

PRIMJENA OBIČAJA U HRVATSKOM TRGOVAČKOM PRAVU

Razmatraju se pretpostavke koje se u hrvatskom trgovačkom pravu traže za primjenu običaja. Ističe se važnost trgovačkih običaja kao izvora trgovačkog prava. Za trgovačko je pravo karakteristično da ima vrlo heterogene izvore. To je posljedica široko primijenjene autonomije u uređenju trgovačkih odnosa. U srednjem vijeku su trgovački običaji bili najvažniji način uređenja odnosa među trgovcima pa je *lex mercatoria* kao jedinstveno pravo trgovaca, koje su uglavnom činili trgovački običaji, bilo pravo mjerodavno za uređenje tadašnje trgovine na cijelom europskom prostoru. Stvaranjem nacionalnih država a s tim u vezi i donošenjem nacionalnih kodifikacija koje su postale temelj za uređenje odnosa u trgovini važnost trgovačkih običaja je dijelom umanjena i zbog toga što su se rješenja iz brojnih običaja unijela u nacionalne propise. No, to nije moglo isključiti primjenu trgovačkih običaja.

Raspravljaju se tri razdoblja kroz koja je prošlo pravno uređenje primjene trgovačkih običaja u hrvatskom trgovačkom pravu. Ona se ne poklapaju s državnopravnim promjenama do kojih je u isto vrijeme dolazilo na područjima koja danas čine Republiku Hrvatsku. Za promatranje kako se je kod nas mijenjao odnos prema trgovačkim običajima uzima se u obzir razdoblje do 1978., vrijeme od 1978. do kraja 2005. i razdoblje koje će početi s 1. siječnja 2006. Prvo spomenuto razdoblje završava s donošenjem Zakona o obveznim odnosima koji je još na snazi, drugo je vrijeme trajanja tog zakona, a treće će početi sa stupanjem na snagu već donesenog novog Zakona o obveznim odnosima.

Prvo razdoblje primjene obilježava objektivna teorija o primjeni običaja, dok u drugom, uz djelomičnu primjenu objektivne, dominira subjektivna teorija. U drugom razdoblju hrvatsko trgovačko pravo odstupa od suvremenih tendencija u trgovačkom pravu zemalja s razvijenim pravnim sustavima a naročito od onoga što se primjenjuje na međunarodnom planu. Novi Zakon o obveznim odnosima ponovno uvodi objektivnu teoriju kao dominantnu i s time svrstava hrvatsko trgovačko pravo među pravne sustave koji slijede moderan trend razvoja trgovačkih prava u svijetu potaknut događanjima na ujednačavanju prava kojim se uređuje međunarodna trgovina.

Nova pravna rješenja hrvatskog trgovačkog prava odgovaraju onome što se za primjenu trgovačkih običaja preporuča ili već i vrijedi na području međunarodnog trgovačkog prava. Iznosi se podjela trgovačkih običaja i raspravljaju pitanja vezana uz njihovo utvrđivanje i pravni učinak. Razrađuje se razgraničenje trgovačkih običaja od prakse među ugovarateljima, klauzula i termina i općih uvjeta poslovanja. Određuje se mjesto trgovačkih običaja u hijerarhiji izvora trgovačkog prava. U vezi s time iznosi se hijerarhija svih izvora trgovačkog prava i iznose razlozi za redosljed primjene svakoga od njih.

1. UVOD

Kad se govori o hrvatskom trgovačkom pravu valja imati na umu da je ono tek sada pravo koje nije u sastavu nekog šireg pravnog sustava što se kao cjelina ne izjednačuje s hrvatskim pravom. Ovisno o državnopravnim prilikama u prošlosti hrvatsko je pravo ili bolje rečeno pravo koje je važno na područjima što čine današnju Hrvatsku, uz razumljive posebnosti koje su proizlazile iz državnopravnog položaja tih područja, uvijek bilo dio nekog šireg pravnog sustava pa tako nije ni moglo biti riječi o hrvatskom trgovačkom pravu kao posebnoj grani cjelovitog hrvatskog prava nego o dijelu prava neke od država čiji je Hrvatska bila dio.

U novijoj povijesti ono je, usprkos posebno prihvaćenim izvorima prava, ipak u biti sve do 1918. bilo sastavnim dijelom austrijskog odnosno ugarskog prava, a nakon toga u razdoblju između dva svjetska rata dio jugoslavenskog trgovačkog prava. Njega je pak činilo pet pravnih područja trgovačkog i šest pravnih područja građanskog prava koje se supsidijarno primjenjivalo u trgovačkim stvarima, s time da područje koje čini današnju Hrvatsku nije bilo u cijelosti obuhvaćeno samo jednim od tih pravnih područja. Nakon drugog svjetskog rata hrvatsko je pravo bilo sastavni dio jugoslavenskog poslijeratnog prava u kome je uređenje gospodarskih odnosa i jedinstvenog tržišta zemlje bilo predmetom uređenja na saveznoj razini, a ne na razini federalnih republika i pokrajina, pa je stoga i tadašnje privredno pravo (izraz *trgovačko* nije se koristio iz ideoloških razloga) bilo jedinstveno jugoslavensko pravo. Ta se jedinstvenost ipak više od prvih trideset godina tadašnje države nije mogla potpuno uspostaviti na području privatnog prava na kojemu su i dalje za to vrijeme važila pravna pravila spomenutih pravnih područja trgovačkog i građanskog prava nego je do nje došlo tek 1978. stupanjem na snagu Zakona o obveznim odnosima. Zato se može govoriti o hrvatskom trgovačkom pravu tek nakon raspada bivše federalne države i stvaranja samostalne hrvatske države. Stvara se hrvatski pravni sustav a u okviru njega se kao posebna grana prava nalazi i trgovačko pravo.

Pravno uređenje primjene trgovačkih običaja je stoga prošlo sve spomenute promjene prava na ovom području. Ono je međutim bilo takvo da se pravni režim trgovačkih običaja nije mijenjao sa svakom državnopravnom promjenom koja je dovodila do promjena u pravnom sustavu. Spomenute promjene nisu na području privatnog prava uvijek značile i radikalni prekid s dotadašnjim pravom nego postupno prožimanje starog prava s novim sve dok ne prevlada novo pravo, s time da se neka rješenja nisu ni mijenjala u čitavom novom državnopravnom razdoblju. Među takvim rješenjima su i ona kojima se uređuju trgovački običaji. Njihove se izmjene ne poklapaju s državnopravnim promjenama.

Zato bi razdoblja važenja različitih pravnih režima koji su u našem trgovačkom pravu važili za trgovačke običaje trebalo podijeliti na:

1. razdoblje do donošenja Zakona o obveznim odnosima iz 1978.,
2. razdoblje važenja spomenutog Zakona o obveznim odnosima, tj. vrijeme od 1. listopada 1978. do 31. prosinca 2005. a eventualno i kasnije u pogledu pravnih odnosa koji su nastali nakon 30. rujna 1978.
3. razdoblje nakon stupanja na snagu novog Zakona o obveznim odnosima, tj. razdoblje koje počinje 1. siječnja 2006.

Pritom valja imati na umu da se u vrijeme nakon drugog svjetskog rata pa sve do stvaranja novog hrvatskog pravnog sustava u posljednjem desetljeću prošlog stoljeća umjesto trgovačkog prava službeno koristio naziv privredno pravo u smislu onoga što se inače obuhvaća trgovačkim a ne privrednim pravom u pravom smislu riječi.

2. PRIMJENA TRGOVAČKIH OBIČAJA DO STUPANJA NA SNAGU SADAŠNJEG ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA

Velike kodifikacije trgovačkog prava u Europi u 19. stoljeću¹ kao posljedica stvaranja nacionalnih država imale su pretenziju da na nacionalnim razinama pravno uredi trgovačke odnose na koje se u srednjem vijeku primjenjivalo jedinstveno pravo trgovaca (*lex mercatoria, ius mercatorum*) kao posebno trgovačko pravo tog vremena. Time je ono od internacionalnog trgovačkog prava postalo nacionalnim pravima koja se međusobno razlikuju, premda sadrže znatan broj istih ili sličnih pravnih rješenja. Tako su nacionalna trgovačka prava zamijenila dota-

¹ Tu valja spomenuti francuski *Code de commerce* iz 1807., španjolski *Codigo de commercio* iz 1829. i njemački *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch* iz 1861. koji je 1862. u Austriji bio uveden kao *Allgemeines Handelsgesetzbuch*. Spomenuti austrijski zakonik bio je uzor za hrvatsko-ugarški *Trgovački zakon* donesen 1875. kao zakonski članak XXXVII. zajedničkog Hrvatsko-ugarškog sabora.

dašnje jedinstveno europsko staleško pravo trgovaca koje su velikim dijelom činili običaji sajмова i luka, a njegovom su razvoju pogodovali poslovna praksa trgovaca, posebna trgovačka sudbenost i djelatnost javnih bilježnika.² Kao i uvijek u takvim prilikama, namjera je tvorca kodifikacija bila da se u što većoj mjeri na jedinstveni način za cijelo područje na kome se kodifikacija primjenjuje pravno uredi trgovačke odnose s pretenzijom da bude najvažniji izvor trgovačkog prava ostavljajući što manje prostora za primjenu ostalih pravnih izvora. Kako je to značilo i pravno uređenje pitanja u pogledu kojih se do tada primjenjivalo spomenuto jedinstveno pravo trgovaca, bilo je očito nastojanje da se, ako se trgovačke običaje već ne može u potpunosti zamijeniti zakonom, ograniči njihovu primjenu u mjeri u kojoj se osigurava jedinstvo kodifikacijom uspostavljenog sustava normi. Pritom su se u kodifikacije unosila i brojna rješenja dotada izražena trgovačkim običajima.

To je razlog da je u pogledu primjene trgovačkih običaja i hrvatski Trgovački zakon sadržavao dvije temeljne norme. U §-u 1. Zakona bilo je propisano da se u trgovačkim stvarima, ukoliko o njima taj zakon nema odredaba, primjenjuju trgovački običaji, a ako njih nema opće građansko pravo.³ U odredbi pak §-a 267. kojom se uređivalo tumačenje trgovačkih ugovora bilo je propisano da u prosuđivanju pravnog učinka radnji i propusta treba uzeti u obzir navade i običaje, prihvaćene u trgovačkom prometu.⁴ Zakon nije razradio spomenute odredbe ni pojmove koje u njima koristi.

Spomenuta rješenja su se tumačila tako da se prvo odnosilo na običajno pravo a drugo na poslovne običaje. Iako se zapravo u oba slučaja u Zakonu koristio izraz običaj, značenje tog izraza nije u njima bilo isto. Za prvi se smatralo da je riječ o tzv. pravnom običaju ili dijelu običajnog prava (tzv. normativni običaj) a za drugi da je "puko shvaćanje manjeg ili većeg kruga trgovaca o nekom pravnom poslu ili činu, a koji imaju svoju vrijednost u *lex contractus*"⁵ (tzv. običaj koji služi samo za tumačenje). Stoga je trebalo svaki puta utvrditi kvalificira li Zakon neki običaj

² Goldštajn, A., Privredno ugovorno pravo, Zagreb, 1967, str. 17 i Trgovačko ugovorno pravo, Zagreb, 1991, str. 143. Više o tome u Osman, F., Les principes généraux de la lex mercatoria, Paris, 1992, str. 9. i sl. *Lex mercatoria* nije ostala srednjovjekovni fenomen nego je i danas, naravno s drukčijim sadržajem, ponovno vrlo živi izvor prava prvenstveno za uređenje međunarodnih trgovačkih ugovora, ali ga se ne može zanemariti ni kada je u pitanju primjena u nacionalnim okvirima. Suvremeni fenomen toga u najnovije vrijeme kod nas obrađuje Vukmir, B., Načela međunarodnih trgovačkih ugovora 2004. prema UNIDROIT i *lex mercatoria*, Pravo i porezi br. 1/2005, str. 3-10 i *Lex mercatoria* u novom pravnom okruženju, Pravo i porezi br. 3/2005, str. 18-27.

³ Odredba je odgovala odredbama §-a 1. tadašnjih njemačkog i austrijskog Trgovačkog zakonika.

⁴ Odredba je odgovala odredbi §-a 279. tadašnjeg austrijskog Trgovačkog zakonika.

⁵ Stražnický, M., Predavanja iz trgovačkoga prava, Zagreb, 1926, str. 10.

pravnim i time mu daje snagu supsidijarnog pravila koje se primjenjuje pored volje ugovornih strana ili je pak riječ o dispozitivnom pravilu koje ostavlja ugovornim stranama slobodu uređenja svog pravnog odnosa na drugi način.⁶ I kada se smatralo da je riječ o pravnim običajima, oni nisu mogli derogirati propise zakona pa ni one dispozitivne.⁷ Služili su zapravo tome da supsidijarno dopunjuju Zakon i druge trgovačke propise⁸ tako da su se smatrali izvorom trgovačkog prava čija primjena sprječava supsidijarnu primjenu građanskog prava. Bili su dio državnog trgovačkog prava na koje je upućivao zakon.⁹

Takvo je razlikovanje stvaralo teškoće. To se vidi i iz kontradiktornih stavova doktrine i sudske prakse. Tako se za pravne običaje smatralo da se primjenjuju "mimo i protiv volje stranaka",¹⁰ a istodobno zauzimalo stav da "pravni običaj nema derogatorne snage protiv izričitog sporazuma stranaka."¹¹ Ne čudi stoga da sadašnji njemački Trgovački zakonik ni sadašnji austrijski Trgovački zakonik, čiji su prethodnici bili uzorom uređenju trgovačkih običaja u našem Trgovačkom zakonu iz 1875., više ne spominju običajno pravo kao izvor trgovačkog prava nego u §-u 346. pod naslovom "Trgovački običaji" propisuju da pri ocjeni značaja i učinka radnji i propuštanja među trgovcima valja uzeti u obzir običaje i navade koji vrijede u trgovačkom prometu.

I u našem je pravu u pogledu primjene trgovačkih običaja napušteno to razlikovanje, iako su se nakon drugog svjetskog rata odredbe hrvatskog Trgovačkog zakona primjenjivale kao pravna pravila sve do stupanja na snagu sadašnjeg Zakona o obveznim odnosima. U pravnoj književnosti u tom se razdoblju više ne govori o spomenutoj razlici nego samo o poslovnim običajima (zapravo trgovačkim ali se taj izraz iz ideoloških razloga nije koristio) kao izvoru tadašnjeg privrednog ugovornog (danas trgovačkog) prava.¹²

⁶ Stražnický, M., ibidem.

⁷ Stražnický, M., ibidem. Tako i Vrhovni sud u Beču u odlukama br. 4878 od 2.5. 1894. i Rev. br. I/911/11 od 21.11. 1911. objavljenim u Adler-Clemens, Sammlung der Entscheidungen zum Handelsgesetzbuche pod br. 1789. i 3060, prema Trgovački zakon valjan za Hrvatsku i Slavoniju (ur. Stražnický, M.), Zagreb, 1918, str. 4, odl. pod. br. 2.

⁸ Tako i Vrhovni sud u Beču u odluci br. 2663 od 18.4. 1879. objavljenoj u zbirci navedenoj u bilj. br. 17. pod br. 837, prema Trgovački zakon valjan za Hrvatsku i Slavoniju (ur. Stražnický, M.), Zagreb, 1918, str. 3, odl. pod. br. 1.

⁹ Winter, V., Trgovački zakon, Osijek, 1912, str. 2.

¹⁰ Stražnický, M., ibidem.

¹¹ Tako Vrhovni sud u Beču u odlukama br. 9181 od 9.11. 1871, br. 10340 od 21. 10. 1880. , br. 6209 od 15. 5. 1892., br. 11.948 od 31. 10. 1894. objavljenim u zbirci navedenoj u bilj. br. 17 pod br. 340, 934, 1667 i 1811, prema Trgovački zakon valjan za Hrvatsku i Slavoniju (ur. Stražnický, M.), Zagreb, 1918, str. 4, odl. pod. br. 3.

¹² Time su se najviše bavili Goldštajn, A., u o. c. u bilj. br. 2 i kasnije u dosad najtemeljitoj analizi trgovačkih običaja u našem pravu pa i za razdoblje koje se ovdje spominje Marušić, S., Trgovački običaji i Zakon o obveznim odnosima, u Pravo u gospodarstvu, br. 3/1999, str. 339 - 373.

U poredbenom pravu spomenuta se podjela izražava razlikovanjem tzv. normativnih od ugovornih običaja koji služe samo za tumačenje ugovora kao posljedica ranije navedene tradicionalne podjele.¹³ Prema toj podjeli "normativni se običaji odlikuju objektivnim i subjektivnim elementom (vršenje i *opinio iuris sive necessitatis*), a skup takvih običaja čini trgovačko običajno pravo. Ugovorni bi običaji, naprotiv, bili pravila ponašanja u prometu robom čija je osnova primjene izričita ili prešutna volja stranaka."¹⁴ Obilježje prve skupine običaja je u tome da se za njihovu primjenu ne traži izražena volja ugovornih strana, pa ih one ne moraju ni poznavati, ali se ne mogu primijeniti protiv njihove volje, dok se za drugu skupinu zahtijeva da one za njih znaju ili moraju znati.¹⁵ Temeljna pojmovna obilježja u biti stoga odgovaraju onima kakva su za to bila izražena i u našem starijem pravu.

