih slučajeva, ovdje nije riječ o tome je li pojedini ugovor o arbitraži valjano sklopljen, nego o tome kakav je njegov sadržaj.¹⁰⁸ I ova skupina slučajeva opterećena je potrebom da se preciziraju i pojasne već postignuti kompleksni dogovori oko čijeg se sadržaja ugovorne strane snažno razmimoilaze. Takvi slučajevi najčešće se susreću prilikom dogovaranja potankosti vezanih uz sastav arbitražnog vijeća, izbor arbitara, određivanje arbitražnih pravila, jezika na kojem će se voditi arbitraža i slično. Institut pisane potvrde može uspješno otkloniti takva i slična otvorena pitanja ako strane o njima nisu postigle izričit, odnosno nedvojbenu dogovor ranijim arbitražnim pogodbama.

Institut pisane potvrde počiva na pravilima o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja, konkretnije na pravilima o odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida. Ključno pitanje stoga glasi: kad pošiljatelj pisane potvrde zavrjeđuje pravnu zaštitu, kad se ima pravo s povjerenjem pouzdati u to da je ugovor o arbitraži valjano sklopljen? Kad primateljeva šutnja stvara pravni privid, odnosno nameće primatelju odgovornost za ispunjenje arbitražne pogodbe sadržane u pisanoj potvrdi. Pravni privid je krhka, fluidna pravna kategorija, snažno je vezana uz okolnosti pojedinog slučaja, te će stoga u praksi često ustuknuti zbog brojnih zlouporaba. Neće se, drugim riječima, ni primijeniti jer se neće ostvariti pretpostavke koje inače zahtijeva institut pisane potvrde. Njime se, dakle, zasniva samo oboriva pravna predmnjeva o tome da se primatelj pisane potvrde suglasio s njezinim sadržajem. Takvi samo tipizirani pravni učinci općenita su karakteristika poslovnih običaja pa shodno tome i instituta pisane potvrde.¹⁰⁹

nju; ako je potpisana na uobičajeni način; ako se odnosi na posao kojim se ponuditelj redovito bavi i njegov redoviti opseg, te ako ponuditelj nije znao niti mogao znati da je ponudu potpisala neovlaštena osoba. Isto vrijedi i za prihvata ponude.

¹⁰⁸ V. Miladin, P., *op. cit.* u bilj. I, str. 960. V. i Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. I, § 23. II RdN 15.

¹⁰⁹ Više Miladin, P., *op. cit.* u bilj. I, str. 972. i nadalje.

Pisana potvrda mora biti sročena nedvosmisleno i jasno, ona mora precizno izražavati pošiljateljevu namjeru o tome da se potvrdi odnosno dopuni, pojasni već neformalno sklopljeni ugovor o arbitraži ili navodno sklopljeni ugovor o arbitraži.¹¹⁰ U odredbi čl. 6. st. 3. t. 2. ZA koristi se izraz pisana obavijest koji nomotehnički ne pogađa bit ovoga materijalnopravnog instituta, posrijedi je pisana potvrda. Pošiljatelj pisane potvrde snosi teret dokaza da je pismeno pripjelo primatelju. Na strani pošiljatelja zahtijeva se dobra vjera glede karaktera šutnje kao znaka o suglasnosti. Pisana potvrda ne smije znatno odudarati od onoga što su strane prethodno neformalno ugovorile, odnosno od činjenice da su one međusobno uopće neformalno "sklopile" ugovor o arbitraži.

5.4. Primjena izuzetaka propisanih čl. 6. st. 3. ZA izvan trgovačkog prometa

Izuzeci propisani čl. 6. st. 3. ZA ne nadomještaju nedostatak pisanog oblika ugovora o arbitraži samo u trgovačkom prometu. Njima nisu podvrgnuti samo trgovci po sili zakona odnosno obrtnici, trgovci pojedinci te trgovačka društva. ZA ne govori o trgovačkim običajima nego o običajima u prometu, odnosno o poslovnim običajima. Izuzetci se stoga primjenjuju na odgovarajući način i na sve druge osobe koje poput trgovaca sudjeluju u pravnom i poslovnom prometu preko svog poduzeća, a to su poduzetnici i osobe javnoga prava kad u poslovnom i pravnom prometu nastupaju *iure gestionis*. Hrvatski fond za privatizaciju potpada, primjerice, pod primjenu takvih poslovnih običaja jer u pravnom i poslovnom prometu nastupa *iure gestionis*, poput poduzetnika. Stečajni upravitelji također. Među poduzetnike ne ubrajamo samo trgovce nego i pripadnike slobodnih poziva. Od njih je kao i od trgovaca opravdano očekivati da uredno ustroje svoje poduzeće i da uvažavaju uvriježena pravila poslovnog postupanja glede otklanjanja arbitražnog ugovora.

Odredba čl. 6. st. 3. ZA temelji se, kao i njoj srodna odredba čl. 265. ZOO-a, na trgovačkim običajima i očekivanjima pravnog i poslovnog prometa.¹¹¹ One imaju pečat trenda komercijalizacije obveznog prava. Obveza poduzetnika po kojoj mora na temelju čl. 265. ZOO-a stalno biti pripravan ispuniti činidbu kojom se profesionalno bavi podudarna je s poslovnim običajima koji mogu, uz

¹¹⁰ V. pobliže Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 962. i nadalje.

¹¹¹ O personalnom području primjene odredbe čl. 265. ZOO-a v. pobliže Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 947.-948.

strogo zadane pretpostavke primjene, nadomjestiti nedostatak pisanog oblika arbitražnog ugovora.

Institut pisane potvrde ne primjenjuje se, dakle, na osobe građanskog prava ako one nisu poduzetnici, a to su ponajprije potrošači na što upućuje prisilno-pravna odredba čl. 6. st. 6. ZA.

VI. INSTITUT PISANE POTVRDE I NEWYORŠKA KONVENCIJA

Rješenja ZA o institutu pisane potvrde i ugovora o arbitraži podudaraju se sa rješenjima koja po tom pitanju ima Newyorška konvencija. Na temelju čl. II. Newyorške konvencije u postupku priznanja i ovrhe stranoga arbitražnog pravorijeka potrebno je uz strani arbitražni pravorijek u pisanom obliku priložiti i arbitražni ugovor.¹¹² U postupku priznanja i ovrhe stranoga arbitražnog pravorijeka taj pravorijek može se, štoviše, i poništiti zbog toga što ugovor o arbitraži nije bio donesen u pisanom obliku.

Primjena čl. VII. t. 1. Newyorške konvencije može, međutim, u pojedinim slučajevima nadomjestiti pisani oblik arbitražnog ugovora institutom pisane potvrde iako zemlja priznanja i ovrhe stranih arbitražnih pravorijeka uopće ne priznaje konstitutivne učinke tog instituta ili pak ne priznaje mogućnost "sklapanja" arbitražnog pravorijeka pomoću instituta pisane potvrde.¹¹³ Odredbe Newyorške konvencije ne diraju, naime, u važenje multilateralnih ili bilateralnih sporazuma koje su sklopile države ugovornice u pogledu priznanja i ovrhe arbitražnih pravorijeka i ne lišavaju ni jednu zainteresiranu stranku prava koje bi mogla imati da se poziva na prava iz arbitražnog pravorijeka na način i u mjeri koji su dopušteni zakonodavstvom ili ugovorima zemlje u kojoj se poziva na pravorijek.¹¹⁴

¹¹² SFRJ je ratificirala Newyoršku konvenciju 26. veljače 1982. Objavljena je u Službenom listu SFRJ Međunarodnim ugovorima 11/1981. Newyorška konvencija važi u RH kontinuirano od 8.10.1991., na temelju notifikacije o sukcesiji glavnom tajniku UN-a od 25. srpnja 1993. (Narodne novine - Međunarodni ugovori 4/1994).