Granica između spomenutih skupina običaja nestala je u nas još u vrijeme prije nego što je bio donesen sadašnji Zakon o obveznim odnosima. Valja navesti i kasniji znatan utjecaj nastojanja na međunarodnom planu za unifikacijom prava međunarodne trgovine izražen u međunarodnim konvencijama i razradi načela za međunarodne trgovačke ugovore te, na regionalnoj osnovi, ugovornog prava uopće.¹⁶ Trgovačko pravo, pa i kada je riječ o nacionalnom pravu, ima međunarodno obilježje koje se posebno ogleda u učestalom preuzimanju pravnih instituta iz drugih prava, što je posljedica stalnog i brzog usvajanja suvremenih oblika poslovanja nastalih u drugim sredinama pa i na međunarodnom planu. Pravni instrumentarij za uređenje trgovačkih ugovora bio je u biti isti, premda ne uvijek i u pogledu nazivlja, čak i kada su se sklapali pod vrlo različitim političkim i ideološkim okolnostima, a jednak na području međunarodne trgovine i kada se ona odvijala između pripadnika zemalja s različitim ideološkim predznacima. Razlog za to valja tražiti u jednakoj naravi poslovnih konstrukcija putem kojih se obavljaju gospodarske djelatnosti.

Nove poslovne konstrukcije nastale u drugim sredinama vrlo se brzo prihvaćaju u nacionalnim okvirima, a s time i način njihova pravnog uređenja. U tome ima važnu ulogu autonomno trgovačko pravo. Takav već uvriježeni pristup olakšava da ranije spomenuta nastojanja na međunarodnom planu za unifikacijom

¹³ V. primjere u pojedinim pravima kod Marušić, S., o.c. u bilj. br. 12, str. 345 - 349.

¹⁴ Marušić, S., o.c. u bilj. br. 12, str. 349.

¹⁵ Marušić, S., ibidem.

¹⁶ Ovdje se prvenstveno misli na bivše Haške zakone o sklapanju ugovora o međunarodnoj kupoprodaji tjelesnih pokretnih stvari i o međunarodnoj kupoprodaji tjelesnih pokretnih stvari, Konvenciju UN o ugovorima o međunarodnoj kupoprodaji robe (Beč 1980), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004. Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava u Rimu, Principles of European Contract Law 1998, Parts I, II and III completed and revised koje je izradila Komisija za europsko ugovorno pravo.

pravnih rješenja na području trgovačkog prava, uz autoritet institucija pod čijim se okriljem poduzimaju, utječu i na uklanjanje razlike između spomenute dvije skupine običaja i u nacionalnim trgovačkim pravima. Nude se, naime, rješenja koja govore samo o običajima i ne spominje se podjela o kojoj je ovdje riječ.¹⁷ Kako se za primjenu svake od spomenutih skupina običaja zahtijevalo ispunjenje različitih pretpostavki, novo izraženi pristup tome zahtijeva i da se odrede uvjeti pod kojima dolazi do primjene trgovačkih običaja.

Polazna osnova za određenje pretpostavki koje su se prije donošenja sadašnjeg Zakona o obveznim odnosima tražile za primjenu tadašnjih poslovnih običaja je pojmovno određenje običaja. Kod nas se već tada pod poslovnim običajem razumijevala komercijalna praksa koja je u tako širokoj primjeni da privrednici očekuju da će ugovorne strane postupiti u skladu s takvom praksom.¹⁸ Izrazom komercijalna praksa zapravo je obuhvaćena poslovna praksa među privrednicima nastala u njihovim poslovnim odnosima. Iz toga su proizlazile tri temeljne pretpostavke da bi se nešto smatralo poslovnim običajem:

- a) postojanje poslovne prakse (točno određenog poslovnog postupanja u određenim poslovnim situacijama),
- b) primjena te prakse među privrednicima što će reći i izvan odnosa samo točno određenih ugovornih strana i
- c) međusobna očekivanja privrednika da će postupati u skladu s tom praksom.

Poslovna praksa u pogledu koje su bile ispunjene te tri pretpostavke primjenjivala se bez obzira na to je li ugovornim stranama bila poznata. Bila je prihvaćena objektivna teorija primjene poslovnih običaja po kojoj se običaj nije primjenjivao samo ako je bio suprotan prisilnom propisu, moralu ili volji ugovornih strana.¹⁹ Po tome je za primjenu poslovnog običaja bilo dovoljno da postoji i da nije suprotan onome što je ovdje rečeno, a to znači da se nije zahtijevalo da su ugovorne strane izrazile volju da ga primijene, ali ga se nije moglo primijeniti protiv njihove volja.

Jedino je ocjena suda bila mjerodavna za to jesu li u nekom slučaju bile ispunjene pretpostavke za primjenu poslovnog običaja. Zakon o privrednim sudovi-

¹⁷ V. čl. 13, st. 1. haškog Jednoobraznog zakona o sklapanju ugovora o međunarodnoj kupoprodaji tjelesnih pokretnih stvari, čl. 9, st. 1. i 2. haškog Jednoobraznog zakona o međunarodnoj kupoprodaji tjelesnih pokretnih stvari i kasnije čl. 9. Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe, čl. 1.8 Načela UNIDROIT, čl. 1:105 Načela europskog ugovornog prava.

¹⁸ Goldštajn, A., u djelima navedenim u bilj. br. 2, str. 26. u prvom navedenom i str. 152. u drugom navedenom djelu. Takvo određenje prihvaća i Marušić, S., o.c. u bilj. br. 12, str. 343.

¹⁹ Goldštajn, A., o.c. u bilj. br. 2, str. 28, 30. u prvom navedenom i str. 154, 156. u drugom navedenom djelu.

ma iz 1965. je propisivao da privredni sudovi sude i na temelju uzanci (čl. 2, st. 2), a njegov prethodnik istog naziva je uz to spominjao i poslovne običaje (čl. 5). U nedostatku jedinstvenog pozitivnog zakona za uređenje ugovora to je bilo mjerodavno upućivanje pozitivnim propisom na primjenu običaja, uz pojedinačno pozivanje na običaje u samo ponekoj odredbi posebnih propisa. Valja, naime, imati na umu da je to vrijeme prije donošenja Zakona o obveznim odnosima, tj. vrijeme primjene pravnih pravila Trgovačkog zakona i Općeg građanskog zakonika koja nisu mogla zadovoljiti potrebe tadašnjeg poslovnog prometa.

U to se vrijeme pravila razlika između poslovnih običaja i dobrih poslovnih običaja. Ovi drugi su bili poslovni običaji koji su bili u skladu s prisilnim propisima i pravilima morala. Pritom nije bila mjerodavna samo ocjena poslovnih krugova o tome što je za njih prihvatljivo nego i ocjena je li to prihvatljivo s pravnog i etičkog stajališta. Konačnu ocjenu o tome davao je sud.²⁰ On daje sankciju samo dobrim poslovnim običajima, koji time što su tako okvalificirani nisu promijenili pravnu narav nego se može reći da su prošli ocjenu usklađenosti s onim čime se određuje granica njihove primjenjivosti. No, jednom dana ocjena nije vječna. Ona je važna za to hoće li neki običaj biti priznat i hoće li se njegova povreda sankcionirati, ali ne isključuje mogućnost da sud ili arbitraža u nekom sporu ponovno ocjenjuju njegovu usklađenost s prisilnim propisima i moralom.

Bila je prihvaćena podjela na opće i posebne poslovne običaje, tj. podjela po horizontalnoj i vertikalnoj liniji. Horizontalnom klasifikacijom određuju se običaji zajednički svim strukama pa ih se stoga naziva općim, a vertikalnom običaji koji vrijede samo u nekoj struci ili za neku vrstu robe odnosno usluga.²¹ Prvih je po naravi stvari mnogo manje nego drugih i oni sporije nastaju od drugih. Unutar određene struke mnogo se brže i češće dolazi u ista stanja i ulazi u iste odnose pa se tako brže i češće ponavljaju iste ili slične radnje i propuštanja kojima se stvara poslovna praksa, a među pripadnicima iste struke u takvim okolnostima lakše dolazi do očekivanja da će je se netko pridržavati. U slučaju neslaganja posebni poslovni običaji imaju prednost pred općim.

Kako nije bilo izgleda da se donese Građanski zakonik a ni da se u dogledno vrijeme donese poseban zakon koji bi uredio obvezne odnose, pribjeglo se privremenom rješenju i tadašnja Glavna državna arbitraža je 1954. donijela Opće uzance za promet robom koje su sadržavale pravila o ugovoru o kupoprodaji među privrednicima, a ona su se na odgovarajući način primjenjivala i na druge ugovore prometa robom te su sadržavale i neka pravila općeg dijela ugovornog prava. Bila je riječ o rješenju koje je bilo u masovnoj primjeni gotovo četvrt stoljeća kao

²⁰ Goldštajn, A., ibidem.

²¹ Goldštajn, A., o.c. u bilj. br. 2, str. 29. u prvom navedenom i str. 155. u drugom navedenom; Marušić, S., o.c. u bilj. br. 12, str. 345.

najvažniji pravni izvor za uređenje ugovora u prometu robom. Pritom je naziv mogao zavarati, jer tu zapravo nije bila riječ o običajima.

Riječ uzanca se, naime, obično koristi kao sinonim za običaj, ali se kod nas upotrijebljena u množini koristi za nazivanje kodificiranih trgovačkih (nekada poslovnih) običaja.²² Trgovački običaji nisu u pisanom obliku, ali ih se može zabilježiti pa i skupiti. U tom se slučaju samo utvrđuje ono što u praksi već postoji. To se obično ne čini tako da se u pisanom obliku bilježi pojedini trgovački običaj nego više njih koji međusobno čine neku cjelinu pa ih se po toj cjelini i naziva. Nije, dakle, riječ o njihovom stvaranju. No, svako "kodificiranje" zahtijeva da se pravila koja su time obuhvaćena sistematiziraju što zahtijeva i da ih se međusobno uskladi. Zato su uzance uvijek kombinacija utvrđivanja i donošenja.

Opće uzance za promet robom nisu nastale utvrđivanjem nego su bile plod rada skupine stručnjaka koji su koristili poredbenopravna rješenja iz više izvora i uobličili ih u 257 uzanci, koje su s obzirom na to da se ne odnose na određenu vrstu robe nazvali Općim uzancama za promet robom za razliku od posebnih uzanci kojima su se nakon njih uređivala neka posebna područja prometa roba i usluga. Te je posebne uzance donosila Savezna privredna komora uz potvrdu Vrhovnog privrednog suda bivše države. Već i iz tih ovlasti spomenutih tijela proizlazi da nije bila riječ o kodifikaciji poslovnih običaja, iako je među Općim i posebnim uzancama bilo i onih koje su doista bile trgovački običaji, primjerice opće uzance u kojima se uređivalo pisanu potvrdu usmeno sklopljenom ugovoru, ponudu i prihvat izjavljen od strane neovlaštene osobe na poslovnom papiru, značenje izraza "oko, circa, promptno, početkom mjeseca, u prvoj polovini mjeseca, sredinom mjeseca, u drugoj polovini mjeseca, krajem mjeseca, predati na krcaje" i dr.

Da nije bila riječ o trgovačkim običajima vidi se i iz pretpostavke koja se tražila za njihovu primjenu. Opća uzanca br. 2. je predviđala da se one primjenjuju kada ugovorne strane pristanu na primjenu Općih uzanci, a smatra se da su na to pristale u poslovima u kojima je za slučaj spora, propisana ili ugovorena nadležnost privrednog suda, ako iz ugovora ne proistječe da su isključile njihovu primjenu. Nije ih se, dakle, moglo primijeniti protivno izraženoj volji ugovornih strana. U praksi su se sve do donošenja Zakona o obveznim odnosima Opće uzance gotovo beziznimno primjenjivale i postale glavno pravno sredstvo uređenja ugovora o prometu robom, jer je to proizlazilo iz vezanja uvjeta za njihovu primjenu uz propisanu sudsku nadležnost za rješavanje sporova. Njihov najveći dio bio je kasnije preuzet u Zakon o obveznim odnosima.

Mnogo više poslovnih običaja bilo je uneseno u posebne uzance donesene prije donošenja Zakona o obveznim odnosima, jer su u najvećem broju njih pre-

²² Goldštajn, A., o.c. u bilj. br. 2, str. 32. u prvoavedenom i str. 158. u drugoavedenom djelu.

vladavale pravnotehničke norme nad onima čisto obveznopravne naravi koje se tradicionalno izražavaju dispozitivnim propisom.²³ Ni za njih se ne može reći da je riječ o utvrđenim poslovnim običajima. Osim u samo nekima od njih, bilo je određeno da se primjenjuju na ugovore sklopljene između privrednih subjekata, ako u njima to nije bilo isključeno, jer se tada smatralo da su ugovorili njihovu primjenu. U posebnoj uzanci u ugostiteljstvu br. 1 je primjerice bilo određeno da se te uzance primjenjuju kada su ugovorne strane pristale na njihovu primjenu, a smatra se da su to učinile ako ugovorom nije isključena njihova primjena. Za njih je u posebnoj uzanci br. 58 čak bilo određeno kada se počinju primjenjivati, što nije spojivo s običajem koji se nikada ne može početi primjenjivati nekog dana koji bi bio kasniji od onoga koji je u njemu određen nego može samo nastati primjenom, a kada ga se izrazi u pisanom obliku ili kodificira, time se samo utvrđuje nešto što već postoji i primjenjuje se. Smisao izražavanja u pisanom obliku je samo da se osigura lakša dostupnost običaja. Isto rješenje kao i u spomenutoj posebnoj uzanci u ugostiteljstvu predviđeno je i u posebnoj uzanci o građenju br. 127.

I prije Zakona o obveznim odnosima, u kome se prvi puta spominje, u nas se kao izvor prava priznavala praksa među ugovarateljima (engl. *course of dealing*, franc. *les habitudes que se sont établies entre les parties*, njem. *die Usancen zwischen Geschäftspartnern, der Geschäftsverbindungsbrauch unter den Parteien, die Individualübung unter den Parteien*), tada nazivana praksom utvrđenom između stranaka (uobičajenim postupcima), tj. "način postupanja koji se razvio u poslovanju određenih stranaka."²⁴ Tu je zapravo riječ o postupanjima točno određenih ugovornih strana između sebe u njihovim točno određenim odnosima koja ispunjavaju uvjete za to da budu trgovačkim običajem, osim uvjeta da je riječ o postupanjima u širem krugu trgovaca. Među njima se ponavljaju određene klauzule ugovora i kada nisu posebno ugovorene, ali ugovaratelji po njima postupaju kao da jesu i takva praksa je za njih obvezujuća sve dok jedan od njih ne pokaže volju da od toga odstupi u kom slučaju praksa ubuduće prestaje vrijediti.²⁵ Iako po načinu

²³ To su bile Lučke uzance iz 1951, Posebne uzance za pojedine vrste i klase duhana iz 1956., Posebne uzance za trgovinu krumpirom iz 1960., Posebne uzance za trgovinu grahom iz 1960., Posebne uzance za trgovinu rižom iz 1960., Posebne uzance za trgovinu rižinom arpom iz 1960., Posebne uzance za trgovinu povrćem iz 1960., Posebne uzance za trgovinu žitarica iz 1960., Posebne uzance za promet blokova i ploča od kamena, mramora i granita iz 1967. i Posebne uzance o građenju iz 1977.

²⁴ Goldštajn, A., o. c. u bilj. br. 2, str. 31-32 u prvom navedenom i str. 157 - 158. u drugom navedenom djelu.

²⁵ Primjer za to je slučaj kada dva trgovca sklope ugovor o kupoprodaji u kome predvide da je rok za davanje obavijesti o materijalnom nedostatku isporučene robe trideset dana, iako je Zakonom o obveznim odnosima propisano da se to mora učiniti bez odgađanja. Iako takvu odredbu više ne unose u kasnije sklopljene ugovore, prodavatelj se uzastopno ne protivi obavijesti koju mu kupac pošalje unutar roka od trideset dana ali nakon proteka roka propisanog

nastanka i djelovanja vrlo slična običajima, spomenuta praksa to nije, ali među osobama između kojih je nastala djeluje kao da je riječ o običajima. Treba je smatrati dijelom ugovora sklopljenog među tim osobama kojom se dopunjuje izričito izraženi sadržaj ugovora pa se primjenjuje prije poslovnog običaja.