Redakcijski tekst Newyorške konvencije *v.* kod Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 10, str. 439. i nadalje.

¹¹³ Općenito o čl. VII. Newyorške konvencije *v.* Šoljan, V., *Nedostatak pismenog oblika arbitražnog ugovora i primjena Njujorške konvencije* u: Sajko, K. (ured.), *Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno pravo*, Zagreb, 1991.-1992., str. 62. i nadalje.

¹¹⁴ Tako čl. VII. t. 1. Newyorške konvencije, navedeno prema Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 10, str. 442.

Posrijedi je načelo povoljnijeg prava budući da se njime u najvećoj mogućoj mjeri pogoduje priznanju i ovrši arbitražnih odluka, odnosno arbitraži općenito kao izvansudskom načinu rješavanja sporova.¹¹⁵ Načelo povoljnijeg prava omogućuje primjenu nacionalnih kolizijskih pravila te mjerodavnoga nacionalnoga arbitražnog statuta na koji kolizijska pravila upućuju ako po povoljnijem nacionalnom pravu obvezujući učinci koji se inače vežu uz arbitražni ugovor nisu nužno vezani uz pisani oblik ugovora o arbitraži.¹¹⁶ Načelo povoljnijeg prava omogućuje priznanje i ovrhu stranoga arbitražnog pravorijeka kad stranka ima u rukama valjani arbitražni pravorijek prema pravu zemlje u kojem je donesen, ali ne može pri podnošenju zahtjeva za priznanje i ovrhu pravorijeka priložiti i pisani ugovor o arbitraži.¹¹⁷

Ako je ugovor o arbitraži podvrgnut, sukladno načelu *lex fori*, međunarodnom privatnom pravu zemlje priznanja i ovrhe arbitražnog pravorijeka, a kolizijska pravila tog prava upućuju na nacionalno pravo koje ima "mekši" pristup obliku arbitražnog ugovora nego što je propisano čl. II. st. 1. i 2. Newyorške konvencije, mjerodavno je na temelju čl. VII. st. 1. Newyorške konvencije to "mekše" nacionalno pravo jer je povoljnije od čl. 2. Newyorške konvencije glede priznanja i ovrhe arbitražnog pravorijeka.¹¹⁸

Provodi li se priznanje i ovrha stranoga arbitražnog pravorijeka u Hrvatskoj, postupak će se provesti ako su ispunjene pretpostavke iz čl. 6. st. 3. ZA neovisno o tome što ugovor o arbitraži nije bio podastrt u postupku priznanja i ovrhe stranoga arbitražnog pravorijeka sukladno čl. II. st. 1. i st. 2. Newyorške konvencije. Odredbe hrvatskog prava sukladno čl. VII. st. 1. Newyorške konvencije mogu biti uzete u obzir kao druga povoljnija osnova za priznanje i ovrhu stranoga arbitražnog pravorijeka u zemlji koja ne poznaje institut pisane

¹¹⁵ O tome načelu pobliže Šoljan, V., *op. cit.* u bilj. 113, str. 66.-68.

¹¹⁶ Odredba čl. VII. st. 2. Newyorške konvencije propisuje: "Odredbe ove Konvencije ne diraju u važenje multilateralnih ili bilateralnih sporazuma koje su sklopile države ugovornice u pogledu priznanja i ovrhe arbitražnih pravorijeka i ne lišavaju ni jednu zainteresiranu stranku prava koje bi mogla imati da se poziva na prava iz arbitražnog pravorijeka na način i u mjeri koji su dopušteni zakonodavstvom ili ugovorima zemlje u kojoj se poziva na pravorijek." Navedeno prema Triva, S./Uzelac, A., *op. cit.* u bilj. 10, str. 442.

¹¹⁷ Tako Šoljan, V., *op. cit.* u bilj. 113, str. 66.

¹¹⁸ Tako je izričito odlučio, a pravilo na odgovarajući način vrijedi za hrvatsko pravo, nje-mački BGH u presudi od 21.9.2005 - III ZB 18/05 (OLG Olden-Burg). Presuda, po-pračena komentarom, objavljena je u NJW 48/2005, str. 3499.-3501.

potvrde.¹¹⁹ Arbitražni pravorijek neće se poništiti sukladno čl. 36. st. 2. t. 1(a) ZA usprkos tome što ugovor o arbitraži nije bio valjano sklopljen prema pravu za to pitanje mjerodavne zemlje. Zahtjev za poništenjem pravorijeka stranka tada treba ostvarivati pred sudom države u kojoj je taj pravorijek donesen.

Institut pisane potvrde svakako treba imati u vidu prilikom primjene čl. VII. st. 1. Newyorške konvencije, a pri tome treba raspraviti pravni položaj instituta pisane potvrde glede arbitražnog pravorijeka po pravu zemlje u kojoj je donesen, odnosno po čijem je pravu donesen. Sud u svakom slučaju neće automatski, *ex officio* posegnuti za primjenom čl. VII. st. 1. Newyorške konvencije, inicijativu u tom pogledu mora preuzeti zainteresirana stranka.¹²⁰

VII. ZAKLJUČAK

Trgovci, a šire i poduzetnici, ne mogu u čistom usmenom obliku međusobno ugovoriti arbitražu budući da i njihov neformalan arbitražni dogovor mora imati konkretan pisani trag bilo u obliku pisane ponude za sklapanje arbitražnog ugovora sukladno čl. 6. st. 3. t. 1. ZA ili, pak, u obliku pisane potvrde o neformalno sklopljenom ugovoru sukladno čl. 6. st. 3. t. 2. ZA.

Hrvatski ZA dodatno je osnažio institut pisane potvrde u domaćem pravu. Odredba čl. 6. st. 3. t. 2. ZA izražava jasno opredjeljenje hrvatskog zakonodavca za proširene, konstitutivne učinke instituta pisane potvrde. ZA postavlja pravnu predmnjevu po kojoj primjena instituta pisane potvrde može nadomjestiti određene nedostatke arbitražnog ugovora. Institut pisane potvrde može nametnuti obvezujuće pravne učinke, poput učinaka koje inače proizvodi arbitražni ugovor, iako je ugovor o arbitraži ništav po općim pravilima ZOO-a zbog nedostatka propisanog oblika, a eventualno i zbog toga što ga je sklopila za to neovlaštena osoba. Institut pisane potvrde može se, naposljetku, primijeniti i u slučajevima u kojima sadržaj pisane potvrde odudara od prethodno postignutoga pisanoga arbitražnog dogovora. Nema razloga da ijedno tipično područje primjene instituta pisane potvrde mimoide ugovor o arbitraži.

Ugovor o arbitraži ne može se ni u kom slučaju sklopiti šutnjom jer šutnja nije očitovanje volje. Riječ je samo o tome da se obvezujući učinci ugovora

¹¹⁹ U tom smislu, sa simpatijama glede odgovarajuće odluke njemačkog BGH-a, i Šoljan, V., *op. cit.* u bilj. 113, str. 67.

¹²⁰ Tako izričito čl. VII. st. 1. Newyorške konvencije.

o arbitraži mogu uspješno nadomjestiti primjenom instituta pisane potvrde. "Sklapanje" ugovora o arbitraži šutnjom jednostavno nije pravno održiva konstrukcija.

Institut pisane potvrde nije ograničen samo na poslove koje međusobno sklapaju subjekti hrvatskoga prava, njegovo važenje proteže se i na poslove koje domaći subjekti sklapaju s inozemnim partnerima ako su međusobno ugovorili primjenu hrvatskog prava ili do primjene hrvatskog prava dođe na temelju odredbi mjerodavnoga međunarodnoga privatnog prava. Hrvatski poduzetnici moraju se jasno suočiti s rizicima vezanim uz činjenicu da njihovi inozemni partneri, kao i njihova mjerodavna nacionalna prava, drukčije gledaju na učinke instituta pisane potvrde te da mnoga nacionalna prava uopće ne poznaju institut pisane potvrde. Te rizike moraju jasno sagledati u svom poslovanju s inozemstvom.