Iako u tadašnjim propisima o tome nije bilo odredaba, bilo je prihvaćeno da se poslovni običaji primjenjuju prije dispozitivnih propisa.²⁶ Za to postoje dva razloga. Prvi je u tome što se poslovne običaje tada, kao i trgovačke običaje danas, smatralo pretpostavljenom voljom ugovornih strana koja je izražena na taj način, ako drukčija nije izražena u ugovoru. Pretpostavka za primjenu dispozitivnog propisa jest da nema izražene volje ugovornih strana, a kako je ona u slučaju postojanja poslovnog običaja izražena kao pretpostavljena, nema mjesta primjeni dispozitivne norme. Drugi razlog treba tražiti u tome što poslovni običaj uvijek nastaje u nekoj gospodarskoj grani, tj. u vezi prometa neke određene robe ili pružanja usluga pa je stoga posebno pravilo koje ima prednost pred općom normom dispozitivnog propisa, jer se ona primjenjuje na svaki ugovor ili svaki ugovor određenog tipa. Taj je stav odgovarao onome što se o tome tada zastupalo i drugdje pa i na međunarodnom planu.²⁷

Uklanjanjem razlike između običajnog prava (normativnih običaja) i običaja koji služe za tumačenje ugovora i radnji odnosno propuštanja ugovornih strana, uklonjena je i razlika u pogledu toga mora li sud poznavati poslovne običaje kao izvor prava (*iura novit curia*) ili su oni predmet dokazivanja u postupku. Dok je ta razlika postojala zauzimao se stav da sud mora poznavati ono što je činilo običajno pravo, jer su običaji tada norme koje su dio državnog trgovačkog prava, pa ga sud primjenjuje i kada se stranke u sporu na njega ne pozovu.²⁸ Nakon što je ona uklonjena nema više ni razloga za takav stav pa se opravdano i prije Zakona o obveznim odnosima smatralo da sud nije dužan poznavati poslovne običaje, što mu uostalom i nije moguće nego da je stvar stranke u sporu koja se na njih poziva da dokaže ono što tvrdi. Postojanje običaja dokazuje se svim raspoloživim sredstvima, a u praksi se to svodilo na potvrde privredne komore, saslušanje vještaka, svjedoka, uvid u stručnu literaturu, sudsku i arbitražnu praksu.²⁹

Zakonom, čime se između prodavatelja i kupca uspostavlja praksa da je rok za obavijest o nedostacima robe i dalje trideset dana. Kada prodavatelj prvi puta prigovori kupcu da je njegova obavijest o nedostatku robe zakašnjela zato jer nije poslana bez odgađanja ali u spomenutom duljem roku, praksa prestaje, ali će još važiti u spornom slučaju u kome je istaknut prigovor.

²⁶ Goldštajn, A., o. c. u bilj. br. 2, str. 31. u prvom navedenom i str. 157. u drugom navedenom djelu; Marušić, S., o.c. u bilj. br. 12, str. 354 - 355.; u starijoj pravnoj književnosti Stražnický, M., o.c. u bilj. br. 5, str. 202.

²⁷ V. čl. 9, st. 2. bivšeg haškog Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji pokretnih tjelesnih stvari.

²⁸ Stražnický, M., o.c. u bilj. br. 5, str. 10

²⁹ Goldštajn, A., o.c. u bilj. br. 2, str. 31. u prvom navedenom i str. 157. u drugom navedenom djelu.

S obzirom na heterogenost izvora trgovačkog (kasnije privrednog) prava pravna kvalifikacija poslovnih običaja utjecala je i na hijerarhiju tih izvora. Poslovni su se običaji u vrijeme prije Zakona o obveznim odnosima primjenjivali poslije ugovora (uključivo i praksu među ugovarateljima), pod uvjetom da je to u skladu s prisilnim propisima i moralom, i uzanci. Uzance se, naime, smatralo kodificiranim poslovnim običajima, premda one to zapravo najvećim dijelom (više Opće uzance a manje posebne) nisu bile pa im se davalo prednost pred poslovnim običajima. Stoga je redosljed primjene spomenutih izvora bio:

1. ugovor pod uvjetom da nije protivan prisilnim propisima i moralu,
2. posebne uzance,
3. posebni dobri poslovni običaji,
4. Opće uzance za promet robom,
5. opći dobri poslovni običaji, a nakon toga su po hijerarhijskom redu dolazili ostali izvori tadašnjeg privrednog ugovornog prava.³⁰

Time je bilo poštovano pravilo da se poslovni običaji primjenjuju prije dispozitivnih propisa pa je do primjene tih propisa tadašnjeg privrednog prava dolazilo samo ako nije bilo poslovnog običaja kojim se uređivalo sporno pitanje, a u nedostatku njih redom pravna pravila Trgovačkog zakona, dispozitivni propisi građanskog prava, pravna pravila Općeg građanskog zakonika i nakon toga sudska praksa i posredno pravna znanost. Razumije se da su se pravna pravila primjenjivala samo u mjeri u kojoj su bila u skladu s pozitivnim propisima. Hijerarhija je dosljedno tumačena tako da se hijerarhijski niži izvor prava primjenjuje samo u slučaju da neko pitanje nije uređeno izvorom hijerarhijski višeg reda. Time je poslovnim običajima bilo dano mjesto koje im po pravnoj naravi odgovara, osim što je prednost pred njima dana uzancama i u dijelu u kome one zapravo nisu sadržavale poslovne običaje.

S obzirom na prijelaznu i završnu odredbu Zakona o obveznim odnosima iz 1978. (čl. 1106) izloženi se hijerarhijski redosljed pravnih izvora trgovačkog prava primjenjuje na obvezne odnose nastale najkasnije 30. rujna 1978., jer je taj zakon stupio na snagu 1. listopada 1978.

³⁰ Goldštajn, A., o.c. u bilj. br. 2, str. 50. u prvom navedenom i str. 176. u drugom navedenom djelu. Ti preostali izvori primjenjivali su se ovim redom:

6. dispozitivni propisi privrednog prava,
7. pravna pravila predratnih trgovačkih zakona - uvjetno, tj. u mjeri u kojoj nisu bila protivna pozitivnim propisima ni sustavu društva,
8. dispozitivni propisi građanskog prava,
9. pravna pravila predratnih građanskih zakonika – uvjetno, tj. u mjeri u kojoj nisu bila protivna pozitivnim propisima ni sustavu društva,
10. sudska praksa i
11. pravna znanost – posredno, tj. samo snagom svoje uvjerljivosti.

3. PRIMJENA TRGOVAČKIH OBIČAJA PO SADAŠNJEM ZAKONU O OBVEZNIM ODNOSIMA

Stupanjem na snagu Zakona o obveznim odnosima 1. listopada 1978. prvi puta nakon donošenja Trgovačkog zakona, čije su se odredbe do tada primjenjivale kao pravna pravila, propisima se ponovno uređuje primjena trgovačkih običaja. Nakon trideset godina, tj. nakon Zakona o rješavanju imovinskih sporova putem državne arbitraže (1946) i Zakona o državnoj arbitraži (1947) u nekom se zakonu koristi naziv trgovački običaj. Zakon ga doduše naziva trgovinskim poslovnim običajem i pojmovno ga ne određuje. To čini u prijelaznoj odredbi čl. 1107, st. 3. Time zapravo kombinira dva naziva za isti pojam, jer se nekoliko desetljeća prije njega trgovački običaj nazivao poslovnim pa bi se moglo reći da se riječi "trgovinski" i "poslovni" koriste za označavanje iste stvari - trgovačkog običaja. Uz taj naziv u Zakonu se susreću nazivi dobar poslovni običaj, običaj i uzance. Stoga treba najprije odrediti jesu li to sinonimi ili je riječ o nazivima koji pokrivaju različite sadržaje.

U čl. 21, st. 1. i kasnije na nekoliko mjesta u Zakonu koristi se naziv "dobar poslovni običaj".³¹ Očito je da se pod tim pojmom ne podrazumijeva običaj u pravom smislu riječi nego da je riječ o poslovnom moralu.³² Pri izradi Zakona umjesto riječi "dobri običaji" korištenih u §-u 879. novel. Općeg građanskog zakonika, što je stari izraz kojim se zapravo označavao moral, koja se odredba primjenjivala kao pravno pravilo, upotrijebile su se riječi "dobri poslovni običaji"³³ ali u smislu postavljanja granice autonomiji ugovornih strana. Trgovački (poslovni) običaj ne može biti prisilnopravne naravi i njime se ne može ograničavati autonomija ugovornih strana u uređenju obveznog odnosa. On je kao pretpostavljena volja ugovornih strana *lex contractus* pa se nije odredbom čl. 21, st. 1. Zakona moglo propisati da su sudionici u obveznim odnosima dužni u pravnom prometu postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima. Običaj se nikada ne može primijeniti protivno volji ugovornih strana, jer ga one mogu isključiti. Da se naziv dobri poslovni običaji koristi u smislu određenja poslovnog morala vidi se i iz odredbe čl. 143, st.

³¹ Taj se naziv upotrebljava i u čl. 143, st. 1. da bi se odredilo kada su ništave odredbe općih uvjeta poslovanja (ako su između ostaloga protivne dobrim poslovnim običajima) te u čl. 863. propisivanjem kod ugovora o organiziranju putovanja da je organizator putovanja dužan putniku pružiti usluge koje imaju sadržaj i svojstva predviđena ugovorom, potvrdom, odnosno programom putovanja i brinuti se o pravima i interesima putnika, u skladu s dobrim poslovnim običajima u toj oblasti.

³² Goldštajn, A., Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima u Goldštajn, A., Barbić, J., Vedriš, M., Matic, Ž., Obvezno pravo, prva knjiga, Zagreb, 1979, str. 46, 71 - 72; Marušić, S., o.c. u bilj. br. 12, str. 366.

³³ To odgovara latinskom izrazu *boni mores*, a odgovarajući izraz koristi se i u drugim zakonodavstvima, npr. u francuskom *bonnes moeurs*, austrijskom, njemačkom, švicarskom *gute Sitten*.

2. Zakona po kojoj su ništave odredbe općih uvjeta poslovanja koje su im protivne. To je jasno ako se jednom nalaze postupanje u skladu s njima a drugi puta propisuje najstroža sankcija ne postupi li se tako.

Začuđuje da se u članku 21. Zakona pod naslovom "Primjena dobrih poslovnih običaja" u drugome stavku propisuju pretpostavke za primjenu uzanci, dakle trgovačkih (poslovnih) običaja. Očito je da se tim člankom uređuju dvije različite stvari: obveza postupanja u skladu s poslovnim moralom i primjena uzanci pa time i trgovačkih (poslovnih) običaja, ali pod jedinstvenim naslovom koji pokriva samo ono prvo.

Izraz uzance u Zakonu se doista koristi za označavanje kodificiranih trgovačkih običaja. To se vidi iz odredbe čl. 1107, st. 3. u kome se uz izraz "uzance" uvijek dodaje riječ "ili" ili "odnosno" i nastavlja s riječima "drugi trgovinski (zapravo trgovački, op. aut.) poslovni običaji". To odgovara pojmovnom određenju kodificiranih trgovačkih običaja u našem pravu, jer se izraz uzance u tome smislu koristio desetljećima prije toga.

Zakon na više mjesta spominje običaje.³⁴ Nekada to čini tako da samo spominje uobičajenost neke radnje, postupka, iznosa i sl.³⁵ Ovisno o osobama koje sudjeluju u ugovornom odnosu to mogu biti i trgovački običaji. Zakon, naime, u određivanju pretpostavki za primjenu običaja, a i inače kada spominje običaje, ne razlikuje trgovačke od drugih običaja. Kada Zakon poziva na primjenu običaja,

³⁴ To čini u čl. 18, st. 2. da bi se odredilo kako je sudionik u obveznom odnosu dužan postupati u ispunjenju obveze iz svoje profesionalne djelatnosti; u čl. 32, st. 2. kao mjerilo po kome sud uređuje sadržaj ugovora sklopljenog tako da ugovorne strane njegove sporedne točke ostave za kasnije; u čl. 33. kao mjerilo za ocjenu kada izjava koja sadržava sve što je potrebno da bi bila opća ponuda ipak to nije; u čl. 34. kao mjerilo za ocjenu da izlaganje robe u izlogu s naznakom cijene nije ponuda; u čl. 39, st. 2. za ocjenu kada se radnja učinjena na temelju ponude smatra prihvatom; u čl. 44. za ocjenu kada ponuda u slučaju smrti ili nesposobnosti jedne strane gubi učinak; u čl. 61, st. 1. za određivanje svojstava odlučnih za zabludu; u čl. 358, st. 4. za određivanje otkaznog roka u trajnom dugovinskom odnosu koji nije određen ugovorom; u čl. 398, st. 3. za određivanje postojanja prava na odbijanje kamata u slučaju isplate duga prije roka; u čl. 459, st. 3. za mogućnost da ugovor ostane na snazi ako stvar propadne prije sklapanja ugovora; u čl. 516, st. 2. za određivanje mjesta i vremena isplate kupoprodajne cijene ako to nije određeno ugovorom; u čl. 519, st. 2. za određivanje načina predaje stvari; u čl. 534, st. 1. za rok obavještanja prodavatelja da kod kupoprodaje na pokus kupac ostaje pri ugovoru; u čl. 567, st. 2. za određivanje prava zakupca na uživanje stvari (pribiranje plodova); u čl. 579, st. 2. za određivanje nedostatka stvari dane u zakup; u čl. 583, st. 1. za određivanje roka za plaćanje zakupnine; u čl. 597, st. 2. za određivanje otkaznog roka kod ugovora o zakupu; u čl. 623, st. 2. za određivanje visine naknade kod ugovora o djelu; u čl. 651, st. 2. za određivanje naknade prijevozniku; u čl. 761. za određivanje naknade nalogoprimcu; u čl. 806. za određivanje visine naknade trgovačkom zastupniku; u čl. 852, st. 1. za određivanje naknade onome tko obavlja kontrolu robe; u čl. 894, st. 3. za određenje provizije turističkoj agenciji; u čl. 895, st. 2. za određenje roka za davanje obavijesti od strane turističke agencije ugostitelju o odustanku od korištenja angažiranih smještajnih kapaciteta.

³⁵ To čini primjerice u čl. 481, st. 1., čl. 519, st. 2., čl. 583, st. 1., čl. 623, st. 2., čl. 651, st. 2., čl. 761., čl. 806.

trgovački se običaj primjenjuje jer na njega upućuje Zakon pa se za to ne traži ispunjenje i neke dodatne pretpostavke. No, ni tada se običaj neće primijeniti ako ugovorne strane isključe njegovu primjenu, jer i kada se primjenjuje na temelju Zakona ne može se primijeniti protivno izraženoj volji ugovornih strana.

Najveća promjena učinjena je u pogledu pretpostavki za primjenu običaja. Umjesto do tada primijenjene objektivne teorije, Zakon je usvojio u to vrijeme već zastarjelu i inače napuštenu ranije spominjanu subjektivnu teoriju o primjeni običaja po kojoj se za primjenu običaja traži izričita ili prešutna volja ugovornih strana da ga se primijeni. To se vidi iz odredbe čl. 21, st. 2. Zakona po kojoj se na obvezne odnose primjenjuju uzance ako su sudionici u njima ugovorili njihovu primjenu ili ako iz okolnosti proizlazi da su njihovu primjenu htjeli. Kako su uzance kod nas kodificirani trgovački običaji, ono što je propisano za primjenu uzanci vrijedi i za trgovačke običaje. Takvo rješenje nije dobro a odudara i od stava izraženog u nastojanjima da se trgovačko pravo unificira na međunarodnom planu.

Usprkos dobronamjernih pokušaja u pravnoj književnosti da se očita pogreška u Zakonu tumačenjem ispravi tako da se za primjenu običaja prihvati objektivna teorija,³⁶ to se nije uspjelo postići. S praktičnog stajališta je razumljivo da trgovci očekuju, kada posluju između sebe, da će postupati u skladu s trgovačkim običajem pa stoga njegovu primjenu ne moraju ugovoriti te da će otkloniti njegovu primjenu samo tako da ga izričito ili prešutno isključe. To, međutim, pretpostavlja da se primjenjuje objektivna teorija za primjenu običaja, kako je to danas usvojeno i u drugim pravima. Kod nas je nažalost polazna pretpostavka drukčija, jer se odredbom čl. 21, st. 2. Zakona zahtijeva da je primjena običaja ugovorena, što znači da se o tome mora postići suglasnost volja ugovaratelja, a s time se izjednačuje slučaj da ta volja, iako nije izričito izražena, proizlazi iz okolnosti. To zahtijeva da je ugovarateljima običaj poznat, jer ako im nije poznat ne mogu postojati ni okolnosti iz kojih se izvodi njihovo htijenje. Polazna osnova za primjenu običaja stoga ne može biti postojanje običaja bez obzira na to jesu li ugovaratelji za njega znali ili morali znati pri čemu je bitno da on nije protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva (čl. 10. Zakona), dakle općem ograničenju autonomije ugovornih strana u uređenju obveznog odnosa. Stoga se za naše pravo, kada je riječ o primjeni Zakona, ne može zauzeti stav po kome je u pogledu trgovačkih običaja općenito prihvaćena objektivna teorija primjene običaja³⁷, iako u pojedinim u Zakonu spomenutim slučajevima nije isključena.