Nema općega međunarodnoga trgovačkog običaja o institutu pisane potvrde. Nacionalna prava oštro su suprotstavljena glede učinaka instituta pisane potvrde, a mnoge zemlje u potpunosti osporavaju institut pisane potvrde. Landova načela i UNIDROIT-ova načela ne mogu nadomjestiti nedostatak općega međunarodnoga trgovačkog običaja o institutu pisane potvrde. O međunarodnom trgovačkom običaju s naslova instituta pisane potvrde može se, međutim, govoriti ako nacionalna prava obiju ugovornih strana poznaju iste pravne učinke instituta pisane potvrde. Takvi međunarodni trgovački običaji imaju u svakom slučaju suženo prostorno važenje.

ZA razlikuje prešutno, *tacite*, konkludentno sklapanje ugovora o arbitraži i primjenu instituta pisane potvrde među stranama koje pregovaraju ili su pak sklopile određeni neformalan dogovor o arbitraži. Iznimku iz čl. 6. st. 3. t. 1) ZA treba *de lege ferenda* pojasniti tako da tekst glasi: (3) Smatra se da je ugovor o arbitraži sklopljen u pisanom obliku:

1) Ako je jedna strana uputila drugoj strani ili ako je treća osoba uputila objema stranama pisanu ponudu za sklapanje ugovora o arbitraži a druga strana prešutno, konkludentno sukladno poslovnim običajima prihvati tu ponudu.

Za primjenu instituta pisane potvrde nije uvijek mjerodavno pravo koje su ugovorne strane izabrale, odnosno podredno mjerodavno pravo zemlje gdje se u vrijeme sklapanja ugovora nalazilo prebivalište odnosno sjedište ugovorne strane koja obavlja karakterističnu činidbu. Često okolnosti pojedinog slučaja, a u smislu čl. 20. st. 1. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (nadalje ZRS), upućuju na neko drugo mjerodavno nacionalno pravo. Arbitar ne može sa sigurnošću unaprijed znati hoće

li se u pojedinom međunarodnom arbitražnom postupku primijeniti institut pisane potvrde, a ako i hoće, u kojem će to biti opsegu, pa se arbitru glede toga daju određena pravila u postupanju. On mora poznavati mjerodavno nacionalno pravo ugovorne strane koja je odšutila na pisanu potvrdu usmeno sklopljenog ugovora, a koju joj je poslala druga ugovorna strana. Pošiljatelj pisane potvrde u tom slučaju mora dokazati konkretne okolnosti slučaja na temelju kojih je primatelj pisane potvrde morao iznimno otkloniti pisanu potvrdu, iako on u načelu nije vezan svojom šutnjom po pravu mjerodavnom prema primateljevom sjedištu ili prebivalištu.

Summary

Petar Miladin *

INSTITUTE OF WRITTEN CONFIRMATION IN INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW AND THE SO-CALLED “SILENT ARBITRATION AGREEMENT” IN COMMERCIAL RELATIONS ACCORDING TO THE LAW ON ARBITRATION

The institute of written confirmation (Bestätigungsschreiben) does not have the same legal status in domestic and international commercial law. The author discusses the status of the institute of written confirmation in comparative law. Reasons why the institute of written confirmation in commerce does not have the force of international commercial custom is explained. The standpoint is defended according to which the application of the institute of written confirmation in international commercial law, and consequently in international arbitration, depends on the parties' nationality and the question of whether a contested transaction was directly carried out in a state whose law is otherwise applicable to the contractual relationship. The author also tries to explain the Articles 6, paragraph 3 of the Law on Arbitration according to which a trade agreement on arbitration can, exceptionally (in two cases), be considered to have been made although it was not agreed upon in a written form. The author criticises the widespread view according to which the latter represents a simplified “making” of arbitration agreement by silence. The exception to the Article 6 paragraph 3, provision 2 of the Law on Arbitration is explained by

* Petar Miladin, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

means of the institute of written confirmation, therefore according to rules on liability based on the relationship of trust rather than according to the basic commercial legal concept of obligatory legal liability. Like any other agreement, arbitration agreement can be the object of the institute of written confirmation. It is claimed that the application of Article VII , paragraph 1 of the Convention. on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (The New York Arbitration Convention) can replace the lack of a written form of arbitration agreement by the institute of written confirmation although the country of recognition and execution of foreign arbitration awards does not recognise constitutive effects of this institute at all, or recognises them restrictively, i.e. either does not recognise constitutive effects of arbitration agreement based on the rules of written confirmation institute.

Key words: arbitration agreement, tacite, arbitration agreement implied by conduct, silence, written confirmation institute, commercial custom

Zusammenfassung

Petar Miladin **

DAS INSTITUT DES BESTÄTIGUNGSSCHREIBENS IM INTERNATIONALEN HANDELSRECHT UND DER SOG. STILLSCHWEIGENDE "SCHIEDSVERTRAGSSCHLUSS" IN HANDELSBEZIEHUNGEN NACH DEM GESETZ ÜBER DIE SCHIEDSGERICHTSBARKEIT

Der Ausgangspunkt dieses Beitrags ist die ungleiche rechtliche Behandlung des Instituts des Bestätigungsschreibens im nationalen und internationalen Handelsrecht. Es wird erklärt, warum das Institut des Bestätigungsschreibens im internationalen Handelsverkehr nicht die Wirkung eines allgemeinen internationalen Handelsbrauchs entfaltet. Es wird der Standpunkt bekräftigt, die Anwendung des Instituts des Bestätigungsschreibens im internationalen Handelsrecht und somit auch in internationalen Schiedsgerichtsverfahren hänge in der Regel davon ab, aus welchem Land die Parteien sind und ob das strittige Geschäft unmittelbar in dem Land ausgeführt wurde, dessen

** Dr. Petar Miladin, Professor an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Recht sonst für das Vertragsverhältnis maßgeblich ist. Es wird ebenfalls der Versuch unternommen, zum Sinn der Bestimmung aus § 6 Abs. 3 des kroatischen Gesetzes über die Schiedsgerichtsbarkeit (im Weiteren SchG) vorzudringen, nach welcher der in erster Linie handelsrechtliche Schiedsgerichtsvertrag in zwei Ausnahmefällen als geschlossen gilt, obwohl er nicht in schriftlicher Form vereinbart wurde. Es wird die verbreitete Meinung kritisiert, im zweiten Fall handele es sich um den vereinfachten stillschweigenden "Schiedsvertragsschluss". Die Ausnahme nach § 6 Abs. 3 Ziff. 2 SchG wird mit Hilfe des Instituts des Bestätigungsschreibens erläutert, also nach den Haftungsregeln aufgrund eines Vertrauensverhältnisses und nicht nach dem grundlegenden wirtschaftsrechtlichen Konzept der schuldrechtlichen Haftung. Wie jeder andere Vertrag kann auch der Schiedsvertrag Gegenstand des Instituts des Bestätigungsschreibens sein. Es wird behauptet, dass die Anwendung von Art. VII Abs. 1 des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (New Yorker Übereinkommen) es ermöglicht, in Einzelfällen einen in schriftlicher Form fehlenden Schiedsvertrag durch das Institut des Bestätigungsschreibens zu ersetzen, auch wenn der Staat, in dem die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs geltend gemacht wird, die konstitutiven Wirkungen dieses Instituts gar nicht oder nur in begrenzter Form anerkennt, also die konstitutiven Wirkungen eines Schiedsvertrags aufgrund der Regeln des Instituts des Bestätigungsschreibens nicht anerkennt.

Schlüsselwörter: Schiedsvertrag, stillschweigend, tacite, konkludenter Abschluss eines Schiedsvertrags, Stillschweigen, Institut des Bestätigungsschreibens, Handelsbrauch