Uzmu li se u obzir navedeni slučajevi kada se Zakon izričito poziva na primjenu običaja, može se reći da se objektivna teorija primjenjuje u znatnom broju slučajeva. Neki od njih su strogo ograničeni na točno određene situacije u obveznom

³⁶ V. Goldštajn, A., o.c. u bilj. br. 32, str. 51, 73.

³⁷ Tako i Marušić, S., o.c. u bilj. br. 12, str. 362.

odnosu. No, pozivanje na običaje u čl. 18, st. 2. Zakona da bi se odredila profesionalna pažnja dobrog stručnjaka znatno širi područje primjene objektivne teorije za primjenu običaja, jer je time trgovački običaj, kada postoji, mjerilo za postupanje pri ispunjenju svake obveze u svakom trgovačkom ugovoru pa ga se, kada je u pitanju ocjena je li trgovac ispunio obvezu kako treba, mora uzeti u obzir bez obzira na to zna li on za njega ili ne te jesu li ugovorne strane ugovorile njegovu primjenu. To vrijedi i za obvezne odnose trgovaca i netrgovaca kada se procjenjuje postupanje trgovca.

Na temelju toga za sadašnji Zakon o obveznim odnosima valja zauzeti stav da je njime prihvaćena subjektivna teorija za primjenu trgovačkih običaja uz izuzetke kada se taj zakon na pojedinim mjestima izričito poziva na običaje u kom slučaju ne moraju biti ispunjene pretpostavke za primjenu običaja iz čl. 21, st. 2., a to znači primjenu objektivne teorije. U tim slučajevima mora se samo dokazati da postoji trgovački običaj i koji mu je sadržaj te da ugovorne strane nisu izričito ili prešutno isključile njegovu primjenu, a na sudu odnosno na arbitraži je u slučaju spora da prosudi je li taj običaj protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima ili moralu društva i ovisno o tome prihvati ili odbije njegovu primjenu.

Drugo važno pitanje u pogledu kojeg je Zakon izmijenio dotadašnje stanje je odnos trgovačkog običaja i dispozitivnog propisa. To je Zakonom izričito riješeno odredbom čl. 1107, st. 3. u njegovim prijelaznim i završnim odredbama. Rješenje Zakona je suprotno onome što je vrijedilo prije njega, tj. u načelu je dana prednost njegovim dispozitivnim odredbama. Zakon ne govori o dispozitivnim odredbama drugih zakona. U njemu je propisano da se u slučaju protivljenja trgovačkog običaja, a to vrijedi i za uzance, dispozitivnim odredbama Zakona primjenjuju te odredbe, osim ako su ugovorne strane izričito ugovorile primjenu običaja odnosno uzanci. Ostajući pri strogoj primjeni subjektivne teorije, Zakon je u pogledu primjene trgovačkih običaja u tom slučaju isključio prešutno ugovaranje njihove primjene i zahtijeva da se to učini izričitim sporazumom ugovornih strana.

Takvo za praksu neprikladno rješenje pokušalo se u pravnoj književnosti osporiti tvrdnjom da tu nije riječ o općem pravilu koje treba uvijek primijeniti nego samo o odredbi kojom se rješava pravna sudbina trgovačkih običaja i uzanci koje su se primjenjivale u vrijeme stupanja Zakona na snagu pa da to ne vrijedi za običaje koji nastanu nakon toga. Argument za to tražio se u okolnosti da se opća norma o primjeni običaja nalazi u čl. 21, st. 2. Zakona, dakle, među osnovnim načelima Zakona, a odredba o odnosu običaja i dispozitivnih odredbi u čl. 1107, st. 3. Zakona, tj. u njegovim prijelaznim i završnim odredbama.³⁸ Time se pokušava

³⁸ Goldštajn, A., o.c. u bilj. br. 32, str. 72 - 74. Suprotno Marušić, S., o.c. u bilj. br. 12, str. 362. smatra da se ne može izbjeći da propis po kome se daje prednost dispozitivnim odredbama Zakona vrijedi i za običaje nastale nakon stupanja Zakona na snagu.

lo prebroditi veliku pogrešku Zakona. Okolnost što je zakonodavac pitanje primjene trgovačkih običaja umjesto na jednome propisao na dva mjesta nije jedini slučaj da se u nas ne poštuje arhitektonika kakvu bi morao imati takav zakon. Doista nije uobičajeno da se tako značajan pravni institut uređuje dijelom osnovnim načelima Zakona a dijelom u njegovim prijelaznim i završnim odredbama. No, upotrijebljene formulacije nažalost ne daju oslonca za razlikovanje pravnog režima trgovačkih običaja koji važe u vrijeme stupanja Zakona na snagu i onih koji nastanu nakon toga. U njima se to izričito ne kaže, što više formulacija je toliko općenita da obuhvaća sve uzance i običaje.

U praksi bi ionako bilo izrazito teško, gotovo nemoguće utvrditi koji se trgovački običaj primjenjivao u vrijeme stupanja Zakona na snagu a koji je nastao nakon toga. Običaji ne nastaju u nekom određenom trenutku, nije riječ o propisu koji stupa na snagu ili se počinje primjenjivati nekog određenog dana. Riječ je o fluidnom rješenju koje postepeno nastaje i nije moguće odrediti točan dan njegova nastanka. Za trgovački običaj se ne može utvrditi trenutak kada je nastalo uzajamno očekivanje sudionika u poslovnom prometu da će postupiti u skladu s onim što se prakticira, a kada je riječ o nekoj praksi koja nastaje ali nije još takva da se u pogledu nje već pojavila spomenuta subjektivna komponenta.

Moguće je jedino u nekom određenom trenutku, primjerice u sudskom ili arbitražnom postupku, utvrditi da je običaj postojao u vrijeme odlučno za ocjenu neke radnje ili propusta, postojanja ili nepostojanja nečijeg prava ili obveze. Tada se utvrđuje stanje u vrijeme kritično za takvu ocjenu ali ne i vrijeme kada je neka praksa postala običajem. Nije drukčije ni s uzancama, ako ih se smatra kodificiranim trgovačkim običajima, jer se njima samo utvrđuje nešto što već postoji i sabiranjem na jednome mjestu čini lakše dostupnim. Zato ni s praktične strane ne bi bilo prihvatljivo da se odredba čl. 1107, st. 3. Zakona odnosi samo na običaje koji su se primjenjivali u vrijeme stupanja te odredbe na snagu.

Izuzetke od tako propisanog odnosa trgovačkog običaja i dispozitivnih propisa treba tražiti u dvije skupine slučajeva.

Prvi se izuzetak odnosi na trgovačke običaje (pod time su obuhvaćene i uzance) na čiju primjenu upućuje Zakon. Tada je dispozitivna odredba Zakona u neku ruku blanketna norma kojoj trgovački običaj daje sadržaj. Neće ga se primijeniti samo ako su ga ugovorne strane isključile izričitim navođenjem u ugovoru da se određeni ili nijedan običaj neće primijeniti na uređenje pitanja povodom kojega se Zakon poziva na običaj ili tako što su za to pitanje ugovorile rješenje različito od onoga što određuje trgovački običaj. Upućuje li Zakon na primjenu običaja, time isključuje primjenu njegovih dispozitivnih odredbi suprotnih tome običaju, koji se uostalom tada, zbog posebne odredbe Zakona, primjenjuje po objektivnom a ne subjektivnom mjerilu koje važi za primjenu običaja čiju primjenu Zakon izričito ne naređuje.

Drugi je izuzetak u odnosu na dispozitivne odredbe drugih zakona. Zakon o obveznim odnosima uređuje samo odnos trgovačkih običaja i njegovih dispozitivnih odredaba, a ne govori o dispozitivnim odredbama drugih zakona. Primijeni li se neki trgovački običaj po mjerilima koja se za to traže u čl. 21, st. 2. Zakona, riječ je o izraženoj izričitoj ili prešutnoj volji ugovornih strana da se primijeni običaj, a on tada uvijek, kao što je to ranije rečeno, ima prednost pred dispozitivnim propisima, ako nema prisilnopravne norme koja određuje suprotno. Takve norme nema kada je riječ o dispozitivnim propisima izvan Zakona.

Slijedeći subjektivno mjerilo za primjenu običaja Zakon je u čl. 1207, st. 1. propisao da se više ne primjenjuju odredbe općih i posebnih uzanci kojima se utvrđuje da su ugovorne strane pristale na primjenu uzanci, ako ih nisu ugovorom isključile. Time je otpala mogućnost primjene uzanci koja bi proizašla samo iz okolnosti da je ugovor sklopljen između privrednika, jer bi to značilo primjenu objektivne teorije za određene pretpostavki za primjenu uzanci. Na istoj osnovi posebnom je odredbom isključena primjena onih među Općim uzancama za promet robom kojima se uređuje neko pitanje uređeno Zakonom (čl. 1207, st. 2). U pogledu ostalih vrijedi pravni režim propisan za sve običaje i uzance. Rješenje u pogledu Općih uzanci za promet robom je razumljivo, jer je daleko najveći broj njih preuzet u Zakon, a u pogledu gotovo svih ostalih Zakon sadržava bolja i modernija rješenja. Svega je nekoliko Općih uzanci ostalo u primjeni kao trgovački običaj.

Zakonom nije ništa mijenjano glede tereta dokaza o postojanju trgovačkog običaja. I dalje vrijedi da je tu riječ o činjeničnom pitanju i da se ne primjenjuje načelo *iura novit curia*. S obzirom na drukčiji zakonodavni pristup trgovačkim običajima Zakon je prouzročio izmjenu i u hijerarhijskom redosljedu primjene heterogenih izvora trgovačkog prava. Iz njega proizlazi drukčije mjesto trgovačkih običaja i nestajanje pravnih pravila trgovačkog i građanskog prava.

S obzirom na izloženu odredbu čl. 1107, st. 3. Zakona dispozitivni propisi Zakona o obveznim odnosima primjenjuju se prije trgovačkog običaja, osim ako primjena tog običaja nije izričito ugovorena. Hijerarhijski bi redosljed primjene izvora trgovačkog prava bio slijedeći:

1. ugovor (uključivo opće uvjete poslovanja kada su dio ugovora i praksu između ugovornih strana) u mjeri u kojoj je u skladu s Ustavom Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralom društva,
2. dispozitivne odredbe Zakona o obveznim odnosima,
3. posebne uzance,³⁹

³⁹ Uz ranije navedene posebne uzance za vrijeme važenja sadašnjeg Zakona o obveznim odnosima donesene su još 1984. Posebne uzance za promet knjiga te 1995. Posebne uzance u ugostiteljstvu i Posebne uzance u trgovini na malo.

4. posebni trgovački običaji,
5. Opće uzance za promet robom u dijelu u kome se odnose na pitanja koja nisu uređena Zakonom,
6. opći trgovački običaji,
7. dispozitivne odredbe drugih zakona,
8. sudska i arbitražna praksa i
9. pravna znanost (posredno).

Uzance i trgovački običaji primjenjuju se ako su za to ispunjene pretpostavke propisane Zakonom, a ako su izričito ugovoreni primjenjuju se po hijerarhijskome redosljedu prije dispozitivnih odredbi Zakona, naravno pod pretpostavkom da dispozitivna odredba drukčije uređuje neko pitanje.

S obzirom na prijelaznu i završnu odredbu novog Zakona o obveznim odnosima (čl. 1163, st. 1) taj će se hijerarhijski redosljed primjene pravnih izvora trgovačkog prava primjenjivati na obvezne odnose nastale najkasnije 31. prosinca 2005., jer taj zakon stupa na snagu 1. siječnja 2006.

4. PRIMJENA TRGOVAČKIH OBIČAJA PO NOVOM ZAKONU O OBVEZNIM ODNOSIMA

a) Novi Zakon o obveznim odnosima

Hrvatska je nedavno dobila novi Zakon o obveznim odnosima.⁴⁰ Taj će zakon s danom stupanja na snagu zamijeniti sadašnji Zakon o obveznim odnosima koji je kod nas u primjeni od 1. listopada 1978.⁴¹ Sadašnjim zakonom se prvi puta u nas nakon Općeg građanskog zakonika već 27 godina jedinstveno uređuje područje obveznog prava. Iako je riječ o modernom zakonu s u pravilu dobrim pravnim rješenjima, bilo ga je potrebno zamijeniti novim iz više razloga.

Prije svega valja navesti potrebu da se Zakon strukturira onako kako to zahtijeva struktura obveznog prava koja nažalost nije prihvaćena u sadašnjem zakonu. Pritom se ne smije zanemariti ni okolnost da je Zakon do sada bio 11 puta izmi-

⁴⁰ Zakon o obveznim odnosima objavljen je u *Narodnim novinama*, broj 35/05 od 17. ožujka 2005. a stupa na snagu 1. siječnja 2006. s time da se na temelju čl. 1165. Zakona neke njegove odredbe o kamatama (čl. 26. st. 1. do 3. i čl. 29. st. 2. do 6. i st. 8.) počinju primjenjivati 1. siječnja 2008.

⁴¹ Zakon je kod nas važio kao zakon bivše savezne države (objavljen u *Službenom listu* tadašnje SFRJ, br. 29/78, 39/85 i 57/89) koji je 1991. Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima (*Narodne novine*, broj 53/91) preuzet kao republički zakon. Prema čl. 2. Zakona o preuzimanju u Republici Hrvatskoj se primjenjuje Zakon o obveznim odnosima u mjeri u kojoj je u suglasnosti s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske te s tim zakonom. Zakon o obveznim odnosima je nakon toga bio više puta izmijenjen i dopunjen.

jenjen i dopunjen, a da nikada nije bio izrađen njegov pročišćeni tekst. Ni nazivlje korišteno u Zakonu ne odgovara uvijek hrvatskom pravnom nazivlju. Pri izradi Zakona koristilo se rješenja iz drugih pravnih sustava, što samo po sebi nije novo ni loše, ali se pritom nekada kombiniralo rješenja iz pravnih sustava koji pripadaju skupinama prava čiji se pravni instituti toliko razlikuju da odredbe kojima se uređuju nisu podudarne u toj mjeri da se mogu zajedno primijeniti. Stoga se u Zakonu nalaze i rješenja koja nisu logična s obzirom na temelje na kojima Zakon počiva. Uz to su i promjene do kojih je općenito došlo u pravu u posljednjim desetljećima nalagale da se moderniziraju propisi obveznog prava, što se vrlo intenzivno čini i u drugim pravima. Tome valja dodati i zahtjeve koji se postavljaju pred zakonodavca u vezi s prilagodbom hrvatskog prava pravnoj stečevini Europske unije, što se u ovom času ogleda u unošenju u naš pravni sustav rješenja propisanih smjernicama Unije.⁴² Sve je to govorilo u prilog tome da se područje obveznog prava uredi novim zakonom, a ne novim izmjenama i dopunama sadašnjeg zakona.

Takav ozbiljan zakonodavni pothvat otvara pitanje hoće li Hrvatska dobiti građanski zakonik ili će područje koje se tradicionalno uređuje građanskim zakonikom biti uređeno posebnim zakonima. Odgovor na to pitanje ne treba tražiti u nekim temeljitim promišljanjima o razlozima koji bi govorili za ili protiv donošenja građanskog zakonika nego jednostavno u, moglo bi se reći, gotovo stihijskom pristupu stvaranju hrvatskog pravnog sustava. Logično je da se nastankom nove hrvatske države javila potreba za stvaranjem novog pravnog sustava. Kao što je to uvijek u takvim slučajevima, takav se sustav ne stvara iz ničega nego novo pravo postepeno zamjenjuje staro sve dok u potpunosti ne prevlada. Taj je posao obavljen bez nekog posebnog unaprijed pripremljenog zakonodavnog plana pa se tako nije ni odlučivalo o tome hoće li se novo hrvatsko privatno pravo temeljiti na građanskom zakoniku ili ne.

Umjesto toga pristupilo se donošenju pojedinačnih zakona iz tog područja koji su postepeno zamijenili odgovarajuće zakone bivše države. Tako su područja prava koja obično uređuje građanski zakonik uređena primjerice Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakonom o zemljišnim knjigama, Zakonom o nasljeđivanju, Obiteljskim zakonom i nekim drugim pratećim zakonima te izuzet-

⁴² Novi Zakon o obveznim odnosima usklađen je u mjeri u kojoj se to odnosi na materiju koju uređuje sa Smjernicom br. 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama, Smjernicom br. 85/374/EEZ o odgovornosti za neispravne proizvode, izmijenjenom i dopunjenom Smjernicom br. 1999/34/EZ, Smjernicom br. 90/314/EEZ o turističkim paket aranžmanima, Smjernicom br. 86/653/EEZ o samostalnim trgovačkim zastupnicima, Smjernicom br. 2000/34/EZ o sprječavanju zakašnjenja u plaćanju kod trgovačkih ugovora, Smjernicom br. 1999/93/EZ o elektroničkim potpisima i Smjernicom br. 2000/31/EZ o elektroničkoj trgovini.

no važnim Zakonom o obveznim odnosima s kojim se praktički zaokružila cjelina pravnog uređenja materije koja je obično predmetom uređenja građanskog zakonika.⁴³ Stoga se teško može očekivati da će Hrvatska u neko dogledno vrijeme dobiti građanski zakonik.

Sadašnje stanje zakonodavstva upućuje na taj zaključak, iako o tome nije done-sena neka posebna odluka. To je stanje posljedica nastavljanja zakonodavnog pristupa bivše savezne države koja također nije imala građanski zakonik. U njoj su za to govorili ideološki razlozi, jer se društvenom vlasništvu davala prednost pred privatnim i jer se pravni sustav temeljio na radu umjesto na vlasništvu koje je inače temeljni pravni institut svakog građanskog prava pa se ni građanski zakonik ne može zamisliti bez tog središnjeg instituta privatnog prava. Ideološki su razlozi za takvo stanje otpali, ali to nije slijedila i tehnika uređenja privatnog prava nego je nastavljeno s pristupom kakav je bio prije toga.

Na područjima koja čine Republiku Hrvatsku tako je nakon završetka drugog svjetskog rata prestao važiti Opći građanski zakonik kao izvor prava koji se neposredno primjenjuje ali je nastavljeno s njegovom primjenom kao pravnim pravilima u mjeri u kojoj ona nisu bila u suprotnosti s propisima bivše savezne države. Na području obveznog prava takvo je stanje bilo do 1. listopada 1978. kada je stupio na snagu sadašnji Zakon o obveznim odnosima s time da su se spomenuta pravna pravila i dalje primjenjivala na obvezne odnose nastale prije tog dana. Primjenjivala su se i na neke obvezne odnose koji nisu bili uređeni tim zakonom. Potpunim prestankom njihove primjene uklonjen je i utjecaj Općeg građanskog zakonika u našem pravu što će po svoj prilici biti i kraj ideje da se privatno pravo u nas uredi građanskim zakonikom. Čini se da bi ona mogla jedi-no oživiti ako Hrvatska postane članicom Europske unije a provede se u život zamisao o građanskom zakoniku Unije, koja je danas još u povojima. No, veliko je pitanje hoće li se uopće i kada ostvariti ta zamisao.

Arhitektonika novog Zakona o obveznim odnosima razlikuje se od strukture njegova prethodnika koji je još na snazi. Sadržaj još uvijek važećeg Zakona o obveznim odnosima svojom strukturom odstupa od uobičajene strukture obveznog prava i zakona kojima se uobičajeno uređuje ta materija. Razlog tome treba tražiti

⁴³ U nekim se pravnim sustavima i društva uređuju građanskim zakonikom kao što je to primjerice slučaj s talijanskim Građanskim zakonikom ili ih se uređuje u zakonu kojim se uređuju obvezni odnosi kao što je to primjerice slučaj sa švicarskim Zakonom o obvezama. Kod nas su po uzoru na njemačko i austrijsko pravo, osim ortaštva koje je uređeno Zakonom o obveznim odnosima, ostala društva uređena posebnim zakonima (trgovačka društva Zakonom o trgovačkim društvima, zadruge Zakonom o zadrugama, udruge Zakonom o udrugama, društvo za uzajamno osiguranje Zakonom o osiguranju). Razlika prema spomenutim zemljama uzorima je u tome što je u njima svako trgovačko društvo kapitala uređeno posebnim zakonom, a društva osoba u trgovačkom zakoniku, dok su udruge i ortaštvo uređeni građanskim zakonikom.

u ustavnoj osnovi za donošenje Zakona o obveznim odnosima u bivšoj saveznoj državi. U čl. 281, st. 1. toč. 4. Ustava SFRJ bilo je utvrđeno da Federacija preko saveznih organa uređuje osnove obveznih odnosa (opći dio obveza) i ugovorne i druge obvezne odnose u oblasti prometa robe i usluga. Tako je Federacija mogla donijeti samo takav zakon kojim se uređivao opći dio obveznog prava i samo onoliko iz njegovog posebnog dijela koliko je to zahtijevalo uređenje prometa roba i usluga na jedinstvenom jugoslavenskom tržištu. Sve ostalo iz te materije moglo se urediti samo zakonima federalnih jedinica.

Takav je pristup otvorio dilemu oko toga kako urediti neke pravne institute koji bi morali biti na jedinstveni način uređeni na području cijele savezne države, a kada bi se poštovala ustavna osnova za donošenje saveznih zakona i tradicionalna podjela instituta obveznog prava njihovo uređenje bi bilo u nadležnosti republika i pokrajina, što gledajući s praktične strane ne bi bilo prihvatljivo. Poštovanjem gornjih mjerila bi primjerice pravno uređenje odgovornosti za štetu i drugih izvanugovornih odnosa bilo u zakonodavnoj nadležnosti republika i pokrajina, jer po tradicionalnoj podjeli pravnih instituta obveznog prava spada u njegov posebni dio. I opća pitanja ugovora kao što su sklapanje, zastupanje, tumačenje, nevažnost, opća pitanja dvostranih ugovora, učinak spadala bi po tradicionalnoj podjeli obveznog prava u njegov posebni dio pa bi prema izloženoj morala biti uređena republičkim i pokrajinskim zakonodavstvom.

Da se to izbjegne u Zakonu o obveznim odnosima sva su se ta pitanja tada proglasila osnovama obveznih odnosa i uredila u njegovom općem dijelu, iako je riječ o materiji posebnog dijela obveznog prava. Tako je bila narušena uobičajena svugdje prihvaćena struktura obveznih odnosa samo zbog toga što su ustavne odredbe bile smetnja da se to uredi onako kako bi to bilo potrebno. Već i zbog toga nije bilo mjesta izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima pa je donesen novi zakon čija struktura odgovara uobičajenoj podjeli obveznog prava na opći i posebni dio ali tako da se u tim dijelovima zaista uređuje ono što u njih ulazi.

Zato se u općem dijelu Zakona uređuju osnovna načela, sudionici obveznih odnosa, nastanak obveza, vrste obveza, učinci obveza, promjene u obveznom odnosu i prestanak obveza. U posebnom dijelu uređuju se ugovorni obvezni odnosi (opća pitanja ugovora kao što su sklapanje, zastupanje, tumačenje, nevaljanost, učinci i 35 imenovanih ugovora) i izvanugovorni obvezni odnosi (prouzročenje štete, stjecanje bez osnove, poslovodstvo bez naloga, javno obećanje nagrade i vrijednosni papiri). S obzirom na to da Hrvatska nema građanski zakonik, u općem su dijelu uređena i neka pitanja koja se inače uređuju općim dijelom građanskog zakonika (pravna sposobnost, poslovna sposobnost i prava osobnosti).

Novi Zakon o obveznim odnosima prihvatio je monistički pristup uređenju obveznog prava njegovog prethodnika, jer to odgovara suvremenim tendencija-

ma u pravu. Riječ je o jedinstvenom a ne dualističkom uređenju građanskog i trgovačkog obveznog prava, koje ipak nije moguće provesti u potpunosti pa su i u novom Zakonu predviđeni slučajevi kada se u trgovačkim obveznim odnosima primjenjuje neko posebno rješenje, ako je to za te odnose u Zakonu izričito predviđeno. U mjeri u kojoj to nije slučaj, iste se norme primjenjuju na građanske i na trgovačke obvezne odnose.

Takav način uređenja obveznih odnosa ima za posljedicu komercijalizaciju građanskog prava, jer se pravno uređenje prihvaćeno u trgovačkom pravu proširuje i na uređenje obveznih odnosa u građanskom pravu. Ono je posebno došlo do izražaja u sadašnjem Zakonu o obveznim odnosima unosom u Zakon velikog broja rješenja sadržanih u Općim uzancama za promet robom, koje su se primjenjivale u trgovačkim odnosima, iako ih se u vrijeme njihove primjene iz ideoloških razloga nije tako nazivalo. Novi Zakon ne samo da je preuzeo ta rješenja nego su u njemu našla mjesto i ona preostala koja ranije nisu bila unijeta u Zakon. To je posljedica bržeg razvoja trgovačkog od građanskog obveznog prava pa je, kako moderno vrijeme zahtijeva primjenu modernih rješenja i kada su u pitanju obvezni odnosu među građanima, logično očekivati i da će se nešto od onoga što se već razvilo u skladu s novim potrebama primijeniti i na pravno uređenje obveznih odnosa kojima izvorno nije bilo namijenjeno.

Novi je Zakon uz to proširio polje primjene posebnih odredbi kojima se uređuju samo odnosi među trgovcima. To je učinjeno novim određenjem pojma trgovačkog ugovora. Po sadašnjem i po novom Zakonu za to se određenje mora ispuniti subjektivna i objektivna pretpostavka, tj. da je riječ o točno određenim sudionicima ugovornog odnosa i da uz to ugovorni odnos mora biti u području određenog predmeta poslovanja. Sadašnje nespretno određenje sudionika ugovornog odnosa kojim se ispunjava spomenuta subjektivna pretpostavka⁴⁴ zamijenjeno je korištenjem jedinstvenog naziva trgovac umjesto nepotrebnog opisivanja o kome je riječ.⁴⁵ To još nije proširilo polje primjene posebnih odredbi Zakona koje vrijede jedino za trgovačke ugovore nego je samo rasteretilo njegov tekst od nepotrebnih opisa. Do spomenutog je proširenja došlo određenjem objektivne pretpostavke, jer se sada više ne traži da osobe o kojima je ovdje riječ sklapaju ugovor

⁴⁴ U čl. 25, st. 2. tog zakona se određuje da su to "poduzeća i druge pravne osobe koje obavljaju privrednu djelatnost te imaoi radnji i drugi pojedinci koji u obliku registriranog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnost". Riječ je o ostatku iz vremena kada se kod nas poduzeće još smatralo pravnom osobom što nakon donošenja Zakona o trgovačkim društvima više nije slučaj. Tada kod nas nije bio određen ni pojam trgovca pa se ni trgovački ugovori nisu tako nazivali nego Zakon koristi pojam ugovora u privredi.

⁴⁵ To je omogućeno određenjem pojma trgovca u čl. 1. Zakona o trgovačkim društvima kao pravne ili fizičke osobe koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu.

među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmete poslovanja *obje ugovorne strane* ili su u vezi s tim djelatnostima (čl. 25, st. 2. sadašnjeg Zakona) nego je za to dovoljno da se radi o ugovoru koji su sklopile u obavljanju djelatnosti koje čine predmet poslovanja *barem jednog od njih* ili je u vezi s obavljanjem tih djelatnosti (čl. 14, st. 2. novog Zakona).

Takvim se određenjem trgovačkog ugovora posebne odredbe za trgovačke ugovore praktički primjenjuju uvijek kada se ugovori sklapaju među trgovcima pa i kada to jedan od njih čini u vezi s nečim drugim a ne u vezi s obavljanjem djelatnosti koje ulaze u predmet njegova poslovanja. Rješenje je dobro, jer je ipak riječ o ugovorima sklopljenim među profesionalcima za koje se s pravom može očekivati da primjenjuju viši standard pažnje bez obzira na to u koje obvezne odnose ulaze.

Osim što širi područje primjene odredbi namijenjenih uređenju trgovačkih odnosa, novi Zakon uvodi i značajne novine na području izvora trgovačkog prava. Tu kao posebno važno valja spomenuti novo uređenje primjene trgovačkih običaja. Njime se nakon duljeg lutanja u našem pravu ponovno prihvaćaju rješenja koja su u skladu sa široko prihvaćenim shvaćanjima o trgovačkim običajima. Hrvatsko pravo tako ponovno u potpunosti prihvaća ustaljena pravila koja su posljedica međunarodnog porijekla trgovačkog prava i njegovih temeljnih pravnih instituta i uklanja različito uređenje primjene trgovačkih običaja koje u njemu postoji. Kako je, naime, Konvencija UN o međunarodnoj kupoprodaji robe (Bečka konvencija) dio hrvatskog pravnog poretka, taj njegov dio dosljedno slijedi stanje na području međunarodnog trgovačkog prava, što nije slučaj i s pravilima o primjeni trgovačkih običaja sadržanim u sadašnjem Zakonu o obveznim odnosima kojim se uređuju trgovački odnosi u zemlji, jer se ona temeljito razlikuju od onih drugih.

b) Općenito o pretpostavkama koje Zakon traži za primjenu trgovačkih običaja

Novi Zakon o obveznim odnosima donosi važne promjene u odnosu na pretpostavke koje se traže za primjenu trgovačkih običaja. Njime prestaje 27 godina dugo razdoblje u kome je naše pravo u tome odstupalo od suvremenih shvaćanja o primjeni običaja. Napušta se dominacija subjektivne a u potpunosti usvaja objektivna teorija o primjeni trgovačkih običaja čime naše pravo ponovno prihvaća pravni režim koji je u pogledu toga vrijedio prije donošenja sadašnjeg Zakona. Razlika je jedino u tome što je to sada jasno propisano pozitivnim propisom i više se ne izvodi iz pravnih pravila Trgovačkog zakona i pravne doktrine s pozivom na ono što je prihvaćeno u međunarodnom trgovačkom pravu.

Običaj pa tako i onaj trgovački ne obvezuje ugovorne strane samom činjenicom da postoji. Uz opći zahtjev da ne smije biti protivan Ustavu Republike Hrvat-

ske, prisilnom propisu ni moralu društva (čl. 2. Zakona), što su inače granice autonomije ugovornih strana u sadržajnom smislu, potrebna je volja ugovornih strana da ga se primijeni ili da mu propis dade takav učinak.⁴⁶ Novi Zakon o obveznim odnosima uređuje oba spomenuta slučaja primjene trgovačkih običaja. To je učinjeno u čl. 12. Zakona tako da se razlikuje pravni režim primjene običaja među trgovcima od pravnog režima njihove primjene među ostalim sudionicima obveznih odnosa. Prvi i drugi režim temelje se na primjeni subjektivne i objektivne teorije o primjeni običaja, a razlikuju se po tome u kojoj se mjeri one primjenjuju u jednom i u drugom slučaju.

Dok se za primjenu trgovačkih običaja u obveznim odnosima među trgovcima primjenjuju obje spomenute teorije, samo je pitanje kada se i u kojoj mjeri primjenjuje svaka od njih, Zakon stoji čvrsto na stajalištu da se u obveznim odnosima između trgovaca i osoba koje nemaju to svojstvo i u odnosima među osobama koje nisu trgovci običaji primjenjuju samo:

- a) kada one ugovore njihovu primjenu ili
- b) kada je to zakonom propisano (čl. 12, st. 4).

U prvom se slučaju stoga primjenjuje subjektivna teorija a u drugom objektivna ali samo onda kada neki zakon (ne samo Zakon o obveznim odnosima) propiše da se u pogledu nekog pitanja primjenjuje običaj, tj. kad zakon na njega uputi. Takvo je rješenje razumljivo, jer se osobi koja nije profesionalac ne može nametnuti primjena običaja kojeg ona u pravilu ne poznaje. Ona u pravilu samo sporadično ulazi u obvezne odnose za koje vrijede određeni običaji pa se ni kada ulazi u odnose s trgovcima od nje ne može očekivati da poznaje trgovačke običaje koji su se razvili među trgovcima i to u pravilu u nekoj gospodarskoj grani ili struci a još manje zahtijevati da po njima postupa.

Za ocjenu koje se pretpostavke zahtijevaju za primjenu trgovačkih običaja ili pak općenito za primjenu običaja važno je odrediti pojam trgovca. U pogledu toga vrijede mjerila propisana u čl. 1. Zakona o trgovačkim društvima po kojima je trgovac pravna ili fizička osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu s time da to nisu individualni poljodjelci, a osobe koje se bave slobodnim zanimanjima uređenim posebnim propisima smatraju se trgovcima samo kada je to tako određeno tim propisima. S obzirom na to valja razlikovati dva pravna režima primjene običaja:

- a) pravni režim koji za to vrijedi u obveznim odnosima u kojima sudjeluju samo trgovci i

⁴⁶ Schmidt, K., Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 5, München, 2001, str. 42.

- b) pravni režim koji vrijedi u obveznim odnosima između trgovaca i osoba koje to nisu te između osoba koje nisu trgovci.

Zakon ne ograničava primjenu običaja samo na odnose iz ugovora nego je proteže na sve obvezne odnose, iako se trgovački običaji najčešće primjenjuju u odnosima nastalim na temelju ugovora. Ako npr. u nekoj grani poslovanja postoji trgovački običaj da se ugovori sklapaju samo u pisanom obliku, ne bi nastao ugovor pri čijem se sklapanju ne bi poštovao taj oblik.⁴⁷ U navedenom primjeru trgovački običaj uređuje jedno od pitanja iz predugovorne faze. Primjena trgovačkog običaja je moguća i na druge obvezne odnose koji se ne smatraju ugovornima kao npr. na odnose nastale stjecanjem bez osnove, posloводства bez naloga, javnog obećanja nagrade, vrijednosnih papira. Bitno je da su ispunjene pretpostavke koje se traže za nastanak običaja i za njegovu primjenu.

c) Primjena subjektivne teorije o primjeni običaja

U obveznim odnosima među trgovcima primjenjuju se trgovački običaji čiju su primjenu ugovorili (čl. 12, st. 1. Zakona).⁴⁸ Tada je trgovački običaj jasno izražen kao *lex contractus*. U tome Zakon za primjenu trgovačkih običaja prihvata subjektivnu teoriju, ali se na nju ne ograničava kao što je to slučaj s Zakonom kojega će zamijeniti 1. siječnja 2006. Zakon time samo spominje jedan od načina primjene trgovačkog običaja, jer mu je volja ugovornih strana ionako jedna od polaznih osnova za uređenje njegove primjene. Sadržaj ugovora može se ugovorom odrediti izričito ili prešutno primjenom mjerila kojima se dopunjuje izričito izražena volja ugovornih strana. S obzirom na to da se u čl. 12, st. 2. Zakona posebno uređuje način prešutne primjene trgovačkog običaja, očito je da se odredbom čl. 12, st. 1. Zakona uređuje samo izričito ugovaranje primjene običaja.

Riječ je o slučaju kada se ugovorne strane u ugovoru pozovu na točno određeni trgovački običaj, općenito na trgovačke običaje ili pak samo na običaje pod kojima se, kada je riječ o odnosu među trgovcima, razumiju trgovački običaji. One to mogu učiniti tako da se na primjenu običaja pozovu: a) pri uređenju nekog pitanja njihova pravnog odnosa ili pak b) općom odredbom, sadržanom obično na kraju ugovora, o tome da se na ugovorni odnos primjenjuju između ostaloga i

⁴⁷ V. primjer iz njemačke sudske prakse o takvom trgovačkom običaju razvijenom u trgovini s američkim trgovcima drvom naveden u Schmidt, K., *Handelsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, str. 25.

⁴⁸ To odgovara odredbama čl. 9, st. 1. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj kupoprodaji robe, čl. 1.8, st. 1. UNIDROIT načela međunarodnih trgovačkih ugovora i čl. 1:105 Načela europskog ugovornog prava. U navedenoj odredbi Zakona te u svim spomenutim odredbama još se dodaje da su strane vezane i s međusobno razvijenom praksom.

trgovački običaji. Ovo drugo se nekada čini i u odredbi ugovora o rješavanju spороva tako da se navede da će arbitraža ili sud primijeniti trgovačke običaje. Razumljivo je da time ugovorne strane ne mogu isključiti primjenu ostalih izvora prava nego samo pomalo nespretno ugovaraju primjenu trgovačkih običaja ne samo za slučaj spora nego i inače u pravnom odnosu. Za razliku od prvog, u drugom navedenom primjeru valja smatrati da se trgovački običaji primjenjuju kao izvor prava za uređenje svih pitanja pravnog odnosa a ne ograničeno samo na ona koja su točno spomenuta u ugovoru.

Za to je dovoljno i da se u ugovoru pozove ili uputi na nešto što je uobičajeno, primjerice da se koristi uobičajena ambalaža, snose troškovi koji su uobičajeni za određeni prijevoz, plati cijena na uobičajeni način, izjavi prigovor na kvalitetu robe na uobičajeni način, plati uobičajena provizija i sl. Bitno je da se iz izraza upotrijebljenih u ugovoru može utvrditi prava volja ugovornih strana da se primijeni trgovački običaj.

U pravilu će se primjena trgovačkog običaja ugovarati za točno određeni obvezni odnos koji nastaje ugovorom što ga sklapaju ugovorne strane. To međutim ne isključuje mogućnost da se ugovori primjena trgovačkog običaja i na obvezne odnose koji nastanu drugim ugovorima i pravnim poslovima izvan ugovora kojim je primjena ugovorena. Ti ugovori mogu biti više ili manje pravno povezani ali i posve odvojeni od ugovora kojim se ugovara primjena običaja.

Tako se osnovnim, glavnim ili okvirnim ugovorom može ugovoriti primjena nekog trgovačkog običaja ili općenito trgovačkih običaja na sve posebne ugovore koje će ugovorne strane sklopiti na temelju osnovnog, glavnog ili okvirnog ugovora. Trgovački je običaj tada *lex contractus* za sve pravne odnose u koje ugovorne strane stupe posebnim ugovorima, osim ako bi one nekim posebnim ugovorom isključile njegovu primjenu na pravni odnos koji njime nastaje tako što bi u njemu izričito izrazile volju da se ne primijeni ranije ugovoreni običaj ili općenito običaji ili ako bi neko pitanje koje se uređuje trgovačkim običajem drukčije uredile tim ugovorom.

Nema zapreke ni za to da se ugovori primjena određenih ili svih trgovačkih običaja na ugovore koje će ugovorne strane sklopiti između sebe ili samo na ugovore nekog određenog tipa ili na ugovore koji se odnose na određeni predmet ugovora, iako se ti ugovori ne odnose na ugovor kojim se ugovara primjena trgovačkog običaja kao posebni u odnosu na osnovni, glavni ili okvirni ugovor. Može se ugovoriti i primjena trgovačkih običaja za uređenje pravnih odnosa iz pregovora i općenito na sklapanje budućih ugovora između ugovaratelja, npr. kada je riječ o osobama koje stalno i masovno sklapaju ugovore kao što je to u odnosima u veleprodaji i između osoba u veleprodaji s onima iz maloprodaje, stalnih dobavljača sirovina i poluproizvoda s proizvođačima, proizvođača sa stalnim kupcima,

pružatelja usluga s korisnicima tih usluga. Ugovaratelji koji međusobno stalno posluju mogu ugovoriti primjenu trgovačkih običaja i na druge obvezne odnose koji bi ubuduće nastali između njih iako nisu ugovorne naravi.

d) Primjena objektivne teorije o primjeni običaja

Za razliku od izloženog subjektivnog pristupa primjeni običaja, Zakon u čl. 12, st. 2., pored pojedinačnih slučajeva o kojima je već bilo riječi,⁴⁹ ponovno uvodi u naše trgovačko pravo objektivno mjerilo za primjenu trgovačkog običaja po uzoru na ono što je kod nas već uvedeno pristupanjem Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj kupoprodaji robe koja se primjenjuje kao hrvatsko trgovačko pravo za uređenje međunarodne kupoprodaje. Zakon, naime, propisuje da se u odnosima među trgovcima primjenjuju i trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima, ako sudionici u njima nisu izrijekom ili prešutno isključili njihovu primjenu. Formulacija koja se koristi u čl. 9, st. 2. Konvencije je nešto drukčija, ali se njome zapravo izražava ista temeljna misao.⁵⁰ Slično

⁴⁹ To su slučajevi u kojima se primjenjuje objektivno mjerilo za što vrijedi ono što je o tome već rečeno u vezi s njegovom primjenom po sadašnjem Zakonu o obveznim odnosima. U novom Zakonu o obveznim odnosima to je propisano u čl. 10, st. 2. da bi se odredilo kako je sudionik u obveznom odnosu dužan postupiti u ispunjenju obveze iz svoje profesionalne djelatnosti; u čl. 29, st. 4. kao mjerilo za određivanje da je ugovorenim stopom zateznih kamata prouzročena neravnopravnost u pravima i obvezama ugovornih strana; u čl. 212, st. 4. za određivanje otkaznog roka u trajnom dugovinskom odnosu koji nije određen ugovorom; u čl. 253, st. 2. kao mjerilo po kome sud uređuje sadržaj ugovora sklopljenog tako da ugovorne strane njegove sporedne točke ostave za kasnije; u čl. 254. kao mjerilo za ocjenu kada izjava koja sadržava sve što je potrebno da bi bila opća ponuda ipak to nije; u čl. 255. kao mjerilo za ocjenu da izlaganje robe u izlogu s naznakom cijene nije ponuda; u čl. 262, st. 2. za ocjenu kada se radnja učinjena na temelju ponude smatra prihvatom; u čl. 267. za ocjenu kada ponuda u slučaju smrti ili nesposobnosti jedne strane gubi učinak; u čl. 280, st. 1. za određivanje svojstava odlučnih za zabludu; u čl. 381, st. 3. za mogućnost da ugovor ostane na snazi ako stvar propadne prije sklapanja ugovora; u čl. 438, st. 2. za određivanje mjesta i vremena isplate kupoprodajne cijene ako to nije određeno ugovorom; u čl. 441, st. 2. za određivanje načina predaje stvari; u čl. 456, st. 1. za rok obavještanja prodavatelja da kod kupoprodaje na pokus kupac ostaje pri ugovoru; u čl. 530, st. 5. za određivanje nedostatka stvari dane u zakup; u čl. 534, st. 1. za određivanje roka za plaćanje zakupnine; u čl. 547, st. 1. za određivanje trajanja ugovora o zakupu; u čl. 547, st. 2. za određivanje otkaznog roka kod ugovora o zakupu; u čl. 576, st. 1. za određenje trajanja ugovora o najmu; u čl. 567, st. 2. za određenje otkaznog roka; u čl. 613, st. 2. za određivanje visine naknade kod ugovora o djelu; u čl. 664, st. 2. za određivanje naknade prijevozniku; u čl. 775. za određivanje naknade nalogoprimcu; u čl. 820. za određivanje visine naknade trgovačkom zastupniku; u čl. 874, st. 1. za određivanje naknade onome tko obavlja kontrolu robe; u čl. 918, st. 3. za određenje provizije turističkoj agenciji; u čl. 919, st. 2. za određenje roka za davanje obavijesti od strane turističke agencije ugostitelju o odustanku od korištenja angažiranih smještajnih kapaciteta.

⁵⁰ Spomenuta odredba Konvencije glasi: "Ako nije drukčije dogovoreno, smatra se da su strane prešutno podvrgle svoj ugovor ili njegovo sklapanje običaju koji im je bio poznat ili morao biti poznat te koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovito ga poštuju ugovorne strane

je i u odnosu na UNIDROIT načela međunarodnih trgovačkih ugovora i Načela europskog ugovornog prava, premda postoje neke razlike u formulacijama.⁵¹ Prvi spomenuti izvor, naime, govori o širokom poznavanju običaja u međunarodnoj trgovini, o čemu drugi ne govori, dok analiza teksta preostalog dijela oba izvora upućuje na to da je usprkos različitim formulacijama zapravo riječ o u biti istom sadržaju.

Objektivno mjerilo za primjenu običaja zahtijeva "da se u odnosima među trgovcima primjenjuju trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima" što znači da za to nije potrebno da su bili poznati ugovornim stranama pa se čak ne traži niti da su im morali biti poznati, premda bi se obveza poznavanja mogla izvesti iz okolnosti da je riječ o stručnjacima koji djeluju u određenoj poslovnoj grani. Na to posebno upućuje i zakonska obveza postupanja u ispunjenju obveze iz profesionalne djelatnosti s pažnjom dobrog stručnjaka koja obuhvaća i poštivanje spomenutih običaja (čl. 10, st. 2. Zakona). Kako se njome nalaže primjena običaja na objektivnoj osnovi, ne postavlja se pitanje njihova poznavanja odnosno nepoznavanja.

Zakon daje osnovu za primjenu trgovačkih običaja koji su se razvili u određenoj poslovnoj grani, jer upućuje na redovitu primjenu trgovačkog običaja među trgovcima u istim odnosima kao što je onaj na koji treba primijeniti običaj. Takvo objektivizirano mjerilo otvara dvije mogućnosti utvrđenja o kojim je običajima riječ:

- a) da je riječ o trgovačkim običajima koji se primjenjuju na određeni tip ugovora (imenovani ili neimenovani) i

u ugovorima iste vrste u dotičnoj struci." Spomenuta formulacija razlikuje se od one iz Zakona utoliko što spominje: a) primjenu običaja na ugovor i na njegovo sklapanje, b) potrebu da je običaj ugovornim stranama bio poznat odnosno da im je morao biti poznat, c) da je običaj široko poznat u međunarodnoj trgovini i d) da se običaj redovito poštuje u ugovorima iste vrste u dotičnoj struci. Sve je to pokriveno odredbom čl. 12, st. 2. Zakona. Zakon, naime, govori o obveznim odnosima, a to obuhvaća ne samo sklapanje ugovora i ugovor nego i više od toga; potreba da je običaj ugovornim stranama poznat ili da im mora biti poznat obuhvaćena je time što Zakon traži da trgovci običaj redovito primjenjuju u istim takvim odnosima, a kako je riječ o profesionalcima koji moraju poznavati struku i njena pravila ponašanja jer to proizlazi iz stupnja pažnje koju moraju pokazati, običaj im mora biti poznat; zahtjev za široko poznavanje običaja u međunarodnoj trgovini valja po naravi stvari zamijeniti zahtjevom za takvo poznavanje u domaćoj trgovini što je pokriveno zakonskom formulacijom o redovitoj primjeni običaja; zahtjev za redovitim poštivanjem običaja u ugovorima te vrste i u odgovarajućoj struci odgovara onome što Zakon traži kada zahtijeva da se običaji primjenjuju "u istim takvim odnosima".

⁵¹ Čl. 1.8. st. 2. UNIDROIT načela glasi: "Strane su vezane običajem koji je široko poznat i redovito se poštuje u međunarodnoj trgovini od strana u odgovarajućoj struci, osim ako primjena takvog običaja ne bi bila razumna." Čl. 1:105, st. 2. Načela europskog ugovornog prava glasi: "Strane su vezane običajem koji osobe koje se nalaze u istom položaju kao i strane smatraju općenito primjenjivima, osim ako primjena takvog običaja ne bi bila razumna."

- b) da je riječ o trgovačkim običajima koji se primjenjuju u određenim obveznim odnosima u nekoj poslovnoj grani, struci.

Uzme li se u obzir spomenute međunarodne instrumente kojima se uređuje primjena običaja, češće će se primijeniti ovo drugo rješenje što naravno ne isključuje i običaj koji se primjenjuje u više struka.⁵² Konvencija UN govori o ugovorima iste vrste u dotičnoj struci, UNIDROIT načela o poštivanju običaja od ugovornih strana u odgovarajućoj struci, a Načela europskog prava o osobama koje se nalaze u istom položaju kao i ugovorne strane. Iako ovaj posljednji primjer dopušta i šire tumačenje, njegov smisao ipak upućuje na to da u tome ne treba tražiti razliku u pristupu, jer će se i tu prvenstveno raditi o trgovačkom običaju u nekoj struci.

Takav zaključak je logičan. Za primjenu trgovačkog običaja Zakon zahtijeva da se redovito primjenjuje, što znači da se u praksi ponavlja primjena određenih rješenja do te mjere da je riječ o njenoj ustaljenosti (redovitosti) među trgovcima. Redovita primjena znači da se nešto primjenjuje uvijek kada se za time pokaže potreba, a ona se javlja u istim situacijama u kojima se zahtijeva rješavanje istog pitanja. Do toga dolazi u obveznim odnosima u istoj grani poslovanja (npr. kopneni prijevoz, morski prijevoz, zračni prijevoz, hotelska industrija) u vezi s istim ili srodnim predmetom ugovora (točno određenom robom, skupinom srodnih roba, uslugom ili srodnom skupinom usluga), jer u pravilu u okviru toga može doći do ponavljanja koje dovodi do redovitosti primjene istovjetnog rješenja među pripadnicima iste struke ili grane poslovanja. Riječ je dakle o posebnim trgovačkim običajima.

Postupanje mora obuhvatiti određeni poslovni krug trgovaca i biti šire od odnosa između točno određenih osoba,⁵³ što će reći da za to nije dovoljna praksa koja postoji samo između ugovaratelja nego uopće trgovaca tog kruga. To ne isključuje postojanje lokalnih običaja, tj. da se neki običaj razvije i primjenjuje u cijeloj određenoj grani poslovanja nego samo na točno određenom području (sajmu, luci, gradu, regiji, burzi). I tada je riječ o posebnom trgovačkom običaju koji se primjenjuje u nekoj grani poslovanja ili struci ali samo na nekom užem području. U konkurenciji više različitih običaja u nekoj struci na određenom području imaju prednost oni koji se primjenjuju samo na tom području. Pritom valja u pravilu uzeti u obzir mjesto gdje je težište ugovora odnosno mjesto ispunjenja.⁵⁴ Stoga će takvim trgovačkim običajem biti vezan i onaj tko ulazi u poslovni odnos u mjestu

⁵² V. Lando, O., Beale, H., *Principles of European Contract Law*, The Hague, London, Boston, 2000, str. 105. za spomenuta načela.

⁵³ Schmidt, K., o.c. u bilj. br. 46, str. 44.

⁵⁴ Schmidt, K., o.c. u bilj. br. 46, str. 55.

gdje se on primjenjuje, iako mu nije poznat, jer tamo inače ne posluje. Riječ je, naime, o primjeni općeg pravila o primjeni pravnih normi koje međusobno konkuriraju, tj. da posebna norma ima prednost u primjeni pred općom pri čemu treba smatrati posebnom onu koja vrijedi samo na nekom užem području. Kako je kod običaja riječ o normi i za njihovu primjenu, kada je riječ o konkurenciji više njih, valja primijeniti opća pravila o odnosu opće i posebne te starije i novije norme.

Time se ne isključuje mogućnost da se stvore i tzv. opći trgovački običaji, takvi koji nisu ograničeni samo na određenu struku ili poslovnu granu nego nastaju šire od nje i primjenjuju se na odnose trgovaca u više njih pa čak i općenito na odnose u svim poslovnim granama. No, riječ je o izuzecima što je i razumljivo s obzirom na izloženu tehniku nastanka trgovačkih običaja i redovitost njihove primjene. Kada i postoje, prednost u primjeni daje se posebnim trgovačkim običajima.

Temelj zakonskoj normi kojom se propisuje primjena trgovačkih običaja jest da ugovorne strane ne smatraju potrebnim ugovorom urediti nešto što je već uređeno i uvriježeno kao općeprihvaćeno postupanje u poslovnoj praksi.⁵⁵ Ako iz definicije trgovačkog običaja proizlazi da trgovci očekuju jedan od drugoga da će postupati u skladu s običajem, nema potrebe da se posebno ugovara njegova primjena. Zakon tako daje pravnu osnovu za to da se ono što je ustaljeno i uvriježeno primijeni i kada nije izričito ugovoreno. Ako postoji jasan trgovački običaj u nekoj grani trgovine ili na nekome mjestu koji se redovito primjenjuje, on obvezuje jednako kao da je isto takvo rješenje uneseno u ugovor pa se za to čak ni ne traži da su ugovorne strane svjesne postojanja trgovačkog običaja.⁵⁶ One za njega ne moraju ni znati pa čak ni kada je riječ o inozemnoj osobi u pogledu važenja domaćih običaja.⁵⁷ Iako se primjenjuje pored, trgovački se običaj nikada ne može primijeniti protiv volje ugovornih strana.⁵⁸ Zakon zato propisuje da se trgovački običaj za kojega su inače ispunjene pretpostavke što se traže za njegovu primjenu neće primijeniti ako su sudionici u obveznom odnosu izričito ili prešutno isključili njegovu primjenu (čl. 12, st. 2).

⁵⁵ Chitty on Contracts, Vol. 1, General Principles, London, 1999, str. 653; Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, London, Edinburgh, Dublin, 1996, str. 136; Goode, R., Commercial Law, London, 1995, str. 14.

⁵⁶ Chitty, o.c. u bilj. br. 55, str. 652-653.

⁵⁷ Krejci, H., Handelsrecht, Wien, 2001, str. 16; Schmidt, K., o.c. u bilj. br. 46, str. 53-54. Interesantno je da Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj kupoprodaji robe zahtijeva da je trgovački običaj poznat ugovornim stranama, ali to ublažava time što je za primjenu dovoljno i da im je morao biti poznat, čime se ta subjektivna pretpostavka jako relativizira.

⁵⁸ Chitty, o.c. u bilj. br. 55, str. 652; Cheshire, Fifoot and Furmston, o.c. u bilj. br. 55, str. 137; Goode, R., o.c. u bilj. br. 55, str. 94.

Za to da bi se isključio automatizam primjene trgovačkog običaja prema objektivnoj teoriji potrebno je da trgovci, sudionici u obveznom odnosu, izjave volju da se ne primijeni neki običaj kojeg bi inače trebalo primijeniti na njihov obvezni odnos. Takva volja ugovornih strana može biti izričita, tj. izričitim navođenjem u ugovoru da se isključuje primjena nekog običaja ili pak općenito svih običaja. U tom slučaju nastaje praznina u dijelu u kome neko pitanje nije uređeno ugovorom, a uredilo bi se primjenom trgovačkog običaja da nije isključen, koja se tada prvenstveno popunjava tumačenjem ostalih odredbi ugovora, a ako to nije moguće, dispozitivnim propisom te u nedostatku njega ostalim izvorima nižeg hijerarhijskog reda. Ugovorne strane mogu izraziti volju za isključenjem primjene trgovačkog običaja i tako da ugovorom urede neko pitanje drukčije od onoga kako se ono uređuje trgovačkim običajem, čime zapravo isključuju primjenu tog običaja koji ne može protusloviti volji ugovornih strana izraženoj u ugovoru, jer se njome stvara *lex contractus*.

O prešutnom je isključenju primjene trgovačkog običaja npr. riječ kada trgovci, sudionici u obveznom odnosu, razviju međusobnu praksu o nekom pitanju, koje se inače uređuje običajem, suprotnu onome što on predviđa. Oni time ne izražavaju izričitu volju za isključenjem primjene trgovačkog običaja, nego to čine prešutno svojim postupanjem kojim zapravo dopunjuju ugovor. Kako takva praksa između njih dolazi do primjene prije trgovačkog običaja, time se isključuje i njegova primjena.

Kada se primjenjuje, trgovački običaj služi za tumačenje izjava volje trgovaca u obveznom odnosu i za uređenje pravnih posljedica njihovih radnji ili propusta.⁵⁹ U ovom posljednjem slučaju djeluje kao norma čija povreda ima za posledicu primjenu sankcije kao i u slučaju povrede nekog drugog izvora trgovačkog prava. Tako poduzimanje neke radnje ili propust da ju se poduzme ima za posledicu povredu obveznog odnosa, npr. ugovora ili nekog drugog pravnog posla, ako bi to bilo protivno trgovačkom običaju za kojeg su ispunjene pretpostavke da ga se primijeni. To dovodi do odgovornosti za time prčinjenu štetu, može imati za posledicu da druga ugovorna strana povodom toga stječe neka prava, prema okolnostima npr. pravo na raskid ugovora, pravo na ugovornu kaznu, *liquidated damages*, pravo na zateznu kamatu.

Zakon prvi puta u nas izričito propisuje da se trgovački običaj, ako su ispunjene pretpostavke koje se traže za njegovu primjenu, primjenjuje i kada je suprotan dispozitivnom propisu (čl. 12, st. 3). Time je prihvaćen stav doktrine o tom pitanju kojemu je do stupanja novog Zakona na snagu na putu izričita odredba sadašnjeg Zakona o obveznim odnosima o kojoj je već bilo riječi. Tako se novim

⁵⁹ Schmidt, K., o.c. u bilj. br. 46, str. 42; Krejci, H., o. c. u bilj. br. 55, str. 15.

zakonom vraća na stanje kakvo je bilo prije donošenja sadašnjeg Zakona o obveznim odnosima. No, za razliku od njega sada se više ne razlikuju dispozitivne odredbe Zakona od drugih dispozitivnih propisa nego u oba slučaja vrijedi isti pravni režim.⁶⁰ Ovdje nije riječ o derogiranju dispozitivnog propisa, jer se to ne može učiniti trgovačkim običajem, nego samo o redosljedu primjene običaja u konkretnom slučaju prije tog propisa. Razumije se da trgovački običaj ne može imati prednost u primjeni pred prisilnim propisom, što više protivnost prisilnom propisu ga u potpunosti isključuje.

Ono što vrijedi za primjenu trgovačkih običaja vrijedi i za primjenu uzanci, samo što njih kao kodificirane trgovačke običaje valja kod nas primijeniti prije pojedinih posebnih trgovačkih običaja. Posebne uzance utvrđuje Hrvatska gospodarska komora (čl. 9, toč. 8. Statuta Komore). Kod nas su, naime, sada u primjeni samo posebne uzance o kojima je već bilo riječi.⁶¹ Opće uzance za promet robom više se neće primjenjivati na obvezne odnose među trgovcima koji nastanu nakon što stupi na snagu novi Zakon o obveznim odnosima, osim u slučaju da ugovorne strane ugovore njihovu primjenu i tako učine da one budu *lex contractus*.⁶² To praktički znači da bi se Opće uzance za promet robom mogle primijeniti samo pod pretpostavkom iz čl. 12, st. 1. Zakona, tj. primjenom subjektivne teorije o primjeni

⁶⁰ Taj stav zauzima i Schmidt, K., o.c. u bilj. br. 46, str. 55, ali s pravom isključuje takav učinak kada je riječ o zloupotrebi prava. U vezi s Načelima europskog ugovornog prava za prednost trgovačkog običaja pred dispozitivnim propisima izjašnjavaju se i Lando, O., Beale, H., o.c. u bilj. br. 52, str. 104-105. Krejci, H., o.c. u bilj. br. 57, str. 16-17. razlikuje slučaj kada se zakon poziva na trgovački običaj odnosno kada ugovor izričito ili prešutno upućuje na njegovu primjenu od onoga kada to ne čini. U prvom slučaju trgovački običaj ima prednost u primjeni pred dispozitivnim propisom. U drugom to ne bi bilo slučaj zbog toga što trgovački običaj služi dopuni ugovora, a njega se po mišljenju autora ne bi moglo dopuniti ako postoji dispozitivni propis kojim se to čini. Stoga po njegovom mišljenju u tom slučaju treba dati prednost primjeni dispozitivnog propisa. Od toga bi po njegovu mišljenju trebalo uvažiti izuzetak kada bi se primjenom dispozitivnog propisa dopunio ugovor tako da bi to imalo učinak koji ugovorne strane ne bi mogle htjeti. U tom slučaju prihvaća prednost primjene trgovačkog običaja. Taj je stav problematičan, jer je teško zamisliti slučaj kada bi se primjenom dispozitivnog propisa došlo do učinka kojega ne bi mogle htjeti obje ugovorne strane. Kako se pitanje primjene trgovačkog običaja obično prosuđuje u slučaju spora, teško je zamisliti da primjena dispozitivnog propisa ne bi nekoj od stranaka u sporu bilo u korist, ako se jedna od njih poziva na trgovački običaj koji je suprotan dispozitivnom propisu, pa valja očekivati da bi inzistirala na tome kako bi baš to htjela. Taj se problem kod nas ne može javiti zbog izričite odredbe Zakona o kojoj je ovdje riječ.

⁶¹ Posebne uzance koje se primjenjuju kod nas navedene su u bilj. br. 23. i 39.

⁶² Takvih primjera primjene Općih uzanci za promet robom, ugovaranjem njihove primjene kao cjeline, više kod nas nema, jer se one nakon 1. listopada 1978. ipak više ne primjenjuju automatizmom primjene koji je do tada važio. O interesima ugovornih strana ovisi hoće li se ugovoriti primjena tih uzanci ili samo neke od njih. Tako je primjerice za kupca povoljnije rješenje iz Opće uzance br. 154 od onog iz čl. 410. Zakona o obveznim odnosima, jer mu, kada je riječ o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke, omogućuje raskid ugovora a da prethodno ne mora prodavatelju dati primjereni naknadni rok za ispunjenje ugovora.

običaja. Te se uzance iz već izloženih razloga kod nas u praksi više ne primjenjuju pa time nije ni ispunjena pretpostavka koja se u čl. 12, st. 2. Zakona traži za primjenu trgovačkog običaja.

Kako su Opće uzance za promet robom najvećim dijelom sadržavale rješenja koja izvorno nisu bila običaji, ali su se dugom primjenom koristila kao da je riječ o običajima, logično je da su bila prenesena već u sadašnji Zakon o obveznim odnosima, a neke od onih preostalih i u novi Zakon. To je utjecalo na prestanak njihove primjene čime je prestala postojati ionako nategnuta pretpostavka za to da je riječ o kodificiranim trgovačkim običajima. Kao pojedinačni trgovački običaji mogle bi se danas primijeniti samo pojedine od Općih uzanci koje doista imaju karakter trgovačkog običaja u mjeri u kojoj se njihova rješenja danas još primjenjuju u trgovačkoj praksi kao što je to npr. slučaj s određivanjem pojma promptne isporuke robe (Opća uzanca br. 81), upotreba izraza koji označavaju rok izvršenja isporuke u toku kalendarskog mjeseca (Opća uzanca br. 82), upotreba izraza da je roba u trenutku sklapanja ugovora utovarena (Opća uzanca br. 83), da je predana na krcanje (Opća uzanca br. 84), da je prestala zapreka za plovidbu (Opća uzanca br. 85), da se isporuka ima obaviti uz rok određen vremenskim razmakom (Opća uzanca br. 86), Opće uzance kojima se uređuju tehnički detalji utvrđivanja količine robe (Opće uzance br. 115 i sl.). No, tada je riječ o pojedinačnim trgovačkim običajima za čiju primjenu valja ispuniti pretpostavke iz čl. 12. Zakona, a okolnost da su oni sadržani u Općim uzancama za promet robom samo olakšava njihovu jednoobraznu primjenu, jer je ona bila uvedena tim uzancama i nastavljena nakon što se više ne primjenjuje u njima predviđena pretpostavka za njihovu primjenu.

Bez obzira na odredbe pojedinih posebnih uzanci kojima se uređuje njihova primjena, za ocjenu hoće li ih se u nekom konkretnom slučaju primijeniti mjero-davne su samo odredbe Zakona o obveznim odnosima kojima se uređuje primjena trgovačkih običaja (čl. 12). Riječ je o prisilnopravnim normama kojima ne može proturječiti trgovački običaj. Predviđa li neka od posebnih uzanci drukčije mjerilo za njihovu primjenu, nju se neće moći primijeniti jer je protivna prisilnom propisu.

Trgovački običaji ne mijenjaju pravnu narav ako ih neka od ugovornih strana ili neka institucija unese u opće uvjete poslovanja. No, tada će se primijeniti kao *lex contractus*, jer se opći uvjeti poslovanja kao sastavni dio ugovora primjenjuju prije ostalih izvora trgovačkog prava. Unošenjem u opće uvjete poslovanja trgovački običaji ne prestaju, samo što će se u konkretnom slučaju u kome su opći uvjeti poslovanja postali sastavnim dijelom ugovora primijeniti kao sadržaj ugovora. Svaka odredba općih uvjeta poslovanja po tome ima prednost u primjeni pred trgovačkim običajem.⁶³ No, moguće je i da se opći uvjeti poslovanja primijene

⁶³ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 46, str. 55.

među ugovornim stranama na temelju trgovačkog običaja iz kojega proizlazi njihova primjena, iako ih ugovorne strane nisu izričito ugovorile. To može biti slučaj ako se u nekoj poslovnoj grani ili struci uobičaji primjena nekih općih uvjeta poslovanja. Opći uvjeti poslovanja tada nisu trgovački običaji nego trgovački običaj upućuje na njihovu primjenu.

To je obično slučaj s općim uvjetima poslovanja kada se u nekoj poslovnoj grani posluje isključivo uz njihovu primjenu pa je trgovcima poznato da je to tako i da moraju računati s time da će se poslovi obavljati na temelju određenih općih uvjeta poslovanja i kada ih izričito ne ugovore, kao npr. ako svi špediteri posluju na temelju nekih njima zajedničkih općih uvjeta poslovanja koje obično izdaje njihovo udruženje, kada je riječ o bankama i drugim trgovcima u nekoj struci udruženim u stručnom udruženju koje izdaje opće uvjete i dr.⁶⁴ Moguće je i da opći uvjeti poslovanja sadrže isključivo trgovačke običaje ali i da se tako primjenjuju da time sami postanu trgovački običaj čija primjena više ne ovisi o tome hoće li se ugovoriti njihova primjena.⁶⁵

Standardiziranje trgovačkih klauzula i termina, naročito na međunarodnoj razini, olakšava ugovaranje, jer pozivanjem na njih ugovorne strane uštedeju naporna pregovaranja o brojnim detaljima koji su njima uređeni. One se primjenjuju na temelju toga što se ugovorne strane na njih pozovu u ugovoru. Time se znatno skraćuje tekst ugovora iako se sadržajno pokriva ono što ugovorne strane njime žele urediti. Sadržaj tih klauzula velikim dijelom čine trgovački običaji koje tvoreci klauzula i termina (najčešće međunarodne trgovačke asocijacije, primjerice Međunarodna trgovačka komora u Parizu, međunarodne asocijacije pripadnika određene ili određenih struka kao što je primjerice Međunarodna federacija savjetodavnih inženjera – FIDIC) u njih unose i sistematiziraju rješenja pogodna za praksu uobličena u pojedine klauzule i termine, opće uvjete poslovanja i tip-ske ugovorne formulare.

Klauzule mogu izraditi i preporučiti i nacionalne asocijacije gospodarstvenika, naročito one koje obuhvaćaju sudionike u određenoj grani trgovine, burze koje češće utvrđuju uzance, a mogu ih izraditi i pojedini značajniji sudionici u trgovačkom poslovanju i nuditi ih u okviru prijedloga za sklapanje ugovora tako što ih objave kao popis klauzula formuliranih u obliku općih uvjeta poslovanja ili definicija kojima objašnjavaju pojedine termine. Za primjenu tih klauzula treba ispuniti one pretpostavke koje se općenito za to traže u ugovornom pravu bez obzira na to što one većim ili manjim dijelom sadrže trgovačke običaje. Ne pozovu li se ugovorne strane u ugovoru na neku od klauzula, time još nisu isključile

⁶⁴ V. primjere toga u Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 46, str. 59; Krejci, H., o. c. u bilj. br. 57, str. 14

⁶⁵ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 46, str. 59.

primjenu pojedinog trgovačkog običaja čiji je sadržaj u njoj preuzet, ako su za njegovu primjenu ispunjene pretpostavke koje propisuje Zakon. Pozovu li se pak na klauzulu, trgovački će se običaj primijeniti u onom sadržaju kakav je preuzet u klauzuli, jer je to volja ugovornih strana kojom se isključuje ono rješenje iz trgovačkog običaja koje nije prihvaćeno u klauzuli.

Vrlo poznati primjer toga su klauzule *Incoterms* koje je izdala Međunarodna trgovačka komora u Parizu sada u izdanju iz 2000.⁶⁶ i preporučila njihovu upotrebu u međunarodnim trgovačkim poslovima. Iako dobrim dijelom sadrže trgovačke običaje, pravila *Incoterms* su po pravnoj naravi opći uvjeti poslovanja i primjenjuju se pod općim pretpostavkama koje se traže za primjenu tih uvjeta. Ugovorne strane ih stoga moraju pozivanjem na njih uključiti u svoj ugovor. One to mogu učiniti tako da ugovore neku od ponuđenih klauzula i odmah odrede ugovorom da je riječ o klauzuli *Incoterms 2000* ili da ugovore neku klauzulu a kasnije u nekoj općoj odredbi ugovora, pa i onoj o izboru mjerodavnog prava za ugovor, navedu da se primjenjuju klauzule *Incoterms 2000*. Ne primjenjuju se kao trgovački običaj, iako se u praksi sve više smatra da pozivanje u prekomorskoj trgovini na neku od klauzula sadržanih u *Incotermsu* znači i pozivanje na *Incoterms*.⁶⁷ S tim se, međutim, ne može sa sigurnošću računati.

Poznati primjer pravila u kojima su dijelom sadržani i trgovački običaji jesu Jednoobrazna pravila i običaji (praksa) za dokumentarne akreditive koje je donijela Međunarodna trgovačka komora u Parizu.⁶⁸ Banke cijelog svijeta beziznimno se koriste tim pravilima i čine ih sastavnim dijelom ugovora o otvaranju dokumentarnog akreditiva kojeg sklapaju s nalogodavcem. Iako sadrže i trgovačke običaje na tom području, primjenjuju se tako da se njihova primjena u praksi izričito ugovara pa ni tu nije riječ o primjeni tamo sadržanih običaja prema pretpostavkama koje se za to traže Zakonom. No primjena Pravila bi prema okolnostima mogla među trgovcima doći u obzir i na temelju trgovačkog običaja.⁶⁹ S obzirom na praksu banaka jedva da bi se moglo očekivati da do primjene može doći na temelju trgovačkog običaja, jer potrebu za tim isključuje redovito ugovaranje primjene Pravila u ugovoru.

⁶⁶ Ranija izdanja bila su preporučena za primjenu 1936. (doneseno 1935), 1953., 1967., 1976., 1980. i 1990.

⁶⁷ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 46, str. 76.

⁶⁸ Pravila su bila donesena 1933. i revidirana 1951., 1962., 1974., 1983., 1993. i posljednji put 2002. kada su u njih unesene odredbe o elektroničkoj prezentaciji isprava.

⁶⁹ V. presudu Landesgerichta Hamburg objavljenu u *Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1996, str. 153, Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 46, str. 59.

e) Utvrđivanje trgovačkih običaja

Novi Zakon o obveznim odnosima nije ništa promijenio u pogledu utvrđivanja trgovačkih običaja. Riječ je i dalje o činjeničnom pitanju pa je u slučaju spora teret dokaza na onome tko se poziva na običaj. U slučaju spora pred sudom za to vrijede opća pravila dokazivanja, tj. postojanje trgovačkog običaja se može dokazivati svim dokaznim sredstvima, primjerice vještačenjem, svjedocima, uvidom u odluke sudova i arbitraža, uvidom u literaturu pa i eventualnim potvrdama mjerodavnih institucija. Kada je riječ o posebnim uzancama nije potrebno posebno dokazivanje, jer su one objavljene, no bilo bi moguće dokazati da se više ne primjenjuju pa da stoga nije ispunjen uvjet koji se primjenom objektivnih mjerila iz čl. 12, st. 2. Zakona traži za njihovu primjenu. Stoga u vezi s njima postoji predmnijeva da se primjenjuju, pa onaj tko tvrdi suprotno mora to i dokazati.

Budući da je notorno da se Opće uzance za promet robom više ne primjenjuju, moguće je dokazivati da se pojedine od njih ipak primjenjuju. Pritom ne vrijedi predmnijeva primjene kao u pogledu posebnih uzanci, premda su i one bile objavljene. Razlika je, međutim, u tome što je najveći dio tih uzanci sada unesen u Zakon o obveznim odnosima, a onaj njihov dio koji ionako nisu činili trgovački običaji sada je uređen pravilima čistog obveznog prava iz Zakona o obveznim odnosima. Treba, naime, imati na umu i da su Opće uzance za promet robom uređivale ugovor o kupoprodaji te da su se samo na odgovarajući način, a ne neposredno, primjenjivale na druge ugovore prometa robom, ne na ugovore koji se odnose na neku određenu robu zbog čega su bile opća pravila koja odgovaraju i onome kako se ugovori uređuju Zakonom. Potreba dokazivanja trgovačkih običaja iz Općih uzanci za promet robom otpada ako su ugovorne strane ugovorile njihovu primjenu.

Hrvatska gospodarska komora potvrđuje postojanje i sadržaj poslovnih (trgovačkih) običaja na području Republike Hrvatske (čl. 9, toč. 8. i čl. 12, st. 2. Statuta Hrvatske gospodarske komore). Ona o tome izdaje uvjerenja koja imaju značaj javne isprave a na njih se može uložiti prigovor upravnom odboru Komore. Takva se isprava može pobijati po općim pravilima o pobijanju javnih isprava. Spomenutu ovlast imaju i trgovačke komore u drugim zemljama, primjerice u Njemačkoj, Austriji.⁷⁰ Hrvatska gospodarska komora nema monopol na izdavanje uvjerenja o

⁷⁰ V. u Schmidt, K., o. c u bilj. br. 46, str. 50; Krejci, H., o. c. u bilj. br. 57, str. 13. U Njemačkoj je posebno uređeno postupanje industrijskih i trgovačkih komora pri davanju mišljenja o postojanju i sadržaju trgovačkih običaja i objavljeno u *Merkblatt des Deutschen Industrie- und Handelstags* s dodatkom *Arbeitshilfen für die Ermittlung von Handelsbräuchen*. Odobrio ga je i Savezni sud SR Njemačke (v. odluku objavljenu u časopisu *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, str. 502. i sl.). V. cijeli tekst u Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 46, str.139-149. Time se želi objektivizirati postupak kako bi se doista utvrdilo pravo stanje na području trgovačkih običaja i utvrdilo ono

postojanju i sadržaju trgovačkih običaja pa to mogu činiti i druge osobe, posebice asocijacije gospodarstvenika za trgovačke običaje koji važe u pojedinoj grani gospodarstva ili struci, burze za trgovačke običaje koji se primjenjuju u poslovima što se na njoj sklapaju, npr. burza vrijednosnih papira ili neko drugo organizirano tržište tim papirima. Ako isprave koje se tako izdaju nemaju svojstvo javne isprave, s njima će se postupati kao sa svim drugim ispravama. Dokazuje li se postojanje i sadržaj trgovačkog običaja vještačenjem, sud cijeni nalaz i mišljenje vještaka slobodnom ocjenom dokaza pri čemu uzima u obzir metodu kojom je vještak došao do saznanja o trgovačkom običaju i njegovom sadržaju i ocjenjuje ispravnost zaključka koji proizlazi iz prikazanog nalaza. Uvijek je moguć i protudokaz. Okolnost da je riječ o činjeničnom pitanju ograničava i mogućnost izjavljivanja revizije u parnici u pogledu utvrđenja trgovačkog običaja.

Novi Zakon o obveznim odnosima, za razliku od sadašnjeg Zakona, izričito uređuje primjenu prakse u obveznim odnosima među trgovcima. Propisao je da se u tim odnosima primjenjuje praksa koju su trgovci međusobno razvili (čl. 12, st. 1). Time je i propisom određena osnova za primjenu te prakse kao dijela ugovora. Stupanje novog Zakona na snagu neće ništa promijeniti u pravnoj naravi tog izvora prava pa i dalje vrijedi ono što je o tome već rečeno u izlaganjima o primjeni spomenute prakse na temelju sadašnjeg Zakona o obveznim odnosima. To znači da će ono što se ugovorom ugovori imati prednost pred praksom razvijenom među ugovornim stranama, premda se i ona smatra sastavnim dijelom ugovora, ali će ta praksa imati prednost pred trgovačkim običajima,⁷¹ jer je ipak riječ o sastavnom dijelu ugovora.

f) Hijerarhija izvora trgovačkog prava

Izložene promjene pretpostavki za primjenu trgovačkih običaja, koje će se primijeniti nakon što stupi na snagu novi Zakon o obveznim odnosima, dovest će do izmjene hijerarhijskog redoslijeda primjene izvora trgovačkog prava. I dalje će na prvome mjestu biti ugovor u mjeri u kojoj nije protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva. Spomenuto ograničenje autonomije ugovornih strana propisano je u čl. 2. novog Zakona. Pod ugovorom se i dalje smatra sve ono što je njegov sastavni dio pa prema tome i opći uvjeti poslovanja,

što se stvarno primjenjuje te izbjeglo svojevrijedno postupanje. U Austriji na upit suda postojanje i sadržaj trgovačkih običaja potvrđuje Gospodarska komora Austrije. Komora daje mišljenje samo ako dvije trećine članova odgovarajuće komorske sekcije potvrdi da običaj postoji. Predsjednik Trgovačkog suda u Beču skuplja sva mišljenja o postojanju običaja za cijelu Austriju i objavljuje ih u brošuri *Handelsbräuche in Österreich*. V. u Krejci, H., ibidem.

⁷¹ Tako i Lando, O., Beale, H., o.c. u bilj. br. 52, str. 105.

ako su ispunjene pretpostavke za njihovu primjenu, i praksa koju su ugovaratelji međusobno razvili.

Do razlike dolazi u vezi s primjenom trgovačkih običaja. Iza ugovora po hijerarhijskom se redu, pod uvjetom da su ispunjene pretpostavke za njihovu primjenu, primjenjuju posebne uzance pa posebni trgovački običaji, a zatim opći trgovački običaji među koje valja ubrojiti i pojedine Opće uzance za promet robom za koje se dokaže da se još primjenjuju. Takav redoslijed proizlazi iz pravila da se posebna norma primjenjuje prije opće, a kodificirana norma istog ranga prije one koja to nije. Tek ako nema nijednog od spomenutih izvora dolazi do primjene dispozitivnih propisa Zakona i drugih zakona te nakon toga sudske i arbitražne prakse pa pravne znanosti pod istim uvjetima pod kojima oni dolaze u obzir na temelju sadašnjeg Zakona o obveznim odnosima.

Hijerarhija izvora trgovačkog prava na temelju novog Zakona o obveznim odnosima stoga izgleda ovako:

1. ugovor u mjeri u kojoj nije protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva uključujući opće uvjete poslovanja i praksu razvijenu među ugovornim stranama,
2. posebne uzance,
3. posebni trgovački običaji,
4. opći trgovački običaji uključujući tu i pojedine Opće uzance za promet robom ako se još primjenjuju,
5. dispozitivni propisi,
6. sudska i arbitražna praksa i
7. pravna znanost – posredno.

Takav hijerarhijski redoslijed primjene izvora trgovačkog prava će nakon stupanja na snagu novog Zakona o obveznim odnosima konačno uspostaviti stanje koje odgovara naravi tih izvora pri čemu će trgovački običaji nakon 27 godina ponovno zauzeti mjesto koje im pripada.

5. ZAKLJUČAK

Načelo autonomije ugovornih strana koje posebno dolazi do izražaja u trgovačkom pravu temelj je za stvaranje pravila postupanja koja nastaju u poslovnoj praksi. Time je postavljen temelj za nastajanje i primjenu trgovačkih običaja koji su ostali značajan izvor trgovačkog prava i nakon što je srednjovjekovno staleško pravo trgovaca (*lex mercatoria, ius mercatorum*) zamijenjeno nacionalnim kodifikacijama kao velikim izvorom trgovačkog prava. Usprkos pretenzijama da se smanji utjecaj do tada najznačajnijeg izvora trgovačkog prava i da se trgovački odnosi

urede propisima, trgovačke se običaje nije moglo isključiti iz skupine izvora trgovačkog prava. Dotadašnji domet trgovačkih običaja je time doduše bio sužen i povećan broj izvora prava koji se primjenjuju na trgovačke odnose. Dispozitivnost propisa kojima se uređuju obvezni odnosi omogućuje stvaranje pravila ponašanja koja pred njima imaju prednost. Karakter, učestalost i tipiziranje poslovnih odnosa među trgovcima doveli su do toga da se za razliku od drugih grana prava trgovačko pravo odlikuje većom heterogenošću izvora koji ga čine među kojima trgovački običaji i dalje zauzimaju važno mjesto.

Ni brojne državnopravne promjene niti uz to vezani ideološki utjecaji nisu u prošlom stoljeću mogli u nas isključiti primjenu trgovačkih običaja, koliko se god u teorijskom smislu upućivalo na njihovu konzervativnost, jer je pravna tehnika uređenja gospodarskih odnosa u biti uvijek ista bez obzira na ideološku pripadnost sudionika u poslovnim odnosima. Ozbiljna promjena u tome bila je učinjena samo 1978. donošenjem sadašnjeg Zakona o obveznim odnosima zbog impresioniranosti tvoraca tog zakona veličinom zahvata u pravni sustav i u vezi s time nastojanjem da se dispozitivnim odredbama tog zakona dade prednost pred običajima. Novim Zakonom o obveznim odnosima stvari su vraćene na pravo mjesto.

Moderno trgovačko pravo, a naročito ono kojim se uređuje međunarodna trgovina, obilježeno je oživljavanjem onoga na čemu se temeljila srednjovjekovna *lex mercatoria*, uređenja trgovačkih odnosa pravilima koja nastaju u poslovnoj praksi i ne potječu od zakonodavca. Suživot državnog i tzv. nedržavnog prava je stvarnost. Tzv. meko pravo (*soft law*) ima sve veću važnost, a granice autonomije svode se na ustavne odredbe, prisilne propise i pravila morala. Kako su u trgovačkom pravu prisilni propisi izuzetak a dispozitivni pravilo, ostavljen je vrlo veliki prostor za to da gospodarstvenici stvore svoje vlastite izvore prava. Novi Zakon o obveznim odnosima sadržava o tome moderna rješenja. Time će se 1. siječnja 2006. okončati odstupanje našeg prava od suvremenih tendencija u pravu na tom području koje traje već 27 godina. Tako se uklanja i posljednja smetnja da bi naše trgovačko pravo moglo u potpunosti i na vrijeme slijediti suvremeni pravac razvoja tog prava u drugim zemljama i na međunarodnoj razini.

SUMMARY

Application of customs in Croatian commercial law

Assumptions required for application of customs in Croatian commercial law are considered. The significance of customs as sources of commercial law is pointed out. The characteristics of commercial law are its heterogeneous sources, which is the consequence of extensively applicable autonomy in commercial relations. During the medieval period commercial customs were the most significant mean for regulating relations between merchants so *lex mercatoria* was, as unique law of merchants which was mostly consisted of commercial customs, the law competent for commerce in whole Europe. By formation of national states and in regards to that bringing of national codifications, which became basic regulations for commercial relations, the significance of commercial customs was partially put aside due to the fact that solutions from many customs were brought into national regulations. However, it could not exclude the application of commercial customs.

Three periods of legal regulation of application of commercial customs in Croatian commercial law are considered. These periods do not correspond with constitutional changes in territories which at the present time consist Republic of Croatia. For considering how the relations towards commercial customs have been changed the following periods are considered: period up to 1978, period from 1978 to the end of 2005 and the period which will start with 1th of January 2006. The first above mentioned period ends with bringing the Law on obligations which is still in force, the second is the time of the duration of that Law and the third will begin with entering into force of the new Law on obligations which is already approved by the Parliament.

The first period of application is characterized by objective theory on application of customs while in the second one, with partial use of objective theory, subjective one dominates. In the second period Croatian commercial law outstands from modern tendencies in commercial law of developed legal system countries mostly from what is applicable in international level. The new Law on obligations again lets in the objective theory as a dominant one and by that puts Croatian commercial law within legal systems which follow modern trend of development of commercial laws in the world started by actions on unification of the law by which modern commerce is regulated.

The new legal solutions of Croatian commercial law respond to what is recommended for application of commercial customs or is already valid in the field of international commercial law. The classification of commercial customs is brought out and other issues regarding their determination and legal effect are considered. The position of commercial customs in hierarchy of sources of commercial law is determined. Due to that the hierarchy of all the sources of commercial law and the reasons for sequence of use of them are carried out.